

בבית המשפט העליון

דנ"פ 1397/03

בפני :
כבוד הנשיא א' ברק
כבוד המשנה לנשיא א' מצא
כבוד השופט מ' חשין
כבוד השופט י' טירקל
כבוד השופטת ד' ביניש
כבוד השופט א' ריבלין
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופט א' גרוניס
כבוד השופטת מ' נאור

העותרת :
מדינת ישראל

נגד

המשיב :
שמעון שבס

דיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט העליון
בע"פ 347/01 ובע"פ 332/01 מיום 30.1.2003
שניתן על ידי כבוד השופטים : א' מצא, ד' דורנר, מ' נאור

תאריכי הישיבות :
י"ט בטבת התשס"ד (13.01.2004)
ט"ז באב התשס"ד (03.08.2004)

בשם העותרת :
עו"ד יהושע למברגר ; עו"ד אריה פטר

בשם המשיב :
עו"ד מיכה פטמן

פסק-דין

הנשיא א' ברק:

מהם יסודותיה של עבירת המירמה והפרת אמונים? זו השאלה הניצבת בפנינו.

התשתית העובדתית והרקע הדיוני

1. נגד המשיב (להלן: שבס), מנכ"ל משרד ראש הממשלה (החל ביולי 1992 וכלה בסוף מאי 1995) הוגש כתב אישום. כתב האישום התייחס לשתי פרשות. באחת, שבס הואשם בניצול מישרתו לצורך קידום עיסקה ביטחונית עם מדינה זרה מתוך, בין היתר, אינטרס לגרוף רווח ניכר לידי ולידי חבריו. בשל פרשה זו יוחסו לו עבירות של לקיחת שוחד, נסיון ללקיחת שוחד ומירמה והפרת אמונים (להלן: האישום הראשון). כן הואשם שבס בעבירה של הדחה בחקירה בשל שיחות שקיים, על פי הנטען בכתב האישום, עם מי שאמור היה למסור עדות בפרשה זאת בפני הרשות לניירות ערך (להלן: האישום השני). בפרשה השניה, שבס הואשם בניצול מישרתו לצורך קידומן של תוכניות בנייה של חבריו בתמורה לטובות הנאה. במסגרת פרשה זו יוחסו לו עבירות של לקיחת שוחד, סחיטה באיומים ומירמה והפרת אמונים (להלן: האישום השלישי).

2. האישום הראשון (פרשת שטרן). ממסכת העובדות שאינן שנויות במחלוקת עולה כי מדינה פלונית (להלן: המדינה הזרה) ביקשה לפתח את קשריה עם מדינת ישראל. במסגרת מאמציה נפגשו נציגיה (להלן: הנציגים הזרים) עם איש עסקים ישראלי בשם שקולניק. במפגשם הכינו תכנית לפיה המדינה הזרה תבצע רכישות בהיקפים גדולים מתעשיות ביטחוניות ישראליות בתמורה להזמנת נשיאה לביקור בישראל (להלן: העסקה). שקולניק שיתף אנשי עסקים ישראלים נוספים, דובדבני ושרן, בנסיון להוציא את העסקה אל הפועל. על פי הנטען בכתב האישום, השלושה ציפו לקבל נתח כספי משמעותי על חלקם בעסקה. תפקידו של שטרן היה ברתימת המערכת הפוליטית בישראל להזמנת נשיא המדינה הזרה לישראל. ואכן, שטרן פנה לשבס, חברו הקרוב, לצורך קידום העסקה.

3. שבס נענה לפניה. העבודה על קידום העסקה מצד שבס כללה, בין היתר, פגישות עם הנציגים הזרים בישראל, במדינה הזרה ובלונדון. במסגרת טיפולו בעסקה נפגש שבס (ביום 28.6.94) עם נציגי המדינה הזרה. כן נשלח על ידו מכתב הזמנה רשמי לביקורו של נשיא המדינה הזרה בישראל, אך בהמשך בוטל מועד הביקור שנקב בו. בהוראת ראש הממשלה רבין נדחה מועד הביקור מספר פעמים נוספות ובסופו של דבר לא יצא אל הפועל. בין לבין, נפגשו שקולניק, דובדבני ושטרן לשתי פגישות. הפגישה הראשונה עסקה בהקמת חברת השקעות על ידי השלושה שתנהל את ההשקעות והנכסים של חברות מטעם המדינה הזרה העתידות להשקיע בתעשיות הביטחוניות של מדינת ישראל. הפגישה השנייה עסקה בחלוקת אחוזים בין חברת ההשקעות לבין הנציגים הזרים. בשני המפגשים נערכו מסמכים (להלן: המסמכים) המתעדים את תוכן המפגשים ובהם נכללו השמות "פואד" ו"בן דוד" – כינויו של שבס בפי עורכי המסמך. עוד יוער כי קיום ביקורו של נשיא המדינה הזרה עורר התנגדות מצד פקידים במשרד החוץ. אלה הפנו (ביום 11.9.94) את תשומת ליבו של ראש הממשלה להתנגדותם לביקור על יסוד החשש לפגיעה ביחסי החוץ של מדינת ישראל.

4. על סמך תשתית עובדתית זו טענה העותרת, באישום המתייחס לעבירת הנסיון ללקיחת שוחד ולעבירת המירמה והפרת אמונים, כי טיפולו של שבס בהזמנת נשיא המדינה הזרה הונע על ידי צפייתו לקבל טובת הנאה פסולה לעצמו ולחבריו לעסקה. כמו כן, נטען כי שבס הסתיר מראש הממשלה רבין את קיומו של המניע האישי בקידום ביקורו של נשיא המדינה הזרה בארץ. על ציפייתו לקבל טובת הנאה תמורת חלקו בקידום העסקה הואשם שבס בעבירת נסיון ללקיחת שוחד. עוד ראוי להוסיף, להשלמת התמונה, כי האישום הראשון ייחס לשבס עבירה של לקיחת שוחד. על פי הנטען בכתב האישום, שטרן ניהל עבור שבס חשבון עו"ש וניירות ערך (להלן: החשבון). כאשר הצטברה יתרת זכות בחשבון היה שבס מושך אותה. כאשר נוצרה בחשבון יתרת חובה גדולה הפקיד שטרן כספים בחשבון להקטנתה. העותרת טענה כי לחלק מן ההפקדות שביצע שטרן לחשבוננו של שבס יש קשר הדוק לעסקה שבקידומה נטל חלק שבס, קשר המבסס את אשמתו של שבס בעבירה של לקיחת שוחד.

5. האישום השני. על פי הנטען בכתב האישום, קיים שבס שיחות עם מי שהיה אמור להעיד בחקירת הפרשה נשוא האישום הראשון. עם סיום חקירתו של שבס ברשות לניירות ערך התחייב שלא ליצור קשר עם האנשים הקשורים בחקירה. אולם, שבס פגש בעד הקשור בחקירה המתנהלת בעניינו ושוחח עימו, כך נטען, בענייני החקירה, ואף

ניסה להניא אותו מלספר מידע הנוגע לחקירה. על מעשיו יוחסה לשבס עבירה של הדחה בחקירה.

6. האיטום השלישי (פרשת שולדנפריי). גל העלייה שפקד את מדינת ישראל בראשית שנות התשעים עורר את הצורך בהאצת הבנייה במשק. אי לכך החליטה הממשלה להקים, בין היתר, את האגף למעקב ובקרה (להלן: האגף) שהוכפף לאחריותו של שבס בהיותו מנכ"ל משרד ראש הממשלה. מטרת הקמתו של האגף היתה להביא לזירוז הטיפול בתוכניות בנייה המיועדות, בראש ובראשונה, לאכלוס עולים. עבודת האגף התמקדה בקצב אישורן של תוכניות בנייה ולא בהשפעה על תוכן החלטות רשויות התכנון. פעולת האגף התאפיינה, בין השאר, בנקיטת צעדים בלתי פורמאליים, כגון שיחות טלפון וביקורים במשרדי הרשות, שנועדו לקצר את תהליכי אישורן של תוכניות בניה שהטיפול בהן התעכב. כן הוזמנו יזמים וקבלנים לפנות לאגף ולהתריע על קיומן של תוכניות בניה שהטיפול בהן מתעכב.

7. במוקד האיטום השלישי עומדות פעולות שביצע, לכאורה, שבס בכדי להביא לאישורן של שתי תוכניות בניה: פרויקט "שערי העיר" בירושלים ופרויקט "רחובות הירוקה" ברחובות, שתוכננו על ידי בעלות הזכויות במקרקעין, חברות שערי העיר וליגד, בהתאמה. השליטה בחברות אלה היתה בידי האחים גיל ודורון שולדנפריי. לפי הנטען, בין האחים שולדנפריי ושבס נרקמו קשרי עבודה בשנתיים שקדמו למינויו של שבס לתפקיד מנכ"ל משרד ראש הממשלה ולמעלה מחצי שנה לאחר סיום כהונתו. על העסקתו, לאחר סיום כהונתו, בחברה שנשלטה בפועל על ידי האחים שולדנפריי קיבל כ-150 אלף דולר. כמו כן, בין שבס לבין גיל שולדנפריי התקיימו יחסי חברות קרובים. דורון שולדנפריי שימש כעורך דינו של שבס מאז ראשית שנות התשעים.

8. פרויקט "שערי העיר" תוכנן על ידי בעלת הזכויות במקרקעין, חברת שערי העיר, ומטרתו היתה הקמת שטח משרדים ומסחר. הקמת הפרויקט חייבה שינוי ייעוד המקרקעין והגדלת אחוזי הבנייה. פרויקט "רחובות הירוקה" תוכנן על ידי בעלת הזכויות במקרקעין, חברת ליגד, ותכליתו היא הקמת שכונת מגורים. גם תוכנית זו חייבה את שינוי ייעוד המקרקעין. במסגרת פעילות האגף הפעיל שבס את השפעתו לצורך קידום הפרויקטים הללו, אף על פי ששני הפרויקטים לא עמדו בקריטריונים הנדרשים להתערבות האגף. פרויקט "שערי העיר" לא כלל בנייה למגורים ולא נחשב כפרויקט שתוכניותיו מעוכבות. פרויקט "רחובות הירוקה" אף הוא לא נתפס ככזה שתוכניותיו עוכבו ברשויות התכנון. לפי הנטען, פעולותיו של שבס בעניין פרויקט "שערי העיר" כללו מספר שיחות עם יושב ראש הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה,

פניות לוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים ולמהנדסת העיר ירושלים וכן פניות עקיפות דרך עובד האגף שי טל ליושב ראש הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה. פעולותיו בעניין פרויקט "רחובות הירוקה" כללו פגישה עם מנכ"ל משרד הפנים, הנחיית עובדי האגף לסייע בקידום הפרויקט ברשויות התכנון הרלבנטיות ואף שליחת עובד האגף לדיון בו אושרה חריגה מתוכנית מתאר ארצית בועדת המשנה למועצה הארצית לתכנון ולבנייה לעניין תמ"א 31.

9. על יסוד טענות אלה הואשם שבס בביצוע עבירות של מירמה והפרת אמונים, לקיחת שוחד וסחיטה באיומים. העותרת טענה בכתב האישום, בהתייחס לעבירת המירמה והפרת אמונים, כי פעולותיו של שבס מהוות ניצול של תפקידו לצורך סיוע שלא כדין לאחים שולדנפריי באישור תוכניות הבנייה של "שערי העיר" ו"רחובות הירוקה". האשמתו בעבירת לקיחת שוחד בוססה על החשדות לפיהם קיבל שבס סכום של כ- 150 אלף דולר בתמורה לקידום הפרויקטים של האחים שולדנפריי. ביחס להאשמתו בעבירת סחיטה באיומים נטען, כי שבס הפעיל לחצים על סמנכ"ל למינהל וארגון של המוסד לביטוח לאומי לרכוש – או להצהיר על הכוונה לרכוש – בשם המוסד לביטוח לאומי שטחים בפרויקט "שערי העיר".

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

10. האישום הראשון. בית המשפט המחוזי (השופט א' א' לוי) קבע כי לשבס היה מניע אישי בגיבוש העסקה. למסקנה זו הגיע לאחר בחינת המסמכים שערכו שקולניק, דובדבני ושטרן והעדויות שהתייחסו למסמכים. המניע האישי היה קבלת אחוזים מרווחי השלושה מביצוע העסקה עם המדינה הזרה. זאת ועוד, נקבע כי שבס היה מעורב בגיבוש העסקה, ככל הנראה, מחודש מרץ 1994 ועד ליום 1.9.94 ללא שיידע את ראש הממשלה באשר לעסקה ולמעורבותם של אנשי עסקים בה. ממילא לא דיווח לראש הממשלה על הרווח הצפוי לו ממנה. הסתרתו של המניע האישי מראש הממשלה נמשכה, כך נקבע, גם לאחר שרבין דווח על רצונו של נשיא המדינה הזרה לבקר בישראל. על יסוד ממצאים אלה הורשע שבס בעבירה של נסיון ללקיחת שוחד. ממצאיו של בית המשפט הנוגעים למשמעות המסמכים שימשו אף להרשעתו בעבירה של מרמה והפרת אמונים.

11. לעומת הרשעתו בעבירות המירמה והפרת אמונים ונסיון ללקיחת שוחד, מצא בית המשפט לזכות את שבס מעבירת לקיחת שוחד. נקבע כי חומר הראיות בתיק אינו מבסס את הרשעתו של שבס בעבירת לקיחת שוחד מעבר לכל ספק סביר. ביסוד מסקנה זו עמדה הקביעה לפיה יתכן והפקדות הכספים בחשבוננו של שבס נעשו מתוך רגשות אשמה של שטרן כלפי שבס על ההפסדים בהשקעות כספי שבס בניירות ערך. מכל מקום לא הוכחה מודעותו של שבס להפקדות שביצע שטרן לחשבון הבנק שניהל עבור שבס. בגין הרשעתו של שבס בעבירת הנסיון ללקיחת שוחד ובעבירת המירמה והפרת אמונים במסגרת האישום הראשון גזר בית המשפט המחוזי על שבס שלוש שנות מאסר, מתוכן שתיים בפועל והיתרה על תנאי. כן הושת על שבס קנס בסכום של 50,000 ש"ח.

12. האישום השני. בית המשפט קבע כי לא הוכח קיומם של היסודות העובדתי והנפשי של עבירת הדחה בחקירה. לפיכך, החליט לזכות את שבס מהאשמה. על הכרעתו של בית המשפט בעניין האישום השני לא הוגש ערעור מטעם המדינה וממילא אינו נחוץ לצורך הכרעה בדיון הנוסף.

13. האישום השלישי. בית המשפט המחוזי זיכה את שבס מעבירת מירמה והפרת אמונים. בבירור אשמתו בעבירה זו דחה את גירסתו של שבס בחקירה לפיה לא פעל לקידום עניינם של האחים שולדנפריי. בית המשפט קבע כי שבס הפעיל את השפעתו בקידום הפרויקטים של האחים שולדנפריי, למרות שלא עמדו בקריטריונים להתערבות של האגף (כפי שאלו נקבעו בהחלטת הממשלה מיום 13.6.93). כך, נקבע כי שבס שוחח עם יושב ראש הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה ועם מהנדסת העיר ירושלים וכי יזם פניות של עובדי משרדו לוועדה המקומית בעניין פרויקט "שערי העיר". אף בעניין פרויקט "רחובות הירוקה" פעל שבס לקידום עניינם של האחים שולדנפריי, באמצעות פגישתו עם מנכ"ל משרד הפנים ורתימתם של עובדי האגף לקידום הפרויקט. נקבע כי התערבותו נבעה מרצונו לסייע לחבריו לקבל היתרי בנייה מוקדם ככל האפשר. נקבע עוד כי שבס היה מודע לכך שאסור לו לעסוק בענייניהם של האחים שולדנפריי. יחד עם זאת, בית המשפט קבע כי הזמן שהקדיש שבס לטיפול בעניין האחים שולדנפריי היה מזערי ביחס לקידומם של מאות פרויקטים אחרים בהם טיפל במסגרת האגף. כמו כן, לא נקבע כי טיפולו של שבס התבטא בנסיון להביא לאישור תוכניות הבנייה בפרויקטים האמורים, להבדיל מנסיון להביא לזירוז הטיפול בהן. על בסיס ממצאיו הגיע בית המשפט המחוזי למסקנה כי אין במעשיו של שבס משום חומרה יתרה המעבירה את התנהגותו הפסולה של שבס לפסים פליליים. זאת ועוד, בית המשפט קבע כי מעשיו של שבס אינם מבססים פגיעה בציבור, כנדרש בעבירת מירמה והפרת אמונים. ביסוד מסקנתו של בית המשפט עומדת "אווירת התזזית" כהגדרתו שאחזה

במשרד ראש הממשלה בכל הקשור בהאצת הבנייה, לאור גל העלייה שפקד את הארץ בעת ההיא. בית המשפט המחוזי זיכה את שבס אף מעבירת לקיחת שוחד ומעבירת סחיטה באיומים בעניין זה. ביחס לעבירת לקיחת השוחד נקבע כי לא הוכחה זיקה בין התשלומים שקיבל שבס מחברה שנשלטה על ידי האחים שולדנפריי לבין פעילותו לקידום הפרויקטים "שערי העיר" ו"רחובות הירוקה". גם אשמתו במעשה של סחיטה באיומים לא הוכחה והובילה, על כן, לזיכויו בדין.

הערעור לבית המשפט העליון

14. על הרשעתו בנסיון לקחת שוחד ובעבירת מירמה והפרת אמונים באישום הראשון הגיש שבס ערעור לבית משפט זה (ע"פ 347/01). לענין הנסיון ללקיחת שוחד והפרת האמונים טען שבס כי פעולותיו במסגרת קידום העסקה נעשו בתום לב, בתיאום מלא עם ראש הממשלה רבין ולשם קידום אינטרס המדינה. כן טען כי לא הוכחה אשמתו מעל לכל ספק סביר. לטענתו, אין לזקוף לחובתו את חוסר מהימנותם של עדי התביעה, דובדבני, שקולניק ושטרן, אחרי שאלה לא הוכרזו כעדים עויינים. לחילופין, טען שבס כנגד חומרת עונשו. העותרת, לעומתו, טענה כי ערעורו של שבס הוא עובדתי וככזה אינו מצדיק את התערבותה של ערכאת הערעור. העותרת, מצידה, הגישה את ערעורה על זיכויו של שבס מעבירת מירמה והפרת אמונים באישום השלישי (ע"פ 332/01). לטענתה, חומרת מעשיו של שבס מעידה על סממן של שחיתות המצדיק, גם לשיטת בית המשפט המחוזי, את הרשעתו בעבירה. את החומרה היתרה מצאה העותרת, בין היתר, בתפקידו הבכיר של שבס, שיקול הדעת הרחב שניתן לו, חשיבות העיקרון בדבר טוהר ההליכים בהליכי תכנון ובנייה ובידיעתו על אי חוקיות מעשיו. העותרת הוסיפה וטענה כי חומרת מעשיו יצרה חוסר אמן של הציבור כלפי השירות הציבורי ובכך מתקיים היסוד הנסיבתי של פגיעה בציבור. שבס טען כי דין הערעור להידחות. לטענתו, פעילותו בעניין האחים שולדנפריי היתה – לכל היותר – זניחה וכוונה לזירוז עבודת רשויות התכנון, להבדיל מהשפעה על תוכן החלטתן של הרשויות. כן טען כי קשריו עם האחים היו חברתיים בלבד וככאלה אינם יוצרים ניגוד עניינים אינהרנטי הפוסל אותו מלטפל בעניינם. לצד טענותיו במישור היסוד העובדתי של העבירה טען שבס כי לא התקיים היסוד הנפשי הנדרש לביסוס הרשעתו בעבירה.

15. בית המשפט העליון (ע"פ 332/01, 347/01 מדינת ישראל נ' שבס, פ"ד נז(2) 496; להלן – פרשת שבס) קיבל פה-אחד את ערעורו של שבס על הרשעותיו באישום הראשון. בית המשפט זיכה את שבס מהרשעתו בעבירה של נסיון ללקיחת שוחד. זיכוי נסמך על ממצאיו של בית המשפט העליון ביחס למסמכים בהם הוזכר שבס בכינויים פואד ובן דוד. נקבע כי תוכן המסמכים אינו מוכיח במידת הוודאות הדרושה במשפט הפלילי כי לשבס יוחד נתח מהרווחים אותם תכננו שקולניק, דובדבני ושטרן להפיק מהעסקה (עמ' 518 לפסק הדין). משמצא בית המשפט כי לא ניתן להסיק מתוכן המסמכים קיומו של מניע אישי לשבס בקידום העסקה, עבר לבחינת עדויותיהם של שקולניק, דובדבני ושטרן. השלושה, עדי התביעה, לא נחקרו לפני הרשות לניירות ערך בעניין המסמכים ובעת עדותם בבית המשפט לא הוכרזו כעדים עוינים לעניין זה. לפיכך, נקבע כי את התמיהות העולות מעדותם אין לזקוף לחובת שבס (עמ' 519 לפסק הדין).

16. בעניינה של עבירת המירמה והפרת אמונים נפסק כי לא ניתן להוכיח, מעל לכל ספק סביר, את אשמתו של שבס בעבירה זו, הן משום שלא הוכחה המירמה בהתנהגותו של שבס והן משום שלא הוכחה, לחילופין, הפרת אמונים. ביחס למירמה, בית המשפט קבע כי לא הוכחה טענת העותרת לפיה שבס לא יידע את רבין על כל פעולותיו בנוגע לעסקה וכי פעל מתוך מניע אישי של הפקת רווח מהעסקה (עמ' 520-521 לפסק הדין). קביעה זו נסמכה על בחינת מכלול הראיות וביניהן המסמכים, על רקע הממצא שנקבע לגביהם במסגרת הדיון בעבירת הנסיון ללקיחת שוחד. כמו כן נקבע כי לא הוכחה מודעותו של שבס לתוכניתם של השלושה לשתפו ברווחים, וזאת בהנחה שהייתה תכנית כזו, אשר באה לידי ביטוי באותם מסמכים (עמ' 519-520 לפסק הדין).

17. ביחס לחלופה של הפרת אמונים, בית המשפט העליון קבע כי התנהגותו של שבס אינה מבססת את היסוד ההתנהגותי של הפרת אמונים. בעניין זה הבחין השופט מצא בין שתי דרגות של חומרה הנלווית להתנהגותו של עובד הציבור שיש בהן כדי לגבש את היסוד ההתנהגותי של העבירה. האחת, הפרת אמונים חמורה המהווה סטייה בולטת מן השורה של עובד הציבור. הדרגה השנייה, הפרת אמונים בדרגת חומרה פחותה שנלווית לה מודעותו של עובד הציבור לפסול שבמעשיו. על רקע זה נקבע כי התנהגותו של שבס לא מגיעה לכדי הפרת אמונים משום שלא הוכח כי הסתיר או התכוון להסתיר מפני ראש הממשלה דבר ובכלל זה את מעורבותו של שטרן, חברו של שבס, בעסקה. בית המשפט הניח כי שבס פעל בתאום מלא עם ראש הממשלה (עמ' 519-520 לפסק הדין).

530-531 לפסק הדין). כמו כן נקבע כי לא הוכחה מודעותו של שבס לפסול שבהתנהגותו כבסיס חלופי להוכחת היסוד ההתנהגותי של העבירה (עמ' 531 לפסק הדין). עוד קבע בית המשפט העליון כי התנהגותו של שבס לא מקיימת את היסוד הנסיבתי של פגיעה בציבור הדרוש להוכחת אשמתו בעבירת מירמה והפרת אמונים (סו). למסקנה זו הגיע לאחר שנמצא כי ראש הממשלה ייחס חשיבות רבה לעסקה ומכאן גם שלל את האפשרות לפיה מעשיו של שבס לקידום העסקה מקיימים את היסוד הנסיבתי של פגיעה בציבור. עניין נוסף אליו התייחס בית המשפט (בדעת יחיד של השופט מצא) הוא סוגיית היסוד הנפשי הנדרש לגיבוש הרשעה בהפרת אמונים במסגרת עבירת המירמה והפרת אמונים. הפסיקה שקדמה לפסק הדין בעניין שבס פירשה את דרישת היסוד הנפשי כמחייבת מודעות לכך שהמעשה מהווה הפרת אמונים. לעומת זאת, קבע השופט מצא בפסק דינו כי אין עוד מקום לכלול את הדרישה לפיה עובד הציבור היה מודע לכך שיש בהתנהגותו משום הפרת אמונים. וכך פסק (בעמ' 526-527 לפסק דינו):

“אני סבור כי בהגדרת היסוד הנפשי הנדרש בעבירה של הפרת אמונים אין מקום לכלול את הדרישה שעובד הציבור היה מודע לכך שיש בהתנהגותו משום הפרת אמונים, וכשהמדובר בסטייה חמורה של עובד הציבור מחובת הנאמנות המוטלת עליו, אף אין משמעות מעשית לשאלה אם הוא עצמו נתן את דעתו לפסול שבהתנהגותו. כך למשל אם בבצעו פעולה הקשורה בתפקידו לוקח עובד הציבור שוחד, או פועל ממניע אישי ובניגוד לאינטרס הכללי שהוא מופקד על שמירתו, יהיה ניתן להרשיעו בהפרת אמונים גם אם יוברר כי העובד סבר בטעות כי אין במעשהו משום ביצוע עבירה כלשהי. עם זאת נראה כי במקרים שבהם סטייתו מן השורה של עובד הציבור אינה חמורה מאוד – אף שהיא חמורה דייה כדי למלא את תנאי הפגיעה בציבור – לא יהיה זה ראוי להצמיד לעובד את התווית הפלילית הקשה של “מפר אמונים”, אלא אם אכן ידע בפועל כי מעשיו אסורים, ובכל זאת לא נרתע מביצועם. ויודגש: במקרים החמורים פחות, דרישת הידיעה על אודות הפסול שבמעשה איננה נובעת מהגדרתו של יסוד המחשבה הפלילית הנדרש לשכלול העבירה, אלא מפרשנותו הפנימית של המונח “הפרת אמונים”.

קביעה זו הושארה בצריך עיון בפסק דינה של השופטת דורנר וללא התייחסות בפסק דינה של השופטת נאור.

18. בכל הנוגע לאישום השלישי, בית המשפט העליון דחה ברוב דעות (כנגד דעתה החולקת של השופטת מ' נאור) את ערעורה של העותרת והשאיר על כנו את זיכוי של שבס מעבירת המירמה והפרת אמונים. בית המשפט מצא כי אין יסוד להתערבותו בממצאים העובדתיים של בית המשפט המחוזי (עמ' 542 לפסק הדין). עוד נקבע כי עצם הפעלת הלחץ על רשויות התכנון לא היה פסול (עמ' 543-544 לפסק הדין). דרך פעולה כזו, כך נקבע, הגשימה את המטרה שלשמה הוקם האגף. זאת משום שזירוזם של שני הפרויקטים תאם את האינטרס הציבורי בדבר האצת הבנייה הגם שהם לא עמדו, פורמאלית, בקריטריונים להתערבות האגף (עמ' 544 לפסק הדין). כמו כן נקבע כי שבס לא ניסה להשיג ולא השיג בפועל עבור האחים שולדנפריי דבר משמעותי שהם לא היו זכאים לו ממילא (עמ' 545 לפסק הדין). לבסוף, נמצא כי ההעדפה לה זכו האחים שולדנפריי לא נבעה מקשריהם עם שבס בלבד, אלא במידה רבה גם מתמיכתן של הרשויות המקומיות הרלבנטיות ובשל לחצו הרב של גיל שולדנפריי על הגורמים המעורבים באישור תוכניות הבנייה (עמ' 543, 545 לפסק הדין).

