

עשור להלכת שבס: הפרת אמונים והמלחמה בשחיתות השלטונית

ד"ר גרשון גונטובניק¹

א. הדין הקיים: עבירת הפרת האמונים ככלי גמיש למלחמה בשחיתות השלטונית

עשור חלף מאז ניתן פסק הדין המכונן בדיון הנוסף בעניין **שבס**². זוהי נקודת זמן ראויה להשקיף על ההלכה, על בעיותיה ועל הקריאות לתקנה. פסק הדין עסק, כידוע, בשאלת הפרשנות הראויה של סעיף 284 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, המטיל אחריות פלילית על עובד ציבור "העושה במילוי תפקידו מעשה מרמה או הפרת אמונים הפוגע בציבור". הניסוח הכללי של העבירה מצוי במתח עז עם עקרון החוקיות, שהוא אבן הראשה של דיני העונשין, המהווה גם חלק מהחובה החוקתית שלא לפגוע בזכויות יסוד שלא בהליך הוגן³. מימושו של עקרון החוקיות מותנה בהקפדה על הטלת אחריות פלילית רק לאחר מתן "אזהרה מוקדמת". הדין הפלילי "צריך להיות ידוע וברור באופן המירבי"⁴. כפי שהסביר ש"ז פלר, אחד התנאים למימוש עקרון החוקיות הוא בהבהרה נאותה של העבירה הפלילית והתנאים לקיומה. "איסור פלילי שאינו מוגדר די הצורך, כך שכל אדם יידע לכלכל את התנהגותו לפיו ולהימנע מהפרתו, אינו מתיישב עם העיקרון, לפיו אין עונשין אלא אם מזהירין וגורם לאבדן בטחונו המשפטי של הפרט"⁵. לא נדרשת התעמקות מיוחדת כדי לראות שהעבירה, בה אנו דנים כאן, אינה ממלאת אחר התנאים למימוש עקרון החוקיות. מדובר בעבירה הכוללת את מונח השסתום "הפרת אמונים", שמפקיד את מלאכת גיבוש תכניו בידי בתי המשפט האוכפים את הדין "עם כל המגרעות הכרוכות בהכרעות ex post facto, בהחלטות קזואיסטיות, בפרשנויות משתנות ואף בהיעדר התועלת הצפויה מפרסום החוק"⁶. האם יש לבטל את העבירה נוכח התנגשותה החזיתית עם עקרון

החוקיות? שאלה זו לא הטרידה רבות את הלורד מנספילד (Mansfield), אחד מגדולי שופטי המשפט המקובל, הנחשב כמולידה של העבירה, לפני למעלה מ-230 שנה. ממילא היה מצוי אז הדין החוקתי, כפי שהוא מוכר לנו היום, רק בחיתוליו. גם בתקופת המנדט הבריטי, אז נקלטה העבירה במקומותינו⁷, לא נראה כי השאלות החוקתיות הטרידו רבות את העוסקים במלאכת החקיקה הפלילית. אולם גם היום, בעידן החוקתי, נתפס על-ידי רבים קיומה של עבירת סל שכזו, כרע הכרחי, נוכח הצורך החיוני להילחם באיום הנשקף מהשחיתות השלטונית. זו לובשת צורה ופושטת צורה, ונדרש כלי **גמיש** שיאפשר את ההתמודדות עימה, בהתאם לשינויים שמביא עימו הזמן. ואכן, איום השחיתות השלטונית מתגבר והולך בזמנים המודרניים. כך בעולם הרחב וכך במיוחד בישראל. ככל שכוחה של המדינה גדל, כך גדל החשש מתוצאותיה והשלכותיה השליליות של השחיתות השלטונית. חשש זה כבד במיוחד בחברה הישראלית שבה מרוכז כוח עצום בידי הרשות המבצעת, שבימים כתיקונם אף שולטת בכנסת, ואינה מבוקרת על ידה באופן מכביד⁸. בנוסף יש לקחת בחשבון את המבנה הריכוזי של המשק הישראלי, שחלקים נכבדים ביותר מפעולתו נשלטים על-ידי מספר מצומצם של משפחות, באופן המעצים את החשש להשפעה של ההון על השלטון. בכל אלה יש משום פיתוי העומד בפני נבחריו ועובדי הציבור שלנו לפעול באופן שאינו משרת דווקא את טובת הציבור הכללי, אלא את טובתם של מקורבים ובעלי השפעה למיניהם, היכולים להכריע את עתידם הפוליטי (למשל במקרה של חברי מרכז מפלגות), או את עתידם הכלכלי (בעלי הון המספקים הזדמנויות כלכליות יקרות ערך לאנשי הציבור עם סיום שירותם).

1 מרצה למשפט חוקתי ומינהלי, המרכז האקדמי כרמלי; משרד י' וינרוט ושות'; חבר בפורום לתיקון הרשעות שווא, שהקימה הסניגוריה הציבורית. רשימה זו מבוססת על הרצאה שניתנה במסגרת יום עיון "עשור להלכת שבס: עבירת מרמה והפרת האמונים והמאבק בשחיתות השלטונית", שערך המוקד לחקר שלטון החוק בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה ביום 30.11.2014. תודתי נתונה לפרופ' אמנון רייכמן על ההזמנה לשאת דברים ביום העיון, ולעו"ד רענן גלעדי על היוזמה לפרסמם בכתב העת הסניגור. כמו כן, אני מודה לד"ר ענת הורוויץ, לד"ר אלקנה לייסט ולעו"ד רענן גלעדי על הערותיהם המעמיקות, שתרמו מאוד לשיפור הרשימה, ועל המקורות הנוספים שהפנו את תשומת ליבי אליהם.

