

## פניקה מוסרית והשחיתות השלטונית:

### השתלטות העברה הפלילית של הפרת אמונים על התחום האתי והמשמעותי

מרים גור-אריה\*

העברה הפלילית של הפרת אמונים נתפסת כאחת העברות המרכזיות למלחמה בשחיתות השלטונית. בהיותה עברת-סל, על בתי-המשפט לתחום את גבולותיה, תוך מתיחת קו הגבול בינה לבין הפרות משמעותיות או אחרות.

בעבר, ולמרות העדר תיחום מדויק לעברה של הפרת אמונים, זיכו בתי-המשפט לא פעם נבחרי ציבור ועובדי ציבור בכירים מהעברה של הפרת אמונים תוך שהם מדגישים כי מידת הפגיעה באמון הציבור – גם אם אין להקל בה ראש – אינה מגיעה למידה המצדיקה את הפעלתו של המנגנון הפלילי, וכי המקרה ממחיש את הגבול שבין עברה פלילית לעברה משמעותית (פרשת גנות). בדיון הנוסף בפרשת שבס התבקש בית-המשפט העליון לקבוע את תחומי פרישתה של עברת המרמה והפרת אמונים. בית-המשפט בחר להימנע מלתת לעברה פירוש מצמצם, כדי לא לשלול מהחברה הישראלית מכשיר חשוב לשמירה על הערכים שביסוד השירות הציבורי. במאמר אטען כי הרטוריקה שנקט בית-המשפט בפרשת שבס, כמו-גם האופן שבו פורשו הערכים המוגנים ויסודות העברה של הפרת אמונים, מלמדים כי המאבק בשחיתות הציבורית הגיע לממדים של "פניקה מוסרית". פניקה זו הביאה לידי השתלטותה של העברה הפלילית של הפרת אמונים על תחומים משמעותיים ואחרים.

\* מכהנת בקתדרה למשפט פלילי ע"ש השופט בזיל וונש, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. כיהנה כסגנית הרקטור של האוניברסיטה העברית (2006–2009). התארכה כמרצה/פרופסור-אורחת באוניברסיטת אוקספורד (1984/5), באוניברסיטת קליפורניה בברקלי (2001–2003) ובאוניברסיטת ניו-יורק (קיץ 2008 וקיץ 2010). מחקריה בשנים האחרונות מתמקדים בהיבטים שונים של הבסיס התאורטי של המשפט הפלילי: ההגנות במשפט הפלילי, כבוד האדם של העבריין, שימוש-יתר במשפט הפלילי כתגובה על משברים בכלל ועל פניקה מוסרית בפרט. אני מודה לחברי המערכת של כתב-העת **משפט ועסקים** על הערות יסודיות ומועילות מאוד.

- מבוא
- פרק א: רקע – אז ועכשיו
1. אז (שנות התשעים) – פרשת גנות
2. כיום (שנות האלפיים) – דיון נוסף שבס
- פרק ב: דיון נוסף שבס – היקף השתרעותה של העברה של הפרת אמונים
- פרק ג: התמיהות – פרשנותה של עברת הפרת האמונים בדיון נוסף שבס לאור "ערכי-היסוד" של שיטתנו המשפטית
- פרק ד: פניקה מוסרית סביב השחיתות השלטונית
- סיכום

## מבוא

העברה הפלילית של הפרת אמונים היא עברת-סל שישודותיה אינם מוגדרים, והגבול בינה לבין התחום המשמעתי או האתי אינו ברור דיו.<sup>1</sup> בשנות התשעים זיכו בתי-המשפט לא פעם נבחרו ציבור ועובדי ציבור בכירים מהעברה של הפרת אמונים תוך שהם מדגישים כי מידת הפגיעה באמון הציבור אינה מצדיקה את הפעלתו של המנגנון הפלילי.<sup>2</sup> בדיון הנוסף בפרשת שבס (בשנת 2003)<sup>3</sup> התבקש בית-המשפט העליון לקבוע את "תחומי פרישתה של עבירת המירמה והפרת אמונים".<sup>4</sup> בית-המשפט, שראה בעברה של הפרת אמונים כלי מרכזי למלחמה בשחיתות הציבורית, בחר "להימנע מלתת

1 העברה מוגדרת בס' 284 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, הקובע: **"מרמה והפרת אמונים"**

עובד הציבור העושה במילוי תפקידו מעשה מרמה או הפרת אמונים הפוגע בציבור, אף אם לא היה במעשה משום עבירה אילו נעשה כנגד יחיד, דינו – מאסר שלוש שנים."  
רשימה זו מתמקדת בחלופה של הפרת אמונים (ולא בזו של מרמה).

2 ע"פ 4148/96 **מדינת ישראל נ' גנות**, פ"ד נ(5) 367 (1996); ע"פ 5046/93 **מדינת ישראל נ' הוכמן**, פ"ד נ(1) 2 (1996); ע"פ 3954/94 **מדינת ישראל נ' לב**, פ"ד נא(2) 529 (1997); ע"פ 8573/96 **מרקדו נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(5) 481 (1997). בכל הפרשיות הללו הזיכוי היה הן מעברת השוחד והן מהעברה של הפרת אמונים. בע"פ 4467/96 **מדינת ישראל נ' דיניץ**, פ"ד נא(5) 97 (1997), הזיכוי היה מהעברה של קבלת דבר במרמה ומהעברה של הפרת אמונים. לסקירת הזיכויים של נבחרו ציבור ועובדי ציבור בכירים במהלך שנות התשעים ראו זאב סגל "צללים מרחפים על שלטון החוק – עם פרשת בר-און ובעקבותיה: על העמדת איש-ציבור לדין פלילי" **משפט וממשל** ד 587, 639–643 (1998); עדנה ארבל "אכיפת החוק על אנשי ציבור (המשפט הפלילי והזירה הציבורית בשנת ה-50 למדינה)" **משפטים** ל 437, 448–458 (2000); מרדכי קרמניצר ושלומית מנהיים-ולרשטיין "לא תישא פני דל ולא תהדר פני גדול: על פרשת דיניץ" **משפטים** לג 13 (2003).

3 דנ"פ 1397/03 **מדינת ישראל נ' שבס**, פ"ד נט(4) 385 (2004) (להלן: דיון נוסף שבס).

4 שם, פס' 27 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

לעבירה פירושו מצמצום, אשר ישלול מהחברה הישראלית מכשיר חשוב בשמירה על הערכים המונחים ביסוד השירות הציבורי.<sup>5</sup> על תכליתה (הערכים המוגנים) ויסודותיה של העברה של הפרת אמונים נכתב לא מעט, הן קודם לדיון הנוסף בפרשת שבס<sup>6</sup> והן בעקבותיו.<sup>7</sup> ברשימה זו אין בכוונתי להציע ניתוח ביקורתי מקיף של יסודות העברה או של הערכים המוגנים על-ידי איסורה. מטרת הרשימה היא לטעון כי המאבק בשחיתות השלטונית בישראל הגיע לממדים של "פניקה מוסרית", וכי פניקה זו הובילה להשתלטותה של העברה הפלילית של הפרת אמונים על תחומים משמעותיים ואתיים.

כרקע לדיון הרשימה פותחת, בפרק א, בהשוואה קצרה בין שני פסקי-דין מייצגים הנוגעים בשאלת היחס בין העברה הפלילית של הפרת אמונים לבין מנגנונים חלופיים לטיפול בטוהר המידות של עובדי הציבור – פסק-הדין בפרשת גנות משנות התשעים אל מול הדיון הנוסף בפרשת שבס משנות האלפיים. פרק ב מתמקד בפרשנות שניתנה בדיון נוסף שבס לעברה של הפרת אמונים, ככל שפרשנות זו רלוונטית ליחס בין העברה הפלילית לבין הדינים המשמעותיים, וטוען כי פרשנות זו מרחיבה יתר על המידה את העברה על-חשבון התחום המשמעותי או האתי. פרק ג מדגיש את התמיהות העולות מהרחבת העברה של הפרת אמונים בדיון נוסף שבס לנוכח "ערכי-היסוד" של שיטתנו המשפטית. פרק ד של הרשימה מספק הסבר לתמיהות אלה באמצעות התופעה של פניקה מוסרית.

5 שם, פס' 31 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

6 ראו מרדכי קרמניצר "על העבירה של מרמה והפרת אמונים לפי סעיף 284 לחוק העונשין ועל המחשבה הפלילית" משפטים יג 275 (1983); קנת מן "איי-יושר כמרכיב באחריות פלילית בעבירות שיש בהן הפרת נאמנות" עיוני משפט י 505 (1984); מרים גור-אריה "הפרת אמונים מצד עובדי הציבור ונבחרי – האם עברה פלילית?" פלילים ח 253, 258–259 (1999); יובל קרניאל "מרמה והפרת אמונים של עובד ציבור – הלכה למעשה" פלילים ח 273 (1999); יובל קרניאל "הפרת אמונים של עובדי ציבור – הצעה לפרשנות המבוססת על הערך המוגן על ידי העבירה" משפט וממשל ז 415 (2004); רות קנאי "העדר מודעות ליסודות העבירה או טעות במצב המשפטי: העבירה של הפרת אמונים כדוגמה" מגמות בפלילים – עיונים בתורת האחריות הפלילית 203, 207–209 (אליעזר לדרמן עורך, 2001); סגל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 620–665.

7 מרים גור-אריה "אחריות פלילית במצב של ניגוד עניינים – אימתי מוצדקת? על העברה של הפרת אמונים בעקבות הדיון הנוסף בפרשת שבס" ניגוד עניינים במרחב הציבורי: משפט, תרבות, אתיקה ופוליטיקה 545 (דפנה ברק-ארוז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009). ראו עוד מאותו ספר: מרדכי קרמניצר ודורון נבות "לשאלת פליליותה של פעולה של עובד הציבור במצב של ניגוד עניינים" 501, בעמ' 528–542; נאוה בן-אור "על ניגוד עניינים ושחיתות בשירות הציבורי: המשפט הפלילי בישראל ובארצות הברית במבט השוואתי" 569, בעמ' 607–617. ראו גם מרדכי קרמניצר, דורון נבות, נאוה בן-אור, עמיר פוקס וגיא ורטהיים מרמה והפרת אמונים – בחינה ביקורתית והמלצות לשיפור החקיקה (2008); זאב סגל "משפט ואתיקה – בין תרבות שלטון לשלטון המשפט (בעקבות בג"צ 8192/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נגד ראש הממשלה)" הפרקליט מח 244, 249–245 (2004).