19. על יסוד תשתית עובדתית זו הגיע בית המשפט העליון למסקנה כי פעולותיו של שבס, על רקע קשריו ההדוקים עם האחים שולדנפריי, היו פסולות משום שהן נעשו תוך ניגוד עניינים. אך אין בפגם זה, כשלעצמו, כדי לגבש את היסוד העובדתי הנדרש לצורך הרשעתו בעבירה הפלילית של מירמה והפרת אמונים (עמ' 546 לפסק הדין). גם קיומה של פגיעה ביזמים אחרים לא הוכח (עמ' 545 לפסק הדין). כך, העותרת לא הוכיחה כי טיפולו של שבס בפרויקטים האמורים הביא לעיכובם של פרויקטים אחרים בעלי מאפיינים דומים של מי שלא היו חבריו של שבס. בית המשפט אף קבע כי החשת הטיפול בפרויקטים "שערי העיר" ו"רחובות הירוקה" עלתה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי בדבר האצת הבנייה והגברת הצמיחה. השופטת נאור, בדעת מיעוט, סברה כי יש לקבל את עירעור העותרת ולהרשיע את שבס בעבירה של מירמה והפרת אמונים. בפסק דינה אימצה השופטת נאור, בדומה לדעת הרוב, את ממצאיה העובדתיים של הערכאה הדיונית. על יסוד ממצאים אלה מגיעה השופטת למסקנה כי מעשיו של שבס חמורים דיים כדי לגבש את היסוד ההתנהגותי של עבירת המירמה והפרת אמונים. כך, מערכת היחסים הכספית של שבס עם האחים שולדנפריי בטרם מונה לתפקיד מנכ"ל משרד ראש הממשלה, מעמדו הבכיר ויכולת ההשפעה שלו על רשויות התכנון, רתימתם של עובדי האגף לקידום עניינם של האחים שולדנפריי, העובדה כי הפרויקטים האמורים לא היו "תקועים" ומודעותו של שבס לכך שאסור לו לעסוק בענייניהם של האחים שולדנפריי הופכים, במצטבר, את מעשיו לכדי עבירה פלילית (עמ' 549 לפסק הדין).

העתירה לקיום דיון נוסף

20. על פסק דינו של בית המשפט העליון הגישה העותרת (ביום 10.2.03) עתירה לקיום דיון נוסף. עתירתה מתייחסת להחלטתו של בית המשפט העליון לזכות את שבס מעבירת המירמה והפרת אמונים במסגרת האישום הראשון ובנוגע לדחיית ערעורה על זיכוי מעבירת מירמה והפרת אמונים במסגרת האישום השלישי. העותרת טוענת כי יש צורך מובהק בקביעת פרשנותה הראויה של עבירת המירמה והפרת אמונים באותם מצבים בהם עובד הציבור מצוי בניגוד עניינים. לטענתה, עבירת מירמה והפרת אמונים היא מעין עבירת מסגרת שיסודותיה אינם ברורים דיים. העדר אמות מידה ברורות מקשה, לטענתה, על הכוונתם והנחייתם הנורמטיבית של עובדי הציבור בעת מילוי תפקידם. שבס התנגד לקיום דיון נוסף בעניינו. לטענתו, אין בפסק דינו של בית המשפט העליון משום הלכה חדשה או עניין עקרוני הטעון הבהרה. לטענתו, פסק הדין מהווה יישום של ההלכות הרלבנטיות על המקרה שלפניו וככזה אין מקום לאפשר ערעור על ערכאת הערעור במסווה של דיון נוסף.

21. בית המשפט העליון (השופט מ' חשין) קיבל (ביום 6.4.03) את עתירת העותרת לקיום דיון נוסף. בהחלטתו קובע בית המשפט כי "הדיון הנוסף יוגבל לכירור 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". עוד יוער כי במסגרת העתירה התבקשה העותרת על ידי בית המשפט לוותר מראש על גזירת עונש מאסר על שבס למקרה בו תזכה. בתגובתה, העותרת הסכימה לוותר מראש על גזירת דינו של שבס למאסר וזאת בשל ייחודו של הדיון הנוסף הנוכחי כעתירה שאינה עוסקת בהלכה חדשה שנפסקה.

טענות הצדדים בדיון הנוסף

22. העותרת ממקדת את טיעוניה במישור היסוד העובדתי של עבירת המירמה והפרת אמונים. בטיעוניה מסכימה העותרת כי ניגוד עניינים כשלעצמו אינו מספיק לצורך הרשעה בעבירה. לשיטתה, רק התנהגות שיש בה סטייה ממשית מן ההתנהגות התקינה המצופה מעובד ציבור – בין שכינויה הוא "שחיתות" ובין שכינויה הוא "פן מחמיר נוסף" – עשויה להגיע לכדי הפרת אמונים כמובנה בעבירת המירמה והפרת אמונים. את הסטייה הממשית מבקשת העותרת ללמוד מנסיבות הנלוות לניגוד

העניינים בו פועל עובד הציבור. כך למשל, העותרת מציינת את הפרמטרים הבאים: עוצמת ניגוד העניינים, טיב הקשר בין עובד הציבור לבין הנהנה מפעולותיו, אופן הטיפול של עובד הציבור בנושא שלגביו הוא מצוי בניגוד עניינים, מעמדו של עובד הציבור ומידת השפעתו על הגוף שמטפל בעניין ומניעיו של עובד הציבור. ביחס לנסיבה של פגיעה בציבור טוענת העותרת כי אין לצמצמה לפגיעה חומרית או קונקרטי. טענתה היא כי יש ליתן פרשנות מרחיבה הכוללת גם פגיעה באמון הציבור הנגרמת עקב הפרת אמונים מצד עובד הציבור.

23. על רקע גישה זו מבקשת העותרת לקבוע כי מעשיו של שבס במסגרת האישומים הראשון והשלישי מהווים עבירות של מירמה והפרת אמונים. זאת משום שלצד ניגוד העניינים בו פעל שבס, מתקיים פן מחמיר נוסף וכן מתגבשת פגיעה בציבור. בהתייחסה לאישום הראשון מציינת העותרת את עצם קיומו של חשבון בנק של שבס שנוהל על ידי שטרן. כן מדגישה היא את עוצמת קשריו של שבס עם שטרן, שלא התמצו אך במישור החברי, אלא גם במישור העסקי שהתבטא בניהול חשבון הבנק. לטענתה, ההפקדות השוטפות שביצע שטרן לחשבוננו של שבס (בסכום כולל של כ-340,000 ₪) מעידות על קיומם של קשרים עסקיים ואינטרסים כלכליים מובהקים שקשרו בין השניים. בהתייחסה לאישום השלישי מדגישה העותרת, בין היתר, את עוצמת קשריו החברתיים והעסקיים עם האחים שולדנפריי, אי עמידתם של הפרויקטים בקריטריונים להתערבות של האגף, שימוש בעובד האגף – למורת רוחו – לצורך קידום עניינם של האחים שולדנפריי, מעמדו ומידת השפעתו של שבס על רשויות התכנון, מודעותו של שבס לכך שאסור לו לפעול בעניין זה, ואת שיקול הדעת הרחב שהוקנה לשבס במסגרת פעילות האגף. נסיבות אלה, טוענת העותרת, מגבשות את הפן המחמיר הנוסף הנדרש להרשעת שבס באישומים הראשון והשלישי. העותרת מבקשת גם לראות במעשיו של שבס משום פגיעה בציבור. לטענתה, הקשרים העסקיים של שבס עם שטרן (במסגרת האישום הראשון) ועם האחים שולדנפריי (במסגרת האישום השלישי) מסמנים קשרים פסולים בין ממון לשררה המגיעים כדי פגיעה בציבור. לצד התמקדותה של העותרת ביסוד העובדתי של העבירה ויישומו על מעשיו של שבס מתייחסת היא בטענותיה גם ליסוד הנפשי. לטענתה, המודעות הנדרשת מעובד הציבור אינה כוללת מודעות לכך שהמעשה מהווה הפרת אמונים. בעניין זה מבקשת העותרת לקיים את פסק דינו של השופט מצא.

24. שבס תוקף בטענותיו את עמדתה העקרונית של העותרת ואת יישומה על עובדות המקרה. לטענתו, עמדתה העקרונית של העותרת תשאיר את גבולותיה של עבירת המירמה והפרת אמונים בלתי ברורים. בטענתו הוא מכוון לעמדת העותרת לפיה

הפרמטרים המוצעים על ידה לצורך הוכחת הפן המחמיר הנוסף הם בגדר רשימה פתוחה. מצב דברים זה, טוען שבס, נוגד את עיקרון החוקיות. ביחס ליישום העובדות על נסיבות המקרה, נטען כי העותרת אינה מיישמת נכונה את העובדות שנקבעו בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין התגבשותו של הפן המחמיר הנוסף שנדרש לצד ההימצאות בניגוד עניינים. בכך מהוות טענותיה ערעור על קביעותיה העובדתיות של ערכאת הערעור. מטעם זה יש לדחות את העתירה הן בעניין האישום הראשון והן בעניין האישום השלישי. טענה נוספת אותה מעלה שבס במסגרת הדיון הנוסף היא כי פעולת עובד הציבור בעניינו ולטובתו של חברו לא יוצרת, כשלעצמה וללא יסוד של חומרה בפעולתו, ניגוד עניינים. זה נוצר רק אם פעולת עובד הציבור לא היתה נעשית אלמלא היכרותו עם החבר. לכך מוסיף שבס כי על עובד הציבור להיות מודע לעובדה שהוא פועל בניגוד עניינים, וזאת בניגוד לפסק דינו של השופט מצא בעניינו. יישום דרישות אלה מוביל, לטענתו, למסקנה לפיה שבס כלל לא נמצא בניגוד עניינים במסגרת האישומים הראשון והשלישי. זאת הן משום שפעולותיו במסגרת אישומים אלו היה נעשות גם אלמלא קשריו עם שטרן והאחים שולדנפריי והן משום שלא היה מודע לכך שהוא מצוי בניגוד עניינים.

התשתית העובדתית לדיון הנוסף

25. בעתירה שלפנינו עלינו לבחון היבטים מסויימים של העבירה בדבר הפרת אמונים. בחינה זו נעשית על רקע התשתית העובדתית כפי שהיא הונחה בפסק דינו של בית המשפט העליון. מתשתית עובדתית זו לא נסטה. עיקרי העובדות הרלבנטיות לעתירה שלפנינו בכל הנוגע לאישום הראשון (פרשת שטרן) הם אלה: אנשי עסקים ובהם שטרן יזמו תוכנית על פיה תרכוש מדינה זרה ציוד בטחוני מישראל בסכומים ניכרים. חלק מהותי מאותה תוכנית היתה הזמנתו של העומד בראש אותה מדינה לביקור בישראל. שבס היה אותה עת המנהל הכללי של משרד ראש הממשלה. בינו לבין שטרן התקיימו יחסי חברות הדוקים. שטרן נהג להפקיד באותה תקופה בחשבונו של שבס (שאותו ניהל עבורו) ללא ידיעתו של שבס, סכומי כסף באופן שוטף לכיסוי הפסדים שנוצרו בחשבון מהשקעות של שטרן בניירות ערך (לא נקבע ממצא עובדתי ביחס לגובהם המדויק של סכומים אלה). שבס היה מודע לכך כי ביצוע העיסקה יניב טובת הנאה כלכלית נכבדה לשטרן. הוא פעל להזמנתו של נשיא אותה מדינה לישראל. בעשותו כן פעל מתוך מניע של קידום טובת המדינה. עם זאת, היה לו מניע אפשרי נוסף, הקשור בחברותו האמיצה עם שטרן ובידיעתו על אודות הרווח הגדול הצפוי לשטרן מהשלמת המהלך במישור היחסים העסקיים. בפעילותו לקידום העיסקה עם המדינה הזרה פעל שבס בתיאום מלא עם ראש הממשלה רבין ועל פי הנחיותיו. הוא לא

הסתיר ולא התכוון להסתיר מפניו דבר וחצי דבר ודיווח לו על כל מהלכיו. ראש הממשלה ידע כי שטרן צפוי להרוויח מהעיסקה וכי הוא נמנה עם חבריו הקרובים של שבס. למרות זאת, הוא לא הורה לשבס למשוך ידו מטיפול בנושא, ואף שיתף בעצמו את שטרן בפגישות בעלות אופי מדיני מובהק הנוגעות לעיסקה. אמת, במקרים אחדים השהה שבס דיווח לראש הממשלה, ולא קיים התייעצויות עם גורמים שעל פי סדרי מינהל תקינים היה חייב להתייעץ עימם. מחדלים אלה מתיישבים עם טעות כנה בהפעלת שיקול הדעת, ואין להסיק מהם כוונת הסתרה וחוסר תום לב. שבס לא היה מודע לפסול שדבק במעשיו.

26. בכל הנוגע לאישום השלישי (פרשת שולדנפריי) תמצית העובדות היא זו: האחים שולדנפריי יזמו שני פרויקטים של בניה. שבס הוא חברם הקרוב. היו לו עימם גם קשרי עבודה פרטיים. הוא הועסק על ידם כיועץ למשך תקופה של כשנתיים (תמורת כ-145,000 דולר) בטרם מונה כמנהל הכללי של משרד ראש הממשלה. כן הועסק על פי המלצת אחד האחים – למשך תקופה העולה על חצי שנה לאחר שחדל לעבוד בשירות המדינה (תמורת 150,000 דולר) – בחברות שלאחים השפעה בהן. בהיותו מנהל כללי של משרד ראש הממשלה – ובהיותו ככל הנראה מודע לכך שבטיפולו בענייני חבריו יש משום חריגה מן הסדר המקובל – הפעיל שבס את השפעתו כדי להחיש את הטיפול בשני הפרויקטים של האחים שולדנפריי. הזמן שהוא הקדיש לכך היה מזערי והתערבותו היתה מינורית בהשוואה לפרויקטים רבים אחרים שגם בעניינם פעל. לשם כך נפגש אף עם המנהל הכללי של משרד הפנים. עובדי משרד ראש הממשלה הונחו על ידי שבס לסייע לאחים שולדנפריי. בנוסף, אחד האחים הפעיל לחץ ישיר על עובדי המשרד. לחץ זה התאפשר גם כתוצאה מכך ששולדנפריי היה "בן בית" במשרד ראש הממשלה בשל קשריו עם שבס ועם רבין, שהיו ידועים לעובדי המשרד. פעילותו של שבס היתה במסגרת התפקיד שהוטל עליו להפעיל "לחץ נקודתי" על רשויות התכנון, כדי לדרבן אותן ולהאיץ בהן לסיים הטיפול בתכניות הבינוי שבפניהן – פעילות שלציבור עניין בה. ההליכים בשני הפרויקטים אכן זורזו, בין היתר, הודות לתמיכת הרשות המקומית הרלוונטית בהם. ספק רב אם הדבר נעשה בעקבות פעולותיו של שבס. צויין עוד כי הפרויקטים של האחים שולדנפריי לא עמדו בקריטריונים שנקבעו להתערבותו של משרד ראש הממשלה, שכן לא נחשבו ל"תקועים" ואחד מהם לא נועד למגורים. עם זאת, הם נכנסו למסגרת "רוח התזזית" אשר שררה במשרד ראש הממשלה להאיץ את הדיון בתכניות השונות שהיו בפני ועדות התכנון, על מנת לאפשר לקבלנים רבים, ככל האפשר, להתחיל בבנייתם של הפרויקטים אותם יזמו. אכן, משרד ראש הממשלה עסק בפרויקטים לבנייה מכל הסוגים, "תקועים" ו"שאינם תקועים", למגורים ושאינם למגורים. היקף הטיפול בפרויקט מסויים נגזר, במידה רבה, ממידת הלחץ

שהפעיל היזם ופחות מקריטריונים פורמליים כלשהם. הוקם בענייננו יסוד ממשי להנחה, כי היחס המועדף לו זכו האחים שולדנפריי במשרד ראש הממשלה נבע, בעיקרו, מלחצו של אחד האחים על עובדי המשרד, ולא דווקא מהתערבותו של שבס. לאחים שולדנפריי היה יסוד לחשוש מפני עיכובים בטיפול בפרויקט שלהם, ופעילותם נועדה למנוע התממשותו של חשש זה. בהקשר זה לא הוכח קיומם של פרויקטים אחרים, בעלי מאפיינים דומים, אשר עוכבו בשל היעדר קשרים של היזם עם שבס. בהתערבותו לא ניסה שבס להשיג עבור האחים שולדנפריי ואף לא השיג בפועל דבר-מה משמעותי שלא היו זכאים לו ממילא.

27. על רקע תשתית עובדתית זו קמה ועולה השאלה שהוצגה בפנינו בדיון נוסף זה. עניינה של זו "בירור עיקריה ותחומי פרישתה של עבירת המירמה והפרת אמונים, במגמה לקבוע מבחן ברור ומדויק ככל הניתן ליסודותיה של העבירה וליישומו של הדין על ענייננו של שבס". נפתח, איפוא, בבחינת עיקריה ותחומי פרישתה של העבירה. נעבור לאחר מכן לניתוח יסודותיה. נסיים ביישום הדין על ענייננו של שבס.

עיקריה ותחומי פרישתה של עבירת המירמה והפרת אמונים

28. פרק ט' לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן – חוק העונשין), מוקדש ל"פגיעות בסדרי השלטון והמשפט". סימן ד' דן ב"עבירות בשירות הציבור וכלפיו". סימן ה' דן בעבירת השוחד. במסגרת סימן ד' מצויות מספר עבירות "פרטיקולריות", כגון "עובד ציבורי שיש לו זיקה פרטית" (סעיף 278) ו"שימוש לרעה בכוח המשרה" (סעיף 280). בצידן של אלה מופיעה עבירת "המסגרת" של מירמה והפרת אמונים (סעיף 284). מקורה בסעיף 140 לפקודת החוק הפלילי, 1936, אשר מצידו נלקח מספרו של סטפן (ראו: Stephen's Digest of the Criminal Law 115 (7th Ed., 1926)). בנוסחו העברי קובע סעיף 284 לאמור:

"עובד הציבור העושה במילוי תפקידו מעשה מירמה או הפרת אמונים הפוגע בציבור, אף אם לא היה במעשה משום עבירה אילו נעשה כנגד יחיד, דינו – מאסר שלוש שנים".

ההוראה משתרעת הן על "מירמה" והן על "הפרת אמונים". בעתירה שלפנינו נתמקד בהפרת האמונים.

29. היסוד העובדתי בעבירה – ובעיקר הפרט ההתנהגותי של "מעשה... הפרת אמונים הפוגע בציבור" – הוא בעל "רקמה פתוחה". בצדק ציין השופט גולדברג כי:

"העבירה של הפרת אמונים היא עבירת מסגרת, אשר יסודותיה העובדתיים אינם מוגדרים דיים" (בג"ץ 2534/97 ח"כ יהב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1, 17; להלן – פרשת יהב).

ברוח דומה ציין חברי, השופט מ' חשין, בהחלטתו על קיום דיון נוסף בפרשת שבט:

"ענייננו בעבירה ייחודית ומיוחדת, עבירה בת 'ריקמה פתוחה', עבירה שגבולותיה אינם ברורים כלל ועיקר. העבירה 'עבירת מסגרת' היא. ושלא כדרכן של עבירות פליליות אין היא בנויה על יסודות מוגדרים באורח מדויק וברור" (דנ"פ 1397/03, עמ' 3 להחלטה).

כתוצאה מכך, גבול התחולה של האיסור הפלילי הוא עמום, תוך שבית המשפט נדרש "להלך על חבל דק, המפריד בין האיסור הפלילי מזה לבין ההתנהגות הלא פלילית מזה" (ע"פ 884/80 מדינת ישראל נ' גרוסמן, פ"ד לו(1) 405, 417; להלן – פרשת גרוסמן). על רקע זה הובעה הדעה כי אילו נתאפשרה ביקורת שיפוטית על חוקתיותו של סעיף 284 לחוק העונשין, מן הראוי היה לבטלו בשל חוסר בהירותו; ועל כל פנים ראוי שהעבירה תבוטל על ידי המחוקק עצמו, שכן "אין מקום בתחום הפלילי לעבירת-סל של הפרת אמונים" (גור-אריה, "הפרת אמונים מצד עובדי הציבור ונבחרינו – האם עבירה פלילית?", פלילים ח 253, 266 (1999)).

30. אכן, גבולותיה של הפרת אמונים מעורפלים הם. התרופה למצב דברים זה אינה בביטולה של העבירה, אלא בפירושה הראוי. התרופה אינה בביטול העבירה, שכן על ידי כך תחסר שיטת המשפט שלנו מכשיר חשוב להבטחת פעולתו הראויה של המינהל הציבורי. בצדק ציין חברי, השופט מ' חשין, בהתייחסו להפרת האמונים, כי:

"מדברים אנו בעבירה שקשה להגזים בחשיבותה מבחינתם של המינהל התקין, אינטרס הציבור וטוהר המידות של עובדי הציבור" (דנ"פ 1397/03, עמ' 3 להחלטה).

אכן, האיסור הפלילי על הפרת אמונים הוא מכשיר מרכזי למאבקה של החברה לשמירה על טוהר השירות והשורות, למניעת סטיות מהשורה, ולהבטחת אמון הציבור במשרתי הציבור. ביטולה של העבירה או אף צמצומה מעבר לנדרש יפגע בכוחה של החברה להגן על עצמה מפני עובדי ציבור העושים שימוש לרעה בכוח השלטון. כוח זה הופקד בידיהם בנאמנות. הסנקציה הפלילית נועדה להבטיח כי הנאמנות תישמר, וכי כוח השלטון לא יהפך לשלטון הכוח. 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. שיטות משפט בהן ניתן היה לבטל עבירות דומות בשל ניסוחן המעורפל נמנעו מלעשות זאת במקום שניתן היה להסיר את הערפול על ידי פירוש ההוראה, ובעזרת יעוץ משפטי ניתן להדריך את התנהגותו של עובד הציבור (ראו Shum Kwok Sher v. HKSAR 117 HKC 3 [2002] (הונג-קונג); U.S. v. Rybicki, 354 F3d 124 (2003) (ארצות-הברית); R. v. Pilarinos (2004) 168 C.C.C. (3d) 548 (קנדה)). אכן, לא פעם נמנע המחוקק מפירוט מצבים ספציפיים, ותחתם הוא נוקט בהכללה. הדבר נעשה לרוב – כמו במקרה שלפנינו – במקום שהעיקרון הטמון בהכללה עשוי לחול על מצבים שקשה לצפותם או להגדירם מראש בעת החקיקה אך הם נגזרים מנסיבות הזמן והמקום. תהא זו תוצאה בלתי ראויה אם השימוש בהכללות אלה, עד כמה שהוא פוגע בזכויות אדם חוקתיות, יהא בלתי חוקתי. אומר על כך השופט גונטייה (Gonthier) בבית המשפט העליון של קנדה:

“Laws that are framed in general terms may be better suited to the achievement of their objectives, in as much as in fields governed by public policy circumstances may vary widely in time and form one case to the other. A very detailed enactment would not provide the required flexibility, and it might... obscure its purposes behind a veil of detailed provisions... One must be wary of using the doctrine of vagueness to prevent or impede state action in furtherance of valid social objectives, by requiring the law to achieve a degree of precision to which the subject-matter does not lend itself” (R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society (1992) 139 N.R. 241, 280).

אכן, הוראה בחוק אינה "סתומה" (vague) רק משום שהיא משתמשת בהכללה, ובלבד שניתן להסיק מההכללה, תוך שימוש בכללי הפרשנות המקובלים, אמת מידה שיש בה כדי לכוון התנהגות ברמת ודאות התואמת את העניין. רמת ודאות זו צריכה להיות גבוהה בתחום הפלילי. עם זאת, אין לדרוש ודאות מוחלטת. יש לדרוש את מידת הוודאות המירבית שניתן להשיג בהתחשב בסוג העניין המוסדר (ראו א' ברק, פרשנות במשפט 505 (כרך שלישי, 1994)). אין לצפות לוודאות גמורה. יש לצפות לוודאות ברמה הגבוהה הנדרשת מאיסור פלילי. במקרה שלפנינו, הדרך הראויה היא במתן פירוש ליסודות העבירה של הפרת אמונים, אשר יסיר את העירפול.

31. בפרשנו את האיסור הפלילי על הפרת אמונים על פי תכליתו, נבקש כמובן להימנע מהתוצאה של הטבעת "גושפנקא של התנהגות פלילית הגורמת עונש רציני על מעשים רבים ושונים בחיי יום יום, שקשה להניח שהמחוקק רצה להחיל עליהם את האיסור הקבוע בחוק הפלילי" (השופט י' כהן בע"פ 460/79 חבושה נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(1) 323, 329). לא כל כשלון הוא עבירה. לא כל טעות בשיקול דעת נתפסת באיסור פלילי. לא כל התנהגות פגומה מבחינה אתית, צריכה להענש במאסר (ראו ע"פ 281/82 אבו חצירא נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(3) 673, 704; להלן – פרשת אבו חצירא). עלינו להבחין, בין השאר, בין האיסור הפלילי לאיסור המשמעתי (ראו ברק, "ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד", משפטים י 11, 13 (תש"מ); נבנצל, "משמעותו של טוהר המידות בחוק מבקר המדינה", טוהר המידות בשירות הציבורי 24, 26-27 (ו' שיפר עורכת, תשמ"ט); פרשת יהב, עמ' 17). עם זאת, ההבחנה בין השניים אינה חדה. קיים מתחם נרחב למדי, שבגדריו אותה התנהגות עצמה מהווה הן עבירה פלילית והן עבירה משמעתית. קיימים גם מצבים בהם דין משמעתי אינו מעשי מטעם זה או אחר, והחלופה היחידה היא הפלילית. אכן, במתן פירוש לאיסור הפלילי של הפרת אמונים עלינו להבטיח כי יסודות העבירה ישקפו התנהגות פסולה בעלת היבט פלילי. אל לנו לתת לעבירה פירוש רחב מדי שישתרע על התנהגות שההיבט הדומיננטי בה הוא בעל אופי משמעתי. "כל שיטת משפט מבקשת להימנע מהטבעת גושפנקא של התנהגות פלילית להתנהגות שמרכז הכובד שלה הוא משמעתי... ואשר 'האלמנט המכריע' שבה הוא פגיעה בסדרים מתוקנים ובמשמעת" (בג"ץ 7074/93 סויטא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(2) 749, 782; להלן – פרשת סויטא). בצדק ציין חברי, השופט טירקל, כי:

”הסכנה הרובצת לפתחו של בית המשפט בדונו בעבירות כאלה, הוא, שמא תוך כוונתו לעשות סייגים כדי להרחיק את עובד הציבור מן העבירה ימצא מכניס בתחומה של עבירה התנהגות פגומה מבחינת סדרי מינהל תקינים שאינה עולה כדי עבירה” (פרשת גרוסמן, עמ' 412).

אך באותה מידה יש להיזהר מפני סכנה אחרת הרובצת לפתחו של בית המשפט. יש להימנע מלתת לעבירה פירוש מצמצם, אשר ישלול מהחברה הישראלית מכשיר חשוב בשמירה על הערכים המונחים ביסוד השירות הציבורי.

הערכים המוגנים על ידי איסור הפרת האמונים

32. מהם הערכים המוגנים על ידי האיסור הפלילי על הפרת אמונים? כחוט השני עוברת בפסיקתו של בית המשפט העליון התפיסה כי האיסור הפלילי על הפרת אמונים בא לשמור על שלושה ערכים מוגנים. הערך הראשון הינו אמון הציבור בעובדי הציבור. הערך השני הינו טוהר המידות של פקידי הציבור. הערך השלישי הינו אינטרס הציבור, עליו מופקד עובד הציבור. עמדתו על שלושה ערכים אלה באחת הפרשות בציני:

”יש לקבוע נורמות וסטאנדארטים, שיבטיחו, כי האינטרס הציבורי (עליו מופקד עובד הציבור) יוגשם הלכה למעשה, וכי אמון הציבור, בכך שהחלטות עובד הציבור הן ענייניות ונעשות ביושר ובהגינות, יובטח” (פרשת גרוסמן, עמ' 417; ראו גם ע”פ 121/88 מדינת ישראל נ’ דרוויש, פ”ד מה(2) 692, 663 (להלן – פרשת דרוויש); פרשת סויסא, עמ' 777; ע”פ 8573/96 מרקדו נ’ מדינת ישראל, פ”ד נא(5) 481, 502 (להלן – פרשת מרקדו); ע”פ 7318/95 ציוני נ’ מדינת ישראל, פ”ד נ(3) 293, 804 (להלן – פרשת ציוני); ע”פ 3954/94 מדינת ישראל נ’ לב, פ”ד נא(2) 556, 529 (להלן – פרשת לב)).