2 דנ"פ 1397/03 **מדינת ישראל נ' שמעון שבס**, פ"ד נט(4) 385 (30.11.2004) (להלן: **דנ"פ שבס**). פסק הדין בדיון הנוסף בא בעקבותיו של ע"פ 332/01 **מדינת ישראל נ' שמעון שבס**, פ"ד נו(2) 496 (30.1.2003) (להלן: **ע"פ שבס**).

3 זכות היסוד להליך הוגן, ובמיוחד להליך פלילי הוגן, היא אחת מזכויות-הבת של כבוד האדם (ראו אהרן ברק **כבוד האדם: הזכות החוקתית ובנותיה** כרך ב 863 (תשע"ד-2014)). בית המשפט העליון הכיר בעקרון החוקיות כנכלל בזכות להליך פלילי הוגן (ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד סא(1) 461, 560 (2006)).

4 ע"פ 5299/92 **הררי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 485 (1995), בפסקה 4 לפסק דינו של השופט זמיר; ראו גם את דברי השופט חשין בע"פ 3520/01 **תורג'מן נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(1) 441 (1993), בפסקה 14 לפסק דינו.

5 ראו ש"ז פלר **יסודות בדיני עונשין** כרך א 16 (תשמ"ד-1984).

6 **שם**, שם. לא נראה כי בעיה זו חלה באותה העוצמה ביחס למרכיב החלופי בעבירה, הוא מרכיב ה"מרמה".

7 לסקירה ראו אצל יאיר לבנה "הפרת אמונים של עובד הציבור" **ספר אליהו מצא** (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים, יפורסם בשנת 2015).

8 בכך אין אנו רואים שמתקיימת הפרדת רשויות, הנושאת עימה את בשורת האיזונים והבלמים, אלא "התכת רשויות". להרחבה ראו אצל יובל רויטמן "הפיקוח המשפטי-הפנימי בשעת לחימה" **שערי משפט** ו 293, 296 (תשע"ג).

ובכל זאת ביצע אותם.¹⁶ דעת הרוב בדנ"פ **שבס** קיבלה בברכה את המגמה שנקט בה המשנה לנשיא מצא בשלב הערעור, אך במקום לוותר ויתור חלקי על דרישות המודעות לביצועו של מעשה פסול, הוביל הנשיא ברק את דעת הרוב לוותר מלא עליה. הנה כי כן, בשם הרצון להילחם בשחיתות השלטונית המאיימת, ויתר בית המשפט על הדרישה שנהגה קודם לכן, ולפיה נדרש עובד הציבור להיות מודע לפסול שבמעשהו.

ב. דעת הרוב בדנ"פ שבס: החמרת הפגיעה בתנאים למימוש עקרונות החוקיות יחסית למצב הקודם

בית המשפט העליון החליט לקיים דיון נוסף בע"פ **שבס** מתוך מגמה "לקבוע מבחן ברור ומדויק ככל הניתן ליסודותיה של העבירה וליישומו של הדין על עניינו של שבס".¹⁷ דעת הרוב שנכתבה על-ידי הנשיא ברק יצאה להשיג יעד זה בדיוק. הנשיא ברק קבע כי עבירת הפרת האמונים מגנה על שלושה ערכים מוגנים: א. אמון הציבור בעובדי הציבור; טוהר המידות של עובדי הציבור; ואינטרס הציבור המופקד בידי עובד הציבור.¹⁸ היסוד העובדתי של העבירה, הפרת האמונים, מתקיים במקום בו מעשה עובד הציבור פוגע "פגיעה מהותית" באחד הערכים המוגנים. זהו "הפן המחמיר הנוסף" (כלשונו של השופט מצא בערעור שאומצה בדיון הנוסף) הנדרש לשם הטלת אחריות פלילית.¹⁹ בכל הנוגע לפגם של ניגוד עניינים, שעמד במוקד הניתוח בדנ"פ **שבס**, נפסק כי פגיעה מהותית בערכים האמורים יכולה להימצא בעוצמתו של ניגוד העניינים, במעמדו הרם של עובד הציבור, ובסטייה מהשורה.²⁰ אשר ליסוד הנפשי הרי שנדרשת מודעות ליסודות העובדתיים-פיזיים המבססים את הפרת האמונים, וככל שמדובר

על רקע זה, נראה שרוב השופטים בדנ"פ **שבס**, אם לא כולם, היו מאוחדים בדעה כי הקושי החוקתי שבקיום עבירת הסל של הפרת אמונים אינו מצדיק את ביטולה של העבירה אלא את פירושה הראוי. ביטול העבירה יוביל לכך ששיטתנו המשפטית "תחסר... מכשיר חשוב להבטחת פעולתו הראויה של המינהל הציבורי".⁹ עבירת הפרת האמונים שבחוק העונשין שלנו נהנית משמירת דינים, ועל רקע זה לא עמדה על הפרק שאלת ביטולה מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁰ אולם הנשיא ברק הצביע על כך שגם בשיטות שבהן ניתן לבטל עבירות מסגרת דומות מטעמים חוקתיים, נמנעו מלעשות זאת במקום בו ניתן היה לפרש אותן באופן שיאפשר ודאות התואמת את הנדרש.¹¹ יותר מכך, רוב השופטים היו מאוחדים בדעה שהפרשנות שקיבלה העבירה קודם לכן היא צרה מדי. בתקופה שלפני דנ"פ **שבס** צומצמה תחולתה של העבירה על-ידי דרישת קיומה של מודעות מצד עובד הציבור לכך שהוא מבצע הפרת אמונים,¹² או על-ידי ביסוס מניע פסול ולא ישר מצידו.¹³ בית המשפט העליון ביקש לבטל דרישות מכבידות אלה. השופט טירקל ציין כי "למרבה הצער, הזמנים אינם כשהיו, החברה הישראלית איננה כשהיתה, ועלינו לדקדק היטב ולהיזהר מאד במידותיהם ובאורחותיהם של עובדי הציבור, אף יותר מבעבר".¹⁴ למעשה, גם המשנה לנשיא מצא, שנותר בדעת מיעוט בדנ"פ **שבס**, ניסה בפסק דינו בע"פ **שבס** (שבו כתב את דעת הרוב) לסטות מדרישה זו, ובכך להרחיב את גבולות העבירה¹⁵ יחסית לאלה שנהגו קודם לכן. הוא קבע כי אין לדרוש מעובד הציבור להיות מודע לכך שהוא מבצע הפרת אמונים, כשמדובר **בסטייה חמורה** מחובת הנאמנות שלו. אולם לדעתו, במקרה שבו סטייתו מן השורה אינה חמורה מאוד, לא יהיה זה ראוי להצמיד לו את האחריות הפלילית, אלא אם ידע בפועל כי מעשיו אסורים,

