הפרת אמונים של עובד־ציבור – הצעה לפרשנות המבוססת על הערך המוגן על־ידי העבירה

(בעקבות ע"פ 332/01 מדינת ישראל נ' שבס, פ"ד נז(2) 496)

ד"ר יובל קרניאל*

א. מבוא. ב. פרשת שבס והפרשנות בבית־המשפט העליון: 1. האישום הראשון; 2. האישום השלישי. ג. מהו הערך המוגן של העבירה: 1. כללי – חשיבות איתורו של הערך המוגן כבסיס לפרשנות העבירה; 2. עמדת הפסיקה – אמון הציבור וטוהר המידות; 3. הערך המוגן – תקינות פעולתו של המינהל הציבורי; 4. התודעה האוניברסלית – משפט משווה; 5. סיכום הבחירה בערך המוגן. ד. הפרשנות המוצעת לעבירה: 1. כללי – סקירת ההצעות הקיימות לפרשנות העבירה; 2. הפרשנות המוצעת; 3. היסוד העובדתי; 4. היסוד הנפשי. ה. מן הכלל אל הפרט – פסק־דין שבס: 1. היסוד העובדתי והאינטרס המוגן; 2. היסוד הנפשי. ו. סיכום.

א. מבוא

העבירה הפלילית של "מרמה והפרת אמונים של עובד ציבור" הקבועה בסעיף 284 לחוק העונשין, תשל"ז-1977,[1] אינה נותנת לנו, משפטנים ושאינם משפטנים, מנוח. נוסח העבירה הוא קצר, עמום ואפילו אניגמטי, כדלקמן:

> עובד הציבור העושה במילוי תפקידו מעשה מרמה או הפרת אמונים הפוגע בציבור, אף אם לא היה במעשה משום עברה אילו נעשה בנגד יחיד, דינו – מאסר שלוש שנים.

---

* ד"ר יובל קרניאל הוא מרצה בכיר בבית־הספר למשפטים ובית־הספר לתקשורת, המסלול האקדמי של המכללה למינהל. המאמר מוקדש לזכרו של חיים צדוק, שהיה המאמן שלי בעריכת־דין בשנים 1988-1989 ולוחם אמיץ נגד שחיתות בממשל. תודה לד"ר בועז סנג'רו ולעורכי משפט וממשל על הערותיהם ועזרתם.

1. ס"ח 226.

המדובר בעבירה המעוררת מחלוקת, אי־התבנות ושערוריות משפטיות וציבוריות ומביאה את העוסקים בה למסקנות שונות בנוגע למטרותיה, לתפקידה, לפרשנותה הראויה ולהיקף התפרסותה במשפט המצוי ובמשפט הראוי. לאחרונה ניתן בבית־המשפט העליון פסק־הדין בפרשת שבס.[2] פסק־הדין נידון בימים אלה בדיון נוסף בפני הרכב רחב של שופטים. דומה, כי בית־המשפט העליון הגיע למסקנה שראוי להתייחס בהרחבה ובהעמקה לעבירה ולנסות לתת פרשנות מוסמכת שתקל על עבודתה של התביעה הכללית ותוסיף ודאות בכל הנוגע לעבירה הנידונה.

בשנים האחרונות נכתב לא־מעט על העבירה על־ידי כמה משפטנים בולטים.[3] רוב הכותבים חיפשו דרך לתחום ולצמצם את היקף התפרסותה, בעיקר על־ידי התמקדות ביסוד הנפשי.[4] פרופ' גור־אריה אף הציעה למחוק את העבירה מספר החוקים. מטרתו של מאמר זה היא להוסיף על דברים שכבר נאמרו ונכתבו על־ידי מלומדים אחרים ועל־ידי בעבר בנושא העבירה ולנסות להציע הצעה חדשה ומגובשת לפרשנות העבירה. הצעת הפרשנות החדשה מבוססת על תכלית החוק ועל הערך המוגן על־ידו, ועניינה צמצום היקפו של היסוד העובדתי של עבירת הפרת האמונים. כל זאת על רקע פרשת שבס, המציגה שני מקרים אופייניים וחשובים של פעולת עובד־ציבור במצבים של ניגוד עניינים. השאלה המלווה אותנו לכל אורך המאמר היא, האם (ומתי) פעולה של עובד־ציבור במצב של ניגוד עניינים יכולה להיות גם עבירה פלילית של הפרת אמונים?

הדיון המתמקד בפרשת שבס מתייב תיאור מפורט ומדויק ככל האפשר של עובדות המקרה ופסיקת בית־המשפט העליון. הפרק הראשון הוא אפוא תיאורי באופיו, והוא מציג את פרשת שבס ואת פסיקת בית־המשפט העליון. לאחר החלק התיאורי ניגש לפרשנות הראויה של העבירה. הצעד הראשון בפרשנות העבירה הוא איתור הערך החברתי המוגן על־ידיה. באיתור הערך המוגן עוסק הפרק השני. מסקנתו של פרק זה היא, כי הערך המוגן על־ידי איסור העבירה הוא "תקינות פעולתו של המינהל הציבורי" ולא אמון הציבור במינהל, או טוהר המידות, בכלל. על רקע זה נדון בפרק השלישי בפרשנות המוצעת של העבירה. זוהי פרשנות מצמצמת, אך כזו המעניקה משמעות לאיסור הן בנוגע ליסוד העובדתי הן בתחום היסוד הנפשי. לפי גישה זו, היסוד העובדתי הוא מעשה של סטייה

2. ע"פ 332/01 מדינת ישראל נ' שבס, פ"ד נז(2) 496 (להלן: ע"פ שבס).
3. ראו מרים גור־אריה, "הפרת אמונים מצד עובדי הציבור ונבחריו – האם עבירה פלילית?", **פלילים** ח (תש"ס) 253, בעמ' 262; מרדכי קרמניצר, "על העבירה של מרמה והפרת אמונים לפי סעיף 284 לחוק העונשין ועל המחשבה הפלילית", **משפטים** יג (תשמ"ד) 275, בעמ' 278; רות קנאי, "העדר מודעות ליסודות העבירה או טעות במצב המשפטי: העבירה של הפרת אמונים כדוגמה", **מגמות בפלילים** (אלי לדרמן – עורך, ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, תשס"א) 203; יובל קרניאל, "מרמה והפרת אמונים של עובד־ציבור – הלכה למעשה", **פלילים** ח (תש"ס) 273, בעמ' 275.
4. לעניין זה ראו את גישתם של פרופ' קרמניצר ופרופ' קנאי במאמריהם (לעיל, הערה 3); וגם את מאמרו של קנת מן, "אי־יושר כמרכיב באחריות פלילית בעבירות שיש בהן הפרת נאמנות", **עיוני משפט** י (תשמ"ה) 505.

מהשורה הנעשה מתוך ניגוד עניינים; ואילו היסוד הנפשי הנדרש לעבירה הוא מחשבה פלילית רגילה ואין מקום לדרישה מיוחדת כלשהי בתחום זה. הפרק הרביעי יעבור מהכלל אל הפרט ויעסוק ביישום הפרשנות הרצויה של העבירה על עובדות פרשת שבס. אמנם, לכאורה הזיכוי של שבס נשען בראש־ובראשונה על פרשנות מקלה של עובדות המקרה ונסיבותיו, אולם – כפי שאראה בפרק זה – נראה, כי אפשר לטעון שבית־המשפט שגה לא רק בפרשנות שנתן לעובדות המקרה ונסיבותיו, אלא גם, ובעיקר, בפרשנות שנתן לעבירה עצמה. גם לאחר קריאת פסק־הדין נותר אפוא עדיין ספק באשר לצדקת התוצאה הסופית בו.[5] הפרק החמישי והאחרון הוא הסיכום.

ב. פרשת שבס והפרשנות בבית־המשפט העליון

שמעון שבס (להלן: שבס) שימש בתפקיד המנהל־הכללי של משרד ראש־הממשלה במשך רוב תקופת כהונתו של ראש־הממשלה המנוח יצחק רבין ז"ל. כתב־האישום שהוגש נגדו מנה שלושה אישומים. בשל חלקו בקידום עסקה מסחרית־בטחונית עם מדינה זרה פלונית הואשם שבס בגדר האישום הראשון בניסיון ללקיחת שוחד ובמרמה והפרת אמונים. בשל קשריו הכספיים של שבס עם איש־העסקים משה שטרן, שנמנה עם ידידיו ואמור היה להשתתף בעסקה עם המדינה הזרה, הואשם שבס (אף זאת בגדר האישום הראשון) בעבירה של לקיחת שוחד. באישום השלישי (האישום השני אינו קשור בעבירה שלנו – י"ק) נטען, כי שבס ניצל את משרתו ומעמדו כדי לקדם שלא כדין אינטרסים פרטיים של חבריו הקבלנים במוסדות התכנון ובמוסד לביטוח לאומי בתמורה לטובות־הנאה שונות. באישום זה הואשם שבס בעבירות של לקיחת שוחד, סחיטה באיומים ומרמה והפרת אמונים. בית־המשפט המחוזי זיכה את שבס מן העבירה של לקיחת שוחד, שיוחסה לו באישום הראשון, ומכל העבירות שיוחסו לו באישומים השני והשלישי. בשתי העבירות האחרות שיוחסו לשבס באישום הראשון – ניסיון ללקיחת שוחד ומרמה והפרת אמונים – פסק בית־המשפט להרשיעו. על שבס נגזרו שלוש שנות מאסר, מהן שנתיים לריצוי בפועל, וכן קנס בסך 50,000 ש"ת.[6]

---

5. אשר על כן מוגבלת הביקורת שלי בפרק זה ליישום העקרונות המשפטיים והפרשנות המצמצמת על עובדות פסק־הדין. מפאת קוצר היריעה אין אני נכנס בהערת פסיקה זו לניתוח מקיף של עובדות פסק־הדין. עם זאת אבקש לציין, כי לדעתי, גם בפסק־דין זה, כמו במקרים דומים אחרים שבהם זוכו אנשי־ציבור, נוטה בית־המשפט להתייחס בסלחנות לעובדות ולנסיבות ואף מוצא לנכון להתערב בממצאים עובדתיים לטובת הנאשם באופן שאינו שכיח בערעורים פליליים. ראו לאחרונה מדרכי קרמניצר ושלומית מנהיים־ולרשטיין, "לא תישא פני דל ולא תהדר פני גדול": על פרשת דיניץ", משפטים לג (תשס"ג) 13; מאיר גלבוע, "החקירה בעבירות הכלכליות ובעבירות הצווארון הלבן", מגמות בקרימינולוגיה: תאוריה, מדיניות ויישום (מאיר חובב, לסלי סבה, מנחם אמיר – עורכים, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשס"ג) 711, בעמ' 733-736.

6. ת"פ (ת"א) 40387/99 מדינת ישראל נ' שבס (טרם פורסם).

nevo.co.il

1. האישום הראשון

האישום הראשון נסוב סביב פרשת המדינה הזרה. כמנוף להשגת מבוקשה להרחבת יחסיה עם ישראל ניסתה המדינה הזרה להשתמש בין השאר, בכוחן הכלכלי הרב של חברות בבעלותה של מפלגת השלטון שבה (להלן: "החברות הזרות"). הרציון היה, שהמדינה הזרה תשקיע סכומי כסף ניכרים בישראל (סכומים שנעו בין מאות מיליונים ובין מיליארדי דולרים), בעיקר בעסקאות בטחוניות, ובתמורה לכך יוזמן נשיאה של המדינה הזרה לביקור בישראל.

בהמשך הדברים פנה משה שטרן לשבס כדי לקדם את היוזמה. ב-28.6.94 נפגש שבס עם שטרן והזרים, בלשכתו במשרד ראש־הממשלה. ב-1.9.94 פנה שבס – לראשונה בכתב – לראש־הממשלה רבין בעניין זה. רבין הנחה אותו לבדוק את העניין עם משרד־החוץ. משרד־התוץ התנגד לרעיון נחרצות בשל חששו מהפגיעה הקשה שתיגרם לקשריה של ישראל עם המדינה האחרת. בהמשך התברר, כי גם המוסד שותף להתנגדות. חרף זאת נמשכו המגעים לקידום העסקה עם המדינה הזרה. ב-6.10.94 נפגש שבס במשרדו עם מי שעמד בראש החברות הזרות ואשר הוגדר כ"יד ימינו" של נשיא המדינה הזרה. בפגישה נכחו גם שטרן ושבתאי דובדבני, גם הוא ממכריו של שבס. במהלך הפגישה מסר שבס על הסכמתו העקרונית של ראש־הממשלה רבין לביקור פרטי־צלייני של נשיא המדינה הזרה בישראל. ב-14.11.94 שלח שבס לראש החברות הזרות מכתב הזמנה רשמי לביקורו של הנשיא הזר בישראל בין הימים 23 ו-24 בדצמבר 1994. בהמשך בוטל המועד שנקבע לקיומו של הביקור. ב-17.12.94 נסע שבס לביקור רשמי במדינה הזרה. במהלך ביקורו סוכם עקרונית, כי ביקורו בישראל של נשיא המדינה הזרה יתקיים בסוף פברואר 1995. בפגישות שקיים שבס במהלך ביקורו במדינה הזרה השתתפו גם דובדבני, אשר שימש סוכן מטעם התעשיות הבטחוניות לצורך העסקאות וגם שטרן. ב-20.1.95 נפגש ראש־הממשלה רבין בלשכתו עם ראש החברות הזרות, בנוכחות שבס ושטרן. ב-8.2.95 הודה רבין לדחות שוב את הביקור, הפעם לחודש מאי. בתחילת מארס 1995 נפגש שבס בלונדון עם ראש שירותי הביון של המדינה הזרה כדי להכין את הביקור. באחת מפגישותיהם נכח גם שטרן. ב-20.3.95 הודיע שבס לבן־שיחו הזר, בהוראת ראש־הממשלה, על דחייה נוספת של הביקור בלא שנקבע לכך מועד חדש. בסופו של דבר הן הביקור הן העסקאות המתוכננות לא יצאו אל הפועל.