ובפרשה אחרת ציינתי לעניין העבירה של הפרת אמונים:

"איסור זה נועד להבטיח התנהגות ראויה של עובדי הציבור... הוא בא לשם 'שמירה על טוהר המידות' של עובדי הציבור... הוא מכוון לשמור על 'אמון הציבור במערכת השלטונית...' (פרשת טויסא, עמ' 777).

ובהסבירי את הטעמים המונחים ביסוד עמדה זו עמדתי על הסכנה הנובעת לחברה ולסדרי הממשל מהתנהגות שיש בה הפרת אמונים. בהפנתי לפעולות שיש בהן התנהגות כזאת, ציינתי:

"הן מכרסמות בעבותות הקושרות אותנו כבני חברה אחת, הן מפרות את האמון של פרט בפרט, ושל הפרט בשלטון. הן מעודדות זלזול ברשויות הציבור ובעובדי הציבור. הן מטפחות ציניות כלפי רשויות המינהל וכלפי הסדר החברתי הקיים. הן פוגמות באמון של הפרט בתיפקודו של הכלל, ובכך מערערות את היציבות החברתית" (שם, שם; ראו גם ע"פ 3575/99 דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 812, 720; להלן – פרשת דרעי).

ראוי הוא להדגיש כי כל אחד משלושת הערכים עליהם עמדתי הוא ערך מוגן בפני עצמו. אין דרישה כי בכל מקרה של הפרת אמונים ייפגעו שלושת הערכים גם יחד. כך, למשל, עובד עשוי לפגוע בטוהר המידות של עובדי הציבור ובאמון הציבור בהם גם בלא לסטות מהשורה. בצדק ציין השופט ח' כהן:

"לעניין הפרה זו של חובת הנאמנות... אין נפקא מינה, בדרך כלל, אם סטה עובד הציבור מן השורה בעשותו את הפעולה" (ע"פ 511/73 יחזקאל נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(1) 32, 34).

נעמוד בקצרה על כל אחד משלושת ערכים אלה.

33. הערך הראשון נועד להבטיח את אמון הציבור בעובדי הציבור. אמון זה הוא תנאי הכרחי לתיפקודם של עובדי הציבור. אמון זה הוא חיוני לשמירה על המסגרות החברתיות. עמד על כך המשנה לנשיא מ' אלון:

"תדמיתו של השירות הציבורי בעיני הציבור, האמון שרוחש הציבור לתקינות פעולותיו וטוהר המידות של עובדיו הם תנאים הכרחיים לקיומו של שלטון תקין, ועל כן הינם אינטרסים חברתיים, הראויים להגנת המשפט הפלילי" (פרשת דרוויש, עמ' 692).

וברוח דומה ציין השופט גולדברג:

"לשונו של סעיף זה רחבה דייה כדי לכלול בו מעשה שאינו רק אירוע פנימי, אלא גם פוגע בתדמית של השירות הציבורי ומערער את אמון הציבור בו. מעשה כזה מעורר אותו חשד ואותה לזות שפתיים הפוגעים באמון הציבור בטוהר השירות והשורות" (פרשת גנות, עמ' 389).

34. הערך השני נועד להבטיח את טוהר המידות של עובדי הציבור. הוא מכוון להקפיד על "טוהר המידות של המינהל הציבורי" (השופט ד' לוינ' בע"פ 355/88 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 221, 236 (להלן – פרשת לוי); ראו גם פרשת דרוויש, עמ' 692). הוא בא לקיים את "טוהר השירות והשורות" (בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229, 266 (להלן – פרשת אייזנברג); פרשת סויסא, עמ' 776). טוהר המידות משמעותו התנהגות הוגנת וישרה של עובד הציבור. שירות ציבורי שמידותיו אינן טהורות ושכפיו אינן נקיות הוא שירות ציבורי לא מוסרי. זהו שירות ציבורי שאינו משרת עוד את הציבור. הוא מופקע מן הסמכות המוסרית לפעול בשם הציבור ולמענו. אכן, הערך של הבטחת טוהר המידות בא לבער את נגע חוסר ההגינות וחוסר היושר ממסדרונות השלטון. לנגע זה פנים רבים. לא כולם ניתנים להגדרה מראש (נבנצל, שם; ח' ה' כהן, "הרהורים על טוהר המידות", משפט וממשל ב 403, 416 (תשנ"ה)). בכולם מועל עובד הציבור בכוח המשרה שהופקד בידיו. לכולם משותף הכתם המוסרי, הדבק בפעולה השלטונית הבלתי טהורה. ערך טוהר המידות של השירות הציבורי זכה אף למעמד חוקתי במשפטנו, משעוגן בחוק יסוד: מבקר המדינה, כאחד מהיבטי הביקורת (סעיף 2(ב)).

35. הערך השלישי נועד להבטיח את פעילותו התקינה של המינהל הציבורי. הוא בא לוודא כי עובד הציבור יגשים את תפקידו כנדרש; כי הוא יפעל על פי הכללים

ואמות המידה הקובעות את תהליך קבלת ההחלטות; כי הוא לא יעמיד עצמו במצבים שיש בהם פגיעה ביכולתו להוציא את תפקידו מהכוח אל הפועל באופן ראוי; כי האינטרס הציבורי, המונח ביסוד התפקיד הציבורי, יוגשם הלכה למעשה. עמד על כך הנשיא מ' שמגר:

"מטרתו של האיסור הפלילי היא להבטיח התנהגות ראויה של עובד הציבור... ושמירה על טוהר המידות, ולשם כך יש לקבוע נורמות ואמות מידה, שיבטיחו כי האינטרס הציבורי, אשר עליו מופקד עובד הציבור... יוגשם, הלכה למעשה" (ע"פ 293/89 סוקולובסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 92, 140; ראו גם ע"פ 4148/96 מדינת ישראל נ' גנות, פ"ד נ(5) 367, 386 (להלן – פרשת גנות)).

ביסוד ערך זה מונחת התפיסה כי יש למנוע סטייה של העובד מהשורה, וזאת בין לקידום צרכיו האישיים, בין לקידום צרכיהם של צדדים שלישיים, ובין לקידום אינטרס הציבור. אכן, סטייה מן השורה אינה מוצדקת גם אם היא נובעת מרצון לקדם את אינטרס הציבור. עמדתי על כך באחת הפרשות בצייני:

"... ביסוד העבירה של הפרת אמונים אינה עומדת ההנאה האישית של הנאשם (אם כי לרוב היא מצויה) אלא הפרת האמונים, אשר עשויה להתקיים גם בנאשם, הפועל למען הגשמת מה שנראה לו כאינטרס הציבור... ההוראה העונשית בדבר הפרת אמונים באה להגן על הציבור לא רק מפני עובדי ציבור, המפיקים טובת הנאה בדרך של סטייה מהשורה, אלא גם מפני עובדי ציבור, המוכנים לסטות מהשורה כדי לקדם את משימתם הציבורית. אלה כאלה פוגעים באמון הציבור ובטוהר המידות של עובדי הציבור" (ע"פ 645/81 פניץ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 67, 70 (להלן – פרשת פניץ)).

36. ד"ר קרניאל הציע לצמצם את האינטרס המוגן על ידי האיסור הפלילי של הפרת אמונים ולהעמידו על תקינות פעילותו של המינהל הציבורי בלבד. טוהר המידות של עובדי הציבור ואמון הציבור בעובדי הציבור אינם צריכים לשמש כאינטרסים המוגנים על ידי האיסור הפלילי של הפרת האמונים. ההגנה על ערכים אלה אינה צריכה להעשות על ידי איסורים פליליים (ראו, קרניאל, "הפרת אמונים של עובדי-ציבור – הצעה לפרשנות המבוססת על הערך המוגן על-ידי העבירה", משפט וממשל ז 415 (תשס"ד). להצעה דומה בתחום עבירת השוחד, ראו קרמניצר ולבנון, "עד היכן תתרחב עוד עבירת השוחד", עלי משפט א 369 (2000)). ביסוד גישה זו עומד השיקול כי תפיסה רחבה של הערך המוגן "עלולה להביא להתפרסותה על-פני תחומים רחבים

ובלתי מוגדרים וכך להביא לכשלונה" (קרניאל, שס, עמ' 425). לדעת המחבר, "הגנה רחבה על אמון הציבור בממשל באמצעות המשפט הפלילי יכולה לחרוג אף מעקרונות-היסוד של שיטתנו המשפטית" (שס, עמ' 428). בדומה, אין להגן על טוהר המידות של עובדי הציבור באמצעות המשפט הפלילי. "מטרותיו של המשפט הפלילי צנועות ומתוחמות הרבה יותר, ועניינן הגנה על האינטרסים החברתיים החיוניים ביותר. האינטרס החברתי החיוני, בענייננו, הוא, כאמור, איכות התיפקוד של השלטון והמינהל, ולא דווקא אופיים וטוהר מידותיהם של אנשיו" (שס, עמ' 430).

37. אין בידינו לקבל גישה זו, וזאת משלושה טעמים. ראשית, היא נוגדת שורה ארוכה של פסקי דין, בהם חזר בית המשפט העליון וקבע כי האיסור על הפרת אמונים נועד להגן לא רק על תקינות פעולתו של עובד הציבור אלא גם על טוהר המידות של עובד הציבור ועל אמון הציבור בהם. נדרשים טעמים כבדי משקל לסטייה כה חריפה מהדין הקיים. טעמים אלה אינם קיימים בענייננו. גם בספרות המשפטית מודגש כי שמירה על טוהר המידות של עובדי הציבור ועל אמון הציבור בהם הם ערכים המוגנים על ידי האיסור הפלילי (ראו ש.ז. פלר, יסודות בדיני עונשין 742 (כרך א', 1984); קרניאל, הפרת אמונים בתאגיד 96 (2001)). בעיה דומה התעוררה בקנדה. נפסק על ידי בית המשפט העליון כי העבירה הדומה שם להפרת אמונים (סעיף 121(1)(C) ל-Criminal Code) באה להגן על טוהר המידות של השירות הציבורי ועל אמון הציבור בו. כותבת השופטת לרו-דובה (L'Heureux-Dube):

"It is quite accepted that criminal law has a role to play in this area. Protecting the integrity of government is crucial to the proper functioning of a democratic system. Criminal law has a historic and well-established role in helping to preserve that integrity. Section 121(1)(C) has a special role to play in this regard. This court has decided on several occasions that the crucial purpose encompassed by this section is not merely to preserve the integrity of government, but to preserve the appearance of the integrity as well" (Hinchey v. The Queen (1996) 142 D.L.R. (4th) 50, 59).

שנית, קיימים טעמים כבדי משקל לטובת הגישה המכירה בכל שלוש המטרות כערכים המוגנים על ידי האיסור הפלילי. 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. אכן, אף ערכים אלה ראויים להגנתו של המשפט הפלילי. כך הדבר לעניין העבירה של שוחד, וכך הדבר לעניין העבירה של הפרת אמונים. איננו חוששים כי גישתנו זו סופה להביא לכשלון העבירה של הפרת אמונים. את חיותה של זו יש למצוא בהגדרה ראויה של יסודותיה. אין למצוא את חיותה בצמצומה ובדילדולה. שלישית, אילו צריך הייתי לצמצם את הערכים המוגנים על ידי האיסור הפלילי של הפרת אמונים, הייתי סבור כי את תקינות פעולת המינהל ניתן להבטיח על ידי השיפוט המשמעתית, ואילו את האיסור הפלילי יש לייחד לשמירה על טוהר המידות של עובדי הציבור ועל אופן הציבור בהם (ראו פלר, שם, שם). כמו כן, לא בכל מקרה קיים שיפוט משמעתית. לדוגמה, ראשי רשויות מקומיות ונציגי ציבור אחרים ברשויות מקומיות אינם כפופים לשיפוט משמעתית. הוא הדין במי שחדל להיות עובד ציבור. זאת ועוד. לא פעם אין זה ראוי, נוכח חומרת המעשה והתוצאה, להסתפק בדין משמעתית ובסנקציות שהוא מאפשר. לכן כאמור, אינני סבור כי יש מקום או צורך לגזור על עצמנו צמצום שכזה. ניתן להבטיח את ההגנה על האינטרס הציבורי, את קיום עקרון החוקיות ואת הפעלתו היעילה של האיסור הפלילי בלא לעמוד על צמצום זה.

38. הנה כי כן, אופן הציבור, טוהר המידות ותקינות פעולת המינהל – כל אחד בנפרד ושלושתם גם יחד – מונחים ביסוד האיסור הפלילי על הפרת אמונים. הם האינטרס החברתי המוגן. כמובן, מטרות אלה כולן קשורות ושזורות הן אלה באלה. ביסודן מונחת התפיסה כי עובד הציבור הוא נאמן הציבור; כי לא לעצמו הוא פועל אלא למען הציבור הוא פועל. "מה נאמן אין לו משל עצמו ולא כלום, כן היא הרשות הממנה שאף היא אין לה משל עצמה ולא כלום" (השופט מ' חשין בבג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העובדה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 649). גישה זו מהווה בריח תיכון של המשפט המינהלי. היא מהווה גם טעם מרכזי העומד מאחורי העבירה של הפרת אמונים. עמדתי על כך בפרשת גרוסמן בצייני:

"עובד הציבור נתון במצב של אופן כלפי המדינה, אשר הפקידה בידי העובד סמכויות וכוחות. השימוש בסמכויות וכוחות אלה בא לשרת את האינטרס, שהכוח והסמכות באו להגשים. אין הם באים לשרת אינטרס אחר כלשהוא. בהפעלת תפקידיו אלה על עובד הציבור לפעול מתוך נאמנות" (פרשת גרוסמן, עמ' 416; ראו גם פרשת לב, עמ' 546).

על רקע ערכים מוגנים אלה – המהווים את התכלית המונחת ביסוד העבירה של הפרת אמונים – נפנה לבחינת יסודותיה של העבירה. נפתח ביסוד העובדתי.

היסוד העובדתי שבעבירה של הפרת אמונים

39. היסוד העובדתי שבעבירה של מרמה והפרת אמונים מתמצה בהוראה הבאה (סעיף 284 לחוק העונשין):

”עובד הציבור העושה במילוי תפקידו מעשה מרמה או הפרת אמונים הפוגע בציבור”.

בפרשת גרוסמן ציינתי כי היסוד העובדתי בעבירה הוא משולש:

(א) רכיב התנהגותי, דהיינו, 'מעשה מרמה או הפרת אמונים';

(ב) רכיב נסיבתי, דהיינו, 'עובד הציבור העושה במילוי תפקידו';

(ג) רכיב תוצאתי, דהיינו, מעשה 'הפוגע בציבור' (פרשת גרוסמן, עמ' 415; ראו גם ע"פ 5046/93 מדינת ישראל נ' הוכמן, פ"ד נ(1) 2, 13; להלן – פרשת הוכמן).

במשך הזמן התקבלה בפסיקה ההשקפה – עליה עמד פרופ' קרמניצר (ראו קרמניצר, "על העבירה של מרמה והפרת אמונים לפי סעיף 284 לחוק העונשין ועל המחשבה הפלילית", משפטים יג 275 (1983)) – כי העבירה של מרמה והפרת אמונים אינה עבירה תוצאתית, אלא עבירה התנהגותית (ראו פרשת ציוני, 384). עמד על כך השופט א' גולדברג בציינו:

”היסוד השלישי שבעבירה הוא – המעשה הוא כזה 'הפוגע בציבור'. רכיב זה אינו תוצאתי, אלא נוגע לתכונה מיוחדת של הרכיב ההתנהגותי, דהיינו, נדרש שמעשה המירמה או הפרת האמונים יהא, לפי טיבו וטבעו, מעשה הפוגע בציבור” (פרשת גנות, עמ' 386).

גישה זו התקבלה גם בפרשת שבט. חברי השופט א' מצא ציין "כי אין המדובר ברכיב תוצאתי של היסוד העובדתי אלא ברכיב נסיבתי גרידא" (פרשת שבט, עמ' 523). השקפה זו מקובלת גם עלינו.

40. בעתירה שלפנינו לא מתעורר הצורך לבחון את הפרט הנסיבתי שעניינו "עובד הציבור העושה במילוי תפקידו". כמו כן איננו נדרשים לבחון את הפרט ההתנהגותי של "מעשה מירמה". במרכז עיוננו עומדים שני פרטים עובדתיים: הפרט ההתנהגותי שעניינו "הפרת אמונים", והפרט הנסיבתי שעניינו מעשה "הפוגע בציבור". שני פרטים אלה קשורים זה בזה. נדרש כי מעשה הפרת האמונים (הפרט ההתנהגותי) יהא לפי טיבו וטבעו, מעשה הפוגע בציבור (הפרט הנסיבתי). נדון, על כן, בשני אלה יחדיו, תוך שנראה בדרישה כי המעשה פוגע בציבור פרט המצמצם את מרחב התחולה של מעשה הפרת האמונים.

"הפרת אמונים"

41. "הפרת אמונים" משתרעת על מגוון של מעשים או מחדלים. כך, למשל, עובד ציבור המורה על ביצוע רישום כוזב מבצע מעשה של הפרת אמונים. "עובד הציבור המבצע בעצמו, או המורה לזולתו לבצע, רישום שאינו אמת מועל באמון שניתן בו ומפר בכך אמונים. ביסוד האמון עומדת עשיית הישר וההוגן על פי עובדות אמת. עובד ציבור הסוטה מאלה מועל באמון ומפר אמונים" (פרשת פניץ, בעמ' 69). בסוג מצבים זה יכול שלעובד הציבור עצמו אין עניין אישי בתוצאות מעשהו. חרף זאת, יש בהתנהגותו משום הפרת אמונים. אכן, העבירה של הפרת אמונים – כמו גם הטעמים המונחים ביסודה – משתרעת על מספר סוגים של פעולות המגבשות את היסוד העובדתי שבעבירה. מבין סוגים אלה מתרכזת העתירה שלפנינו בהפרת אמונים הנובעת מניגוד עניינים. נמקד, איפוא, את דיוננו במצבים אלה. תהא לו, מטבע הדברים, השלכה גם על סוגי ההתנהגות האחרים העשויים להוות הפרת אמונים.

הפרת אמונים וניגוד עניינים

42. המאפיין מצב של ניגוד עניינים הוא הימצאותו של עובד הציבור במצב בו קיים ניגוד בין האינטרס עליו מופקד עובד הציבור לבין אינטרס אחר כלשהו. הגדרה זו משתרעת על מגוון רחב של מצבים (ראו ברק, "ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד", משפטים י' 11, 13 (1980)). בצדק צוין כי "האיסור לניגוד עניינים, כשלעצמו, אינו עשוי מקשה אחת" (השופט גולדברג בפרשת מרקדו, בעמ' 502). חלקם של המצבים

נתפס כ"פגם אסתטי" גרידא, שאינו הפרה של איסור משפטי. חלקם, אף שיש בו הפרה של איסור משפטי, מהווה עבירה משמעתית גרידא (ראו פרשת אבו חצירא, עמ' 704). חלקם נופל לגדרו של האיסור הפלילי. במקרה של התנהגות בלתי-ראויה על-ידי עובד ציבור, שאינה מגיעה כדי עבירה פלילית, הדין המשמעתי אינו בהכרח דרך יחידה לילך בה. באופן עקרוני ניתן, ולעתים גם ראוי, להגיב על התנהגות כזו בדרך מינהלית, כגון העברה מתפקיד לתפקיד אחר. אכן, עצם ניגוד העניינים אינו מהווה עבירה פלילית. "לא כל מצב של ניגוד עניינים, אף אם יש בו פסול מבחינה מינהלית או מבחינה מוסרית, מוביל בהכרח לעבירה פלילית" (השופט זמיר בע"פ 1877/90 מדינת ישראל נ' בן עטר, פ"ד נג(4) 695, 700). נדרש גוון מיוחד לניגוד העניינים, כדי שייפול למסגרתו של האיסור הפלילי. כמובן, לא נדרש שניגוד העניינים יתבטא בקבלת טובת הנאה בעד פעולה הקשורה בתפקיד. ניגוד עניינים זה נופל לגדרה של עבירת השוחד (סעיף 290(א) לחוק העונשין). מהו איפוא אותו ניגוד עניינים שלגדר שוחד לא הגיע אך מגדר עבירה משמעתית גרידא יצא? מהם התנאים המגבשים את היסוד העובדתי של מעשה "הפרת אמונים הפוגע בציבור"? באחת הפרשות צוין כי "שיקול המידתיות הינו שיקול רלוואנטי בבואנו לפרש את היקף התפרסותה של הנורמה הפלילית שבסעיף 284 לחוק העונשין" (השופט גולדברג בפרשת גנות, עמ' 387). מה נדרש לשם קיומו של תנאי זה? בפרשת שבס ציין חברי השופט מצא כי "כדי שסטייה מן השורה המפרה את כללי ההתנהגות המחייבים את עובד הציבור, תהווה הפרת אמונים ותצדיק את הרשעתו בפלילים, יש להראות כי להתנהגותו נלווה פן מחמיר נוסף" (פרשת שבס, עמ' 527). מהו פן מחמיר זה?

43. שאלה זו עלתה במספר פסקי דין. לעתים הודגשה הדרישה של סטייה מהשורה ("ביסוד האמון עומדת עשיית הישר וההוגן על פי עובדות אמת. עובד ציבור הסוטה מאלה מועל באמון ומפר אמונים": פרשת פניק, עמ' 69). במקרים אחרים הדגיש בית המשפט את האשמה המוסרית של עובד הציבור העולה מתוך המניע שלו ("הואיל ומרכז הכובד של העבירה הוא באשמתו המוסרית של הנאשם, יש שלצורך התגבשותה נדרש בית-המשפט להתחקות אחר מניעיו של הנאשם" (השופט גולדברג בפרשת יחב, עמ' 17)). לעתים הודגש היסוד של שחיתות ("התנהגות מודעת שיש בה יסוד של שחיתות": פרשת סויטא, עמ' 777; ע"פ 7865/01 מדינת ישראל נ' ביטון, פ"ד נו(4) 739, 745; "כדי שהמעשה שאינו ראוי ייתקל בנורמה המשפטית הפלילית, יש מקום לשקול אם כרוך בנסיבותיו של המקרה יסוד של שחיתות" (השופט גולדברג בפרשת גנות, עמ' 391)).

44. התשובה לשאלה שהצגנו – מהו הפן המחמיר ההופך ניגוד עניינים להפרת אמונים – טמונה בפירוש שיש ליתן לדיבור "מעשה הפרת אמונים הפוגע בציבור" שבסעיף 284 לחוק העונשין. בפירוש זה אין להסתפק אך בלשון. הדיבור "מעשה הפרת אמונים הפוגע בציבור" אינו מקרין מתוכו משמעות אחת ויחידה. בצדק ציין השופט אשר כי "סעיף 284 אינו מגדיר ואינו מסביר מהו מעשה... האסור על-פיו" (ע"פ 742/78 טל נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 458, 449). כדי לשלוף ממשמעותו הלשונית של הדיבור את משמעותו המשפטית עלינו לפנות לתכלית המונחת ביסודו (ראו בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, 803). "מעשה הפרת אמונים הפוגע בציבור" הוא אותה התנהגות אשר למניעתה נועדה העבירה הפלילית. זו אותה התנהגות הפוגעת בערכים המוגנים על ידי האיסור הפלילי. מהו המובן שיש לתת, על רקע זה, לדיבור "מעשה הפרת אמונים הפוגע בציבור"?

45. ביסוד האיסור הפלילי של הפרת אמונים הפוגע בציבור מונח אחד או יותר משלושת הערכים הבאים: הבטחת אמון הציבור בעובדי הציבור; טוהר המידות של עובדי הציבור; והבטחת תקינותה של פעולת המינהל תוך הגשמתו של התפקיד הציבורי. כל אחד משלושה אלה נועד האיסור הפלילי של "מעשה הפרת אמונים הפוגע בציבור" להגשים. מכאן מסקנתנו כי הדיבור "מעשה הפרת אמונים הפוגע בציבור" משמעותו – לעניין התנהגות שיש בה ניגוד עניינים – אותו ניגוד עניינים המביא לפגיעה מהותית באינטרס המוגן על ידי האיסור הפלילי של הפרת אמונים. נמצא, כי ניגוד עניינים מקיים את היסוד העובדתי של "הפרת אמונים" אם ניגוד העניינים פוגע פגיעה מהותית באמון הציבור בעובדי הציבור, או בטוהר המידות של עובדי הציבור או בתקינות פעולת המינהל הציבורי.

46. ביסוד גישתנו זו מונחים השיקולים הבאים: ראשית, הצורך בקיומה של פגיעה מהותית באינטרס המוגן על ידי האיסור הפלילי נותן ביטוי לתפיסה כי אין די בניגוד עניינים בלבד. נדרש "פן מחמיר נוסף". פן מחמיר זה מתבטא בדרישה כי תתקיים פגיעה מהותית בערך המוגן. בכך מושג איזון ראוי בין האינטרס החברתי-ציבורי בשמירה על אמון הציבור בשירות הציבורי, על טוהר המידות ועל תקינות מילוי התפקיד מזה, ובין זכויות היסוד של הפרט ובראשן זכותו לחירות, כפי שהיא נפגעת מכל איסור פלילי והסנקציה שבצידו, מזה (ראו והשוו, ע"פ 4424/98 טילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, 539-540). הגנה חוקתית ראויה על זכויות אלו מחייבת כי הפגיעה בהן תהיה לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש. מבחן הפגיעה המהותית באינטרס המוגן מגשים אמת מידה זו, שכן הוא נותן משקל ראוי לחשיבותו של הערך המוגן ביסוד העבירה של הפרת אמונים ובה בעת פוגע באופן מידתי בזכויות

היסוד של הפרט. הגישה לפיה האיסור הפלילי של הפרת אמונים משתרע אך על אותם ניגודי עניינים שיש בהם פגיעה מהותית באינטרס המוגן מעניקה, איפוא, לאיסור הפלילי את היקפו הראוי.

47. שנית, הצורך בדבר קיומה של פגיעה מהותית באינטרס המוגן נותן ביטוי עקרוני לגישתו של חברי השופט מצא, לפיה:

”כדי שסטייה מן השורה המפרה את כללי ההתנהגות המחייבים את עובד הציבור, תהווה הפרת אמונים ותצדיק את הרשעתו בפלילים, יש להראות כי להתנהגותו נלווה פן מחמיר נוסף” (פרשת שבס, עמ’ 527).

בפרשת שבס הדגים חברי השופט מצא את הדרישה ל”פן מחמיר נוסף” באופן הבא:

”החומרה המיוחדת יכולה להתבטא באופייה השלילי המובהק של ההתנהגות, כגון שהתנהגותו של עובד הציבור היתה נגועה בשחיתות... או בחומרת הפגיעה שנגרמה לאינטרס הציבורי” (שם, שם).

לכך אנו מסכימים. עם זאת, אין במצבים אלה – וחברי השופט מצא עצמו לא ראה בהם – רשימה סגורה של מצבים עליהם חל האיסור הפלילי. לדעתנו, מצבים אלה הם ביטוי לתפיסה העקרונית בדבר קיומה של פגיעה מהותית באינטרס המוגן על ידי האיסור הפלילי של הפרת אמונים. אכן, מציאות החיים נתונה בשינוי מתמיד. נדרשת גישה עקרונית, שיהא בכוחה לחול על מגוון של מצבים משתנים. הנוסחה בדבר קיומה של פגיעה מהותית באינטרס המוגן מספקת צורך זה.