## פרק א: רקע – אז ועכשיו

### 1. אז (שנות התשעים) – פרשת גנות<sup>8</sup>

בשנת 1996 אישר בית-המשפט העליון, בדעת רוב, את זיכויו של מפקד המחוז הצפוני של משטרת ישראל, יעקב גנות, מהעבירות של שוחד והפרת אמונים.<sup>9</sup> הפרשה המרכזית (אם כי לא היחידה) שעמדה בלב האישומים נגד גנות נגעה במסיבה שערך קבלן עשיר בנצרת, מנכבדי העדה הנוצרית-האורתודוקסית בעיר, בין היתר לכבוד עלייתו בדרגה של גנות. הקבלן נזקק מדי פעם לשירותי המשטרה. השופט גולדברג, בשם שופטי הרוב, הדגיש כי אף שגנות "לא נהג... כמתחייב מקצין משטרה בדרגתו ובתפקידו, אשר משרת כגורם מרכזי במערכת אכיפת החוק", אין השתתפותו של גנות במסיבה מגיעה "למידה המצדיקה את הפעלתו של המנגנון הפלילי והכתמתו של גנות כעבריין פלילי".<sup>10</sup> לדעתו של השופט גולדברג, פרשת המסיבה ממחישה "את הגבול שבין עבירה פלילית לעבירה משמעתית".<sup>11</sup> בעוד שמטרתו של המשפט הפלילי היא להעניש את מי שסיכן את הערך המוגן על-ידי העברה, הדין המשמעי הוא מניעתי, ומיועד "להבטיח משמעת וסדר טוב... עד כדי הרחקתם של אלה שאינם ראויים לשירות".<sup>12</sup> כדי לשמר את ההבדל בין הדין הפלילי לבין הדין המשמעי, "יש צורך במשנה זהירות כדי שלא להטביע על אדם חותם של עבריין", ויהיה זה "מסוכן ולא רצוי... להטביע מיניה וביה על כל מעשה לא ראוי... גושפנקא של התנהגות פלילית".<sup>13</sup>

גנות אומנם לא הועמד לדין משמעי, אולם בחלוף עשור, בשנת 2007, עוררה מועמדותו של גנות לתפקיד מפכ"ל המשטרה ביקורת נוקבת: אף שגנות זופה מהעבירות הפליליות של שוחד והפרת אמונים, ואף שחלפו שלוש-עשרה שנים למן העמדתו לדין, העמדה הציבורית הייתה שלא ייתכן שהשוטר מספר אחת, שצריך לשמש דוגמה אישית, יהיה אדם שדבק בו כתם מבחינת טוהר המידות (כתם שעליו הצביע בית-המשפט שזיכה אותו).<sup>14</sup> לאחר שנודע לו כי מינויו אינו צפוי לזכות ברוב בוועדת טירקל, הסיר גנות את

8 פרשת גנות, לעיל ה"ש 2. כן ראו יתר האזכורים בה"ש 2 לעיל.

9 שם, בניגוד לדעת המיעוט של השופט קדמי.

10 שם, פס' 24 לפסק-דינו של השופט גולדברג.

11 שם.

12 שם, פס' 29 לפסק-דינו של השופט גולדברג.

13 שם, פס' 30 לפסק-דינו של השופט גולדברג.

14 ראו, למשל, אבירם זינו "העננה המרחפת מעל יעקב גנות" [www.ynet.co.il/18.2.2007 ynet](http://www.ynet.co.il/18.2.2007/ynet) .articles/0,7340,L-3366706,00.html

מועמדו<sup>15</sup>. בשנת 2010 מונה גנות, למרות הביקורת הציבורית, למנכ"ל המשרד לבטחון פנים.<sup>16</sup>

מבלי להביע עמדה לגוף העניין, פרשת גנות משקפת לדעתי יחסי-גומלין בריאים בין המשפט הפלילי לבין שימוש באמצעים אחרים, כולל חוץ-משפטיים (ביקורת ציבורית), כדי להתמודד עם התנהגות לא-ראויה של בכירים בשירות הציבורי.

## 2. כיום (שנות האלפיים) – דיון נוסף שבס<sup>17</sup>

בשנת 2003 נדרש בית-המשפט העליון, במסגרת הדיון הנוסף בפרשת שבס, לעצב את תחומי פרישתה של העבירה של הפרת אמונים, וזאת על רקע שתי פרשיות שחיתות שיוחסו לשבס בעת כהונתו כמנכ"ל משרד ראש הממשלה. הפרשייה האחת התמקדה בקידום עסקה בטחוניית עם מדינה זרה אף שהעסקה הייתה עשויה להניב רווחים לחבר של שבס שאיתו היו לו קשרים כלכליים. הפרשייה האחרת התייחסה לזירוז הליכים לאישור תוכניות בנייה של פרויקטים של חבריו של שבס, שגם איתם היו לו קשרים כלכליים. בשתי הפרשיות הורשע שבס בעבירה של הפרת אמונים, בהתבסס על עצם פעילותו במצב של ניגוד עניינים. זאת, אף שבפרשייה הראשונה, ובניגוד לנטען בכתב האישום, הסתבר כי לשבס עצמו לא היה כל אינטרס כספי בקידום העסקה עם המדינה הזרה, וכי הוא לא הסתיר מראש הממשלה דאז יצחק רבין המנוח כל פרט מהותי הקשור לעסקה עם המדינה הזרה, לרבות העובדה שעסקה כזו עשויה להניב רווחים כספיים לחברו.<sup>18</sup> בפרשה השנייה נקבע כי "שבס לא ניסה בהתערבותו להשיג עבור האחים שולדנפריי, ואף לא השיג בפועל, דבר-מה משמעותי שלא היו זכאים לו ממילא".<sup>19</sup>

אף שהעתירה לדיון נוסף בפרשת שבס לא עסקה ב"הלכה חדשה שנפסקה",<sup>20</sup> הוחלט לאשר דיון נוסף בהסתמך על אופייה המיוחד של העבירה כעבירת-סל בעלת רקמה פתוחה:

"ענייננו בעבירה ייחודית ומיוחדת, עבירה בת 'ריקמה פתוחה', עבירה שגבולותיה אינם ברורים כלל ועיקר. העבירה 'עבירת מסגרת' היא. ושלא כדרכך

15 ראו דיווח אצל אבירם זינו ואפרת וייס "יעקב גנות הסיר מועמדו למפכ"לות" *ynet* 26.3.2007 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3381527,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3381527,00.html)

16 ראו, למשל, אבי אשכנזי "גנות ימונה למנכ"ל המשרד לביטחון פנים" *nrg* 30.12.2010 [www.nrg.co.il/online/1/ART2/195/426.html](http://www.nrg.co.il/online/1/ART2/195/426.html)

17 דיון נוסף שבס, לעיל ה"ש 3.

18 ראו פירוט התשתית העובדתית לדיון הנוסף – שם, פס' 25 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

19 שם, פס' 26 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

20 שם, פס' 21 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

של עבירות פליליות אין היא בנויה על יסודות מוגדרים באורח מדויק וברור.<sup>21</sup>

אופי מיוחד זה הצדיק קיום דיון נוסף ש"יגובל לבירור עיקריה ותחומי פרישתה של עבירת המירמה והפרת אמונים, במגמה לקבוע מיבחן ברור ומדויק ככל הניתן ליסודותיה".<sup>22</sup>

בדיון הנוסף אומנם הזכיר הנשיא ברק את הצורך להבחין בין איסור פלילי לבין איסור משמעותי, ואף ציין כי "אל לנו לתת לעבירה פירוש רחב מדי שישתרע על התנהגות שההיבט הדומיננטי בה הוא בעל אופי משמעותי".<sup>23</sup> אולם הוא הדגיש כי "ההבחנה בין השניים אינה חדה" וכי "קיימים גם מצבים בהם דין משמעותי אינו מעשי מטעם זה או אחר, והחלופה היחידה היא הפלילית".<sup>24</sup> לנוכח זאת הסיק הנשיא ברק כי "יש להימנע מלתת לעבירה פירוש מצמצם, אשר ישלול מהחברה הישראלית מכשיר חשוב בשמירה על הערכים המונחים ביסוד השירות הציבורי".<sup>25</sup>

## פרק ב: דיון נוסף שבס – היקף השתרעותה של העבירה של הפרת אמונים

בדיון נוסף שבס פסק הנשיא ברק כי היסוד העובדתי של העבירה של הפרת אמונים מתקיים במקרים שבהם עובד ציבור מציב את עצמו במצב של ניגוד עניינים וההימצאות במצב זה פוגעת פגיעה מהותית באחד הערכים המוגנים על-ידי העבירה.<sup>26</sup> ההנחה כי מצב של ניגוד עניינים הוא בלב העבירה של הפרת אמונים אינה חדשה.<sup>27</sup> אולם כאשר בית-המשפט נדרש לעצב את גבולות העבירה של הפרת אמונים, מן הראוי שהוא ייתן את הדעת לשאלה העקרונית אם ובאילו מקרים איסור הפעילות תוך הימצאות במצב של ניגוד עניינים הולם את מהותה של האחריות הפלילית.<sup>28</sup> החלת הכלל האוסר הימצאות במצב של ניגוד עניינים על עובדי ציבור נעשתה אגב

21 ציטוט מדבריו של השופט חשין בהחלטתו על קיום דיון נוסף, כמובא שם, בפס' 29 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

22 ציטוט מדבריו של השופט חשין בהחלטתו על קיום דיון נוסף, כמובא שם, בפס' 21 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

23 שם, פס' 31 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

24 שם.

25 שם.

26 שם, פס' 45 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

27 ראו ע"פ 884/80 מדינת ישראל נ' גרוסמן, פ"ד לו(1) 405 (1981).

28 על שאלה זו עמדתי בהרחבה במקום אחר. ראו גור-אריה, לעיל ה"ש 7. לעמדה שונה ראו קרמניצר ונבות, לעיל ה"ש 7.