חשוב להזכיר, כי האישום הראשון ייחס לשבס גם עבירת מושלמת של לקיחת שוחד, בהתבסס על קשריו הכספיים המתמשכים עם שטרן. המדובר היה בחשבון ניירות־ערך שניהל שטרן עבור שבס במסגרת קשרי החברות הקרובים ביניהם, ובו הפקיד שטרן סכומים שהסתכמו בכ-340,000 דולר. הפקדות אלה, בשילוב עם ה"תמורה" שסיפק שבס לשטרן במהלכים שנקט בכל הנוגע לקידום העסקה עם המדינה הזרה, היו מבטיס להאשמתו של שבס בלקיחת שוחד. מאשמת זו זוכה שבס לאחר שבית־המשפט המחוזי לא שוכנע כי קשריו הכספיים עם שטרן נשאו אופי פלילי.[7]

7. לפחות לכאורה יש מקום לתהות על מסקנתו זו של בית־המשפט המחוזי, אולם דיון בהיקפה של עבירת השוחד בנסיבות מעין אלה חורגת מהיקפו של מאמר זה. לפיכך מתמקד הדיון

nevo.co.il

בבית־המשפט העליון זוכה שבס מכל אשמה. השופט מצא קבע, כי לא הוכה הבסיס העובדתי להרשעתו של שבס באישום הראשון כדלקמן:

> ביסוד האשמתו של שבס, בגדר האישום הראשון, בעבירת מירמה והפרת אמונים ניצבו שתי טענות עובדתיות עיקריות: האחת, כי פעילותו של שבס בנושא הזמנתו לישראל של נשיא המדינה הזרה הונעה על־ידי האינטרס האישי שהיה לו לעודד את קשירת העיסקה המסחרית עם המדינה הזרה, שממנה ציפה להפיק טובת הנאה פסולה לעצמו; השנייה, כי שבס הסתיר מפני ראש־הממשלה את דבר קיומו של המניע האישי לפעולתו. אילו הוכחו טענות אלו – על רקע העובדות שלא נשנו במחלוקת – אכן היה בכך כדי לבסס את הרשעתו של שבס בעבירת מירמה והפרת אמונים.[8]

הזיכוי נשען אפוא על פרשנותן של הראיות ולאו דווקא על פרשנותה של העבירה. בית־המשפט קבע, כי לא הוכחו מעבר לספק סביר עובדות חיוניות. לב העניין נשאר אפוא כניסוחו של בית־המשפט עצמו:

> אם בעצם קיומו של ניגוד העניינים שבגדרו פעל שבס – לנוכח יחסי חברותו ההדוקים עם שטרן וידיעתו שהעסקה עם המדינה הזרה תניב טובת הנאה כלכלית נכבדה לשטרן – יש כדי להצדיק את הרשעתו בעבירת מירמה והפרת אמונים.[9]

תשובתו של בית־המשפט היא שלילית:

> אכן, לא כל סטייה מן השורה מצדו של עובד הציבור מצדיקה את האשמתו בפלילים. לצד המישור הפלילי קיימים המישור המשמעתי־האתי וכן המישור ה"אסתטי", ולא כל תריגה מכללי האתיקה עשויה להסתפיק לגיבוש עבירה פלילית (ראו: א' ברק "ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד", בעמ' 13 וכן בג"ץ 7074/93 סויסא נ' היועץ המשפטי לממשלה (להלן – פרשת סויסא), בעמ' 782-784). כדי שסטייה מן השורה המפרה את כללי ההתנהגות המתייבים את עובד הציבור, תהווה הפרת אמונים ותצדיק את הרשעתו בפלילים, יש להראות כי להתנהגותו נילווה פן מחמיר

במעשיו של שבס כמי שפעל בניגוד עניינים, תוך התעלמות מהעובדה שקיבל כספים לכיסו מהאנשים המעורבים בפרשה.

8. ע"פ שבס (לעיל, הערה 2), בעמ' 520.

9. שם, בעמ' 522.

> נוסף. החומרה המיוחדת יכולה להתבטא באופייה השלילי המובהק של ההתנהגות, כגון, שהתנהגותו של עובד הציבור הייתה נגועה בשחיתות (ראו למשל: פרשת סויסא, בעמ' 777; פרשת גנות, בעמ' 391 וע"פ 7865/01 מדינת ישראל נ' ביטון, בעמ' 745) או בתומרת הפגיעה שנגרמה לאינטרס הציבורי (ראו למשל: פרשת גנות, שם; ד"נ 3/82 גרוסמן נ' מדינת ישראל, בעמ' 773). ואילו במקרים שבהם חומרת המעשים איננה "זועקת" (אם כי עדיין גדולה דייה על־מנת שתהיה פגיעה בציבור), או שתוצאתם המזיקה לאינטרס הציבורי אינה ניכרת, עשוי הפן המחמיר הנוסף להתבטא בהוכחת חוסר תום־לבו של עובד הציבור, שבזמן המעשים היה מודע לכך שמעשיו פסולים ועולים כדי הפרת אמונים.[10]

ובאשר לעובדות האישום:

> נראה כי בחריגתו האמורה של שבס לא התקיימה אותה מידה של חומרה טבועה שדי בה כדי להצריק את סיווג מעשיו כעבירה פלילית של הפרת אמונים. כן עולה, ומכל מקום לא הוכח אחרת, כי לשבס לא היה מניע אישי לקדם את העיסקה האמורה, וכי הוא עשה כן משיקולים ענייניים, על דעתו של ראש־הממשלה רבין ובתיאום מלא עמו.[11]

השופט מצא אינו מפרט מהי אותה "חומרה טבועה", "חומרה מיוחדת" או "פגיעה כה גדולה באינטרס הציבורי" שיהיה בהם כדי להצדיק הרשעה. הוא מסתפק בקביעה, שבמקרה הנידון לא היתה חומרה כזו. לכך מצטרפת הקביעה כי שבס לא היה מודע לכך שמעשיו פסולים ומכאן הזיכוי: "המסקנה המתבקשת היא כי לא הוכחה מודעותו של שבס לפסול שדבק – לשיטת המדינה – במעשיו. ומאחר שלא הוכחה גם חומרתם המיוחדת של מעשיו, יש לבטל את הרשעתו בעבירת מירמה והפרת אמונים".[12]

2. האישום השלישי

גיל שולדנפריי הוא יזם ואיש־עסקים. מאמצע שנות השמונים נמנה עם חבריו הקרובים של שבס. דורון שולדנפריי נמנה אף הוא עם חבריו של שבס ומאז ראשית שנות התשעים אף שימש פרקליטו. האחים שולדנפריי היו בעלי השליטה בחברות "ליגד" ו"מרגנית". בשנתיים שקדמו למינויו לתפקיד הועסק שבס על־ידי חברת מרגנית כיועץ וקיבל תמורת פעילותו – שמהותה המדויקת לא התחוורה – כ-145,000 דולר. מיד לאחר סיום כהונתו

10. שם, בעמ' 527.
11. ע"פ שבס (לעיל, הערה 2), בעמ' 531 (ההדגשה שלי – י"ק).
12. שם, בעמ' 531-532.

nevo.co.il

הממלכתית הועסק שבס שוב כיועץ במשך כשישה חודשים על־ידי חברה בשם "פורטפוליו מנג'מנט (ישראל) חברה להשקעות (1990) בע"מ"; ואף שהאחים שולדנפריי לא היו בעלי מניות בחברות אלו, הרי שדורון שולדנפריי ואשתו (שהחברות היו בבעלות בני־משפחתה) היו מיופי־כוח ובעלי זכות־חתימה בחשבונות הבנק שלהן. דורון שולדנפריי אף היה זה שהציע לבעלי החברה להעסיק את שבס, בזמן שקדמו לסיום תפקידו הממלכתי, ותמורת תפקיד זה – שאף תוכנו המדויק לא התחוור לבית־המשפט – קיבל שבס, מחברת־הבת הישראלית כ־150,000 דולר בגין שכר בתוספת הוצאות שונות. קבלת טובות־הנאה אלה היא שעמדה ביסוד האשמתו של שבס בלקיחת שוחד.

בית־המשפט המחוזי קבע, כי הראיות שהובאו לפניו שכנעו אותו ששבס אכן הפעיל את השפעתו כדי לקדם את הפרוייקטים של האחים שולדנפריי. בית־המשפט האמין לעדויותיהם של עובדי משרד ראש־הממשלה, כי שבס הנחה אותם לפעול בעניינם של פרוייקטים אלה כלפי גורמים שונים וכי האחים שולדנפריי זכו ליחס מועדף במשרד ראש־הממשלה – דבר שאצל חלק מהעובדים עורר מורת־רוח. בית־המשפט המחוזי דחה את טענת שבס, כי טיפולו בפרוייקט "שערי העיר" הצטמצם לשיחת טלפון אחת או שתיים עם אליהו סוויסה. באשר לפרוייקט "רחובות הירוקה" קבע בית־המשפט, כי שבס אכן נפגש עם מנכ"ל משרד־הפנים, קלעג'י, במטרה להסתייע בו לקידום אישורה של התוכנית להקמתו של פרוייקט זה.

בית־המשפט המחוזי קבע, ששני הפרוייקטים – "שערי העיר" ו"רחובות הירוקה" – לא עמדו בקריטריונים שנקבעו להתערבותו של משרד ראש־הממשלה; שכן לנוכח תמיכתן של הוועדות המקומיות בביצועם, הליכי אישורם היו יחסית מהירים ועל כן הם לא נחשבו ל"תקועים". ביתר־שאת הוטעמו הדברים באשר לפרוייקט "שערי העיר", שעניינו היה בבנייה למטרות משרדים ומסחר אשר מיקומן בסדר־העדיפויות לטיפול המשרד היה נמוך למדי.

אמנם, בית־המשפט העליון קיבל את כל הקביעות העובדתיות של המחוזי, אולם תמך בזיכוי. גם כאן נשען הזיכוי על כך שההתנהגות הפסולה של שבס אינה חמורה דיה, כלשונו של בית־המשפט:

> המעם לכך הוא כי סטייתו של שבס מן השורה, לנוכח סוג פעילותו והיקפה, לא הגיעה לדרגת חומרה שיש בה משום פגיעה בציבור. על־פי כלל נסיבותיה, הריהי בגדר מקרה גבולי שאיננו מצדיק הרשעה בפלילים. שבס לא גיסה להשיג עבור האחים שולדנפריי, ואף לא השיג בפועל, דבר־מה משמעותי שלא היו זכאים לו ממילא. ככל יום אחר, אף הם היו זכאים כי רשויות התכנון יטפלו בעניניהם במהירות סבירה, וככל יום אחר, אף הם היו זכאים כי האגף למעקב ובקרה במשרד ראש הממשלה יסייע להם בקידום עניניהם. אלמלא היו חבריו של שבס ייתכן שהיו הם זכאים אף לטיפולו האישי, כמו מאות יומים אחרים שזכו לכך.[13]

13. שם, בעמ' 545.

חשוב לציין, שבנושא האישום השלישי נמצאה בבית־המשפט עמדה שונה. השופטת מרים נאור היתה בדעה, כי חומרת המעשים מצדיקה הרשעה וקבעה:

> בעניין האישום השלישי דעתי היא כי שבס תצה, כטענת המדינה, את קו הגבול המפריד בין העבירה של מירמה והפרת אמונים לבין עבירה משמעתית גרדא.[14]

המחלוקת בין שופטי הרוב לשופטת המיעוט,[15] כמו גם חשיבות הנושא, היו הסיבות לכך שהוחלט על קיומו של דיון נוסף בפרשה.[16]

ג. מהו הערך המוגן של העבירה?

1. כללי - חשיבות איתורו של הערך המוגן כבסיס לפרשנות העבירה

אין חולק, כי ההלכה בקשר לעבירה של הפרת אמונים אינה משביעת־רצון ואינה מניחה את הדעת. זוהי גם הסיבה שנתן השופט חשין לצורך בקביעת דיון נוסף בפרשת שבס:

14. שם, בעמ' 548.

15. השופטת נאור מנמקת את עמדתה התומכת בהרשעה כך:

> שבס היה מודע בפועל שאסור לו לעטוק בעניניהם של שולפנדריי. לא בכדי טען, תחילה, שלא עשה כן, ולא בכדי ניסה אחר כך לגמד את פעולותיו. שבס פעל בניגוד אינטרסים מובהק. בכמה עניינים רואה אני חומרה יתרה המעבירה את המעשים אל מעבר לקו הגבול כאמור. אין המדובר רק בטובה לחברים. מערכת היחסים הכספית שהייתה לשבס עם שולפנדריי בתקופה שקדמה למינויו כמנכ"ל משרד ראש־הממשלה, נותנת למעשיו של שבס בעניניהם של חבריו־מיטיבו מימד של שחיתות. חומרה יתרה נובעת גם ממעמדו הבכיר של שבס הן כמנכ"ל משרד ראש־הממשלה והן בשל "מבצע האצת הבנייה". גם פעולה מינורית יחסית של עובד ציבור בעל עמדה בכירה יש בה פוטנציאל להשפיע הרבה יותר מפעולה אינטנסיבית של עובד ציבור זוטר..... בנוסף; טענותיו בעניין "המשקיעים הזרים" העלולים למשוך ידם מההשקעה הייתה בגדר חשיפת חלק מהאמת בלבד. עוד יש לזכור, כי הפרוייקטים לא היו "תקועים" כלל ועיקר, ודווקא בתקופה בה תוכניות רבות היו "תקועות" צריך היה להיוהר כפל כפליים שלא לזרז תוכניות שאינן "תקועות" ובכך, בהכרח, להשהות במידה זו או אחרת טיפול בתוכניות אחרות הממתינות לתורן. בענייני בניה "זמן הוא כסף". עניינים אלה, ובוודאי בהצטברותם, מספיקים לדעתי די והותר להרשעה בהפרת אמונים (שם, בעמ' 549. ההדגשות שלי – י"ק).

16. דנ"פ 1397/03 מדינת ישראל נ' שבס (טרם פורסם).

nevo.co.il

> התמונה הנתזית של ההלכה הקיימת בעניינה של עבירת המירמה והפרת אמונים – כך גם בעניינו של שבס – רחוקה היא מאוד מהנית את הדעת. מעבר מזה, מדברים אנו בעבירה שקשה להגזים בחשיבותה מבחינתם של המינהל התקין, אינטרס הציבור וטוהר המידות של עובדי הציבור. ומעבר מזה, עניינו בעבירה ייחודית ומיוחדת, עבירה בת "ריקמה פתוחה", עבירה שגבולותיה אינם ברורים כלל ועיקר. העבירה "עבירת מיסגרת" היא, ושלא כדרכן של עבירות פליליות אין היא בנויה על יסודות מוגדרים באורח מדוייק וברור.[17]

האתגר שהעמיד השופט חשין באישור הדיון הנוסף הוא הצורך לקבוע "מיבחן ברור ומדויק ככל האפשר ליסודותיה של העבירה וליישומו של הדין על עניינו של שבס".[18] במאמר זה אני נענה לאתגר ומנסה להציע לבית־המשפט הצעה מגובשת לפרשנות העבירה.

לדעתי, כדי לגבש ולנסח מבחן ברור ומדויק יש לאתר בראשית הדברים את הערך המוגן על־ידי העבירה, את מטרותיה ותפקידה.[19] לדעתי, פרשנותה של העבירה צריכה להיות מוגבלת, מצומצמת וסובבת כולה סביב הערך המוגן, המעניק לה את הצדקתה וטעם קיומה.[20] רק לאחר איתור הערך המוגן אפשר להעניק לעבירה את הפרשנות שתעצב באופן ברור ומדויק יותר את גבולותיה, כמובן בהתאם לכלל הפרשנות המצמצמת המקובל במשפט הפלילי.[21]

איתורו והגדרתו המדויקת של הערך המוגן משמשים לכמה מטרות,[22] שכולן חשובות בהקשר הנוכחי: הערך המוגן משמש מדריך למחוקק במלאכת החקיקה והגדרת האיסור. הערך המוגן משמש כלי ביקורת של האורח על מלאכת החקיקה ומאפשר לנו לגבש עמדה

---

17. שם, בפסקה 6 לפסק־הדין.
18. שם, בפסקה 12 לפסק־הדין.
19. השוו למאמרם של מרדכי קרמניצר וליאת לבנון, "עד היכן תתרחב עוד עבירת השוחד", עלי משפט א (תשס"א) 369, הנוקט מהלך דומה לגבי עבירת השוחד. על מושג "האינטרס (הערך) המוגן" ועל תפקידו בשיטת המשפט ראו גם מרדכי קרמניצר, "על מאפיינים אחדים של המשפט הגרמני הפלילי", ספר גבורות לאגרנט (רות גביזון, מרדכי קרמניצר – עורכים, תשמ"ז) 325, בעמ' 327.
20. על הפרשנות המצמצמת בפלילים ועל חשיבותו של הערך המוגן לפרשנות זו ראו: Mordechai Kremnitzer, "Interpretation in Criminal Law", 21 *Isr. L. Rev.* (1986) 358, pp. 370-373.
21. ראו סעיף 34כא לחוק העונשין; וכן בועז סנג'רו, "פרשנות מרחיבה בפלילים?! האומנם 'אין מחוקק מבלעדי המחוקק' ולו בלבד נתכנו עלילות החקיקה?' על נשיא בית־המשפט העליון כמחוקק־על והטפד לכלל הפרשנות המצמצמת", עלי משפט ג (תשס"ג) 165.
22. פירוט יעודיו של הערך המוגן לקוח ממאמרו של מרדכי קרמניצר, "האם חסרי עבירות אנחנו?", משפטים יג (תשמ"ג) 159, בעמ' 160.

nevo.co.il

בשאלה, האם יש צורך בעבירה פלילית של הפרת אמונים? כאמור, הערך המוגן משמש את הפרשן החותר לחשוף ולתאר את משמעותם המדויקת של הביטויים הכלולים בהגדרתה. נוסף על כך מסייע הערך המוגן בארגון חוק העונשין וכן בהתאמת הענישה המתאימה לכל עבירה.

איתורו והגדרתו של הערך המוגן יכולים לסייע לנו לחשוב על השאלה, האם אנו זקוקים לסעיף העבירה בספר החוקים? נוכח ההצעה שהועלתה למחוק את הסעיף[23] יש לבחון את שני הנושאים הבאים: אחד, האם הערך המוגן על־ידי העבירה הוא אכן ערך חיוני וחשוב לחברה, המחייב שימוש במשפט הפלילי? השני, האם הערך החיוני הזה מוגן באופן מספק על־ידי סעיפי חוק אחרים או אמצעי אכיפה אחרים? אם הערך אכן חיוני לחברה ואינו מקבל מענה מספק מאמצעים אחרים, יש מקום לתמוך בהמשך קיומה של העבירה ואף באכיפתה הנמרצת במקרים הראויים.

אם כן, מהו הערך המוגן על־ידי העבירה של הפרת אמונים של עובד־ציבור? לפנינו כמה אפשרויות וערכים רלבנטיים:

1. תקינות פעילותו של המינהל הציבורי; 2. טוהר המידות של עובדי־הציבור; 3. אמון הציבור הרחב בעובדי־הציבור.

כל אחד מהערכים הנ"ל מוביל לפרשנות שונה של סעיף העבירה. כולם ערכים ראויים וחשובים. השאלה היא, האם יש להגן עליהם, במלוא היקפם, באמצעות המשפט הפלילי? והאם זהו עניינה של העבירה של "מרמה והפרת אמונים של עובד ציבור"? כדי לאתר את הערך המוגן על־ידי איסור העבירה אני משתמש בכלים משפטיים מגוונים, הנזכרים ומיושמים כולם בספרות העוסקת בפרשנות בפלילים[24] ובמידה פחותה גם בפסיקת בית־המשפט העליון.[25] הכלים העיקריים הם אלה:

יש לשאוף לבחירה בערך חברתי אחד, ברור ומוגדר, ולא בכמה ערכים חברתיים או בערך חברתי רחב ועמום החסר משמעות אחת. כאשר הערך החברתי המוגן על־ידי העבירה הוא רחב או כאשר יש כמה ערכים מוגנים, אי־אפשר להעניק לעבירה פרשנות מצומצמת וראויה, אין לבקר באמצעותו את החקיקה, את האכיפה ואת השפיטה, ואף לא לחנך לפיו את הציבור. ייחוד העבירה לערך מוגן אחד עולה בקנה אחד עם עקרון החוקיות.[26]

באיתור הערך המוגן אפשר להיעזר בלשון החוק, בהיסטוריה החקיקתית ובמערך החקיקה הסובב את הסעיף הנידון. הרמוניה חקיקתית אין פירושה הייעדר מוחלט של חפיפה בין עבירות, אלא התאמה בין העבירות השונות[27] ומתן מענה טוב לאינטרסים החברתיים החיוניים ולערכיה של השיטה.

23. גור־אריה (לעיל, הערה 3).

24. ראו Kremnitzer (לעיל, הערה 20).

25. למשל: בדנ"פ 1789/98 מדינת ישראל נ' בחנא, פ"ד נד(5) 145, העוסק בשאלה, מהו הערך המוגן בעבירת ההמרדה?

26. "ייחוד עבירת ההמרדה לערך מוגן אחד תורם לבהירות הנורמה האוסרת, דבר העולה בקנה אחד עם הגיונו של עקרון החוקיות". דברי השופט אור, שם, בעמ' 152.

27. שם, בעמ' 156.

nevo.co.il

יש לפנות לערכי־היסוד של שיטת המשפט, לתוקי־היסוד,[28] לתודעה החברתית של הציבור הרחב, ובמידת האפשר – גם לתודעה האוניברסלית של חברות דומות (שיטות משפט דומות למשפט הישראלי וכן בקרב מדינות דמוקרטיות־ליברליות) כדי לנסות להגדיר ולזהות מהו הערך התברתי החיוני, החשוב באמת לחברה בהקשר הנידון.

פסק־הדין בדנ"פ כהנא, שבו נחלקו שופטי בית־המשפט העליון בשאלה, מהו הערך המוגן על־ידי עבירת ההמרדה. לימד אותנו באיזו מידה קשה לאתר ולהגדיר אל־נכון את הערך המוגן וגם את העובדה כי הגדרת הערך המוגן אינה תרופת־פלא לעמימות הטבועה בעבירות מסוימות. אולם כמו במקרה שלנו, גם שם זהו תהליך חשוב וחיוני בפרשנותה של עבירה עמומה. איתור הערך המוגן במקרה שלנו, כמו בעבירת ההמרדה, מסייע במלאכת הפרשנות של העבירה ומאפשר לצמצם את תחולתה של העבירה העמומה והרתבה ולהעניק לה תוכן והיקף ראויים.

כאשר מדובר בעבירה של הפרת אמונים של עובד־ציבור לא יכול להיות ספק כי הציבור הישראלי הרחב, כמו גם התודעה האוניברסלית,[29] שעליה נרחיב בהמשך, שמים דגש ברור על הצורך במינהל ציבורי תקין ורואים במאבק בשחיתות בשלטון את אחד הנושאים החשובים בחברה דמוקרטית וראויה, השומרת על שלטון החוק ועל עקרונות הצדק והשוויון לכל אזרחיה.

2. עמדת הפסיקה – אמון הציבור וטוהר המידות

למרבה הצער, פסיקת בית־המשפט העליון אינה מרבה לעסוק בניתוח פרטני ומדויק בנוגע לאיתור הערך המוגן של העבירה הפלילית, בכלל, ושל העבירה הפלילית של מרמה והפרת אמונים, בפרט, גם כשמדובר בעבירה שהגדרתה עמומה המשוועת לפרשנות מצמצמת המבוססת על איתורו של הערך המוגן הספציפי הרלבנטי לעבירה. עם זאת, אפשר לחלץ מהרטוריקה של בית־המשפט את גישתו באשר לערך המוגן נשוא העבירה. דומה, שהגישה הרווחת היא כי האיסור הפלילי על הפרת אמונים נועד להגן לא רק על תקינות פעילותו של המינהל, אלא על טוהר המידות של עובדי־הציבור. כמטרת־משנה מקפיד בית־המשפט לציין גם את חשיבות הערך המוגן הנוסף, שעניינו אמון הציבור בעובדי־הציבור ובדרך פעולתם. אין ספק, שתפיסה רחבה זו של הערך המוגן על־ידי העבירה עלולה להביא להתפרסותה על־פני תחומים רחבים ולא מוגדרים וכך להביא לכשלונה. תפיסה רחבה זו של הערך המוגן, שהיא בעצם הרחבה ביותר שאפשר להעלות

28. אהרון ברק, "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי־היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)", מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 5, בעמ' 15.

29. על התודעה הציבורית האוניברסלית והאינטרס התברתי המוגן בתחום זה ראו גם יובל קרניאל, הפרת אמונים בתאגיד במשפט האזרחי והפלילי (נבו, תשס"א), 345: "הפרת אמונים של שופט, שוטר, קצין בצבא או פקיד בכיר עלולה לגרום לנזקים קשים ותמורים לציבור עקב קבלת החלטות לא ענייניות (זיכוי של אשם, רכישת ציוד ביטחוני בלתי־מתאים וכו')... הגנה על אלה מקובלת כחיונית והכרחית בכל חברה מתוקנת".

nevo.co.il

על הדעת, משותפת בפסיקה הן לעבירה שלנו הן לעבירת השוחד. כך, למשל, נקבע בע"פ לוי: "מבחינה רעיונית, הכללים באשר לעבירות השוחד והפרת האמונים נועדו לשרת אותה מטרה חשובה, דהיינו, הקפדה על טוהר המידות של המינהל הציבורי".[30] העבירה של הפרת אמונים נתפסת על־ידי חלק משופטי בית־המשפט העליון כעבירה שעניינה המרכזי טוהר המידות. כך, למשל, השופט דב לוין בע"פ **אבו חצירא**[31] קובע, כי העבירה מיועדת "לשמור על טוהר המידות של עובדי ציבור ולמנוע מעשים שאינם יאים לעובדי ציבור, אם כי אותם המעשים כשלעצמם יכולים להיות כשרים כשהם נעשים בין פרט לפרט". גם את הערך המוגן שעניינו אמון הציבור במינהל הדגיש בית־המשפט בשורה של פסקי־דין שעניינם שוחד והפרת אמונים. עמדה זו הגיעה לשיאה בע"פ **גרוסמן**, הנחשב במשך שנים רבות להלכה החשובה והמחייבת בכל הנוגע לעבירה. בפרשה זו קבע השופט ברק, כי "מעשה 'הפוגע בציבור' אינו דווקא מעשה הגורם נזק כספי או חומרי...די בכך ... [שהמעשים – י"ק] פגעו באמון הציבור במערכת השלטונית, כדי לבסס פגיעה בציבור".[32]

אף אני הבעתי בעבר עמדה מרתיבה דומה, שפירשה את העבירה של הפרת אמונים ככוונ המגנה על כמה ערכים חברתיים[33] וכתבתי: "הערך המוגן העומד ביסודה של העבירה הוא הבטחת התנהגות ראויה ותקינה של עובדי הציבור וטוהר מידותיהם"; וכן הערך המוגן הוא "תקינות עבודתו של המינהל הציבורי והממשל כולו ואמון הציבור בתקינות פעולתם של הפועלים בשמו ולמענו".[34] מטרתה העיקרית של הרשימה ההיא היתה להצביע על החשיבות שיש לאכיפת העבירה של "הפרת אמונים" לדמוקרטיה הישראלית ועל האינטרסים החשובים שהיא משרתת. העמדה הרחבה בכל הנוגע לאינטרס המוגן נועדה להצדיק את המשך קיומה ואכיפתה של העבירה נוכח מה שהצטייר אז, ועדיין בולט, כחולשה של מערכת האכיפה ושל בתי־המשפט באכיפת העבירה הלכה למעשה ובמאבק בשחיתות בשלטון.

אכן, אין ספק שהבטחת טוהר המידות של עובדי־הציבור ושמירת אמון הציבור בממשל הן מטרות ראויות וחשובות. אין חולק שגם ערכים אלה ראויים להגנה ולטיפות. אולם

30. ע"פ 355/88 **לוי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מג(3) 221, בעמ' 236.

31. ע"פ 281/82 **אבו חצירא נ' מדינת ישראל**, פ"ד לז(3) 673, בעמ' 705. דברים אלה שציטט השופט לוין בהסכמה נאמרו על־ידי השופט עציוני בע"פ 151/66 **גייזלר נ' מדינת ישראל**, פ"ד כ(2) 477, בעמ' 485.

32. ע"פ 884/80 **מדינת ישראל נ' גרוסמן**, פ"ד לו(1) 405 (להלן: ע"פ **גרוסמן**), בעמ' 419. בעקבות דברים אלה הלך בית־המשפט בשורה של פסקי־דין. למשל: ע"פ 44/81 **מויאל נ' מדינת ישראל**, פ"ד לו(1) 505, בעמ' 518; ע"פ 5046/93 **מדינת ישראל נ' הובמן**, פ"ד נ(1) 2, ועוד. ראו גם אצל גור־אריה (לעיל, הערה 3), בעמ' 262.

33. קרניאל (לעיל, הערה 3), בעמ' 275, הערה 5, שם הפניתי לבג"ץ 57/94 **סויסא נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מח(2) 749, בעמ' 777 ושעניתי כי אין מדובר בטוהר מידות אישי, שעניינו אכיפת מוסר, אלא בטוהר מידות ציבורי שעיקרו נאמנות למשרה ולתפקיד.

34. קרניאל (לעיל, הערה 3), בעמ' 283.

nevo.co.il

בשנים שחלפו מאז התגבשה אצלי ההכרה, כי גישה רחבה זו אל הערך המוגן על־ידי העבירה מכשילה את עצמה והיא העומדת בשורש הבעיה ומקשה על בית־המשפט להעניק לעבירה תוכן ברור מדויק ומתותם. דווקא תחולתה הרחבה של העבירה – לפי גישתו של בית־המשפט – מביאה אותו, פעם אחר פעם לפעול באופן קיצוני ובניגוד לרטוריקה הרתבה ולזכות את הנאשם,[35] הגם שאין ספק כי פעל בניגוד לטוהר המידות ופגע באמון הציבור במינהל. בית־המשפט עצמו מרגיש שלא בנוח עם עבירה פלילית כה רחבה המכסה את כל הקשת הנ"ל של הערכים המוגנים ומחפש לעצמו דרכי מוצא, לעתים באופן מלאכותי, כדי לצמצם את היקף העבירה.

זהו גם החסרון הגדול בפרשנות זו של בית־המשפט העליון. במקום לקבוע לעבירה תחום מצומצם המוגדר וידוע מראש, מורחב מאוד התחום שבו יש לעבירה פוטנציאל לחול. לאחר־מכן מועברים המקרים הרבים שבתחום זה דרך מסננת נוספת, בעלת חורים שונים, שאינה משקפת רציונל ידוע מראש, אלא אולי אך ורק את תחושתו הסובייקטיבית של השופט היושב לדין במקרה הספציפי. רק כך יש להבין את תוצאת הדיון בפרשת שבס.

התוצאה הזו היא שרירותית, סובייקטיבית, סותרת את עקרון החוקיות העומד ביסוד דיני העונשין[36] ומקשה מאוד על עבודת הפרקליטות שאינה יכולה לדעת מראש מהו היקף התפרסותה של העבירה ומהי הפרשנות המחייבת שבית־המשפט מעניק לה.

אכן, במקרה של עבירת הפרת האמונים הכלל הנכון הוא "תפסת מרובה – לא תפסת". הגדרה רחבה של הערך המוגן על־ידי העבירה מובילה לפרשנות רחבה של היסוד העובדתי ומגדילה את תחום התפרסותה של העבירה אל מעבר לרצוי.

3. הערך המוגן – תקינות פעולתו של המינהל הציבורי

למרות חשיבותם של הערכים שהפסיקה העניקה להם משקל ודגש רב – אמון הציבור בעובדי־הציבור וטוהר המידות שלהם – דומה שאין לראות בהם את הערך המוגן על־ידי איסור העבירה. המדובר בערכים ראויים, אך היקפם הרחב אינו הולם את דרך הטיפול של המשפט הפלילי, המתמקד בתופעות התמורות והמסוכנות ביותר בפעולות האדם. על אטון הציבור בעובדי־הציבור ועל טוהר המידות שלהם אפשר, וראוי, להגן בשורה ארוכה של כלים שאינם דווקא איסורים פליליים.[37] כמו־כן, עם כל חשיבותם, אפשר לקיים חברה אנושית, דמוקרטית מתפקדת ולמנוע פגיעות קשות באחרים, גם כאשר ערכים אלה אינם מוגשמים במלואם. הגשמה טלאה של ערכים אלה באמצעות המשפט הפלילי מביאה

35. על התופעה של ויכוי אנשי־ציבור בין השאר, בעבירה של מרמה והפרת אמונים ראו אצל גלבוע (לעיל, הערה 5), בעמ' 711, בעיקר בעמ' 719 והערה 19, המונה את אישי־הציבור הבכירים שזוכו בשנים האחרונות.

36. על עקרון החוקיות ראו קרניאל (לעיל, הערה 29), בעמ' 379-380, 382-384.

37. בעיקר הכוונה לדין משמעתי של עובדי־הציבור, אולם יש להזכיר כלים נוספים כדוגמת הביקורת הפנימית, הדרכה של עובדים, פיקוח של מנהלים, ביקורת ציבורית על־ידי העיתונות ועוד.

nevo.co.il

להרחבה גדולה מדי של התחום הפלילי ועלולה לפגוע בעקרון החוקיות ובעקרון האשמה העומדים ביסוד המשפט הפלילי.[38] הגנה רחבה על אמון הציבור בממשל באמצעות המשפט הפלילי יכולה לחרוג אף מעקרונות־היסוד של שיטתנו המשפטית. לעומתם, הערך המוגן הראשון הוא חיוני לקיומה של חברה מודרנית, דמוקרטית וצודקת. תקינות פעילותו של המינהל הציבורי הוא אינטרס וערך מרכזי וחיוני שבלעדיו החברה אינה מסוגלת לתפקד. פעילות לא־תקינה של המינהל הציבורי גורמת לנזקים קשים וחמורים לחברה, לכלכלה, לאזרח, לערכי שלטון החוק ולדמוקרטיה.[39] הסכנה לדמוקרטיה טמונה בכך, שעובדי הציבור ונבחריו לא יפעלו לטובת האינטרס הציבורי הכללי, אלא ינצלו את הסמכות הציבורית שהופקדה בידיהם כדי לקדם אינטרסים זרים של גורמים בעלי השפעה, כוח או כסף. גורמים אלה יכולים להיות בעלי השפעה גדולה על עובד־הציבור או נבחר־הציבור. לעתים מדובר בגורמים פוליטיים המשפיעים על עתידו הפוליטי, ולעתים באנשי־עסקים המשפיעים על עתידו המקצועי והכלכלי ולעתים אפילו על גורמים פליליים המטילים מורא על עובד־הציבור. פעילות מושחתת מעין זו של עובדי הציבור ונבחריו מפקיעה את השליטה במדינה מהעם, הדיבון בחברה דמוקרטית, ומעבידה אותה לפקידים ולעובדי־הציבור הפועלים על־פי העדפותיהם הפרטיות. תארו לעצמכם את הנזקים העלולים להיגרם (ואולי, לצערנו הרב, נגרמים גם כיום) בשל פעולות של השלטון והמינהל הציבורי שאינן תואמות את האינטרס הציבורי ומושפעות מאינטרסים זרים. כך, למשל, חלוקת הכספים בתקציב המדינה, הקצאת הקרקעות במדינה, אישורי תכנון ובנייה, עסקאות רכישה של נשק, סל התרופות ולמעשה כל המבנה והתשתית של חיינו כחברה מודרנית – כל אלה נקבעים על־ידי החלטות של עובדי־הציבור הנוגעים בדבר. תקינות פעולתם של אלה הוא אחד האינטרסים החברתיים החיוניים ביותר.

את אמון הציבור במשרתי הציבור ובנבחריו אפשר, וצריך, להשיג בראש־ובראשונה על־ידי דאגת אמת לתקינות הפעולה שלהם.[40] אם אכן יפעלו כשורה באופן תקין, יזכו גם לאמון הציבור. יתירה מזו: לדעתי, אין צורך לקדם את הערך הנפרד של אמון הציבור במינהל. קידומו של ערך זה – בין השאר באמצעות פרסום אינטנסיבי, יחסי־ציבור ודאגת למראית־עין – ביסודו הוא בלתי־דמוקרטי ומחליש את זכותם ויכולתם של האזרחים לקבל תיאור מלא והולם של איכותו ומהותו של השירות הציבורי שהם זוכים לו. החברה והמדינה צריכות גם באמצעות הדין הפלילי לטפח ולהגן על תקינות הפעולה עצמה ולא

38. על עקרון האשמה ומעמדו החוקתי ראו גם מרדכי קרמניצר,"עקרון האשמה", מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 109.

39. פעילות בלתי־תקינה של המינהל שאינו מציית לכללים, לנורמות ולחוקים שנקבעו באופן דמוקרטי היא למעשה סופה של הדמוקרטיה ומאפיינת "רפובליקת בננות" ומדינות לא־דמוקרטיות בעולם השלישי שבהן אינטרסים פרטיים מכוונים את פעילות השלטון והמינהל. פעולות המינהל משפיעות על כל תחומי החיים – ביטחון, בריאות הציבור, איכות הסביבה, דיור, ביטוח לאומי, חינוך, מאבק בפשיעה ועוד. הפעלה של שיקולים זרים ואינטרסנטיים, הנעשית באופן סמוי, עלולה לסכן חיי אדם ואינטרסים חיוניים אחרים.

40. לעמדה דומה בהקשר של עבירת השוחד ראו קרמניצר ולבנון (לעיל, הערה 19), בעמ' 375.

על מראית־העין שלה. הגנה יתירה על "אמון הציבור במינהל" סופה הסתרה של מידע על ליקויים ופגיעה בערכים חשובים יותר של שקיפות.[41] חשדנות או פקפוק מסוים, ולאו דווקא אמון מלא, הם היחס הראוי כלפי עבודתם ומעשיהם של עובדי־הציבור והנבחרים.[42]

מכל־מקום, גם אם יש מקום להגנה מסוימת על הערך של אמון הציבור במינהל[43] אין לעשות זאת באמצעות המשפט הפלילי, המיועד לטפל בסכנות החמורות ביותר לקיומה של החברה ולשלומם של תושביה.[44]

תמיכה נוספת לעמדה שלפיה אין לראות באמון הציבור במינהל את הערך המוגן בעבירה אפשר למצוא מכך שהעבירה אין עניינה מעשה גלוי ופומבי של הפרת אמונים או של ניגודי עניינים, אלא להיפך. רוב־רובן של פעולות המינהל מתבצעות בסתר ולא בפומבי. הציבור כלל אינו מודע להן, ואמונו אינו נפגע בשל פעולות פסולות שאינן ידועות לו. פעולות נסתרות אלה פוגעות באינטרס הציבורי החיוני לקיומו של מינהל תקין, אך אינן נוגעות ישירות לאמון הציבור. לדעתי, אמון הציבור במינהל הוא ערך מוגן על־ידי העבירה רק כערך נלווה, כתוצאת־לוואי, לצורך התיוני בפעולה תקינה של המינהל. ברור, שהגנה נמרצת על תקינות הפעולה תורמת גם באופן ממשי לאמון הציבור בעובדי־הציבור. אמון זה הוא תנאי חיוני לפעילותו התקינה של המינהל באותם מקרים שיש לעשות שימוש תכוף ונחרץ בעבירה כדי לשרש את הפעולות הבלתי־תקינות ולחזק את אמון הציבור במינהל.

האם יש מקום לשימוש במשפט הפלילי כדי להגן על הערך ברבד טוהר המידות של עובדי־הציבור? גם כאן תשובתי היא שלילית.[45] אמנם, לכולנו חשוב שעובדי־הציבור

41. ערכים אלה של שקיפות באים לידי ביטוי גם בחוק חופש המידע, תשנ"ח־1998, ס"ח 226.

42. ברוח דומה כתב לאחרונה חיים כהן בכל הנוגע להגנה על אמון הציבור במערכת השפיטה ובשופטים עצמם. ראו חיים כהן, "הרהורי כפירה באמון הציבור", חיים כהן: מבחר כתבים (אהרן ברק, רות גביזון – עורכים, נבו, תשס"א) 367, בעמ' 377. אם אמון הציבור במערכת השפיטה עצמה חייב להישען אך ורק על תקינות פעילותה, קל־וחומר שהמינהל הציבורי צריך לרכוש את אמון הציבור באמצעות פעולותיו ולא דרך הגנה מלאכותית של המשפט. ראו גם פרסומים קודמים של חיים כהן בנושא: חיים ה' כהן, "בשרותם של משרתי ציבור", משפט וממשל ב (תשנ"ד) 265; וכן חיים ה' כהן, "הרהורים על טוהר־המידות", משפט וממשל ב (תשנ"ה) 403, בעמ' 438.

43. בהקשרים אחדים אכן ישנה חשיבות מיוחדת גם לערך של אמון הציבור במוסדות חיוניים השואבים את כוחם מאמון זה ולא רק מסמכותם על־פי חוק או מתקציבם.

44. על תפקידו של המשפט הפלילי ועל גבולותיו הראויים ראו בהרחבה קרניאל (לעיל, הערה 29), בעמ' 237 ואילך. על כך שאמון הציבור אינו ערך המצדיק פגיעה בזכויותיו של הפרט ראו רינת קיטאי, "פגיעה במשרתו של אדם בשירות הציבורי בשל חשד לביצועה של עבירה פלילית", עלי משפט ב (תשס"ב) 107.

45. לעמדה דומה ראו גם גור־אריה (לעיל, הערה 3), בעמ' 258: "ההגנה על טוהר המידות כשלעצמה, גם כשמדובר בעובדי־הציבור ובנבחריו, אינה בעיני מטרה לגיטימית של המשפט הפלילי".

nevo.co.il

ונבחריו יהיו אנשים מוסריים, תמי־לב והגונים. עם זאת, לא כל פגיעה בטוהר המידות של אנשים אלה מחייבת טיפול של המשפט הפלילי. מטרותיו של המשפט הפלילי, כאמור, צנועות ומתוחמות הרבה יותר, ועניינן הגנה על האינטרסים החברתיים החיוניים ביותר. האינטרס החברתי החיוני, בענייננו, הוא, כאמור, איכות התפקוד של השלטון והמינהל, ולאו דווקא אופיים וטוהר מידותיהם של אנשיו. כמובן, כאשר הסטייה מטוהר המידות פוגעת גם בתפקוד יש מקום להתערבות פלילית. על טוהר המידות כשלעצמו (כאשר אין בו מעשה של גניבה, קבלת שוחד, מרמה או פגיעה בציבור) אפשר, וראוי, להגן באמצעות כלים אחרים, כגון הדין המשמעתי, כללי אתיקה, ניהול טקצועי וקיומן של ביקורת פנימית ושקיפות המובילה גם לביקורת חיצונית באמצעות העיתונות. אפשר להוסיף, כי ברוב־רובם של המקרים פגיעה של ממש בערכי טוהר המידות תבוא לידי ביטוי גם במעשה גלוי של סטייה מהשורה ופגיעה בתקינות פעולתו של המינהל. פעולות אלה הן גם החותרות תחת אמון הציבור בעובדי־הציבור ובמינהל הציבורי. במקרים אלה פעולה נמרצת לאכיפת העבירה, לרבות הרשעת העבריינים ועינשתם, תשרת גם את השאיפה להגן על טוהר המידות של עובדי־הציבור ותתרום גם לאמון הציבור במינהל הציבורי.

4. התודעה האוניברסלית – משפט משווה

תקינות פעולתו של המינהל הציבורי ואופן התנהלותם של עובדי־ציבור, המשמשים נאמנים של הציבור ופועלים בשמו ועבורו (שלא לומר על חשבונו), הוא נושא מוכר ומרכזי בספר החוקים הפלילי.[46] הערך המוגן המרכזי בנושאים אלה הוא בדרך־כלל ההגנה על אינטרס הציבור ועל האזרחים מפני שימוש־לרעה בסמכותם ובכוחם של עובדי־הציבור. האיסור הפלילי עניינו מעשים הנוגעים לציבור או פוגעים בו. ההגנה של החוק הפלילי בנושאים אלה מצטרפת לאיסורים המוכרים והידועים על קבלת שוחד ועל מעילה. אכן, ישנן שלוש דרכים מרכזיות שבאמצעותן יכול עובד־הציבור לנצל את כוחו הרב ואת משרתו הציבורית כדי לפגוע בציבור. הדרך הראשונה היא ישירה ועניינה גניבת כספי הציבור. זוהי המעילה. הדרך השנייה, עקיפה מעט יותר ועניינה קבלת שוחד מאלה הזוקוים להחלטותיו. הדרך השלישית שבה אנו עוסקים היא החמקמקה ביותר, ועניינה ניצול המשרה כדי לשרת אינטרסים זרים ושיבוש פעולות המינהל באופן הפוגע באזרחים ובציבור. לשם בחינתה של התודעה האוניברסלית בנושא זה אסקור בקצרה את התייחסותן של שיטות המשפט באנגליה ובארה"ב לסוגיה.

במשפט האנגלי מוכרת עבירה דומה מאוד לעבירה שלנו והיא למעשה המקור לסעיף 284, וזהו לשונה:

> Any public officer who commits a breach of trust or fraud in a matter affecting the public is guilty of an indictable offence at

46. ראו קרניאל (לעיל, הערה 29), בעמ' 125-165.

> common law even though the same conduct if in a private transaction would, as between individuals, have given rise only to a civil action.[47]

העבירה עניינה מעשים של הפרת אמונים או מרמה הנוגעים לציבור ולוקה, ממש כמו התרגום הישראלי שלה, בעמימות רבה. עם זאת, העבירה לא בוטלה והיא אכן מגיעה לעתים רחוקות גם לבתי־המשפט. ההלכה בבית־המשפט האנגלי נוטה לדרוש, נוסף על היסוד העובדתי (הרחב והעמום) חיווק מיוחד בתחום היסוד הנפשי שאפשר להגדירו מרכיב של "אי־יושר".[48]

יש לשער, שפסיקה אנגלית זו השפיעה על המגמה של חלק מהמשפטנים[49] למקד את פרשנות העבירה ביסוד הנפשי ולדרוש חיזוק מיוחד בתחום היסוד הנפשי כדי להרשיע בעבירה של הפרת אמונים. מכאן ככל הנראה גם נובעת הצעתו של קרמניצר[50] לדרוש מודעות לא רק ליסוד העובדתי של המעשה, אלא גם להערכה הנורמטיבית כי המעשה הוא מעשה פסול של הפרת אמונים. ראוי לציין, כי ההלכה האנגלית בעבירת הפרת האמונים נמנעה מלדרוש במפורש מניע בלתי־ראוי או מלהעניק הגנה של תום־לב שהן חלק בלתי־נפרד מהעבירה הקרובה של "שימוש לרעה במשרה". עבירה זו עניינה גרימת נזק לאזרח בביצוע תפקיד רשמי. שם נאמר בתיאור העבירה במפורש, כי נדרש מניע לא־ראוי וקיימת הגנה ברורה של תום־לב, כאשר עובד־הציבור סבר שבידו סמכות חוקית לעשות את המעשה ולא היתה לו כוונת שחיתות.[51] בעבירה שלנו אין סייגים דומים ולכן לכאורה תחולתה רחבה הרבה יותר.

גם במשפט האמריקני חלה הלכה דומה. העבירה נקלטה מהמשפט המקובל האנגלי וגם שם נדרש אלמנט נוסף בתחום היסוד הנפשי,[52] גם ב־Model Penal Code קיימת עבירה דומה, שעניינה ניצול־לרעה של המשרה. העבירה הקבועה בסעיף 243.2 לקוד עניינה ניגוד אינטרסים של עובד־הציבור והיא אומצה על־ידי מדינות רבות בארה"ב. בדברי ההסבר לסעיף מפורטים הערכים המוגנים והאינטרסים העלולים להיפגע על־ידי העבירה כדלקמן:[53]

47. Halsbury's Laws of England (4th ed., Vol. 11(1), Butterworths, 1990) sec. 291, p. 237.
48. על ההלכה האנגלית ראו אצל מן (לעיל, הערה 4), בעמ' 522.
49. ווהי, למשל, עמדתו של מן, שם.
50. קרמניצר (לעיל, הערה 3), בעמ' 284. דומה כי קרמניצר שינה את דעתו בנושא זה. ראו, למשל, הערה המצוטטת מפיו אצל רות קנאי במאמרה (לעיל, הערה 3), בעמ' 216.
51. Halsbury's Laws of England (לעיל, הערה 47), סעיף 290, בעמ' 237. ראו גם אצל קנאי (לעיל, הערה 3), בעמ' 217.
52. ראו אצל מן (לעיל, הערה 4), בעמ' 526.
53. *Model Penal Code and Commentaries* (part 2, the American Law Institute, 1980), sec. 243.2, p. 304.

> Public officials who profit from prospective governmental action or from the use of confidential information to which they have access only for official purposes clearly represent a threat to the proper functioning of government. Such conduct undermines... public confidence. It also creates an incentive to tailor governmental behavior to private benefit rather than public good.

שלא כמו בסעיף 243.1 לקוד, העוסק בפגיעה ישירה של עובד־הציבור בזכויות האזרח של הפרט, דווקא בסעיף 243.2, הדומה יותר לעבירת הפרת האמונים שלנו, לא נדרשת ידיעת הדין[54] או הכרה של העושה שהוא פועל בניגוד לדין.

לסיכום סקירה קצרה זו מתברר, כי גם באנגליה גם בארה"ב ישנן עבירות דומות. עם זאת, אין בסקירה כדי לסייע לנו באיתור ובבחירה של הערך המוגן המדויק. גם שם ישנה בעיה של עמימות וחוסר־התמקדות בערכים מוגנים מדויקים. גם שם, כמו אצלנו, מדברים בכפיפה אחת על תפקוד תקין של הרשות ואמון הציבור במינהל. עם זאת אפשר לראות כי על־פי התודעה האוניברסלית יש מקום לעבירות אלה בספר החוקים. כמו־כן עולה, כי דווקא בעבירות שעניינן הפרת האמונים וניגוד העניינים אין דרישה מפורשת באנגליה או בארה"ב לידיעת הדין, למניע שאינו ראוי או לתוסר תום־לב. בחלק מפסקי־הדין ישנה דרישה ליסוד נפשי מוגבר של אי־יושר או כוונה רעה, אך אלה אינם מוגדרים מראש ונתונים לשיקול־דעתם של המושבעים.

5. סיכום הבחירה בערך המוגן

אם כן, כל הכלים המשפטיים המשמשים אותנו כדי לאתר את הערך המוגן – העיקרון הדורש לבחור ערך מוגן מרכזי אחד, ערכי השיטה, עקרון החוקיות, כמו גם התודעה החברתית הדומיננטית בישראל ובעולם הדמוקרטי והחשיבות של שימוש מינימלי במשפט הפלילי – כל אלה מחייבים בחירה בערך מוגן אחד ויחיד: תקינות פעילותו של המינהל. זהו הערך העומד ביסוד העבירה וזהו הגרעין הקשה שלה. נוסף על כל אלה, כפי שגם העירו מרדכי קרמניצר וליאת לבנון,[55] גם העיקרון המחייב פרשנות מצמצמת בפלילים מכריע לטובת העמדה הפרשנית שלפיה הערך המוגן על־ידי העבירה הוא תקינות ההליך המינהלי ולא אמון הציבור בעובדי־הציבור ובנבחריו או טוהר מידותיהם כשלעצמם.

כעת, לאחר שזיהינו והגדרנו את מהות הערך המוגן על־ידי העבירה, אפשר ביתר קלות לפרש את לשונה ולהעניק לה משמעות ברורה, ידועה מראש ואפקטיבית.

---

54. השוו לדיון אצל קנאי (לעיל, הערה 3), בעמ' 219, המביאה את סעיף 243.1 כדוגמא לדרישה של ידיעת הדין בעבירות של הפרת אמונים. כאמור, לדעתי, סעיף 243.1 אינו עוסק בהפרת אמונים ודווקא סעיף 243.2 הקרוב יותר לעבירה שלנו אינו כולל מרכיב דומה.
55. קרמניצר ולבנון (לעיל, הערה 19), בעמ' 377; סעיף 34כא לחוק העונשין.

nevo.co.il

ד. הפרשנות המוצעת לעבירה

1. כללי - סקירת ההצעות הקיימות לפרשנות העבירה

כאמור במבוא, העבירה של הפרת אמונים בתאגיד זכתה להתייחסות של כמה משפטנים בניסיון להתגבר על העמימות שלה ולצמצם את היקף תחולתה הרחב. פרופ' גור־אריה הגיעה למסקנה, שיש למחוק כליל את העבירה מספר החוקים. עמדה זו לא מקובלת עלי. לדעתי, מעשים של הפרת אמונים על־ידי בכירים בשלטון יש בהם יסוד של שחיתות והם מסכנים את קיומה של החברה הדמוקרטית ואת סדרי הממשל. יש בכך כדי לערער את היציבות החברתית, לפגוע בערכים של שוויון ולגרור את המדינה לתהומות של מדינות נחשלות ומשטרים מושחתים של העולם השלישי. דווקא בימים אלה, כאשר ישנה תחושה של עלייה במספר המקרים של שחיתות בשלטון וניצול־לרעה של כוח המשרה למטרות זרות ולטובת אינטרסים פרטיים, ישנה חשיבות עליונה בהמשך קיומה של העבירה ובאכיפתה הלכה למעשה. העבירה של הפרת אמונים היא לעתים המחסום היחיד מפני השתלטות של בעלי־הון פרטיים ושל גורמים מפוקפקים, ואפילו פליליים, על המינהל ועל נכסי הציבור.[56]

רוב המלומדים האחרים סבורים שאין מקום לוותר על העבירה, אך ראוי לתחום את היקף התפרסותה, בעיקר דרך הפרשנות של היסוד הנפשי. כך, למשל, פרופ' קנת מן, בעקבות הפסיקה באנגליה ובארה"ב הציע להוסיף לעבירה דרישה של "אי־יושר", שהיא מעין כוונה מושתתת.[57] פרופ' קרמניצר הציע להוסיף דרישה למודעות העושה לפן הנורמטיבי של מעשיו, כלומר: להיותם מעשים פסולים.[58] דעתה של פרופ' רות קנאי היתה, שאפשר להגיע לתוצאות דומות בשימוש מושכל בהגנה (שהורחבה בתיקון 39 לחוק העונשין) של טעות במצב המשפטי.[59] לדעתה, הסיפא של סעיף 34יט לחוק העונשין ("זולת אם הטעות היתה בלתי־נמנעת באופן סביר"), מאפשרת לזכות את הנאשם במקרים שבהם אין לעושה אשמה כלשהי; שהרי לא רק שטעה (כלומר: פעל בתום־לב וסבר שמעשיו כשרים), אלא שטעותו היתה בלתי־נמנעת באופן סביר (כלומר: הסברה שמעשיו כשרים לא גבעה מסטנדרטים לקויים וירודים, אלא מהנסיבות). אבן, הפתרון שמציעה קנאי טוב יותר מההצעות האחרות הנוגעות ליסוד הנפשי, שכן על־פי ההגנה של טעות בדין המדד אינו סובייקטיבי ואינו תלוי בנורמות ובמודעות של העושה בלבד, אלא אובייקטיבי.

---

56. לעמדה דומה ראו גלבוע (לעיל, הערה 5), בעמ' 712; וכן בית־המשפט העליון בבג"ץ 7074/93 סויסא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(2) 749 (להלן: בג"ץ סויסא), בעמ' 777; וכן בע"פ 3575/99 דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 721, בעמ' 835.
57. מן (לעיל, הערה 4).
58. קרמניצר (לעיל, הערה 3).
59. קנאי (לעיל, הערה 3).

הבעיה עם ההצעות הקיימות, הנוגעות כולן ליסוד הנפשי, היא, שאין בהן כדי לגבש תפיסה פרשנית ברורה, עקיבה וידועה מראש של מהות המעשים שהם בגדר עבירה של הפרת אמונים ואין בהן כדי לתתום מראש את תחום התפרסותה של העבירה. גם על־פי גישתה של קנאי, הטובה בין ההצעות הקיימות, היסוד העובדתי, שהוא המרכיב המרכזי בעבירה, נשאר עמום, רחב, בלתי־מתוחם. אין בפרשנות המוצעת כדי לסייע לגופי האכיפה, המשטרה והפרקליטות בשאלה האם להעמיד לדין, ואין מענה הולם לחובה, על־פי עקרון החוקיות, שלפיה אין עונשין אלא אם כן מזהירין. כמו־כן לדעתי, לא נכון להטיל את כובד משקלה של העבירה העמומה והבעייתית של הפרת אמונים על ההגנות הקבועות בדין, המיועדות לשימוש בדיעבד, למקרים חריגים, קיצוניים, שבהם הגם שהתקיימה העבירה, אין אצל העושה אשמה המצדיקה הרשעה בפלילים. דרך־המלך צריכה, וחייבת, להיות התייחסות ישירה לסעיף העבירה וגיבושה של פרשנות הולמת, התואמת את עקרונות השיכה. הדרך שאני מציע היא – כפי שיפורט להלן – פרשנות היסוד העובדתי, המבוססת על הערך המוגן על־ידי העבירה. עם זאת יש להעיר, כי אין בהצעתי כדי לפסול את השימוש בהגנה של טעות בדין באותם מקרים שבהם היא חלה.

לדעתי רק השילוב בין פרשנות מצמצמת של היסוד העובדתי יחד עם ההגנה של טעות בדין לגבי היסוד הנפשי, מעניק פרשנות ראויה לעבירה.

2. הפרשנות המוצעת

האיסור על הפרת אמונים של עובד־ציבור בא, כאמור, להשלים את טיפולו של חוק העונשין בכל הנוגע למעשים הפוגעים בערך המוגן של תקינות פעולתו של המינהל הציבורי, השלטון והמשטר. העבירות השונות בחוק העונשין, בכלל, ובסימן ד – עבירות בשירות הציבור וכלפיו, בפרט, מכסות שלושה מקרים אופייניים של מעשים פוגעים ומסוכנים הנעשים על־ידי עובדי־הציבור: האחד, גניבה או נטילה מכספי הציבור ישר לכיסו של העובד. השני, נטילת שוחד, שעיקרה קבלת טובת־הנאה מצד ג היוצרת סכנה להטיית שיקול־הדעת או לשיבוש פעולותיו של עובד־הציבור. המקרה האופייני השלישי, והעמום מכולם, הוא מעשה פסול ופגום של עובד־הציבור שנעשה לא למען הציבור ולמען האינטרס שהוא מופקד עליו, אלא למען אינטרסים אחרים וזרים.

פרשנות סעיף 284 לחוק העונשין תיעשה לפיכך לפי הערך המוגן ונוכח התכרה באשר לסוג הפעולות והמעשים שהאיסור הקבוע בעבירה מגן מפניהם – אותו איסור על מעשה הפרת אמונים הפוגע בציבור.

3. היסוד העובדתי

לב־לבו של היסוד העובדתי בעבירה[60] הוא הביטוי "הפרת אמונים". נוסף על כך יש לבחון את משמעות הביטוי "הפוגע בציבור". שני אלה מתוספים ליסודות הפשוטים יותר לפרשנות ולהוכחה של "עובד־ציבור" "העושה במילוי תפקידו".

60. העבירה כוללת, כידוע, שתי אלטרנטיבות. הערה זו אינה עוסקת באלטרנטיבה השנייה שעניינה "מרמה". מעשה המרמה מפורש בדרך־כלל הן על־ידי בתי־המשפט הן בכתיבה של

nevo.co.il

אין היום חולק כי הביטוי "הפוגע בציבור" אינו רכיב תוצאתי, אלא רכיב נסיבתי[61] המתאר את אופיה ומהותה של "הפרת האמונים". לפיכך יש לגשת למלאכת הפרשנות תוך שילוב שני המושגים ולבחון מהו אותו מעשה "הפרת אמונים" "הפוגע בציבור".

פרשנות הביטוי "הפרת אמונים" בסעיף 284 לחוק העונשין צריכה להיעשות בשים לב לערך המוגן שהעבירה מגנה עליו וכן לסוג ההתקפה על הערך המוגן שהאיסור מגן מפניה. כאמור, ההתקפה היא מכיוונם של אינטרסים זרים הגורמים לעובד־הציבור לעשות מעשה פסול ופגום שאינו באינטרס הציבורי וכך לשבש את ההתנהלות התקינה של המינהל הציבורי.

אם כך, לא כל מעשה הפוגע בטוהר המידות או העלול לפגוע באמון הציבור במינהל הציבורי ובעובדיו נכלל בגדרו של הביטוי בעבירה. לא כל הימצאות במצב שיש בו ניגוד עניינים היא "הפרת אמונים".[62] הימצאות בניגוד עניינים היא מרכיב חשוב בתוך הפרת האמונים, אולם אין די בסיטואציה עצמה, גם כאשר יש בה פסול אתי, משמעתי ואפילו פלילי,[63] כדי להיות "הפרת אמונים" לענייננו. כאן נדרש אלמנט נוסף – החריגה מהשורה, הפעולה לטובת אינטרס זר ולא לטובת האינטרס הציבורי, רק אז ניתן לאתר פגיעה, או סכנה ממשית לפגיעה, בתקינות העבודה של המינהל הציבורי. אכן, ייתכנו מצבים שבהם נמצא העובד בניגוד עניינים מסוים, אולם דווקא בשל כך הוא נזהר לא לסטות מהשורה ומקפיד לפעול לפי האינטרס הציבורי. לא תמיד אפשר להימנע כליל ממצבים של ניגוד עניינים. לפעמים התרופה הטובה ביותר היא גילוי העובדות, הימנעות נקודתית מטיפול, התייעצות עם אחרים או העברת שיקול־הדעת אליהם. לפעמים, כאין ברירה, יש צורך (ואולי אף הוראה מפורשת של ממונה) לפעול במצב של ניגוד עניינים. מצבים אלה אינם "הפרת אמונים" פלילית, אפילו יש בהם פגם אתי, משמעתי או פסול

מלומדים, כטענת־שוא שיכולה להיות במעשה או במחדל. ראו, למשל, ע"פ 742/78 טל נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 449, בעמ' 458, 477; וכן קרמניצר (לעיל, הערה 3), בעמ' 277. באלטרנטיבה של "מרמה" מתמקד גם מאמרם של קרמניצר ומנהיים־ולדשטיין, העוסק בפרשת דיניץ (לעיל, הערה 5).

61. ע"פ 7318/95 ציוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 793, בעמ' 804; ע"פ 4148/96 מדינת ישראל נ' גנות, פ"ד נ(5) 367, בעמ' 386. בעניין זה, פסקי־דין אלה הלכו בעקבות הניתוח של העבירה אצל קרמניצר (לעיל, הערה 3), בעמ' 278. קרמניצר תיקן את השגגה שנפלה בעניין זה בע"פ גרוסמן (לעיל, הערה 32), שם סווג הרכיב כתוצאתי.

62. זאת עמדתי, בניגוד לע"פ גרוסמן (לעיל, הערה 32) שבו קבע השופט ברק באופן מפורש כי הימצאות בניגוד עניינים היא הפרת אמונים. ראו גם קרמניצר, שם.

63. סעיף 278 לחוק העונשין קובע עבירה פלילית ספציפית של עובד־ציבור שלו זיקה פרטית לפעולות שהוא מבצע מכוח משרתו. טענתי היא, שלא כל עבירה לפי סעיף 278 היא בהכרח גם הפרת אמונים. אגב, זו היתה עבירה מתאימה בפרשת גרוסמן, הגם ששם היתה גם הפרת אמונים, הואיל וגרוסמן לא רק פעל באופן פרטי והקצה לעצמו ולמשפחתו אגרות־חוב, אלא עשה זאת בניגוד למדיניות שנקבעה ותוך הפרתה. בסעשים אלה היתה פגיעה בתקינות פעולתו של המינהל ולא רק פעולה בניגוד עניינים. ראו ע"פ גרוסמן (לעיל, הערה 32).

nevo.co.il

אחר. יש להכיר בכך כי תחום המצבים שבהם קיים ניגוד עניינים מסוים בין האינטרס הציבורי הרחב ובין אינטרסים פרטיים או אחרים של עובד־ציבור הוא גדול ורחב ולא תמיד אפשר להימנע מכך באופן מוחלט. במערכות ובמנגנונים של קבלת החלטות ישנן שיטות שונות לטיפול במצבים של ניגוד עניינים ולא תמיד הפתרון הוא איסור מוחלט על כל פעולה. לעתים גם פעולה במצב של ניגוד עניינים – בעיקר כשהדבר מתבצע בשקיפות מלאה, בתיאום עם אחרים ובהתאם למדיניות הנהוגה ומקובלת באותו עניין – אינה מתאימה לטיפול של המשפט הפלילי (הגם שיש בה כמעט תמיד פסול אתי ואולי גם עבירה משמעתית). לפעמים אפשר גם לאשר בדיעבד, על־ידי גוף בלתי־תלוי, את ההחלטה שהתקבלה בניגוד עניינים ובכך "להכשיר" אותה ולעקר מעט מאופיה הפסול.[64]

מנגד, כאשר למצבים של ניגוד עניינים מצטרפת גם פעולה שיש בה סטייה מהשורה,[65] העדפת האינטרס הזר וזניחתו של האינטרס הציבורי, אין ספק שזוהי הפרת אמונים אשר יש בה פגיעה בתקינות פעילותו של המינהל ופגיעה בציבור. מעשים אלה, ורק הם, נכללים בגדר היסוד העובדתי של העבירה.

4. היסוד הנפשי

ככלל, היסוד הנפשי הנדרש כדי לבסס את קיומה של עבירה פלילית הוא מחשבה פלילית.[66] משמעותה של מחשבה פלילית כקבוע בסעיף 20(א) לחוק העונשין היא מודעות לרכיבין של היסוד העובדתי, כלומר: לטיבו של המעשה ולקיומן של הנסיבות. על רקע זה הזהלכה שהתגבשה בבית־המשפט באשר ליסוד הנפשי בעבירה של הפרת אמונים היא מוזרה למדי. בתי־המשפט קבעו, כי אין די במודעות של העושה למהותו הפיסית של המעשה ולנסיבות שבהן נעשה, אלא יש להוכיח כי עובד־הציבור היה מודע בפועל לכך שבמעשהו יש משום "הפרת אמונים".[67] למעשה דרשה הפסיקה מודעות לאופי הפסול של המעשה, למהותו הנורמטיבית ולא למהותו הפיסית. דרישה זו – כך טענתי בעבר[68] – היא למעשה פרס לאותם עובדי־ציבור או פוליטיקאים המורגלים בנורמות פסולות ואינם מפנימים את הפסול שבמעשיהם.

64. להשוואה בלבד, למרות ההבדלים החשובים בין הנושאים, אפשר לבחון את הכללים הדנים בניגודי עניינים בחוק החברות. כללים אלה מתמקדים בחובת גילוי ובאפשרויות של אישור פעולות על־ידי גורמים בלתי־תלויים, ולאו דווקא בביטול מוחלט או באיסור מוחלט על הפעולה במצב של ניגוד עניינים.

65. על כך שהפרת אמונים היא בראש־ובראשונה "סטייה מן השורה" ראו גם אצל קרמניצר ומנהיים־זולרשטיין (לעיל, הערה 5), בעמ' 22.

66. סעיף 19 לחוק העונשין.

67. ע"פ 645/81 פניץ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 67, בעמ' 70; בג"ץ 2534/97 יהב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1, בעמ' 17; וכן ע"פ גרוסמן (לעיל, הערה 32).

68. קרניאל (לעיל, הערה 3).

nevo.co.il

הדרישה המיוחדת בתחום היסוד הנפשי[69] זכתה לביקורת דומה גם מפיה של פרופ' גור־אריה ששאלה:[70] "האומנם יעלה על הדעת שעוורונם של עובדי־הציבור מלראות את הפסול שבהתנהגותם ישמש להם הגנה?" לדעתה, הגישה המיוחדת של בתי־המשפט ליסוד הנפשי הבאה לפצות על העמימות של היסוד העובדתי רק מוסיפה על אי־הבהירות של העבירה. ביקורת ברוח דומה מתח גם פרופ' זאב סגל.[71] לדעתו, דרישת המודעות המיוחדת נובעת מהרתיעה של בתי־המשפט לטבוע חותם פלילי על אנשי־ציבור. לדעתו, התוצאה – ואני מסכים לדברים – היא מתן לגיטימציה (בעקיפין) לנורמות התנהגות לקויות ביותר. גם רות קנאי שותפה לביקורת וטוענת, שהפסיקה אינה מבחינה בין מודעות לעובדות ובין מודעות להערכה הנורמטיבית שלהן.[72]

פסק־דינו של השופט מצא בעניינו סיבך עוד יותר את הדברים. השופט מצא קיבל במידה רבה את הביקורת שנמתחה בנושא זה על־ידנו, אך נמנע מלהפוך כליל את ההלכה שנקבעה בעבר בנושא. דומה, כי השופט הושפע גם מהרעיון שיש לעשות שימוש בהגנה של טעות בדין, אך עשה בו שימוש מוטעה. התוצאה היא פסיקה, שרק הוסיפה לבלבול ולא השכילה לבטל את דרישת המודעות המיוחדת לאופיו הפסול של המעשה.

השופט מצא בחר להבחין בין מעשים חמורים לכאלה שאינם חמורים, וקבע:

> אני סבור כי בהגדרת היסוד הנפשי הנדרש בעבירה של הפרת אמונים אין מקום לכלול את הדרישה שעובד הציבור היה מודע לכך שיש בהתנהגותו משום הפרת אמונים, וכשהמדובר בסטייה חמורה של עובד הציבור מחובת הנאמנות המוטלת עליו, אף אין משמעות מעשית לשאלה אם הוא עצמו נתן את דעתו לפסול שבהתנהגותו.[73]

בכל הנוגע למעשים חמורים דומה, שהשופט מצא המיר את דרישת המודעות המיוחדת (הסובייקטיבית) בישלנות; ואילו בכל הנוגע למעשים פחות חמורים הוא השאיר למעשה את הדרישה על כנה, אך בחר לכנות אותה בלשון שונה (חוסר תום־לב). השופט מסכם את ההלכה המוזרה כך:

> התנהגות הלוקה בחומרה יתרה, שתזקק על כל בר־דעת כי יבין שהיא מהווה עבירה פלילית, די בה כדי להצדיק את הרשעתו של

69. על היסוד הנפשי בעבירה ראו גם קנאי (לעיל, הערה 3).
70. גור־אריה (לעיל, הערה 3), בעמ' 265.
71. זאב סגל, "צללים מרחפים על שלטון החוק – עם פרשת בר־און ובעקבותיה", משפט וממשל ד (תשנ"ח) 587, בעמ' 650.
72. קנאי (לעיל, הערה 3), בעמ' 209.
73. ע"פ שבס (לעיל, הערה 2), בעמ' 526.

nevo.co.il

> עובד הציבור בהפרת אמונים, ואילו כאשר הפגם שבהתנהגות עובד הציבור הינו חמור פחות, הרשעתו בהפרת אמונים עשויה להיות מוצדקת רק אם מוכח כי פעל שלא בתום־לב.[74]

דברים אלה יוצרים אי־בהירות גדולה עוד יותר וטשטוש גמור של ההבחנות המקובלות במשפט הפלילי. הדברים גם עומרים בניגוד ללשונה ולרוחה של הגנת הטעות בדין הקבועה בחוק, בכל הנוגע למעשים ה"פחות חמורים", בית־המשפט מכיר בטעות של עובד־הציבור לגבי המצב המשפטי כאשר טעותו היא כנה, גם אם איננה סבירה, בניגוד מפורש לסעיף 34יט הקובע, כי אפשר להכיר בטעות במצב המשפטי רק במצבים התריגים שבהם "הטעות היתה בלתי נמנעת באורח סביר".

בכל הנוגע למעשים ה"חמורים" השופט משתמש במושג "חזקה על כל בר דעת כי יבין". מכאן עולה, שבית־המשפט אינו מבטל כליל את הדרישה (החריגה) למודעות העושה לפסול הנורמטיבי שבמעשיו. השופט רק ממיר את הדרישה ברשלנות, כלומר: בידיעה בכוח. השופט מצא אינו דורש (במקרים ה"חמורים") כי עובד־הציבור ידע בפועל את מהותה הפסולה של הפעולה. בכך בית־המשפט מכניס את הדוקטרינה של טעות בדין (ואת מרכיב ה"סבירות" שבה) אל תוך דרישת המודעות בפועל כרכיב הכרתי של המחשבה הפלילית.

לניתוח זה של בית־המשפט היה אולי מקום בתקופה שבה המשפט הישראלי לא הכיר כלל בטעות בדין שהיתה בלתי־נמנעת באופן סביר כהגנה. אולם היום, לאחר תיקון מספר 39, המכיר בסייג של טעות בדין כהגנה, אין כלל מקום לגישה מעין זו, המבלבלת בין המושגים והתחומים. הלכה זו של בית־המשפט (אם זו תישאר על כנה) עומדת בסתירה לעמדה העקרונית של המחוקק על המשמעות והתפקיד של הדוקטרינה של טעות בדין ואינה עולה בקנה אחד עם הוראות החוק.

אולם לדעתי, עיקר הנזק הוא בהתייחסות למקרים ה"פחות חמורים". הגישה של בית־המשפט, שלפיה במקרים "הפחות חמורים" יש להוכיח חוסר תום־לב, מחזירה את המשפט הישראלי אחורה לתקופה רחוקה שבה הגדיר המשפט את היסוד הנפשי ב"מחשבה פלילית רעה" הכוללת למעשה כוונת זדון של פגיעה באינטרסים מוגנים. גישה זו היתה אופיינית בעבר בשיטות משפט שבהן היסוד העובדתי לא היה מוגדר דיו ולא ביטא מעשים אנטי־חברתיים הפוגעים בערכים מוגנים. גישה זו אינה מקובלת עוד במשפט הפלילי המודרני. כיום, וגם לפי גישתי, היסוד העובדתי חייב לבטא עשייה אנטי־חברתית מובהקת, שהיא פגיעה בערך החברתי המוגן. עמדה מודרנית זו מתחייבת גם מכוח חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. לפי גישה זו, הערך החברתי המוגן הוא "התכלית הראויה" שבפסקת ההגבלה.[75] לפיכך כאשר היסוד העובדתי מבטא אנטי־חברתיות הולמת, אין

---

74. שם, בעמ' 527 (ההדגשה שלי – י"ק).

75. על הפרשנות החוקתית למשפט הפלילי ראו ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221, בעמ' 295; מרדכי קרמניצר, "פרשת אלבה: 'בידוד הלכות הסתה לגזענות'", משפטים ל (תשנ"ט) 105, בעמ' 110 ואילך; יהודית קרפ, "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור תוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו", הפרקליט מב

מקום לגישה הישנה של "מחשבה פלילית רעה" ואין מקום לדרוש חוסר תום־לב אצל העושה, כתנאי להרשעה. כאשר המעשה הוא פסול יש להסתפק ביסוד נפשי רגיל, כלומר: במודעות ליסוד העובדתי של העבירה ותו לא.

גם ההבחנה של השופט מצא בין "סטייה תמורת" ובין פגם "פחות תמור" אינה ברורה ואינה מובנת. הרי כל הקושי נובע מכך שעובדי־הציבור, ולא רק הם, מתקשים להכיר בחומרה של המעשים הפגומים שהם עושים. רובם יודעים היטב כי פעולה בניגוד עניינים היא פסולה, אולם טוענים (ולפעמים אף סבורים) שאין בכך חומרה יתירה. אנו מנסים לשרש ולבער נורמה זו באמצעות המשפט הפלילי.

טוב עשה השופט מצא שהלך מחצית־הדרך וביטל את הדרישה החריגה למודעות סובייקטיבית מיוחדת בתחום היסוד הנפשי בכל הנוגע למעשים ברורים של הפרת אמונים. חבל שלא המשיך וביטל את הדרישה לגבי כלל המעשים של הפרת אמונים. ההבחנה שיצר בין מעשים חמורים לחמורים פחות וההזמנה של עובדי־הציבור לטעון "תום־לב" גם בתחום הפלילי והאסור של הפרת אמונים, היא פגיעה של ממש בכוחה המחנך והמרתיע של העבירה ומסכן את היכולת לאכוף אותה ביעילות. הרי ידוע לכולנו, כי זיכוי בבית־משפט משמעו הציבורי והחברתי הוא לגיטימציה למעשים. הגינוי האתי, גם אם יש לו ביטוי בולט בפסק־הדין (כמו שנעשה בפרשת שבס עצמה), אינו מותיר את רישומו בקרב הציבור. לדידו, ההתנהגות היא ראויה, והאיש הזוכה יצא מנצח וכשיר לכל תפקיד ציבורי.

לדעת בית־המשפט, אם יש מקום להבחנה בין מקרים חמורים (הראויים לגינוי פלילי) למעשים פגומים אחרים (שאינם ראויים להיכלל בעבירה), יש לדון בכך במסגרת היסוד העובדתי ובמסגרת הפרשנות הראויה לביטוי "הפרת אמונים". לאחר שניתנה פרשנות ראויה למושג והוגדרו המעשים החמורים הראויים להיכלל בעבירה, אין עוד טעם להבחין בין מי שמודע לפסול בעשייתם ובין אחד שמיתמם או הטועה בדין – טעות שוודאי היתה יכולה להימנע באופן סביר.[76]

כאמור, הדרישה החריגה בתחום היסוד הנפשי למודעותו של העושה לפסול הנורמטיבי שבמעשיו מקורה ברצון לפצות על החסר בתחום היסוד העובדתי, שגרראה כמכסת תחום רחב מדי של מעשים. דומה כי הגדרה צרה יותר של היסוד העובדתי, כמוצע בחלק הקודם של המאמר, יכולה להקל על שינוי ההלכה גם באשר ליסוד הנפשי. דעתי היא, כי אין צורך ואין הצדקה לדרישה מיוחדת בתחום היסוד הנפשי בעבירה של הפרת אמונים. מודעות של העושה לעובדות, למעשים ולנסיבות צריכה להספיק. ברוב־רובם של המקרים יודעים עובדי־הציבור והפוליטיקאים את הפגם והפסול בפעולה שהם עושים בניגוד עניינים כאשר הם פועלים לטובת האינטרס הזר. אותם מקרים מעטים שבהם קהות

(תשג"ה) 64; כרך יג (1) (תשנ"ו) של מחקרי משפט המוקדש לנושא "ההשלכות של חקיקת היסוד בזכויות אדם על המשפט הפלילי".

76. מטובן עוד יותר לקבוע כי אדם הוא תם־לב (ולכן זכאי) גם כאשר הוא מודע לפסול במעשיו, אך אינו מודע לכך שמעשיו הפסולים עולים כדי הפרת אמונים. דומה שזה היה מצבו הנפשי של שבס עצמו. ראו ע"פ שבס (לעיל, הערה 2), בעמ' 541-542.

החושים והאטימות הגיעו עד כדי כך שאינם מבינים את אשר הם עושים אינם ראויים להתחשבות מיוחדת, אלא בחריג הקיצוני של טעות שאי־אפשר למנוע אותה שהיא הגנה לפי סעיף 34יט לחוק העונשין.

ה. מן הכלל אל הפרט - פסק־דין שבס

בפרשת שבס הגיע בית־המשפט העליון לתוצאה המזכה בעיקר בשל פרשנות מקלה של העובדות ודחיית חלק מהקביעות העובדתיות של הערכאה הראשונה,[77] ולא רק בגלל פרשנות של הדין. בפרק זה של המאמר לא אכנס לניתוח מקיף וליבון מפורט של הממצאים העובדתיים.[78] מטרתו של חלק זה היא ליישם את הפרשנות המשפטית המוצעת על־ידי על נסיבותיה של פרשת שבס בהתאם לעובדות שהיו מקובלות על בית־המשפט. בשל אופיה המיוחד של העבירה וחשיבותה לחברה הישראלית ומאבקה בשחיתות, ישנה חשיבות רבה בניתוח ובביקורת מקצועית לא רק על הניתוח המשפטי שעושה בית־המשפט, אלא גם על הדרך שבה בית־המשפט מיישם את מסקנותיו המשפטיות על המקרים הנידונים בפניו.

1. היסוד העובדתי והאינטרס המוגן

השופט מצא אינו מאמץ הגדרת מצמצמת ומוגבלת של האינטרס המוגן על־ידי העבירה, לגרסתו, העבירה היא רחבה, רחבה מדי. לפיכך הוא מחפש דרכים לצמצם את היקף הביטוי "הפרת אמונים". התוצאה היא תיאור לא ברור ולא מובן של היסוד העובדתי. השופט מצא אומר, שמעשה הפרת אמונים המצדיק הרשעה בפלילים הוא רק זה שנלווה לו "פן מחמיר נוסף". ומהו אותו פן מחמיר? אומר מצא: החומרה יכולה להתבטא באופי השלילי המובהק

77. על החשיבות הרבה שבקביעת העובדות, הקריטריונים לקביעת עובדות ועל קביעת עובדות בתחום היסוד הנפשי ראו מרדכי קרמניצר, "קריטריונים לקביעת ממצאים עובדתיים והתערבות ערכאת ערעור בממצאים המתייחסים למהימנות של עדים", הפרקליט לה (תשמ"ד) 407; וכן קרמניצר ומנהיים־ולרשטיין (לעיל, הערה 5), בעמ' 25-27.

78. אסתפק בהערה זו המפנה את תשומת־הלב גם לפן העובדתי של פסק־הדין, המחייב כנראה ליבון נפרד: במישור העובדתי השופט מצא היה מוכן להסכים כי שבס פעל בניגוד עניינים, אך התערב באופן חריג בממצאים העובדתיים של בית־המשפט המחוזי ודחה את קביעותיו של בית־המשפט המחוזי כי שבס היה אמור לקבל חלק מרווחי העסקה וכי הוא לא שיתף במידע את ראש־הממשלה. מצא קבע, כסיכום העובדות, כי "לשבס לא היה מניע אישי לקדם את העסקה האמורה וכי הוא עשה כן משיקולים ענייניים, על דעתו של ראש־הממשלה רבין ובתיאום מלא עמו" (ע"פ שבס (לעיל, הערה 2), בעמ' 531). המשמעות של קביעות (עובדתיות) אלה היא כי אכן קשה לקבוע שהיתה כאן הפרת אמונים. לבאורה אם לא היה מניע זר וכל מה שנעשה היה ענייני ועל דעתו של האחראי הראשי, לא צריכה היתה להתעורר כל בעיה. האמת היא שהדברים אינם כה פשוטים, נוכח הראיות והקביעות העובדתיות האחרות שנקבעו בבית־המשפט המחוזי ואשר היו מקובלות על בית־המשפט העליון.

nevo.co.il

של ההתנהגות. ומהו אופי שלילי מובהק להתנהגות? אומר השופט: כאשר ההתנהגות נגועה בשחיתות או כאשר יש בה פגיעה חמורה[79] באינטרס הציבורי. כל זאת מבלי לנסות להסביר או לתאר מהי שחיתות ומה צריך או יכול להיחשב פגיעה חמורה באינטרס הציבור. מהו האינטרס הציבורי המוגן על־ידי העבירה? לזה אין כלל התייחסות.

השאלה המרכזית שבה נדרש בית־המשפט להכריע, והיא גם העומדת בפני בית־המשפט בדיון הנוסף, האם פעולה של אדם, הנמצא במצב של ניגוד עניינים, לטובת האינטרס של חבריו יכולה להיות עבירה של הפרת אמונים?

בבית־המשפט העליון נקבע כי שבס היה בניגוד עניינים. המשמעות של ניגוד העניינים היא, שמוסכם כי לשבס היה עניין אישי (לפחות ברמה החברית) לקדם את העסקה של חבריו, גם אם לא הוכח שיזכה על כך לתגמול כספי. אמנם, אפשר להסכים לקביעה כי ניגוד עניינים כשלעצמו אינו הפרת אמונים, אך במקרה שלנו העובדות המוסכמות יכולות ללמד – כך אפשר לטעון – כי שבס לא רק נקלע למצב של ניגוד עניינים, אלא פעל לטובת חבריו באופן נמרץ שספק רב אם היה נעשה לטובת עסקה אחרת שבה מעורבים זרים מוחלטים. מעורבות זו של שבס, לרבות המעשים החריגים שעשה בקידום העסקה, יכולים להיות לכאורה מעשה של הפרת האמונים. בית־המשפט העליון ניסה לבחון את חומרת המעשים, אך לא אימץ לעצמו קריטריון או אמת־מידה כלשהי. על־פי המודל הפרשני המוצע על־ידי, אמת־המידה צריכה להיות הפגיעה בערך המוגן. לפיכך מה שהיה בית־המשפט צריך לעשות הוא לבדוק, האם המעשים שעשה שבס לקידום העסקה – הכוללים השתתפות בפגישות רבות, כתיבת מכתבים, שליחת מכתב הזמנה רשמי לביקורו של הנשיא הזר בישראל, הנסיעה לביקור הרשמי במדינה הזרה, פגישה עם ראש שירותי הביון של המדינה הזרה ועוד – הם מעשים שיש בהם סטייה מהשורה ופעילות לא־תקינה של המינהל הציבורי? השאלה העקרונית המתעוררת אפוא היא, האם מתן העדפת לנושא זה והקדשת זמן לעסקה זו (שבה הוא נמצא בניגוד עניינים) מעבר לסביר יכולה, וצריכה, להיחשב סטייה מהשורה שיש בה כדי לפגוע בתקינות התנהלותו של השלטון? כאמור, בית־המשפט העליון השיב בשלילה על שאלה זו, אולם אפשר לחלוק על מסקנה זו. העמדה התולקת תטען כי עצם הקדשת הזמן והמאמץ לטובת עניין אחד, שבו הוא נמצא בניגוד

---

79. זמן קצר לאחר מתן פסק־הדין בפרשת שבס נתן השופט מצא פסק־דין בפרשה אחרת (בג"ץ 4523/03 **בונפיל נ' כבוד שופטת בית-המשפט העליון דליה דורנר – יושבת ראש ועדת הבחירות** (טרם פורסם)) שבה הורשע עובד־הציבור דני בונפיל בהתנהגות דומה. בונפיל הורשע בשל כך שניצל את מעמדו בעיריית ירושלים כדי להקל בתשלומי ארנונה ולהגדיל אחוזי בנייה למקורבים. השופט מצא דאג לציין בפסק־הדין: "להסרת כל ספק אפשרי אוסיף כי התנהגותו של העותר היתה חמורה בהרבה מן ההתנהגות שנידונה בפרשת שבס, שלגביה נפסק, כי היתה בגדר סטייה משמעותית בלבד מן הגורמה הראויה" (שם, בפסקה 4 לפסק־דינו של השופט מצא). אכן, גם השופט חש כי אין בידו קריטריון ברור להבחנה בין מעשה חמור לסטייה קלה. לדעתי, המעשים של בונפיל ושל שבס דומים למדי בחומרתם. בין השניים דווקא שבס הוא הבכיר יותר שיש במעשיו כדי להשפיע השפעה רחבה יותר על תקינות פעילותו של המינהל הציבורי במדינה.

nevo.co.il

עניינים, וזניחתם היחסית של עניינים חשובים אחרים, הוא סטייה מהשורה ולכן יש במעשים אלה פגיעה בתקינות פעילותו של השלטון וכאשר הם מצטרפים לניגוד העניינים יש בהם לכאורה כדי לקיים את מרכיב היסוד העובדתי בעבירה.

גם באישום השלישי, הנוגע לעזרה שהושיט שבס לקבלנים, נקט בית־המשפט גישה דומה. במקרה זה לא היתה התערבות בממצאים העובדתיים של בית־המשפט המחוזי, אך ניתנה לעובדות פרשנות שונה.

מתיאור העובדות המקובלות על בית־המשפט העליון עולה, כי שבס אכן הפעיל את השפעתו כדי לקדם את הפרוייקטים של האחים שולדנפריי. כמו־כן נקבע, כי שני הפרוייקטים לא עמדו בקריטריונים שנקבעו להתערבות של משרד ראש־הממשלה ולא נחשבו כ"תקועים". כמו־כן נמצא, כי ההליכים שהתייחסו לשני הפרוייקטים האמורים אכן זורזו על חשבון תוכניות אחרות. נקבע גם, כי שבס נתן בנושא זה הנחיות לעובדי משרד ראש־הממשלה אשר נתנו לקבלנים יחס מועדף.

השופט מצא בחר שלא לתת משקל לעובדה שהפרוייקטים לא הוגדרו כ"תקועים", שהרי – לעמדתו – כל הפרוייקטים זקוקים לדחיפה, ולא רק התקועים. עם זאת, אפשר לטעון כי דברים אלה מוציאים את העוקץ מהמעשים של שבס, שהרי זה בדיוק לב העניין. שבס עשה מעשים חריגים של סטייה מההתנהלות המקצועית הרגילה של המשרד, הוא דחף פרוייקט לא תקוע ואף העניק לו עדיפות (מן־הסתם על חשבון פרוייקטים אחרים שהיו תקועים). במצב זה מתעורר אפוא ספק, האם צורות כאלה של התנהגות אינן הפרת אמונים הפוגעת בערך המוגן של תקינות המינהל? במלים אחרות: השאלה העקרונית היא, האם סטייה מהשורה, פגיעה בשוויון, פעילות שאינה רגילה ואינה עולה בקנה אחד עם הנהלים והנורמות של המשרד, שיסודה במניע אישי זר – במקרה זה, בקשריו האישיים של שבס עם האחים שולדנפריי – היא מעשה של הפרת אמונים, גם אם לא הוכחה והוברה מהותו של הקשר הכספי הישיר בין הקבלנים ובין שבס?

2. היסוד הנפשי

בכל הנוגע ליסוד הנפשי התגשמו החששות הנובעים מהניתוק המוזר של יסוד זה על־ידי בית־המשפט. כפי שציינתי לעיל, השופט מצא הבחין בין היסוד הנפשי הנדרש כאשר מתבצעים מעשים המורים ובין היסוד הנפשי הנדרש כאשר מתבצעים מעשים שאינם חמורים. לאחר שסיווג את מעשיו של שבס כמעשים שאינם חמורים, כל שיש להראות הוא ששבס פעל בתום־לב. למעשה, התביעה היא זו שנדרשה להוכיח כי שבס פעל בחוסר תום־לב. תום־לבו של שבס – או במלים אחרות: קהות החושים שלו – הופך להגנה מפני הרשעה פלילית. ואכן, בית־המשפט העליון קובע (באישום הראשון):

> לא הוכחה מודעותו של שבס לפסול שדבק – לשיטת המדינה – במעשיו. ומאחר שלא הוכחה גם חומרתם המיוחדת של מעשיו, יש לבטל את הרשעתו בעבירת מירמה והפרת אמונים.[80]

80. ע"פ שבס (לעיל, הערה 2), בעמ' 531-532. לעומתו, השופטת דורנר מסתפקת בזיכוי על

nevo.co.il

על דברים אלה מגיבה השופטת נאור הקובעת (בדעת מיעוט), כי שבס אכן היה מודע לפסול במעשיו. לדעתי, כאמור, אין שום צורך להתייחס להשקפתו של שבס בנושא זה. השאלה, אם לדעתו של שבס מעשיו פסולים וחמורים או לא, אינה רלבנטית ואינה חשובה כלל. אין חולק כי שבס היה מודע למעשים שעשה. אין גם ספק שלא היה מקום בנסיבות המקרה לטענה של טעות בדין. השאלה היחידה שבה צריך להכריע היא אפוא, האם התקיים בעניינו של שבס היסוד העובדתי של העבירה של הפרת אמונים? יתירה מזו: בהנחה שהמעשה שבוצע הוא מעשה של הפרת אמונים, הרי בדמה העקרונית "תום־לבו" של נאשם אינו מעלה ואינו מוריד; שכן, כאמור, אפשר לטעון, כי הוא אינו אלא ביטוי לקהות החושים ולנורמות פסולות שהשתרשו במינהל הישראלי.

ו. סיכום

העבירה של מרמה והפרת אמונים לפי סעיף 284 לחוק העונשין זקוקה לפרשנות מצמצמת על בסיס הערך המוגן על־ידי איסור העבירה, הערך המוגן שאיתרתי הוא תקינות פעילותו של המינהל הציבורי. איסור העבירה מגן על הערך החשוב הזה מפני מעשים שנעשו על־ידי עובדי־הציבור מתוך מניע זר, בנסיבות שאין בהם גניבה (ממעבידו) או נטילת שוחד, וזהי עבירה חשובה וחיונית לדמוקרטיה הישראלית הואיל והיא מבטיחה, שעובדי הציבור ונבחריו יפעלו לטובת האינטרס הציבורי הרחב ולא יעשו מעשים בשירות אינטרסים אישיים, פוליטיים, כלכליים צרים או בכניעה לכוחם של בעלי־ממון, בעלי־זרוע או אינטרסנטים אחרים. כניעה לכל אלה משמעם קריסה של שלטון החוק, עקרונות השוויון והמינהל התקין.

אכן, לא כל מעשה של עובד־ציבור הנמצא בניגוד עניינים הוא פגיעה בתקינות פעילותו של המינהל הציבורי. יש להראות כי המעשה שעשה עובד־הציבור הוא אכן סטייה מהשורה, פגיעה בנוהל ובהליך התקין, למשל: פגיעה בשוויון.

בתתום היסוד הנפשי אין צורך בדרישה מיוחדת ונוספת למודעות של העושה לפסול הנורמטיבי של מעשיו. די במודעות רגילה, כנדרש בכל דיני העונשין, לכל מרכיבי היסוד העובדתי. במקרים חריגים אפשר להיעזר בהגנת של טעות במשפט, המאפשרת זיכוי במקרה שבו אין אשמה עקב טעות בדין, שהיא בלתי־נמנעת באופן סביר.

בפרשת שבס, כמו במקרים קודמים, הגם שבית־המשפט הביע מורת־רוח גלויה מהיקפה הרחב של העבירה והביע רצון לפרש אותה באופן מצומצם, התוצאה הסופית רחוקה מלהיות מספקת. בית־המשפט נמנע מלדון בנושא הערך המוגן על־ידי איסור

בסיס היסוד העובדתי, היעדר הוכחה למעשים של הפרת אמונים ונמנעת מלנקוט עמדה בכל הנוגע ליסוד הנפשי הנדרש בעבירה (שם, בעמ' 549). אגב, גם השופטת נאור עוסקת במודעותו של שבס וקובעת, כי "שבס היה מודע בפועל שאסור לו לעסוק בעניניהם של שולדנפריי". ציון של מודעות זו לאופי הפסול של מעשיו מלמד לכאורה, שגם השופטת נאור רואה צורך בהוכחת מודעות לאופי הנורמטיבי הפסול של המעשים ואינה מסתפקת במודעות רגילה למעשים עצמם ולנסיבותיהם.

nevo.co.il

העבירה ולא קבע דברים ברורים בנוגע לתחום התפרסותה של העבירה. העבירה נשארה רחבה ועמומה.

עתה דומה, שהגיעה העת להגדיר עבירה זו באופן ברור יותר תוך התוויה מפורטת של גבולותיו של היסוד העובדתי והיסוד הנפשי של העבירה. הגדרה מפורשת כזו תסייע בשרטוט הבחנה ברורה בין מותר לאסור בפעילותם של עובדי־ציבור, תבהיר מהם המעשים שבגינם נקבעה בחוק העונשין העבירה של הפרת אמונים ותסייע באכיפתה של עבירה זו. אין ספק כי אכיפתה של העבירה, במיוחד על עובדי־הציבור הבכירים, חיונית לשמירה על תקינות פעילותו של המינהל ולתוסנה של הדמוקרטיה וההחברה הישראלית.

nevo.co.il