48. שלישית, הדרישה בדבר קיומה של פגיעה מהותית באינטרס המוגן מסייעת בהבנת היסוד העובדתי של העבירה הפלילית. בעיקר כך בכל הנוגע לרכיב הנסיבתי שלה, שעניינו הפרט של ”הפוגע בציבור”. היא מהווה אמת מידה היוצקת תוכן למושג זה במקרה קונקרטי. היא עצמה אינה חלק מהיסוד העובדתי, אלא מהווה אמת מידה נורמטיבית חיצונית. די אם נציין, כי הדיבור ”הפוגע בציבור” התפרש בפסיקה עקבית כפגיעה שאינה בהכרח פגיעה כספית או חומרית (ראו פרשת גרוסמן, עמ’ 419; ע”פ 151/66 גייזלר נ’ מדינת ישראל, פ”ד כ(2) 477, 486; פרשת הוכמן, עמ’ 611; פרשת לוי, עמ’ 238). התנהגות ”פוגעת בציבור” אם היא, בין השאר, פוגעת באמון הציבור במערכת השלטונית (פרשת אבו חצירה, עמ’ 706). עמד על כך השופט בכ:

“הפגיעה בציבור יכול שתבוא לידי ביטוי בגרם נזק מופשט כגון – פגיעה באינטרס ציבורי, או בערך בעל אופי ציבורי וכיוצא בזה. די בפגיעה באמון הציבור במערכת השלטונית כדי שיתקיים הרכיב התוצאתי” (פרשת לב, עמ’ 547).

וברוח דומה ציינו המשנה לנשיא לוין והשופטים מצא וקדמי:

“הפגיעה בציבור אינה מותנית בהכרח בגרימת נזק כספי או חומרי. די שהפרת האמונים בידי עובד הציבור תפגע באמון הציבור במערכת השלטון כדי שהמעשה ייחשב כפוגע בציבור” (פרשת דרעי, עמ’ 812).

פסיקה זו עולה בקנה אחד עם גישתנו הפרשנית, לפיה היסוד העובדתי של העבירה של הפרת אמונים מתפרש על פי אמת המידה בדבר פגיעה מהותית באמון הציבור בעובדי הציבור או בטוהר המידות של עובד הציבור או בתקינותה של פעולת המינהל הציבורי.

49. רביעית, הבנת הדיבור “מעשה הפרת אמונים הפוגע בציבור” – ובענייננו, עובד ציבור הפועל בניגוד עניינים ופוגע בציבור משום שהתנהגותו פוגעת באופן מהותי באמון הציבור בעובדי הציבור או בטוהר המידות של עובדי הציבור או במילוי תפקידם – מעניקה לעבירה אותה ודאות הדרושה למשפט הפלילי. אמת, אין בפירושו כדי להבטיח “תרגום” מיכני של העבירה הכללית לאיסור ספציפי. זאת לא נוכל כפרשנים לעשות. אין בכוחנו כפרשנים להפוך טקסט המבוסס על עיקרון לטקסט המבוסס על כלל (להבחנה זו, ראו א’ ברק, פרשנות תכליתית במשפט 248 (2003)). כל שביכולתנו לעשות הוא להבהיר במידת הוודאות הדרושה, את נסיבות החלתו של הכלל. מטרה זו מושגת, כך מקווים אנו, באמצעות הפירוש שניתן על ידינו להפרת האמונים. פירוש זה נותן רציונליזציה לאינטואיציה שלנו כי עובד ציבור הפועל מתוך ניגוד עניינים והמביא לפגיעה מהותית באמון הציבור, בטוהר המידות או במילוי התפקיד, עושה מעשה של “הפרת אמונים הפוגע בציבור”.

50. בבסיס הפרט ההתנהגותי שבעבירה של הפרת אמונים מונח ניגוד עניינים מסוגים שונים. בצדק ציין השופט גולדברג כי:

“האיסור לניגוד עניינים, כשלעצמו, אינו עשוי מקשה אחת, הוא חובק סוגים שונים של ניגודי עניינים, הנבדלים זה מזה מבחינת טיב האינטרסים הנוגדים,

מבחינת עוצמת השחיתות שבניגוד האינטרסים ומבחינת עוצמת הפגיעה באמון הציבור" (פרשת מוקדו, עמ' 502).

אכן, לא כל ניגוד עניינים גורר אחריו פגיעה מהותית באינטרס המוגן. זו תלויה במהותו ובאופיו של ניגוד העניינים. בהקשר זה יש להתחשב, בין השאר, בעוצמת ניגוד העניינים; במידת הסטייה מהשורה, אם היתה כזו; במעמדו של עובד הציבור בהירארכיה הציבורית ובהשפעת פעולותיו על עובדי מדינה והציבור. נעמוד בקצרה על היבטים אלה. אין הם רשימה סגורה, והם לא באו אלא להצביע על נסיבות טיפוסיות שיש בהן כדי להשליך על קיומה של פגיעה מהותית באינטרס המוגן, שעה שעובד הציבור פועל בניגוד עניינים.

51. ככל שעוצמת ניגוד העניינים חריפה יותר, כן מתחזקת האפשרות לפגיעה מהותית באמון הציבור, בטוהר המידות או בתקינות פעולת המינהל. לא הרי קרבת משפחה הדוקה ופעילה כהרי היכרות מזדמנת. לא הרי ניגוד עניינים המבוסס על קשר כספי אישי או אינטרס כלכלי כהרי ניגוד עניינים המבוסס על קשר מוסדי.

52. סטייה מהשורה – כלומר, פעולה בניגוד לכללים ולהוראות החלות על פעולותיו של עובד הציבור – אינה תנאי הכרחי להפרת אמונים. עם זאת, כאשר עובד הציבור סוטה מהשורה, יש למידת הסטייה השפעה על קיומה של פגיעה מהותית באינטרס המוגן. לא הרי סטייה חמורה מהשורה כהרי סטייה קלה מהשורה; לא הרי סטייה נמשכת כהרי סטייה חד-פעמית.

53. ככל שמעמדו של עובד הציבור רם יותר, כן עשוי ניגוד העניינים שבו הוא מצוי להגביר את הפגיעה המהותית בערך המוגן על ידי האיסור הפלילי. לא הרי ניגוד עניינים של המפקח הכללי של המשטרה כהרי ניגוד העניינים של שוטר מהשורה; לא הרי עובד ציבור הממונה על מספר רב של עובדים המבקשים ללמוד ממנו ולחקות אותו, כהרי עובד ציבור שאין לו תפקיד של ניהול. בצדק ציין השופט בייסקי כי:

"ככל שגבוה יותר וחשוב יותר מעמדו של בעל התפקיד הממלכתי, כך חייבת לגבור אחריותו לתקינות מעשי המינהל למניעת השחתת המידות" (ע"פ 521/87 מדינת ישראל נ' עינב, פ"ד מה(1) 418, 434).

דברים אלה נאמרו לעניין עבירות השוחד. הם חלים גם לעניין העבירה של הפרת אמונים. עמד על כך השופט זמיר בצינו:

”ככל שעובד המדינה נושא משרה רמה יותר, שיש עימה אמון רב יותר וסמכויות חזקות יותר, כך יש מקום לדרוש ממנו שיקפיד יותר במילוי תפקידו על טוהר המידות ועל התנהגות הולמת” (עש”מ 4123/95 אור נ’ מדינת ישראל, פ”ד מט(5) 189, 191).

בגישה דומה נקטה חברתי, השופטת מ’ נאור בפסק דין המיעוט שלה בפרשת שבס:

”גם פעולה מינורית יחסית של עובד ציבור בעל עמדה בכירה יש בה פוטנציאל להשפיע הרבה יותר מפעולה אינטנסיבית של עובד ציבור זוטר” (פרשת שבס, עמ’ 549).

גישה דומה הביע פרופ’ ז’ סגל:

”כאשר אנו עוסקים בשאלה הקשה של תיחום גבולות בין התנהגות פלילית לבין התנהגות בלתי-אתית בלבד, שאינה מגיעה לכדי התנהגות פלילית, ניתן לכלול בין קווי-ההפרדה את זה שעניינו בעוצמת התפקיד. ככל שהתפקיד רם יותר וככל שלנושא התפקיד סמכויות רבות יותר, כך שעניינו של הציבור בטוהר השיקול להפעלתן הוא בולט במיוחד – צריכה להתחזק ההשקפה שהפרת אותה חובת אמונים נושאת עימה תווית של פלילים” (סגל, ”צללים מרחפים על שלטון החוק – עם פרשת בר-און ובעקבותיה: על העמדת אישי-ציבור לדין פלילי”, משפט וממשל ד’ 587, 614 (תשנ”ה)).

אכן, עובד מדינה בכיר משמש דוגמא לכפופים לו. מעמדו הציבורי מאפשר לו להקרין כלפי הציבור הרחב הגינות, אמון, יושר ויושרה (ראו פרשת אייזנברג, עמ’ 266). כאשר עובד ציבור זה מצוי בניגוד עניינים הוא מקרין כלפי הכפופים לו וכלפי הציבור כולו את כשלונה של המערכת הציבורית, את שבירתם של הכלים הממלכתיים. כאשר ניגוד העניינים כולל בחובו היבט כספי, עובד הציבור מקרין את הקשר בין הון לשלטון. כל אלה מבססים פגיעה מהותית באמון הציבור בעובדי הציבור, פגיעה מהותית בטוהר המידות ופגיעה מהותית בתקינות המינהל. ויודגש, אמת מידה זו נגזרת מהתכלית המונחת ביסוד האיסור הפלילי. היא עצמה מהווה אמת מידה נורמטיבית, אשר

באמצעותה ניתן מובן להוראת החוק בדבר האיסור על מעשה "הפרת אמונים הפוגע בציבור". היא עצמה אינה היסוד העובדתי, אם כי באמצעותה נקבע היסוד העובדתי- הפיזי בכל מקרה ומקרה.

היסוד הנפשי שבעבירה של הפרת אמונים

54. הגדרת העבירה של הפרת אמונים בסעיף 284 לחוק העונשין מתמקדת ביסוד העובדתי של העבירה. אין בה ציון של היסוד הנפשי. בתי המשפט הסיקו את הצורך ביסוד נפשי על בסיס עקרונות כלליים (ראו פרשת גרוסמן, עמ' 420; פרשת לב, עמ' 547). מאז חקיקתו של חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994, הכלל הינו כי "אדם מבצע עבירה רק אם עשאה במחשבה פלילית" (סעיף 19 לחוק העונשין). בעבירה שאינה תוצאתית – וזו העבירה של הפרת אמונים – המחשבה הפלילית הנדרשת הינה מודעות (סעיף 20(א) לחוק העונשין):

"מחשבה פלילית – מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה ותוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה".

זו גם המחשבה הפלילית אשר נדרשה בפסיקה שקדמה לתיקון 39 (ראו פרשת גרוסמן, עמ' 415; פרשת סויטא, עמ' 770; פרשת הוכמן, עמ' 13). הדרישה הינה למודעות בפועל. על כן התרשלות, כלומר חוסר מודעות כשאדם מן היישוב יכול היה, בנסיבות העניין, להיות מודע (ראו סעיף 21(א) לחוק העונשין) אינה מספיקה. לעומת זאת, מי שעצם עיניו ונמנע מלברר, רואים אותו כמי שהוא מודע לפרטי היסוד העובדתי (ראו פרשת גנות, עמ' 386). בדרישה זו של מחשבה פלילית מתבלט הבדל חשוב בין המישור המינהלי או האזרחי לבין המישור הפלילי. "אדם עשוי להפר אמון שניתן בו בתום-לב, בין שפעל ברשלנות ובין שפעל ללא רשלנות. אותה התנהגות ייתכן שתהא פסולה מבחינה מינהלית או אזרחית. אך בכך בלבד אין כדי לגבש עבירה פלילית. לשם קיומה של זו, דרושה מחשבה פלילית" (פרשת גרוסמן, עמ' 420).

55. המחשבה הפלילית הנדרשת בעבירה של הפרת אמונים – ככל שהדבר נוגע לפרט העובדתי של מעשה "הפרת אמונים הפוגע בציבור" – הינה זו של מודעות. הדרישה הינה כי לעושה יהא יחס סובייקטיבי-הכרתי לטיב המעשה (ראו פלר, שם, 485). נדרש יחס נפשי לטיב הפיזי של ההתנהגות. לא נדרש כי העושה יהא מודע לכך כי מעשהו מהווה "הפרת אמונים" או כי מעשהו פוגע בערכים שהאיסור הפלילי נועד

להגן עליהם. לא נדרש שעובד הציבור יהיה מודע לערכים אלה. די בכך שהוא מודע ליסודות העובדתיים-פיזיים המבססים הפרת אמונים זו. אין צורך בכך שמודעותו זו תתפשט גם להערכתם הנורמטיבית של היסודות העובדתיים. בגישה זו נקט חברי השופט מצא בפרשת שבס. הוא ציין כי עמידה על הדרישה כי המודעות של העושה תתייחס לא רק לטיב המעשה אלא גם לפסול שבו "חורגת ממושכלות היסוד שעל-פיהם נגזרות ההבחנות הנדרשות להכרעה בדבר ביצוע של עבירה שהמחשבה הפלילית הנדרשת לשכלולה היא מסוג מודעות" (פרשת שבס, עמ' 524). על רקע זה קובע חברי השופט מצא, כי:

"אני סבור כי בהגדרת היסוד הנפשי הנדרש בעבירה של הפרת אמונים אין מקום לכלול את הדרישה שעובד הציבור היה מודע לכך שיש בהתנהגותו משום הפרת אמונים" (פרשת שבס, עמ' 526).

לגישה זו אנו מסכימים. היא מצאה ביטוי לא פעם בפסיקתו של בית משפט זה, שעה שהודגש בפסק הדין כי המודעות הינה "לטיב הפיזי של ההתנהגות" (ראו פרשת גרוסמן, עמ' 415; פרשת אבו חצירה, עמ' 707; פרשת הוכמן, עמ' 13; פרשת גנות, עמ' 386; פרשת דרעי, עמ' 812). עם זאת, לא פעם נמצא בפסיקה אימרות, לפיהן המצב הנפשי הנדרש הינו "מודעות בפועל, כי נעשה מעשה מירמה או הפרת אמונים" (פרשת גרוסמן, עמ' 415; פרשת הוכמן, עמ' 13). על כן היטב לעשות חברי השופט מצא בעניין זה, והעמיד הלכה על מכונה. טעמיה של הלכה זו ברורים הם (ראו קרניאל, "מרמה והפרת אמונים – הלכה למעשה", פלילים ח' 273 (1999); סגל, שם, עמ' 670). אם טעות במצב המשפטי אינה פוטרת מאחריות (ראו סעיף 34 לזקק העונשין), גם טעות באשר לסיווג הנורמטיבי של פרט עובדתי אינה צריכה לפטור מאחריות (ראו קנאי, "היעדר מודעות ליסודות העבירה או טעות במצב המשפטי: העבירה של הפרת אמונים כדוגמה", מגמות בפלילים 203 (2001)). תהא זו תוצאה שאין להסכים עימה, כי עובד ציבור מושחת לא יהיה אחראי בפלילים על הפרת אמונים דווקא משום ששחיתותו הביאה אותו לכך שאין הוא רגיש לפסול שבהתנהגותו. בצדק ציין חברי השופט מצא כי "הכרעת בית-המשפט בשאלה אם היה במעשה משום הפרת אמונים, תתבסס על נורמת ההתנהגות הראויה לעובד ציבור ולא על מודעותו הסובייקטיבית של העובד הנאשם, שעל-פי תפיסתו הערכית אפשר שלא ראה כל פסול במעשהו" (פרשת שבס, עמ' 524). ההכרעה הנורמטיבית באשר לאיפיון ההתנהגות צריכה להעשות על ידי בית המשפט על יסוד מבחנים אובייקטיביים ולא על ידי העושה עצמו על יסוד מבחניו הסובייקטיביים (ראו גור-אריה, שם, בעמ' 264). אכן, המודעות של עובדי הציבור צריכה להתייחס ליסודות העובדתיים שבמקרה שלו מהווים מעשה הפרת אמונים

הפוגע בציבור. אין הוא צריך להיות מודע למשמעות הנורמטיבית של מושגיות זו ולאמות המידה הנורמטיביות הגוזרות ממנה את ההתנהגות האסורה עליו.

56. אופייה של הפרת האמונים כעבירת מסגרת "אשר יסודותיה העובדתיים אינם מוגדרים דיים" (השופט גולדברג בפרשת יהב, עמ' 17) הביא את השופט גולדברג לאימוץ השקפה כי בהפרת אמונים יש לדרוש יסוד נפשי נוסף שעניינו המניע של הנאשם. כותב השופט גולדברג:

"הואיל ומרכז הכובד של העבירה הוא באשמתו המוסרית של הנאשם, יש שלצורך התגבשותה נדרש בית-המשפט להתחקות אחר מניעיו של הנאשם. בכך נבדלת עבירת הפרת אמונים, שבה יש שמניעיו של הנאשם מהווים חלק מהגדרתה, מעבירות מחשבה פלילית רגילה, אשר בהן המניע אינו חלק מיסודותיהן (אלא רק שקול בגזירת הדין)" (פרשת יהב, עמ' 17).

אין בידינו להצטרף להשקפה זו. הפרת האמונים אינה דורשת מחשבה פלילית מיוחדת. היא מסתפקת בעקרון הכללי של מודעות. איננו סבורים שיש מקום להכניס דרישה זו של מניע בדרך פרשנית, בוודאי לא ביסוד ההתנהגותי. עם זאת, מקובל עלינו כי הוכחת המניע הפסול תסייע בהוכחת המודעות הנדרשת במסגרת היסוד הנפשי. כן יש בה כדי להוות גורם בגיבוש הפרט ההתנהגותי (מעשה "הפרת אמונים הפוגע בציבור") של העבירה.

57. פרופ' ק' מן הציע לקרוא לתוך היסוד הנפשי של הפרת האמונים יסוד של "אי-יושר" (ראו מן, "אי-יושר כמרכיב באחריות פלילית בעבירות שיש בהן הפרת נאמנות", עיוני משפט 505 (התשמ"ה)). לדעתו, ימנע הדבר הרשעה בפלילים של נאשם שאינו אשם מבחינה מוסרית, או שאינו סוטה מנורמות חברתיות מקובלות. מן חושש כי בתי המשפט לא יתייחסו לשאלות הנוגעות למוסריות או למידת הסטייה של הנאשם מנורמות חברתיות חשובות, כגון "עד כמה ההתנהגות הינה בגדר נוהג מקובל בשירות הציבור; עד כמה ישנה התעלמות מהתנהגות שכזו מצד האחראים; באיזו מידה, בהבדל מ'האם', יש בהתנהגות משום סטייה מן ההוראות או המדיניות הנוהגת במקום העבודה בו מועסק העובד, ובאיזו מידה הנאשם מודע לאלמנטים מיוחדים אלה" (שם, עמ' 530). לדעתנו, אין לקבל גישה זו, וזאת משני טעמים: ראשית, בהיעדר הוראה מפורשת בעניין זה בחוק העונשין, איני סבור כי יש מקום לכך שבית המשפט יוסיף דרישה זו בדרך פרשנית. אם מבקשים לראות ב-"אי-יושר" יסוד בעבירה יש לתקן את חוק

העונשין; שנית, איננו סבורים כי ראוי הוא להגביל את הפרת האמונים למצבים של "אי-יושר", כפי שמושג זה מתפרש על ידי מן. כך, למשל, העובדה שעובד הציבור מצוי בניגוד עניינים שהוא מקובל בשירות הציבור, אין בה כדי לשחררו מאחריות פלילית. עם זאת, היבטים מסויימים מאלה עליהם עומד מן – כמו מידת הסטייה מההוראות ומודעותו של הנאשם – יש לקחתם בחשבון במסגרת היסודות הקיימים של העבירה.

58. הנה כי כן, היסוד הנפשי הנדרש להפרת האמונים הוא מודעות ליסודות העובדתיים של העבירה. בענייננו, זו מודעותו של עובד הציבור לעובדות הפיזיות היוצרות את ניגוד העניינים בו הוא נתון ולהתנהגות ולנסיבות הפיזיות שבגינן ניגוד העניינים בו הוא נתון פוגע בציבור. יסוד נפשי זה נדרש מכוח ההוראות הכלליות שבחוק העונשין, לפיהן אדם מבצע עבירה רק אם עשאה במחשבה פלילית (סעיף 19), ומחשבה פלילית לעניין עבירת התנהגות משמעותה מודעות לטיב המעשה ולקיום הנסיבות (סעיף 20(א)). אין מקום להוספת דרישות נוספות. בכך אנו מפשטים את יסודות העבירה ומונעים חוסר ודאות מיותר. אין צורך איפוא לא במניע אסור ולא באי-יושר. די במודעות, המשתרעת על כל סוגי ההתנהגות. לא נותר לנו אלא לעבור ליישום מבחנים אלה, הלכה למעשה, לנסיבות העניין שלפנינו.

מן הכלל אל הפרט

59. האם הפר שבס אמונים באופן הפוגע בציבור? בתשובתנו לשאלה זו אנו מניחים כתשתית לבחינתנו את המסגרת העובדתית כפי שעולה מפסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת שבס. השאלות הניצבות בפנינו הן שתיים: האחת, האם התקיים בשבס היסוד העובדתי שבעבירה; השניה, האם התקיים בשבס היסוד הנפשי שבעבירה. נבחן כל שאלה בנפרד.

היסוד העובדתי

60. אין מחלוקת בין הצדדים כי בתקופה הרלבנטית שבס היה עובד הציבור. כן מוסכם עליהם כי פעולותיו נעשו במילוי תפקידו. אין ספק כי בשתי הפרשות בהן הואשם שבס – פרשת שטרן (באישום הראשון) ופרשת שולדנפריי (באישום השלישי) – הוא היה נתון במצב של ניגוד עניינים. זאת משום שהוא היה נתון במצב בו מתקיים ניגוד בין האינטרסים הממלכתיים עליהם הופקד שבס לבין האינטרסים של שטרן ושל האחים שולדנפריי, שהיו חבריו הטובים, וקשורים עימו, כל אחד בדרכו, בקשרים

עסקיים וכלכליים. שטרן ניהל עבור שבס חשבון בנק והאחים שולדנפריי היו מעסיקיו בטרם היה מנהל כללי של משרד ראש הממשלה. האם היה בניגוד זה מעשה הפרת אמונים הפוגע בציבור? כפי שעולה מפסק דינו, התשובה לשאלה זו נקבעת על פי אמת המידה הבאה: האם ניגוד העניינים בו היה נתון שבס, יש בו פגיעה ממשית באמון הציבור בעובדי הציבור, או פגיעה מהותית בטוהר המידות של עובד הציבור או בתקינות פעולת המינהל?

61. האם על פי אמת מידה זו, ניגוד העניינים בו היה מצוי שבס בפרשת שטרן ובפרשת שולדנפריי היה מעשה הפרת אמונים הפוגע בציבור? תשובתנו לשאלה זו היא בחיוב. תרמו לכך הצטברותם של שני שיקולים כבדי משקל: מעמדו הבכיר של שבס ועוצמתו הרבה של ניגוד העניינים. הצטברותם של שני אלה יצרה פגיעה מהותית באמון הציבור ופגיעה מהותית בטוהר המידות.

62. שבס היה המנהל הכללי של משרד ראש הממשלה. זהו אחד התפקידים הבכירים ביותר בשרות המדינה. זהו תפקיד בעל השפעה רבה בתוך שרות המדינה וכלפי הציבור הרחב. בפעולותיו בפרשת שטרן ובפרשת שולדנפריי הוא היה נתון בניגוד עניינים חריף ביותר. ניגוד עניינים זה התבטא ביחסי החברות הקרובים והאמיצים עם שטרן והאחים שולדנפריי ובקשר העסקי שהיה לו עימם (לרבות קבלת כספים בטרם נעשה עובד מדינה). הצטברותם של נתונים אלה באשר לבכירות התפקיד ועוצמת ניגוד העניינים יוצרת מתכון בדוק לפגיעה קשה באמון הציבור בשרות המדינה. פגיעה זו נבחנת באופן אוביקטיבי ולא על פי השקפתו האישית של הנוגע בדבר. ההשלכות הקשות של הפגיעה באמון הציבור הן בשני מישורים: האחד, במישור הפנימי של עובדי המדינה. הם רואים במנהל הכללי דוגמא ומופת. "אם מותר לו – מותר גם לנו" הם אומרים בליבם. הדבר מקרין עצמו במהירות לתוך השרות הציבורי ופוגע בו קשות. הדבר מצא ביטוי יפה במורת הרוח של עובדי המשרד שהונחו על ידי שבס לסייע לאחים שולדנפריי. המישור השני הוא החיצוני. התנהלותו של מנהל כללי בניגוד עניינים כה חמור משפיעה באופן הרסני על יחס הציבור אל עובדי הציבור. "כולם מושחתים" – הם חושבים לעצמם. בוודאי כך, מקום שיש קשר כספי קודם בין עובד הציבור לבין חברו הטוב. "ההון שולט בשלטון" יגידו.

63. חברתי, השופטת מ' נאור, עמדה על שיקולים אלה לעניין פרשת שולדנפריי (האישום השלישי). כתבה חברתי:

”שבס פעל בניגוד אינטרסים מובהק. בכמה עניינים רואה אני חומרה יתרה המעבירה את המעשים אל מעבר לקו הגבול כאמור. אין מדובר רק בטובה לחברים. מערכת היחסים הכספית שהיתה לשבס עם שולדנפריי בתקופה שקדמה למינויו כמנכ”ל משרד ראש-הממשלה, נותנת למעשיו של שבס בענייניהם של חבריו-מיטיביו ממד של שחיתות. חומרה יתרה נובעת גם ממעמדו הבכיר של שבס הן כמנכ”ל משרד ראש-הממשלה הן בשל מבצע האצת הבניה’. גם פעולה מינורית יחסית של עובד ציבור בעל עמדה בכירה יש בה פוטנציאל להשפיע הרבה יותר מפעולה אינטנסיבית של עובד ציבור זוט. זאת ועוד, את פעילותו של שבס יש לבחון לא רק על פי מעשיו שלו, אלא גם על רקע העובדה שהוא הפעיל את עובדי משרדו. אכן, גיל שולדנפריי לחץ גם הוא על עובדי משרד ראש-הממשלה ועל גורמי התכנון, אך אין בכך כדי למעט מחלקו של שבס” (פרשת שבס, עמ’ 549).

שיקולים אלה עצמם חלים גם בפרשת שטרן.

64. ניגוד העניינים בו היה מצוי שבס בפרשת שטרן ובפרשת שולדנפריי ביסס גם פגיעה מהותית בטוהר המידות של השרות הציבורי. טוהר המידות נפגע באופן מהותי כאשר עובד הציבור מפעיל את סמכותו השלטונית באופן המסייע לידידו הקרוב, במיוחד כך כשבין השניים התקיים קשר בעל אופי כלכלי. פגיעה זו הולכת וגוברת ככל שניגוד העניינים הוא חריף יותר וככל שמעמדו של עובד הציבור רם יותר. חברי השופט מצא ציין, כי בפרשת שטרן (האישום הראשון):

”אין לחדד כי לשבס היה מניע אפשרי נוסף בקידום קשרים עסקיים עם המדינה הזרה, מלבד טובת המדינה שעל קידומה שקד מכוח תפקידו, הוא המניע הקשור בחברותו האמיצה עם שטרן ובידיעתו על אודות הרווח הגדול הצפוי לשטרן מהשלמת המהלך במישור היחסים העסקיים: קיומו של מניע אפשרי זה הציב את שבס, ללא ספק, במצב של ניגוד עניינים” (פרשת שבס, עמ’ 521).

לדעתנו, קיומו של המניע הנוסף, מעבר לאינטרס הציבורי, בנסיבות העניין שלפנינו, מבסס ניגוד עניינים הפוגע באופן מהותי בטוהר המידות (ראו נבנצל, שם, עמ’ 29).

המידות הראויות לעובד הציבור אינן טהורות עוד, כאשר הן מוכתמות באינטרסים זרים. מצב זה מאיים על ההגינות השלטונית ומנחיל נוהג פסול בדרג הגבוה ביותר.