9 דנ"פ **שבס**, בפסקה 30 לפסק דינו של הנשיא ברק.

10 ראו סעיף 10 לחוק היסוד.

11 דנ"פ **שבס**, בפסקה 30 לפסק דינו של הנשיא ברק.

12 ראו, למשל ע"פ 884/80 **מדינת ישראל נ' גרוסמן**, פ"ד לו(1) 405, 415 (1981); ע"פ 5046/93 **מדינת ישראל נ' הוכמן**, פ"ד נ(1) 2, 13 (1996); עוד ראו מרדכי קרמיצר "על העבירה של מרמה והפרת אמונים לפי סעיף 284 לחוק העונשין ועל המחשבה הפלילית" **משפטים** יג 275, 284 (1983). השו"ת קנאי "העדר מודעות ליסודות העבירה או טעות במצב המשפטי: העבירה של הפרת אמונים כדוגמא" **מגמות בפלילים: עיונים בתורת האחריות הפלילית** 203 (אלי לדרמן עורך, תשס"א).

13 בג"ץ 2534/97 **ח"כ ייב נ' פרקליטת המדינה**, פ"ד נא(3) 1, 17 (1997); קנת מן "אי-יושר כמרכיב באחריות פלילית בעבירות שיש בהן הפרת נאמנות" **עיוני משפט** י 505 (תשמ"ה).

14 דנ"פ **שבס**, פסק דינו של השופט טירקל.

15 יש לציין כי לצד הרחבה זו ביקש השופט מצא לצמצם את תחולת העבירה על-ידי דרישת קיומו של "פן מחמיר נוסף" לשם גיבוש אחריות פלילית בנינה. דוגמאות לפן מחמיר נוסף יכולות לבוא לידי ביטוי, בין השאר, בשחיתות, בפגיעה חמורה באינטרס הציבורי, ובחוסר תום לב סובייקטיבי (דנ"פ **שבס**, בפסקה 3 לפסק דינו של המשנה לנשיא מצא). לשיטתו "רק על סטייה חמורה מן השורה, שיש בה משום פגיעה ברורה וגלויה בציבור, ניתן וראוי להאשים את עובד הציבור בהפרת אמונים" (**שבס**, בפסקה 1).

16 ע"פ **שבס**, בעמ' 526-527. השופט מצא ציין כי במקרים החמורים פחות, דרישת הידיעה על אודות הפסול שבמעשה איננה נובעת מהגדרתו של יסוד המחשבה הפלילית הנדרש לשלול העבירה, אלא מפרשנותו הפנימית של המונח "הפרת אמונים".

17 החלטת השופט חשין בדנ"פ 1397/03 **מדינת ישראל נ' שמעון שבס** (6.4.2003). לא אוכל במסגרת המקום העומד כאן לרשותי לפרט את הרקע העובדתי של הפרשה, ואת גלגוליה השונים בבית המשפט המחוזי ובבית המשפט העליון. לסקירת האישיומים והעובדות שנקבעו ראו בדנ"פ **שבס**, בפסקאות 1-21 ו-25-27 לפסק דינו של הנשיא ברק. בדיון הנוסף נדונו שתי פרשות בהן היה מעורב שבס. **בראשונה** יזמו אנשי עסקים פרטיים, ובהם שטרן, חברו של שבס ומי שניהל עבורו כספים בחשבון בנק, עסקת מכירת נשק עם מדינה זרה, ממנה היו צפויים להרוויח הון רב. שבס פעל לקידום העסקה. **בשנייה** פעל להחיש את הטיפול בפרויקט בנייה של שניים מחבריו (האחים שולדנפריי), לצד החשת פרויקטים אחרים, שאינם קשורים אליהם. לאחר שפרש מתפקידו במשרד ראש הממשלה, הועסק על-ידי האחים.

18 דנ"פ **שבס**, בפסקה 32 לפסק דינו של הנשיא ברק.

19 **שבס**, בפסקאות 45-46. השו"ת עם גישתו של השופט מצא עצמו, **לעיל** הערה 15.

20 **שבס**, בפסקאות 51-53. אין המדובר בתנאים מצטברים. לכן, אין הכרח לבסס סטייה מהשורה כדי להצדיק הטלת אחריות פלילית בגין העבירה.

בניגוד עניינים לעובדות הפיזיות היוצרות את ניגוד העניינים.²¹ כאמור, לא נדרשת מודעות לכך שהמעשה פסול.

העמדה זו של יסודות עבירת הפרת האמונים שמרה על גמישותה של העבירה ועל יכולתה להתמודד עם גילוייה הקיימים והעתידים של השחיתות השלטונית. אולם בכל הנוגע לתנאים למימוש עקרון החוקיות מצב הדברים לא רק שלא השתפר אלא אף התדרדר משמעותית. היסוד העובדתי של העבירה הפך עמום עוד יותר. לפי הלכת **שבס** מושג שסתום אחד (הפרת אמונים) אמור לקבל תוכן באמצעות מושג שסתום אחר (פגיעה מהותית בערכים המוגנים, שאף הם עמומים כשלעצמם). בנוסף, בעקבות דנ"פ **שבס** ניצבת לפנינו, למעשה, עבירה נטולת יסוד נפשי של ממש. כל שנדרש כדי להרשיע הוא שאדם יהיה מודע למציאות, אך דרישה זו מתקיימת באופן אוטומטי שכן יש לקוות כי רובנו המוחלט מודעים לה כעניין שבשגרה.

