

הינוח ה"ג'וב"¹ על משכבו בשלום?

בעקבות הנחיות היועץ המשפטי לממשלה

"הגבלות על טיפול בפניות חברי גוף בוחר על-ידי נבחר ציבור"

עומרי גולדשטיין ואיתי אפטר*

א. מבוא

ב. פרסום ההנחיות: הרקע המשפטי – פוליטי

1. שיטת הבחירות הפנים מפלגתית

2. המינויים הפוליטיים

ג. שחיתות שלטונית לעומת פעילות פוליטית לגיטימית

ד. הסנקציות בהנחיות היועץ – המנהלית, המשמעתית והפלילית

ה. ההנחיות – האמצעי הנכון בזמן הנכון? חלופות להנחיות

ו. סיכום

א. מבוא

סתיו 1997, באולם כנסים מתקבצים 3,000 אנשים, אשר רובם אינם מוכרים לציבור, לכינוס שגרתי של הגוף הבוחר של מפלגת השלטון. לבמה עולה שרה בכירה, שדבריה מופרעים על ידי חברי הגוף המתוסכלים, אשר מוחים על מדיניותה באשר למינוי מקורבים. השרה מתרגזת ושואלת בתקיפות את החברים, במה שנראה כשאלה רטורית: "האם בחרתם אותנו כדי לקבל ג'ובים?" כאיש אחד, הדהדה באולם התשובה "כן!"² הדי האירוע השתקפו בבחירות הכלליות שלאחר מכן, וביתר שאת בבחירות הפנימיות במפלגה המדוברת, חמש שנים מאוחר יותר.³

לפני כמה חודשים הגיעו הדים אלו למשכן היועץ המשפטי לממשלה בירושלים. באחרונה פרסם היועץ הנחיות העוסקות בהיבט מסוים של מערכת היחסים בין הנבחרים לחברי הגוף הבוחר המפלגתי, הוא ההיבט העוסק בפניות חברי הגוף הבוחר; הארה זו תעסוק בהנחיות אלו,⁴ החלות בעיקרן על כל פנייה לשרים, סגני שרים וחברי הכנסת.⁵ ככלל, קובעות ההנחיות כי במטרה לצמצם את השפעת התלות האינהרנטית בין נבחר הציבור לחבר הגוף הבוחר יש להטיל הגבלות

* סטודנטים למשפטים באוניברסיטת חיפה וחברי מערכת הארת דין.

1 "ג'וב" הוא הביטוי השגור בפי כול לתיאור טובת ההנאה בדמות משרה שנותנים נבחר ציבור לחברי הגוף הבוחר ולמקורביהם. בדומה למתן משרה, ניתן לתת גם טובות הנאה מסוג אחר, ובהן קידום אינטרס אישי כלשהו על ידי נבחר ציבור, כדי להבטיח את תמיכתו של מבקש הטובה, מתן עדיפויות שונות בהתעלם מהשיקולים הרלוונטיים ועוד.

2 מ' רהט "לימור לבנת: האם נבחרנו כדי לחלק ג'ובים? חברי המרכז: כן!" מעריב 12.11.1997.

3 מלבד סוגיית ה"ג'ובים" אשר "דרשו" חברי המרכז, עלו חשדות רבים לשוחד בחירות ומתן טובות הנאה לחברי מרכז תמורת תמיכתם. ראו לעניין זה ב' קרא וי' ורטור "החלה החקירה בחשד לשוחד בליכוד; חברי מרכז יחקרו באזהרה" הארץ 16.12.2002.

4 "הגבלות על טיפול בפניות חברי גוף בוחר על-ידי נבחר ציבור", הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.1708 (התשס"ה) (להלן: ההנחיות).

5 סעיף 5 להנחיות. כלשונו של היועץ "נבחר ציבור".

על התנהלות הנבחר במצבים המעלים חשש לשחיתות, היינו להשפעה בלתי הוגנת על הנבחר לשם קידום ענייניו הפרטיים של חבר הגוף הבוחר.⁶ בין השאר מטילות ההנחיות איסור על שר להיענות לפנייה של חבר גוף בוחר בנוגע לענייניו האישיים (ואף לענייניו של אחר) אם הפנייה אינה בנושא הנתון לסמכותו של השר.⁷ כן מתוארים מצבים שבהם קידום האינטרסים האישיים או הציבוריים על ידי חבר הגוף הבוחר יהווה פעולה אסורה. במצבים אלו מפרט היועץ סנקציות מסוגים שונים – ביטול ההחלטה שהתקבלה על ידי הנבחר, טיפול משמעותי בעובד המדינה המעורב בקבלת טובת ההנאה וקבלת ההחלטה (למשל מנכ"ל משרדו של השר) או אפילו סנקציה פלילית נגד כל המעורבים באינטראקציה, במקרים קיצוניים.⁸

מטבע הדברים, חברי הגופים הבוחרים מתחו ביקורת על הנחיות אלו,⁹ בטענה כי נגדעת יכולתם להשפיע ולעזור בגיבוש המדיניות ויישומה.¹⁰ האם לפנינו מאבק אבוד בכוחות המניעים את המערכת הפוליטית עצמה? האם יצלחו הנחיות היועץ במקום שבו פסיקת בית המשפט העליון הביאה לידי תוצאות מעורבות?¹¹ דומה שלשאלת הישימות (האפקטיביות) של הנחיות אלו, נוכל להידרש בכלים אמפיריים לאחר הטמעתן, אך כבר כעת עולה השאלה המוסדית: האם ראוי להסדיר נושא זה דווקא בהנחיות יועץ, או שמא מן הראוי לקבל בנדון חקיקה ראשית? כן ניתן לבחון את התשתית הנורמטיבית: מהם הרציונלים העומדים בבסיס ההסדר שנקבע? האם הוא ראוי? בהקשר זה יתמקד הניתוח בניסיון לשרטט את ההבחנה הנדרשת בין פעילות "לוביסטית"

6 סעיף 2 להנחיות.

7 סעיף 10 להנחיות. נדגיש שההנחיות מטילות איסור דה פקטו על פעולות מסוימות, אך בפועל אין מדובר על הוספת עבירה יש מאין. הדבר אינו בסמכותו של היועץ המשפטי לממשלה. נראה שההנחיות הן חלק ממימוש תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה שעוסק, ביו היתר, בחיווי דעתו על הפרשנות הראויה של חוקים, ובתוך כך מתריע על מדיניות התביעה באשר להגשת כתבי אישום בעבירות אלה, כמו למשל עבירת התיודד לשוחד המעוגנת בסעיף 295(ב) לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 226 שמוזכר היועץ בסעיף 9 להנחיות.

8 סעיף 6 להנחיות, הקובע כי מדובר ב"דפוסי התנהגות אסורים" אשר להם יהיו השלכות במישורים שונים כפי שנדון להלן, ובהמשך הרשימה.

9 ג' אלון "עוזי כהן: מוזז מאלף חברי מרכז ליכוד לדבר על מינויים בקודים" **הארץ** 26.10.2004.

10 באחרונה גובשה הצעת חוק אשר אם תתקבל, תצמצם את השלכתן המעשית של ההנחיות שכן היא תגמיש את הגבלות החלות על מינויים פוליטיים. הגבלות אלו הכשילו במידת מה את האפשרות של נבחר ציבור למנות בעלי תפקידים בלא מכרזים, כך שהנבחרים לא יכלו "לתגמל" חברי מרכז או תומכים פוליטיים נאמנים באמצעות הענקת תפקידים שלא על בסיס רקע מקצועי והכשרה קודמת רלוונטית לתפקיד הממשלתי. המדובר בתחום דינמי, שבו מתקיים מאבק בלתי פוסק בין רשויות האכיפה, הרואות באור שלילי את מתן ההטבות הפוליטיות, ובין הפוליטיקאים שכנראה אינם מוכנים לוותר על כלי שלטוני, ואולי אף לגיטימי (כפי שנראה בהמשך), זה. לראיה, הצעת החוק שאושרה (שתעמוד בהצבעה הקרובה בכנסת לקריאה טרומית) בוועדת השרים לענייני חקיקה ב-06.03.2005 וחוות דעתו החריפה של היועץ נגדה. בהצעה מפורטת רשימה ארוכה של משרות בשירות הציבורי שיהפכו ל"משרות אמון", כשהשרים הממונים יוכלו למנות אליהן ממלאי תפקידים בלא חובת מכרז, שיכהנו עד תום תקופת כהונתו של נבחר הציבור. ראו: הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון – משרות אמון), התשס"ה-2004, ה"ח 2986/פ (ח"כ גדעון סער) וראו תגובתו של היועץ המשפטי בחוות דעתו שפורסמה בעניין. [www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/5AB52E50-2A7C-437C-B126-4BA8825D3D9D/12639/trust.pdf]

ראוי לציין, כי בנוסף ליועץ תקפו גורמים נוספים את הצעת החוק, שאינה ראויה לדבריהם ויוצרת בסיס לשחיתות. ההצעה, אם תתקבל, מחדדת את בעייתיות הקשר בין חברי הגוף הבוחר (ומקורביהם) לבין השרים ועלולה להביא למצב של "מחויבות" הדדית בין הממונה לשר, כזו שתפגע בתפקידים, המקצועיים לכאורה, ותפתח פתח לשחיתויות שונות. ראו לעניין זה תגובתו הפומבית (הבלתי שגרתית) של ראש הוועדה למינויים, השופט בדימוס גבריאל בך, אשר תוקף את ההצעה ומכנה אותה "חוק מושחת", ר' ורדי "רשת גימל" **מגזין גלובס** 17.03.2005. באחרונה אף הוקמה ועדה לבחינת המשרות הראויות שתהפוכנה למשרות אמון. ראו החלטה 3560 של הממשלה ה-30 "ועדה לעניין מינוי וכהונה של משרות בכירות לקידום מדיניות בשירות המדינה" (19.04.2005) [www.pmo.gov.il/PMO/Government/Decisions/2005/04/des3560.htm].

11 י' זמיר "שחיתות מתפשטת" **הארץ** 07.11.2004. שאלה זו אף מקבלת משנה חשיבות אם מקבלים את הטענות שביט המשפט, למרות כוונותיו הטובות והלכותיו המתקדמות, נכשל במאבקו בתופעת המינויים הפוליטיים. עם זאת חשוב להדגיש שלא ניתן לומר שלפסיקת בית המשפט לא הייתה כלל השפעה על התנהלות החיים הפוליטיים בישראל. לעניין זה ראו: ד' ברק ארז "השפיות של הפוליטיקה" **פלילים** ח (תש"ס) 369, 387.

לגיטימית ובין שחיתות שלטונית.¹² משנגענו בשאלות אלו, נוכל לדון בביקורות אפשריות על ההנחיות: האם ההנחיות הן האמצעי הנכון בעיתוי הנכון? האם אכן סתם היועץ את הגולל על ה"גיוב הפוליטי"? והאם לא הלך היועץ כברת דרך ארוכה מדי והוציא את שכרו בהפסדו?¹³ האם קיימות דרכים מתאימות יותר לאזן בין צרכי הדמוקרטיה הייצוגית לדרישה לשלטון נקי משחיתות?

אך בטרם נפנה לכל אלו, מן הראוי להציג תחילה את הרקע המשפטי-פוליטי העומד בבסיס ההנחיות. כאן המקום לציין כי בעיית השחיתות הפוליטית אינה בלעדית לסיטואציה המתוארת לעיל והנדונה ברשימה, ושאפשר, למשל, לציין את בעיית השחיתות והמינויים הפוליטיים ברשות המקומית. אמנם כמעט לא נעסוק בנושא זה הואיל ובכוונתנו להתמקד בהנחיות היועץ בלבד, אך בכל זאת נציין כי כמו בסוגיה שבה נדון, גם באופן הטיפול בשחיתות המקומית יש כוונה "לגייס" את המשפט למלחמה בשחיתות. צורך זה עולה בעת שגורמי האכיפה והחקיקה מזהים את הקושי שבהחלת נורמות מוסריות-אתיות בלבד על התנהלות נושאי המשרה ברשויות המקומיות.¹⁴

ב. פרסום ההנחיות: הרקע המשפטי – פוליטי

1. שיטת הבחירות הפנים מפלגתית

ההנחיות לא התקבלו בחלל ריק. התנהלותו הבעייתית של מרכז הליכוד והקשר בין חבריו לבין הנבחרים זכו לתשומת לב ציבורית ותקשורתית.¹⁵ עם זאת, סביר להניח שההתנהלות אינה קשורה דווקא למצע המפלגה או לנפשות הפועלות, אלא נובעת גם מהתשתית המבנית – שיטת הבחירות הפנים-מפלגתית הנוכחית. בעשורים האחרונים, בשתי המפלגות הגדולות, השתנתה שיטת הבחירות לרשימת המועמדים. בעבר הייתה מקובלת שיטת "הוועדה המסדרת" להרכבת הרשימה לכנסת. בשנת 1977 עבר הליכוד לשיטת בחירה על ידי מרכז המפלגה, שחבריו נדרשו לבחור את

¹² גם בהנחיות עצמן, בסעיף 7, מכיר היועץ בחשיבות הבחנה זו, אך לדידנו היה מקום לבחינה מעמיקה יותר של הנושא. היועץ מתרכז בפירוט הסיטואציות שאינן לגיטימיות, אך כושל במתן סקירה של האפשרויות הלגיטימיות השונות העומדות לפני חבר גוף בוחר המעוניין להשפיע. נעמוד על כך בהרחבה בפרק השני לרשימתנו.

¹³ S.R. Ackerman "Article: Political Corruption And Democracy" 14 *Conn. J.Int'l. L.* 363 (1999) 370. המחברת מתארת את מה שאירע ביפן כשהוטלו הגבלות רחבות מדי על מימון מסעות בחירות. החשש הוא שהגבלות יתר על מימון מסעי בחירות מעודדות הפרה "עוקפת" חוק. כך, אם הנחיות היועץ רחבות מדי, יביא הדבר לידי הסתרת המעשים שנאסרו בהנחיות, במקום שראוי כי יהיו גלויים ונתונים לביקורת ציבורית.

¹⁴ להרחבה ולהתפתות בסוגיית השחיתות ברשויות המקומיות ראו: ר' הר-זהב, י' שמיר ול' כץ **דיני רשויות מקומיות – ניתוח התפתחויות ופסיקה בשנת 2001** (תשס"ב) 363-415.

¹⁵ ראו למשל: ב' קרא וי' ורטור "מזרחי מינה קצינה שתרכז התלונות על השוחד בליכוד" **הארץ** 13.12.2002; י' ורטור, ב' קרא וגי' אבירמה "נאמניו של דרעי נעדרים מרשימת ש"ס לכנסת" **הארץ** 13.12.2002. שתי הכתבות הופיעו בד בבד בעיתון **הארץ** ועסקו בטענות לשוחד כספי ופוליטי שסבבו את כינוס המרכז ויש בהן כדי להדגים את הכיסוי התקשורתי המסיבי שניתן לנושא. בנוסף, עלתה לכתורות פרשת המינויים הפוליטיים במשרד לאיכות הסביבה, שנעשו על ידי השר צחי הנגבי. הנגבי, על פי קביעת מבקר המדינה, יזם עשרות מינויים פוליטיים במשרדו, ויצר מעין "תעשייה של גיובים למקורבים". נציין כי הנגבי לא ראה פסול בפעולתו, ואף פרסם בעיתון פנימי של מרכז הליכוד את רשימת המינויים להם דאג והרציונלים שביסודם -- "חשוב שחברי התנועה ייטלו אחריות ויהיו שותפים מרכזיים בניהול המדינה". ראו לעניין זה י' יועז "רמיסה גסה של החוק ושל כללי המנהל התקין" www.bambili.co.il (נצפה לאחרונה ב-05.08.2004).