65. שיקול נוסף עליו עמדנו, אשר עשוי להשליך על קיומה של פגיעה מהותית בערכים המוגנים, הוא סטייה מהשורה של עובד הציבור. סטייה מהשורה, לעניין זה, משמעותה פעולה בניגוד לכללים ולהוראות החלים על פעולתו של שבס. האם סטה שבס מהשורה? על פי התשתית העובדתית הניצבת לפנינו, שבס לא סטה מהשורה בהתנהגותו בפרשת שטרן (האישום הראשון). לא הונחה תשתית עובדתית לכך שבשל קשריו של שבס עם שטרן הוא עשה פעולות שלולא קשרים אלה הוא לא היה מבצע. בעניין זה קבע חברי השופט מצא:

“המדינה שבה וטענה כי במהלך פעולותיו חרג שבס מסמכותו במתן הבטחות שלא הוסמך לתתן וכן נמנע מלהתייעץ עם גורמים שונים שעל-פי סדרי המינהל התקין היה עליו להתייעץ עימם. לטענת המדינה, אופן התנהלותו אינו יכול להתיישב עם ההנחה כי המדובר אך בשיקול-דעת מוטעה, ומכאן מתחייבת המסקנה כי שבס פעל תוך מודעות לפסול שבפעילותו. טענות אלה לא שכנעוני. הראיות שהובאו נגד שבס אכן הצביעו על מקרים אחדים שבהם השהה את דיווחו לראש-הממשלה וכן על סיטואציות שעל-פי סדרי המינהל התקין חייבוהו לקיים התייעצויות עם גורמים מסויימים, אך מחדלים אלה עשויים להתיישב גם עם טעות כנה בהפעלת שיקול-הדעת” (פרשת שבס, עמ’ 531).

בטיעוניו בפנינו ציין בא כוח המדינה – לאחר שהביא מדבריו אלה של חברי השופט מצא – כי עניין הטעות הכנה בהפעלת שיקול הדעת “מעולם לא התברר, ובנסיבות של פעולה מתוך ניגוד עניינים בעל עוצמה כזו, ספק אם יכול היה להתברר”. בהמשך נטען בפנינו, כי “כשבוחנים את מחדליו של שבס... באספקלריה של פעולה שבוצעה מתוך ניגוד עניינים, עולה חשש אינהרנטי, שאינו ניתן להסרה, שמא אלו נעשו שלא בתום לב אלא בשל ‘מניע אפשרי נוסף בקידום קשרים עסקיים עם המדינה הזרה’. חשש זה, כשלעצמו, מהווה צל שחור על מכלול פעולותיו של שבס לקידום העסקה. צל שחור זה מעיב על אמון הציבור בעובדי הציבור הבכירים ובמערכת השלטונית בכללותה” (עמ’ 34 לסיכומים). אפילו על פי טיעונים אלה, אין בהם כדי לבסס, במידת הוודאות הדרושה במשפט פלילי, סטייה מהשורה (מעבר לעצם ההמצאות בניגוד עניינים).

66. סבוכה יותר היא השאלה, אם שבס סטה מהשורה בפרשת שולדנפריי (האישום השלישי). נזכור כי הפרויקט של האחים שולדנפריי עלה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי (פרשת שבס, עמ' 543); הציבור בכללו יצא נשכר מהמשך הטיפול בפרויקטים אלה (שם, שם). בעניין זה קבע חברי השופט מצא כי בדין זוכה שבס מאישום זה בבית המשפט המחוזי. בנמקו זאת ציין חברי כי:

“הטעם לכך הוא כי סטייתו של שבס מן השורה, לנוכח סוג פעילותה והיקפה לא הגיעה לדרגת חומרה שיש בה משום פגיעה בציבור. על פי כלל נסיבותיה, הריהי בגדר מקרה גבולי שאיננו מצדיק הרשעה בפלילים. שבס לא ניסה להשיג עבור האחים שולדנפריי, ואף לא השיג בפועל, דבר-מה משמעותי שלא היו זכאים לו ממילא” (פרשת שבס, עמ' 545).

חברי קבע איפוא שתי קביעות. האחת, כי שבס סטה מהשורה; האחרת, כי אין בסטייה זו משום פגיעה בציבור. מהי סטייתו של שבס מהשורה באישום זה? נקבע כי שבס הפעיל לחץ על רשויות התכנון לזרז את קבלת החלטותיהן בעניין הפרויקטים של האחים שולדנפריי. עם זאת נקבע, כי לחץ זה היה במסגרת “מבצע האצת הבנייה”, תוך ששבס הקדיש לו זמן “מזערי אם לא לומר אפסי” (שם, עמ' 543). אין לראות, איפוא, בעצם הפעלת הלחץ משום סטייה מהשורה. חברי הוסיף וקבע, כי הפרויקטים של האחים שולדנפריי לא היו “תקועים”. עם זאת הוא הוסיף וקבע כי אין לכך חשיבות רבה מדי שכן “המשרד עסק בקידום פרויקטים לבניה מכל הסוגים ‘תקועים’ וש’אינם תקועים” (שם, עמ' 544). במה התבטאה, איפוא, על פי גישתו של חברי, הסטייה מהשורה של שבס? ייתכן כי ניתן לייחס זאת להנחיה שהינחה שבס את עובדי המשרד לטפל בעניינם של האחים שולדנפריי. עובדים אלה העניקו לאחים שולדנפריי יחס מועדף. אמת, יחס זה נבע במידה רבה מלחצו הישיר והבלתי פוסק של אחד האחים על עובדי משרד ראש הממשלה. עם זאת חברי קבע כי “לחץ זה התאפשר, ללא ספק, גם כתוצאה מכך ששולדנפריי היה ‘בן בית’ במשרד ראש הממשלה, שעובדיו ידעו על אודות קשריו עם שבס” (שם, עמ' 543). בהתייחסו להנחיה זו קבע חברי השופט מצא:

“היתה זו הנחיה מיותרת ברמה הפרקטית ופגומה ברמה האתית והציבורית. מן הראוי היה כי שבס יימנע כליל מלעסוק בנושא זה, במישרין או בעקיפין, ויותר את הטיפול בו לגורמים האחרים במשרד, האמונים על כך אף הם, ואשר לא היו מצויים בקשרי חברות כה קרובים עם בעל הדבר” (שם, עמ' 545).

עם זאת, אין בכל אלה קביעה ברורה ומפורשת כי בעניין זה, או בעניינים אחרים הקשורים לאישום השלישי, סטה שבס מהשורה (מעבר לעצם הימצאותו בניגוד העניינים).

67. חברתי השופטת מ' נאור פסקה, בחוות דעת המיעוט שלה, שיש להרשיע את שבס באישום השלישי (פרשת שולדנפריי). באשר לסטייה מהשורה כתבה חברתי:

“הפרויקטים לא היו 'תקועים' כלל ועיקר, ודווקא בתקופה שבה תכניות רבות היו 'תקועות' היה צריך להיזהר כפל כפליים שלא לזרז תכניות שאינן 'תקועות' ובכך, בהכרח, להשהות במידה זו או אחרת טיפול בתכניות אחרות הממתינות לתורן. בענייני בנייה 'זמן הוא כסף'” (שס, עמ' 549).

עם זאת, הבסיס להרשעתה של חברתי לא היה בקביעה מפורשת בדבר סטייה מהשורה של שבס, אלא ביסוד השחיתות שהיה ביסוד ניגוד העניינים בו היה מצוי.

68. מהי המסקנה העולה מניתוח זה? על פי פסק הדין בפרשת שבס קשה לקבוע באופן חד משמעי האם בפרשת שולדנפריי פעל שבס בניגוד לכללים ולהוראות החלים על פעולותיו. יצוין, כי העובדה ששבס הקדיש לענין “זמן מינוריי” אינה מעלה ואינה מורידה. שיחה טלפונית של אדם במעמדו, גם אם היא קצרה, יכולה להיות משמעותית ורבת השפעה. העובדה ששולדנפריי היה בן בית בלשכת ראש הממשלה והעובדים הונחו לסייע לו, מהווים, בנסיבות העניין, נסיבה מחמירה. עם זאת, נוכח קיומן של נסיבות אחרות כבדות משקל המבססות פגיעה מהותית בערכים המוגנים, איננו נדרשים לקביעה סופית בעניין הסטייה מהשורה. די בעוצמת ניגוד העניינים ובמעמדו הבכיר של שבס בהירארכיה הציבורית ובהשפעת פעולותיו על השירות הציבורי כדי לבסס פגיעה באמון הציבור ובטוהר המידות.

היסוד הנפשי

69. היסוד הנפשי בעבירה של הפרת אמונים הפוגע בציבור – הינו מודעות לטיב המעשה ולקיום הנסיבות. מודעות לטיב המעשה עניינה מודעות לטיב הפיזי של המעשה, ולא למשמעותו הנורמטיבית. מודעות לקיום הנסיבות, עניינה מודעות ליסודות הפיזיים היוצרים פגיעה בציבור. כאשר “טיב המעשה” הוא פעולה מתוך ניגוד עניינים הפוגע בציבור, המודעות הנדרשת הינה לעובדות היוצרות את ניגוד העניינים

הפוגע בציבור (ניגוד עניינים היוצר פגיעה מהותית בערכים המוגנים). האם התקיים בשבס היסוד הנפשי של מודעות?

70. שבס היה מודע לכך כי הוא עובד ציבור הפועל בענייניהם של חבריו שטרן והאחים שולדנפריי. כמו כן הוא היה מודע לכך שיחסיו עם חבריו אלה הם קרובים והדוקים וכי הוא פועל בענייניהם בהיותו מנהל כללי של משרד ראש הממשלה. הוא היה מודע, איפוא, לטיב הפיזי של ניגוד העניינים בו הוא היה מצוי ולנסיבות הפיזיות שעושות ניגוד זה לפוגע בציבור. אמת, שבס לא היה מודע – כך קבע חברי השופט מצא לעניין פרשת שטרן ואני מניח זאת גם לעניין פרשת שולדנפריי – לפסול שדבק מעשיו (פרשת שבס, עמ' 531). כמו כן מוכן אני להניח כי שבס לא היה מודע לקיומה של פגיעה מהותית בערכים המוגנים על ידי האיסור הפלילי. אין בכך ולא כלום, שכן המודעות הנדרשת הינה לטיב הפיזי של התנהגותו ולא לטיבה הנורמטיבי.

ידיעת ראש הממשלה

71. האם קביעתנו, כי נתגבשו בשבס היסודות העובדתיים והנפשיים שבהפרת האמונים, משתנה לאור הנתון כי ראש הממשלה היה מודע לפעילותו של שבס. נתון זה מתייחס אך לפרשת שטרן (האישום הראשון). במסגרתה של זו קבע חברי השופט מצא כי הימצאותו של שבס במצב של ניגוד עניינים בפרשת שטרן לא נעלמה מעיניו של ראש הממשלה י' רבין המנוח (פרשת שבס, עמ' 521). עוד נקבע כי:

”רבין – כך נראה – לא סבר שבשל יחסיו הקרובים עם שטרן מוטל על שבס למשוך את ידיו מן הטיפול בנושא”
(שם, שם).

במקום אחר קבע חברי השופט מצא כי:

”ראש הממשלה, אשר הכיר את שטרן וידע על מעורבותו בעיסקה, היטיב לדעת כי הוא נמנה עם חבריו הקרובים של שבס” (שם, עמ' 531).

לבסוף, נקבע על ידי חברי כי:

”העובדה שראש הממשלה, שידע על אודות יחסי חברותו עם שטרן, לא הורה לו למשוך את ידו מן הטיפול בעיסקה, אינה מנקה את שבס מן הדופי האתי שדבק בפעילותו חרף ניגוד העניינים שאליו נקלע” (שם, עמ’ 531).

אכן, ידיעתו של ראש הממשלה לא היה בה כדי לנקות את שבס, לא ”מן הדופי האתי שדבק בפעילותו” ולא מהאיסור הפלילי שבה. ידיעת ראש הממשלה, ואף אישור על ידו, אין בהם כדי לשלול את ניגוד העניינים, ואין בהם כדי למנוע את הפגיעה המהותית באמון הציבור בעובד הציבור. ואשר למצבו הנפשי של שבס, אין בה לשלול את מודעותו של שבס.

העונש

72. הגענו לכלל מסקנה, כי יש להרשיע את שבס בשני פרטי האישום בדבר הפרת אמונים. במצב הדברים הרגיל יש לעבור עתה לשלב העונש. בעניין זה הודיע בא כוח המדינה, לאור שאלת חברי השופט חשין, כי אם המדינה תזכה בעתירה היא מוותרת מראש על עונש מאסר לשבס. עדיין נותרה השאלה מהו העונש – שאינו עונש מאסר – שיש להטיל על שבס. בעניין זה לא שמענו טיעונים. אין מנוס, איפוא, מהחזרת העניין לבית המשפט המחוזי על מנת שיגזור את עונשו של שבס.

סוף דבר

73. בהחלטתו לקיים דיון נוסף בפרשת שבס ציין חברי, השופט חשין, כי מטרתו של הדיון הנוסף הינה ”לקבוע מבחן ברור ומדויק ככל הניתן ליסודותיה של העבירה וליישומו של הדיון על עניינו של שבס” (החלטה מיום 6.4.2003, עמ’ 5). מקווה אני כי פסק דיננו מגשים מטרה זו. הגשמתה חשובה היא. חשוב הוא לקבוע את גבולותיו של האיסור הפלילי על הפרת אמונים. הדבר חשוב לעובדי הציבור; הדבר חשוב לרשויות אכיפת החוק. חשוב הוא שלא להרחיב את אופקיה של העבירה לעבר התנהגות שהיסוד הדומיננטי שלה הוא משמעת. בצדק ציין השופט ד’ לוי כי עובד ציבור:

”יהא זהיר והוגן ככל שיהיה, עלול להיכשל, חלילה, בשיקול דעת מוטעה, בהתנהגות הראויה לביקורת, כמעשה הפגום מבחינה אסתטית או הנוגד עקרונות אתיקה ראויה בתחום עשייתו. יהא זה מסוכן ולא רצוי, מבחינת המדיניות השיפוטית, להטביע מניה וביה על כל

מעשה לא ראוי שכזה גושפנקא של התנהגות פלילית”
(פרשת אבו חצירא, עמ' 704).

74. באותה מידה חשוב הוא שלא לשלול את האופי הפלילי של התנהגות שאופיה הדומיננטי הוא פלילי. חשוב הוא להדגיש כי עובד הציבור הוא נאמן הציבור; כי משלו אין לו ולא כלום, וכל שיש לו, למען הציבור יש לו; כי נאמנות מחייבת הגינות, יושר, ענייניות, שוויון, סבירות, ואיסור הימצאות במצב של ניגוד עניינים; כי הגשמתם של אלה מחייב התנהגות על פי הדינים והנהלים, שמירה על אמון הציבור בעובדי הציבור ועל טוהר פעולותיהם. לשם הבטחת מטרות אלה בא האיסור הפלילי באשר להפרת אמונים. הוא בא למנוע התנהגות של עובדי הציבור שהיא מסוכנת לחברה ולסדרי הממשל. עובד ציבור המפר אמונים מכרסם בעבותות הקושרות אותנו כבני חברה אחת. הוא מפר את האמון של פרט לפרט, ושל הפרט לשלטון. הוא מעודד זלזול ברשויות הציבור ובעובדי הציבור. הוא מטפח ציניות כלפי רשויות המינהל וכלפי הסדר החברתי הקיים. הוא פוגם באמון של הפרט בתיפקודו של הכלל ובכך מערער את היציבות החברתית (ראו פרשת סויסא, עמ' 777). כמובן, הפרת אמון אחת של עובד ציבור אחד לא תגרור אחריה מלוא תוצאות אלה. אך מעשה אסור גורר מעשה אסור. הגבול בין אסור למותר מטשטש. רשויות אכיפת החוק עומדות אובדות עצות. המסה הקריטית הולכת ומתעצמת. תוצאותיה קשות הן לחברה. מכאן החשיבות הרבה בעצם קיומו של האיסור הפלילי על הפרת אמונים; מכאן החשיבות בקביעת גבולותיו של האיסור ובאכיפתם. כל זאת ביקשנו לעשות בפסק דיננו זה.

75. התוצאה היא כי אנו מקבלים העתירה ומרשיעים את שבס בהפרת אמונים באישום הראשון (פרשת שטרן) ובאישום השלישי (פרשת שולדנפריי). הזיכויים ביתר האישומים עומדים על כנם. התיק יחזור לבית המשפט המחוזי לגזירת העונש, בהתחשב בהודעת העותרת לעניין עונש מאסר.

השופטת מ' נאור:

1. אני מסכימה לפסק דינו של חברי הנשיא א' ברק.
2. בפסק הדין שבדיון הנוסף סברתי, כי יש להרשיע את שבס בעבירה לפי סעיף 284 לחוק העונשין רק בפרשה נשוא האישום השלישי. ואולם, לאחר שעיינתי בחוות דעתו של חברי הנשיא מצטרפת אני למסקנתו גם בעניין האישום הראשון. השתכנעתי כי ידיעתו של ראש הממשלה המנוח לא היה בה כדי לנקות את שבס, כלשונו של חברי, "לא מן הדופי האתי שדבק בפעילותו" ולא מהאיסור הפלילי שבה. ידיעת ראש הממשלה, ואף אישור על ידו, אין בהם כדי לשלול את הפסול שבמעשה, הכל כמוסבר על ידי הנשיא. היה על שבס למשוך ידיו גם מהטיפול בפרשה נשוא האישום הראשון.

שופטת

השופט מ' חשין:

וכך מצווה אותנו הוראת סעיף 284 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (החוק או חוק העונשין):

מרמה והפרת אמונים	284. 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.
-------------------------	---

הוראת-חוק זו, כלשונה, מהווה נוסח חדש - הרקה מכלי-אל-כלי - של הוראת סעיף 140 לפקודת החוק הפלילי, 1936. וכך הורה אותנו החוק במקורו:

Frauds and breaches of trust by public officers	140. Any person employed in the public service who, in the discharge of the duties of his office, commits any fraud or breach of trust affecting the public whether such fraud or
---	---

breach of trust would have been criminal or not if committed against a private person, is guilty of a misdemeanor.

וזו היא העבירה של מירמה והפרת אמונים.

העבירה פורשת עצמה הן על מעשי מירמה הן על מעשי הפרת אמונים, ואולם מתוך שענייננו הוא בענף של הפרת אמונים, נדבר להלן אך בהפרת אמונים, ואת העבירה נכנה - עבירה של הפרת אמונים. ענייננו זו הפעם הוא בתחומי פרישתו של צירוף התיבות "מעשה ... הפרת אמונים הפוגע בציבור" (breach of trust affecting the "public"), והשאלה הנשאלת היא אם עשה המשיב מעשה שניתן וראוי לקרוא אותו מעשה של הפרת אמונים הפוגע בציבור.

2. אין צורך בהעמקת-יתר כדי להבין ולידע כי עבירה זו של הפרת אמונים עבירה היא שגבולותיה - כהגדרתה - גבולות פרוצים הם משהו. אין ספק כי לקיחת שוחד, למשל, מעשה הוא של הפרת אמונים הפוגע בציבור, אלא שהעבירה של לקיחת שוחד ניתקה עצמה מִקְדָּם מ"עבירת המיסגרת" של הפרת אמונים על דרך הסתם, ומצאה לה מישכן לעצמה בעבירה פרטיקולרית הקרויה לקיחת שוחד. הוא הדין בעבירות פרטיקולריות אחרות הבנויות אף-הן על מעשים של הפרת-אמונים. כך הן, למשל, העבירות של "עובד הציבור שיש לו זיקה פרטית" (סעיף 278 לחוק), "דרישות כוזבות של עובד הציבור" (סעיף 279 לחוק), "שימוש לרעה בכוח המשרה" (סעיף 280 לחוק), נתינתה של תעודה כוזבת (סעיף 281 לחוק) ועוד ועוד. הקושי בענייננו הוא, שגם לאחר הוצאתן של אותן עבירות פרטיקולריות מתחומי העבירה של הפרת אמונים, נותר תחום אפור רחב למדי - אם תרצו: תחום רחב של "חצי-צל" - המקשה עלינו לדעת בבירור אם מעשה שעשה פלוני עולה ברישתה של העבירה או אם חומק הוא מבעד לחורים שברשת (הגם שאפשר יש בו פגיעה באתיקה, ולו פגיעה חמורה היא, או עבירת משמעת של עובד הציבור). אכן, העבירה של הפרת אמונים "עבירת מיסגרת" היא, עבירה היא בעלת "ריקמה פתוחה", ובית-המשפט אמור על-פי המחוקק למלא אותה תוכן מעת לעת על-פי נתוני המקום והזמן. המחוקק כמו הסמיך את בית-המשפט לקבוע מעשים המהווים הפרת אמונים הפוגעים בציבור - מִהֶם, וקביעתו של בית-המשפט היתה כחוק.

3. עיון בעבירה זו של הפרת אמונים מעלה בדעתנו עבירה אחרת השוכנת בחוק העונשין, עבירה דומה ושאינה-דומה, הלא היא העבירה הקרויה "תקלה ציבורית" (וכלשון החוק במקורו: "public mischief"). וכדברו של סעיף 198 שלחוק:

198. העושה מעשה העלול	תקלה
להביא לתקלה ציבורית, דינו -	ציבורית
מאסר שלוש שנים.	

עבירה זו של "תקלה ציבורית", עליה נאמר כי "עבירה [היא] שאין לה שיעור, לא למעלה, לא למטה ולא לצדדין... ואין כמוה נוגדת את העקרונות בדרכי החקיקה והפרשנות של החוק" (ע"פ 53/54 אש"ד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח 785, 828, מפי השופט זילברג). ואמר השופט ש"ז חשין, שכנדרש מהוראת חוק זו, "לכאורה, בני-אדם נענשים על מעשים שהוגדרו כעבירות לאחר עשייתם, בחינת 'עונשים ואין מזהירים'. נוהג זה - כך אפשר לטעון ולקבול - עשוי לקעקע את עצם היסודות אשר עליהם מושגות העקרונות של שלטון החוק וחופש פעולותיו של הפרט במדינה, והוא היפוכו הגמור של הכלל המקודש במשפט הפלילי 'אין עונשין אלא אם כן מזהירין'. (שם, 791). מטעמים אלה - טעמיה שעיקרם פגיעה בעקרון החוקיות - היו שאמרו כי עבירה זו של 'תקלה ציבורית' יפה היה לה שלא נבראה משנבראה, ומשקמה ונהייתה - יש וראוי לפרשה בצמצום-שבצמצום עד שתחום התפרשותה יהיה כחודה של סיכה ומישקלה כנוצה. האמנם ניתן להעלות על העבירה של הפרת אמונים אותן טענות ביקורת שהועלו - ובצדק הועלו - על העבירה של תקלה ציבורית?

4. תשובתנו לשאלה היא בשלילה. ראשית לכול, בבחינת מהותה של העבירה (*ratione materiae*), לא הרי "הפרת אמונים" כהרי "תקלה ציבורית"; שהמושג "תקלה ציבורית" אכן מושג הוא שאין לו שיעור - פורש הוא עצמו על-פני יבשות וימים רבים, הרחק אל-מעבר למקובל ולראוי בהגדרתן של עבירות פליליות - בעוד שהמושג "הפרת אמונים" מצמצם עצמו, מראש ומעיקר, למערכת עובדות שבה נתחייב פלוני - אפריורית - באמונים לזולתו; שהרי אין הפרת אמונים אלא אם נתקיימה קודם למעשה חובה, ולא אך חובה על-דרך הסתם אלא חובה של אמונים דווקא. שנית, תהום רובצת בין שתי העבירות לעניין זהותם של העבריינים-בכוח (*ratione personae*). שכן העבירה של "תקלה ציבורית" מבקשת להחיל עצמה על כל אדם מן הציבור, בעוד אשר העבירה של "הפרת אמונים" מצמצמת עצמה - מתחילתה ומעיקרה - אך לעובדי ציבור בלבד. העבירה היא בבחינת *lex specialis* לעובדי ציבור, וכנדרש מן הסיפה להוראת סעיף 284, עבירה של הפרת אמונים בידי עובד הציבור תקום ותהיה "אף אם לא היה במעשה

משום עבירה אילו נעשה כנגד יחיד...". אלא שגם כך, תחומי תחולתה של עבירת "הפרת אמונים" תחומים רחבים הם למדיי, ומכאן הקריאה שנשמעה כי ראוי לו למחוקק שיעמוד על העבירה ויכרית אותה מארץ. ראוי, למשל: מרים גור אריה, "הפרת אמונים מצד עובדי הציבור ונבחריו - האם עבירה פלילית?", פלילים ח (תש"ס-1999) 253. על צידי-שלי אומר, 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. ואולם גם זו אמת, שחייבים אנו להיות זהירים בדרכי יישומה של העבירה, שכן פרישֶׁתָּה באורח גמיש יתר-על-המידה על-פני מרחבים יקרב אותה קירבה מסוכנת אל העבירה של "תקלה ציבורית", ומתוצאה זו שומה עלינו ליזהר כמפני אש מכלה.

5. ואשר לגופה של העבירה. עיון בהגדרת העבירה ילמדנו כי פרושה היא על צומת של שתי דרכים החותכות זו-את-זו: הדרך האחת נושאת עליה את היסוד האישי. העבירה עניינה הוא רק, ואך ורק, בעובד הציבור כהגדרתו של המושג "עובד הציבור" בסעיף 34 שלחוק. הדרך השנית היא הדרך המהותית. העבירה עניינה הוא במעשי מירמה (והם אינם לענייננו) ובמעשי הפרת אמונים הפוגעים בציבור (והם שלענייננו). כל אחת משתי דרכים אלו תוחמת את גבולותיה של העבירה, תיחום על-גבי תיחום. מדברים אנו אפוא (בענייננו) בעובד ציבור העושה מעשה של הפרת אמונים. הנחת היסוד היא זו, שעובד הציבור חב חובה של אמונים - חובה הקודמת לביצועה של העבירה והיא בריח-התיכון בעבירה - ועניינה של העבירה הוא בהפרתה של אותה חובה. ואם תשאל למי חב עובד הציבור חובת אמונים, תדע אף להשיב: מתוך שמדברים אנו בעובד הציבור, פשוט להסיק כי חב הוא חובת אמונים לציבור, וביתר חידוד: חב הוא חובת אמונים לאותו גוף ציבורי המעסיק אותו והמייצג את הציבור. וכך, עובד המדינה חב חובת אמונים למדינה, עובד רשות מקומית - לרשות המקומית, עובד המוסד לביטוח לאומי - למוסד לביטוח לאומי, עובד בנק ישראל - לבנק ישראל וכו' (ראו רשימת עובדי הציבור בהוראת סעיף 34 כד לחוק).

6. השאלה הבאה היא: מהי - וכיצד נזהה - אותה חובת אמונים שבהפרתה מתחייב עובד הציבור בעבירה של הפרת אמונים? מהו תוכנה המהותי של אותה חובת אמונים שעובד הציבור יכול שיחוב בהפרתה? מהו אותו "trust" שעובד הציבור עשוי לחוב בענייניו בעבירה של "breach of trust"? החוק בגופו לא ישיב לנו, ולשווא נחפש בו רשימה של חובות אמונים. אלא שתוכנן של אותן חובות, למיצער מיקצתן, יימצא

לנו - ולא בקושי יתר - בחובותיהם של המוחזקים נאמנים במקומות אלה ואחרים כדין. כך הוא, למשל, השלוח שלפי חוק השליחות, תשכ"ה-1965. וכלשונו של סעיף 8 לחוק השליחות:

8. קיבל אדם עליו להיות שלוח, חייב הוא לנהוג כלפי השולח בנאמנות ולפעול בהתאם להוראותיו; ובאין כוונה אחרת משתמעת ממהות השליחות או מתנאיה יחולו עליו חובות אלו:

נאמנות
וחובות
השלוח

- (1) יגלה לשולח כל ידיעה וימסור לו כל מסמך הנוגעים לנושא השליחות ויתן לו דין וחשבון על פעולותיו;
- (2) לא יהא שלוח של שליחים שונים לנושא שליחות אחד שלא על דעת שולחיו;
- (3) לא יעשה פעולת שליחות עם עצמו;
- (4) לא יקבל מכל אדם טובת הנאה או הבטחה לטובת הנאה בקשר לנושא השליחות שלא בהסכמתו של השולח;
- (5) לא ישתמש לרעת השולח בידיעות או במסמכים שבאו לידו עקב השליחות, ובדרך כלל יימנע מכל דבר שיש בו ניגוד בין טובת השולח ובין טובתו שלו או של אדם אחר.