היקש מדיני השליחות או הנאמנות שבמשפט הפרטי.<sup>29</sup> כשם שחובות האמון שבמשפט הפרטי נועדו לפקח על מי שבידיו הופקד אינטרס של אדם אחר ולרסנו, כך גם "...חייב עובד הציבור לפעול, בהגשמת הכוח ובהפעלת הסמכות... כאשר לנגד עיניו עומד האינטרס עליו הוא מופקד ואינטרס זה בלבד".<sup>30</sup> הפסיקה במשפטנו שדנה בכלל האוסר הימצאות במצב של ניגוד עניינים במסגרת עתירות לבג"ץ הבהירה לא פעם כי מטרתו של הכלל היא "...למנוע את הרע בטרם יארע. הכלל צופה פני העתיד".<sup>31</sup> אין זה מעלה ואין זה מוריד אם בפועל שיקול-הדעת ראוי. "מטרת הכלל היא למנוע פיתוי מאדם ישר והגון, בחינת אל תביאנו לידי ניסיון".<sup>32</sup> מאחר שמדובר בפוטנציאל עתידי, התפתח במשפטנו מגוון רחב של אמצעים לבר-פליליים המיועדים למנוע עובד ציבור מלהעדיף את האינטרס האישי על האינטרס הציבורי שעליו הוא מופקד – אמצעים שמקורם בחקיקה, בתקשי"ר, בפסיקה, בכללים ובהנחיותיו של היועץ המשפטי לממשלה.<sup>33</sup> במקרים הקיצוניים, עצם ניגוד העניינים גורר בעקבותיו פסילה מהתפקיד.<sup>34</sup> אולם ברוב המקרים מסתפקים באמצעים דרסטיים פחות כדי למנוע הטיה לטובת האינטרס האישי, כגון דרישה להימנע מפעולה כלשהי במסגרת התפקיד (אם אפשר להפריד בין התפקיד לבין הפעולה), התניית תוקף הפעולה באישור של מי שאין לו זיקה לעניין, הטלת חובת דיווח בדבר האינטרסים הפרטיים קודם לביצוע הפעולה, ועוד כיוצא באלה אמצעים. נוסף על כך, שיטת המשפט שלנו כוללת לא מעט מנגנוני פיקוח חוץ-פליליים שאמורים להבטיח את אכיפת הכללים למיניהם:<sup>35</sup> מבקר המדינה, ועדת האתיקה של הכנסת, ועדה מיעצת לפיקוח על ניגוד עניינים של נבחרי השלטון המקומי בראשות נציג של היועץ המשפטי לממשלה, נציבות שירות המדינה ועוד.

- 29 פסק-הדין המרכזי בהקשר זה הוא בג"ץ 531/79 **סיעת הליכוד בעיריית פתח תקווה נ' מועצת עיריית פתח תקווה**, פ"ד לד(2) 566 (1980) (להלן: פרשת **סיעת הליכוד**).
- 30 שם, פס' 3 לפסק-דינו של השופט ברק.
- 31 אהרן ברק "ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד" **משפטים** י 11, 12 (1980).
- 32 פרשת **סיעת הליכוד**, לעיל ה"ש 29, פס' 4 לפסק-דינו של השופט ברק.
- 33 לסקירה מקיפה של מקורות הכללים האוסרים ניגוד עניינים, של הטעמים שביסודם ושל אופן החלתם במגזר הציבורי, ראו ברק, לעיל ה"ש 31; טנה שפניץ וורדה לוסטהויז "ניגוד עניינים בשירות הציבורי" **ספר אורי ידן** ב 315 (אהרן ברק וטנה שפניץ עורכים, 1990); רענן הר-זהב "איסור ניגוד עניינים" **המשפט המינהלי הישראלי** 99 (1996); יצחק זמיר "אתיקה בפוליטיקה" **משפטים** יז 250 (1987); סוזי נבות "חבר הכנסת כ'נאמן הציבור" **משפטים** לא 433, 500–503 (2000); דפנה ברק-ארוז "המשפט המנהלי והמאבק בשחיתות השלטונית" **משפטים** לו 667, 678–680, 688–694 (2007); אהרן ברק "האיסור על ניגוד עניינים" **ניגוד עניינים במרחב הציבורי: משפט, תרבות, אתיקה ופוליטיקה** 29 (דפנה ברק-ארוז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009). ראו עוד מאותו ספר: דפנה ברק-ארוז "אינטרסים נוגדים וניגוד אינטרסים במשפט המנהלי" 209; יצחק זמיר "ניגוד עניינים בשירות הציבורי" 225.
- 34 ראו, למשל, בג"ץ 2041/91 **יגנה נ' ראש המועצה המקומית נתיבות**, פ"ד מה(4) 265 (1991), שבו אישר בית-המשפט את פסילתו של העותר מכהונה כחבר במועצה המקומית נתיבות בשל ניגוד עניינים.
- 35 ראו פירוט אצל שפניץ ולוסטהויז, לעיל ה"ש 33, בעמ' 343–344.

על פני הדברים, עצם איסור ההימצאות במצב של ניגוד עניינים וכן האמצעים הראויים לטפל במצבים אלה אינם הולמים את המשפט הפלילי. אחריות פלילית פונה פני עבר – היא מוטלת לאחר שכבר התרחשה הרעה, ומענישה את מי שגרם באשמתו נזק או פגיעה אחרת באינטרס חברתי מוגן.<sup>36</sup> גם **מגוון** האמצעים הנדרשים לטיפול במצבים של ניגוד עניינים אינו מצוי במשפט הפלילי. על־אף הגיוון באמצעי ענישה, ואף שהעונש הפלילי טומן בחובו גם יסודות עתידיים, הרתעה ומניעה, הבסיס לענישה נעוץ בעבר, בחומרת ההתנהגות ובאשמה שנלוותה אליה. המשפט הפלילי כולל אומנם לא מעט עברות רגולטוריות, ביניהן גם עברות המיועדות להקדים ולמנוע סכנה עתידית (עברות צופות פני עתיד). כאלה הן, למשל, העברות על תקנת הציבור המיועדות לאכוף כללי זהירות בתחומים של נהיגה בדרכים, בטיחות בעבודה וכן ייצור ושיווק של מזון או תרופות במטרה להקדים ולמנוע את הסכנה של פגיעה בחיי אדם או בשלמות גופו.<sup>37</sup> אולם מבחינה מהותית לא ברור שיש הצדקה לקיומן של עברות אלה בתחום הפלילי, ומבחינה מעשית דרכי הטיפול בעברות אלה דומות יותר לאמצעי אכיפה מנהליים מאשר לענישה פלילית.<sup>38</sup>

הנחת הפסיקה שהעברה הפלילית של הפרת אמונים מבוססת על הכלל האוסר ניגוד עניינים, כפי שזה התפתח במשפט המנהלי, מרחיבה את התחום הבעייתי של העברות המיועדות למנוע סכנה, דוגמת העברות של תקנת הציבור, גם לתחום העברות הפליליות הסטיגמטיות, אשר מלוות אשמה וגוררות בעקבותיהן ענישה פלילית של ממש (העונש הצפוי בגין עברה של הפרת אמונים, בהתאם לסעיף 284 לחוק העונשין, יכול להגיע עד שלוש שנות מאסר).<sup>39</sup> עברות מסוג זה מיועדות להפליל התנהגות בעלת מטען אנטי־חברתי שלילי. האנטי־חברתיות נובעת מפגיעה באינטרס מוגן שנלוותה אליה בדרך־כלל

36 "Penal law is reactive in nature and responds to the infliction of actual harm. Administrative law is prospective in nature and seeks principally to adjust future behavior, not to compensate or punish for past wrongs." Emilio Viano, *The Legal and Practical Problems Posed by the Difference between Criminal Law and Administrative Penal Law: Questions Relating to the Legal Structure of the Two Systems*, 59 REVUE INTERNATIONALE DE DROIT PENAL 95, 106 (1988).

37 רוב העברות על תקנת הציבור הן עברות של אחריות קפידה, שאינה מותנית בהוכחת יסוד נפשי. במשפטנו אחריות זו מוסדרת בס' 22 לחוק העונשין.

38 ראו בג"ץ 93/06 ד.ג. כל גדר בע"מ נ' שר התעשייה, המסחר והתעסוקה, פס' 9–16 לפסק־דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 2.8.2011). על הטיעונים העקרוניים והמעשיים המחייבים העברה של העברות על תקנת הציבור אל המשפט המנהלי עמדתי במקום אחר. ראו מרים גור-אריה "אחריות מוחלטת לעברות של 'תקנת הציבור' – קריאה להוצאתה מהמשפט הפלילי ולהעברתה אל המשפט המנהלי" **גבורות לשמעון אגרנט** 241 (1986). ראו גם: ROLLIN M. PERKINS & RONALD N. BOYCE, *CRIMINAL LAW* 888 (3rd ed. 1982); Peter Brett, *Strict Responsibility: Possible Solution*, 37 MOD. L. REV. 417, 436–437 (1974).

39 ראו את נוסח העברה לעיל בה"ש 1.