ותשאל השואלת, מה בין זה לבין עבירות אחרות? הרי בדרך כלל היסוד הנפשי הנדרש לשם הטלת אחריות פלילית הוא של מודעות ליסודות העובדתיים של העבירה. מדוע מצב הדברים ביחס לעבירת הפרת האמונים הוא בעייתי לפיכך? התשובה כפולה. ראשית, בדרך כלל היסודות העובדתיים של העבירות הם קונקרטיים דיים. אני צריך להיות מודע לכך שאני נוטל רכוש שאינו שלי; שאני נותן מתת כדי להשפיע על עובד הציבור; שאני קורא לעשיית מעשה אלימות או טרור. בנסיבות אלה נדרשת מודעות למעשים בעלי מסוימות מספקת המוגדרת בחוק, שהם כה חמורים עד שיש לסווגם כיכולים לבסס אחריות פלילית. לא כך בעבירת מסגרת. היסוד העובדתי של עבירת הפרת האמונים הוא רחב מני ים. אין בו את אותה מסוימות שיש בעבירות שאינן עבירות מסגרת. שנית, להבדיל מעבירות אחרות, המקרה הטיפוסי שבנינו תקום האחריות בגין הפרת האמונים יהיה כשעובד הציבור מפר חובה מינהלית. כלומר, על העובדות לבסס בדרך כלל הפרה של חובה משפטית שהינה חיצונית לחוק העונשין. אך לשם ביסוס אחריות פלילית אינני צריך להיות מודע להפרתה של חובה חיצונית זו או בכלל לקיומו של פגם במעשיי, אלא רק ליסודות העובדתיים (להבדיל מהנורמטיביים). כך, למשל, בכל הנוגע לניגוד העניינים, הנאשם אינו צריך לדעת שהוא מצוי בניגוד עניינים, אלא לעובדות הפיזיות היוצרות את ניגוד העניינים, שאליהן הוא מודע בדרך כלל ממילא. לעיתים התשובה לשאלה האם מצוי אדם בניגוד עניינים, או האם הפר חובה משפטית חיצונית, אינה ברורה, אך לצרכי האחריות הפלילית אין בכך כדי לשנות. די במודעות לעובדות

21 שם, בפסקאות 55, 58.

הפיזיות שממילא תמיד מתקיימת. מכאן יוצא שבעבירת הפרת האמונים ההבדל בין אחריות פלילית להיעדרה נגזר על פי הכרעה נורמטיבית כפולה: הן ביחס לקיומה של פגיעה מהותית בערכים המוגנים, והן ביחס לקיומו של פגם מינהלי שהנאשם אינו צריך להיות מודע לקיומו אלא לבסיסו הפיזי בלבד. כל שהנאשם צריך לעשות הוא להלך בעולם מתוך מודעות למעשיו הפיזיים. השאלה האם בכך עבר עבירה אם לאו תיקבע על-ידי אחרים. העובדה כי האחריות הפלילית תלויה כל כולה בקביעות נורמטיביות חיצוניות ועמומות הנקבעות בהכרח בבית המשפט, הופכת את הפגיעה בעקרון החוקיות לכבדה במיוחד, ולכבדה עוד יותר מזו שנהגה לפני דנ"פ **שבס**.²²

האם ראוי להשלים עם פגיעה קשה זו נוכח הרצון לאפשר מלחמה גמישה בשחיתות השלטונית? כאמור לעיל, מפסק דינו של הנשיא ברק עלה הרשם כי דמוקרטיה חוקתית מערבית מוכנות לשלם את מחיר הפגיעה בעקרון החוקיות על מנת לשקור בידיהן כלי אפקטיבי ללוחמה בשחיתות. אך מציאות הדברים היא מורכבת יותר. כך, למשל, בפסק דין שניתן לאחרונה בבית המשפט העליון האמריקאי בעניין *Skilling*²³ נדרש בית המשפט לחוקתיותה של עבירת מסגרת אחרת. באותה פרשה נדונה אחת הנגזרות של פשיטת הרגל של חברת Enron, אחת מפשיטות הרגל הדרמטיות והפוגעניות ביותר של חברה ציבורית שידעה הכלכלה האמריקאית. והנה המנהל של החברה, שפרש כמה חודשים לפני שקרסה, הועמד לדין פלילי. הוא הועמד לדין במגוון עבירות ובהן מזימה "to deprive another of the intangible right of honest services" (לשלול מאחר את זכותו לקבלת שירות הגון). כל שופטי בית המשפט העליון האמריקאי היו מוטרדים מהרקמה הפתוחה של נוסח העבירה. השופט גינצבורג, בשם דעת הרוב, פירשה את הסעיף בצמצום כך שיחול במקרים של שוחד. היא דחתה את טענת המדינה כי יש לפרש את הסעיף ככולל גם מצב שבו נושא התפקיד מקדם את האינטרס האישי הכלכלי שלו, תוך הפרת חובת הנאמנות לציבור המשקיעים. דעת המיעוט, מפי השופט סקליה, ראתה לנכון לבטל את העבירה נוכח אי חוקתיותה הנובעת מעמימותה. אמנם אין המדובר בשחיתות שלטונית אלא בשחיתות תאגידית, אך עדיין יש בפרשה כדי ללמד אותנו על גישתו החוקתית של בית המשפט העליון האמריקאי. גישתו, הנותנת משקל ניכר לעקרון החוקיות, מקבלת את מלוא משמעותה דווקא נוכח הפגיעה האדירה באינטרס הציבורי בפרשת אנרון. ניתן למצוא דוגמאות נוספות לגישה זו במשפט המשווה.²⁴