לפירוש ולפירוט, ראו: אהרן ברק, חוק השליחות (תשנ"ו-1996, כרך ב') 1087 ואילך. כך אף לפי חוק הנאמנות, תשל"ט-1979. חובות הנאמן שלפי חוק הנאמנות פזורות על-פני החוק כולו, ונזכיר את הוראת סעיף 10(ב), שלפיה "במילוי תפקידו חייב הנאמן לנהוג באמונה ... כפי שאדם סביר היה נוהג באותן נסיבות."; את הוראת סעיף 13(א) (כותרת השוליים: "איסור טובת הנאה") שלפיה: "נאמן לא ירכוש לעצמו או לקרובו נכס מנכסי הנאמנות או כל זכות בו, לא יפיק לעצמו או לקרובו טובת הנאה אחרת מנכסי הנאמנות או מפעולותיה, ולא יעשה דבר שיש בו סתירה בין טובת הנאמנות לבין טובתו שלו או של קרובו." ועוד. לפירושן ולתחומי פרישתן של הוראות-חוק אלו, ראו: שלמה כרם, חוק הנאמנות, תשל"ט-1979 (תשנ"ה-1995).

ניתן דעתנו, כי גם חובות אלו המוטלות על נאמן ועל שלוח (ונכנה את השניים יחדיו - נאמן) מנוסחות בלשון כללית, ויוצרות הן מיסגרות האמורות להימלא תוכן מעת לעת. והגם שהחובות הפרטיקולריות המוטלות על שיכמו של נאמן חובות שונות הן, הנה כל החובות כולן סבות-חגות סביב מרכז משיכה אחד והקוד הגנטי שלהן מכיל

עקרון-על אחד. והעיקרון הוא: להוציא מקרים ספציפיים ומפורשים, חייב נאמן לשוות נגד עיניו בכל הליכותיו ובכל מעשיו בנושא הנאמנות את טובת הנאמנות, ואת טובת הנאמנות בלבד. לעת שעושה הוא בנאמנות אין לו לנאמן משל עצמו ולא כלום ומעייניו הם אך בטובת הנאמנות בלבד. זה דין הנאמן, וזה - לעניינינו - דינו של עובד המדינה. כוח וסמכות שעובד המדינה מחזיקם בידו, למטרות שהמדינה קבעה ניתנו אלה לו; מטעם המדינה וכשלוחה מחזיק הוא בהם, וחובה היא המוטלת על שיכמו לעשות שימוש בהם אך לטובת המדינה בלבד ושלא תוך ניגוד עניינים. ראו עוד והשוו: אהרן ברק, שופט בחברה דמוקרטית (2004), 309-311. כל כך - באשר לתוכנה של חובת האמונים.

7. כפי שראינו, העבירה של הפרת אמונים עבירה היא שגבולותיה פרוצים-משהו, וממילא שומה עלינו להיזהר ולהישמר שמא נגרוף אל התחום הפלילי מעשים שאפשר מעשים בלתי-ראויים הם לעצמם, אלא שדין המשמעת וכללי האתיקה - הם ולא המשפט הפלילי - יועדו להם. לא כל מעשה שיש בו כיעור, מבקש המשפט הפלילי להשתלט עליו. שומה עליו על בית-המשפט להבחין הבחן-היטב בין מעשים בלתי-ראויים העולים אך ברישתם של דין האתיקה ושל דין המשמעת, ובין מעשים שנכון להחיל עליהם (גם) את הדין הפלילי. מלאכה זו, נודה, אינה מלאכה קלה כל-עיקר. אין פלא בדבר אפוא שחכמי-משפט ניסו ברוב-כישרון לחפש אחר אותם ערכים שהעבירה של הפרת אמונים ביקשה ומבקשת להקים חומת-מגן סביב להם, ועל דרך זה לקבוע כוכב צפון להדריך את בתי-המשפט בהחלתו של הדין. ראו, למשל: מרדכי קרמניצר וליאת לבנון, "עד היכן תרחב עבירת השוחד", עלי משפט (2000) 369 (לעניין עבירת השוחד); ד"ר יובל קרניאל, "הפרת אמונים של עובד-ציבור - הצעה לפרשנות המבוססת על הערך המוגן על-ידי העבירה", משפט וממשל ז (תשס"ד-2004) 415. גם חברי הנשיא ברק, ברצותו להציב גבולות ראויים והוגנים - ראויים והוגנים לדין הפלילי - סביב לתחום פרישתה של העבירה, יגע והצביע לפנינו על שלושה ערכים - אם תרצו: שלושה אינטרסים - המזינים והמקיימים את העבירה, למיצער למערכת עובדות של ניגוד עניינים. ואלה הם שלושה הערכים: הבטחת אמן הציבור בעובד הציבור; טוהר המידות של עובדי הציבור; הבטחת תקינות פעילותו של המינהל הציבורי. ובלשונו (בפיסקה 45 לחוות דעתו):

ביסוד האיסור הפלילי של הפרת אמונים הפוגע בציבור מונח אחד או יותר משלושת הערכים הבאים: הבטחת אמן הציבור בעובדי הציבור; טוהר המידות של עובדי הציבור; והבטחת תקינותה של פעולת המינהל תוך הגשמתו של התפקיד הציבורי.

נשָׁוּה שלֹוּשָׁה עֲרֻכִים אֱלֹה נגד עֵינֵינוּ, כִּךְ מוֹרָה אוֹתָנוּ הַנְּשִׂיא בֶרֶק, וְהֵם שִׁוְרוֹ אוֹתָנוּ הַדֶּרֶךְ לְבַחֲיָנָה אִם מַעֲשֵׂה פְלוֹנִי מַעֲשֵׂה הוּא שֶׁל הַפֶּרֶת אֲמוֹנִים הַפּוֹגַע בְּצִיבּוֹר כְּהוֹרָאתוֹ וְכַמְשַׁמְעוֹתוֹ בַּעֲבִירָה שֶׁל הַפֶּרֶת אֲמוֹנִים. עֵינֵינִי בְּדַבְרִים מִקְרֹוב, וְכַשְׂאֲנִי לְעֲצָמִי מִתְקַשֶּׁה אֲנִי לְהַסְכִּים כִּי שְׁלוֹשָׁה אֱלֹה הֵם אֲמֵנִם שְׁלוֹשָׁה הָעֲרֻכִים שֶׁהַחֹק בִּיקֵשׁ לְהִגָּן עֲלֵיהֶם בַּעֲבִירָה שֶׁל הַפֶּרֶת אֲמוֹנִים. הִבֵּה נַעֲמוֹד אֲפּוֹא עַל שְׁלוֹשָׁה הָעֲרֻכִים, אֶחָד לְאֶחָד, כְּסִידְרָם.

8. אֲשֶׁר לְאֲמוֹן הַצִּיבּוֹר בְּעוֹבְדֵי הַצִּיבּוֹר: לֹא יַחְלוֹק אִישׁ עַל כִּךְ שֶׁאֲמוֹן הַצִּיבּוֹר בְּעוֹבְדֵי הַצִּיבּוֹר מֵהוּוּה מִרְכִּיב חֲשׁוֹב - אֶף חֵיוֹנִי - לְתַקִּינּוֹת פְּעִילוֹתוֹ שֶׁל הַשִּׁירוֹת הַצִּיבּוֹרִי. בְּהִיפְגָם אֲמוֹן הַצִּיבּוֹר בְּעוֹבְדֵי-הַצִּיבּוֹר; בְּהִיעֲלֵם הָאֲמוֹן בְּהִילוֹכֵם שֶׁל עוֹבְדֵי הַצִּיבּוֹר; יִיפְגָם - אֶף עַד אוֹבְדָן - הַשִּׁירוֹת הַצִּיבּוֹרִי עֲצָמוֹ. וְגַם לְכִךְ יִסְכִּימוּ הַכֹּל, שְׁעוֹבְדֵי צִיבּוֹר כִּי יִפְרוּ אֲמוֹנִים דֶּרֶךְ קִבַּע בְּמִלּוֹי תִּפְקִידֵם הַצִּיבּוֹרִי, עֲלוּלִים מַעֲשִׂיהֶם וּמַחְדֻלֵיהֶם לְהַבִּיא לְאוֹבְדָן אֲמוֹנוֹ שֶׁל הַצִּיבּוֹר בְּשִׁירוֹת הַצִּיבּוֹרִי. וְאוֹלָם הַשְּׂאֵלָה שֶׁלְעֵנֵינוּ עֵתָה הִיא, אִם אֲמוֹן הַצִּיבּוֹר בְּמִינְהַל הַצִּיבּוֹרִי - הָאֲמוֹן בְּאֲשֶׁר הוּא - עֶרֶךְ הוּא שְׂרָאוֹי לַעֲשׂוֹתוֹ תִּשְׁתִּית לַעֲבִירָה מִן הַמִּשְׁפָּט הַפְּלִילִי שֶׁעֵנֵינוּ הַפֶּרֶת אֲמוֹנִים. הַתְּשׁוּבָה לְשְׂאֵלָה הִיא, לְדַעֲתִי, בְּשִׁלִּילָה. טַעַם הַדְּבַר הוּא, שֶׁאֲמוֹן הַצִּיבּוֹר בְּמִינְהַל הַצִּיבּוֹרִי נִגְזֹר, עַל דֶּרֶךְ הָעִיקְרוֹן, מִדְּרֻכֵי הַתְּנַהּלוֹתוֹ שֶׁל הַמִּינְהַל; מֵהוּוּה הִיא תּוֹצֵאָה שֶׁל הַתְּנַהּלוֹת הַמִּינְהַל - הַתְּנַהּלוֹת נְאוֹתָה אוּ בְּלִתִּי-נְאוֹתָה - מְסוּבָב הוּא וְאִין הוּא סִיבָה. אֲמוֹן הַצִּיבּוֹר הֵינוּ, בְּעִיקְרוֹ, פְּרוֹיִיקָצִיָה שֶׁל "הַדְּבַר הָאֲמִיתִי", קְרָא, שֶׁל הַתְּנַהּלוֹת הַמִּינְהַל הַצִּיבּוֹרִי, וְאִין עוֹשִׂים אֲסַפְקָלְרִיָה עִיקְרָה. וְאֱלֹה דְּבָרִים כְּתַבְתִּי בְּזַמְנוֹ עַל-אוֹדוֹת אֲמוֹן הַצִּיבּוֹר בְּרִשׁוֹת הַשׁוֹפֵט (אֲמוֹן הַצִּיבּוֹר בְּבֵית הַמִּשְׁפָּט - תְּגוּבָה לְמֵאֲמָרוֹ שֶׁל הַשׁוֹפֵט חַיִּים כְּהַן ז"ל וְלַהֲרֹהוֹרֵי הַכְּפִירָה שֶׁלּוֹ בְּמוֹשֶׁג אֲמוֹן הַצִּיבּוֹר", הַמִּשְׁפָּט ט' (תְּשַׁס"ד-2004) 495, 491:

בְּרוֹר וּמוֹבֵן שֶׁהַצִּיבּוֹר לֹא יִיתֵן אֲמוֹנוֹ בְּשׁוֹפֵט אֲשֶׁר יִשְׁלַח יָדוֹ בְּפּוֹלִיטִיקָה. שֶׁהָרִי בְּעֵצֵם עִיסוֹקוֹ בְּפּוֹלִיטִיקָה יִפְגַּע הַשׁוֹפֵט בְּלִיבַת קִיּוּמָה שֶׁל הַרְשׁוֹת הַשׁוֹפֵט, וְזוֹ הִיא הַרְעָה שֶׁמִּפְּנֵי נַחֲשׁוֹש. הַרְעָה הִיא בְּעֵצֵם הַתְּנַהּלוֹתוֹ שֶׁל הַשׁוֹפֵט, וְהַפְּגִיעָה בְּאֲמוֹן הַצִּיבּוֹר אֵינָה אֶלָּא תּוֹצֵאָה מֵהַתְּנַהּלוֹתוֹ; הַגְּרִיעָה מֵאֲמוֹן הַצִּיבּוֹר הִיא בְּבַחֲיָנַת מְסוּבָב; אִין הִיא הַסִּיבָה. יֵשׁ עִיקְרֵי יִסוּד הַמַּחֲיִיבִים שׁוֹפֵט לְנִהְגַּ עֲצָמוֹ כִּךְ וְלֹא אַחֲרָת. בְּהַתְּמַלָּא עִיקְרֵי יִסוּד אֱלֹה יֵאֱמִין הַצִּיבּוֹר בְּשׁוֹפֵט, וּפְגִיעָה כִּי יִפְגַּע שׁוֹפֵט בְּעִיקְרֵי מֵאוֹתֵם עִיקְרֵי יִסוּד, יֵאֲבֵד אֲמוֹן הַצִּיבּוֹר בְּשׁוֹפֵט. אוֹלָם הָעִיקְרֵי וְהַתְּחִילָה לֹא יֵהִיוּ בְּפְגִיעָה בְּאֲמוֹן הַצִּיבּוֹר אֶלָּא בְּפְגִיעָה בְּעִיקְרֵי הַיִּסוּד. אֲבָדָן הָאֲמוֹן לֹא יֵהִי אֶלָּא תּוֹצֵאָה שֶׁל הַפְּגִיעָה בְּעִיקְרֵי הַיִּסוּד. מִכָּאֵן, נִיתֵן לֹמַר שֶׁאֲמוֹן הַצִּיבּוֹר בְּשׁוֹפֵט אֵינוֹ אֶלָּא מְנִיפְסֵטְצִיָה לְעִיקְרָה. הָעִיקְרָה

יימצא באותם יסודות ראשוניים היוצרים את הרשות השופטת ומבחינים אותה מרשויות אחרות. אמון הציבור, אם כן, אינו גורם לעצמו בהקשר ליסודות העושים את הרשות השופטת.

הוא הדין בפעילותם של בתי המשפט בחיי היומיום. עיקר הוא בדרכי התנהלותם של בתי המשפט, ואילו אמון הציבור אינו אלא תגובה על אותה התנהלות. למשל: עיכובים קשים בשמיעתם של משפטים או במתן פסקי דין. עינויי דין פוגעים באמון הציבור במערכת השפיטה. אם בעל דין חייב להמתין שנים עד תחילת המשפט ושנים נוספות עד למתן פסק הדין, יאבד אמונו ברשות השופטת. שהרי מה טובה מצמיחה היא הרשות השופטת, כך יאמר אדם לעצמו, אם הצדק אינו מופיע מיד אלא לאחר זמן? ואולם גם כאן, אמון הציבור ברשות השופטת ייפגע כיוון שהרשות השופטת אינה נוהגת כהלכה. האמון או היעדר האמון אינם אלא תוצאה של התנהגות בלתי נאותה של הרשות השופטת ...

אמון הציבור אינו אלא השתקפותה של פגיעה באחד מן העיקרים המכוננים את הרשות השופטת. אין הוא יסוד יוצר לקיומה של הרשות השופטת (ההדגשות במקור - מ' ח').

ראו עוד מאמרו של השופט חיים ה' כהן, "הרהורי כפירה באמון הציבור", ספר שמגר חלק ב' (תשס"ג-2003) 365; המשפט 14 (תשס"ב-2002) 9. ומתוך שאמון הציבור עובדי הציבור נגזר, בעיקרו, מתוך התנהגות עובדי הציבור - מדרכי תיפקודם של עובדי הציבור, מיושרם, מיושרתם, מעילותם - ממילא לא נוכל לראות בו יסוד וערך לעצמו לכינונה של עבירה במשפט הפלילי. ענייננו הוא פְּעִיקָר; פְּעִיקָר - לא באספקלריה של העיקר. אכן, אתקשה לקבל כי נראה בפלוני עבריין פלילי ונשלחנו לבית האסורים אך כאשר עשה מעשה שפגם בדימויו הראוי של השירות הציבורי בעיני הציבור; כך - גם אם לא הכתים את טוהר המידות ואף שלא פגע בתקינות פעילותו של השירות הציבורי. ראו עוד: קרמניצר ולבנון - עבירת השוחד, שם; קרניאל, שם.

9. ולעניין טוהר המידות כערך לכינונה של עבירת הפרת אמונים: ראשית לכל אומר, כי נתקשיתי להבחין הבחנה-של-אמת בין נושא טוהר המידות לבין נושא תקינות פעילותו של המינהל (הוא הערך השלישי). 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.

שנית, בדברנו בהפרתה של חובת אמונים מניחים אנו קיומה של חובת אמונים (שהופרה). הנחת היסוד היא אפוא זו, שעובד הציבור חב חובת אמונים למעסיק ציבורי - למדינה או לכל מעסיק ציבורי אחר כהגדרתו בחוק. ומהו תוכנה של אותה חובת אמונים אם לא - בראש ובראשונה - טוהר המידות ונקיון המעש? אכן, באמרנו כי חובת אמונים מייסדת עצמה על טוהר המידות דומה בעיניי כי דיברנו בטאוטולוגיה וכמו ניסחנו הגדרה של *idem per idem*. כמו נאמר בהגדרת העבירה כי עובד ציבור העושה במילוי תפקידו מעשי מירמה או פגיעה בטוהר המידות וכו', עובר עבירה של הפרת אמונים. ומתוך שטוהר המידות מהווה אחד המקורות - לדעתי, המקור העיקרי - המזין חובת אמונים שחב עובד הציבור למעסיקו, נותרנו על עומדנו בהגדירנו את הפרתה של חובת האמונים כהפרתו של טוהר המידות. באמרנו, אפוא, כי התכלית של שמירת טוהר המידות היא אחת מן התכליות בעבירה של הפרת אמונים, אפשר אמרנו (כמעט) הכל.

כללם של דברים: עקרון טוהר המידות זהה, בעיקרו, לחובת האמונים שעובד הציבור חב למעסיקו, או, למיצער, מהווה הוא רכיב מרכזי בחובה זו. או: עקרון טוהר המידות של עובד הציבור זהה לעקרון תקינות פעילותו של המינהל הציבורי, ולמיצער מהווה הוא רכיב מרכזי באותה תקינות. בין כך ובין אחרת, עיקרון טוהר המידות מצוי בתוככי חובת האמונים.

10. נותר הערך השלישי, ערך תקינות פעילותו של המינהל. לדעתי, ערך זה כמיסגרת וערך טוהר המידות כתוכן, השניים יחדיו מהווים את הצופן הגנטי של העבירה. לאמיתם של דברים אין עלינו להרחיק לכת בחיפוש אחרי ערכים אלה, שגנוזים הם במילותיה של הגדרת העבירה. העבירה של הפרת אמונים נועדה לעטוף את חובת האמונים שעובד הציבור חב כלפי מעסיקו הציבורי, לגונן על אותה חובה ולתקוף את הפוגעים בה; וחובת אמונים זו, במקומה, ייעודה הוא לשמור ולגונן על טוהר המידות של עובדי הציבור כגורם-על בתקינות פעילותו של המינהל הציבורי.

עוצמתה ועומקה של הפגיעה בחובת האמונים

11. האם כל פגיעה שהיא בחובת האמונים, כל הפרה של חובת האמונים תחייב את העושה בעבירה הפלילית של הפרת אמונים? חברי המישנה לנשיא מצא קבע בחוות דעתו שבערעור, כי רק "התנהגות פסולה הלוקה בחומרה רבה" תחייב את העושה בעבירה של הפרת אמונים, ואילו "התנהגות פסולה הלוקה בחומרה פחותה" תחייב את העושה בעבירה של הפרת אמונים "רק אם מוכח כי פעל שלא בתום לב" (עמ' 527

לפסק הדין). אף בחוות דעתו עתה (בפיסקה 3) קובע חברי כי לגיבוש היסוד העובדתי בעבירה של הפרת אמונים "נדרש קיומו של פן מחמיר נוסף בהתנהגותו של עובד הציבור". חברי נדרש אפוא להבחנה בין הפרת אמונים חמורה לבין הפרת אמונים שאינה כה חמורה. ואילו הנשיא ברק סובר על צידו-שלו (בפיסקה 45 לחוות דעתו), כי לעניין התנהגות שיש בה ניגוד עניינים יראו מעשה כמעשה של הפרת אמונים הפוגע בציבור אם מביא הוא "לפגיעה מהותית באינטרס המוגן על-ידי האיסור הפלילי של הפרת האמונים". בחילוקי דעות אלה - אם אמנם חילוקי דעות הם - לאיזה מחנה ניספח, או שמא נכון מחנה שלישי?

12. השאלה אינה קלה לפיתרון, ומשקפת היא - בעצם קיומה - קשיים שהעבירה של הפרת אמונים עורמת על דרכנו. ואמנם, האם כל חובת אמונים, תהא עוצמתה אשר תהא, תבוא בגידרי העבירה של הפרת אמונים, והאם בכל הפרה של חובת האמונים, קטנה כגדולה, יחוב אדם בעבירה של הפרת אמונים? או שמא נאמר: נדרשת חובת אמונים שהיא בת עוצמת-מינימום, ונדרשת עוצמת מינימום למעשה ההפרה, עד שנראה את פלוני כמי שעבר את העבירה? לו דיברנו בחובת אמונים השוכנת בתוככי המשפט האזרחי, כי-אז אמרנו שבכפיפות לדוקטרינה של זוטי-דברים, כל חובת אמונים תבוא במנין החובות שנאמן יחוב בהפרתן, ונאמן יחוב בהפרתה של חובת אמונים גם אם ההפרה קלה היא. אלא שעתה מצויים אנו במעבה המשפט הפלילי, והעובר עבירה של הפרת אמונים צפוי למאסר שלוש שנים. עצם קיומה של העבירה, ולא-כל-שכן העונש הקבוע בצידה, יש בהם אצבע מורה אל-עבר חומרת המעשים או המחדלים הטיפוסיים שהחוק כיוון אליהם. וכך, הן מעצם קיומה של העבירה הן מן העונש שלצידה, נוכל ללמוד על טיבה ועוצמתה של חובת הנאמנות ועל טיבה ועוצמתה של הפרת החובה לביצועה של העבירה. דרך הילוכנו הוא מן הסוף להתחלה - מן העונש אל העבירה ומן העבירה אל המעשה או המחדל - שהרי המעשה (או המחדל), העבירה והעונש שוכנים כולם בקופסה אחת. ראו והשוו: ע"פ 4497,4389/93 מרדכי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 260, 239 ואילך.

אלא שכאן נתקלים אנו בקושי: אין בידינו מונה-עוצמה, ולא נדע אימתי מגיעה הפרתה של חובת נאמנות כדי מאסה קריטית לחיוב המפר בעבירה של הפרת חובת נאמנות. לא נוכל אפוא למדוד עוצמה זו אלא בהגדרה שיש בה מן המעגליות, דהיינו: הפרתה של חובת נאמנות תעלה כדי היותה עבירה של הפרת נאמנות, במקום שחובת הנאמנות או הפרתה של חובת הנאמנות תהיינה - האחת או האחרת - בנות-עוצמה שראוי יהיה לראות בהפרת החובה ביצועה של העבירה.

13. רבים וטובים העסיקו עצמם בשאלות אלו הנסבות על חשיבותה ועל מישקלה של חובת הנאמנות או על עוצמתה של הפרת החובה. וכך, בדמותנו חובת אמונים לאגד של חובות אמונים למיניהן, הכל חשים - בחוש המומחיות של המשפטן - אי-נחת לסיווגו של כל שריג שבאגד להיותו חובה הראויה לבוא בגידרי חובות האמונים שהעבירה של הפרת חובת אמונים פורשת חסותה עליהן, או, לקבוע כי כל הפרה של חובת אמונים יראוה כהפרה של חובת האמונים בגידרי העבירה. זו היא השקפתו של המישנה לנשיא מצא; זו היא השקפתו של פרופ' קנת מן במאמרו "אי יושר כמרכיב באחריות פלילית בעבירות שיש בהן הפרת נאמנות", עיוני משפט (תשמ"ה-1984) 505, המבקש לקרוא אל תוך היסוד הנפשי של הפרת אמונים יסוד של "אי-יושר"; זו היא גישתו של השופט אליעזר גולדברג הקובע כי "יש שלצורך התגבשותה [של העבירה] נדרש בית המשפט להתחקות אחר מניעיו של הנאשם (בג"ץ 2534/97 ח"כ יחב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3)1, 17). מיבחנים אלה שהציבו שופטים ומלומדים, כל-כולם לא נועדו אלא כדי לנסות ולאסוף את העבירה אל ביקעה מתוחמת ומרוכזת, ושלא להתיר לה, כאותו דיונון, לשלוח שלוחותיה אל-כל עבר - הן לעניין מניין של חובות הנאמנות ובעיקר לעניין הפרתן של חובות הנאמנות. גם הנשיא ברק (בפיסקה 47 לחוות דעתו) הולך באותה דרך, בהסכימו עם המישנה לנשיא מצא כי סטייה מן השורה של עובד הציבור תהווה עבירה של הפרת אמונים רק אם נלווה אליה פן מחמיר נוסף כגון התנהגות הנגועה בשחיתות.

14. אני מסכים כי לעת החלת העבירה של הפרת אמונים על מערכת עובדות נתונה, שומה עלינו להיות זהירים בדרכנו. העבירה של הפרת אמונים ייעודה הוא, בראש ובראשונה, להגן על טוהר המידות ועל תקינות פעילותו של המינהל הציבורי, והיא בבחינת חוק מיוחד - מעין *lex specialis* - לשירות הציבורי (על היותה של העבירה מעין *lex specialis* לשירות הציבורי, נלמד גם מן הסיפה להגדרה, שלפיה תקום ותהיה עבירה של הפרת אמונים גם אם המעשה של עובד הציבור לא היה מקים עבירה לו נעשה כנגד יחיד). מתוך שעובדי הציבור מחזיקים בכוחות ובסמכויות שאין למי שאינם עובדי הציבור, מטיל החוק עליהם חובות-יתר, ומטרתה ותכליתה של העבירה היא לשמור על המינהל הציבורי מפני פריצות גדר של עובדי הציבור. רעה חולה היא - נתקלים אנו בה בחיי יומיום - שיש שעובדי ציבור - לא כולם, לא תמיד - נוהגים בכוחות ובסמכויות שניתנו בידיהם לא כפי שראוי היה כי ינהגו - כשלוחים, כשומרים, כנאמנים, כמשרתי-הציבור - אלא כבעלים שקנו זכות ל"שרירות בעלים". ויש, שלמרות ניגוד האינטרסים הברור שהם מצויים בו, אין עובדי ציבור מהססים לפעול ולהפעיל את שיקול דעתם לטובתם-שלהם או לטובת מקורביהם. תופעות רעות וקשות אלו

פוגעות אנושות במינהל הציבורי, ובהן מבקשת העבירה של הפרת חובת אמונים ללחום - להזהיר מראש ולענוש לאחר מעשה.

15. בה-בעת, לא נסכים כי כל חריגה מן השורה תעלה עבירה. פירוש מעין-זה לחוק אינו מתקבל על הדעת ונדחה אותו מעל פנינו. שומה עלינו לצמצם את גידרי העבירה, לרכז אותה במעשים שעל-פי טיבם יש בהם כדי לפגוע באורח מהותי - או: באורח משמעותי - בטוהר המידות ובתקינות פעילותו של המינהל הציבורי. במובן זה מסכים אני לדבריו של חברי הנשיא ברק, באומרו כי האיסור הפלילי של הפרת אמונים עניינו במעשה של פגיעה מהותית בערך המוגן. פגיעה מהותית מעין-זו תארע לעת חבלה בשריג חשוב של טוהר המידות או של תקינות המינהל הציבורי.