נכונות לפגוע באינטרס זה או לפחות נכונות ליטול סיכון של פגיעה בו, קרי – מחשבה פלילית.<sup>40</sup>

כאשר מדובר בניגוד עניינים של עובדי ציבור, הטלת אחריות פלילית תהיה מוצדקת במקרים שבהם עובד הציבור העדיף אינטרס זר (אישי או אינטרס אחר כלשהו) על האינטרס הציבורי שעליו היה מופקד. במקרה זה העדפת האינטרס הזר פסולה, היא פוגעת בעניינותה של הפעילות הספציפית ומסכנת את הערך של תקינות הפעילות במגזר הציבורי, ולפיכך היא ראויה לגינוי פלילי. לעומת זאת, כדי להקדים ולמנוע את הסכנה שעובד ציבור הנמצא במצב של ניגוד עניינים אכן יעדיף את האינטרס הזר על האינטרס הציבורי שעליו הוא מופקד, ראוי ויעיל הרבה יותר להשתמש במגוון האמצעים שפותחו במשפט המנהלי, בדין המשמעתי ובמסגרת כללי אתיקה שונים שאוזכרו לעיל.<sup>41</sup> ברור זה פסק המשנה לנשיא מצא, בעמדת מיעוט בדיון נוסף שבס, כי "הגם שהימצאות במצב של ניגוד עניינים חורגת מסדרי המינהל התקין, והיא אסורה על-פי כללי המשפט המינהלי, שכלול העבירה של הפרת אמונים ביחס לעובד ציבור שפעל בהיותו במצב של ניגוד עניינים מותנה בכך שהתנהג באופן שגרם לפגיעה מהותית בציבור".<sup>42</sup> בהסתמך על עמדה זו הסיק המשנה לנשיא מצא –

"כי אף שבכל אחת משתי הפרשיות היה שבס נתון במצב של ניגוד עניינים משמעותי... [ו] בכך... אמנם סטה שבס מן הסדר המינהלי הראוי... משלא נמצא יסוד לקבוע כי באיזה ממעשיו חרג מסמכותו או סטה מחובתו לפעול לקידום האינטרסים הציבוריים שעליהם הופקד, מן הדין היה להסתפק בהעמדתו לדין משמעתי".<sup>43</sup>

המסקנה כי את העבירה הפלילית של הפרת אמונים ראוי להגביל למצבים שבהם העדיף עובד הציבור אינטרס פרטי על האינטרס הציבורי שעליו היה מופקד נתמכת מפורשות בלשון העבירה הפלילית, אשר מתנה את העבירה בכך שהמעשה של הפרת

40 במקרים חריגים מוטלת אחריות פלילית גם בגין חוסר זהירות בשמירה על אינטרסים חשובים במיוחד – ובראשם חיי אדם – שההגנה עליהם מחייבת זהירות. במקרים אלה מוטלת אחריות פלילית על בסיס רשלנות. (במשפטנו, ס' 19 לחוק העונשין קובע במפורש כי הרשלנות היא יסוד נפשי חריג במשפט הפלילי, וכי אחריות על בסיס רשלנות מחייבת הוראה מפורשת.)

41 אך ראו את עמדתם של קרמניצר ונבות, לעיל ה"ש 7, בעמ' 543, הסבורים כי אף שגישתם של שופטי הרוב בדיון נוסף שבס היא מרחיבה מדי, הגישה "שלפיה פעולה בניגוד עניינים יכולה להיות פלילית רק אם יש אינדיקציה ברורה לפגיעה באינטרס הציבורי, או לסטייה מן השורה, היא צרה מדי. המלצתנו היא אפוא לקבוע בחוק הפלילי אינטרסים וזיקות שישגדירו מצב של ניגוד עניינים שבו נאסר על עובד הציבור לפעול ולקבל החלטות שלטוניות. לפי הצעתנו, במקרים שבהם עובד הציבור יפעל בניגוד עניינים כפי שזה יוגדר בחוק, יהיה אפשר להעמידו לדין בגין הפרת אמונים גם... אם לא הוכחה סטייה מהשורה."

42 דיון נוסף שבס, לעיל ה"ש 3, פס' 4 לפסק-דינו של המשנה לנשיא מצא (ההדגשה במקור).

43 שם, פס' 11 לפסק-דינו של המשנה לנשיא מצא (ההדגשה הוספה).

אמונים "פוגע בציבור".<sup>44</sup> למרות לשון העברה, פסק הנשיא ברק בדיון נוסף שבס כי אין העברה מותנית בפגיעה קונקרטית באינטרס הציבורי,<sup>45</sup> וכי די בכך שהפעילות תוך הימצאות במצב של ניגוד עניינים פגעה בפגיעה מהותית באחד הערכים המוגנים על-ידי העברה. זאת ועוד, גם לערכים המוגנים על-ידי העברה נתן הנשיא ברק פירוש מרחיב. לדעתו, העברה של הפרת אמונים מיועדת להגן על אחד משלושה ערכים חלופיים: תקינותן של ההחלטות במגזר הציבורי, אמון הציבור בשירות הציבורי או טוהר המידות של עובדי הציבור ונבחריו.<sup>46</sup>

על הרחבת הערכים המוגנים על-ידי העברה של הפרת אמונים (בדומה לעברת השוחד) נמתחה בעבר ביקורת, שהייתי שותפה לה.<sup>47</sup> עיקר הביקורת התמקדה בערך של אמון הציבור בשירות הציבורי. הטענה המרכזית בהקשר זה הייתה כי יש לשים את הדגש במהות, ולא בחזות: פעילות תקינה של המגזר הציבורי מחזקת את אמון הציבור בשירות הציבורי, ולהפך – אמון הציבור במגזר הציבורי נפגע כאשר הפעילות מונעת על-ידי שיקולים זרים או שרירות. ביקורת זו אומצה בדיון נוסף שבס על-ידי השופט חשין, שסבר כי "אמון הציבור במינהל הציבורי נגזר, על דרך העיקרון, מדרכי התנהלותו של המינהל".<sup>48</sup> הנשיא ברק, לעומת זאת, סבר כי "אמון הציבור בעובדי הציבור וטוהר מידותיהם אינם נופלים בחשיבותם מתקינות פעולתם של עובדי הציבור. ערכים אלה נוגעים לרמה המוסרית של החברה כולה ולתחושת הלכידות והמחויבות של הפרטים החברים בה. הם מהווים תנאים הכרחיים לקיומה של חברה דמוקרטית יציבה ומתפקדת".<sup>49</sup> לעמדתו זו של הנשיא ברק אחזור בהמשך, במסגרת הדיון בפניקה המוסרית סביב השחיתות השלטונית בישראל.<sup>50</sup>

בהקשר שאנו דנים בו – של מתיחת הגבול בין המשפט הפלילי לבין הדין המשמעתי או התחום האתי – יש לתת את הדעת לערך של טוהר המידות של עובדי הציבור, אשר מוצג על-ידי הנשיא ברק בדיון נוסף שבס כערך מוגן עצמאי החלופי לערך של תקינות ההחלטה במגזר הציבורי ואף לערך של אמון הציבור. ברמה המוסרית, המשמעתי

44 ראו את נוסח העברה לעיל בה"ש 1.

45 עמדתו זו של הנשיא ברק מתבססת על השקפתו של קרמניצר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 279–281. השקפה זו אומצה על-ידי הפסיקה גם לפני כן. ראו ע"פ 7318/95 ציוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 793, 804 (1996); פרשת גנות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 386; פרשת לב, לעיל ה"ש 2, בעמ' 547; ע"פ 3575/99 דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 721, 812 (2000).

46 לפסיקה מאוחרת שאימצה בהקשר זה את ההלכה בדיון נוסף שבס ראו ע"פ 9878/09 מדינת ישראל נ' מוסא, פס' 22 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 20.9.2010); בג"ץ 4379/09 "אומץ" – אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' פרקליט המדינה (פורסם בנבו, 5.8.2010).

47 ראו גור-אריה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 258–259; מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "עוד היכן תתרחב עוד עברת השוחד – בעקבות ע"פ 8573/96 עלי משפט א 369, 371–375 (2000); יובל קרניאל "הפרת אמונים של עובדי ציבור – הצעה לפרשנות המבוססת על הערך המוגן על ידי העבירה", לעיל ה"ש 6; קרמניצר, נבות, בן-אור, פוקס וורטהיים, לעיל ה"ש 7.

48 דיון נוסף שבס, לעיל ה"ש 3, פס' 8 לפסק-דינו של השופט חשין.

49 שם, פס' 37 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

50 ראו טקסט ליד ה"ש 97–103 להלן.

ואפילו המנהלית, אכן עשויה להיות לטוהר המידות חשיבות עצמאית, אולם אין זה מתפקידו של המשפט הפלילי בכלל, ושל העברה של הפרת אמונים בפרט, להבטיח כי מידותיהם של עובדי הציבור יהיו טהורות גם כאשר אין זיקה בין מידותיהם אלה לבין אופן מילוי תפקידם במגזר הציבורי.<sup>51</sup>

בהתייחסו ליחס בין הערכים השונים המוגנים, באופן חלופי, על-ידי העברה של הפרת אמונים, הדגיש הנשיא ברק כי הערכים של אמון הציבור ושל טוהר המידות עדיפים על ערך התקינות, משום שאת "תקינות פעולת המינהל ניתן להבטיח על-ידי השיפוט המשמעתית".<sup>52</sup> ייתכן שהנחתו של הנשיא ברק היא כי ל"תקינות" יש משמעות פורמלית – פעילות תקינה היא פעילות שנעשית בהתאם לכללים הפורמליים שעוצבו במשפט המנהלי. תפיסה זו מצומצמת מדי. את תקינותה של הפעילות במגזר הציבורי יש לבחון בצורה מורכבת יותר בהתחשב בשיקולים מהותיים של ענייניות, הגינות, העדר משוא-פנים או שרירות. פעילות שנעשית על-ידי עובד ציבור במסגרת מילוי תפקידו ואשר אינה הוגנת או משקפת הפליה או שרירות (כלומר, מנוגדת לערך המיועד להבטיח את טוהר המידות) פוגעת ממילא גם בתקינות ההתנהלות של המגזר הציבורי (כלומר, מנוגדת לערך המיועד להבטיח את תקינות הפעילות במגזר הציבורי).<sup>53</sup> אולם – וזו הנקודה החשובה – כל עוד עובדי הציבור ממלאים את תפקידם באופן ענייני, בהגינות וללא הפליה או שרירות, קרי באופן תקין, אין זה עניינו של המשפט הפלילי לבחון את טוהר מידותיהם. אם מאמינים כי כהונה בתפקיד כלשהו – למשל, שיפוט, רמטכ"ל או מפכ"ל – משטרה – מחייבת שלבעל התפקיד יהיו מידות טהורות מעבר לאופן שבו הוא ממלא את תפקידו, בעיקר בשל המסר הייצוגי הטמון בתפקיד, אזי הדרך להסדיר זאת היא במסגרת דרישות התפקיד, שאותן אפשר לאכוף באמצעים מנהליים, באמצעות הדין המשמעתית החל על התפקיד, ואף באמצעות שימוש באמצעים חוץ-משפטיים.

51 ראו ברוח דומה חיים ה' כהן "הרהורים על טוהר המידות" **משפט וממשל** ב 403, 439 (1994); מישאל חשין "אמון הציבור בבית המשפט – תגובה למאמרו של השופט חיים כהן ז"ל ולהרהורי הכפירה שלו במושג אמון הציבור" **המשפט** ט 491, 495 (2004).

52 דיון נוסף **שבס**, לעיל ה"ש 3, פס' 37 לפסק-דינו של הנשיא ברק. השופטת ביניש, לעומת זאת, הבהירה כי היא הייתה מדרגת את שלושת הערכים המוגנים על-ידי עברת הפרת האמונים בסדר שונה: "בעיניי, ראש וראשון בהם הוא פעילותו התקינה של המינהל הציבורי, אשר מבטא את האינטרס הציבורי המובהק שלשמו נחקקה העבירה הפלילית" (שם, פס' 4 לפסק-דינה של השופטת ביניש).

53 ברוח זו הבהיר השופט חשין כי "נתקשיתי להבחין הבחנה-של-אמת בין נושא טוהר המידות לבין נושא תקינות פעילותו של המינהל... דומה בעיניי שהשניים קשורים ואחוזים זה-בזה עד לבלי-הפרד, וכי מושג תקינות פעילותו של המינהל – במובנו הראוי – צופן בחובו את טוהר המידות של עובדי הציבור. אני מתקשה לצייר תקינות בפעילותו של מינהל ציבורי באין טוהר מידות של עובדי הציבור" (שם, פס' 9 לפסק-דינו של השופט חשין).

### פרק ג: התמיהות – פרשנותה של עבירת הפרת האמונים בדיון נוסף שבס לאור "ערכי-היסוד" של שיטתנו המשפטית

ההחלטה לקיים דיון נוסף בפרשת שבס התבססה על אופייה יוצא-הדופן של עבירת הפרת האמונים כ"עבירת מסגרת... שלא כדרכן של עבירות פליליות אין היא בנויה על יסודות מוגדרים באורח מדויק וברור".<sup>54</sup> מטרתו של הדיון הנוסף הייתה "לקבוע מיבחי ברור ומדויק ככל הניתן ליסודותיה של העבירה".<sup>55</sup>

הדרישה להגדרה ברורה של עבירה פלילית נגזרת מעקרון החוקיות בתחום הפלילי, שלפיו על המחוקק לקבוע את היקף האיסור הפלילי באופן ברור שיהיה בו כדי לספק אזהרה הוגנת לפרט.<sup>56</sup> עקרון החוקיות במשמעותו זו מיועד להגן על זכויות-יסוד של הפרט ולהבטיח כי הגבלת החירות של הפרט והכפפתו לכוחו הכופה של המשפט הפלילי ייעשו על-ידי הריבון – המחוקק. אזהרה הוגנת נדרשת כדי להבטיח אוטונומיה לפרט, כך שהשאלה אם הוא או היא יהיו כפופים למשפט הפלילי תהא נתונה לבחירתם: הוא או היא ידעו מראש מהם האיסורים המוטלים עליהם ומהם העונשים בגינם, והם ייענשו אם למרות ידיעה זו הם בחרו להפר את החוק. נוסף על כך, האזהרה ההוגנת תבטיח ודאות וביטחון, באשר היא תאפשר להם לכלכל את צעדיהם באופן שלא יכפיף אותם למשפט הפלילי. לבסוף, הגדרת גבולותיו של האיסור מראש בחוק, ולא בדיעבד על-ידי בתי-המשפט בהתחשב במקרה קונקרטי זה או אחר, תאפשר שוויון לפני החוק.

אכן, עבירה שיסודותיה אינם מוגדרים דיים נתפסת בשיטות משפט שונות כעבירה שפוגעת בזכויות חוקתיות ולכן כבלתי-חוקתית. בארצות-הברית הביטול החוקתי של העבירה מתבסס על הזכות החוקתית להליך הוגן,<sup>57</sup> ואילו בגרמניה הוא מסתמך על כבוד האדם.<sup>58</sup>

עוד בשנות החמישים הבהיר בית-המשפט העליון שלנו, בפרשת אש"ד,<sup>59</sup> מדוע עבירת-סל שיסודותיה אינם מוגדרים, דוגמת העבירה (שנידונה לפניו) האוסרת מעשה

54 ציטוט מדבריו של השופט חשין בהחלטתו על קיום דיון נוסף, כמובא שם, בפס' 29 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

55 ציטוט מדבריו של השופט חשין בהחלטתו על קיום דיון נוסף, כמובא שם, בפס' 21 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

56 על חשיבותו של עקרון החוקיות בפלילים בהקשר זה ראו: Mordechai Kremnitzer, *Interpretation in Criminal Law*, 21 ISR. L. REV. 358 (1986); בועז סנג'רו "פרשנות מרחיבה בפלילים?!" **עלי משפט** ג 165 (2003).

57 ראו: Papachristou v. City of Jacksonville, 405 U.S. 156 (1972); City of Chicago, Petitioner v. Jesus Morales, 527 U.S. 41 (1999).

58 ראו, למשל: 78 BVERFGE 254 (1962) (concerning Street Traffic Rules, § 49); 78 BVERFGE 374 (1988) [concerning Telecommunication Installations Act, § 15(2)(a)].

59 ע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח 785 (1954) (להלן: פרשת אש"ד).

הגורם "תקלה ציבורית"<sup>60</sup> עומדת בסתירה לעקרון החוקיות ופוגעת בזכויות-יסוד של הפרט, באשר הוא נענש מבלי שהוזהר מראש. אף שבית-המשפט מתח ביקורת נוקבת על העברה, הוא לא ראה את עצמו מוסמך לבטלה, וזאת בשל תפיסתו כי גם ביטולה של עברה – ולא רק חיקוקה – מסור בידי המחוקק. לנוכח זאת הסתפק בית-המשפט בהצרה משמעותית של גבולות העברה, תוך שהוא קורא למחוקק לבטלה.<sup>61</sup>

במהלך מחצית המאה שחלפה למן פרשת אש"ד ועד לדיון נוסף שבס זכו במשפטנו הזכויות המוגנות על-ידי עקרון החוקיות בהכרה חוקתית, עם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,<sup>62</sup> הנותן "ביטוי לערכי היסוד של שיטת המשפט שלנו."<sup>63</sup> בעקבות חקיקה זו בית-המשפט העליון רואה את עצמו מוסמך להפעיל ביקורת שיפוטית על חקיקה.<sup>64</sup> היה אפשר על-כן לצפות כי בדומה לשיטות משפט אחרות, גם בית-המשפט שלנו לא יירטע מלהכריז על עברה שגבולותיה אינם ברורים דיים כעברה בלתי-חוקתית ולפיכך כבטלה. אכן, בהקשר אחר – אם כי לא כזה הנוגע בשאלת חוקתיותה של הוראת חוק – ביטל בית-המשפט שלנו, באופן חלקי, צו הגבלה שהפרתו מהווה עברה פלילית, מהנימוק שצו ההגבלה אינו מפורט דיו ולכן "אינו מתיישב עם דרישת החוקיות, המחייבת הגדרה ברורה ובהירה של האיסור."<sup>65</sup>

העברה הקונקרטית של הפרת אמונים, בדומה לרוב העברות הספציפיות בחוק העונשין, נהנית מחסינות מפני ביקורת שיפוטית משום שהיא נחקקה עוד קודם לחוקי-היסוד.<sup>66</sup> אולם בית-המשפט שלנו כבר הבהיר כי גם אם "חוק היסוד אינו יכול לשנות את תוקפו של הדין הישן... חוק היסוד צריך להשפיע על מובנו של הדין הישן... פרשנותו של הדין הישן צריכה להיעשות ברוח הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו."<sup>67</sup> מכיוון שכך, בית-המשפט בדיון נוסף שבס היה יכול לפחות ללכת באותה דרך שבה הלך בית-המשפט בפרשת אש"ד, להכריז כי ראוי לו למחוקק לבטל את העברה, וכל עוד המחוקק אינו עושה זאת – להעניק לעברה פרשנות ברורה ומצומצמת. אולם כפי שראינו, בדיון נוסף שבס בחר בית-המשפט ללכת בדרך שונה ולהעניק לעברה

60 העברה הייתה מוגדרת בזמנו בס' 105 לפקודת החוק הפלילי, 1936, אשר נהפך לס' 198 לחוק העונשין.

61 רק בחלוף יותר מחמישים שנה, בשנת 2008, בוטלה העברה בהסתמך על פסק-הדין בפרשת אש"ד, לעיל ה"ש 59. ראו חוק העונשין (תיקון מס' 100), התשס"ח-2008, ס"ח 812.

62 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.

63 בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, פס' 9 לפסק-דינו של המשנה לנשיא ברק (1995).

64 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 419–427 (1995).

65 בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלון פיקוד העורף, פס' 21 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 12.1.2006).

66 ראו ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

67 בש"פ גנימאת, לעיל ה"ש 63, פס' 9 לפסק-דינו של המשנה לנשיא ברק. אך ראו את עמדת המיעוט של השופט חשין בפס' 20–28 לפסק-דינו.

של הפרת אמונים פרשנות מרחיבה, וזאת כדי שלא יישלל "מהחברה הישראלית מכשיר חשוב בשמירה על הערכים המונחים ביסוד השירות הציבורי"<sup>68</sup>. לגישתו של השופט חשין, הבחירה בדרך שונה מזו שבה הלך בית המשפט בפרשת אש"ד נובעת ממהותה הנבדלת של העברה של הפרת אמונים, שהיקפה מוגבל מזה של "תקלה ציבורית". בעוד שהעבירה של תקלה ציבורית חלה על כל מי שעושה מעשה הגורם תקלה ציבורית, העברה של הפרת אמונים חלה רק ביחס לעובדי ציבור עליהם מוטלת חובת אמונים.<sup>69</sup> אולם בהתחשב ברוחבן של חובות האמון הנגזרות מהיותו של עובד הציבור נאמן של הציבור אף מבלי שיהיה לחובות אלה עיגון מפורש בחוק, מחד גיסא, ובהתחשב ברוחב ההגדרה של עובדי ציבור,<sup>70</sup> מאידך גיסא, ספק רב אם די בהבדלים אלה לשנות את אופייה של עברת הפרת האמונים כעברת-סל בעלת רקמה פתוחה. אכן, השופט חשין עצמו היה מודע לעובדה ש"גם כך תחומי תחולתה של עבירת 'הפרת אמונים' רחבים הם למדיי"<sup>71</sup>. עם זאת, בדומה לנשיא ברק, גם השופט חשין סבר כי "עבירה זו של 'הפרת אמונים' ממלאת תפקיד חשוב בדרכי התנהלותם של עובדי ציבור, ולו משום שאין די בהם, לא באתיקה ולא בדין המשמעתי. ביטולה של העבירה יפער חלל בלתי רצוי, אף מאיים, במערכת ההגנה על השירות הציבורי, יביא להערכת האטמוספירה שבה אנו כולנו חיים, וכנדרש מכאן יש ונכון להותירה על מכונה"<sup>72</sup>.

נטייתם של בתי-המשפט שלנו להעדיף, גם בתחום הפלילי, פרשנות תכליתית על פרשנות המצמצמת את היקף האיסור אינה חדשה.<sup>73</sup> אולם ככלל הפרשנות התכליתית מתוחמת על-ידי יסודות העברה כפי שהם מפורטים בהגדרתה. התיחום נדרש משום שהמשפט הפלילי אינו מעניק הגנה מלאה ומוחלטת לערך המוגן (תכלית העברה); היקף ההגנה נקבע על-ידי השילוב של היסוד העובדתי עם היסוד הנפשי של העברה. יסודות מוגדרים כאלה נעדרים מעברות-הסל, דוגמת העברה של הפרת אמונים. בהעדר יסודות ברורים, התיחום של היקף ההגנה על הערכים המוגנים מסור לידי בתי-המשפט, בסתירה

68 דיון נוסף שבס, לעיל ה"ש 3, פס' 31 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

69 שם, פס' 4 לפסק-דינו של השופט חשין.

70 ראו הגדרת "עובד הציבור", בס' 34 כד לחוק העונשין.

71 דיון נוסף שבס, לעיל ה"ש 3, פס' 4 לפסק-דינו של השופט חשין.

72 שם.

73 פסק-הדין המוביל בהקשר זה הוא ע"פ 787/79 מורחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (4) 421, 424-427 (1980). לביקורת על עמדה פרשנית זו ראו סנג'רו, לעיל ה"ש 56; מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "בית המשפט כמסייע לדבר חקיקה – על הסיוע לדבר עברה ועל הפרשנות בפלילים" מחקרי משפט יז 403 (2002). באופן חלקי אומצה הפרשנות התכליתית בס' 34 כד לחוק העונשין (שהוסף בחוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994, ס"ח 348), אם כי במקרים שבהם הפרשנות התכליתית מניבה שני פירושים סבירים, על הפרשן לבחור בפרשנות המצמצמת את האיסור. הסעיף קובע:

#### "פרשנות

ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין."

בולטת לעקרון החוקיות. סתירה כזו טמונה בדבריו של הנשיא ברק, הרואה יתרון בקיום העברה של הפרת אמונים כעברת-סל המאפשרת לבתי-המשפט להחיל את העברה "על מצבים שקשה לצפותם או להגדירם מראש בעת החקיקה, אך הם נגזרים מנסיבות הזמן והמקום".<sup>74</sup> ההשתמעות היא שבית-המשפט הוא שיכריע אם לנוכח השתנות הנסיבות ראוי להחיל את העברה גם על מצבים שלא נצפו מראש, בבחינת החלה למפרע. הנשיא ברק היה ער לעובדה שפרשנות כזו פוגעת בזכויות אדם חוקתיות, אך סבר כי "תהא זו תוצאה בלתי ראויה אם השימוש בהכללות אלה, עד כמה שהוא פוגע בזכויות אדם חוקתיות, יהא בלתי חוקתי".<sup>75</sup>

להבדיל מנכונותו של הנשיא ברק להחיל את העברה של הפרת אמונים גם על מצבים שלא נצפו מראש, סירבו שופטי הרוב של בית-משפט השלום בירושלים להחיל את העברה כפי שזו פורשה בדיון נוסף שבס על המינויים הפוליטיים בפרשת הנגבי,<sup>76</sup> מהנימוק כי "עבירת הפרת האמונים אינה עבירה חדשה בחוק העונשין, אך איש לא עשה בה שימוש בהקשר של מינויים פוליטיים. מכאן שהתנהלות המאשימה כשהחליטה להכליל מעשים כאלה כעבירה פלילית יש בה כדי לפגוע בעקרון החוקיות... לא יתכן ליתן הכרעה שיפוטית, הקובעת כי עסקינן בעבירה פלילית, על מעשים שנעשו עוד טרם הוצאה הנחייה המזהירה לבל יעבור אדם עבירה פלילית בגין מינוי פוליטי".<sup>77</sup> אף ששופטי הרוב היו בדעה כי מינויים פוליטיים עשויים להגיע כדי הפרת אמונים פלילית, זופה הנגבי מהעברה של הפרת אמונים בהתבסס על העדרה של אזהרה הוגנת. לדעת השופט רומנוב, "העובדה שלא ננקטו הליכים פליליים נגד איש למרות היקפה של תופעת המינויים הפוליטיים ולמרות הגינוי שהיא זכתה לו במשך שנים, ביחד עם העובדה שמדובר ב'עבירת מסגרת', יכולה לשמש בסיס" להגנה מן הצדק.<sup>78</sup> לדעת השופט צור, "באותם מקרים בהם בית המשפט נוטה לקבוע סטנדרטים חדשים, יש לקבוע כי הטעות של הנאשם בהבנת האיסור היתה בלתי נמנעת באורח סביר, ולהחיל את ההגנה של טעות שבדין".<sup>79</sup>

כיצד ניתן להסביר את נכונותו של הנשיא ברק, אבי "המהפכה החוקתית", לסטות מן המתחייב מעקרון החוקיות בפלילים, לראות בכך יתרון ולהשלים עם פגיעה בזכויות אדם חוקתיות?

74 דיון נוסף שבס, לעיל ה"ש 3, פס' 30 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

75 שם.

76 ת"פ (שלום י"ם) 4063/06 מדינת ישראל נ' הנגבי (טרם פורסם, 13.7.2010).

77 שם, פס' 221, 223 לפסק-דינו של השופט יואל צור.

78 שם, פס' 2193 לפסק-דינו של השופט רומנוב.

79 שם, פס' 228 לפסק-דינו של השופט צור. הגנת הטעות בדיון קבועה בס' 34 לוחק העונשין, הקובע:

#### "טעות במצב משפטי"

לענין האחריות הפלילית אין נפקה מינה אם האדם דימה שמעשהו אינו אסור, עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו של האיסור, זולת אם הטעות היתה בלתי נמנעת באורח סביר.

לכאורה, התשובה לשאלה זו טמונה ב"מידתיות". כידוע, הבדיקה החוקתית של הוראות חוק אצלנו אינה נעצרת במסקנה בדבר קיומה של פגיעה בזכות-יסוד חוקתית, אלא מחייבת לבדוק אם הפגיעה היא מידתית לאור מבחניה של פסקת ההגבלה שבחוקי-היסוד.<sup>80</sup> העברה של הפרת אמונים, כעברה שנחקקה עוד קודם לחוקי-היסוד, חסינה אומנם מפני ביקורת חוקתית, אולם בתי-המשפט שלנו, הנאמנים לעמדתם כי חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו משפיע על פרשנותו של "הדין הישן",<sup>81</sup> נעזרים לא פעם במבחני המידתיות, דוגמת אלה המנויים בפסקת ההגבלה שבחוקי-היסוד, בבואם לפרש עברה המוגדרת ב"דין הישן".<sup>82</sup> בדיון נוסף שבס, לעומת זאת, אין כל דיון בשאלה אם הפגיעה בזכויות-היסוד החוקתיות היא מידתית. אילו נתן בית-המשפט את דעתו לשאלה זו, ספק אם היה אפשר להצדיק את הפגיעה בזכויות לחירות ולכבוד הנגרמת על-ידי הפרשנות המרחיבה לעברת-הסל של הפרת אמונים כפגיעה מידתית. זאת, לנוכח קיומם של מגוון אמצעים חלופיים, פוגעניים פחות ויעילים יותר, להתמודדות עם מצבים של ניגוד עניינים ואף עם טוהר המידות במגזר הציבורי – אמצעים שעליהם הצבעתי לעיל. את ההסבר אני מציעה לחפש במקום אחר – בתופעת הפניקה המוסרית.

### פרק ד: פניקה מוסרית סביב השחיתות השלטונית

את המושג "פניקה מוסרית" פיתח הסוציולוג סטנלי כהן בתחילת שנות השבעים,<sup>83</sup> ומאז נהפך המושג לכלי להערכת תופעות חברתיות הקשורות באופן הדוק למשפט הפלילי.<sup>84</sup> פניקה מוסרית מתפתחת בהתייחס להתנהגות מסוימת של קבוצה באוכלוסייה שנתפסת כהתנהגות בלתי-מוסרית המסכנת ערכים בסיסיים בחברה. גם אם יש בסיס אמפירי לראיית ההתנהגות כהתנהגות שמסכנת ערך חברתי (התנהגות עבריינית), התגובה על אותה התנהגות היא חסרת פרופורציה, ויש בה יסודות של הגזמה. התגובה

80 ס' 8 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

81 ראו לעיל ליד ה"ש 67.

82 ראו, למשל, דנ"פ 7383/08 **אונגרפלד נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 11.7.2011). בפרשה זו צמצם בית-המשפט את היקף תחולתה של העברה של העלבת עובד ציבור, המוגדרת בס' 288 לחוק העונשין, באמצעות מבחנים שאובים מפסקת ההגבלה שבחוקי-היסוד, וזאת בשל חשיבותו של חופש הביטוי.

83 STANLEY COHEN, *FOLK DEVILS AND MORAL PANICS* (3rd ed. 2002).

84 להתפתחות המושג "פניקה מוסרית" ראו: Nachman Ben-Yehuda, *The Sociology of Moral Panics: Toward a New Synthesis*, 27 SOC. Q. 495 (1986); ERICH GOODE & NACHMAN BEN-YEHUDA, *MORAL PANICS: THE SOCIAL CONSTRUCTION OF DEVIANCE* (2nd ed. 2009); David Garland, *On the Concept of Moral Panic*, 4 CRIME, MEDIA, CULTURE 9 (2008); Angela McRobbie & Sarah L. Thornton, *Rethinking 'Moral Panic' for Multi-Mediated Social Worlds*, 46 BRIT. J. SOCIOLOGY 559 (1995).



יוצרת סטריאוטיפ של אלה המעורבים בהתנהגות זו – "שטן עממי" (סטנלי כהן). הסטריאוטיפ שנוצר יוצר זרות בין "הם" הרעים לבין "אנחנו" הקורבנות התמימים. את הפניקה המוסרית מזינה בדרך-כלל התקשורת, ובעקבותיה מוקמים גופים וולונטריים להילחם בתופעה. עם התפשטותה של הפניקה המוסרית, היא משפיעה גם על גורמי אכיפת החוק, ומתבטאת באכיפת-יתר, בהחמרת הענישה, בהרחבת האחריות הפלילית, ולרוב גם בשפע הצעות חוק שיאפשרו להתמודד עם המצב שנוצר.<sup>85</sup> אחת מאמות-המידה לזיהוי של פניקה מוסרית טמונה ברטוריקה שבה משתמשים הגורמים השונים להעצמת דימויה של התופעה.

פניקה מוסרית היא תופעה חברתית תלוית-זמן ותלוית-מקום. יש מקרים שבהם הפניקה המוסרית, שהניבה תגובות משפטיות חסרות פרופורציה, חוצה גבולות. הדוגמה המובהקת לכך היא הפניקה המוסרית סביב פדופיליה,<sup>86</sup> שהולידה הסדרים משפטיים ייחודיים שמיועדים להתמודד עם מסוכנותו של הפדופיל גם לאחר ריצוי עונשו,<sup>87</sup> ואשר מגבילים לשם כך בצורה ניכרת את חירויותיו ופרטיותו. במקרים אחרים הפניקה המוסרית מיוחדת לחברה מסוימת בזמן נתון. במקום אחר טענתי כי החברה הישראלית מצויה בעיצומה של פניקה מוסרית סביב תאונות "פגע וברח".<sup>88</sup> פניקה זו באה לידי ביטוי בהחמרה משמעותית של הענישה,<sup>89</sup> בהרחבת האחריות גם לנוסע ברכב שלא

85 לדיון נרחב באמות-המידה לזיהוי פניקה מוסרית ראו GOODE & BEN-YEHUDA, שם, בעמ' 20–50.

86 ראו GOODE & BEN-YEHUDA, לעיל ה"ש 84, בעמ' 18–19; Amy Anderson & Lisa Sample, *Public Awareness and Action Resulting from Sex Offender Community Notification Laws*, 19 CRIM. JUST. POL'Y REV. 371 (2008); Daniel M. Filler, *Terrorism, Panic and Pedophilia*, 10 VA. J. SOC. POL'Y & L. 345 (2002–2003). בהקשר דומה (החזקת תמונות פורנוגרפיות של ילדים) ראו: Lise Gotell, *Inverting Image and Reality: R. v. Sharpe and the Moral Panic* (2001–2003) *around Child Pornography*, 12 CONST. F. 9, 13 (2001–2003). אך ראו לימור עצינוי וטליה קלצקי "תופעת הפדופיליה וחוק הגנה על הציבור מפני עברייני מין – על החיבור המתבקש בין פסיכולוגיה-פסיכיאטריה לבין פיתוח נורמות משפטיות ראויות להתמודדות עם התופעה" **עלי משפט** ט 239, 301–303 (2011), הסבורות כי "תהיה זו טעות לראות במהלכי חקיקה ייעודית לטיפול בבעיית הפדופיליה תולדה של פניקה מוסרית, טעות הנובעת מכך שאנו כחברה לא ערים דינו לשכיחות הגבוהה של פגיעות מיניות בילדים כמו גם לעובדה שמדובר בהפרעה קלינית ייחודית" (שם, בעמ' 303).

87 ראו אצלנו חוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין, התשס"ו-2006, ס"ח 243; חוק למניעת העסקה של עברייני מין במוסדות מסוימים, התשס"א-2001, ס"ח 509; חוק מגבלות על חזרתו של עברייני מין לסביבת נפגע העבירה, התשס"ה-2004, ס"ח 6. על חוקים דומים (ואף מגבילים יותר) בארצות-הברית, המכונים "Megan Laws", ראו: Doron Teichman, *Sex, Shame, and the Law: An Economic Perspective on Megan's Laws*, 42 HARV. J. LEGIS. 355, 389–391 (2005); Daniel M. Filler, *Making the Case for Megan's Law: A Case Study in Legislative Rhetoric*, 76 IND. L. REV. 315, 345 (2001).

88 מרים גור-אריה "המשפט הפלילי בפסיקה בית המשפט העליון בשנת תשע"א – מגמה של הרחבת האחריות הפלילית ושל החמרת הענישה" **דין ודברים** ז 59, 88–93 (2012).

89 בפסק-הדין ע"פ 2247/10 ימיני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.1.2011), לאחר שסקר את רמת הענישה המקובלת בגין עבירה של הפקרה לאחר פגיעה (המוגדרת בס' 64 לפקודת התעבורה) [נוסח

הזעיק את כוחות ההצלה,<sup>90</sup> ובתיוג העברה של הפקרה לאחר פגיעה כ"בזויה שבעבירות"<sup>91</sup> – תיוג הממעט מערכן של עברות אחרות, דוגמת רצח, אונס, שוד ישישות או התעללות פיזית ונפשית בבני משפחה.

אני סבורה כי רבים ממאפייניה של הפניקה המוסרית מאפיינים בעשור האחרון גם את המאבק בשחיתות השלטונית בישראל. את הסיקור האינטנסיבי של השחיתות השלטונית בתקשורת ניתן לאפיין כמעבר מ"מושחתים נמאסתם" ל"מושחתים לכלא".<sup>92</sup> תנועה התנדבותית מיוחדת – התנועה למען איכות השלטון בישראל<sup>93</sup> – הוקמה כדי להיאבק בשחיתות השלטונית. לא פעם נשמעות הערכות שלפיהן "תרבות השחיתות היא הבעיה החמורה ביותר בישראל, בעיקר בשל אבדן אמון הציבור במערכת הציבורית".<sup>94</sup> "התרבות השלטונית הפכה חסרת בושח".<sup>95</sup> באווירה הציבורית שנוצרה סביב השחיתות השלטונית, על יועץ משפטי לממשלה שסוגר תיק הנוגע בשחיתות של נבחר ציבור או של עובד ציבור בכיר נשפכים קיתונות של ביקורת,<sup>96</sup> ואילו החלטה להעמיד לדין מזכה אותו בעלי דפנה, עד כדי כך שהערכת תפקודו של יועץ משפטי לממשלה זה או אחר, או אף הערכת תקופות במהלך כהונתו של יועץ משפטי אחד, נעשית בהתאם למידת נכונותו להעמיד לדין נבחר ציבור ועובדי ציבור בכירים.<sup>97</sup> דיון נוסף שבס הוא בעיני תוצר של הפניקה המוסרית סביב השחיתות השלטונית.

- 
- חדש], התשכ"ב-1961), בחר בית-המשפט העליון להעלות במודע ובצורה ניכרת את רמת הענישה בגין עברה זו, והטיל על הנאשם ארבע שנות מאסר במצטבר לעשר שנות המאסר שהוטלו עליו בגין הריגה. התיקון לפקודת התעבורה (פקודת התעבורה (תיקון מס' 101), התשע"ב-2011, ס"ח 2) העלה את העונש המרבי הצפוי בגין עברה של הפקרה לאחר פגיעה לארבע-עשרה שנות מאסר.
- 90 פרשת ימיני, שם. העונש הצפוי כיום לנוסע ברכב שלא הזעיק את כוחות ההצלה – מכוח ס' 1א64, שהוסף לפקודת התעבורה בתיקון מס' 101 (שם) – הוא שבע שנות מאסר.
- 91 פרשת ימיני, לעיל ה"ש 89, פס' 77 לפסק-דינו של השופט עמית.
- 92 ברשתות החברתיות המובילות ניתן לאתר דפים לא-מעטים שכותרתם "מושחתים לכלא". ראו, למשל, את הקבוצה בפייסבוק: [he-il.facebook.com/pages/%D7%9E%D7%95%D7%A9%D7%97%D7%AA%D7%99%D7%9D-%D7%9C%D7%9B%D7%9C%D7%90/116197361734818](https://www.facebook.com/pages/%D7%9E%D7%95%D7%A9%D7%97%D7%AA%D7%99%D7%9D-%D7%9C%D7%9B%D7%9C%D7%90/116197361734818).
- 93 ראו את אתר התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר): [www.mqg.org.il](http://www.mqg.org.il).
- 94 דורון שפר "תרבות השחיתות – הבעיה החמורה ביותר" *ynet* 27.9.2004 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2982499,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2982499,00.html).
- 95 דורון שפר "מזוז: התרבות השלטונית הפכה חסרת בושח" *ynet* 2.11.2004 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2998545,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2998545,00.html).
- 96 "מסתמן: מזוז יחליט לסגור את התיק נגד שרון... שריד בתגובה: 'אם במקרה כה מתועד של שחיתות גלויה לא יהיה כתב אישום, אפשר לשכוח מכתבי אישום נגד אישי ציבור בכלל'". טל רוזנר "מסתמן: מזוז יחליט לסגור את התיק נגד שרון" *ynet* 24.5.2004 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2921548,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2921548,00.html).
- 97 ראו, למשל, מאמר המסכם את כהונתו של מני מזוז כיועץ משפטי לממשלה: ארי שביט "פרשות קצב, רמון, האי היווני ועוד. היועץ המשפטי לממשלה היוצא, מני מזוז, מסכם קדנציה" *הארץ* [www.haaretz.co.il/misc/1.1186918](http://www.haaretz.co.il/misc/1.1186918) 29.1.2010.

את השפעתה של הפניקה המוסרית שהביאה לידי הרחבת-יתר של העברה של הפרת אמונים באופן שאינו מתיישב עם ערכי-היסוד של השיטה המשפטית שלנו ניתן לאתר ברטוריקה שבה השתמשו שופטי הרוב בהסבירם את חשיבות העברה של הפרת אמונים. נקודת המוצא של הנשיא ברק הייתה כי ביטול העברה של הפרת אמונים יגרום לכך ש"תחסר שיטת המשפט שלנו מכשיר חשוב להבטחת פעולתו הראויה של המינהל הציבורי".<sup>98</sup> השופט חשין הדגיש כי "ביטולה של העבירה יפער חלל בלתי רצוי, אף מאיים, במערכת ההגנה על השירות הציבורי".<sup>99</sup> לדעת הנשיא ברק, העברה הכרחית משום ש"רוצים אנו לקיים בישראל חברה מתקדמת, הבנויה על מינהל ציבורי תקין, על שלטון החוק ועל יחסי אנוש המעוצבים על בסיס של יושר, הגינות וטוהר מידות. האיסור הפלילי על הפרת אמונים נועד להבטיח מטרות אלה".<sup>100</sup> בהתייחסו לחשיבותם של הערכים השונים המוגנים על-ידי העברה, וביניהם טוהר המידות, משתמש הנשיא ברק לא פעם ברטוריקה "מוסרנית": "שירות ציבורי שמידותיו אינן טהורות ושכפיו אינן נקיות הוא שירות ציבורי לא מוסרי";<sup>101</sup> "ערכים אלה [המוגנים על-ידי העברה של הפרת אמונים] נוגעים לרמה המוסרית של החברה כולה ולתחושת הלכידות והמחויבות של הפרטים החברים בה".<sup>102</sup>

רטוריקה זו מנוגדת למושכלות-יסוד הנוגעות בהצדקות שיש למדינה ליברלית בבואה להשתמש בכוחו הכופה של המשפט הפלילי. השימוש במשפט הפלילי מוצדק אם הוא מיועד למנוע נזק לפרט או נזק לעצם קיומה של המסגרת המדינתית או לפעילות התקינה של מוסדותיה.<sup>103</sup> מדינות ליברליות הגיעו כבר מזמן למסקנה שאין זה מתפקידו של המשפט הפלילי לאכוף את המוסר המקובל – או לשמור על הרמה המוסרית של החברה, כלשונו של הנשיא ברק – ואף לא לעצב יחסי אנוש על בסיס יושר והגינות. לא ברור לי גם מהי ההצדקה להגנה על הערך של לכידות חברתית בחברה פלורליסטית ורב-תרבותית.

מעבר לרטוריקה המוסרנית, גם הערכת-המוצא של שופטי הרוב, שלפיה העברה של הפרת אמונים מהווה מכשיר שבלעדיו לא יהיה אפשר להבטיח את פעולתו הראויה של המגזר הציבורי, היא הערכה מופרזת. כפי שראינו, המשפט שלנו כולל לא מעט מנגנונים חלופיים למשפט הפלילי המיועדים לטפל בטוהר המידות של עובדי השירות הציבורי ושל נבחרי. גם בתופעות חמורות של "שחיתות ציבורית", אשר מְסַפְּנות את תפקודו של השירות הציבורי ומצדיקות גינוי פלילי, ניתן לטפל באמצעות מגוון איסורים פליליים המצויים בדיני העונשין שלנו בצד העברה של הפרת אמונים. אכן, לצערנו, לא מעט

98 דיון נוסף שבס, לעיל ה"ש 3, פס' 30 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

99 שם, פס' 4 לפסק-דינו של השופט חשין (ההדגשה הוספה).

100 שם, פס' 30 לפסק-דינו של הנשיא ברק (ההדגשה הוספה).

101 שם, פס' 34 לפסק-דינו של הנשיא ברק (ההדגשה הוספה).

102 שם, פס' 37 לפסק-דינו של הנשיא ברק (ההדגשות הוספו).

103 הבסיס לעקרון הנזק במשפט הפלילי הוא בכתביו של מיל. ראו: John Stuart Mill, *On Liberty*, in JOHN STUART MILL, *ON LIBERTY AND OTHER WRITINGS* 13 (Stefan Collini ed., Cambridge University Press 1989).

מעובדי הציבור הבכירים נתנו ונותנים את הדין על עֲבֶרֶת השוחד (שעונשה המרבי עשר שנות מאסר),<sup>104</sup> על העֲבֶרֶת של גִּנְבָה בידי עובד ציבור (שעונשה עד עשר שנות מאסר),<sup>105</sup> על העֲבֶרֶת של קבלת דבר במרמה (אשר עונשה בנסיבות מחמירות מגיע עד חמש שנות מאסר)<sup>106</sup> ועוד.

באמצעות הרטוריקה והרחבת היקף השתרעותה של העֲבֶרֶת של הפרת אמונים, יצרה דעת הרוב בדיון נוסף **שבס** "זרות" בין עובדי הציבור המושחתים לבינינו – כלל הציבור. הם, המושחתים, מאיימים על מערכת השירות הציבורי, ויובילו "להערכת האטמוספירה שבה אנו כולנו חיים".<sup>107</sup> זרות זו מנעה את בית-המשפט מלתת את דעתו לשאלת ההשפעה שעלולה להיות לפרשנות המרחיבה של עֲבֶרֶת הפרת האמונים על נכונותם של אנשים מוכשרים לכהן כעובדי ציבור בכירים או כנבחרי ציבור. חוסר ההתייחסות לשאלת ההשפעה האפשרית הזו בולט לנוכח החשיבות שייחס בג"ץ לשאלה זו במישור המנהלי בבואו ליישם את הכלל האוסר ניגוד עניינים:

"מובן, שכל אימת שקיים ניגוד עניינים, יש לעשות למניעתו. עם זאת, יש ליישם את הכלל בצורה זהירה ואחראית, משום ששימוש בו בצורה קיצונית ובלתי מאוזנת עלול להרחיק אנשים טובים ומוכשרים מתפקידים אותם מתאימים הם למלא, מבלי שקיים חשש של ממש לפגיעה בטוהר המידות. לפיכך, פותחו בפסיקה כללים לתחימת מתחם הפסלות. הפסלות איננה אוטומטית... הדרך למנוע ניגוד עניינים ולהימנע ממנו, אינה בהכרח כזו שנושא המשרה יאלץ למשוך ידו כליל משני העיסוקים היוצרים את חשש ניגוד העניינים... הנטייה היא בדרך כלל להכשיר ולא לפסול."<sup>108</sup>

## סיכום

העֲבֶרֶת של הפרת אמונים היא עֲבֶרֶת-סל שישודותיה אינם מוגדרים. בדיון נוסף **שבס** התבקש בית-המשפט העליון לתחום את היקף העֲבֶרֶת. הנשיא ברק, בדעת רוב, בחר במודע לא לתת לעֲבֶרֶת פירוש מצומצם "אשר ישלול מהחברה הישראלית מכשיר חשוב בשמירה על הערכים המונחים ביסוד השירות הציבורי".<sup>109</sup> הנשיא ברק אף ראה יתרון בקיומה של עֲבֶרֶת-סל ככלי למאבק בשחיתות הציבורית, וזאת כדי לאפשר לבית-

104 ס' 290 לחוק העונשין.

105 ס' 390 לחוק העונשין.

106 ס' 415 לחוק העונשין.

107 דיון נוסף **שבס**, לעיל ה"ש 3, פס' 4 לפסק-דינו של השופט חשין.

108 ראו בג"ץ 6983/94 **פחימה נ' פרץ**, פ"ד נא(5) 829, פס' 7 לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן (1998).

109 דיון נוסף **שבס**, לעיל ה"ש 3, פס' 31 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

המשפט להחיל את העברה גם על מצבים שלא נצפו מראש. עמדה פרשנית זו מנוגדת לדרישת האזהרה ההוגנת שנגזרת מעקרון החוקיות ואשר מיועדת להבטיח את האוטונומיה של הפרט ואת כבודו – זכויות שנתפסות, מאז נחקק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כמשקפות את ערכי-היסוד של השיטה המשפטית שלנו.

רשימה זו הציעה לייחס את הנכונות לסטות מערכי-היסוד של השיטה המשפטית ל"פניקה מוסרית" שהתפתחה סביב המאבק בשחיתות השלטונית בישראל. השפעתה של פניקה זו באה לידי ביטוי ברטוריקה שבה השתמשו שופטי הרוב בדיון נוסף שבס. השופט חשין הדגיש את ה"איום" על השירות הציבורי, ואילו הנשיא ברק בחר ברטוריקה מוסרנית המדגישה את חשיבות הערך של טוהר המידות של עובדי הציבור, המיועד להבטיח שירות ציבורי מוסרי. הפניקה המוסרית הובילה להערכה מופרזת כי בהעדר העברה של הפרת אמונים לא יהיו בשיטתנו המשפטית כלים למאבק בשחיתות הציבורית, ובעקבות הערכה זו – להשתלטותה של העברה הפלילית של הפרת אמונים על תחומים משמעותיים ואתיים.

בהשפעת הפניקה המוסרית נכשל הפירוש שניתן בדיון נוסף שבס לעברה של הפרת אמונים בהשגת המטרה שבגינה ניתן דיון נוסף בפרשה זו, קרי, בקביעת "מיבחן ברור ומדויק ככל הניתן ליסודותיה של העבירה"<sup>110</sup>. שופט המיעוט, המשנה לנשיא מצא, היה ער לכישלון זה, באומרו:

"מטרתו של הדיון הנוסף בעניינו של שבס – כאמור בהחלטת חברי השופט חשין – הייתה לברר את "עיקריה ותחומי פרישתה של עבירת המירמה והפרת אמונים, במגמה לקבוע מיבחן ברור ומדויק ככל הניתן ליסודותיה של העבירה וליישומו של הדין על עניינו של שבס". חוששני כי מטרה זו לא הושגה, ואני מפקפק אם אמנם ניתן להשיגה... בנימוקים שעל יסודם הגיע הנשיא למסקנה שמן הדין להרשיע את שבס בשתי פרשיות האישום... אין... כדי להבהיר טוב יותר את תחומי התפרשותה של העבירה. זו נותרה עמומה כשהייתה."<sup>111</sup>

110 ציטוט מדבריו של השופט חשין בהחלטתו על קיום דיון נוסף, כמובא שם, בפס' 21 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

111 שם, פס' 12 לפסק-דינו של המשנה לנשיא מצא.