רשימת המועמדים בשיטת ה"שביעיות".¹⁶ לאחר מכן נוסתה שיטת ה"פריימריז", שבהם משתתפים כל חברי המפלגה, היא השיטה הנוהגת בעת כתיבת שורות אלה במפלגת העבודה.¹⁷ בליכוד שונתה השיטה פעם נוספת, והמפלגה שבה לשיטת בחירות באמצעות מרכז המפלגה.¹⁸ שיטה זו מעניקה כוח אלקטורלי רב לחברי המרכז, אשר "מחוזרים" על ידי הנבחרים (השואפים להיבחר שוב), לעתים תוך היענות לדרישות פסולות, הכוללות מינוי מקורבים והעדפת אינטרסים אישיים (כלכליים ושאינם כלכליים) על פני אינטרסים ציבוריים.¹⁹ יודגש כי גם בשיטת ה"פריימריז" קיים חשש לשחיתות, משום הצורך במימון רב לפרסום המועמד בקרב חברי המפלגה הרבים, צורך שעלול להביא, אם לא הביא בעבר, לידי עסקאות מפקקות בין הנבחרים הפוטנציאליים לתומכיהם הכספיים.²⁰ לא כאן המקום להרחיב בשאלה אם עדיפות בחירות מקדימות שבהן משתתפים כלל חברי המפלגה,²¹ כפי שלא כאן נדון אם ראוי שהכנסת תכפה על

16 ג' רהט ונ' שר-הדר איך נבחרים חברי הכנסת? (תשנ"ט) 13.

17 לביקורות אפשריות על השיטה ראו א' שטרזמן "בחירת המועמדים - במרכז, ב"פריימריז", או בוועדה מסמנת? "האומה 40 (151) 14, 17. בשיטה זו ה"מאבק" נושא אופי אישי הרבה יותר, ובמרכז מלחמה של המועמד, לעתים אלמוני יחסית, על לבו של ציבור הבוחרים. שטרזמן מכנה זאת "מכירה עצמית" ומציין שתי בעיות נוספות -- היעדר ייצוג של המגזרים החלשים במפלגה והקושי לשלול מועמדות מאדם אשר תדמיתו מזיקה למפלגה. המחבר אף מציע חזרה לרעיון הישן של ועדה מסדרת. עם זאת הוא מדגיש כי אינו מצפה מהפוליטיקאים לאפשר חזרה לשיטה זו, מאחר שהם יחששו כי צעד שכזה יחבל בעתידם הפוליטי.

18 א' בנבנישתי ומ' גינוסר-נוי "הבחירות המקדימות במפלגות לקראת הבחירות לכנסת" משפט וממשל ז (תשס"ד) 207, 209-216. המחברים מתארים את ההיסטוריה הקצרה של השינויים בשיטות, ומציינים את הגמישות שאותה מגלים מנהיגי המפלגות במעבר משיטה לשיטה. מכך נובע כי אפילו בקרב המפלגות עצמן הנושא עדיין שנוי במחלוקת ולרוב לא ברור באיזו גרסה של בחירות פנים-מפלגתיות ישתמשו לפני מערכת בחירות (כלליות) זו או אחרת. בשל כך, ובשל הקונוטציה השלילית המתלווה כמעט לכל שיטה שהיא, ישנם הטוענים כי לשאלת דרך בחירת נציגי המפלגה לכנסת יש לעתים השפעה מכרעת על תוצאת הבחירות הכלליות. כיום טענה זו נראית מופרכת למדי, ולמרות הסיקור הנרחב של דרך התנהלותו של מרכז הליכוד, ניצחה המפלגה ברוב מוחץ בקלפי.

19 ראו, למשל, את כוונתו של חבר המרכז עוזי כהן למנות מספר רב ככל האפשר של מקורבים פוליטיים לתפקידים שונים, מרכזיים יותר ופחות, במשרדי הממשלה ובמשרות מפתח ציבוריות, כפי הובאו בכתבתו של ציון נאנוס בערוץ 2, בתכניות "אולפן שישי" מתאריך 26.11.2004.

20 ראו: מ' הופנונג מימון מפלגות ומימון בחירות בישראל (תשנ"ד) 140. דיון בפתרונות אפשריים לבעייתיות זו ראו שם, עמ' 139-143. הפתרון העיקרי המוצע הנו הגברת הפיקוח והבקרה והגבלת סכום התרומות למועמדים ולמפלגות. קווי גבול ברורים בין המותר והאסור במימון מסעות הבחירות יאפשרו פיקוח יעיל יותר. עם זאת קיים החשש, שבישראל, כמו בארצות הברית, יצליחו הפוליטיקאים להתחמק בדרכים שונות מהוראות אלו. המחבר מציע, במקור אחר, פתרון בדמות הסדרה של "כלל תחרות פוליטי" אשר יצמצם את העלות הגבוהה הכרוכה בהתמודדות. הוא מביא, כדוגמה, אפשרות של מימון מפלגתי לכל המועמדים של עלות ההשתתפות בבחירות אלו. ראו: מ' הופנונג "המועמד, המשקיע והמצביע: מימון מפלגות ופריימריז בבחירות 1996" קץ המפלגות: הדמוקרטיה הישראלית במצוקה (ד' קורן עורך, 1998) 91, 111. לכללים החלים על מימון מועמדים ראו חוק המפלגות, תשנ"ב-1992, ס"ח 190, סעיפים 28א-28ח. לתיאור הבעייתיות הקשה שעולה לעתים מסוגיה זו באשר למימון המתקבל מתורמים שונים לבחירות המקדימות, במקרה זה תרומות לראש הממשלה אריאל שרון, ראו: דו"ח מבקר המדינה על תוצאות ביקורת חשבונות הסיעות לתקופת הבחירות המיוחדות לראש הממשלה שנערכו ב-06.02.2001 -- על תוצאות ביקורת החשבונות השוטפים של הסיעות בכנסת החמש-עשרה לתקופה 1.6.1999 עד 28.02.2001, סעיפים 70-103 לדו"ח, כמופיע באתר האינטרנט של משרד מבקר המדינה. [www.mevaker.gov.il/serve/contentTree.asp?bookid=225&id=94&contentid=&parentcid=undefined&sw=1024&hw=698].

21 E. Benvenisti "Party Primaries as Collective Action with Constitutional Ramifications: Israel as a Case Study" 3 *Theoretical Inquiries in Law* (2002) 175. לטענת המחבר שיטת הפריימריז מעודדת חברי כנסת לפעול למען האינטרסים של הבוחרים ומאפשרת שינוי לטובה במאזן הכוחות הפנים-מפלגתי ובשיטה בכללותה. לעומת זאת, מעוררת דפנה ברק ארו ספקות באשר לנכונות התיאורטית והאמפירית של עמדה זו. המחברת מבססת ספקותיה על השריון הניתן לנציגים של מגזרים שונים ברשימות המפלגתיות יחד עם היעדר העקיבות בפעולותיהם של חברי הכנסת שנבחרו בפריימריז או מועמדים לבחירה בשיטה זו. ראו: D. Barak- Erez "The Primaries System and Its Constitutional Effect: Where Is the Revolution?" 3 *Theoretical Inquiries in Law* (2002) 197

המפלגות השונות שיטת בחירות כזו או אחרת.²² ייתכן שלו מפלגת השלטון הייתה עורכת פריימריז פתוחים, היה מתייטר הצורך בהנחיות,²³ אך היועץ מציין,²⁴ כי גם במפלגות שבהן אין גוף בוחר "פורמלי" (מרכז מפלגה), כרוך קושי בפעילות "קבלני הקולות", ועשויה להיות להם השפעה מהותית על תוצאות הבחירות המקדימות.

2. המינויים הפוליטיים

כלי מרכזי בידי הנבחרים לתגמול חברי גוף בוחר – לא כל שכן גוף מצומצם – הנו המינוי הפוליטי.²⁵ המינוי הפוליטי כ"טובת הנאה" נדון בפסיקה האמריקנית, אשר קבעה כי מינויים פוליטיים אסורים (בין השאר משום הפגיעה בחופש ההתאגדות של העובדים) אלא אם כן המינוי הנו לתפקיד העוסק בקביעת מדיניות.²⁶ בפועל, השיטה האמריקנית מאפשרת לכל נשיא למנות, עם כניסתו לתפקיד, כ-2,500 משרות על בסיס שיוך מפלגתי בלבד.²⁷ בתי המשפט בישראל ראו בשלילה ניסיון להישען על נימוק "יישום המדיניות" כהכשר למינוי מקורבים פוליטיים, ואף בני משפחה, למשרות מפתח.²⁸ בהקשר זה מהוות ההנחיות נדבך נוסף בהגנה על המודל הביורוקרטי מבית המדרש הווריאני,²⁹ הנשען על מקצועיות המנהל³⁰ ועל ניתוק הקשרים הפוליטיים בין

22 ה"פ (מחוזי-י) 444/98 **הנגבי נ' תנועת הליכוד** (לא פורסם, 07.08.1998). חופש ההתארגנות ואוטונומיית הרצון הפרטי של חברי המפלגה יעמדו מול הצורך המערכתי להילחם בתופעות הפוגעות בטוהר ההליך באמצעות כפיית שיטת בחירות. יש הטוענים כי בלא הקניית מעמד חוקתי למפלגה נתקשה להגן מפני הפגיעה הכרוכה בהתערבות שכזו. ראו: "מרזל המעמד החוקתי של מפלגות פוליטיות (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, 2002) 117-119. לדיון בשאלה זו בארצות הברית ראו דיון נרחב אצל R.H. Pildes "Forward: The Constitutionalization of Democratic Politics", 118 *Harv. L.Rev.* (2004) 104 *Party v. Jones* 530 U.S. 567 (2000).

23 הצעת חוק המפלגות (תיקון -- בחירת רשימות מועמדים לכנסת), התשס"ג-2003, ה"ח פ/1359 (ח"כ אופיר פינס-פז). ההנחה בבסיס ההצעה הנה כי הרחבת מעגל הבוחרים של רשימת המועמדים מטעם המפלגה תמנע את תלותם בקומץ עסקנים מפלגתיים בעלי כוח רב, וכך תצמצם את ממדי השחיתות.

24 סעיף 4 להנחיות.

25 ראו החשדות נגד השר צחי הנגבי, לעיל הערה 15.

26 J. Fikins "Notes and Comment: Trapley v. Keistler: Patronage, Petition, and the Noerr-Pennigton Doctrine" 50 *DePaul L.Rev.* 265 (2000). יש בארצות הברית אף הטוענים כי קיים צורך חיוני להרחיב הלכה זו מעבר לנושא המינויים הפוליטיים ולהחילה בהקשרים אחרים של קשר בין הממשל לאזרח. כך נטען שיש לבחון לאורה התקשרויות עסקיות שונות של הממשל הציבורי (כמו, למשל, חוזים לביצוע עבודות תשתית). ראו: B.S. Moyer "The Future of Rutan v. Republican Party of Illinois: A Proposal of Insulating Private Contractors From Political Patronage" 28 *Val. U.L. Rev.* 375 (1993) 418.

27 B.L. Porto "Article: The Constitution and Political Patronage: Supreme Court Jurisprudence and the Balancing of First Amendment Freedoms" 13 *Pace L. Rev.* 87 (1993) 90.

28 בג"ץ 313/67 **אקסלרוד נ' שר הדתות**, פ"ד כב(1) 80, 84. השופט ויתקון דחה על הסף טענה של שר הדתות, שהוא רשאי למנות, מתוקף היותו איש מפלגה, את חבריו למפלגה לתפקידים במסגרת סמכויות המשרד. בנוסף, לרוב אין קשר בין המינויים לבין הגשמת מדיניות, מלבד מדיניות המונחית מאינטרסים אישיים, ורבים מן המינויים הפוליטיים הם בדרגים הנמוכים ומשמעותיים פחות. ראו זמיר, לעיל הערה 11. מאידך גיסא ניתן לטעון כי דווקא הדרגים הנמוכים הם בעלי חשיבות רבה להגשמתה של המדיניות, בהיותם "בעלי השפעה מכרעת על ייצוב המדיניות". ראו: ד' דרי **מינויים פוליטיים בישראל: בין ממלכתיות לתנועתיות** (תשנ"ג) 45. בלימת המינוי הפוליטי עשויה לעתים דווקא לעזור לנבחר, שכן היא מחזקת אותו מפני הלחץ שמפעיל הגוף הבוחר, ובכך מאפשרת לנבחר ליישם מדיניות שהוא באמת מאמין בה. ראו: "זמיר" **מינויים פוליטיים משפטים** כ (תש"ן) 19, 21.

29 וובר טוען שהמעבר משלטון "משפחתי" לשלטון "מקצועני-פקידותי" הוא הגורם המרכזי לביטול שלטון היחיד האבסולוטי כשברד ביד מתפתח החוק ושלטון הצדק (מ' ובר **הפוליטיקה בתורת מקצוע** [א] שמואלי מתרגם, תשכ"ב [ב] 21-24). זאת בניגוד למודל "משפחתי" שבו מודגשת חשיבות הסטטוס והשיוך המשפחתי. ייתכן שהיועץ זיהה מעבר עקיב אל עבר המודל המשפחתי, כאשר המפלגה השלטת מנסה להקיף עצמה באנשי שלומה, ויוצרת קשרי גומלין של הטבות לחברי המפלגה שפעלו למענה מחד גיסא, והקלה על השלטון המוקף באנשי שלומו

משרות לא-נבחרות (Civil servants) ובין נבחר ציבור.³¹ לשיטת היועץ נראה כי למעט חריגים המוכרים בדין, המינוי הפוליטי אינו כלי לגיטימי למימוש מדיניות,³² ועל פי ההנחיות, כדי שיאושר מינוי של אדם החבר בגוף הבוחר, יהיה על הממנה להראות כי המינוי לגיטימי ואינו מהווה חלק מעסקה שבבסיסה מינוי תמורת בחירה.³³

לדעתנו, גישת היועץ ראויה. אמנם ישנן משרות הראויות להיחשב למשרות הנחוצות לשם גיבוש ויישום מדיניות נבחרת ("משרות אמון"),³⁴ אך נראה, למרבה הצער, כי בעולם המעשה מהווה טיעון זה אך כסות. נראה כי היועץ יודע שבישראל רבו המינויים הלא-תקינים, והוא מנסה להתמודד עם מציאות זו.

טענה נוספת, שהועלתה כנגד ההנחיות בהקשר זה, הנה כי הן חלק מ"רדיפה" קונקרטי כנגד מרכז הליכוד והמפלגה. הטענה הייתה שההנחיות פורסמו עקב החשדות השונים שעלו בנוגע למינוי חברי מרכז ומקורביהם לתפקידים שונים ברשויות השלטון. לחיזוק הטענה נאמר שההנחיות אינן ריאליות ופוגעות קשות בקשר הלגיטימי בין חברי הגוף הבוחר לפוליטיקאים,³⁵ וכי ההנחיות פופוליסטיות ואינן מתמקדות במלחמה אמיתית במקרים פרטיים של שחיתות אלא בריצוי התקשורת ה"צמאה לדם".³⁶

בלי למצות את הדיון, לדעתנו האישית קשה לבסס טענות רדיפה פוליטית, ועל פניו נראה כי למרות הנימה הלוחמנית העולה מההנחיות, אין בסיס "לחשוד" בכוונות היועץ. מטבע הדברים, סביר כי פעולות היועץ תעוררנה לעתים תרעומת, בייחוד כאשר הפעולות פוגעות במוקדי כוח פוליטיים. כן סביר כי הקשחת מדיניות אכיפה (ובכלל זה הוצאת הנחיות בנדון) תעורר

בתפקידים ציבוריים מרכזיים מאידך גיסא. ההנחיות, המנתקות חלק ניכר מן הקשר בין נבחר הציבור לחברי הגוף הבוחר, מנסות לעצור מגמה זו. המודל המשפחתי מוכר בספרות בעיקר ברמת השלטון המקומי. ראו דיון נרחב אצל L. Segal "Can We Fight The New Tammany Hall? Difficulties of Prosecuting Political Patronage and Suggestions for Reform" 50 *Rutgers L. Rev.* 507 (1998) 552

30 ישנם הטוענים כי במינוי על רקע פוליטי אין פגיעה רק בסדרי המנהל התקין, אלא אף ברמת השירות הניתן לציבור. ראו זמיר, לעיל הערה 28, שמביא מדברי מבקר המדינה בדו"ח מס' 39 שפורסם ב-15.05.1998.