על מיבחן זה לטיבו של מעשה העבירה נוכל ללמוד מהגדרתה של העבירה עצמה. הנה-כי-כן, עניינה של העבירה הוא בעובד ציבור העושה במילוי תפקידו מעשה של הפרת אמונים. אלא שלא כל מעשה הפרת אמונים יעלה עבירה של הפרת אמונים. חייב שיהא זה מעשה "הפוגע בציבור". מושג זה של "הפוגע בציבור" - כפי שפורש בהלכה, בדברי מלומדים ובחוות דעתו של חברי הנשיא ברק (בפיסקאות 39 ו-40) - אין הוא רכיב של תוצאה אלא רכיב נסיבתי המבקש לתאר את טיבו ואת אופיו של מעשה הפרת האמונים. מעשה של הפרת אמונים יראו אותו כמעשה העולה עבירה של הפרת אמונים, רק אם נושא הוא עימו תכונה של פגיעה בציבור. ואם בונה העבירה עצמה על מעשה שעל-פי עצם טיבו ואופיו פוגע בציבור, כדבר הלמד מעניינו נדע כי מדברים אנו במעשה חמור, במעשה השולח שורשיו אל-למרחוק עד שאין הציבור יכול לשאתו (מבחינה מושגית). המושג "הפוגע בציבור" נועד אפוא לתאר את החומרה שבמעשה, ומכאן נדע כי העבירה של הפרת אמונים מסיבה עצמה אך על הפרות בנות-משמעות של חובת האמונים. ראו: ד"ר מרדכי קרמניצר, "על העבירה של מרמה והפרת אמונים לפי סעיף 284 לחוק העונשין ועל המחשבה בפלילים", משפטים יג (תשמ"ד-1983) 275, 281; ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין (תשמ"ד-1984, כרך א') 742.

16. כיצד נתאר או נגדיר אותן הפרות מהותיות של חובת האמונים או של האינטרס המוגן בידי העבירה של הפרת חובה אמונים? חוששני כי לא נוכל להרחיק לכת מעבר לדברים שאמרנו. באומרנו דברים שאמרנו היגענו אל קרקעית ההגדרה ונתקשה להוסיף עליה. עתה יישלף ממקומו חוש המומחיות של המשפטן - אותו מונה-רגישות של איש-המקצוע - וזה מצידו יבנה עצמו על דרך הילוכו של עובד הציבור ההגון והישר. ואל יאמרו לנו כי מיבחן זה מיבחן מעורפל ואביך הוא. גם בימים של בוקה ומבוקה יודעים

אנו כיצד אמור לנהג עובד הציבור ההגון את דרכיו, ובדרכו של אותו עובד ציבור נלך אף-אנו.

17. צימצמנו את תחומי התפרשותה של העבירה; פירשנו אותה כעבירה הבונה עצמה אך על פגיעה משמעותית בטוהר המידות ובתקינות פעילותו של המינהל הציבורי; ואולם גם כך רב לו ידו של בית המשפט לתלות על מעשים אלה ואחרים תווית של הפרת אמונים העולה עבירה של הפרת אמונים. המשימה שהטיל החוק על בתי המשפט דומה למשימה שבתי המשפט נטלו על עצמם בתקופתו הפורמטיבית של המשפט המקובל, אלא שבענייננו משימת "גילוי" של החוק - גילוי להבדיל מיצירתו - בולטת לעין. שכן להבדיל מעשייתם של בתי-המשפט בתקופת יצירתו של המשפט המקובל, בענייננו-שלנו שולף בית המשפט את חובת האמונים, ומתוכה - את הפרת חובת האמונים, על-פי המקובל בחברה. ואולם זאת נזכור ונזכיר לעצמנו כל העת, כי בהחלטה ובדרכי יישומה של העבירה קובע בית-המשפט, הלכה למעשה, סטנדרדים להתנהלותם של עובדי ציבור - שמא נאמר: מצהיר בית-המשפט על סטנדרדים קיימים - ומתוך שהדבר נעשה לאחר מעשה, נדרשת זהירות רבה בהחלטה של העבירה על מערכת נתונים המוצגים לפני בית-המשפט.

18. בדומה לחובת הזהירות שבעוולת הרשלנות, חובת האמונים מגלה עצמה, כביכול, אפוסטריורית, לאחר הפרתה (ראו: פרשת א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, רע"א 5768/94, פ"ד נב(4) 289, 324). ואולם, מתוך שמצמצמים אנו את העבירה של הפרת חובת אמונים אך לפגיעה מהותית בטוהר המידות ובתקינות פעילותו של המינהל הציבורי, הנחת היסוד היא שעובד הציבור היה מודע לעובדה שעובר הוא על לאו שבחוק. ומה נאשם לא יישמע בטענה כי "לא ידעתי" שהחוק אוסר לגנוב, להרוג או לפצוע - ולו משום שאי ידיעת החוק אינה פוטרת (ראו סעיף 34 לחוק העונשין) - כן יהא בענייננו-שלנו. נדמה את האיסור על הפרתה של חובת אמונים לְאיסור לגנוב, להרוג או לפצוע, ומתוך שהפרת חובת האמונים מסיבה עצמה אך על פגיעה משמעותית בטוהר המידות ובתקינות פעילותו של המינהל הציבורי, לא נתקשה ללמוד היקש לענייננו מן העבירות האחרות. אני מסכים אפוא לדברי הנשיא ברק בנושא היסוד הנפשי שבעבירה (ראו פסקאות 54 ואילך לחוות דעת), לאמור, כי מודעות לטיב המעשה ולקיום הנסיבות כהוראת סעיף 20 לחוק העונשין די בה להרשעתו של אדם בעבירה של הפרת אמונים, וכי אין צורך בצירופו של יסוד סובייקטיבי נוסף. אין צורך להוכיח שהנאשם היה ער לפסול שבמעשהו, כשם שאין צורך להוכיח כי נאשם בגניבה היה ער לפסול שבמעשה הגניבה. היסוד הנדרש של פגיעה משמעותית בתקינות פעילותו של המינהל יש בו כדי לקיים את היסוד האנטי-

חברתי הנדרש, ועל דרך זה מעמידה עצמה העבירה של הפרת אמונים בשורה אחת עם העבירות שהן mala in se, אותן עבירות - בהן עבירות הגניבה וההריגה - שהרע שבהן נגלה על פניהן.

19. משאמרנו כל דברים שאמרנו, נוסף ונודיע זאת: גם לאחר שהבהרנו והסברנו ופירשנו וצימצמנו, עדיין נועד לו לבית-המשפט, על-פי המחוקק, תפקיד של מחוקק-מישנה. אלא שעתה אין אנו סובכים עוד במעגל שסבכנו בו בתחילה; מעגל שאנו סובכים בו עתה, מעגל הוא הדומה, הגם שאינו זהה, למעגלים שעבירות אחרות אף-הן, כל אחת מהן במקומה, סובכות בהם.

20. אשר להחלתו של הדין על המשיב, אין בידי להוסיף הרבה על דבריו של חברי הנשיא. מעשיו של המשיב טבלו עמוק בטובות הנאה חומריות לידידיו, ובמעשים שעשה תוך ניגוד עניינים מובהק פגע ממילא באורח משמעותי בערכים שהעבירה של הפרת אמונים באה לסוכך עליהם. כמי שהיה המנהל הכללי של משרד ראש הממשלה, פגע המשיב במעשיו, באורח משמעותי, בטוהר המידות, בתקינות פעילותו הנקיה של המינהל הציבורי ובחובת האמונים שהוא חב בה כעובד הציבור שהחזיק עוצמה אדירה בידיו.

21. סוף דבר: אני מסכים לחוות דעתו של הנשיא ברק כי יש להרשיע את המשיב בעבירה של הפרת אמונים הן בפרשת שטרן הן בפרשת שולדנפריי, וכי יש להחזיר את התיק לבית-המשפט המחוזי לגזירת העונש.

ש ו פ ט

המשנה לנשיא א' מצא:

בפסק-דיני שבערעור ביקשתי לשוב ולדקדק בהגדרת יסודותיה של הפרת אמונים כמשמעה בסעיף 284 לחוק העונשין. מאז התפרשו יסודות העבירה בפסק-דינו המנחה של חברי הנשיא בפרשת גרוסמן, רווחה התפיסה - לפחות למעשה אם לא להלכה - כי בכל מעשה שעובד הציבור עושה בהיותו במצב של ניגוד עניינים יש, לכאורה, משום סטייה מן השורה הפוגעת בציבור ועל-כן גם משום הפרת אמונים; ולעניין זה - גם סטייה במובנה הרחב, לאמור, סטייה שאין בה משום חריגה מכללי התקינות המינהלית. חוששני כי הניסיון השיפוטי שנצבר באכיפת האיסור הפלילי האמור מעיד, כי בפרשנותה המרחיבה של הפרת אמונים היה משום "תפסת מרובה"

ולא בכדי נמצאו אף מי שעוררו ספק בשאלה אם ל"עבירת סל" עמומה זו יש עוד מקום בדיננו. כחבריי הנשיא ברק והשופט חשין, אף אני סבור, כי התרופה לגבולותיה המעורפלים של הפרת אמונים - כל עוד לא השכיל המחוקק להגדיר את תחומי התפרשותה - אינה בביטולה "דה-פקטו" של העבירה אלא בפירושה הראוי. אלא שעל-פי גישתי - שלגביה הרחבתי בפסק-דיני שבערעור - רק על סטייה חמורה מן השורה, שיש בה משום פגיעה גלויה וברורה בציבור, ניתן וראוי להאשים את עובד הציבור בהפרת אמונים; בעוד שעל סטייתו מן השורה של עובד הציבור, שפעל במסגרת תפקידו חרף הימצאו במצב של ניגוד עניינים, אך מעשהו לא ניגע בחומרה יתרה (אם עקב שחיתות ואם בשל מניע אישי, או מניע אחר, הסותר בכירור את אינטרס הציבור), ניתן וראוי להגיב (ככל שנסיבות המקרה מצדיקות זאת) באמצעים פחות חמורים, ובראשם - העמדה לדין משמעתי.

2. פרשת שבס סיפקה לנו דוגמה טובה למקרה שבו - אף שניתן וראוי היה להעמיד את עובד הציבור לדין משמעתי - לא היה מקום להאשימו בהפרת אמונים. שבס אכן פעל במסגרת תפקידו חרף הימצאו במצב של ניגוד עניינים ובכך, ללא ספק, שגה. אך כפי שהשתדלתי להסביר בפסק-דיני שבערעור, משהוברר כי מעשיו לא ניגעו בשחיתות וכי בכל אשר עשה פעל במסגרת תפקידו וסמכותו - אם על-פי הוראתו או על-דעתו ובידיעתו של ראש הממשלה (בפרשת "המדינה הזרה") ואם במעשים מינוריים שלא גרמו נזק, ואפשר שאף הצמיחו תועלת, לאינטרס הציבורי (בפרשת האחים שולדנפריי) - לא הייתה במעשיו משום הפרת אמונים הפוגעת בציבור, כמשמעה בסעיף 284.

בפסק-דינו בדיון הנוסף שלפנינו חולק חברי הנשיא על דעתי. לגישתו, בשתי הפרשיות שעליהן סב דיוננו התקיימו במעשיו של שבס יסודות העבירה של הפרת אמונים. חברי השופט חשין מצטרף למסקנה זו, וגם חברתי, השופטת נאור, שבשלב הערעור ראתה עמי עין בעין בדבר ההכרעה הראויה בפרשת "המדינה הזרה" (אך לא בפרשת האחים שולדנפריי), הודיעה כי לאחר עיון בחוות-דעתו של הנשיא שוכנעה כי מן הדין היה להרשיע את שבס בשתי פרשיות האישום.

3. עיון בנימוקי חבריי, הנשיא והשופט חשין, יעלה, כי בכל הנוגע להתוויית גבול מסגרתה של הפרת אמונים המהווה עבירה פלילית, אין הם חולקים על עיקרי העמדה העקרונית שאותה פרשתי בהרחבה בפסק-דיני שבערעור. אף עליהם מקובל, כי לגיבוש היסוד העובדתי של הפרת אמונים אין די בכך שעובד הציבור סטה מן השורה (במובן הרחב), אלא כי נדרש קיומו של פן מחמיר נוסף בהתנהגותו. נראה כי גם על ביטוייה

האפשריים של החומרה המיוחדת, שדוגמאות מהם הובאו בפסק-דיני שבערעור (שחיתות, פגיעה חמורה באינטרס הציבור וחוסר תום-לב סובייקטיווי), אין חבריי חולקים. הוא הדין כאשר ליסודה הנפשי של העבירה. אכן, את הדרישה ל"פן מחמיר נוסף" בהתנהגותו הפגומה של עובד הציבור מגדיר הנשיא כדרישה לפגיעה מהותית באחד הערכים המוגנים שביסוד העבירה. אף שבפסק-דיני שבערעור הטעמתי, כי בפחות מפגיעה חמורה לא סגי, אינני רואה קושי להסתגל למינוח המוצע על-ידי הנשיא. לדידי - ודומה כי זו גם עמדתו של חברי השופט חשין - בפגיעה מהותית יש משום פגיעה חמורה. אף המחלוקת שנתגלעה בין חבריי לעניין הגדרת הערכים שהעבירה נועדה להגן עליהם - ושלעניינה הנני מבכר את עמדת הנשיא - אינה גורעת מרוחב ההסכמה הקיימת בינינו, כי לנוכח עמימות יסודותיה של הפרת האמונים הפלילית, מוטל על בית-המשפט לנקוט מידת-זהירות מיוחדת בטרם יאות להרשיע עובד ציבור בכיצועה. נימוקי חברי הנשיא לא שכנעוני בצדקת הכרעתו לגבי מקרהו של שבס. אולם בעיקר הנני חושש שרוחב גבולה של עבירת הפרת האמונים - הנלמד במשתמע מנימוקי חברי להרשעתו של שבס - אך יחליש את סיכויי השגת התכלית הניצבת ביסודה של העבירה.

4. בשתי הפרשיות פעל שבס בהיותו במצב של ניגוד עניינים. אך אין בידי להסכים, כי בהתנהגותו התקיים אותו פן מחמיר נוסף, הדרוש לשכלול העבירה של הפרת אמונים ושבלעדיו אין לזקוף לחובת התנהגותו פגיעה מהותית בציבור. בתמצית נימוקיו להרשעתו של שבס אומר הנשיא (בפסקה 63):

האם על פי אמת מידה זו [של פגיעה מהותית בערכים המוגנים], ניגוד העניינים בו היה מצוי שבס בפרשת שטרן ובפרשת שולדנפריי היה מעשה הפרת אמונים הפוגע בציבור? תשובתנו לשאלה זו היא בחיוב. תרמו לכך הצטברותם של שני שיקולים כבדי משקל: מעמדו הבכיר של שבס ועוצמתו הרבה של ניגוד העניינים. הצטברותם של שני אלה יצרה פגיעה מהותית באמון הציבור ופגיעה מהותית בטוהר המידות.

חשוב להטעים, כי "ניגוד עניינים" הוא בגדר מצב-דברים ואינו בגדר התנהגות, בעוד שהעבירה נושא ענייננו מחייבת התנהגות (קרי: מעשה הפרת אמונים). פשיטא שניגוד עניינים, כשלעצמו, אינו יכול להיות בגדר התנהגות פלילית. הגם שהימצאות במצב של ניגוד עניינים חורגת מסדרי המינהל התקין ואסורה 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. מהותיות הפגיעה נלמדת מקיומו של פן מחמיר נוסף, שנלווה להתנהגותו של עובד הציבור, מעבר לפגם הגלום בעצם היקלעותו למצב של ניגוד עניינים. הנני נכון להסכים כי במקרים חמורים במיוחד, שבהם נכנס עובד הציבור למצב של ניגוד עניינים קיצוני ביוזמתו, עשוי הפן המחמיר הנוסף להימצא בעצם כניסתו למצב האמור ביוזמתו. ברם, ככלל, מוטל על בית-המשפט להיווכח כי הפן המחמיר הנוסף התקיים במהות התנהגותו של עובד הציבור, ואין בידו להסתפק בעצם העובדה שעובד הציבור לא נרתע מלפעול בהיותו במצב של ניגוד עניינים כמילוי הדרישה לקיום פן מחמיר נוסף.

5. בפסקה 42 לפסק-דינו מציין חברי הנשיא, כי "עצם ניגוד העניינים אינו מהווה עבירה פלילית"; ולכך, כמובן, אני מסכים. אלא שאת הנמקתו להרשעתו של שבס בהפרת אמונים - כעולה מן המובאה מדבריו - מייסד הנשיא על ההשקפה, כי לנוכח מעמדו הבכיר הרי שבעצם עשייתו (בפרשת "המדינה הזרה" ובפרשת שולדנפריי), חרף עוצמת ניגוד העניינים שבו היה מצוי, מתקיים הפן המחמיר הנוסף המצדיק לסווג את התנהגותו כמעשה של הפרת אמונים הפוגע בציבור ומצדיק להרשיעו בעבירות. משמע, כי חומרת התנהגותו של שבס, שבעטייה סבור חברי כי מוצדק להרשיעו בפלילים, אינה במהות המעשים שעשה אלא, אך ורק, בעשייתם חרף קיומו של ניגוד עניינים שעוצמתו ניכרת ובהיותו בעל תפקיד בכיר. להכרעה זו אין בידי להסכים. מן התשתית העובדתית, שעליה ביססתי את הכרעתי בערעור, עולה בבירור, כי בשתי הפרשיות פעל שבס לקידום האינטרס הממלכתי שהופקד עליו, וכי לא הוכח שדבק בו רבב של שיקול זר שאותו ניתן לייחס לניגוד העניינים שבו היה מצוי. בנסיבות אלו, סברתי ועודני סבור, כי אין זה כדין להרשיעו בפלילים. חברי הנשיא, המבסס את הרשעתו של שבס על ניגוד העניינים שבגדרו פעל ועל מעמדו הבכיר, אינו רואה צורך להרחיב, במסגרת החלק האופראטיווי של פסק-דינו, בדבר מהות יחסיו של שבס עם שטרן ועם שולדנפריי - ככל הנדרש לקביעת עוצמתו של ניגוד העניינים שבו פעל בכל אחת מן הפרשיות - ואף לא לפרטי מעשיו. ממילא אין הוא זוקף לזכותו נסיבות שבכוחן לגרוע מעוצמת ניגוד העניינים או להאיר באור חיובי את הפעולות שעשה - בכל אחת מן הפרשיות - לקידום האינטרסים הממלכתיים שהיה מופקד עליהם. מנימוקי הכרעתו של הנשיא ניתן לכאורה להסיק, כי עובד ציבור בכיר הפועל במסגרת תפקידו חרף הימצאותו במצב של ניגוד עניינים שעוצמתו ניכרת - תהא מהות פעולתו אשר תהא, ואפילו יימצא שקידם בפעולתו אינטרסים חיוניים של הציבור, ואינטרסים אלה בלבד - פוגע מהותית בטוהר המידות ובאמון הציבור ולכן אחת דינו להיות מורשע בהפרת אמונים. מתפיסה זו, שלטעמי אינה מתיישבת עם עמדתנו העקרונית המוסכמת גבי פרשנות יסודותיה והתוויית גבולה של הפרת האמונים הפלילית, אבקש בכל הכבוד להסתייג.

אני סבור כי טוהר המידות אינו נפגע מהותית כאשר עובד ציבור, אף אם הוא בכיר, פועל הלכה למעשה, חרף הימצאותו בניגוד עניינים, ביושר ובהגינות. הוא הדין כאשר לאמון הציבור, שהרי הציבור שלאמונו אנו חרדים, למצער בהקשר הפלילי, אינו הציבור הניזון מקטעי מידע - כגון אלה שהתקשורת בוחרת להביא לידיעתו - אלא הציבור המיטיב להכיר את העובדות. ציבור זה יודע כי, בסופו-של-דבר, התגבר עובד הציבור (הבכיר) על ניגוד העניינים ועל החשש לפגיעה בטוהר המידות, ופעל לקידום האינטרס הציבורי מבלי שנלוותה לפעולתו חומרה מיוחדת. ממילא אמונו של ציבור זה אינו נפגע מהותית.

6. חברי הנשיא נדרש לשאלת אמות המידה שעל-פיהן תיקבע חומרת הפגיעה בערכים המוגנים. כדבריו (בפסקה 50 לפסק-דינו):

אכן, לא כל ניגוד עניינים גורר אחריו פגיעה מהותית באינטרס המוגן. זו תלויה במהותו ובאופיו של ניגוד העניינים. בהקשר זה יש להתחשב, בין השאר, בעוצמת ניגוד העניינים; במידת הסטייה מן השורה, אם היתה כזו; במעמדו של עובד הציבור בהירארכיה הציבורית ובהשפעת פעולותיו על עובדי המדינה והציבור.

אשר לעוצמתו, המשתנה ממקרה למקרה, של ניגוד עניינים, מצייין חברי, כי "לא הרי קרבת משפחה הדוקה ופעילה כהרי היכרות מזדמנת. לא הרי ניגוד עניינים המבוסס על קשר כספי אישי או אינטרס כלכלי כהרי ניגוד עניינים המבוסס על קשר מוסדי" (בפסקה 51). אשר לסטייה מן השורה (במובנה הצר), "לא הרי סטייה חמורה מהשורה כהרי סטייה קלה מהשורה; לא הרי סטייה נמשכת כהרי סטייה חד-פעמית" (בפסקה 52). ואשר למעמדו של עובד הציבור, "לא הרי ניגוד עניינים של המפקח הכללי של המשטרה כהרי ניגוד העניינים של שוטר מהשורה; לא הרי עובד ציבור הממונה על מספר רב של עובדים המבקשים ללמוד ממנו ולחקות אותו, כהרי עובד ציבור שאין לו תפקיד של ניהול" (בפסקה 53).

לאמות-מידה אלו הנני מסכים. עם זאת, וכמקובל גם על חברי, אמות-מידה אלו אינן בגדר רשימה סגורה. שאלה חשובה נוספת, הטעונה כאמור בירור, היא, אם בסופו-של-דבר, וחרף ניגוד העניינים, הגשים עובד הציבור כראוי את האינטרס הציבורי שעליו הוא מופקד או שמא גרם לו נזק. כן יש להתחשב בשורה של שאלות ספציפיות, כגון: אם עובד הציבור יידע את הממונים עליו על אודות ניגוד העניינים

שבו הוא מצוי; אם פעל בניגוד עניינים על-דעת עצמו או שמא בהנחייתם - ולמצער על-דעתם - של הממונים עליו; אם פעולתו נעשתה במסגרת סמכותו הרגילה או בחריגה ממנה; אם המדובר בפעולה אינטנסיווית או שולית מבחינת היקפה והמשאבים הציבוריים שנדרשו לה; אם פעולתו נעשתה כחלק משגרת עבודתו השוטפת של עובד הציבור, או שמא "יצא מגדרו" כדי לבצעה; אם פעל ביוזמה ממניע פסול, או כיוון לקידום האינטרס הציבורי שעליו הוא מופקד; אם ניסה להשפיע על עובדי ציבור אחרים לקבל החלטות שלא כדין; אם ניסה להעניק לאדם שבעניינו פעל טובת-הנאה שלא הגיעה לו ואשר אינה ניתנת לאחרים; אם העניק לו אותה בפועל; אם המדובר בטובת הנאה משמעותית או זניחה; אם הקשר שבין עובד הציבור לבין מי שהוא פעל בעניינו, אשר ניצב ברקע הפעולה ושעליו מבוסס ניגוד העניינים, הוא קשר מושחת או פסול מסיבה אחרת כלשהי; אם בפעולה עצמה יש יסוד של שחיתות; אם מי שהפיק תועלת מפעולתו של עובד הציבור הוא עובד הציבור עצמו, או מי מבני-משפחתו, או שמא המדובר במעגל קרבה מרוחק יותר; מקום שהמדובר בקשרי חברות, שמעורב בהם גם היבט כלכלי, כלום ההיבט הכלכלי הוא דומיננטי או שמא זניח וטפל לחברות; כל השאלות הללו, ועוד רבות אחרות כמותן, מבטאות את העובדה שפעולות במצב של ניגוד עניינים אינן עשויות מעור אחד ולכן אינן יכולות לזכות להתייחסות סטיגמאטית. אין זה די לייחס את מקרהו של עובד הציבור לקטגוריות כלליות (כגון, "ניגוד עניינים חמור" או "עובד ציבור בכיר"), כדי להכריע בשאלת קיומה של הפרת אמונים פלילית. עובדי ציבור מתמודדים באופנים שונים עם סיטואציות מגוונות של ניגודי עניינים, שאליהן הם נקלעים, ותגובותיהם נעות על פני קשת רחבה של דרגות חומרה. ורק התייחסות פרטנית למכלול הניואנסים, החודרת את הקטגוריזציה הראשונית, תשקף תגובה חברתית מידתית למגוון האפשרויות והנסיבות.

7. בהתייחסו לניגוד העניינים שבו פעל שבס מציין הנשיא, כי "הוא היה נתון בניגוד עניינים חריף ביותר. ניגוד עניינים זה התבטא ביחסי החברות הקרובים והאמיצים עם שטרן והאחים שולדנפריי ובקשר העסקי שהיה לו עימם (לרבות קבלת כספים בטרם נעשה עובד מדינה)". מקובל עליי, כי לנוכח יחסי חברותו הקרובים עם שטרן ועם שולדנפריי, נקלע שבס למצב של ניגוד עניינים משמעותי. עם זאת הייתי נזהר מתיאור ניגוד העניינים כ"חריף ביותר": היחסים העסקיים שהתקיימו בעבר בין שבס לבין שולדנפריי שוב לא היו קיימים בזמן הרלוונטי; ואף עם שטרן לא הייתה לשבס מערכת יחסים כספיים מודעת. אך להבהרת-יתר של הסתייגותי מצדקת הרשעתו של שבס, אבקש לחזור, בקצרה, למהות עשייתו בכל אחת משתי הפרשיות.

8. במעשיו לקידום העסקה עם "המדינה הזרה" פעל שבס, כזכור, בתיאום מלא עם ראש הממשלה ועל-פי הנחיותיו. כן הוברר, כי בפרשה זו פעל להשגתה של מטרה מדינית-כלכלית, שעל-פי תפיסתו של ראש הממשלה הייתה בגדר אינטרס של המדינה. מתחייבת, אפוא, המסקנה, כי בפועלו במסגרת תפקידו להגשמת אינטרס ממלכתי לא נגרם לאינטרס הציבורי כל נזק מעבר לעצם ניגוד העניינים. יצוין כי שבס לא הסתיר, ולא ניסה להסתיר, דבר מפני ראש הממשלה ודיווח לו על כל מהלכיו. ראש הממשלה היה מודע גם ליחסי חברותם הקרובים של שבס ושטרן, וכן ידע על הרווח הגדול הצפוי לשטרן אם העסקה עם "המדינה הזרה" תצא לפועל. אך ראש הממשלה סבר, כי העסקה המתוכננת תצמיח תועלת רבה לכלכלת המדינה, למצב האבטלה ולתעשיות הביטחוניות. נמצא כי פעילותו של שבס בפרשה זו - חרף הימצאותו בניגוד עניינים - התנהלה בהנחייתו ועל-דעתו של ראש הממשלה. כן יצוין כי פעולתו של שבס נעשתה במסגרת סמכותו הרגילה ולא בחריגה ממנה. חברי הנשיא מסכים כי על-פי התשתית העובדתית האמורה שבס לא סטה מן השורה (פסקה 67). פעילותו הייתה, אמנם, אינטנסיבית, אך נעשתה כחלק משגרת עבודתו השוטפת ובמטרה לקדם את האינטרס הציבורי. אמנם היה לו "מניע אפשרי נוסף", שהיה קשור בחברותו עם שטרן ובידיעתו על אודות הרווח הצפוי לשטרן מקשירת העסקה; אך מניע זה נותר בגדר מניע פוטנציאלי ("אפשרי"), אשר קיומו האקטואלי והשפעתו בפועל על מעשיו של שבס לא הוכחו. כן יוזכר, כי מעורבותו של שטרן בעסקה נבעה מקשריו עם אנשי עסקים אחרים, ולשבס לא היה חלק ביצירתה. שבס לא התכוון להעניק לשטרן טובת-הנאה יתרה כלשהי, שלא הגיעה לו מנקודת מבטו של האינטרס הציבורי, כפי שראש הממשלה הבינו. בוודאי שלא העניק לו טובת-הנאה כזו בפועל, שהרי העסקה כלל לא התגשמה. על-פי ממצאינו בפסק-הדין בערעור, לא הוכח כי הקשר בין שבס לבין שטרן היה קשר מושחת או פסול. המדובר היה בקשר של חברות בלבד, גם אם קרובה ואמיצה; ואילו ההיבט הכלכלי ביחסיהם של השניים - שהסתכם בכך ששטרן ניהל עבור שבס, ללא תמורה ומתוך חברות גרידא, חשבון ניירות-ערך - היה שולי וטפל ליחסי חברותם.