22 נגד הניתוח שהצגתי אפשר להצביע על הכלל הבסיסי החל בדין הפלילי ולפיו "לענין האחריות הפלילית אין נפקה מינה אם האדם דימה שמעשהו אינו אסור, עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו של האיסור, וזולת אם הטעות הייתה בלתי נמנעת באורח סביר" (סעיף 34 לחוק העונשין, העוסק בטעות במצב המשפטי). על רקע זה דנ"פ **שבס**, שביטל את החובה למודעות שכזו, עולה בקנה אחד עם העקרונות הפליליים הכלליים להטלת אחריות פלילית. אכן, זו האמת, אך לא כל האמת. גם כאן רוחב היריעה של היסוד העובדתי עושה את ההבדל. מוצדק להטיל אחריות פלילית על בסיס מעשים קונקרטיים מוגדרים מראש, ואז מוצדק שלא לפטור מאחריות בגין אי ידיעת הדין. ברבע שמרחיבים כל כך את הבסיס לאחריות אנו חוזרים להתנגשות עם התנאים למימוש עקרון החוקיות. לכן, במצב הדברים לפני דנ"פ **שבס** צומצמה האחריות למקרים של מודעות להפרת האמונים, והשופט מצא בע"פ **שבס** ניסה אומנם לסגת מדרשה זו אך על-ידי החלפתה ביסוד מחמיר נוסף, שעשוי להתבטא בין היתר בחוסר תום לב סובייקטיבי, שמשמעותו מודעות לפסול שבהתנהגות. דעת הרוב בדנ"פ **שבס** הרחיבה את היריעה ללא כל איזון נוגד.

23 *Skilling v. U.S.* 130 S. Ct. 2896 (2010).

24 בארצות הברית, עבירת סל עמומה של "Official Misconduct", שהינה פחות רחבה מזו שקבועה כיום בסעיף 284 לחוק העונשין, בוטלה על-ידי בית המשפט העליון של פלורידה כבלתי חוקתית, בשל פגיעתה בעקרון ההליך ההגון: *State v. De Leo* 356 So 2d 306, 308 (1978). דוגמה זו מופיעה במסמך של הסניגוריה

על רקע כל אלה ניתן להתרשם כי דנ"פ שבס ערער את האיזון הרגיש בין הרשויות השלטוניות האמונות על איכפת החוק. לא בכדי הגורם שאמור לקבוע את נקודת האיזון המדויקת, ולהטיל אחריות פלילית, הוא הרשות השופטת, ולא הרשות המבצעת. במצב הדברים הנוכחי, יכולה הרשות המבצעת לפתוח בחקירה ללא הגבלה של ממש, ולהוביל לנזקים קשים לנחקרים ללא קשר להליך השיפוט, זאת ללא בקרה מוסדית נגדית ראויה.

ג. התיקון המתבקש: חשיבה מחוץ לקופסה (הפלילית)

בשנים שחלפו מאז דנ"פ שבס נראה כי הכול מסכימים שראוי לתקן את החקיקה ולחוקק נוסח מעודכן של העבירה, שיהיה ברור יותר ויהלום באופן טוב יותר את התנאים למימוש עקרון החוקיות. יחד עם זאת, קיימת עדיין מחלוקת נוקבת בשאלה האם ראוי לכלול בנוסח המפורט המעודכן גם סעיף כללי הכולל עבירת סל. הדעות נעות אפוא בין קריאה להגדיר רק מספר סוגי מקרים קונקרטיים כמכוננים את העבירה הפלילית, לבין שימוש בסוגי מקרים קונקרטיים לצד סעיף סל כולל. כך, פרסם בשנת 2009 משרד המשפטים תזכיר הצעת חוק לנוסח מעודכן של עבירת המרמה והפרת האמונים. לצד התייחסות לסוגי מקרים פרטניים, כוללת הצעת החוק סעיף כללי המעגן למעשה את דעת הרוב בדנ"פ שבס,²⁶ תוך החמרה של רף הענישה בגין העבירה משלוש שנים לחמש. לעומת זאת המכון הישראלי לדמוקרטיה פרסם את עמדתו,²⁷ לפיה ראוי לנסח הצעת חוק מפורטת, שאינה כוללת עבירת סל עמומה. הסניגוריה הציבורית הארצית הביעה את דעתה כי הותרת הגדרה שירית רחבה תותיר את הפגיעה הקשה בעקרון החוקיות על כנה.²⁸ גם דבורה חן ציינה כי תזכיר הצעת החוק מטעם משרד המשפטים אינו מבוסס על נורמות ברורות, בניגוד לעקרון החוקיות.²⁹ בכך צועדים המתנגדים במתווה ההתנגדות העקרונית לכינונה של עבירת סל מסוגה של הפרת אמונים, שהושמעה עוד לפני פסקי הדין בעניין שבס.³⁰ לעומתם הציע יאיר לבנה לכלול בתיקון לחוק עבירת סל, שתחול לצד סוגי המקרים הקונקרטיים ולפיה "עובד הציבור העושה במילוי תפקידו מעשה אשר מפר את האמון שניתן בו כעובד הציבור, ואשר יש בו כדי לגרום נזק,

הנה כי כן, הגישה של בית המשפט העליון שלנו בדנ"פ שבס עומדת בסתירה לזו שנהגו בה חלק מהערכאות המקבילות בעולם המערבי. שיטתנו המשפטית מוכנה הייתה לשלם מחיר כבד יותר במטבעות של עקרון החוקיות, כדי לאפשר לבית המשפט לעשות שימוש בכלי גמיש לשם מלחמה בשחיתות. בכך מצאה עצמה "הפרת האמונים", על הפרשנות המרחיבה שניתנה לה על-ידי דעת הרוב בדנ"פ שבס, מצטרפת למונחי שסתום נוספים בתחומי משפט אחרים, המאפשרים לבית המשפט לגשר על הפער שבין המשפט לבין אתגרי החיים, כמו ה"רשלנות" הנזיקית, ה"סבירות" המינהלית, ו"תום הלב" ו"תקנת הציבור" החוזיים.²⁵ אולם כאשר אנו מצויים בשדותיו של המשפט הפלילי המחיר אינו טמון רק בפגיעה רבתי בעקרון החוקיות, אלא גם במתן כוח חקירה בלתי מוגבל, למעשה, לרשויות האכיפה. זהו אחד ההבדלים בין קיומם של מונחי שסתום רחבים במיוחד בפלילים לבין אלה שבתחומי משפט אחרים. אכן, הגורם המטיל את האחריות הפלילית הוא בית המשפט, אך לפני שההליכים הפליליים מגיעים אליו ראשית הדרך מצויה במגרשם של גורמי החקירה והפרקליטות. בעידן שלפני דנ"פ שבס, כאשר יסודותיה של העבירה פורשו באופן מצומצם יותר, קטן גם הכוח של גורמי האכיפה להצדיק חקירה פלילית בגין הפרתה. לעומת זאת, במציאות שאחרי דנ"פ שבס כל פגם מינהלי יכול להוביל, באופן פוטנציאלי, לחקירה פלילית, שהרי מי יקבע האם התקיימה פגיעה מהותית בערכים המוגנים אם לא? גורמי האכיפה יכולים להצדיק חקירות והעמדה לדין ללא מגבלות של ממש על שיקול דעתם. אין אני טוען כי גורמי האכיפה יעשו שימוש לא נאות בסמכויות האכיפה שבידיהם, תוך שקילת שיקולים זרים. אלא שמטבע הדברים המוסדי נקודת מבטם מרחיבה יותר את גבולות האחריות, וקשה שיהיה אחרת. על רקע זה, לאחר דנ"פ שבס, הורחב כוחם השלטוני של גורמי החקירה והאכיפה באופן בעייתי ביותר.

על כך יש להוסיף את העובדה כי שעה שמדובר בעובדי ציבור עצם הנקיטה בצעדי האכיפה, עוד לפני הדיון בבית המשפט, יכולה להוביל לתשלום מחיר כבד. עובדי ציבור עלולים להיות מושעים בגין החקירה, ונבחר ציבור, כגון שרים או ראשי ערים, יכולים למצוא עצמם נאלצים לפרוש מתפקידם נוכח החלטה להגיש כתב אישום.

הציבורית: ענבל רובינשטיין ורענן גלעדי **הערות הסניגוריה הציבורית באשר לתזכיר חוק העונשין (תיקון - מרמה והפרת אמונים), התשס"ט-2009** (24.6.2009), בפסקה 12 (להלן: **הערות הסניגוריה הציבורית לתזכיר החוק**). בנוסף, אפשר להצביע על פסק דינו של בית המשפט העליון הקנדי בעניין R. v. Boulanger [2006] 2 S.C.R. 49, שם פירש בית המשפט את עבירת "הפרת נאמנות של עובד ציבור" ("breach of trust by a public official", s. 122 of the Criminal Code R.S.C. 1985) בצמצום רב, למעשה באופן המזכיר את גישתו של המשנה לנשיא מצא בע"פ ובדנ"פ שבס.

25 לחשיבותם של מושגי השסתום בהגשמת תפקידו של בית המשפט ראו אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 261-248 (2004).

26 ההצעה קובעת כי "עובד הציבור העושה מעשה מרמה או הפרת אמונים שיש בו כדי לפגוע פגיעה מהותית בערכי טוהר המידות של עובדי הציבור, באמון הציבור בשירות הציבור, או בפעולתו התקינה של השירות הציבורי ובכלל זה באינטרס עליו מופקד עובד הציבור או הנוף הציבורי בו הוא נושא משרה או תפקיד, דינו - מאסר חמש שנים (קיימת גם חלופה המותירה את העונש כעומד על שלוש שנים, אך מעלה את הענישה לחמש שנים במקרה בו העבירה נעברה בנסיבות מחמירות). ראו תזכיר חוק העונשין (תיקון - מרמה והפרת אמונים), התשס"ט-2009.

27 מרדכי קרמיצר, דורון נבות, נאוה בן-אור, עמיר פוקס וגיא ורטהיים **מרמה והפרת אמונים - בחינה ביקורתית והמלצות לשיפור החקיקה** (2008).

28 הערות הסניגוריה הציבורית לתזכיר החוק, **לעיל** הערה 24. ראו התייחסות לעמדת הסניגוריה הציבורית גם אצל לבנה, **לעיל** הערה 7, בה"ש 99.

29 דבורה חן "עברת מרמה והפרת אמונים - מתי תפוגג העמימות", **ספר אליהו מצא** (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים, יפורסם בשנת 2015).

30 ראו למשל אצל מרים גור-אריה "הפרת אמונים מצד עובדי הציבור ונבחרי - האם עבירה פלילית?" **פלילים** ח 253 (1999). גור-אריה חזרה על עמדה זו וביתר שאת בעת האחרונה; ראו מרים גור-אריה "פניקה מוסרית והשחיתות השלטונית: השתלטות העברה הפלילית של הפרת אמונים על התחום האתי והמשמעותי" **משפט ועסקים** יז 447 (תשע"ד-2014).

על הסנקציות האפקטיביות שיתלוו אליו, על פני העמדה לדין פלילי על כל הנלווה אליה.

ההצעה לעיל משמרת את היכולת האפקטיבית להילחם בשחיתות, תוך הטלת מחירים כואבים על איש הציבור שחרג מאמות המידה הראויות, אך זאת ללא תיוג פלילי ופגיעה בתנאים למימוש עקרון החוקיות. את הדין הפלילי צריך יהיה לייחד לעבירות קונקרטריות שייקבעו בחקיקה. אני סבור כי גם לפוליטיקאים יש אינטרס לאמץ את המתווה המוצע. הוא יגדיל את קשת האפשרויות העומדות לפני גורמי האכיפה. במצב הדברים הקיים היום, ככל שהדברים נוגעים לשרים ולאשי רשויות מקומיות, עומדות שתי אפשרויות - נקיטה בהליך פלילי או אי-העמדה לדין. במקרים שכאלה גדל הסיכוי של גורמי האכיפה לבחור בהעמדה לדין פלילי על כל הנזקים הפוליטיים והאישיים הטמונים בה לבחור הציבור. לעומת זאת, אם יתווסף הכלי המשמעותי לתמונה, יוכלו גורמי האכיפה להימנע מנקיטה בכלי הפלילי ביותר מקרים. לאחרונה ראינו נכונות מצד המחוקק ליצור מסגרות חקיקתיות חדשות כדי להתמודד עם חשש לשחיתות מצד ראשי ערים,³² ואני מקווה כי נכונות זו תבוא לידי ביטוי גם ביחס לסוגיית הפרת האמונים. מכל מקום, ככל שיתקן חוק העונשין כך שילול הגדרה חדשה להפרת אמונים, הרי שהתיקון יהיה כפוף לבחינה חוקתית בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לטעמי, קיומה של אפשרות לשלב בין הדין הפלילי לבין הדין המשמעותי, ברוח המוצע לעיל, צריך להקשות על עמידה של עבירת מסגרת **פלילית** באמות המידה החוקתיות, זאת נוכח קיומה של אפשרות מידתית יותר להשיג את הגמישות שבמלחמה בשחיתות השלטונית. בכך נגיע למצב דברים מאוזן יותר. תוגבל יכולת גורמי האכיפה הפלילית לחקור ולהעמיד לדין, שכן זו תתחם רק לאותם המקרים שבהם המחוקק יגדיר באופן מפורט יותר את גבולות העבירה. אמנם ניתן יהיה לנקוט בהליכים משמעותיים על בסיס איסורי משמעת בעלי רקמה פתוחה, אך לחקירה המשמעותית ולאישום המשמעותי לא נלווה אות הקלון הפלילי.

ד. ומה בינתיים?

עמדתי על המתווה העתידי הראוי המשלב את הכלים הפליליים עם המשמעותיים, באופן המצמצם מאוד את הפגיעה בעקרון החוקיות, במישור האכיפה הפלילית. מתווה זה מצריך תיקון חקיקה. אך כיצד יש לנהוג עד לתיקון החקיקה, ככל שזה יתבצע? לטעמי, אין מקום להשלים עם המצב הקיים הפוגע פגיעה קשה מדי בתנאים למימוש עקרון

והמעשה אינו נופל בגדר אחת החלופות האחרות, דינו יהיה מאסר שנה".³¹ בהצעתו של לבנה יש ריכוך מסוים של עמימות עבירת המסגרת, שכן הוא דורש קיומו של נזק (שניתן לפרשו כנזק ממשי החורג מעצם הפגיעה בערכים המוגנים), וכן הענישה הנלווית לעבירת הסל המוצעת על ידו מופחתת, בניגוד להצעה של משרד המשפטים.

הנה כי כן, כצפוי, דנ"פ **שבס** לא רק שלא יישב את המחלוקת בנוגע לעבירה ולנוסחה הראוי אלא העצים אותה. המחלוקת מתנהלת **במישור הפלילי**, בין המבקשים להותיר את עבירת הסל בספר החוקים כדי לשמר כלי גמיש לשם התמודדות עם השחיתות השלטונית הלובשת ופושטת צורה, ואף להחמיר את הסנקציה הנלווית לעבירה, לבין אלה המבקשים להעניק משקל גבוה יותר לערך החוקיות, וליצור עבירה מתוחמת יותר המגדילה את הוודאות ושומרת טוב יותר על התנאים לקיומו. מהי הגישה הראויה?

לדעתי, כדי לתת מענה נאות כדאי לחשוב "מחוץ לקופסה" הפלילית. מחד גיסא אכן חשוב לשמר מסגרת גמישה, שתאפשר לנקוט בצעדים משמעותיים למיגור השחיתות, אך מאידך גיסא הגמישות כרוכה בהתנגשות קשה עם התנאים לקיום עקרון החוקיות במשפט הפלילי. הפתרון לדעתי צריך להיות בשילוב ידיים בין המישור הפלילי לבין המישור המשמעותי. אם כבר יושבים על מדוכת החקיקה, צריך יהיה ליצור מסגרת **משמעתית** בה ניתן יהיה להעמיד לדין שרים וראשי ערים, שכרגע אינם כפופים להליך משמעותי כלשהו, ושבמקרים רבים הם אלה הנחקרים והעומדים לדין בגין העבירה. מסגרת זו תוכל לנקוט, בין השאר, בסנקציות של הרחקה מחיים פוליטיים לפרק זמן ממושך, והשבת טובות הנאה שהתקבלו שלא כדין. ניתן יהיה להפקיד את המלאכה המשמעותית בידי שופטים בכירים בדימוס כדי להתגבר על קשיים מוסדיים. במסגרת המשמעותית הזו ניתן יהיה לכלול הוראת מסגרת (סעיף סל) שתאפשר להעמיד לדין (משמעותי) בגין הפרתה. סעיפי סל אינם זרים להליך המשמעותי. כך, למשל, הטלת אחריות משמעותית בגין "התנהגות שאינה הולמת", מאפיינת ארגונים רבים בשירות המדינה ומחוצה לו. סעיפים אלה באים לאפשר לדין המשמעותי את הגמישות הנדרשת לשם התמודדות עם תופעות מגוונות הטעונות טיפול. עוד ניתן לשקול להרחיב את המסגרות המשמעותיות הקיימות היום, החלות על עובדי ציבור, כך שניתן יהיה לנקוט צעדים אפקטיביים גם ביחס לעובדים שסיימו זה מכבר את שירותם, ובכלל זה הטלת סנקציות כספיות משמעותיות. גם כאן, במקרים המתאימים, יכולה להיות עדיפה הנקיטה בהליך המשמעותי,

31 לבנה, לעיל הערה 7.

32 בעקבות פסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ 4921/13 אומ"ץ נ' ראש עיריית רמת השרון (2013), שעסק במגבלות הכהונה של ראשי ערים שהוחלט להגיש בעניינם כתב אישום חמור, תוקן חוק הרשויות המקומיות (בחירת ראש הרשות וסגניו וכהונתם), התשל"ה-1975, כך שהוסף לו סעיף 19א (ראו חוק הרשויות המקומיות (השעיית ראש רשות מקומית בשל הגשת כתב אישום) (תיקוני חקיקה), התשע"ד-2013). הסעיף כונן ועדה לבחינת השעיית ראשי רשויות בשל הגשת כתב אישום נגדם.

טיפל שבס בפרויקטים של האחים, ולאחר מכן הועסק על ידם בשכר משפרש מתפקידו. בע"פ שבס השופטת נאור מצאה לנכון לזכות את שבס בפרשה הראשונה ולהרשיע אותו בשנייה. היא נותרה בדעת מיעוט לעניין הפרשה השנייה, ודעת הרוב מפי המשנה לנשיא מצא זיכתה אותו בשתי הפרשות. לדעתי, דווקא גישתה של השופטת נאור משקפת את האיזון הראוי ואת גבולותיה הראויים של העבירה גם היום הזה. מה ההבדל בין המקרים? במקרה הראשון שבס לא הרוויח רווח אישי ישי. הנחת העבודה הייתה שפעל לטובת המדינה ברשות ובסמכות ראש הממשלה. אכן, היה ברור שחברו הטוב יפיק רווח משמעותי מהעסקה, אך לא שבס עצמו. היה כאן ניגוד עניינים, אך לא כזה שהוביל לקידום אינטרס אישי ישיר של שבס. לעומת זאת, במקרה השני לשבס הייתה מערכת יחסים כספית עם האחים שולדנפריי לפני מינויו לתפקיד, וגם אחרי מינויו, אז הועסק על ידם. כאן קם אותו מאפיין של שחיתות שיכול להצדיק את הנקיטה בכלי הפלילי. לכן לדעתי לא היה מקום לייחס לשבס אחריות פלילית בגין פרשת העסקה עם המדינה הזרה. כדי לצמצם את הפגיעה בעקרון החוקיות אין די בכך שעובד בכיר יהיה מצוי בניגוד עניינים אישי. על מנת להצדיק את תיוגו כעבריין עליו להפיק טובת הנאה אישית. תיוגו כעבריין גם במקרה שבו לא מתקיים התנאי הזה נראה לי עובר על המידה הראויה, ופוגע באופן לא מידתי בעקרון החוקיות.

החוקיות. אכן, יש להילחם בשחיתות השלטונית אך המטרה אינה מקדשת את כל האמצעים. לדעתי ראוי שבתי המשפט ינחו עצמם לגדר את גבולותיה של העבירה למקרים שבהם עובד הציבור מפר את האמון שניתן בו בכך שהוא מנצל את כוחו השלטוני כדי לקדם אינטרס אישי ישיר שלו - כלכלי או פוליטי, ושקידום זה מהווה מניע ממשי (גם אם לא בלעדי או אף מכריע) לפעילותו. זוהי הגדרה התופסת ברשתה מגוון רחב דיו של מקרים. היא כוללת את עיקר החלופות הפרטניות בהצעת החוק הממשלתית ובהצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה. יחד עם זאת, היא כוללת גבולות ברורים יותר מהנהגים היום הזה.

על מנת להמחיש את גבולות העבירה במובן שאני קורא לאמץ ניתן יהיה ליטול את עניין שבס עצמו, ולראות כיצד התיחום משליך על ההכרעות שהכריע בית המשפט. כידוע, שעה שמדובר במושג מסגרת ניתן ללמוד על התוכן הפרטני שניתן לו על-ידי בחינת השימוש שנעשה בו בפועל במקרים שונים. כזכור, בע"פ שבס ודנ"פ שבס נדונו שני עניינים שונים בהם היה שבס מעורב. בראשון, שבס קידם עסקה עם מדינה זרה, שחברו, שטרן, צפוי היה להרוויח ממנה הון רב. אותו חבר גם ניהל עבור שבס חשבון בנק אישי.³³ בית המשפט יצא מהנחה כי שבס קידם את טובת המדינה, וכי ראש הממשלה ידע על הקשר שלו עם שטרן ובכל זאת הנחה אותו להתקדם. בפרשה השנייה (פרשת האחים שולדנפריי)

33 יש להדגיש כי גרסה זו היא "חלבית" ביותר יחסית לכתב האישום שיוחס לשבס, אך הקובע לצורך הדיון אינו מה שיוחס לשבס בכתב האישום, אלא הקביעות העובדתיות של בית המשפט העליון בערעור בעניינו, אשר ביחד עם הקביעות העובדתיות של בית המשפט המחוזי שעליהן לא ערערה המדינה היוו את התשתית העובדתית שעמדה לנגד עיני בית המשפט העליון בדיון הנוסף.