31 בעבר נעשו כמה ניסיונות לפתור את סוגיית המינויים הפוליטיים ולנתק את הקשרים הפוליטיים מתהליכי המינוי השונים בתפקידים מסוימים. כך, למשל, הנחיות היועץ המשפטי לממשלה בדבר איסור מינויים פוליטיים בחברות ממשלתיות ("מינוי דירקטורים מטעם המדינה בחברות ממשלתיות -- שיקולי שרים. איסור מינויים פוליטיים, מינוי חברי מרכז מפלגה כדירקטורים" **הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 28.016** (התשנ"א)). דו"חות המבקר מראים כי ניסיון טיפול זה, שהוא נקודתי באופיו, אינו מספק, ואף נעשים ניסיונות לבטל בחוק את ההגבלות שמוטלות בהנחיות אלו. ראו לעניין זה הצעת "חוק הגיובים", לעיל הערה 10. לנוכח ההיסטוריה העגומה, לא ברור אם גם ניסיון זה של היועץ להתמודד עם המינויים הפוליטיים לא יעלה יפה. עם זאת יכול להיות שדווקא הנחיות אלו, אם יתוקנו הפגמים בהן, שאותם נציין בהמשך, יהיו נקודת מוצא משמעותית לפתרון הבעייתיות גם במישור המינויים הפוליטיים.

32 ראו סעיף 2 לחוות דעתו של היועץ, לעיל הערה 10.

33 יודגש כי הדין אינו מאפשר מינוי של מקורב פוליטי לתפקיד היוצר ניגוד עניינים עם הממנה. ראו בג"ץ 5743/99 **דואק נ' ראש עיריית קריית ביאליק**, פ"ד נד(3) 410 שעסק במינוי מבקר פנים לרשות המקומית.

34 אפשר, למשל, לטעון שמשרת מנכ"ל המשרד הממשלתי יכולה להוות משרת אמון שכזו, או עוזר אישי לשר. במקרים כאלו אפשר לקבל את הטענה שבלא יחסי אמון מתאימים בין השר או נבחר הציבור לבעל התפקיד יקשה עליו מאוד לממש את מדיניותו. לעניין זה ראו את החלטת הממשלה בדבר הכוונה להגדיר את משרות האמון, לעיל הערה 10.

35 דיון נרחב בנושא להלן בפרק ג להארה.

36 זאת דעתו של יו"ר הכנסת ראובן ריבלין, אשר לדעתו חסרה התעסקות במוקד השחיתות האמיתי, שהוא הקשר הבעייתי בין הון לשלטון, בעוד מחאה תקשורתית כנגד מינוי מקורב לשר "נוחה" יותר ו"מצטלמת" טוב יותר. ד' שפר "מזוז: התרבות השלטונית הפכה חסרת ניגוח חברי מרכז הליכוד, תוך התמקדות טפלה בחברי הגוף הבוחר וזניחת בחינה רצינית של דרכי פתרון הבעיה, שגם הוא מכיר בה. ראו פרוטוקול מליאת הכנסת מ-10.11.2004

עומרי גולדשטיין ואיתי אפטר "הינוח ה"גיוב" על משכבו בשלום: בעקבות הנחיות היועץ המשפטי לממשלה "הגבלות על טיפול בפניות חברי גוף בוחר על-ידי נבחר ציבור" **הארץ דין** (ב1) (התשס"ה) 39

תרעומת שבבסיסה טענת "איפה ואיפה". תרעומת זו, כשהיא אינה תומכת עצמה בהוכחות קונקרטיות, אין בה כדי להטיל פגם; זהו תפקידו של היועץ. לפיכך, מסקנתנו היא שאין כל סיבה לראות בהנחיות כלי ניגוח על רקע פוליטי, אלא ניסיון עקרוני להילחם בתופעה פסולה לכל רוחבה של הקשת הפוליטית. אנו מקווים שההנחיות יאכפו באופן שוויוני כלפי כל המפלגות.

כעת, משתיארנו את הרקע המשפטי-פוליטי שהביא לידי פרסום ההנחיות, נפנה לבחינה נורמטיבית של תוכן. כיצד משרטטות ההנחיות את ההבחנה בין שחיתות פוליטית ובין פעילות פוליטית לגיטימית?

ג. שחיתות שלטונית לעומת פעילות פוליטית לגיטימית

החיפוש אחר הגדרה קולעת ל"שחיתות שלטונית", המבחינה בין פעילות לגיטימית (בין שהיא ראויה, מקובלת או נסבלת) ובין פעילות שתתקשה לעמוד במבחן ההצדקה הנורמטיבי אינו חדש ואינו ייחודי לישראל.³⁷ מעניין לראות שאין הגדרה סטטוטורית ממצה למונח. המסע הפרשני המקובל, המתחיל בפנייה למילון,³⁸ אף הוא אינו מספק, לאור מורכבות המושג.³⁹ בהקשר שבו עוסקות ההנחיות ניתן להגדיר שחיתות שלטונית כהתנהגות של נבחר הציבור שלא על פי דין, כלומר בחריגה מסמכות או מתוך פגיעה בכללי ההליך או שיקול הדעת, באופן הפוגע באינטרס הציבור משום העדפת האינטרס האישי על פניו.⁴⁰ כך, שוחד כספי הנו שחיתות שלטונית. בנוגע למקרים ברורים אלו קיים קונצנזוס, המוקיע אותם עד כדי הטלת איסור פלילי.⁴¹ הבעייתיות מתגלה בתחום האפור, שבו השחיתות אינה חד-משמעית. כאן קשה להבחין בוודאות בין נבחר הציבור המושחת ובין זה הממלא בצורה לגיטימית את תפקידו בדמוקרטיה, כמייצג האינטרס הציבורי, ולעתים אף הפרטי, של בוחריו,⁴² ואת האינטרס שלו להיבחר שוב.⁴³

³⁷ P.J Henning "Public Corruption: A Comparative Analysis of International Corruption Conventions and United States Law" 18 *Ariz. J. Int'l & Comp. Law* 793 (2001) 805. חוסר הדיוק בהגדרת שחיתות נובע בעיקר מכוחו הרטורי של המונח, כשפוליטיקאים משתמשים בו לעתים קרובות זה כלפי זה גם במקרים שבהם מדובר בפעולות לגיטימיות לחלוטין.

³⁸ לשימוש שנעשה בפסקי דין בהגדרות מילוניות לשם ביאור מונחים מעורפלים בחוק ראו ע"א 611/85 **חברת אלקטרוניקה לישראל בע"מ נ' מנהל המכס ומע"מ**, פדאור 85 (1) 389, 2; וגם ע"א 657/84 **מזכירות ועדת הביקורת של ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י נ' טאובמן**, פ"ד מא(2) 688, 685. מצד שני, חשוב לציין כי לעתים בוחנים מהותית את ההגדרה על רקע ההקשר ותכליתו של החוק. ראו לעניין זה דני"פ 1294/96 **משולם נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב (5) 1, 58.

³⁹ T.F. Burke "The Concept of Corruption in Campaign Finance Law" 14 *Const. Commentary* 127 (1997) 128. מעניין לציין שבימי הביניים השתמשו במונח שחיתות כדי לתאר ריקבון וזיהום פיזי. כפי שמובא במאמר, במילון אוקספורד האנגלי מופיעות תשע הגדרות שונות למילה "שחיתות".

⁴⁰ "שלום" שחיתות פוליטית: הגדרות, גישות, ודרכי התמודדות **מדינה וחברה** 2 (2002) 131, 133. לפי גישה זו השחיתות היא כלי בידי יחידים וקבוצות לשם השגת השפעה בלתי לגיטימית על המנגנון השלטוני. שם, 134. היועץ אינו בוחר בהגדרה מדויקת למילה שחיתות, ככל הנראה מתוך הנחה שכל הגדרה תהא חשופה לביקורת, אלא קובע שיש להביט בהתנהגות עצמה (מקרים שבהם חברי מרכז או "קבלני קולות" משתמשים בהשפעתם כדי לקבל טובות הנאה מנבחר הציבור), מתוך מבט רחב, ומתוך שאיפה להנחיל מנהל תקין. עם זאת חשוב לומר כי היועץ אינו קובע אמות מידה ברורות להגדרת פעולה כמושחתת, כנראה מתוך רצון ליצור בסיס גמיש ומשתנה לבחינת ההתנהגות של נבחר הציבור וכדי שלא לגרום לפגיעה לא מידתית ולא ראויה בנבחרים עצמם, בחברי הגוף הבוחר ובצדדים שלישיים.

⁴¹ ראו סעיף 9 להנחיות, וסעיף 295(ב) לחוק העונשין. פרשת שוחד ידועה במיוחד היא פרשת דרעי, שבה הורשע השר לשעבר בניצול תפקידו לקידום ענייני עמותת תמורת שוחד. ע"פ 3575/99 **דרעי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד (2) 721.

⁴² קיימת אסכולה לפיה יחס המעדיף את בוחר המפלגה (ובכלל זה את האינטרסים של חברי הגוף הבוחר) הנו לגיטימי. לפי שיטה זו יחס כזה הכרחי לשימור הקשר בין הנבחר לבוחריו, ולהקרת תודה המהווה תמריץ

המתח המאפיין שדה פעילות זה מורכב מכמה קטבים. ראשית, ההשפעה של חברי גוף בוחר על הנבחרים הנה לגיטימית. אחרי הכול, בבסיס הבחירות על ידי גוף בוחר טמונה הנחה כי קידום האינטרסים שאותם מייצגים חברי הגוף הבוחר הוא מקובל (כמובן, כל עוד אין מדובר בהפרת החוק). מדובר לא רק באינטרס האמור לייצג "טובות כלליות" אלא גם באינטרסים המייצגים את דרישותיהן של קבוצות שונות, לקידום נושא כזה או אחר שטמון בו רווח לקבוצה.⁴⁴ עם זאת, ברור שקיים קו גבול ההופך אינטרס לפרטי לחלוטין, היינו להעדפה שאין מקום להפעיל לטובתה כוח שלטוני.⁴⁵ נבחר הציבור, או אורגן הממלא תפקיד ציבורי על פי דין או תפקיד שהוא שלטוני במהותו, הנו נאמן הציבור,⁴⁶ במובן זה שהכוח ניתן לו לתכלית מסוימת, ולא לכל תכלית.⁴⁷ זאת ועוד, אמנם נבחר הציבור אמור לבטא את רצון בוחריו⁴⁸ והוא משמש כשליח של ציבור

לבחור בו שוב. העדפה זו היא סוג של ייצוג. כך, הטבות לחבר הגוף הבוחר יכולות להיחשב כהטבות לקבוצה שאותה הוא מייצג. ראו: D.G. Dagger "Comments: Political Patronage in Public Contracting" 51 *U. Chi. L. Rev.* 518 (1984) 555

גם היועץ מכיר בקיומו של תחום ביניים, וגורס כי למרות ההבדלים בין מקרים אלו לבין מקרי שוחד "קלאסיים" מכילים גם מקרי הגבול יסוד דומה של שחיתות. היועץ מכנה מקרים אלו "ספסור בכוח ההשפעה". ראו סעיף 9 להנחיות. לטענתו, ניתן למצוא קווי דמיון בין המאבק בתופעת השוחד לבין המאבק בתופעות הנדונות במאמר זה. לתיאור נרחב של ההסדרים הבינלאומיים בנושא, ובכלל זה התייחסות לקניית השפעה פוליטית בתשלום ראו: C.F. Corr, J. Lawler "Dammed If You Do, Dammed If You Don't? The OCED Convention and The Globalization of Anti-Bribery Measures" 32 *Vand. J. Transnat'l L.* 1249 (1999). גם בית המשפט העליון האמריקני מרחיב באופן עקיב את הגדרת השחיתות הפוליטית, תוך שהוא סוטה מהעיקרון הפשוט של לקיחת שוחד. P.S Edwards "Defining Political Corruption: The Supreme Courts Role" 10 *BYU J. Pub. L* 1 (1996) 3

יש הטוענים, כי הלגיטימציה של האינטרס הפרטי לא רק שאינה פוגעת בדמוקרטיה, אלא אף מחזקת אותה. כך, היענות, ולו חלקית, לדרישות קבוצות אלו, מאפשרת לשלטון לדאוג באופן ישיר יותר לצרכי הציבור, גם אם לא מדובר בצרכים קיבוציים-קולקטיביים. ראו לעניין זה "יש קבוצות אינטרס בישראל (תשמ"ח) 203. טענה זו דומה במהותה לטענה של רוסו שייצוג מרבי של קבוצות ואינטרסים פרטיים שונים בשלטון יביא לידי יצירת "טובה כללית" שתועיל, בסופו של דבר, לכלל הקבוצות באוכלוסייה. גם אם במקור מדובר בקידום אינטרס פרטי של קבוצה מסוימת, הרי דרך משא ומתן החברה מגיעה בסופו של דבר לגיבוש רצון כללי והסכמי שיועיל לכלל אזרחיה ויקבל מעמד נורמטיבי עליון. בלא ההכרה הראשונית באינטרס הפרטי (של קבוצות שונות באוכלוסייה) לא נוכל להגיע לטובה כללית זו שאותה אנו שואפים להשיג. לעניין זה ראו: J. Simon-Ingram "Expanding the Social Contract: Rousseau, Gender and the Problem of Judgment" 43(2) *Comparative Literature* 134 (1991) 137

מלומדים אמריקנים רואים את החוקה האמריקנית כמטילה הגבלות על שימוש בכוח שלטוני לשם מימוש העדפה פרטית בלבד. ראו C.R. Sunstein "Naked Preferences and the Constitution" 84 *Colum L.Rev.* 1870 (1984) 689.

השאלה היא כיצד נגדיר "ציבור", שכן גם בוחר המפלגה מהווים "ציבור". כן, נראה כי הביטוי אינו רק תיאורי אלא כולל גם נאמנות לרעיון ה"שליחות" כחלק משיטת משטר דמוקרטית, ונראה כי יש תשובות שונות על שאלה זו. ראו המחלוקת בין הנשיא ברק לשופט חשין באשר לשאלה זו בתוך: ע"א 5364/94 ולנר נ' יו"ר מפלגת העבודה פ"ד מט(1) 758, 803 (לגישתו של הנשיא ברק חבר הכנסת חב חובת נאמנות לציבור כולו) וראו שם, בעמ' 825 (לגישתו של השופט חשין חובת נאמנותו של חבר הכנסת ומנהיג המפלגה נתונה לבוחריו בלבד בין מקרים אלו לבין מקרי שוחד "קלאסיים" מכילים גם מקרי הגבול יסוד דומה של שחיתות). היועץ מכנה מקרים אלו "ספסור בכוח ההשפעה". ראו סעיף 9 להנחיות. לטענתו, ניתן למצוא קווי דמיון בין המאבק בתופעת השוחד לבין המאבק בתופעות הנדונות במאמר זה. לתיאור נרחב של ההסדרים הבינלאומיים בנושא, ובכלל זה התייחסות לקניית השפעה פוליטית בתשלום ראו: C.F. Corr, J. Lawler "Dammed If You Do, Dammed If You Don't? The OCED Convention and The Globalization of Anti-Bribery Measures" 32 *Vand. J. Transnat'l L.* 1249 (1999). גם בית המשפט העליון האמריקני מרחיב באופן עקיב את הגדרת השחיתות הפוליטית, תוך שהוא סוטה מהעיקרון הפשוט של לקיחת שוחד. P.S Edwards "Defining Political Corruption: The Supreme Courts Role" 10 *BYU J. Pub. L* 1 (1996) 3

לעניין זה ניתן להזכיר כי איש הציבור, ונבחר הציבור בפרט, הוא נאמן הציבור, ואל לו לפעול למען מטרות אחרות מהמטרות המשרתות את האינטרס הציבורי. ראו לעניין זה בג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נו(6) 117, 146.

להדגשת חשיבות האינטרס של מימוש רצון הבוחרים על ידי נבחר הציבור (אף בהשוואה להגנה על אמון הציבור ברשויות השלטון) ראו בג"ץ 7367/97 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נב(4) 547, 555.

מסוים, אך בה בעת עליו להפגין שיקול דעת עצמאי דיו⁴⁹ ומצב שבו נבחר הציבור "נסחט", מהווה כשל מערכתי.⁵⁰ המציאות הפוליטית מראה, כי קשה לתחום את הזיקה הראויה בין חברי הגוף הבוחר במפלגה לבין נושאי משרות שלטוניות, הנבחרים על ידי אותו הגוף. השאיפה, שאותה מנסות גם ההנחיות להגשים, היא להבטיח כי חברי המפלגה לא ישתמשו לרעה בכוחם כגוף בוחר (ולעתים תוך שיתוף פעולה יזום מצדם של הפוליטיקאים), בלי לשלול לחלוטין את יכולתם להשפיע השפעה לגיטימית על עיצוב מדיניות שלטונית.

היועץ מפרט שלושה מצבים בעייתיים המעלים חשש לאי-סדרים ולשחיתות: פניות לקידום עניינים אישיים של חבר גוף בוחר, וזאת להבדיל מניסיון לקידום עניינים ציבוריים בעלי השלכות על סקטור רחב יותר; פניות לקידום אינטרסים עסקיים-כלכליים (לרבות חלוקת משרות לחברי הגוף הבוחר ומקורביהם); פניות של שתדלנות בשכר שבהן חברי הגוף הבוחר מקבלים תשלום עבור הפעלת השפעתו על נבחר הציבור.⁵¹ התמונה המצטיירת היא שכל אחת מהפעילויות, בלא הבחנה משמעותית ביניהן, מהווה שחיתות שלטונית. כך, גם מקרי שחיתות "פעוטים" יחסית, כביכול נטולי השפעה רבת, גוררים פגיעה באמון הציבור במערכת,⁵² לא כל שכן כאשר מעשים אלו חוזרים שוב ושוב לאורך זמן, ומבססים תרבות בלתי חוקית.

אכן, מדיניות המבוססת על קשרים אישיים פוגעת בשוויון בפני החוק, בוודאות ובטוהר המידות השלטוני.⁵³ עם זאת נראה כי היועץ, בניסיונו לכלול מצבים רבים בהגדרה של קידום אינטרסים אישיים וכלכליים, סוטה במידת מה מהמטרה, וייתכן שיוצר הגדרות רחבות מדי במקרים מסוימים והגדרות מצמצמות מדי במקרים אחרים.⁵⁴

טלו מקרה שבו חבר גוף בוחר פונה לשר המתאים כדי לקדם הקמת מועדון ספורט בשכונתו, שיאפשר למשפחתו גישה נוחה יותר אל מועדון כזה, ואף מכיוון שהוא מעוניין להשתתף בניהולו. לפי ההנחיות מדובר בפעולה פסולה, בשל היותה על רקע אינטרס אישי ו/או כלכלי. עם זאת קיים בפנייה גם ממד ציבורי-סקטוריאלי, ממד שאותו יש להביא לפני נבחר הציבור במסגרת הליכי גיבוש המדיניות.⁵⁵ אמנם היועץ מציג מסלול חלופי, ובו חבר הגוף הבוחר רשאי לפנות לגורמים המקצועיים בלשכת השר, אך נראה שאין סיבה למנוע, במקרים שבהם הפנייה לגיטימית, פנייה ישירה לשר, לא כל שכן כאשר גורמים שאינם מקורבים לשר רשאים לפנות

49 שיקול דעת זה צריך להיות מונחה בעיקרו על ידי העובדה שנבחר הציבור חייב לראות עצמו כנציג הציבור כולו ולא רק זה שבחר אותו לתפקיד. כך הוא מחויב שלא להכפיף את עצמו לרצונותיו של מגזר זה או אחר גם אם מדובר בבסיס התמיכה שלו. ראו גישתו של הנשיא ברק, ולצדה גישתו החולקת של השופט חשין בפרשת **ולנר**, לעיל הערה 46.

50 סעיף 2 להנחיות. ראו גם א' ברנר, "עבירת הסחיטה באיומים -- שאלות של דין רצוי: לחץ פוליטי כ"סחיטה באיומים" **פלילים** ח (תש"ס) 299, 318. המחבר אמנם מתייחס ללחץ של סיעות או חברי כנסת בודדים כחלק ממשא ומתן פוליטי, אך לדעתנו ניתן להשליך משם גם לענייננו.

51 סעיף 5 להנחיות.

52 J.P. Gottlieb "The Clash of Capitalism and Democracy In East Asia -- Corruption and Democracy" (part 4 of 5) at www.asahi-net.or.jp/zj5j-gttl-s980403.htm (נצפה לאחרונה ביום 27.11.2004).

53 דנ"פ 1397/03 **מדינת ישראל נ' שבס**, פסקה 32 (טרם פורסם, 30.11.2004).

54 כשאז עולה החשש שיווצרו פרצות שקל לעקפן עקב ההגדרה המצומצמת מדי של הפעילות כמושחתת.

55 Burke, לעיל הערה 39, בעמ' 140.

בעניין דומה.⁵⁶ זאת ועוד, מניעת הפניות הגורפת עלולה, בנסיבות מסוימות, ליצור מצב שבו יתנערו הנבחרים ממחויבויותיהם הכלליות כלפי הבוחרים. איסור הפניות עשוי, בנסיבות אלו, לשמש תירוץ להתעלמות מבקשות בעלות אופי ציבורי חשוב.⁵⁷

מנגד, ניתן לחשוב על אפשרות לעקוף את האיסור לפעול למען אינטרסים "אישיים" באמצעות הצגתם כאינטרסים למען סקטור רחב. במקרים לא מעטים ניתן להציג פעולות לשם רווח אישי כאילו נועדו לטובת הכלל, כפי שבמקרים לא מעטים ניתן לוודא כי ההצגה תיעשה על ידי שליחים "ניטרליים".⁵⁸ זאת ועוד, לא אחת אינטרסים אישיים-כלכליים מעורבים באינטרסים ציבוריים: כיצד עלינו לסווג את פעילותם של חברי מרכז הליכוד הגרים ביישובי גוש קטיף, אשר מנהלים מאבק ציבורי נרחב נגד תכנית ההתנתקות, ובכלל זה בעניין שיעור הפיצוי והשטח החלופי שיוקצה למתיישבים?

יהיו שיטענו כי לאור מטרת ההנחיות והרציונל שבבסיסן, כלומר הלחימה בנורמות שלטוניות פסולות, היה מקום להגדיר במדויק מתי יתעורר חשש לשחיתות. דיוק זה היה מיייל את אכיפת האיסור ומצמצם במידה ניכרת את הפרצות. נסב את תשומת הלב לכך שהיועץ בחר לדייק באשר למצב השני שאותו הסדיר – האיסור למנות קרובים –⁵⁹ אך הסתפק בהגדרה כוללת כשמדובר בפעולות לקידום אינטרסים אישיים או עסקיים. בכך נמצא מזור לתופעת המינויים, אך הודגשה העמימות באשר לטיב האינטרסים, ועמה הפתח להתדיינות עתידית בנוגע למקרים שבהם נחצה הגבול שבין "לובי" לגיטימי ובין פעולה להגשמת אינטרס אישי גרידא. התדיינות זו אמנם תאפשר בחינת כל מקרה לגופו, אך ניתן לטעון כי בתחום הקשור במישרין לאמון הציבור במערכת הפוליטית,⁶⁰ יש צורך באיסור ברור. אכן, אין להניח כי איסור "מהודק" יותר יחסל את המקרים האפורים, שכן עמימות מסוימת אינהרנטית לכל רגולציה, לא כל שכן הסדרת סוגיית השחיתות השלטונית.⁶¹ עם זאת, יש לקוות כי אכיפת האיסור בפועל תביא לידי גיבוש קווים בהירים יותר. נדגיש כי למרות העמימות המסוימת, עצם פרסום ההנחיות מהווה צעד חשוב בטיפול בבעיית השחיתות השלטונית.

56 דוגמה זו הנה לעניין פעוט, אשר שרים בדרך כלל אינם מטפלים בו. אך גם אם השר עצמו לא יטפל בסופו של דבר בעניין, הרי נודעת משמעות לעצם אפשרות הפנייה הישירה אליו. עם זאת, אין להתעלם מן הטענה כי פנייה ישירה (הזוכה לטיפול) מתאפשרת בפועל רק לחברי המרכז, ולפיכך יש צורך, לכל הפחות, להסדירה ולהכפיפה לביקורת חיצונית.

57 סעיף 2 להנחיות.

58 פרוטוקול, לעיל הערה 36. חבר הכנסת איתן, בדיון בהצעת חוק דומה ברוחה להנחיות היועץ המטילה סנקציה פלילית (ראו דיון נרחב להלן בפרק ה בהארה) אף מעלה אפשרות לעקוף את ההתמקדות בחברי הגוף הבוחר באמצעות שליחים, שאינם כפופים להנחיות אלו ולכן אינם חשופים לסנקציה כלשהי, מעקף שירוקן את ההנחיות מתוכן.

59 סעיף 2(5) להנחיות.

60 סקר שנערך באחרונה גילה כי 88% מהישראלים חושבים כי רמת השחיתות בישראל תגבר. נתון מעניין מתוך הסקר מראה כי מתוך 64 מדינות בעולם, ישראל ממוקמת במקום השני בתפיסת הציבור את הפרלמנט והמפלגות בו כמושחתים, כשבמקום הראשון ניצבת ארגנטינה. ראו ע' בן-יהודה "סקר: הפוליטיקה נחשבת כמושחתת ביותר, בדומה לרמה בדרי אמריקה" **הארץ** 10.12.2004.

61 בבעיה דומה נתקלה גם ההלכה שנקבעה בארצות הברית לעניין חריג שקבע כי מינויים פוליטיים מותרים אם מדובר בתפקידים שיש בהם כדי לקבוע מדיניות, לעיל הערה 20. למרות הפסיקה שהייתה כביכול חד-משמעית, בתי המשפט בערכאות הנמוכות בוחרים במקרים רבים דווקא לראות בחריג קו מנחה ונוטים לאפשר פעולות שלטוניות שברור כי מעורבים בהם שיקולים זרים ולא שיקולי מדיניות. ראו: B.A. Schneider "Comment: Do Not Gentle Into That Good Night: The UnQuite Death of Political Patronage" 1992 *Wis. L. Rev.* 511 (1992) 538-542.

כאמור, האיסור השלישי הכלול בהנחיות עוסק בשתדלנות בשכר על ידי חברי גוף בוחר. לדעת היועץ מדובר בשימוש פסול בכוחם של חברי הגוף המשפיעים על הנבחרים למטרות רווח.⁶² ניתן לחשוב על נימוקים רבים לשלילת פעילות שכזאת, בעיקר משום החשש כי חבר הגוף יציע לנבחר הציבור שותפות ברווח הכספי הצפוי.⁶³ ברי כי ראוי שפעילות חבר הגוף תתווה על ידי אידיאולוגיה פוליטית ולא על ידי אינטרס כלכלי פרטי. כמו כן ברי שאין זה תקין כי בעל המאה יהיה גם בעל הדעה, משום הפגיעה בעקרון השוויון והגינות ההליך. עם זאת אין לשכוח את החיובי שבפעולה הלוביסטית, בלא קשר לשאלת השכר. השתדלנות מאפשרת לציבור או למגזר מסוים בעל צרכים מיוחדים להגיע אל מקבלי ההחלטות; בלא שתדלנים, עלולים להידחק נושאים מסוימים לשוליים, וצדדים מסוימים למחלוקת עלולים שלא להישמע כראוי. לעתים השכר מבטיח שתדלנות נאמנה ומקצועית, שתאזן את השפעתם של גופים כלכליים רבי עצמה (הלוחצים ישירות על נבחר הציבור) שלא באמצעות הגוף הבוחר.⁶⁴ אם אמנם נוטה הכף בדמוקרטיה לטובת פעילות לוביסטית, אין הכרח לאסור על חברי מרכז לקבל שכר, ובלבד ששכר זה ידווח ובלבד שפעילות הלובי לא תכלול עירוב תחומים כגון הוראה של הגורם המממן כיצד על חבר הגוף הבוחר לבחור, מצב המוגדר כשוחד. הואיל וניתן לראות את ההנחיות כפוגעות גם בחופש העיסוק של חברי הגוף הבוחר,⁶⁵ אשר ברוב המקרים אינם מקבלים משכורת על חברותם, לכן ייתכן כי ההנחיות לוקות בקיצוניות יתר,⁶⁶ בפגען יתר על המידה בפעילות לובי פוליטי שעשוי להיות לגיטימי כל עוד מקבלי ההחלטות מיוודעים על קבלת השכר.⁶⁷ לפיכך, מתוך הכרה בצורך ב"השתתפות אזרחית", יש לשקול אמצעי חליפי להתמודדות עם המציאות שבה אנשים מונעים גם על ידי הצורך לקדם עניינים הקרובים לכיסם (ובכך מקימים חשש להשפעה מוטה ופגיעה בשוויון).

62 סעיף 3)5 להנחיות.

63 שם, שם. ניתן לציין עוד את החשש שחברי מרכז ינצלו את קרבתם ל"צלחת" הפוליטית כדי להפיק רווח כספי אמנם יהיו נסיבות שבהן יהיה זה לגיטימי לאדם לנצל את קשריו הפוליטיים-חברתיים לשם הפקת רווח כספי אבל ברור שבמקרים רבים יהיו לפעולות שכאלו השלכות ציבוריות שיחרגו מן העסקה הפרטנית בין חבר הגוף הבוחר לנבחר הציבור. גם אם נניח שבמרבית המקרים אין כל פסול בלובי שכזה, הרי ניתן לטעון שדי ב"מראית העין" של שחיתות כדי שייחשב כלא לגיטימי ולא ראוי.

64 דוגמה מהעת האחרונה הנה הלחץ הכבד שמפעילים הבנקים וגופים חזקים אחרים במשק על חברי ועדת הכספים של הכנסת בעניין יישום אפשרי של המלצות ועדת בכר לרפורמה בשוק ההון. צ' זרחיה "הלוביסטים יגרפו 6 מיליון שקל ממאבק הבנקים וחברות הביטוח" הארץ 09.06.2005.

65 לעניין זה יצוין כי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה אינן "חוק" ואף לא ברור אם הן מקיימות את התנאי של הסמכה מפורשת בחוק. לגופו של עניין, איסור גורף לקבל כל שכר שהוא בגין שתדלנות עלול לחרוג ממתחם המידתיות שכן הוא עלול להרתיע אנשים מלהיכנס לפעילות פוליטית בגוף בוחר. במקרה שבו מטרה אידיאולוגית מסוימת כרוכה, למשל, בפרוטנציאל להטבה כספית לפלוני ולמקורביו, סביר כי אותו פלוני יחשוש לבצע פעולה פוליטית במסגרת רשמית מאחר שפעילות כזו, שתהיה משמעותית יותר מפעולה חיצונית לגוף הבוחר, תיאסר עליו. אין להתכחש לעובדה כי גם לאלו המשתתפים בתהליך הפוליטי-דמוקרטי ממניעים אידיאולוגיים, יש גם אינטרס אישי. זיכוי, גם אם מוגבל בהיקפו ולא ודאי, של האפשרות להגשים אינטרס שכזה, ייתכן שיחטיא את המטרה ואף עלול להזיק לאיכות השחקנים הפוליטיים. לפיכך ניתן לטעון כי קיים אמצעי הפוגע פחות בחופש העיסוק -- חובת גילוי מצדו של חבר המרכז בדבר קבלת השכר.

66 Segal, לעיל הערה 29, בעמ' 556. המחברת מדברת על החשש ליצור מדרון חלקלק שיכליל באיסור הגורף פעילות ראויה שאין אנו מעוניינים למנוע ושללה מצפים הבוחרים וגם נציגיהם בגוף הבוחר.

67 היועץ מתבסס בהנחייתו על אמנות בינלאומיות, כגון אמנת OECD, שבדברי ההסבר שלה נאמר במפורש שצורות מוכרות של לובי לא ייחשבו לשחיתות, ויש צורך להוכיח כוונה לשחיתות, שאם לא כן המעשה ייחשב לחוקי. ראו לעניין זה ולהרחבה כללית בדבר הטיפול בעולם בנושא שחיתות שלטונית: Henning, לעיל הערה 37.

זאת ועוד, כפי שנטען, היועץ רואה במניע הכלכלי-אישי את מקור הבעיה, וממנו הוא "חושש" ביותר. חשש זה מובן, בייחוד מאחר שמניע זה מגדיל את הסיכון לניסיונות לשתף את נבחר הציבור ברווח הכספי לשם הבטחת תמיכתו (כלומר לשחד אותו). עם זאת, במצב שבו המניע האישי-כלכלי של חבר הגוף הבוחר אינו המניע הדומיננטי – נניח, במקרה שבו ממומנת שהייתו בבית מלון לצורך פעילותו, שכן נדרשת ממנו עבודה לוביסטית קשה ומאומצת – נראה כי חשש היועץ להשחתת ההליך הפוליטי אינו מחויב המציאות. מבחן השיקול הדומיננטי – כמבחן אובייקטיבי⁶⁸ שאינו מסתמך על כוונותיו הסובייקטיביות של כל חבר הגוף הבוחר – עשוי להועיל בהקשר זה.⁶⁹ השימוש בו יאפשר פעילות לוביסטית כאשר יצליח חבר הגוף הבוחר לשכנע בקיומו של אינטרס ציבורי מהותי, לעומת "הזניחות" היחסית של המניע האישי. כך תשתפר ההבחנה בין מקרי השחיתות ובין מקרים שאין זה ראוי לראותם כשחיתות, העלולים כיום להיתפס ברשת האיסור המעוגן בהנחיות.⁷⁰

ד. הסנקציות בהנחיות היועץ – המנהלית, המשמעתית והפלילית

היועץ מציג שלושה מסלולי אכיפה – סנקציה במישור המנהלי, סנקציה במישור המשמעתני ואף לעתים סנקציה במישור הפלילי.⁷¹ במישור המנהלי קובע היועץ כי מעורבות שר בטיפול בפניות של חברי גוף בוחר בניגוד להנחיות עלולה להביא לידי בטלות ההחלטה. העיקרון ברור – בטלות ההחלטה שומטת את התמריץ להשפיע על השר. עם זאת, הנושא מעורר כמה בעיות: לעתים עשויה פעולת השר לשמש תשתית להסתמכות לגיטימית של אזרח שפנה אליו (אם משום שפעילות השר יצרה הבטחה מנהלית ואם משום שיצרה מצג סביר שעליו הסתמך האזרח). אמנם ניתן לטעון כי השר חרג מסמכותו וכי לכן לא ניתן להסתמך על פעולתו, או לתקוף את חוסר תום הלב של המסתמכים (לרבות צדדים שלישיים המסתמכים על ההחלטה) ואת חוסר הסבירות שבפנייתם.⁷² אך בד בבד ישנם מקרים, אף שהם נדירים, שבהם הפנייה הנה סבירה ובתום לב, וכאן אינטרס ההסתמכות יגבר על עקרון חוקיות המנהל.⁷³ מלבד הקושי להוכיח היעדר תום לב אצל מי מהצדדים, מתחדדת השאלה המוסדית. לבתי המשפט יש כמובן סמכות לפסוק בעניין בטלות החלטה, אולם הישענות על בתי המשפט מניחה שניאלץ להמתין לעתירה כדי לבחון

⁶⁸ אין ברעיון המבחן האובייקטיבי כל חידוש משפטי, הואיל ובית המשפט עושה שימוש תדיר בהחלט נורמות ראויות אובייקטיביות ו"סבירות" על התנהגויות שונות. כך למשל, ניתן יהיה לומר כי נבחר ציבור פעל בחוסר תום לב כשהמניע הדומיננטי לפעולתו היה אישי (או לחלופין רצון להגשים אינטרס אישי של חבר גוף בוחר שלו סייע). כך, למשל, אפשר לחשוב על בדיקת הרקע והמניע למעשה כמבחן המבחין בין מעשה מותר למעשה אסור.

⁶⁹ מבחן סובייקטיבי לא יתאים במקרה זה, מאחר שיהיה קשה מאוד להפריך במקרה זה טענה של חבר המרכז הלוביסט כי הוא פועל מתוך אינטרס ציבורי מהותי ולא מתוך מניע אישי דומיננטי.

⁷⁰ לתיאור פרטני של הבעייתיות בהבחנה המתוארת בהנחיות, שעלולה לגרום לבעיות בזיהוי מקרי שחיתות מסוימים, ראו דיונונו בראשית הפרק.

⁷¹ סעיף 6 להנחיות.

⁷² ע"א 6996/97 חברת א. עבאדה בע"מ נ' רשות הפיתוח ע"י מנהל מרקעי ישראל, פ"ד נג (4) 117, 124. השופטת קובעת כי יש לאזן במקרים אלו בין עקרון חוקיות המנהל (כאשר קיים חשש להפרת נורמות המשפט המנהלי שהן קוגנטיות באופיין) ובין האינטרסים של הפרט שהסתמך על הבטחה זו בתום לב ובסבירות. לדיון נרחב בשאלת ההבטחה המנהלית ראו: ר' הר-זהב המשפט המנהלי הישראלי (תשנ"ז) 513-541.

⁷³ בנוסף, נודעת חשיבות לניתוח פעילות נבחר הציבור, כאשר יש לתקוף מקרים שבהם הוא מתעלם מהוראות חוק שלא בתום לב, אך להגן לעתים על מקרים שבהם טעה האחרון בתום לב. ביטול הבטחות שמקורן בהתעלמות מהחוק אמנם יגרום בטווח הקצר לפגיעה באמון הציבור במערכת, עקב הפרת ההבטחה, אך בטווח הארוך יועיל במלחמה בנגע השחיתות כאשר הוקעת ההבטחה המנוגדת לחוק יחזק בטווח הארוך את אמון הציבור.

החלטה בעייתית.⁷⁴ בנוסף עלולה להיווצר הרתעת יתר, מצב שבו השר יחשוש לקבל החלטה נחוצה בשל מעורבות אפשרית של חבר גוף בוחר (שהרי ייתכן כי החלטתו תבוטל, עם כל המשמעויות הציבוריות המתלוות לביטול שכזה).⁷⁵

מלבד הקושי הכרוך בביטול החלטת השר, כמתואר לעיל, מתעורר גם קושי הכרוך באופן ניסוח הסנקציה, המסדירה את התנהגות השרים בלבד. בהחלט ניתן לחשוב על מקרים שבהם פעולת חבר כנסת מן השורה עולה כדי שחיתות מסוג כלשהו, ולכן היה מקום לניסוח רחב יותר.⁷⁶

במישור המשמעותי, היועץ קובע כי מעורבות עובד המדינה בפעולה "מושחתת"⁷⁷ יכול שתגרור הליכים משמעותיים נגדו. השאלה הנשאלת היא כיצד יוחלט באילו מקרים לפתוח בהליכי משמעת ובאמצעות איזה מנגנון. ייתכן שכוונת היועץ היא לדין המשמעותי הרגיל שאליו כפופים עובדי המדינה, ולטיפול הנהוג בעובדים כאלו שביצעו עבירות משמעת.⁷⁸ היועץ מצמצם את הטיפול המשמעותי לפעולותיהם של עובדי מדינה בלבד,⁷⁹ והגבלה זו בעייתית. עקב הקושי השכיח להוכיח אשמה פלילית, ועקב העובדה שסנקציה מנהלית תוקפת את ההחלטה עצמה ולא את מקבל ההחלטה, ייתכן שמקרים מסוימים של שחיתות לא יטופלו. לכן, ייתכן שלעתים יש לשקול נקיטת הליכי משמעת, והטלת סנקציה הצהרתית או פוזיטיבית גם נגד נבחר ציבור שלא "נתפס" ברשת שני המנגנונים האחרים. כפי שהיועץ המשפטי לממשלה מוסמך לפנות לנציבות שירות

74 כאשר יכול להיווצר מצב שבו החלטות אשר ראוי להכריז על בטלותן לפי הקריטריונים לעיל לא יותקפו על ידי גוף או אדם כלשהו, וכך בעצם עובר הנטל של ביקורת החלטות השונות אל גופים פרטיים שאינם יכולים לכסות את כל המקרים.

75 ייתכן שהשר יכול לפנות ליועץ המשפטי לממשלה ליועץ בנושא, אך סביר כי במקרים מסוימים יעדיף להימנע מפנייה כזו, וזאת בשל שיקולים פוליטיים (לדוגמה, חשש לפגיעה במעמדו). מצד אחר כמובן אין לשכוח כי הוא יכול, במקרים מסוימים, להצטייר כשומר חוק ולוחם בשחיתות.

76 שתדלנות פרלמנטרית, הצבעה מסוימת במליאה, "דחיפת" חוק או תיקון באחת מוועדות הכנסת ועוד. בנוסף, היועץ אינו מגדיר בבירור מיהו נבחר ציבור לצורך הנחיות אלו. מאופיין של ההנחיות, ומניסוחן, די ברור שמדובר רק באנשי הרשות המבצעת. ייתכן שהסיבה היא רצונו של היועץ להתמקד בטיפול בפעולות לא לגיטימיות של שרים, אך לדידנו בהקשר של טובות הנאה היה מקום להתייחס גם לנבחר ציבור מסוג אחר (חברי כנסת ואף נבחר רשויות מקומיות). בארצות הברית קיימת בעיה של תרומות למסעות בחירות של חברי הסנאט, המגולמות לאחר מכן בקידום האינטרסים של תורמים אלו בהצבעות. דוגמה זו מוכיחה לנו עד כמה הבעיה אינה ייחודית לרשות המבצעת בלבד. ייתכן שדווקא במישור המנהלי, בניגוד אולי לפלילי, יש מקום להרחבת ההתייחסות. להרחבה בנושא זה ראו D.H Lowenstein, "Campaign Contributions and Corruptions: Comments on Strauss and Cain" 1995 *U. Chi. Legal. F.* (1995) 163

77 וראו לעניין זה דיון בפרק ג להארה.

78 פירוט המקרים שבהם פעולת עובד מדינה עולה כדי עבירת משמעת נמצא בחוק שירות המדינה (משמעת) תשכ"ג-1963, ס"ח 50, בסעיף 17. ייתכן שניתן להתייחס למעורבות של עובד כזה בפעילות המתוארת בהארה כמקיימת את הסעיפים המדברים על מעשה הפוגע במשמעת עובדי המדינה (סעיף 17[1]), התנהגות שאינה הולמת את שירות המדינה ופוגעת בשמו הטוב (סעיף 17[3]), התנהגות שאינה הוגנת (סעיף 17[4]). אם ניתן יהיה להאשים על פי הסעיף הראשון לעיל, יועמדו הם בפני ועדת משמעת מיוחדת, כאשר עבירה על פי שני הסעיפים האפשריים האחרים יגררו העמדתם לדין בפני בית הדין למשמעת (סעיף 19 לחוק). דוגמה להעמדתו לדין משמעותי של עובד ציבור בגין עבירת משמעת על פי הסעיפים לעיל ראו בתוך עש"מ 6324/00 קריינר נ' **מדינת ישראל - נציב שירות המדינה**, פדאור 00 (3) 440; וגם עש"מ 6713/96 **מדינת ישראל נ' בן אשר**, פ"ד (ב1) 650. אלו הן רק דוגמאות אחדות מני רבות. מדובר בסעיפי סל שקל להאשים בהם עובדי מדינה. תהליך דומה קורה גם בצה"ל, שם כתחליף לדין הפלילי הצבאי מעדיפים להעמיד חיילים, ובעיקר קצינים, לדין משמעותי כדי למנוע את ההשלכות הקשות של החליף הפלילי הצבאי.

79 סעיף 6 להנחיות. להגדרת עובד מדינה ראו סעיף 1 לחוק שירות המדינה (משמעת), אשר אינה כוללת בחובה את נבחר הציבור אלא רק עובדים שמונו לשירות המדינה על פי חוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959, ס"ח 86. היועץ אף נותן כדוגמה מייצגת את תפקיד מנכ"ל משרד ממשלתי, שכמו כל עובדי המדינה כפוף להוראות התקשייר (תקנון עובדי המדינה). לעניין החסינות, ראו דיון בהמשך, הערה 106 והטקסט הנלווה אליה.

המדינה כדי לפתוח בהליכים משמעתיים נגד עובד מדינה,⁸⁰ יהיה אפשר לשקול הקמת מנגנון חיצוני משמעתי ברוח דומה, שיוכל להטיל סנקציות משמעטיות כאלו ואחרות על נבחרים שאינם כפופים לדין המשמעתי הרגיל ואף נהנים מחסינות.⁸¹

במישור הפלילי קובע היועץ, אם כי בניסוח זהיר ביותר, כי מעשי שחיתות כגון אלו המפורטים בהנחיות עלולים להיחשב לעבירה פלילית.⁸² בניגוד לסוגי הסנקציות האחרות, הבעייתיות במישור הפלילי אינה נעוצה במנגנון האכיפה, אלא בהגדרה ברורה של המקרים הפליליים. היועץ מתמקד במקרי קבלת ו/או נתינת שוחד, סחיטה באיומים, הפרת אמונים ועבירות תיווך לשוחד.⁸³ משחסו פעולות הנבחרים בצל קטגוריות אלו, צפויה הטלת סנקציה פלילית. עם זאת, אופי העבירות המוצגות על ידי היועץ הנו ובעייתי ומשאיר תחום עמום שבו לא ברורה מידת אחריותו הפלילית של הנאשם.⁸⁴ יהיו שיטענו כי יש מקום לנקוט הליכים פליליים גם בתחומים ה"אפורים" יותר. במקרים מסוימים, לחצים פוליטיים מסוגים שונים עלולים להיחשב לעבירות פליליות,⁸⁵ וייתכן שיש לכך טעם גם בסוגיית מתן ההטבות על ידי הנבחרים. לצורך כך לא יהיה מנוס מהגדרת עבירה פלילית ספציפית,⁸⁶ כאשר הערך החברתי המוגן הוא שלטון תקין ואמון הציבור במערכת מתוך מטרה להתמודד עם השחיתות המאיימת על יציבות החברה.⁸⁷ בעזרת הגדרת עבירה ספציפית יהיה קל יותר להתמודד עם מצבי השחיתות הנפוצים בקשר בין הנבחר לחברי הגוף הבוחר. ניתן יהיה, למשל, לקבוע הסדר דומה להסדר הקנדי,⁸⁸ לפיו אדם המנצל השפעה כלשהי על נבחר ציבור לטובתו האישית-כספית או לטובת מקורביו יואשם בביצוע עבירה פלילית. ניתן אמנם לגזור את האשמה מעבירות שונות הקשורות לעובדי ציבור⁸⁹ בחוק העונשין הקיים, אך אנו סוברים כי מן הראוי להגדיר עבירות ספציפיות המטפלות בסוגיית הקשר הבעייתי שבין חבר גוף בוחר לנבחר הציבור.⁹⁰ כך, למשל, מדגים הקושי שהתגלה בפרשת שבס,

80 מבקר המדינה **דין וחשבון שנתי לשנת 1989 ולחשבונות שנת הכספים 1988**, בעמ' 93. ראו אתר מבקר המדינה: www.mevaker.gov.il/serve/showHtml.asp?bookid=175&id=57&frompage=246&contentid=3424&parentid=3403&direction=-1&bctype=1&frombutton=0&startpage=154&sw=1024&hw=698

81 כך, למשל, אפשר להעלות על הדעת הקמת ועדה ציבורית חיצונית שתעסוק בנושאים שכאלו ובה יתנהלו הליכים דומים לאלו המתנהלים בבית הדין למשמעת בנציבות שירות המדינה. שם, בע' 94.

82 סעיפים 6-9 להנחיות.

83 שם, שם.

84 דוגמה מובהקת לכך הנה אחת העבירות שבחר היועץ להציג -- הפרת אמונים של איש ציבור -- אשר ידועה כבעייתית, עמומה ומסובכת להוכחה. ראו לעניין זה פרשת **שבס**, לעיל הערה 53.

85 לדיון נרחב בסוגיית הגדרתו של לחץ פוליטי, בנסיבות מסוימות, בהסכמים קואליציוניים כעבירה של "סחיטה באיומים" ראו מאמרו של ברנר, לעיל הערה 50.

86 ראו: הצעת חוק העונשין (תיקון - איסור שידול חבר כנסת או שר תמורת דבר), התשס"ד-2004, ה"ח פ/2231 (חבר הכנסת יוסי שריד) – ההצעה קובעת עונש של עד חמש שנות מאסר לחבר הגוף הבוחר ועונש של עד שנתיים ומחצה לנציג הציבור שיהיו מעורבים בפעולה של מתן תמורה עבור הטבות פוליטיות. נרחיב בנושא זה בפרק ה להארה.

87 יי לוי וא' לדרמן **עיקרים באחריות פלילית** (תשמ"א) 10. יש הטוענים כי למשפט הפלילי נודע במקרים נדירים גם תפקיד מחנך, ובמיוחד בעבירות הנוגעות להתנהגותם של נבחרים הציבור. ראו יי קרניאל "מרמה והפרת אמונים של עובד ציבור -- הלכה למעשה" **פלילים** ח (תש"ס) 273, 298.

88 [Criminal Code, [R.S. 1985, c. C-46], Art. 121(1)].

89 סעיף 9 להנחיות. כאן המקום להדגיש שאין אנו מתכוונים לומר שיש להשוות את מעמדם של נבחרים הציבור למעמדם של עובדי הציבור, אלא רק שאפשר להקיש מהסדר החל על עובדי ציבור.

90 ראו הצעת החוק של חבר הכנסת שריד, לעיל הערה 86. כך המצב בקנדה, שם קיימת הוראה דומה בחוק העונשין. אמנם אין התייחסות ספציפית לחבר גוף בוחר אך מודגשת, גם בפסיקה, שחיתות במובן של שימוש בהשפעה על נבחר ציבור להשגת טובות הנאה מסוגים שונים. מלבד הסנקציה הפלילית קיימת גם סנקציה

עומרי גולדשטיין ואיתי אפטר "הינוח ה"גיוב" על משכבו בשלום: בעקבות הנחיות היועץ המשפטי לממשלה "הגבלות על טיפול בפניות חברי גוף בוחר על-ידי נבחר ציבור" "הארץ דין ב1) (התשס"ה) 39

מדוע עדיף איסור ספציפי משימוש בעבירות מסגרת.⁹¹ הרציונל בהעדפת הטיפול הממוקד הנו ההכרה בתלות המכרעת של הנבחר בחברי הגוף הבוחר, ובמיוחד באלו בעלי הכוח,⁹² העשויים לקבוע את גורלו הפוליטי. בד בבד ניתן להטיל חובת גילוי על חבר גוף בוחר אשר יהיה מחויב בחוק, בכל פנייה לנבחר, לגלות את עניינו האישי.⁹³ לדעתנו, יש בגילוי נאות שכזה כדי להסיר את הפלילות הגלומה בחלק מהפניות.⁹⁴

מצד אחר, ניתן לטעון כי אין ערובה לכך שסנקציה פלילית ספציפית, אם תחוקק, תשיג את מטרותיה. הניסיון האמריקני מראה שגם הסדרים פליליים פרטניים⁹⁵ אינם מבטלים את הקושי להוכיח את יסודות העבירה⁹⁶ ועל כן נפגעת יעילותם של הסדרים אלו.⁹⁷ יתרה מזו, שימוש

מנהלית שמאפשרת להטיל איסור מוחלט, חוץ מהענקת חנינה, על נבחר הציבור, או על המנסה להשפיע עליו, להתמנות בעתיד לתפקיד ציבורי כלשהו, סנקציה שבהחלט יכולה להשפיע על הגורמים המעורבים בסוגיה שלפנינו. לניתוח הפסיקה והחקיקה הקנדית ראו אתר משרד המשפטים של קנדה: A. Baroud, A. Gibbs, "Improper Use Of Public Office" p. 2-4. [canada.justice.gc.ca/en/ps/inter/imp_use_pub/page04.html]

91 בדיון הראשון בפרשת **שבס** זוכה המערער מההאשמות הפליליות, כנראה עקב היעדרה של עבירה ספציפית שהתאימה למעשיו, בעוד בדיון הנוסף, לעיל הערה 53, נקבע כי אף שאין עבירה מדויקת להגדרת מעשי המערער, הרי הם פסולים ולא חוקיים. אמנם שבס דווקא הורשע בעבירת מסגרת ולא בעבירה ספציפית, אך סביר להניח שלו הייתה עבירה ספציפית בנמצא, ההרשעה הייתה מתקבלת כבר בדיון המקורי וכך היה גם בית המשפט יכול להטיל עונש על שבס בגין מעשיו (צעד שלא התאפשר עקב כך שמדינה לא דרשה שיוטל עליו עונש במסגרת הדיון הנוסף, פסקה 72 לפרשת שבס, לעיל הערה 53. לדיון המקורי ראו: ע"פ 332/01 **מדינת ישראל נ' שבס**, פ"ד נו(2) 496.

92 נציין, כי לא מדובר רק בחברי הגוף הבוחר עצמו, אלא בגורמים פרטיים בעלי כוח השפעה באותו גוף ("קבלני קולות"), שגם הם יכולים לקבוע במידה רבה את עתידו הפוליטי של נבחר ציבור כלשהו.

93 עניינו האישי כולל אינטרס אישי או כלכלי אפשרי הנוגע לפנייה, ובנוסף עובדת היותו לוביסט בשכר. סוג דומה של חובת גילוי קיים בחוק החברות, התשנ"ט-1999, ס"ח 189, סעיף 269, המחייב נושא משרה או בעל שליטה בחברה ציבורית לגלות לחברה את מהות עניינו האישי בעסקה כלשהי. חובת הגילוי מקורה בדוקטרינת הגילוי הנאות והרצון לגלות ולסכל ניגודי אינטרסים. ראו לעניין זה ע"א 741/01 **קוט נ' עזבון איתן**, תק-על 2003 (2) 1612.

94 עמידה בחובת גילוי כזו יכול שתסיר את האחריות מחבר הגוף הבוחר, מתוך הנחה שהשקיפות תתרום להליך התקין. במקרה שבו חבר הגוף הבוחר עמד בקריטריונים של חובת הגילוי, תקום לדעתנו חזקה כי תגובתו של נבחר הציבור (היינו מענה חיובי או שלילי לפנייה) הנה כדן, חזקה המתבססת על ההנחה שכאשר יש שקיפות מוחלטת, נבחר הציבור ינהג בהתאם לנורמות המקובלות ולא סביר כי יסכן את מעמדו.

95 18 USC 201 (2005). החקיקה העכשווית בסוגיה, בארצות הברית, אף מגדירה במדויק מיהו עובד ציבור (לרבות, למשל, חברי קונגרס) ומפרטת את כל המצבים שמהם עלול לעלות חשש לשוחד של עובד הציבור או נבחר הציבור. בית המשפט העליון בארצות הברית קבע שחוק זה, שנוסחו המקורי נחקק עוד בשנת 1962, מהווה בסיס לרשת מורכבת של חקיקה מנהלית ופלילית הדנה בהטלת סנקציות מפורשות וברורות על עובדי ציבור המעניקים טובות הנאה בתמורה לתמיכה פוליטית. ראו: *United States v. Sun-Diamond* 562 U.S. (1999) 398, 409. לסקירה רחבה ומעמיקה של ההסדרים החוקיים בארצות הברית בנושא ולהתפתחותן של ההלכות המשפטיות והסטטוטוריות בסוגיה ראו: S.S. Beale "Public Corruption Panel: Comparing the Scope of the Federal Government's Authority to Prosecute Federal Corruption and State and Local Corruption: Some Surprising Conclusion and a Proposal" *51 Hastings L.J.* 699 (2000). המחברת טוענת כי למרות ההגדרה המדויקת של העבירה, בכל זאת יש בעייתיות ברמת התביעה המקומית במדינות שונות בארצות הברית, במיוחד עקב האופי הפוליטי היכול להתלוות לתביעות בגין עבירות שכאלו (בהתחשב בכך שחלק ניכר מהתובעים בארצות הברית נבחרים בבחירות וללא ממונים כמו בארץ). היא מציעה כי יעוגן סטנדרט פדרלי מתאים ומצומצם כדי שנבחר הציבור יידעו את גבול הפעילות הלגיטימית וכדי למנוע תביעות פוליטיות של נבחרים אלו. מפתרון זה אפשר ללמוד כי גם הגדרה מדויקת אינה "תרופת קסם" וכי יש חשיבות לסטנדרט אחיד הן כדי לשמור על הוודאות והן כדי למנוע פוליטיזציה אפשרית של פתיחת ההליכים בסוגיות אלו. Beale, בעמ' 719-722.

96 הקושי נסב בעיקר על הוכחת "דבר תמורת דבר" -- "quid pro quo" ("זה תמורת זה"), המבחין בין פעילות פוליטית לגיטימית לפעילות אסורה. אופי העבירה הפלילית מצריך הוכחת כוונה לקבל טובת הנאה על ידי חבר הגוף הבוחר ונתינתה על ידי נבחר הציבור. כלשונו של נשיא בית המשפט העליון בארצות הברית, השופט רנקוויסט: "The hallmark of corruption is the financial quid pro quo: dollars for political favors". ראו: *Fed. Election Comm'n v. Nat'l Conservative Political Action Comm.*, 470 U.S. 480, 497 (1985). כן ראו: *Evans v. U.S.* 504 U.S. 255 (1992) וגם: *McCormick v. U.S.*, 500 U.S. 257 (1991). בשני פסקי הדין נידונה שאלת רמת ההוכחה הנדרשת לעבירת השוחד, כשנדרש להוכיח שנבחר הציבור, בקבלתו את השוחד, גרם למשלם השוחד להבין כי הוא יבצע את הפעולה השלטונית המתבקשת. הם נבדלים בכך, לפי

יתר באופציית הסנקציה פלילית עלול להביא לידי מקרי זיכוי רבים יותר (בעיקר בשל הקושי להוכיח את העבירות המדוברות),⁹⁸ ואז תושג תוצאה הפוכה לפיה תירתע התביעה מלפעול, גם במקרים שבהם נדרשת התערבות.⁹⁹ לפיכך, ניתן בהחלט להבין את היועץ, שבחר שלא למקד את מאמציו בתחום הסנקציה הפלילית, בייחוד בהיעדר חקיקה מפורשת.¹⁰⁰

אם יוחל המשפט הפלילי, על עבירות הסל שבו, חשוב להגדיר את תכלית האיסור. אפשרות אחת, מצומצמת, רואה את מהות הבעיה במעבר כסף (או שווה ערך) בין הצדדים, כך שרק אם ה"לובי" שמפעיל חבר הגוף הבוחר על נבחר הציבור נעשה תמורת שכר יש מקום לסנקציה פלילית.¹⁰¹ מנגד, קיימת אפשרות מרחיבה שתקבע כי כל מתן הטבה פוליטית שלא מתבסס על אינטרס ציבורי, בתמורה להבטחת תמיכה, מצדיק סנקציה כזו.¹⁰² במקרים אלו יהיה ניתן לכלול את "הפרוטקציה השלטונית" לסוגיה השונים, שכה שכיחה במקומותינו.¹⁰³ החשש הוא שגישה מצמצמת מדי תהא קלה ל"עקיפה" ותחמיץ מקרי שחיתות שאינם כוללים מעבר כסף (או שמעבר זה הוסתר באופן כלשהו). מנגד גישה מרחיבה מדי תפגע באיכות השיח הפוליטי ותקשה על הגורמים השונים (ובעיקר חברי גוף בוחר) לפעול – אפילו בשכר¹⁰⁴ – למען השגת אינטרסים ראויים. מצב כזה אפשרי, אמנם במקרים נדירים, כשההטבה הכספית רק נלווית לאינטראקציה, ומשום שאינה המניע או העיקר בפעולה, היא אינה הופכת את הפעולה למושחתת בהכרח. אפשר, כמובן, לחשוב גם על גישת ביניים שתעוצב לפי אמות מידה שישקפו את האיזון

פרשנות מסוימת, שבעוד לעניין הראשון נדרשת הוכחת הסכמה מפורשת לביצוע הפעולה, לפי פסק הדין השני לא נדרשת הוכחה שכזו. לדיון נרחב יותר בשני פסקי הדין, ובדרישת הוכחת ה-"quid pro quo" ראו: P.D. Hardy "Note: The Emerging Role of the Quid Pro Quo Requirement In Public Corruption Prosecutions Under the Hobbs Act" 28 *U. Mich. J.L. Ref.* 409 (1995).

97 Segal, לעיל הערה 29, בעמ' 528.

98 כך, למשל, זוכה יושב ראש הסוכנות היהודית שמחה דיניץ מאשמת שימוש בכרטיס אשראי של הסוכנות לצרכי האישיים והורשע רק בעבירה החמורה פחות של קבלת דבר במרמה בנסיבות לא מחמירות. ראו ע"פ 4336/96 **מדינת ישראל נ' דיניץ** פ"ד נא (5) 97.

99 לא קשה להעלות על הדעת מקרה שבו נבחר ציבור, שלאחר דיון משפטי ארוך מזוכה מחוסר ראיות, חוגג את נצחונו תוך האשמת המערכת ברדיפה על רקע פוליטי, וזוכה עקב כך לאהדת הציבור שמזדהה עם תחושת עינוי הדין.

100 גישה זו דומה ברוחה לעמדה המובעת בספרות בארצות הברית באשר להעדפת מסלול הסנקציות האזרחיות, ולא הפליליות, לטיפול במקרים של טובות הנאה בתמורה לתמיכה פוליטית. הטענה היא שכך יהיה קל יותר "להעניש" את נבחר הציבור. התומכים בגישה זו אף מדגישים כי מסלול חלופי זה לא יפגע במטרה ההרתעתית של ההליך, שהיא לעתים המטרה העיקרית בטיפול במקרים כאלו. ראו: S.M. Levin "Notes and Comments: Illegal Gratuities in American Politics: Learning Lessons from the Sun-Diamond Case" 33 *Loy. L.A. Rev.* 1813 (2000) 1846.

101 ראו הצעת החוק, לעיל הערה 86. באותו עניין מדגיש חבר הכנסת שריד כי קיום "שוק" רעיונות ודעות הנו לגיטימי ואף חשוב, אך משגובתה פעולה למען רעיון מסוים בתשלום שכר, מנצל למעשה חבר הגוף הבוחר את מידת השפעתו על נבחר הציבור כדי להשיג טובת הנאה אישית, ולכן פעילות זו פסולה.

102 גרסה דומה להסדר זה קיימת גם ביפן, שם התערור הצורך להיאבק בשחיתות בשנים האחרונות, בעיקר עקב לחץ בינלאומי. החוק היפני, הקובע עונש מאסר של עד 3 שנים ומהותו היא "כסף ומתנות" (כשככל הנראה, כוללת הגדרה זו גם סוגי תמיכה למיניהם) תמורות "הטבות פוליטיות", חל באופן מפורש גם על חברי הפרלמנט. מעניין לראות כי ניסיון לעצב הגדרה "נושכת" (כלומר תקיפה ורחבה יותר, אשר "תופסת" כמושחתים מעשים רבים יותר) יותר נדחה על ידי המחוקק היפני. C.R. Kumar "Article: Corruption In Japan- Institutionalizing The Right to Information, Transparency and The Right to Corruption-Free Governance" 10 *New Ing.J. Intl & Comp.L 1* (2004) 7.

103 יי זמיר "באתיקה אין דיי" **הארץ** 08.12.2004.

104 זאת בכפוף לכך שהאינטראקציה לא הגיעה עד רמה של הפרת אמונים. נדגיש שבמקרים רבים לא יהיה די בשימוש בעבירת הפרת האמונים, כשראו לזכור שגם במקרה כזה קשה מאוד להוכיח את עצם הקשר בין קבלת התמורה לבין ביצוע המעשה השלטוני. ראו דיון נרחב בפרשת **שבס**, לעיל הערה 53.

המתאים בין שתי הגישות המתוארות. ניתן, בין השאר לחשוב על בחינה אובייקטיבית של אופי הקשר בין נבחר הציבור לחבר הגוף הבוחר, שיעור ההטבה, מעמדם של המעורבים ומידת השפעתם על תפקוד המערכת.¹⁰⁵

הטלת סנקציה משמעתית ו/או פלילית על נבחר ציבור תלויה, כמובן, בהליך של הסרת חסינות,¹⁰⁶ הליך הנתון לשיקול דעתם של חברי הכנסת ולפיכך, כפי שהוכיחה המציאות בעת האחרונה, בעייתי למדי.¹⁰⁷ עם זאת, כפי שעיקרון זה לא מנע בעבר ברור האשמות פליליות ואחרות כלפי נבחר הציבור, הרי אין סיבה נראית לעין מדוע במקרה זה מוצדקת הימנעות מלקבוע כללים מנחים ברורים וודאיים יותר להטלת הסנקציות המדוברות:

לסיכום פרק זה, ובהנחה שקיים הכרח בסנקציות, ההנחיות צועדות בדרך הנכונה. עם זאת, עקב הקשיים שהועלו לעיל, יש חשש שביום פקודה שבו יופעלו הסנקציות, העמימות וחוסר ההרמוניה עלולים לערער את אמינות המערכת, בין ביישום כל סנקציה כשלעצמה ובין בשילוב ביניהן.

ה. ההנחיות – האמצעי הנכון בזמן הנכון? חלופות להנחיות

ההנחיות הן נדבך חשוב בניסיון למגר את תופעת השחיתות השלטונית. עם זאת, לא ברור אם ההנחיות הן האמצעי הטוב ביותר ואם בעזרתן יצומצם הקשר המושחת בבסיסו בין חבר גוף בוחר לנבחר ציבור, או שמא ההנחיות תשמשנה כ"עלה תאנה" בידי הפוליטיקאים. החשש הוא, שכלפי חוץ הפוליטיקאים יציגו עצמם כמשתפים פעולה עם המאבק בשחיתות, אך בפועל ינסו לעקוף את ההנחיות, ינצלו את הקושי באכיפתן, ויחזרו תחת הצידוק הנורמטיבי שלהן.¹⁰⁸ בכך יצא שכרן של ההנחיות בהפסדן.

כאמור, כדי למגר את השחיתות עלינו לחולל שינוי תודעתי. שאלה מקדמית הנה, האם הרגולציה הנה הכלי המתאים, או שמא עלינו להפנות מאמצינו ליצירת דעת קהל שתצפה מהדרג הפוליטי לגלות אמות מידה שלטוניות גבוהות, וזאת מעצם תפקידם כנבחר הציבור וכנאמניו.¹⁰⁹ זאת ועוד, יש לתת את הדעת לכך שהסדרת התחום חושפת את המערכת הפוליטית למעורבות שיפוטית, המגבירה את החיכוך בין הפוליטי למשפטי ובין הרשויות השונות. יש שיטענו כי "משפט

¹⁰⁵ לאורך הזמן יהיה ניתן, כמובן, לראות אם אמות מידה אלו מספיקות, ולשנות או להגמיש אותן לפי הצרכים המשתנים של מערכת האכיפה ולפי אופי העסקאות המשתנה. עקרון הגמישות חשוב במקרה זה מאחר שהוא יאפשר את התאמת אמות המידה למציאות הפוליטית הדינמית ולסוגי הקשרים השונים בין נבחר הציבור לחברי הגוף הבוחר, בין שמדובר בקשרים ראויים ובין שמדובר בקשרים פסולים ומושחתים.

¹⁰⁶ לדיון נרחב בשאלת החסינות הדיונית של חברי הכנסת ראו ד' אבניאלי **חסינות אישי ציבור** (תשס"ב) 289-292. אם כי חשוב לציין שאין צורך בהסרת החסינות של נבחר ציבור בשלטון המקומי, כשסוגיית השחיתות בשלטון המקומי מהווה סוגיה בפני עצמה שאין זה המקום לדון בה. ברצוננו שלא לסטות מהסוגיה הייחודית של הקשר בין נבחר הציבור בדרג הביצועי הארצי (כלומר חבר הכנסת או השר בממשלה) לבין חבר הגוף הבוחר, שהיא הסוגיה שבה עסקו ההנחיות ובה עסקנו לאורך ההארה.

¹⁰⁷ מ' מועלם וי' יועז "יועדת הכנסת הצביעה בשנית נגד הסרת חסינות גורלובסקי, בניגוד להנחיית בג"ץ" **הארץ** 02.06.2005.

¹⁰⁸ ראו סעיף 2 להנחיות.

¹⁰⁹ כך, למשל, פתח באחרונה עיתון "מעריב" בקמפיין נרחב בשם "איפה הבושה" מתוך מטרה להתריע על פעולות שלטוניות מושחתות ולגייס את דעת הקהל נגד נבחר הציבור הפועלים בדרכים לא ראויות שלעתים אף עלולות כדי שחיתות ברורה. ראו: א' דנקנר וד' מרגלית "עברתם כל גבול" **מעריב** 22.05.2005.

הציבור" הוא שצריך לפקח על התנהלות השלטון, והאחרון הוא זה שיביע ביום הבחירות, במקרה הצורך, את אי-אמונו במערכת.¹¹⁰ אימוץ טענה זו יביא לידי קריאה להלך זהיר-זהיר בתחום זה.

מאידך גיסא, אין בשלב זה לתלות תקווה לא-מציאותית בהכרעת הבוחר, שכן היא אינה מתאפשרת בתכיפות הדרושה ופעמים רבות דעתו של הבוחר נתונה לנושאים מדיניים-ביטחוניים וכלכליים, ולא להתנהלותם המוסרית והחוקית של נבחריו. אין לשכוח כי הותרת המצב על כנו הנה פסולה, ובהיעדר סנקציה ממשית קיימת סכנה כי החברה תתפוס את ההתנהלות המושחתת כמקובלת.¹¹¹ היעדרה של סנקציה מציבה "דילמה פוליטית" לנבחר: מחד גיסא הוא מאמין (או רוצה להצטייר כמאמין) במיגור השחיתות, מאידך גיסא חלוקה וקבלה של טובות ההנאה מסבות לו רווח.¹¹² רק אם קיימת תמיכה ציבורית נרחבת במלחמה עיקשת בשחיתות, נוצר מצב שבו ה"רווח" של פוליטיקאי הנאבק בשחיתות עולה על ה"נזק" הנגרם לו בויתור על מתן טובות הנאה למקורביו.¹¹³ המציאות מראה כי כיום דרושה התערבות רגולטורית מסוימת, ואין להשאיר את הפתרון בידי הפוליטיקאים בלבד.¹¹⁴ גישה זו תומכת בטענה שהנחיות היועץ מהוות כלי מתאים לטיפול בעניין.

נראה שפרסום ההנחיות בא בתגובה על השערוריות הציבוריות מהעת האחרונה, והיו שיטענו כי אף שההנחיות מפורטות למדי, מדובר בחלק מניסיון לפתור סוגיה צרה יחסית, כלומר ההטבות שמעניקים נבחר הציבור לחברי הגוף הבוחר.¹¹⁵ קיים חשש, שבדומה לארצות הברית, ייווצר מצב שבו כל תופעת שחיתות ספציפית תגרור תגובה רגולטורית, דבר שיוביל למעשה טלאים ולהסטה מהדיון העקרוני בסוגיה ומהצורך ברפורמה כוללת שתוביל לחיזוק אמון הציבור. מצד אחר, ייתכן שפעולה צרה ומוגבלת בהיקפה, בעת הצורך, תהא יעילה ואפקטיבית יותר. קשה לומר אם המערכת הפוליטית-ציבורית בישראל בשלה למהפכה ורפורמה מקיפה, ולכן הגבלות ופעולות מניעה צרות תהינה קלות יותר לעיכול, וכך תשגנה את המטרה בצורה יעילה יותר.¹¹⁶

¹¹⁰ בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 764. נציין כי בפסק דין זה הובעו כמה דעות הנוגעות למידת ההתערבות הראויה של המשפט בחיים הפוליטיים.

¹¹¹ ע' זלצברגר "על המקצועי, על המוסרי ועל מה שמעבר למשפט -- דברים עם פתיחת שנת הלימודים תשנ"ט" **משפט וממשל** ה (תש"ס) 409. זוהי תופעה שהמחבר מכנה "המשפטיזציה של החברה". התפיסה הרווחת כיום הנה שכל מה שלא מלווה בסנקציה כלשהי, מותר.

¹¹² Ackerman, לעיל הערה 13, בעמ' 373. משמעה של הדילמה היא כי גם במצב שבו יש גורמים המגנים את תופעת מתן טובות ההנאה ותומכים ברפורמה, אין כל תמריץ המניע את הפוליטיקאים לתמוך ברפורמה כזו ולפעול לשינוי הנורמות, מכיוון שהם "מרוויחים" (בדרך כלל מדובר ב"הון" פוליטי) יותר משהם מפסידים משום שאינם תומכים ברפורמה זו. נציין כי בנוסף, יכול הפוליטיקאי לתמוך ברפורמה כלפי חוץ, אף שמדובר במס שפתיים בלבד ובפועל הוא ממשיך לנכס תועלת לעצמו באמצעות מתן טובות הנאה.

¹¹³ Ackerman, לעיל הערה 13.

¹¹⁴ אין אף להתעלם מהעובדה, כי הנחיות אלו אינן מתארות מצב חדש, ותופעה זו רווחת, במידה זו או אחרת, בזרועות השלטון השונות. לדעתנו, יש לשקול טיפול כלשהו גם במקרי השחיתות שנעשו טרם פרסום ההנחיות, תוך הדגשת הצורך בתיקון המצב ופחות בענישתם של אלו שגרמו לו, זאת לאור עקרון איסור הרטרואקטיביות במשפט הפלילי.

¹¹⁵ חשוב לציין כי אין אנו עומדים בנעליו של היועץ, ובהחלט ייתכן שמדובר בחלק ממדיניות כוללת ששיקוליה רחבים ונוגעים למלחמה כוללת בהתנהלות שהוא מגדיר כ"שחיתות הפוליטית". לעניין זה ראו: "מזוז מבקר החוק להוספת מינויים פוליטיים" www.news.walla.co.il/?w=/681001 (נצפה לאחרונה ב-07/03/2005).

¹¹⁶ K. Clark "Article: Do We Have Enough Ethics In Government Yet? An Answer From Fiduciary Theory" 57 *U.Ill. L. Rev.* (1996) 68. המחברת מתארת את השיקולים הללו ושיקולים רבים נוספים ומנתחת לעומק את השתלבותם במערך הרגולציה הפדרלי בארצות הברית לעניין זה. המחברת אף בוחנת את ההשפעה המהותית לעתים על התנהלות נבחר הציבור לאור הסדרים אלו. המחברת מגיעה לכלל מסקנה, כי עקב ריבוי החקיקה בעניין, קשה מאוד להבין את מורכבות מערך החוקים השונים, וקשה לעובדי הציבור בכלל ולנבחר הציבור בפרט לעמוד בהם. לפיכך, אין בחוקים אלו אפקטיביות של ממש. בנוסף, משמשות הרגולציות

כאן עולה אף השאלה, הראויה לדיון נפרד, אם אכן בהגדרת תפקידיו של היועץ המשפטי לממשלה כלולה גם האחריות להציב נורמות ראויות לנבחר ציבור, גם בהקשר זה וגם בהקשרים אחרים, או שמא חרג כאן היועץ מהמנדט שניתן לו על פי סמכויותיו המקובלות. נראה שכיוון שהיועץ רק הנחה את נבחר הציבור בדבר הפרשנות המקובלת עליו לחקיקה הקיימת, הוצאת ההנחיות כלולה בתחום סמכותו כחלק מהגדרתו את עקרונות מדיניות התביעה.

לאור שאלות אלו נבחן את האפשרות הנוספת, או המקבילה, להתמודד עם הבעיות הללו באמצעות הסדרת הנורמה הנדרשת מהנבחרים ומהמערכת הפוליטית כולה בחקיקה מקיפה. אף שניסוח ההנחיות לווה במאמץ מחשבתי ומחקרי רב, לדעתנו הן אינן תחליף להליך חקיקה בכנסת.¹¹⁷ תהליך זה, שבבסיסו דיון פרלמנטרי שבו משתתפים נבחרים מכל הקשת הפוליטית,¹¹⁸ יעודד דיון ושיח ציבורי. אמנם ייתכן שמקצת המחוקקים עלולים לגרוף הון פוליטי באמצעות שימוש ציני בחקיקה, אך לדעתנו תהליך חקיקה שכזה חשוב להבטחת הלגיטימיות של ההסדר, להטמעת התודעה הנורמטיבית ולשיפור ישימותו של ההסדר. ההנחיות עלולות לשדר את המסר כי די בהן.

זאת ועוד, העובדה שההנחיות ניתנו על ידי היועץ ולא על ידי הכנסת, וכן תזמון פרסום ההנחיות על רקע שערוריות במרכז הליכוד, עלולים "לשחק" לידי המתנגדים לרפורמה כללית בהתנהלות השלטון, משום שנפתח פתח לטענה כי ההנחיות הן הכרזת מאבק במרכז הליכוד, ואינן מהוות טיפול רציני ונקי בשחיתות אלא רדיפה פוליטית.¹¹⁹ ייתכן שהיועץ יכול היה לסכור טענות אלו, אם היה פועל לחקיקה על דעת כל סיעות הכנסת. זאת בד בבד עם פעולות פרטניות, על פי החוק הקיים ובמקרים קיצוניים, כנגד גורמים אשר נמצאו נגדם ראיות להתנהלותם המושחתת.¹²⁰ ייתכן שחקיקה ראשית (ראויה ורצינית, שלא תהווה "מס שפתיים" קוסמטי) תשלח מסר חשוב ונכון, תוך הדגשת נכונות הנבחרים עצמם, שהם האמונים על מלאכת החקיקה, להטיל הגבלות עצמיות בשעת הצורך. עם זאת, ייתכן שהיועץ פעל כפי שפעל, דווקא משום שהבין את מצוקתם של חברי הכנסת: הם אמנם תומכים בחקיקה כזו לגופו של עניין, אך אינם מעוניינים להצטייר בפני חברי הגוף הבוחר כבאים לצמצם את כוחו של הגוף. לפיכך קיים חשש כי יוזמות חקיקה אלו היו נקברות בכנסת¹²¹ או היו יוצאות לפועל בצורה מוחלשת. עם זאת, כדי שלא לעקוף את בית הנבחרים וכדי שלא לספק לנבחרים "תירוץ" לחוסר מעש, נראה שהדרך הראויה ביותר תהיה עיגונה בחקיקה לפחות של סנקציה פלילית מוגדרת ברוח העקרונות המוצעים כאן. הגדרת תחולה מדויקת של סנקציה שכזו תמזער לדעתנו את חוסר האפקטיביות של ההסדר כפי שהוא

ככלי לניגוח הדדי במאבקים פוליטיים, והן מתרחקות אט-אט מיעדן המקורי -- הגנה על אמון הציבור במערכת הפוליטית. המחברת מציעה לזנוח את המבחן לפיו חקיקה נדרשת בכל מקום שבו יש חשש למראית עין של ניגוד אינטרסים, ולהשתמש במבחנים בעלי אופי כלכלי. כך, למשל, תיקבע הגבלה כספית של תרומות ו"מתנות" לצורך פוליטי. כך לענייננו- ייתכן שהגבלות ואיסורים דרקוניים לא ישיגו את המטרה באופן מיטבי, ועדיף לנקוט גישה פשרנית, ולהתיר קשר (ואף מתן הטבות) עד גבול מסוים.

¹¹⁷ חקיקה ראשית מלווה בדיון במליאה ובדיון בוועדות, כאשר הדיונים השונים מגדילים את השיח (כשניתן בשלבים שונים להסתייג ולשנות), והמרווחים בין שלבי החקיקה השונים מאפשרים דיון ציבורי רחב יותר.

¹¹⁸ ראו דבריו של חבר הכנסת איתן בפרוטוקול המליאה, לעיל הערה 36.

¹¹⁹ ראו דיון לעיל בפרק ב להארה.

¹²⁰ עם זאת חשוב לזכור כי כל בחירה של היועץ לטפל באישיות נבחרת כזו או אחרת תתפרש כפוליטית, ומכאן גם בעייתיות מאוד.

¹²¹ בעניין זה ראוי להזכיר את דבריו של היועץ בנוגע לפניות של נבחר ציבור אליו, כדי להסדיר את הנושא. פניות אלו יכולות לאמת את ההנחה, שההנחיות פורסמו בשל החשש כי טיפול כל יוזמת חקיקה בנושא בכנסת.

עומרי גולדשטיין ואיתי אפטר "הינוח ה"גיוב" על משכבו בשלום: בעקבות הנחיות היועץ המשפטי לממשלה "הגבלות על טיפול בפניות חברי גוף בוחר על-ידי נבחרי ציבור" **הארץ דין ב(1) (התשס"ה) 39**

קיים היום.¹²² עם זאת, נדגיש, שסנקציה פלילית הנה אמצעי אחרון, עקב הכתם שהיא מטילה ומשום שהגשת כתב אישום נגד נבחר ציבור מחייבת את פיטוריו מהממשלה.¹²³

דרך אפשרית אחת לטיפול בבעיה הנה, כאמור לעיל, הטלת חובת גילוי סטטוטורית,¹²⁴ ובלבד שגם תחולתה של חובה זו תהיה ברורה. כן ניתן לשקול כתוספת והשלמה להנחיות יצירת מנגנון אשר יאפשר קבלת אישור לביצוע הפעולה.¹²⁵ מנגנון זה יוכל להבהיר חלק מהעמימות הכרוכה במסלול המשמעותי והאזרחי.¹²⁶ ייתכן שתמהיל שכזה יוכל להעניק "שיניים" להנחיות היועץ מחד גיסא, ויאפשר פעילות פוליטית לגיטימית, ובמיוחד פעילות הלובי בשכר כאשר זו גלויה, מאידך גיסא.

דרך אפשרית מקבילה היא כמובן להפעיל את סמכותו השיפוטית של בג"ץ כדי שיעניק סעדים לאזרחים שיעתרו נגד מעשי השחיתות. נראה שכיום אכן דרך זו נוחה במיוחד משום הגישה, שאותה הצגנו לעיל, כי קשה יותר לתפוס נבחר ציבור ברשת המשפט הפלילי מאשר לקבוע כי ההחלטה בטלה בשל אופייה המושחת.

גישה אפשרית נוספת גורסת כי יש לעגן זכות חוקתית לממשל נקי משחיתות.¹²⁷ דומה כי הענקת טובות הנאה אינה חוקתית.¹²⁸ אמנם, הענקת **זכות** כנגד שחיתות היא בעייתית משיקולי הפרדת רשויות (וזאת בלי להביא בחשבון את סיכוייה הפוליטיים) ויש אף שיטענו שמאחר שפתוחה לאזרח האפשרות לעתור לבג"ץ נגד פעולות המנהל, היא גם מיותרת. עם זאת נראה שהטלת חובת מנהל תקין הנה רצויה שכן עם עיגונה החקיקתי תחויב המדינה לספק לבית

122 הסדר זה כאמור אינו כולל רק את ההנחיות אלא את כל הדינים השונים העוסקים בנושא.

123 בג"ץ 4478/93 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 404, 423. הפיטורים מחייבים יתר על המידה שמדובר בכתב אישום שכולל בתוכו מעשים של שחיתות שלטונית. דוגמה לחשש מפני ההשלכה האפשרית של הסנקציה הפלילית (שמחייבת הגשת כתב אישום) על השלטון ניתן אולי לראות, בעת כתיבת שורות אלו, בהימנעותו של היועץ המשפטי מהגשת כתב אישום נגד ראש הממשלה שרון למרות המלצת הפרקליטות (אם כי זוהי סברה בלבד ואין כל הוכחה כי זה היה המניע לצעדו זה).

124 ראו לעיל הערה 105.

125 מובן כי האישור יהיה מראש ולא בדיעבד. מנגנון זה דומה במהותו למנגנון המסדיר פנייה של עורך דין ללשכת עורכי הדין בבקשה לטפל בעניין נגד לקוח אם ייצג אותו בעבר באותו עניין. ראו כלל 16(ב) לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), תשמ"ו-1986, ק"ת 1373.

126 בקביעת מנגנון כזה עולה השאלה כיצד הוא יתפקד בפועל ובאיזו מסגרת. לדעתנו הצורה הראויה ביותר תהיה לקבוע נוהל פנייה מסודר ליועץ המשפטי לממשלה בכל מקרה שבו נבחרי הציבור מרגישים שיש חשש לשחיתות או לפעולה המנוגדת להנחיות.

127 B. Rajgopal "Corruption, Legitimacy and Human Rights: the Dilectic of The Relationship" 14 *Conn. J. Intl. L.* (1999) 495. המחבר מתאר ומדגים בפירוט כיצד למעשה אין הבדל ממשי בין השיח בנושא זכויות אדם לבין השיח בנושא מניעת שחיתות שלטונית.

128 בית המשפט העליון האמריקני הביע דעתו כי מתן טובות ההנאה למקורבים, תמורת תמיכה פוליטית, אינו חוקתי, מאחר שמדובר בפגיעה בחופש ההתארגנות ובזכותו של האדם להשתייכות פוליטית לפי רצונו החופשי (זכויות המוגנות על ידי התיקון הראשון לחוקה). פגיעה זו מתקיימת מאחר שמתן ההטבה משפיע על השקפותיו הפוליטיות של האדם או בסיטואציה שבה מועדף התומך הפוליטי על פני אחרים בקבלה לעבודה או בהתקשרויות אחרות עם הממשל. כן הוסיף השופט ברנן כי מתן הטבות הנאה למקורבים מהווה פרקטיקה מקובלת במשטרים טוטליטריים. דוגמה בולטת לכך, המוצגת בפסק הדין, הנה השימוש בפרקטיקה כזו על ידי המפלגה הנאצית כחלק ממאבקה לשלוט בגרמניה לפני מלחמת העולם השנייה. ראו: *Elrod v. Burns* 427 (1976) 347, 349-353 U.S. עם זאת חשוב להדגיש כי באותו פסק דין הובעה גם דעת מיעוט (מפי השופט אוול) ובה נקבע שמתן ההטבות למקורבים הוא נוהג מושרש ומקובל עוד מהשנים הראשונות של הממשל בארצות הברית. שם, בע' 377-380. נראה שאכן גישת הרוב במקרה זה היא הנכונה מבין השתיים ולראיה השימוש במינויים הפוליטיים בניגוריה. שם מונו משפטים לתפקידי מפתח בחברות ממשלתיות ונהנו מהטבות כאלו ואחרות. כך העניק השלטון הצבאי לגיימצייה לשלטונו הטוטליטרי ומנע, כמעט לחלוטין, אפשרות פנייה לערכאות השיפוטיות כדי להתמודד עם השחיתות. ראו: O. Oko "Article: Consolidating Democracy, On a Troubled Continent: A Challenge for African Lawyers" 33 *Vand. J. Transnat'l L.* (2000) 573, 637.

עומרי גולדשטיין ואיתי אפטר "הינוח "גיוב" על משכבו בשלום? בעקבות הנחיות היועץ המשפטי לממשלה "הגבלות על טיפול בפניות חברי גוף בוחר על-ידי נבחר ציבור" **הארץ דין** (ב1) (התשס"ה) 39

המשפט סטנדרט מינימלי של טוהר מידות בשלטון, עיקרון שכיום, אף שקיימת אפשרות העתירה לבג"ץ, אינו קיים בצורה מספקת.¹²⁹

קשה לדעת אילו מהאלטרנטיבות שהוצגו אכן מספקות טיפול ראוי בסוגיה, והאם הן בכלל מציאותיות. בהתחשב בקושי מהותי זה ניתן לשאול אם לא היה מקום לתת מענה הולם ותקיף יותר לשחיתות השלטונית. עם זאת אין ספק שהיועץ מגלה התמודדות אמיצה וחזיתית עם הגורמים הפוליטיים השונים, חושף את הנושא לשיח ציבורי-משפטי ויוצר קרקע אשר עליה יצמחו, יש לקוות, ניצני מאבק מקיף ויעיל יותר בתופעה. בלי קשר למידת האפקטיביות שתהיה להנחיות בפועל, עצם הדיון בשאלה הוא הישג משמעותי נוסף בדרך הארוכה לממשל חופשי משחיתות. במסגרת זו יש לגלות גם הערכה ליועץ בניסיונו להיענות להנחיותיו של בית המשפט בנושא,¹³⁰ בלי להזדקק להליך הקיצוני של הגשת כתב אישום.

1. סיכום

השחיתות השלטונית הנה נגע שהתפשטותו עלולה להיות הרת אסון לזרועות השלטון והמערכת הפוליטית. בהקשר זה בולט הקשר הבעייתי בין חברי הגוף הבוחר את רשימת המועמדים המפלגתית ובין נבחר הציבור. זאת, בעיקר משום כוח ההשפעה העצום הנתון בידיהם של חברי הגוף הבוחר, המקרין ישירות על הישרדותו הפוליטית של נבחר הציבור. כחלק מהמאבק בתופעה פרסם היועץ הנחיות שסקרנו את משמעותן והשלכותיהן.¹³¹ המאבק לעקירת השחיתות ולקידום נורמות שלטון ראויות נתקל לעתים במתנגדים,¹³² החל ברטוריקה וכלה בניסיונות חקיקה.¹³³ לפיכך אין ספק כי יש צורך שהסדר המנסה לטפל בתופעה יהיה לא רק יעיל ומעשי ככל האפשר אלא גם לגיטימי מבחינה נורמטיבית ומוסדית.

¹²⁹ ראו דיון זה בהקשר בזכות לחינוך של המיעוט הערבי, י רבין **הזכות לחינוך** (תשס"ב) 455.

¹³⁰ ראו למשל דיון בפסקה 73-74 לפסק הדין בעניין **שבס**, לעיל הערה 53. אמנם פסק הדין ניתן סופית ימים ספורים אחרי הוצאת ההנחיות אך ניתן לראות בו תיאור של המצב הקיים בתקופה שלפני פרסומן ואת האתגר שרשויות החוק צריכות להתמודד עמו בתחום אפור זה. הנשיא ברק מצטט את דבריו של השופט חשין כי המטרה בדיון הנוסף הייתה "לקבוע מבחן ברור ומדויק..." לעניין עבירות הפרת האמונים של עובד הציבור. כן מצטט הנשיא ברק שני פסקי דין המדגימים את הבעייתיות בטיפול הפלילי במעשים מושחתים של נבחר ציבור. ע"פ 281/82 **אבו חצירא נ' מדינת ישראל** פ"ד לז(3) 673, 704 (המתאר את הקושי בהטלת סנקציה פלילית על עובד הציבור) ובג"ץ 7074/93 **סויסא נ' היועץ המשפטי לממשלה** פ"ד מח(2) 749, 77 (המדגיג את הצורך בסנקציות פליליות על התנהלותו הלא ראויה של עובד הציבור).

¹³¹ מובן, שההנחיות תיבחנו לאורך הזמן, וקשה לנבא בוודאות את מידת ההשפעה שלהן. לדעתנו, רק בחינה רטרופקטיבית ואמפירית, בשילוב גורמים נסיבתיים כאלו ואחרים, תביא לידי מסקנות מלאות ומבוססות בנוגע לאפקטיביות של ההנחיות.

¹³² ראו טענות הרדיפה של חברי מרכז הליכוד לעיל בפרק ב להארה. בנוסף, אין להתעלם מהעובדה שקיימים גורמים רבים אשר מעוניינים בהנצחת המצב הקיים בכל מחיר ויעשו הכול כדי לסכל את המאמצים למלחמה בשחיתות.

¹³³ כשאת המאבק מנסים הפוליטקאים להוביל גם בהקשר הכללי של ניסיונות לעקוף לא רק הנחיות מהסוג שבו אנו דנים אלא גם חקיקה. ראו, למשל, הצעת חוק החברות הממשלתיות (תיקון) -- ביטול דרישת כישורים מיוחדים והגדלת הנסיון הנדרש מדיריקטורים), התשס"ג-2003 ה"ח פ/591, הצעתו של חבר הכנסת גלעד ארדן. הצעת חוק זו, שאושרה על ידי ועדת השרים לחקיקה כחודש לאחר פרסום ההנחיות, נועדה להתמודד עם הכישורים המיוחדים הנדרשים מאנשים בעלי זיקה לשרים בממשלה במינוי לדיריקטורים בחברות ממשלתיות. ישנם הטוענים כי הצעה זו מכשירה למעשה מינויים פוליטיים בלתי לגיטימיים ומושחתים, ובמסווה של "שוויון" היא מעודדת מינוי מקורבים בלתי ראוים. ראו י' זמיר "חוק להכשרת השחיתות" **הארץ** 26.11.2004 וגם א' טל "התעלמות עזת מצח" **הארץ** 22.11.2004. מאידך גיסא, מנסחי הצעת החוק טוענים כי זו נועדה לתקן הפליה לרעה של מקורבים, אשר צריכים לעמוד בדרישות כישורים גבוהות יותר מאנשים אחרים, וזאת רק בשל שיוכם הפוליטי. ההצעה אף מעלה את רף הדרישות ממועמד לדיריקטור, ולטענת המציעים מדובר בתיקון מצב פגום. לעניין זה ראו גם את הצעת חוק משרות אמן, של ח"כ גדעון סער, לעיל הערה 10.

לשם כך יש להבחין בין שחיתות שלטונית לפעילות פוליטית ראויה. מצאנו כי בהקשר זה ישנם כשלים בהנחיות, אשר ראוי לתקנם. ראשית, לעתים ההנחיות גורפות מדי והן עלולות לפגוע מעבר לנדרש בפעולות ה"שחקנים" במשחק הדמוקרטי ולא זו בלבד אלא שהן נחשפות לביקורת על ההצדקות שבבסיסן. שנית, עולה התחושה כי הבקרה על מעשי השחיתות תהא חלקית בלבד ואפשרות האכיפה לוקה בחסר. כפתרון אפשרי יש לשאוף להפריד בין המותר לאסור בקשר בין נבחר ציבור לגוף הבוחר בצורה ברורה יותר. המבחן המוצע ייתן משקל לדומיננטיות המניע האישי או הציבורי בפעילות חבר הגוף הבוחר, כשלפיו ניתן יהיה לבצע את ההבחנה הנדרשת.

לעניין הסנקציות, ראינו כי במישור המנהלי אין התייחסות לאינטרס הסתמכות המעורבים, לקיום מנגנון מפקח מתאים ואף לטיפול במבצעי הפעולה עצמם. במישור המשמעותי הראינו שקשה להפעיל את מנגנון הענישה הנוכחי כלפי נבחר ציבור שאינם כפופים לדין המשמעותי, והצענו להרחיב את הסנקציות המשמעותיות האפשריות גם נגד נבחר ציבור, וזאת אף אם תידרש לשם כך יצירת מנגנון חיצוני ייחודי לסוגיה זו. במישור הפלילי ראינו כי ישנם תחומים הראויים ל"טיפול" פלילי אך לשם כך נחוצה עבירה פלילית פרטיקולרית חדשה.¹³⁴ כדי להבטיח את השימוש בסנקציה הפלילית כאמצעי אחרון וכדי להותיר מרחב לפעילות לגיטימית הצענו להטיל חובת גילוי על הצדדים המעורבים, וכן ליצור מנגנון לאישור מראש של האינטראקציה בין חבר הגוף הבוחר לנבחר הציבור.

לדעתנו ההנחיות הנן צעד בכיוון חיובי אך קשה שלא לחשוש כי המציאות תוכיח אחרת ולו רק בשל הבעיה המוסדית של היעדר עיגון בחקיקה. לפיכך עדיף לצקת תוכן מהותי ולגיטימי באמצעות חקיקה מושכלת ומאוזנת ופעילות חינוכית. כך נאזן בין הצורך בפעילות פוליטית לגיטימית לצורך במלחמה בשחיתות ונצמצם את הפוטנציאל לשחיתות.

בפתח דברינו, שאלנו אם נזכה בימינו ללוות את תופעת ה"גיובים" בדרכה האחרונה אל בית הקברות של ההיסטוריה. כולנו מקווים, שקוראיה העתידיים של רשימה זו ישתאו לנוכח סיפור המקרה שפתח הארה זו ויחיו במדינה שבה מעורבות פוליטית מיועדת להגשמת מטרות אידיאולוגיות וציבוריות, ולא להשגת גיובים וטובות הנאה כלשהם.

¹³⁴ כשכאמור יהיה צורך להביא בחשבון גם את ההשלכות הקשות והאופי המיוחד של הטלת הסנקציה הפלילית.