9. חברי הנשיא מציין (בפסקה 65 לפסק-דינו), כי השיקולים שהציגה השופטת נאור (בפסק-דינה החולק שבערעור), ביחס לפרשת שולדנפריי, חלים גם ביחס לפרשת "המדינה הזרה". קביעה זו מוקשית בענייני. בפסק-דינה של חברתי השופטת נאור נמנו שלושה שיקולים, שלטעמה הצדיקו להבחין - לעניין הרשעתו של שבס - בין פרשת "המדינה הזרה" לבין פרשת האחים שולדנפריי: "מערכת היחסים הכספית", שלטעמה הקנתה למעשיו של שבס בעניינם של שולדנפריי "מימד של שחיתות"; "מעמדו הבכיר של שבס", אשר גם פעולה מינורית שלו עשויה להיות בעלת השפעה רבה; והעובדה ששבס "הפעיל את עובדי משרדו". אלא שכאמור, עם שטרן לא הייתה לשבס מערכת

יחסים כספיים מודעת, וההיבט הכלכלי הרלוונטי ביחסיהם היה שולי. ביחס לפעילותו של שבס בפרשת "המדינה הזרה", לא הוכח כי ליחסיו עם שטרן היה היבט כלשהו שהקנה למעשיו "מימד של שחיתות". מעמדו הבכיר של שבס אינו רלוונטי בפרשת "המדינה הזרה", שכן מי שקיבל החלטות והפעיל את עיקר שיקול-הדעת בפרשה זו היה ראש הממשלה עצמו. גם שיקולה השלישי של השופטת נאור אינו רלוונטי לכאן, שכן כלל לא נטען, כי בעניינה של המדינה הזרה הפעיל שבס את עובדי משרדו באופן פסול.

עוד מציין הנשיא - ולכך מצטרפת גם חברתי השופטת נאור - כי בידיעתו של ראש הממשלה על אודות ניגוד העניינים בו היה שבס נתון, לא היה כדי לנקות את שבס מהאיסור הפלילי על פעילותו. כדבריו: "ידיעת ראש הממשלה, ואף אישור על ידו, אין בהם כדי לשלול את ניגוד העניינים, ואין בהם כדי למנוע את הפגיעה המהותית באמון הציבור בעובד הציבור". אף עליו מקובל, כי ידיעתו ואישורו של ראש הממשלה אינם שוללים את קיום ניגוד העניינים. אלא שלטעמי, כאמור, העיקר איננו בדבר עצם קיומו ובעוצמתו של ניגוד העניינים, אלא בשאלה אם למעשיו של שבס בפרשה האמורה התלווה אותו פן מחמיר נוסף, שבלעדיו לא יהיה זה מן המידה להרשיעו. בכל זאת אקשה: כלום בידיעתו ובאישורו של ראש הממשלה אין, לכל הפחות, משום נסיבה המפחיתה באופן משמעותי את מידת החומרה הגלומה בעצם פעולתו של עובד הציבור בהיותו במצב של ניגוד עניינים? כלום הפגיעה הנגרמת בנסיבות כאלה, לאיזה מן האינטרסים המוגנים (תקינות פעולת המינהל הציבורי, טוהר מידותיהם של עובדי הציבור ואמון הציבור בעובדי הציבור), אינה נגרעת? וכלום ראוי כי מנכ"ל, הפועל בניגוד עניינים בנושא המסור לסמכותו, אך עושה כן בידיעתו, בהנחייתו ובאישורו של ראש הממשלה, ייחשב כמפר אמונים באותה מידה כמנכ"ל אשר פעל "מאחורי גבו" של ראש הממשלה ותוך מעילה באמונו? לשאלות אלו חברי הנשיא אינו מתייחס.

10. אפנה לפרשת האחים שולדנפריי. בפסק-דיני שבערעור ציינתי, כי חרף הביקורת שיש לי על התנהלותו ומהלכיו של שבס בפרשה זו, הרי שעל-פי כלל הנסיבות המדובר במקרה גבולי שאיננו מצדיק הרשעה בפלילים. על-פי התשתית העובדתית שנקבעה בפסק-הדין, והמקובלת גם על חברי הנשיא, פעולתו של שבס עלתה בסופו-של-דבר, חרף ניגוד העניינים, בקנה אחד עם האינטרס הציבורי שעל קידומו הופקד. לעניין זה צוין בפסק-דיני כי "הציבור בכללו יצא נשכר מהחשת הטיפול בפרוייקטים" של האחים שולדנפריי (עמ' 545 לפסק-הדין), אף ש"ספק רב" אם את החשת הטיפול ניתן אמנם לזקוף לזכות התערבותו של שבס (עמ' 544). אף בפרשה זו, לאינטרס הציבורי לא נגרם כל נזק, פרט לזה הנובע מעצם קיומו של ניגוד

העניינים. ניגוד העניינים לא היה להערכתו בעוצמה גבוהה, שכן בזמן האירועים יחסיו של שבס עם האחים שולדנפריי התבטאו בחברות בלבד, בעוד שההיבט הכלכלי, שהתקיים ביניהם בעבר, הפך בינתיים לזניח וטפל לחברות עצמה. גם בפעולתו של שבס לא היה כל יסוד של שחיתות. היא נעשתה במסגרת סמכותו הרגילה ולא בחריגה ממנה. לא הייתה זו פעולה אינטנסיווית אלא "מינורית" (עמ' 546), שכמעט לא דרשה משאבים ציבוריים. שבס לא יצא מגדרו כדי לבצעה אלא היא נעשתה כחלק משגרת עבודתו השוטפת. הוא לא ניסה להתערב בתוכן החלטותיהם של גורמי התכנון אלא רק לזרז את קבלתן, ככל שהוטל עליו בהחלטת הממשלה לעשות. כמצוין בפסק-דיני שבערעור, "שבס לא ניסה להשיג עבור האחים שולדנפריי, ואף לא השיג בפועל, דבר-מה משמעותי שלא היו זכאים לו ממילא" (עמ' 545; ההדגש הוסף - א' מ'). התערבותו לטובתם "נפלה בהרבה מהתערבותו לטובת קידום של פרויקטים אחרים, של מי שלא היו חבריו" (עמ' 546). מכאן שאף כי בטיפולו בעניינם של חבריו הייתה משום חריגה מן הסדר המקובל, הרי שלא פעל ממניע של העדפה פסולה. התשתית העובדתית אינה מניחה כל יסוד לחשד, כי המניע של שבס לא היה קידום האינטרס הציבורי שעליו הופקד.

בפסק-דינה שבערעור ציינה חברתי השופטת נאור, כי "גם פעולה מינורית יחסית של עובד ציבור בעל עמדה בכירה יש בה פוטנציאל להשפיע הרבה יותר מפעולה אינטנסיבית של עובד ציבור זוטור" (עמ' 549). חברי הנשיא מציין אף הוא כי "שיחה טלפונית של אדם במעמדו [של שבס], גם אם היא קצרה, יכולה להיות משמעותית ורבת השפעה" (פסקה 70 לפסק-דינו). על קביעות אלו אינני חולק. אך ההשוואה הרלוונטית בענייננו אינה בין פעולתו המינורית של שבס לבין פעולותיו האינטנסיוויות של עובד ציבור זוטור; אלא בין פעולתו המינורית של שבס לטובת שולדנפריי לבין הפעולות האינטנסיוויות שביצע שבס עצמו - כפי שנקבע מבחינה עובדתית - לטובת מאות יזמים אחרים שלא נמנו עם חבריו (עמ' 545). מבחינה זאת אין חשיבות רבה לעובדת מעמדו הבכיר של שבס, אך נודעת חשיבות מכרעת לעובדה שהפעולות שעשה לטובת חבריו היו מינוריות. לפיכך אין בידי להסכים לדברי הנשיא, כי "העובדה ששבס הקדיש לעניין 'זמן מינורי' אינה מעלה ואינה מורידה" (פסקה 70).

11. מצאתי טעם לחזור בקצרה על נסיבותיהן העובדתיות של שתי הפרשיות. המסקנה המתחייבת מהן, לטעמי, היא, כי אף שבכל אחת משתי הפרשיות היה שבס נתון במצב של ניגוד עניינים משמעותי, לא היה בפעולותיו מעשה שניתן לייחס לו פגיעה מהותית בתקינות פעולתו של המינהל הציבורי, בטוהר מידותיהם של עובדי הציבור או באמון הציבור הרלוונטי (כלומר, הציבור המצוי בעובדות) בעובדי הציבור.

בכך שפעל בניגוד עניינים סטה אמנם שבס מן הסדר המינהלי הראוי. אך 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.

12. 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. כפי שהראיתי, במישור פרשנותה העקרונית של העבירה לא מצאו הנשיא והשופט חשין מקום לחלוק על עיקרי העמדה שהצגתי בפסק-דיני שבערעור. אלא שבנימוקים שעל יסודם הגיע הנשיא למסקנה שמן הדין להרשיע את שבס בשתי פרשיות האישום, אין, לטעמי, משום חידוש; וממילא אף אין בהם כדי להבהיר טוב יותר את תחומי התפרשותה של העבירה. זו נותרה עמומה כשהייתה. מסקנה זו תומכת בהנחת המוצא שניצבה ביסוד פסק-דיני שבערעור, כי בהיעדר נוסחה פרשנית שבכוחה להתוות את תחומיה המדויקים של העבירה, מן הדין להגביל את תחולתה למקרים החמורים בלבד. אין צריך לומר כי בידי המחוקק לקבוע איסורים ספציפיים באותם תחומים שבהם ימצא לנכון להעלות את הרף הפלילי של דרישות ההתנהגות מעובדי הציבור. כך, למשל, את גדר האיסור הפלילי המוטל על עובד ציבור לפעול בגדר סמכותו בהיותו במצב של ניגוד עניינים, בידי המחוקק להסדיר כדרך שהסדיר נושא זה בסעיף 47 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965.

13. דעתי היא, אפוא, כי דין העתירה להידחות.

המשנה לנשיא

השופטת א' פרוקצ'יה:

אני מצטרפת בהסכמה לפסק דינו של חברי, הנשיא א' ברק.

ש ו פ ט ת

השופטת ד' ביניש:

מסכימה אני עם פסק דינו של חברי הנשיא ועם גישתו הפרשנית להוראת סעיף 284 לחוק העונשין. עם זאת, אבקש להוסיף דברים בתכלית הקיצור כדי לצרף קולי שלי לקולם של חבריי שעמדו על חיוניותה של הוראת חוק זו.

1. השאלה העקרונית העומדת להכרעה בהליך שלפנינו נוגעת להיקף פרישתה של עבירת המרמה והפרת אמונים. הכל מסכימים כי היסוד העובדתי של העבירה הנדונה הינו כה רחב עד כי קיים לכאורה חשש שמא ניתן לכלול בו את כל קשת המעשים הפסולים המבוצעים בידי עובד ציבור, לרבות אלה שלא דבקה בהם פליליות. על רקע זה אף הובעה הדעה בכתיבה אקדמית, כי עקרון החוקיות מצדיק את ביטולה של עבירה זו, או לפחות מחייב להתמקד בצמצום הגדרת הערכים המוגנים בה.

משך שנים פיתחה פסיקתו של בית משפט זה צעד אחר צעד את ההלכה המגדירה את היקף תחולתה של העבירה ופרשנות יסודותיה, וחברי הנשיא בפסק דינו המקיף הפנה לפסיקה זו. עם זאת, דומה כי לעיתים מתקשים בתי המשפט ליישם את ההלכות המבטאות את הפרשנות שנתן בית משפט זה לעבירה על-פי תכליתה החקיקתית. קושי זה נובע מהעמימות המאפיינת את העבירה של מרמה והפרת אמונים, ומהזהירות המתחייבת בהחלת רף נורמטיבי-עונשי על עובדי ציבור בגין פעילותם במילוי תפקידם.

2. כעולה מפסק דינו זה, כולנו תמימי דעים כי הקושי נובע מאופייה של העבירה ומהצורך לנהוג בזהירות בהטלת סנקציה עונשית על עובד ציבור. ואולם הפתרון לכך אינו בביטול העבירה, אלא בצורך לשרטט את גבולותיה ולתחום אותם אך לנורמות ההתנהגות האסורות שראוי להציבן במישור של הדין העונשי. אכן, נוסחה של העבירה איננו הנוסח האופייני של הדין הפלילי הקפדני, אשר בדרך כלל ראוי לו כי יגדיר באופן פרטני ומפורש את היסודות העובדתיים של ההתנהגות אסורה. עם זאת, אין מדובר בעבירה כה יוצאת דופן והיא נמנית עם קבוצת עבירות בדין הפלילי המנוסחות בצורה רחבה על מנת שיקיפו מגוון התנהגויות שליליות ויאפשרו לבתי המשפט ליישם את הערכים המוגנים בהן על דרך של מתן פרשנות ראויה להוראת הסעיף. בצדק ציין הנשיא ברק בפסק דינו כי "האיסור הפלילי על הפרת אמונים הוא מכשיר מרכזי למאבקה של החברה על טוהר השירות והשורות, למניעת סטיות מהשורה, ולהבטחת

אמון הציבור במשרתי הציבור. ביטולה של העבירה, או אף צמצומה מעבר לנדרש, יפגע בכוחה של החברה להגן על עצמה מפני עובדי ציבור העושים שימוש לרעה בכוח השלטון" (פיסקה 30 לפסק דינו); מצטרפת אני בעניין זה גם להשקפתו של חברי השופט חשין, לפיה "ביטולה של העבירה יפער חלל בלתי-רצוי, אף מאיים, במערכת ההגנה על השירות הציבורי, וכנדרש מכאן יש ונכון להתירה על מכונה" (פיסקה 4 לפסק דינו). עמדה דומה אף הובעה על-ידי חברי המשנה לנשיא מצא לעניין הותרת העבירה על כנה. המחלוקת בעיקרה נוגעת, אפוא, לפרשנותו של הסעיף ולא לעצם חוקיותו.

הנה כי כן, תמימי דעים אנו כי עבירת המרמה והפרת האמונים היא אחד המחסומים העיקריים שהציב המחוקק למניעת התדרדרות השירות הציבורי ממינהל תקין למינהל קלוקל; ואוסף עוד כי עלינו לשוות לנגד עינינו כי אך כפסע הוא המרחק בין מינהל מושחת לתהליך של כרסום משמעותי באופיו ובחוסנו של המשטר הדמוקרטי. לפיכך, אל לנו להגזים בצמצום הוראת סעיף 284; כאשר יש בהתנהגותו של עובד הציבור משום פגיעה מהותית בערכים המצויים בבסיס העבירה, אין להירתע מהשימוש בהליך הפלילי ומהטלת סנקציה עונשית בגין התנהגות זו. עלינו להביא בחשבון שבנסיבות מסוימות עבירת הפרת האמונים היא הכלי היחיד המצוי בידי גורמי אכיפת החוק כדי לפעול כנגד התנהגותם של עובדי ציבור שיש בה מעילה באמון העולה כדי פגיעה מהותית בציבור. לא כל התנהגות פסולה ופוגענית נכללת בסוג המעשים שהדין המשמעתי הוא האמצעי שניתן או ראוי לעשות בו שימוש. זאת ועוד; לא כל עובדי הציבור נתונים למרותו של הדין המשמעתי. כך למשל, הבכירים בשירות הציבורי, הלא הם נבחרים הציבור החבים אמונים לתפקידם, אינם סרים כלל למרותו של הדין המשמעתי. על כן בצד ההקפדה שלא להפוך כל התנהגות בלתי ראויה להתנהגות פלילית, מצווים בתי המשפט לפרש את הוראת סעיף 284 בהתאם לתכליותיה. כך, במקרים מתאימים יש להחיל את הוראת-החוק הנדונה על אותם עובדי ציבור שהפרו את חובת האמונים שלהם, בעוצמה ובמידה המצדיקים תגובה עונשית.

3. הערפול בניסוח היסוד העובדתי של העבירה ניתן להסרה על דרך של פרשנות הוראת החוק, ועמד על כך הנשיא בפסק דינו. במידה רבה נוצר ערפול זה כתוצאה מהתחום המשפטי בו נטוע האיסור הפלילי, והוא תחום חובת האמונים שחב בה עובד הציבור כלפי הציבור. חובה זו באה לידי ביטוי בהקשר תלוי נסיבות, ולפיכך אין ניתן להגדיר מראש כל מצב אפשרי שבו תבוא לידי גילוי הפרת אותה חובה. ואמנם, בשיטות משפט שערכיהן קרובים לערכי שיטתנו המשפטית ניתן למצוא עבירות דומות שתכליתן זהה וניסוחן דומה להוראת סעיף 284 לחוק העונשין (ראו למשל: העבירה

R.S.C. 1985 c. c- : "Breach of trust by public officer" ; עוד ראו: ניסוחה המוצע של עבירת ניצול לרעה של מישרה בסעיף 243.2 Tex. ; Model Penal Code האמריקאי; כן ראו: NY CLS Penal s. 195.00, Tex. Penal Code s. 39.01, KRS s. 522.020 הקובעים עבירה של "official misconduct" (שנוסחה רחב).

הדין בשיטתנו המשפטית כמו בשיטות אחרות, הבחין בין אדם פרטי לבין עובד ציבור עליו מוטלת חובת האמונים. כבר בסייג זה יש משום שימת גדר, אף כי גדר נמוכה מאד, להגבלת רוחבה של העבירה, ועמד על כך חברי השופט חשין בפסק דינו; אך בכך כמובן לא סגי. הסטטוס של עובד ציבור מטיל על העובד חובות ומגבלות מסוגים שונים ועקב כך הפרת חובת האמונים ברמה ובעוצמה גבוהה, נושאת בנסיבות מסוימות אופי של התנהגות פלילית. אין להפריז בחשש כי עובד הציבור יופתע מהטלת סנקציה עונשית בדיעבד בניגוד לעקרון החוקיות. בדרך כלל, הפרת אמונים המסווגת כהתנהגות פלילית ניתנת לזיהוי בידי עובד הציבור החב אמונים כלפי הציבור אותו הוא משרת. התנהגות ברמת פסלות שהיא בת עונשין, היא מסוג המעשים שכאשר אדם רואה אותם הוא מזהה את הפסול שבהם; אך זיהוי כזה אין בו כמובן משום תחליף לאמות המידה שיש להציב כדי להחיל את הוראת הסעיף.

4. אשר לערכים המוגנים על-ידי האיסור הפלילי, עניין זה נתון במחלוקת בין חבריי ומחלוקת זו מצאה ביטוי גם בכתיבה אקדמית. בסוגיה זו מסכימה אני עם גישתו של הנשיא באשר לשלושת הערכים המוגנים, לשיטתו, בהוראת החוק. ככל שיש לדבר חשיבות, הייתי מדרגת ערכים אלה בסדר שונה. בעיניי, ראש וראשון בהם הוא פעילותו התקינה של המינהל הציבורי אשר מבטא את האינטרס הציבורי המובהק שלשמו נחקקה העבירה הפלילית. עם זאת, טוהר המידות במינהל הציבורי ואמון הציבור בו, שבלעדיהם אין המינהל הציבורי יכול להתקיים, אף הם ערכים מוגנים לעצמם. סדר עדיפות זה הוא הראוי בעיניי אך אינני מייחסת לו חשיבות רבה שכן, אף אני סבורה כי כל אחד מהערכים האמורים לעצמו בנפרד, ושלושתם יחד, מונחים ביסוד האיסור הפלילי ונותנים ביטוי לאינטרס המוגן בו. הם כרוכים ושזורים זה בזה כך שאין אפשרות לנתק ביניהם. כאשר התנהגות של עובד ציבור פוגעת באחד מן הערכים הללו, נוצרת פעולת שרשרת המשפיעה על שלושתם.

5. בעניין שלפנינו איננו נדרשים לדון בכל ההתנהגויות האסורות הנכללות בסעיף 284 לחוק העונשין אלא רק באותן התנהגויות שבניגוד עניינים העולה כדי עבירה פלילית. לשון אחר; השאלה שלפנינו הינה באלו נסיבות מתגבשת פעולה שנעשית בניגוד עניינים לכדי נורמה עונשית. אין חולק - וזו גם היתה עמדת המדינה לפנינו - כי התנהגות במצב של ניגוד עניינים כשלעצמה אין די בה כדי לבסס אחריות פלילית, וכי יש צורך בתוספת חומרה להתנהגות במצב של ניגוד העניינים. זוהי השקפת כולנו; הקושי הוא בהגדרת אותה תוספת.

בפעולה הנעשית בניגוד עניינים מצויים מן הצד האחד חובתו של עובד הציבור כלפי תפקידו וכלפי האינטרס הציבורי עליו הוא מופקד, ומן הצד האחר האינטרס של אותו עובד שיכול להיות בעל אופי אישי, חברתי, כלכלי, כספי או כל אינטרס אחר. התוספת הנדרשת לעצם ניגוד העניינים מתחייבת מהדרישה לכך שהפגיעה בציבור תהיה פגיעה מהותית בערכים המוגנים של העבירה. פגיעה זו תיבחן על-פי סוג ניגוד העניינים, עוצמתו של הניגוד, מעמדו של בעל התפקיד הפועל בניגוד עניינים ומידת פגיעתה האפשרית של הפעולה באינטרס הציבור. מאפיינים אלה הם המגדירים את מיקומה של הפעולה הנעשית מתוך ניגוד עניינים, על-פני קשת ההתנהגויות הרחבה המצויה ביסוד ההתנהגותי של העבירה. הם התוחמים את קו הגבול בין התחום האתי, מוסרי ומשמעתי לתחום הפלילי. כמובן שאם מדובר בפעולה שיש בה סטיה משמעותית מן השורה יכריע מאפיין זה את הכף.

6. על-פי השקפתי, המקרה שלפנינו איננו מקרה גבול. במעשיו של המשיב נתקיימו כל אותם מאפיינים המוסיפים חומרה לעצם ניגוד העניינים. בשני האישומים שיוחסו לו פעל המשיב במסגרת מילוי תפקידו הציבורי לקידום אינטרסים של חבריו. מערכת הקשרים שהיתה למשיב הן עם שטרן בפרשת האישום הראשון, והן עם האחים שולדנפריי בפרשת האישום השני, מלבד היותה מערכת יחסים אישית, היתה גם מערכת יחסים כלכלית-פיננסית. שטרן שהיה חברו של המשיב, ניהל עבורו ללא תמורה חשבון בנק בו הפקיד סכומי כסף נכבדים במסגרת ניהול החשבון, הגם שנמצא כי המשיב לא היה מודע לפרטי הפקדות הכספים. חברי המשנה לנשיא מצא מציין כי באופן בו פעל המשיב לא היה כדי למעול באמונו של ראש הממשלה (פיסקה 9 לפסק-דינו). ואולם, מערכת יחסי האמון שבה מחויב עובד הציבור לפי סעיף 284 לחוק העונשין אינה כלפי הממונה עליו אלא כלפי הציבור. העובדה כי נקבע שראש הממשלה היה מודע לקשריו של המשיב עם שטרן, אין בה כדי להפחית מעוצמת ניגוד העניינים בו פעל המשיב בעניינו. אשר לאחים שולדנפריי, הרי הם היו מעסיקיו של המשיב סמוך בטרם החל

במילוי תפקידו כמנכ"ל משרד ראש הממשלה ושילמו את שכרו בסכום נכבד. זירוז הטיפול בתוכניות הבינוי של המיזמים של האחים שולדנפריי הינה טובת הנאה בעלת ערך כלכלי משמעותי במיוחד בהתחשב בהיקפם של שני המיזמים. אף כי לפי הממצאים שנקבעו לא פעל המשיב לטובת אינטרס כלכלי אישי שלו, הרי שחבריו שנהנו מפעולותיו, היו בעלי אינטרס כלכלי מובהק לעצמם בפעילויות אלה. היסוד הכלכלי-פיננסי שנלווה למערכת היחסים בין הצדדים, מבטא לא רק את סוג ניגוד העניינים אלא גם את עוצמתו. אין בעובדה שהמשיב קידם בפעילותו גם אינטרס ציבורי, כדי להפחית מטיבו ומעוצמתו של ניגוד העניינים שהוא היה נתון בו. באשר למאפיין הנוגע למעמדו של עובד הציבור, הרי בעניין שלפנינו אין צורך להרחיב על כך את הדיבור, נוכח היותו של המשיב מנכ"ל משרד ראש הממשלה בעת האמורה. מאליו מובן כי כל פעולה הנעשית על-ידי אדם הנושא משרה בכירה כל-כך, היא בעלת השפעה רבה בקרב המינהל הציבורי.

בנסיבות העניין, הפגיעה המהותית באינטרס הציבורי נגזרת, כמובן, מהמאפיינים האמורים אשר הצטברותם יחדיו מצויה בלב ליבה של ההתנהגות האסורה. מעשיו של המשיב פגעו בכל אחד משלושת הערכים המוגנים על ידי הוראת סעיף 284 לחוק העונשין ולפיכך נכנסים הם בד' אמותיה של העבירה הפלילית.

אשר על כן, ראיתי להסכים עם פסק דינו של חנשיא בכל הנוגע לפרשנות שיש לתת לעבירה ובאשר ליישומה על נסיבות עניינו של המשיב.

ש ו פ ט ת

השופט א' ריבלין:

הריני מצרף דעתי לפסק-דינו של חברי הנשיא א' ברק.

ש ו פ ט

השופט א' גרוניס:

מסכים אני לפסק דינו של חברי, הנשיא א' ברק.

ש ו פ ט

בחוות דעתי בע"פ 884/80 מדינת ישראל נ' יצחק גרוסמן, פ"ד לו(1) 405, 412

סברתי כי:

"יש עבירות, שאין להן שיעור בדברו של המחוקק, אבל יש להן שיעורים בדברה של הרשות השופטת, הקובעת אותם מזמן לזמן לפי המעשה ואף לפי העושה. הסכנה, הרובצת לפתחו של בית המשפט בדונו בעבירות כאלה, היא, שמא תוך כוונתו לעשות סייגים כדי להרחיק את עובד הציבור מן העבירה ימצא מכניס בתחומה של עבירה התנהגות פגומה מבחינת סדרי מינהל תקינים שאינה עולה כדי עבירה. ויש להיזהר, כפי שלמדנו, שלא תעשה את הגדר יותר מן העיקר" (בראשית רבה יט, ג).

על קושי זה עמד חברי הנכבד הנשיא א' ברק, בחוות דעתו המאלפת בפרשה שלפנינו, באומרו ש"אל לנו לתת לעבירה פירוש רחב מדי שישתרע על התנהגות שההיבט הדומיננטי בה הוא בעל אופי משמעתי" ועם זאת "יש להימנע מלתת לעבירה פירוש מצמצם, אשר ישלול מהחברה הישראלית מכשיר חשוב בשמירה על הערכים המונחים ביסוד השירות הציבורי" (סעיף 31 לחוות דעתו).

אכן, בזמן שניתן פסק הדין בפרשת גרוסמן, לפני כ- 23 שנים, נטתה דעתי לכך שיש לנקוט פירוש המצמצם את היקף פרישתה של עבירת הפרת האמונים; לפיכך הצעתי – והיתה זאת דעת מיעוט – לזכות את המערער באותה פרשה. למרבה הצער, הזמנים אינם כשהיו, החברה הישראלית איננה כשהיתה, ועלינו לדקדק היטב ולהיזהר מאד במידותיהם ובאורחותיהם של עובדי הציבור, אף יותר מבעבר. אינני בטוח אם ניתוחו של הנשיא יסלק את כל הספקות שמן הסתם יוסיפו ויתעוררו בעתיד לגבי היקף פרישתה של העבירה – שעל כך עמד חברי הנכבד המשנה לנשיא א' מצא בסעיף 12 לחוות דעתו – אולם בוודאי שניתוח זה מחדד את הנשק שבידי החברה במאבקה למען שמירת טוהר המידות של עובדי הציבור.

לפיכך אני מצרף דעתי לדעתו של הנשיא.

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסקה 75 לפסק דינו של הנשיא א' ברק, בניגוד לדעתו החולקת של המשנה לנשיא א' מצא.

ניתן היום, י"ז בכסלו התשס"ה (30.11.2004).

ש ו פ ט

המשנה לנשיא

ה נ ש י א

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת