



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 677/14

לפני: כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט ס' ג'ובראן
כבוד השופטת א' חיות

המערער: דני דנקנר

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב (השופט הבכיר צ' גורפינקל) בת"פ 47038-10-12 מיום 19.12.13

תאריך הישיבה: ד' בסיון התשע"ד (2.6.2014)

שם המערער: עו"ד י' וינרוט; עו"ד ע' חדד; עו"ד נ' תל-צור;
עו"ד ט' שפירא; עו"ד נ' לוי; עו"ד י' ראב"ד;
עו"ד י' בנקל; עו"ד ר' פישמן-נגרין;

בשם המשיבה: עו"ד מ' אבן-חן; עו"ד מ' ברטפלד; עו"ד ט' פרג'ון

פסק-דין

השופט א' רובינשטיין:

א. ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב (השופט הבכיר צ' גורפינקל) בת"פ 47038-10-12 מיום 19.12.13 שבגדרו בעקבות הודאת המערער בכתב אישום מתוקן, הוטלו עליו 12 חודשי מאסר בפועל, מאסר על תנאי למשך 12 חודשים שלא יעבור תוך 3 שנים עבירות שעניינן תחבולה או הפרת אמונים בתאגיד, וקנס כספי בסך 1,000,000 שקלים (ששולים). בהחלטה מיום 29.1.13 (השופט נ' סולברג) עוכב ביצועו של עונש המאסר עד למתן פסק הדין בערעור. הפרשה עניינה פעולות משל המערער בעת שכיהן כדירקטור וכיו"ר הדירקטוריון של בנק הפועלים בע"מ, במסגרתן פעל בניגוד עניינים ובתחבולה, כפי שיפורט להלן.

רקע והליכים

ב. המערער, יליד 1960, כיהן בין השנים 1997-2009 במספר תפקידים בכירים בבנק הפועלים: בין נובמבר 1997 למאי 1999 כיהן כדירקטור. במאי 1999 מונה לתפקיד סגן יושב ראש דירקטוריון הבנק, ובחודש מאי 2004, נוכח דרישת המפקח על הבנקים, חדל לכהן כסגן יושב ראש ושב לכהן כדירקטור מן המניין. במאי 2007, מונה המערער ממלא מקום יושב ראש הדירקטוריון, וביוני 2007 מונה לתפקיד היושב ראש וכיהן בו עד יולי 2009; אז נאלץ לפרוש על פי דרישתו של בנק ישראל, בעקבות האירועים נשוא ערעור זה.

ג. במקביל לכך, בתקופה הרלבנטית החזיק המערער, באמצעות חברת "דנרן החזקות בע"מ" (להלן דנרן), במניות בחברת "אלרן ד.ד. השקעות בע"מ" (להלן אלרן השקעות) שהיוו חלק משמעותי מהונו האישי, ואף כיהן בה כדירקטור בין השנים 2006-2007. כן החזיקו בני משפחתו של המערער, הן באמצעות דנרן והן דרך חברת "שמדר החזקות בע"מ", החזקות מהותיות באלרן השקעות. בתקופה זו ביצעה אלרן השקעות מספר עסקאות יחד עם קרן ההשקעות "RP" בשליטתו של איש העסקים רפי ברבר, המאגדת בתוכה מספר ישויות עסקיות, וביניהן "RP Master Fund Explorer" (להלן RP Explorer). כפי שיפורט להלן, בין השנים 2005-2009, בעת כהונתו כדירקטור וכיו"ר דירקטוריון בנק הפועלים, ביצע המערער פעולות בהן נמצא בניגוד עניינים בין טובת בנק הפועלים מזה וטובת אלרן השקעות מזה. ניגוד עניינים זה נבע מהחזקותיו של המערער באלרן השקעות והקשרים העסקיים שקיימה עם קבוצת RP, וזאת במקביל למשא ומתן וכריתת הסכמים שהתנהלו בין בנק הפועלים לקבוצת RP, בהם השתתף המערער מטעם בנק הפועלים. כן פעל המערער בתקופה זו בניגוד עניינים בין טובת הבנק לבין טובתו של איש עסקים תורכי בשם הליט צ'ינגלולו, וגם פעל בתחבולה כדי לקבל שתי הלוואות, אחת מבנק הפועלים והשניה מבנק זר.

ד. בפברואר 2010, בעקבות פניית בנק ישראל, נחקר המערער לראשונה באזהרה, באוגוסט 2011 נערך לו שימוע וביום 28.10.12 הוגש כתב אישום (להלן כתב האישום המקורי) המייחס לו, בגין ארבעה אישומים שונים, עבירות אלה: מרמה והפרת אמונים בתאגיד לפי סעיף 425 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 ופגיעה בניהול תקין של עסקי תאגיד בנקאי לפי סעיף 14(ב) לפקודת הבנקאות (אישום ראשון); קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות לפי סעיף 415 סיפא לחוק העונשין, איסור עשיית פעולה ברכוש אסור לפי סעיף 4 לחוק איסור הלבנת הון, תש"ס – 2000 ועבירות נוספות של מרמה והפרת אמונים בתאגיד ופגיעה בניהול תקין של עסקי תאגיד בנקאי (אישום שני); עבירות נוספות של קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות ואיסור עשיית פעולה ברכוש אסור (אישום שלישי); והלבנת הון לפי סעיפים 3(ב) ו-7 לחוק איסור הלבנת הון,

בשילוב צו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, דיווח וניהול רישומים של תאגידים בנקאיים), תשס"א-2001 (אישום רביעי). כתב אישום מקורי זה חמור מכתב האישום המתוקן שהוגש לימים, אשר בעובדותיו הודה המערער, ואליו נבוא עתה.

ה. בתגובה לכתב האישום המקורי, כפר המערער במיוחס לו, והוחל בפרשת התביעה, אך בסמוך לסיומן של ראיות התביעה, חתם ביום 17.10.13 על הסדר טיעון, שבמסגרתו הודה בעובדות כתב אישום מתוקן. בסעיף 4 להסדר צוין, כי הצדדים לא הגיעו להסכמה בעניין העונש, וכי המשיבה הודיעה למערער שבכוונתה לעתור לבית המשפט כי יטיל עליו עונש מאסר בפועל. כן הוסכם על הצדדים, כי יושת על המערער קנס כספי בסך 1,000,000 שקלים (סעיף 5) וכן שהצדדים יטענו לעונש על פי עובדות כתב האישום המתוקן ולא יסטו ממנו (סעיף 9).

כתב האישום המתוקן

ו. כתב האישום המתוקן מייחס למערער עבירות של מרמה והפרת אמונים בתאגיד לפי סעיף 425 לחוק העונשין, פגיעה בניהול תקין של עסקי תאגיד בנקאי לפי סעיף 14(ב) לפקודת הבנקאות, ותחבולה לפי סעיף 416 לחוק העונשין (אישום ראשון), ועבירה נוספת של תחבולה (אישום שני). המשיבה השמיטה מכתב אישום זה את העבירות של קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות ואיסור עשיית פעולה ברכוש אסור. כן הוסר האישום הרביעי, בדבר שימוש פסול שעשה המערער בחשבון הבנק של מזכירתו האישית, שבגינה הואשם בעבירה של הלבנת הון. שינויים משמעותיים נוספים בין כתבי האישום יפורטו בהמשך. להלן תוכנו של כתב האישום המתוקן, ובו אישום ראשון המחולק לשני אירועים, ואישום שני, המתייחס לאירוע שלישי ונפרד. הוא יובא בהרחבה יחסית, בשל אופיו של התיק וראשונות מסוימת של האכיפה, בעבירה לפי סעיף 425 לחוק העונשין לבדה.

האישום הראשון

אירוע 1: עסקת רכישת הבנק התורכי והפיצוי שניתן לקבוצת Explorer RP

ז. במהלך שנת 2005, פנה שלמה נחמה, יו"ר דירקטוריון בנק הפועלים באותה עת, אל רפי ברבר בדבר האפשרות להשקיע בכנק זר. ברבר הציע לרכוש את הבנק התורכי Credi Ve Kalkinma Bankasi Anonim Sirketi (להלן בנק פוזיטיף) – שהוחזק, באמצעות חברת C Faktoring Anonim Sirketi (להלן סי פקטורינג), על ידי איש העסקים התורכי צ'ינג'ולו – וביקש להצטרף לעסקה ולרכוש חלק ממניות פוזיטיף באמצעות Explorer RP. בתאריך 13.9.05 נכרת הסכם עקרונות משולש בין

צ'ינגלולו, RP Explorer וחברת "תרשיש-הפועלים החזקות והשקעות בע"מ" (להלן תרשיש) שבבעלותו המלאה של בנק הפועלים. על פי ההסכם, 57.55% ממניות פוזיטיף יוקצו לתרשיש כנגד תשלום בסך 113 מיליון דולר, 7.45% יוקצו ל-RP Explorer כנגד 15 מיליון דולר, ו-35% הנוותרות יישארו ברשותו של צ'ינגלולו. ביום 29.9.05 התקיימה ישיבת דירקטוריונים בנושא, במסגרתה הצביע המערער בעד אישור הסכם העקרונות. על פי ההסכם הסופי שנכרת ביום 13.12.05, היה על RP Explorer לקבל את אישור הרגולטור התורכי להשתתפותה בעסקה תוך ששה חודשים, אחרת יבוטל חלקה בהסכם. כן נקבע, כי ככל שלא תקבל אישור זה, לא יבוטל חלקה של בנק הפועלים בעסקה, והוא אף יוכל לרכוש את החלק שהוקצה ל-RP Explorer; עוד התחייב בנק הפועלים כי בתרחיש האמור ישלם ל-RP Explorer עמלת תיווך בסך 5 מיליון דולר ויאפשר לה לרכוש חלק מהחזקותיו בבנק, ובלבד שיוותר בעל השליטה. ביום 1.9.06 אישר הרגולטור את חלקו של בנק הפועלים בעסקה, ובד בבד דחה את בקשת RP Explorer. משנודע הדבר, פנה צבי זיו, מנכ"ל בנק הפועלים באותה העת – בידיעת המערער – אל ברבר בבקשה לאפשר לבנק לסיים את רכישת פוזיטיף, תוך שהבטיח כי RP Explorer תפוצה על כל הפסד הנובע מהוצאתו מן העסקה. בתאריך 26.10.06 התכנס דירקטוריון בנק הפועלים לשם דיון באישור השלמת העסקה מול בנק פוזיטיף, במסגרתו הצביע המערער בעד השלמתה. ביום 17.11.06 הושלמה העסקה ובנק הפועלים הפך לבעל השליטה בבנק התורכי.

ח. במהלך שנת 2007, ומשלא אושר חלקה של RP Explorer בעסקה, ניהלו בנק הפועלים ו-RP Explorer משא ומתן כדי שיתאפשר לאחרונה לרכוש מבנק הפועלים מניות של בנק פוזיטיף. סמוך לחודש מאי 2007 – מועד בו הפך המערער ליו"ר דירקטוריון בנק הפועלים – הוסכם כי RP Explorer תוותר על רכישת המניות, בתמורה לפיצוי שישקף את אבדן הרווחים בעקבות יציאתה מן העסקה. המערער היה מעורב במשא ומתן, ואף נפגש מספר פעמים בארבע עיניים עם ברבר. בתקופה זו קיימה הנהלת הבנק דיונים פנימיים, במסגרתם הוצג למערער המחר המרבי שהבנק מוכן לשלם ל-RP Explorer, שהתבסס על מכפיל 2 להון העצמי של בנק פוזיטיף. בתחילת 2008 נפגש המערער עם ברבר והשניים הגיעו להסכמה, לפיה ישלם בנק הפועלים ל-RP Explorer פיצוי בסך 25 מיליון דולר, על בסיס מכפיל 1.9. בתאריך 25.2.08 התכנס דירקטוריון בנק הפועלים להצביע על אישור העסקה, וכן לדון ברכישת המניות שלא רכשה RP Explorer בעקבות יציאתה מן העסקה. המערער נטל חלק פעיל בדיון, והמליץ על קניית המניות הנוספות ועל אישור תשלום הפיצוי ל-RP Explorer. בתום הדיון הוחלט לאשר הן את רכישת המניות הנוספות והן את תשלום הפיצוי ל-RP

Explorer בסך 25 מיליון דולר. יצוין, כי הנהלת הבנק וחברי הדירקטוריון סברו שסכום הפיצוי סביר בנסיבות העניין ותואם את אינטרס הבנק.

ט. במהלך השנים 2005-2008, ובמקביל לאירועים המתוארים מעלה, קיימה אלרן השקעות – באמצעות חברת אלרן (ד.ד.) נדלן בע"מ וחברת DTH – קשרים עסקיים מגוונים ומהותיים עם קבוצת RP וחברות נוספות השותפות בה. בחלק מתקופה זו כיהן המערער כדירקטור באלרן השקעות, ולכל ארכה היוו החזקותיו בה חלק משמעותי מהונו האישי. לאורך התקופה תרם ברבר תרומה כלכלית משמעותית לאלרן השקעות, הן כשותף עסקי והן כמי שיצר קשר בינה לבין גורמים עסקיים נוספים שעמם ביצעה עסקאות. המערער היה מודע לקיומם של קשרים אלה, אך לא נמנע מהשתתפות בתהליך רכישתו של בנק פוזיטיף, מניהול המשא והמתן באשר לגובה הפיצוי שישולם ל-RP ומתמיכה בעסקאות אלה במהלך ישיבות דירקטוריון של בנק הפועלים, ואף לא גילה את דבר הקשרים לחברי הדירקטוריון והנהלת הבנק.

אירוע 2: מתן הלוואה לצ'ינגלולו ובקשת הלוואה וקבלתה מבנק DHB

י. בחודש נובמבר 2008, במהלך כנס עסקי בתורכיה, פנה חסן צ'ינגלולו (להלן חסן) – בנו של צ'ינגלולו, ומי שכיהן כיושב ראש ומנהל כללי של חברה סי פקטורינג – אל המערער, זיו ונציג נוסף מהנהלת בנק הפועלים, בבקשה לקבל הלוואה בסך 10 מיליון אירו מבנק הפועלים. הוא נימק בקשה זו בכך שצ'ינגלולו סובל מבעיות נזילות עקב סירובו של בנק הפועלים לרכוש ממנו מניות נוספות, או לחלק דיבידנדים מרווחי בנק פוזיטיף. נציגי הבנק אישרו עקרונית את ההלוואה לצ'ינגלולו, בכפוף לכך שזו תועבר באמצעות סניף בנק הפועלים בלונדון לפי ההליכים המקובלים בו לאישור הלוואות. במקביל לכך אמר המערער לחסן, כי יבקש מצ'ינגלולו הלוואה בסך 10 מיליון אירו (יוער, כי בפועל ביקש וקיבל המערער הלוואה בסך 5 מיליון אירו). סניף הבנק בלונדון העביר את כספי ההלוואה לצ'ינגלולו, ללא בטחונות.

יא. במקביל לכך, העביר צ'ינגלולו את בקשת ההלוואה של המערער אל הבנק ההולנדי Demir Halk Bank Netherland N.V (להלן DHB) אשר, במועדים הרלבנטיים, שימש צ'ינגלולו כיו"ר הדירקטוריון ובעל השליטה בו. במסגרת הליך האישור, התבקש המערער להגיש הצהרת עושר אישית. ביום 27.11.08 ערך המערער הצהרה, על פיה שווי הונו האישי הוא בסך 50 מיליון אירו. המערער כלל בהצהרתו את שווי הונם של כל בני משפחתו המורחבת, ולא גילה לבנק את דבר ההסכם שערך עמם, במסגרתו התחייבו להשיב לו חלק מן ההלוואה בתנאים ובמועדים להם התחייב. יתרה

מכך, הצהרה זו עמדה בניגוד להצהרות הון קודמות ששלח המערער לבנק הפועלים במהלך נובמבר 2008, לפיהן עמד הונו האישי באותה העת על 20 מיליון דולר. לאחר קיום דיון, ובין היתר בעקבות הצהרתו זו של המערער, אישר דירקטוריון DHB למערער הלוואה בסך 5 מיליון אירו, וביום 24.3.09 הועברה ההלוואה במלואה לחשבון הבנק של המערער בישראל.

יב. במקביל לאירועים אלה, ביקש צ'ינגלולו פעם נוספת מנציגי בנק הפועלים כי יורו על חלוקת דיבידנד בבנק פוזיטיף. בתאריך 27.1.09 התקיימה ישיבת דירקטוריון של בנק הפועלים, ובמסגרתה תמך המערער – וביקש מאחרים לתמוך – בחלוקת דיבידנדים במטרה לסייע לצ'ינגלולו לפתור את בעיות הנזילות שלו. בישיבה זו לא עודכנו חברי הדירקטוריון בנוגע להלוואות ההדדיות של המערער וצ'ינגלולו, ובתום הדיון הוחלט על חלוקת דיבידנד בסך 30 מיליון דולר מרווחי פוזיטיף.

יג. ביום 15.2.09 התקיימה פגישה בין המערער לצ'ינגלולו, במסגרתה חזר האחרון וביקש כי ירכוש בנק הפועלים מניות נוספות מבנק פוזיטיף. בארוחה שהתקיימה לאחר מכן, בה נכחו המערער, צ'ינגלולו, חסן ונציגים נוספים מהנהלת בנק הפועלים, הסכים המערער להביא בפני דירקטוריון הבנק את בקשתו של צ'ינגלולו. ביום 26.2.09 התקיימה ישיבת דירקטוריון, במסגרתה הציע המערער לרכוש מניות נוספות של צ'ינגלולו באמצעות כספי הדיבידנד שחולקו. גם בישיבה זו לא הובא לידיעת הדירקטוריון דבר ההלוואות ההדדיות בין השניים. בתום הישיבה הוסמך המערער לנהל משא ומתן באשר למחיר רכישת המניות, תוך שהוגבל המחיר למכפיל בטווח שבין 0.75 ל-1 מההון העצמי של בנק פוזיטיף. ביום 19.3.09, בביקור נוסף שנערך בתורכיה, נפגשו נציגי בנק הפועלים, ביניהם המערער, עם צ'ינגלולו וחסן כדי לדון ברכישת המניות הנוספות. לאחר דין ודברים שלא עלה יפה, נפגשו המערער וצ'ינגלולו לבדם וסיכמו כי בנק הפועלים ירכוש את המניות במחיר המבוסס על מכפיל 1. בו ביום אושרה הלוואתו של המערער בבנק DHB, המצוי, כאמור, בשליטתו של צ'ינגלולו. בתאריך 24.3.09 אושר הסכם רכישת המניות הנוספות, במסגרתו נקבע כי ירכוש בנק הפועלים 4.82% ממניותיו של צ'ינגלולו בבנק פוזיטיף תמורת 12 מיליון דולר. בכתב האישום צוין, כי הנהלת הבנק והדירקטוריון סברו שמחיר רכישת המניות תאם את האינטרס של הבנק. בו ביום הועבר אל חשבון הבנק של המערער סכום של 5 מיליון אירו מבנק DBH. במהלך התקופה הרלבנטית לא דיווח המערער לדירקטוריון בנק הפועלים על ההלוואה שקיבל מבנק DHB ועל העברת הכסף לחשבוננו. עוד יצוין, כי המערער פרע את ההלוואה במלואה ובמועדים שנקבעו לכך.

יד. כמתואר מעלה, על פי כתב האישום המתוקן, בתקופה הרלבנטית לרכישת בנק פוויטיף וקביעת סכום הפיצוי ל-RP, לא גילה המערער לדירקטוריון הבנק את דבר קשריו העסקיים עם קבוצת RP ואיש העסקים רפי ברבר, ובכך עבר עבירת הפרת אמונים בתאגיד. כן פעל המערער בניגוד להוראות ניהול בנקאי תקין של הפיקוח על הבנקים ולנהלים הפנימיים של בנק הפועלים בנושא ניגוד עניינים, באופן שפגע בניהול התקין של בנק הפועלים. בנוסף לכך, קיבל המערער לידיו הלוואה בסך 5 מיליון אירו בתחבולה.

האישום השני: קבלת אשראי מבנק הפועלים

טו. בתאריך 27.10.08 פנה המערער אל ציון קינן, מנהל החטיבה העסקית בבנק הפועלים, לשם קבלת מסגרת אשראי בסך 3.4 מיליון דולר לתקופה של שנה. המערער סיפר לקינן כי ההלוואה נועדה לשמש מימון ביניים בבניית נכס נדל"ן. עקב כהונתו של המערער כיו"ר דירקטוריון הבנק באותה העת, נדרש אישור של ועדת "בעלי העניין", שתפקידה לפקח כי בעלי עניין לא יזכו לתנאים מיטיבים ביחס למי שאינו קשור לבנק. בו ביום קיימה הועדה ישיבה בנושא, במסגרתה ציין מר קינן כי מטרת האשראי היא לסייע לפרויקט הבניה כאמור. בעקבות דברי קינן – בין היתר על מטרת האשראי – אישרה הועדה את הבקשה, בכפוף לכך שיצהיר המערער כי עושרו האישי מונה לפחות פי שניים מסכום האשראי שנתבקש.

טז. בתחילת נובמבר 2008 הגיש המערער הצהרת עושר, לפיה הונו האישי עומד על סך כ-20 מיליון דולר. בהמשך החודש העביר הנאשם הצהרה נוספת, בה פירט את נכסיו והתחייבויותיו, כדלקמן: א. מניות באלרן השקעות בשווי 58,880,000 שקלים, והתחייבויות בגין אלרן השקעות בסך 51,800,000 שקלים. ב. בית פרטי בעתלית אשר שווי מחציתו עומד על 15 מיליון שקלים. ג. אגרות חוב של אלרן השקעות בשווי 31,789,000 שקלים. סך שווי הנכסים עליו הצהיר המערער עמד על סכום של 56,326,000 שקלים. בעקבות הצהרה זו, אישר קינן באופן סופי את העברת מסגרת האשראי לידיו של המערער. אולם בדיעבד התברר, כי ייעודם העיקרי של כספים לא היה מימון נכס נדל"ן, אלא לאפשר לבני משפחתו של המערער לרכוש אגרות חוב של אלרן השקעות. יתרה מכך, בהצהרת העושר השמיט המערער פרטים מהותיים אלה: ראשית, באשר למניות אלרן לא ציין, כי זקף לעצמו את כל החזקותיה של דנרן באלרן השקעות, וכן 1.08% שהחזיק אחיו ישירות באלרן השקעות. כן הסתיר המערער את דבר ההסכם בינו לבני משפחתו המורחבת, לפיו התחייבו אלה להשיב לו חלק מהאשראי באותם תנאים ומועדים להם התחייב. שנית, באשר לבית בעתלית, לא ציין המערער כי

זכויותיו הקנייניות בבית טרם נרשמו בלשכת רישום המקרקעין ושנעשו בבית תוספות בנייה משמעותיות ללא היתר בניה, תוך שההליכים המשפטיים בקשר לכך תלויים ועומדים. שלישיית, באשר לאגרות חוב באלרן השקעות, זקף המערער לעצמו את כל החזקותיהם של בני משפחתו המורחבת.

יז. על פי כתב האישום, בזמן הגשתה של בקשת האשראי היה המערער מודע לכך שכספים אלה לא ישמשו לבניית נכס נדל"ן, וכי הפרטים שמסר בהצהרת העושר שגויים ומטעים. במעשיו אלה קיבל המערער בתחבולה אשראי בסך 11,805,500 שקלים. יצוין, כי המערער פרע את ההלוואה במלואה ובמועדים שנקבעו לכך.

גזר דינו של בית המשפט המחוזי

יח. בית המשפט המחוזי הטעים בגזר הדין, כי אמנם מעשי המערער לא הביאו לפגיעה כלכלית בבנק הפועלים – שכן כספי ההלוואה הוחזרו במלואם ורכישת פוזיטיף ומתן פיצוי ל-RP היו לטובת הבנק – ולא היוו סטיה מן השורה, אין להקל ראש בחומרם. תוך כך ציין בית המשפט את תפקידו הרם של המערער בעת ביצוע המעשים, את ניגוד העניינים החריף, כלשון בית המשפט, שבו מצוי היה המערער ושעלול היה לפגוע בבנק, ואת הפגיעה באמון שניתן בו. עוד הודגש, כי קיום פגישות בארבע עיניים עם גורמים המנהלים משא ומתן עם בנק הפועלים, בשעה שהמערער מעורב עם אותם גורמים בעסקים פרטיים, פוגע באמון הציבור, ממוטט את איכות הממשל התאגידי בבנק ועלול להביא לבסוף להתמוטטות הבנק. הוטעם, כי אמנם אין בדברים אלה משום שחיתות פלילית לשמה, אך מהוים הם "פגיעה חריפה בסדר הטוב" (עמ' 242 לגזר הדין). כן ציין בית המשפט, כי העובדה שהמערער ביקש הלוואה נגדית לזו שביקש צ'ינגלולו, מעידה על נורמות עסקיות פסולות שעלולות גם הן לפגוע באמון הציבור ובהתנהלותו של הבנק. בית המשפט המשיך וקבע, כי תפקידו בתיק זה אינו רק לגזור עונש באופן "טכני", אלא להעביר מסר נורמטיבי, ולשם כך לעתים עליו "לסטות מכתב האישום הצר המונח לנגד עיניו ולראות את ההיבט הרחב יותר ואת ההשלכות של כתב אישום זה על הציבור". בהקשר זה הודגשה בולטותו של המקרה, הבאה לידי ביטוי בעיקר בתפקיד הבכיר שנשא המערער באחד הגופים הכלכליים החשובים במדינה.

יט. בהמשך לכך התייחס בית המשפט לנסיבות לקולה, ובין היתר להודאת המערער ולקייחת אחריות מצדו, למצבו האישי והמשפחתי, ובפרט לקשיים האישיים והתעסוקתיים שחווה בשנים האחרונות עקב ריבוי הפרסומים נגדו. מנגד הודגש, כי על בית המשפט למצות את הדין עם המערער, "למען יראו וייראו", ולהעביר מסר חד משמעי כנגד המעשים מן הסוג שביצע, וזאת כדי להגן על משטר בנקאי ותאגידי תקין

ולהביא להחזרת אמון הציבור במערכת הבנקאית. כן הוטעם, כי על העונש להבהיר את הציפיה מאדם המכהן כיו"ר דירקטוריון שעליו לפעול בהתאם לכללים ובשקיפות, ועל אחת כמה וכמה כאשר מדובר ביו"ר דירקטוריון בתאגיד בנקאי גדול. בית המשפט קבע את מתחם הענישה בגין עבירת הפרת האמונים בין 6 ל-18 חודשי מאסר בפועל, ואת המתחם בגין עבירת התחבולה בין 3 ל-6 חודשי מאסר בפועל. נוכח האמור בדבר חומרת המעשים והצורך בענישה הרתעתית, גזר בית המשפט עונש כולל – תוך שלא הפריד בין העבירות בקביעת העונש – והוא כאמור שנת מאסר בפועל, יחד עם מאסר על תנאי וקנס כמפורט מעלה.

הערעור

כ. לטענת המערער, העונש שהוטל עליו חמור במובהק ואינו הולם את מעשיו. ראשית, מפנה המערער להבדלים בין כתב האישום המקורי לכתב האישום המתוקן, ועיקרם מחיקת האישומים החמורים. כן נטען, כי לפי כתב האישום המתוקן, ניגוד העניינים כלל לא "יצא מן הכוח אל הפועל", שכן נקבע במפורש כי החלטותיו ופעולותיו של המערער היו לטובת הבנק, אושרו על ידי הגורמים הרלבנטיים ונעשו בדרך המקובלת. כן נטען, כי נמחקה המילה "מהותי" שהוצמדה במקור לתיבה "ניגוד עניינים", והושמט יסוד המרמה מכתב האישום המקורי. לפי הטענה, השמטות אלה אינן בכדי, ומשמעותן כי מעשי המערער מצויים ברף הנמוך. כן נטען, כי הפן המחמיר היחיד בכתב האישום הוא שהמערער לא גילה את דבר ניגוד העניינים להנהלת הבנק, אך לא יוחסו לו הפקת טובת הנאה אישית, סטיה מן השורה או שחיתות פלילית. לטענתו, ההבדלים האמורים – אף כי חלקם צוינו בגזר הדין – לא מצאו את ביטויים בעונש שהוטל עליו.

כא. בהמשך נטען, כי הן המשיבה בטיעוניה לעונש, והן בית המשפט המחוזי בגזר דינו סטו מן העובדות המוסכמות בכתב האישום המתוקן. כך למשל, קבע בית המשפט בגזר דינו, כי נפגע אמון הציבור בבנק, כי הבנק עלול היה להתמוטט וכי המערער מצוי היה בניגוד עניינים "חריף", כאשר בכתב האישום המתוקן הושמטה כאמור המילה "מהותי". לטענת המערער, קביעות אלה, אשר לא נכללו בכתב האישום המקורי, עומדות בניגוד להסכמת הצדדים לפיה הטיעונים לעונש לא יסטו מעובדות כתב האישום המתוקן, והשפיעו לחומרה על גזר הדין, שלא בצדק.

כב. בנוסף טוען המערער, כי עבירת הפרת האמונים שיוחסה לו מצויה ברף הנמוך. לעניין זה נטען כאמור, כי פעולות המערער היו לטובת הבנק, כי כל ההלוואות הוחזרו

כדין, וכי הוא הואשם בעבירת הפרת אמונים אך על בסיס היותו מצוי בניגוד העניינים. בהקשר זה נטען גם לאכיפה בררנית, משום שלא הוגש כתב אישום כנגד מר שלמה נחמה, אשר יזם את עסקת רכישת פוזיטיף, ובמועדים הרלבנטיים היה מושקע אישית בקרן RP ולא דיוח על כך לדירקטוריון הבנק. לעומת זאת, כך נטען, המערער לא יזם את ההסכמים והעסקאות, אלא סייע להוציאם לפועל, לבקשת הבנק ובמתווה שנקבע על ידי הבנק.

כג. עוד נטען, כי העונש שהוטל על המערער אינו עולה בקנה אחד עם הענישה הנהוגה בעבירת הפרת אמונים. לעניין זה מפנה המערער לפסיקה, וביחוד לגזר דינו של בית המשפט בת"פ 426/09 מדינת ישראל נ' אהוד אולמרט (2012), בו הורשע מר אולמרט בעבירות שונות של הפרת אמונים של עובד ציבור שנעברו בהיותו שר בממשלה, ועליהן נגזר דינו ל-12 חודשי מאסר על תנאי. עוד מוסיף המערער, כי בטיעוניה לעונש, הפנתה המשיבה לגזרי דין העוסקים בעבירות של הפרת אמונים על ידי עובד ציבור לפי סעיף 284, שהיא – כך נטען – עבירה חמורה מהפרת אמונים בתאגיד. לטענתו, המערער אמנם כיהן כבכיר בתאגיד ציבורי, אך איננו עובד ציבור, ומשכך אין לגזור את דינו ככזה. כן מוסיף המערער, כי מקום בו נחתם הסדר טיעון בין הצדדים, אין זה המקרה בו ראוי להטיל עונש חמור במיוחד.

כד. ביחס לעבירות התחבולה נטען, כי חומרתן מופחתת נוכח העובדה שהמערער פעל ללא יסוד של מרמה והחזיר את ההלוואות במלואן. עוד נטען, כי ההלוואות ניתנו בתנאים המקובלים ולא נגרם נזק לבנק הפועלים או ל-DHB. כן נטען, כי שגה בית המשפט המחוזי בקבעו כעניין שבעובדה, כי ספק אם בקשת האשראי היתה מאושרת אילו ידעה הועדה על מטרתה, שכן עובדה זו לא נכללה בכתב האישום המתוקן. כן מוסיף המערער וטוען, כי בית המשפט המחוזי השתמש במילה "כזב" בתיאור הצהרות ההון, אלא שגם ביטוי זה אינו נמצא בכתב האישום המתוקן, כחלק מהשמטת יסוד המרמה. עוד טוען המערער, כי דיוח כנדרש לגורמים בבנק הפועלים על ההלוואות ההדדיות שלו ושל צ'ינגלולו.

כה. לבסוף נטען, כי לא נתן בית המשפט משקל בגזר דינו לנסיבותיו האישיות של המערער, העומדות לזכותו כשיקולים לקולה, ובין היתר – כי נאלץ לפרוש מתפקידו, כאשר בעתיד לא יוכל לכהן כמנהל בגופים מובילים; כי נפגע עקב הפרסומים בתקשורת כנגדו; כי ההליכים המשפטיים שעבר עולים לטענתו לכדי עינוי דין; וכן לחלוף הזמן ממועד ביצוע העבירות; הודאתו בעבירות המיוחסות לו; הקנס הכספי הכבד אותו שילם, המהווה לטענתו עונש חמור בפני עצמו שגלום בו מסר הרתעתי;

תרומתו לכלכלה הישראלית ופעולותיו הרבות בקהילה ובעמותות התנדבותיות שונות; כך גם בעניין נסיבותיו המשפחתיות.

תגובת המשיבה

כו. ביחס להבדלים בין כתבי האישום טוענת המשיבה, כי העובדות העיקריות נותרו כשהיו, וכי השינויים אינם מאיינים מחומרת המעשים ואף קיבלו ביטוי בגזר הדין. עוד נטען, כי אמנם צוין בכתב האישום המתוקן שחברי הנהלת הבנק והדירקטוריון סברו כי הפעולות תאמו את אינטרס הבנק, אך זאת טרם נודע להם על ניגוד העניינים בו מצוי היה המערער. מוסיפה המשיבה וטוענת, כי השמטת המילה "מהותי" בתיאור ניגוד העניינים אינה מפחיתה מחומרתו, העולה בכירור מעובדות כתב האישום המתוקן. לטענתה, כתב האישום אינו חייב להידרש לחומרת המעשים, אלא לתארם, ובית המשפט הגוזר את הדין יכריע בשאלת החומרה על פי הכנתו את עובדות כתב האישום.

כז. באשר לסטייה הנטענת מכתב האישום המתוקן טוענת המשיבה, כי קביעות בית המשפט, לפיהן נפגע אמון הציבור ושמעשי המערער עלולים היו למוטט את הבנק, נגזרות מתוך העובדות המוסכמות בכתב האישום המתוקן, ועולות מחומר הראיות שהוגש בהסכמה ומן העדויות שנשמעו. כן נטען, כי בהפנותה לעדויות ומוצגים, לא סתרה המשיבה את כתב האישום המתוקן, שכן לא הותנתה הסכמה להסדר הטיעון בכך שיבוטלו הראיות והעדויות שהוגשו, ובית המשפט בעת גזירת הדין, בהתאם לתיקון 113, רשאי לתת משקל לאלה כנסיבות העבירה בעת קביעת מתחם הענישה. מוסיפה המשיבה, כי גם באי כוח המערער הפנו בטיעוניהם לעונש ובהודעת הערעור לעדויות וראיות אלה.

כח. עוד נאמר, כי טענת המערער, לפיה מעשיו מצויים ברף הפלילי הנמוך, חותרת תחת הסדר הטיעון, ונוגדת את עובדות כתב האישום המתוקן. לעניין טענת האכיפה הבררנית נאמר, כי תיק החקירה נגד מר נחמה נסגר, מן הטעם שעוצמת ניגוד העניינים בעניינו היתה קטנה באופן יחסי לניגוד העניינים בו שרוי היה המערער – לפי הנטען, למערער היו החזקות מהותיות הרבה יותר ב-RP והיה מעורב בשלבים מתקדמים יותר במשא ומתן מולה. ביחס להלוואות טוענת המשיבה, כי ההלוואה ניתנה לציינגלולו בדרך שאינה מקובלת, וכן שהמערער לא דיוח לדירקטוריון בנק הפועלים – כנדרש על פי הנהלים – על ההלוואות ההדדיות, אלא כי רק נציגי הבנק שהיו עמו באותה עת ידעו על דבר קיומן.

כט. כן נטען, כי מתחמי הענישה שנקבעו הולמים בנסיבות העניין, המחייבות ענישה הרתעתית: לטענת המשיבה, המערער פגע בערכים המוגנים בעבירת הפרת אמונים, ומעשיו מהוים סטייה חריפה מן השורה. הודגש, כי המערער פעל כמתואר לאורך מספר שנים ובכמה הזדמנויות שונות, בעת שנשא תפקיד בכיר ביותר. עוד נטען, כי מעשי המערער גרמו נזק לאמון הציבור, לאמון בעלי המניות ואף לבנק הפועלים עצמו. באשר לעבירת התחבולה נטען, כי המערער פגע בערכים המוגנים בעבירה זו, ובין היתר ההגנה על חופש הרצון ובחירת המרומה.

ל. המשיבה הוסיפה והתייחסה לרמת הענישה הנהוגה בעבירת הפרת אמונים בתאגיד. לטענתה, ניתן וראוי – ומקובל בפסיקה – לשאוב השראה מן הענישה הנהוגה בעבירת הפרת אמונים של עובד ציבור לצורך ענישה בעבירה של הפרת אמונים בתאגיד; זאת, בייחוד שעה שניהן המערער בזמנים הרלבנטיים כדירקטור ויו"ר הדירקטוריון של בנק, המהוה גוף בעל מאפיינים ציבוריים ומחזיק בכספי ציבור. בהקשר זה מפנה המשיבה לשורת פסקי דין בהם הורשע נאשם בעונש מאסר בפועל אך ורק בגין עבירה לפי סעיף 284. לעניין אחדות הענישה נטען, כי העונש הולם את חומרת המעשים, וכי ממילא עיקרון זה מהוה אך שיקול אחד מתוך מכלול השיקולים שבפני בית המשפט בגזרו את הדין. כן נטען, כי מקרה זה חמור מכל מקרה שהובא בפני בית המשפט בגין ביצוע עבירות אלה.

לא. לבסוף טוענת המשיבה, כי נסיבות לקולה בעניינו של המערער נלקחו בחשבון על ידי בית המשפט בגזר דינו, ומכל מקום אין בהן כדי להפחית מחומרת העונש. כך למשל, באשר להודייתו במעשים, נטען כי זו לא חסכה זמן שיפוטי, שכן ניתנה רק לאחר שניהלו הצדדים את פרשת התביעה, וסמוך לפני שאמור היה המערער למסור עדותו לבית המשפט. באשר להיעדרו של עבר פלילי נטען, כי בעבירות מסוג "צווארון לבן" הנאשמים הם, על פי רוב, אנשים נורמטיביים ובעלי עבר פלילי נקי, וכן צוינה עובדת הרשעתו של המערער לאחרונה בפרשה אחרת (ת"פ 10291-01-12 מדינת ישראל נ' צ'רני (19.6.14)), בעקבותיה הוטלו עליו שלוש שנות מאסר. כן צוינה המשיבה את החשיבות בהרתעת רבים בענישה מחמירה במקרה דנא, שכן בנסיבות אלה יש להעדיף את האינטרס הציבורי על האינטרס האישי של המערער.

הדיון

לב. בדיון חזרו באי כוח הצדדים על עיקרי טענותיהם. ביחס לעבירת הפרת אמונים בתאגיד טען בא כוח המערער, כי מעולם לא הועמד לדין פלילי אדם בישראל בשל עבירה זו בלבד, וכי מכל מקום אין זה נהוג להטיל מאסר בפועל אך ורק בגינה. כן

נטען, כי מתחם הענישה שנקבע איננו הולם, שעה שקבע בית המשפט המחוזי כי אין במעשי המערער יסוד של שחיתות, מרמה או סטיה מן השורה וכן שלא נגרם נזק לבנק. הודגש, כי מעשי המערער היו לטובת הבנק, ובכך למעשה לא מומש ניגוד הענייניים שבו שרוי היה. עוד נטען, כי אילו ביקשה המשיבה להרשיע את המערער בפגיעה באמון הציבור או ביכולות הבנק, קיימים לכך סעיפי חוק ייעודיים שלא הוכנסו לכתב האישום. כן הפנה בא כוח המערער לשימוש שעשה בית המשפט המחוזי בגזר דינו בביטויים כדוגמת "יד רוחצת יד" ו"פגישות סתר" הנוגדים, כך לטענתו, את קביעת בית המשפט כי אין במעשי המערער משום שחיתות או סטיה מן השורה. עוד הדגיש בא כוח המערער את הפער בין העונש שהוטל על מר אולמרט בתיק הנזכר, לבין גזר הדין בעניין המערער. כן טען, כי המערער ביקש את ההלוואה מצ'ינגלולו בנוכחות נציגי הבנק שהיו עמו, כך שאין לקבוע כי הסתיר את דבר ההלוואה. עוד הוסיף, כי בית המשפט השווה בגזר דינו של המערער בין עבירת הפרת אמונים בתאגיד לבין הפרת אמונים של עובד ציבור, דבר שאינו ראוי נוכח התכליות השונות בבסיס עבירות אלה. לבסוף התייחס לנסיבות האישיות של המערער, ובפרט הקשיים שחוו במעבר מיו"ר בנק הפועלים לאדם נטול אמצעים, וטען כי יש להמיר את עונשו לעונש מאסר שירוצה בדרך של עבודות שירות.

לג. בא כוח המשיבה טען, כי העונש שהוטל הולם את מעשי המערער: לדבריו, המערער כיהן בתפקיד בכיר בתאגיד ציבורי, ועבר עבירות חמורות למשך מספר שנים; בתפקיד זה פעל בניגוד עניינים וקיבל הלוואות בתחבולה. לטענתו, ככל שהעברייני בעבירות "צווארון לבן" נושא תפקיד בכיר יותר, כך יש לגזור עליו עונש חמור יותר. כן הוסיף, כי אמנם לא נגרם נזק כלכלי לבנק, אך כי בודאי נגרמה פגיעה באמון הציבור ובאמון המערכת הבנקאית העולמית. עוד נטען, כי חומרת ניגוד העניינים עולה מנסיבות כתב האישום, ומכל מקום נקבעת על ידי בית המשפט בגזר דינו בהתאם לעובדות. כן הוסיף, כי המשיבה ביקשה להקיש מן הפרשנות שניתנת לעבירת הפרת אמונים על-ידי עובד ציבור, באופן המקובל בפסיקה. לבסוף טען, כי בית המשפט נתן בגזר דינו משקל לנסיבות לקולה, וביקש מבית המשפט להותיר את גזר הדין על כנו.

הכרעה

לד. מן הנימוקים שלהלן אציע לחברי לקבל את הערעור באופן חלקי, כך שיופחת עונשו של המערער משנת מאסר בפועל ל-8 חודשי מאסר בפועל. עונש המאסר על תנאי יעמוד בעינו. בקצירת האומר, מחד גיסא יש מקום למאסר בפועל בשל העבירות ואופיין, ומאידך גיסא יש ליתן משקל רב יותר לנסיבות שיתוארו, לרבות החידוש

המסוים שבגזר הדין, ההתייחסות המרחיבה בו לעובדות כתב האישום המתוקן ואף הנסיבות האישיות.

לה. בתמצית אומר כאן, כי סבורני, מחד גיסא, שהגישה הכללית, בגזר הדין הרואה בחומרה – במיוחד בנסיבות ענייננו – את העבירה של הפרת אמונים בתאגיד, שהיא לב התיק, היא ראויה כשלעצמה, כפי שיפורט. ואולם, התייחסויות מסוימות בגזר הדין אפשר לראותן כמטשטשות במידה מסוימת את ההבחנה בין כתב האישום המתוקן והמוסכם לכתב האישום המקורי, שהיה פער משמעותי ביניהם. יש גם לדעתי מקום להוסיף משקל מה לנסיבות האישיות.

לו. בסופו של יום, מעמדו של המערער בעת ביצוע העבירות, משך הזמן בו ביצען, והנורמות העסקיות הפסולות שבאו לידי ביטוי במעשיו – מעמידים את מעשיו ברף המצדיק ענישה מחמירה והרתעתית, שיש בה מסר המבקש לעקור תופעות כאלה מן השורש. אמנם, במובן אחרון זה, לפי מבט רחב על פסיקת בתי המשפט ביחס לעבירת הפרת אמונים בתאגיד לפי סעיף 425, גזר הדין של בית המשפט המחוזי הוא אכן חדשני, אולם סבורני שגישתו העקרונית ראויה. בהקשר זה אדרש בהמשך לקו הגבול בין עבירה לפי סעיף 425 של הפרת אמונים בתאגיד, והעבירה לפי סעיף 284 של הפרת אמונים על ידי עובד ציבור. כפי שיפורט, העונש ניתן בנסיבות שהן חמורות ודורשות ענישה הולמת שהיא גם הרתעתית. על כן אציע לחברי שלא להיעתר לבקשת המערער, כי יומר עונשו למאסר שירוצה בדרך של עבודות שירות, שכן אין בכך ביטוי הולם לחומרת מעשיו. אולם, על העונש – כאמור – לשקף נאמנה את כתב האישום המתוקן ולהביא לכלל ביטוי את הפערים בין כתב האישום המקורי לזה המתוקן, וכן להידרש עוד לנסיבות האישיות. שילוב עמדות אלה מביא לקיצור חלקי בעונשו של המערער.

על חומרתן של עבירות כלכליות

לז. ראשית, תוזכר החומרה בה רואים בתי המשפט עבירות כלכליות, שמקובל לתארן כ"עבירות צווארון לבן":

"עבירות הצווארון הלבן טומנות בחובן אשליה לפיה הן עבירות 'נקיות יותר', כאשר בפועל אין זה המצב, ולא פעם עבירות מסוג זה חמורות יותר מעבירות רכוש אחרות מבחינת היקפן ותחכומן. ככל שהכלכלה התפתחה והפכה למורכבת יותר, כך התרחב מנעד הפשיעה נגד הרכוש... ואולם, על אף ה"הילה" (בלשון סגי נהור כפולה ומכופלת) העוטפת עבירות מסוג זה,

ואולי דווקא בגלל הביצוע הסטרילי לכאורה של פשיעה כאמור, על מערכת אכיפת החוק והענישה לעמוד על המשמר ביתר שאת, תוך קביעה חד משמעית לפיה גם פשיעה זו אינה משתלמת. זאת בגדר מידה נגד מידה. המניע לביצוע עבירה כלכלית טמון בטיב העבירה, ועל בית המשפט לתרום תרומתו בהטלת עונשים שיהפכו עבירות אלו לבלתי כדאיות, גם בדרך של הטלת עונשי מאסר ממשיים". (ע"פ 8458/11 שובל נ' מדינת ישראל (2012), פסקה 6 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל) (הדגשות הוספו – א"ר).

כן נאמרו בע"פ 2013/07 הורוביץ נ' מדינת ישראל (2008), דברים ההולמים אף הם את ענייננו אנו:

"...המשק והכלכלה הישראלית הפכו גדולים יותר ומורכבים יותר וגם ההכרה בפגיעה הקשה שיש בעבירות אלה בציבור הרחב ובצמיחת המשק כולו הלכה והתעצמה. גם התפישה כלפי העבריינים בעבירות אלה הפכה פחות "פייסנית" משהייתה כי אמנם בדרך כלל אין מדובר בפושעים מועדים אלא באזרחים שומרי חוק ונורמטיביים לכאורה, אך העובדה שביצעו עבירות מתוך בצע כסף ולא מתוך מצוקה כלשהי, תוך נכונות לפגוע בציבור, יש לה חומרה ייחודית המחייבת תגובה עונשית הולמת ומרתיעה. הדברים נכונים לא רק לעבירות בניירות ערך אלא גם לעבירות 'כלכליות' אחרות דוגמת עבירות מתחום ההגבלים העסקיים. שינוי תפישה זה הוביל להחמרה ברמת הענישה בעבירות אלה, כפי שמשקף מן הקביעה כי ככלל יהיו אלה עבירות שהעונש הראוי להן הוא עונש מאסר" (פסקה 339) (הדגשות הוספו – א"ר).

עוד לעניין חומרתן של עבירות כלכליות ראו, בין היתר, ע"פ 7068/06 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ (2007); ע"פ 7593/08 ריטבלט נ' מדינת ישראל (2009); ע"פ 1522/12 ולד נ' מדינת ישראל (2014); ולאחרונה, ע"פ 4430/13 שרון נ' מדינת ישראל (31.3.14), בפסקה 13 לחוות דעתו של השופט י' דנציגר והאסמכתאות שם. אמנם אציין, כי בחלק מהפרשות הנזכרות הנאשמים עברו עבירות חמורות יותר ובנסיבות חמורות מאשר בענייננו, ואולם העיקרון המשתקף בהם בר יישום הוא גם כאן: סוג העבירות מצדיק ענישה חמורה שיש בה גמול, וביחוד בנסיבות שבהן נעברו. בהקשר של מידע פנים נזדמן לי לומר בקשר לעבירה אחרת (אמנם חמורה יותר על פי תג העונש) בע"פ 6020/12 מדינת ישראל נ' עדן (2013), שבו ניתנה אינדיקציה להחמרה עתידית בעונשים:

"אכן הרשעה פלילית היא כתם, מאסר בעבודות שירות הנחשב מאסר בפועל אינו נעים – אך אין להשוותם כל עיקר למאסר מאחורי סורג ובריח, תענוג מפוקפק גם בבתי הסוהר הטובים ביותר; משמעו שלילת חרות, ניתוק מן המשפחה, היות האדם נתון למרות יומיומית

של הזולת, חברה לא מלבבת על פי רוב, ועוד כיוצא באלה. אין איפוא להקיש מאסר כזה לענישה אחרת, בודאי לאדם שהחזק נורמטיבי, וכל חייו רק קרא על בתי סוהר או צפה בהם בסרטים. אולי מאסר מאחורי סורג ובריה ירתיע, אם יש תוחלת אמיתית להרתעה, ואם ייצא הקול – וכדאי שייצא – כי זו מנת חלקו הצפויה של עבריינין מידע פנים".

הדברים מובאים על דרך ההיקש, בלא השוואה אחד לאחד.

על ענישה הרתעתית

לח. ולצד הענישה האישית, על הענישה כאן להיות גם הרתעתית. לאחר תיקון 113 לחוק העונשין, בשלב גזירת עונשו של הנאשם, רשאי בית המשפט להתחשב בהרתעה אישית והרתעת רבים (סעיפים 140 ו-140 לחוק), כל עוד הדבר נעשה בתוך מתחם הענישה שנקבע. לטעמי, גם מי שאינו סבור כי הרתעת הרבים, אולי להבדיל מהרתעת היחיד, פועלת ככלל בעבריינות ה"קלאסית" של רצח, שוד ואונס, חבלה ודומותיהן (ראו ע"פ 7534/11 מזרחי נ' מדינת ישראל (2013), פסקה ג' לחוות דעתי), יוכל לסבור כי יש לה סיכוי בעבירות כלכליות, מכל מקום של "הצווארון הלבן". המתכנן עבירות – או שמא נאמר "מתחמן" – ושומע כי דינו עלול להיות מאסר, אולי יחשוב פעמיים. האם "כל הגדול מחבירו יצרו גדול הימנו" (בבלי סוכה נ"ב ע"א)? בעניין זה יש לתת משקל רב למעמדו הרם של המערער, כדירקטוריון ויו"ר דירקטור של תאגיד בנקאי מן הגדולים במדינה, המהווה כוח משמעותי בזירת הכלכלה והמסחר הישראלית, והמחזיק בכספים רבים, של יחידים ושל הציבור. דרושה הוקעה של נורמות עסקיות פסולות העולות מתוך כתב האישום, אשר כוללות הפרת אמון על-ידי פעולה מתוך ניגוד עניינים כאשר בכף המאזניים סכומי כסף משמעותיים, וקבלת הלוואות סודיות בתחבולה. אפשר לתמוה על כי המערער לא התעשת והבחין בניגוד העניינים בו נמצא.

לט. כאמור, נדמה כי בעניינינו עונש הרתעתי נועד להרתיע לא רק את המערער עצמו בלבד במבט לעתיד, אלא לא פחות את הרבים, ובעיקר – כפי שציין בית המשפט המחוזי – את המכהנים בתפקידים בכירים בתאגידים, לבל ימעלו אלה באמון שניתן בהם. דווקא כלפי אנשים נורמטיביים בבסיסם המתכננים את מעשיהם, אולי יכלול ה"תכנון" גם את הסיכון שבהעמדה פלילית לדין; אכן, בהרתעת רבים, נעוץ החשש בהתאמתה לעקרון האחריות האישית, לפיו בית המשפט מטיל ענישה על אדם בשל התנהגותו שלו, ולא בגין פעולתם הפוטנציאלית של אחרים. המלומד פרופ' גבריאל הלוי מסביר, כי כאשר הרתעת הרבים היא תוצאה אגבית של הענישה, ולא המטרה העיקרית שלה, עשויה היא להיות לגיטימית במסגרת שיקולי הענישה הכלליים (ג' לוי,

תורת הדיון הפלילי – כרך ג 315 (תשע"א-2011). כך בענייננו, חומרת מעשיו של המערער מצדיקה כשלעצמה הטלת עונש חמור, ובמובן זה הפן ההרתעתי בעונש אינו המטרה העיקרית שלה. אך כאמור, המחוקק הכליל נושא הרתעת הרבים בין השיקולים שמנה, ולכך נפקות בענייננו. אוסיף עם זאת, כי יש להביא בחשבון את העובדה שהעונש מוטל בעקבות הסדר טיעון (ראו ע"פ 2144/11 מצא נ' מדינת ישראל (2011)).

סטיה מכתב האישום המתוקן והמוסכם

מ. למקרא טיעוני המשיבה לעונש בפני בית המשפט המחוזי, וגזר הדין שהוטל על המערער, ניכרת סטיה מעובדות כתב האישום המתוקן. ראשית, השוואת תיאור העבירות בסיפת אישומים 1-2 (יחד) בכתב האישום המתוקן אל מול תיאורן באישומים אלה (לחוד) בכתב האישום המקורי, מגלה פער ניסוחי ניכר עוד קודם לכן, הכותרת בכתב האישום המקורי לאישום 1 היא "רכישת בנק פוזיטיף: הימצאות בניגוד עניינים מול קבוצת RP והפרת אמונים כלפי בנק הפועלים", ולאישום 2 "קבלת הלוואה מבנק DHB: מרמה כלפי בנק DHB והפרת אמונים כלפי בנק הפועלים". כותרת שני האישומים 1-2 יחד בכתב האישום המתוקן היא "הימצאות בניגוד עניינים מול קבוצת RP וצינגלולו וקבלת הלוואה מהבנק DHB". ההבדל בכותרות בולט לעין. תיאור העבירות לאישום 1 בכתב האישום המקורי הוא (פסקאות 48-49), כי המערער כמנהל "נהג אגב מילוי תפקידו במרמה או בהפרת אמונים הפוגעת בתאגיד", וכן "עשה כיוודעין פעולות בעסקי התאגיד הבנקאי, בדרך שפגעה בניהול תקין של עסקיו", והוראות החיקוק הן מרמה והפרת אמונים בתאגיד (סעיף 425) ופגיעה בניהול תקין של עסקי תאגיד בנקאי (סעיף 14ב(ב) לפקודת הבנקאות). באישום 2 המקורי (פסקאות 23-20) מדובר על קבלת "דבר במרמה בנסיבות מחמירות, בכך שקיבל אשראי מבנק הפועלים על סמך אמרתו השקרית לקינן בדבר מטרת בקשת האשראי..." וכן קבלת אשראי על סמך דו"ח עושר "עם פרטים כוזבים וחסרים", והנסיבות המחמירות הן מעמדו כיו"ר הדירקטוריון, הפגיעה באמון שניתן בו ומרמה כפולה בבקשת האשראי ובציון פרטים כוזבים; והוספה גם עבירת פעולות ברכוש אסור; העבירות – קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות (סעיף 415 סיפא לחוק העונשין) ועבירת פעולות ברכוש אסור (חוק איסור הלבנת הון, תש"ס-2000). ואולם בכתב האישום המתוקן (פסקאות 81-83), מדובר על הסתרת היותו ניגוד עניינים והעובדות שיצרו בניגוד עניינים זה, לרבות קשרים עסקיים של אלרן עם RP וההלוואה מ-DHB – ומכאן הפרת אמונים הפוגעת בתאגיד ועשייה כיוודעין של פעולות בעסקי התאגיד הבנקאי בדרך שפגעה בניהול העסקים, וכן קבלת 5 מליון יורו בתחבולה מ-DHB. הוראות החיקוק – מרמה והפרת אמונים בתאגיד, פגיעה בניהול תקין של עסקי תאגיד בנקאי, ותחבולה (סעיף 416 לחוק העונשין). עינינו הרואות, כי חלק ניכר מן הניסוחים הקשים בכתב האישום

המקורי הוסר או מותן בכתב האישום המתוקן, לרבות ביטויי המרמה – כולל מרמה כפולה (למעט בסעיף העבירה), השקר והכזב. באישום 3 הומרה הכותרת "קבלת אשראי במרמה מבנק הפועלים" ב"קבלת אשראי מבנק הפועלים". בתיאור העבירות המקורי (פסקאות 20-23) דובר על "קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות ... על סמך אמרתו השקרית לקינן בדבר מטרת בקשת האשראי", וכן "דו"ח העושר ... עם פרטים כוזבים וחסרים", "הפגיעה החמורה באמון" וכן הלבנת הון – כל אלה הוסרו ודובר על קבלת אשראי בתחבולה. אישום 4 הוסר. אינני מקל כמובן ראש במה שנותר בכתב האישום המתוקן, שהוא הוא הצריך להיות לנגד עיניו של בית המשפט. אין בית המשפט מנוע כמובן ממתחת ביקורת על נאשם, אך יש מקום לזהירות בכגון דא, ועדיף להיצמד לכתב האישום בו מודה הנאשם. כך למשל, שב וציין בית המשפט המחוזי, למשל, כי הבנק יכול היה להתמוטט (עמ' 242) וכן "עלולה להביא פגיעה אנושה בהתנהלותו של בנק גדול", כי המערער מצוי היה בניגוד עניינים "חריף" (שם), וכי המערער פעל במרמה ומסר הצהרות עושר כוזבות (עמ' 243). בכתב האישום המתוקן לא צוין נזק מסוג זה, וכן נעדר ממנו תיאור עוצמתו של ניגוד העניינים כ"חריף" או "מהותי"; ובמיוחד לא צוינו בכתב האישום המתוקן יסודות של מרמה, כזב או רמאות ביחס למעשי המערער.

מא. ישנם הבדלים נוספים בין כתבי האישום, אשר יש בהם להצביע על הפחתה בחומרת המסכת העובדתית בכתב האישום המתוקן ביחס לזה המקורי. כך למשל, בכתב האישום המתוקן צוין (פסקה 10), כי צבי זיו פנה מיוזמתו – בידיעת המערער – אל ברבר בהתחייבות לפצותו על חלקו בעסקה, ואילו בכתב האישום המקורי צוין כי המערער עצמו הוא שפנה אל זיו; מכתב האישום המתוקן הושמט הקטע הבא, לפיו "היה ברבר במעמד חשוב בעיני הנאשם לאור יכולת ההשפעה של ברבר על אינטרסים כלכליים משמעותיים של הנאשם ובני משפחתו כמי שהחזיקו את רוב מניותיה של אלרן השקעות" (פסקה 41 לכתב האישום המקורי); כן הוסף בכתב האישום המתוקן, כי חברי הנהלת הבנק סברו שהעסקאות המתוארות תאמו את אינטרס הבנק (בפסקה 20 בפסקה 73), כי המחיר שהציע המערער לצי'נגלולו לרכישת המניות הנוספות היה המחיר המינימלי שבו ניתן היה לרכוש את המניות "על פי חוות דעתו של חשב הבנק" (בפסקה 69) וכי המערער פרע את שתי ההלוואות במלואן ובמועדים שנקצבו לכך (עמ' 14 בסעיף 74 ובפסקה 18).

מב. אשוב ואטעים: מן הראוי שבית המשפט הגוזר את עונשו של נאשם שהודה בכתב אישום לצורך הסדר טיעון, לא יעשה שימוש בפרטים ועובדות שאינם נכללים במפורש בכתב האישום (ע"פ 264/81 לוי נ' מדינת ישראל (1981) (להלן עניין לוי); ע"פ 1604/08 אוספוב נ' מדינת ישראל (2008); ע"פ 329/13 ורגס נ' מדינת ישראל

(2014) (להלן עניין ורגס); ע"פ 4907/12 מרעי נ' מדינת ישראל (להלן עניין מרעי)).
 בעניין מרעי התייחס בית המשפט לתשתית העקרונית – הנעוצה בהגינות שלטונית –
 בבסיס הלכה זו:

"זקיפת עובדות שבהן לא הודה הנאשם במסגרת הסדר הטיעון לחובתו, אינה עולה בקנה אחד עם הזכות להליך הוגן. מעבר לכך, העלאת טענות המאשימה לעניין עובדות מחמירות שלא פורטו בכתב האישום אינה מתיישבת עם ערכים של הגינות שלטונית מתחייבת. הגינות זו מחייבת שכל צד להסדר הטיעון יכבד את חלקו בהסדר" (ע"פ 2994/12 זגורי נ' מדינת ישראל (2012), פסקה 17 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (הדגשות הוספו – א"ר)).

כן נזדמן לי לומר, בפרשה אחרת, את אלה:

"אוסף – בכל הכבוד – כי בית הדין קמא נדרש יתר על המידה לפרשנות פרטנית מעבר לכתב האישום, דבר שלא היה לו מקום. משהודה נאשם בהסדר טיעון אין להיכנס להערכות באשר למה שמעבר לכתב האישום בו הודה, שאיננו בידיעת בית הדין, וזאת גם אם כתב האישום אינו בהיר כל צרכו. אין לו לבית הדין אלא מה שענינו רואות בכתב האישום, וראוי שלא ייגרר אל מעבר לו" (ער"ם 2950/08 עיריית חיפה נ' חנן ויסמן (2008), בפסקה ח') (הדגשות הוספו – א"ר)).

רוצה לומר: להסדר טיעון משקל ומעמד משלו. וכתב האישום המתוקן הוא ככלל ראשית ואחרית לגזר הדין.

מג. כאמור, נדמה כי לעובדות נוספות לכאורה, שהוזכרו בגזר הדין, היתה השפעה מסוימת על חומרת העונש, שכן נוצרו בעקבות הכללתן מסד עובדתי מסוים, ומעין "אזכור" כללית, לעניין העונש. אולי דומה הדבר לאמן המוסף פרטים בתמונת הנוף שצייר – ככל שפרטים אלה משמעותיים יותר, כך הוספתם משפיעה על האופן בו תופס הצופה את היצירה. בנידון דידן הוספו פרטים לתמונה, ודוגמה בולטת אחת לכך היא דברים שנאמרו על כך שהבנק עלול היה להתמוטט. הדבר גם מתחדד על רקע קביעות אחרות של בית המשפט בגזר דינו, לפיהן אין במעשי המערער משום שחיתות או סטיה מן השורה, וכי לא נגרמה לבנק פגיעה כלכלית.

מד. מנגד יודגש – בחינת פשיטא – כי לא כל סטיה מכתב אישום מתוקן בהסדר טיעון מחייבת התערבותה של ערכאת הערעור, אלא יש לבחון בכל מקרה האם אותה סטיה הביאה, שלא בצדק, להחמרה בעונשו של הנאשם. כך למשל בעניין ורגס ובעניין

זגורי הנזכרים, הכיר בית המשפט בכך שהערכאה הדיונית סטתה בגזר דינה מן העובדות המוסכמות בכתב האישום המתוקן, ובכל זאת לא קיבל את הערעור, הואיל ואף ללא ציון של עובדות בלתי מוסכמות אלה נותרה חומרת המעשים כשהייתה (ראו גם 7609/06 פלוני נ' מדינת ישראל (2008), פסקה 7 לפסק דינו של השופט ח' מלצר (להלן עניין פלוני)). לעומת זאת, בעניין מרעי נקבע, כי התבססות בית המשפט המחוזי על עובדה מסוימת שעמדה בניגוד לעובדות כתב האישום המתוקן הביאה לעונש חמור יתר על המידה, ובהתאם לכך התקבל ערעורו של הנאשם באותו מקרה. חשוב לציין: לבית המשפט הגזור את הדין נתון "מרווח פרשני" ביחס לנאמר בכתב האישום, ואין הכרח כי כל מה שהסיק ביחס למעשים וחומרתם יצוין בכתב האישום שחזר על גבי לבן – ישנם דברים העולים מאליהם מתוך עובדותיו של כתב אישום; זאת, להבדיל ממצב בו מסיק בית המשפט מסקנות שאינן עולות בהכרח באופן טבעי מעובדות כתב האישום, ובייחוד כאשר חלק מעובדות אלה הוסרו מכתב האישום המקורי כדי להשיג הסכמה להסדר טיעון.

מה. וביישום לענייננו: כמה מעובדות נוספות אלה כפי שצוינו, אינן עולות בהכרח מעובדות כתב האישום המתוקן ונושאות עמן אופי מחמיר שלכאורה תרם לחומרת העונש שהוטל – בין היתר, כי עלול היה המערער להביא להתמוטטות הבנק ומסר הצהרות עושר כוזבות. באשר להתמוטטות הבנק, צודק המערער בטענו כי אין לכך יסוד; מה שקיים חמור דיו. באשר לשימוש בביטוי "כוזב", סבורני כי אין להבחין בין יסוד התחבולה, הקרוב יותר במהותו לאי-גילוי, לבין יסוד המרמה, המרומז בביטוי כזב, אשר הושמט כאמור מכתב האישום המתוקן, וזאת מבלי להפחית מן הפליליות שבתחבולה כשלעצמה. ראוי להדגיש גם את השינוי בעבירות עצמן, כפי שפורט, ואף לו משמעות.

מו. אמנם, חלק מן הדברים שנאמרו בגזר הדין ניתן להסיק מתוך כתב האישום המתוקן ללא צורך בציונם המפורש: כך, למשל, כי בהתנהגות המערער באו לידי ביטוי נורמות עסקיות פסולות מסוג "יד רוחצת יד" – אף כי ביטוי ספציפי זה לא נזכר בכתב האישום, הדבר עולה על פניו מבקשת המערער להלוואה מיד לאחר בקשתו של צ'ינגלולו, ומסמיכות הזמנים בין החלטות הבנק לחלק דיבידנדים ולרכוש מניות נוספות מצ'ינגלולו, לבין אישור הלוואתו של המערער בבנק ההולנדי. באשר לעוצמת ניגוד העניינים – שבגזר הדין הוגדר כ"חריף" – גם פה נדמה, כי עוצמה זו כשלעצמה נלמדת מתוך נסיבות כתב האישום, ואכן יש לראותה בחומרה בהתחשב באינטרסים של המערער בהצלחת אלרן השקעות, במעמדו הרם בבנק הפועלים ובתפקידו בניהול משא ומתן וכריתת עסקאות בין הבנק לבין קבוצת RP. ואולם, המילה "מהותי" כתואר לניגוד העניינים נמחקה מכתב האישום המקורי, ויש ליתן למשא ומתן שנוהל ושעל

יסודו נגמר התיק את משקלו הראוי, לרבות להתפשרות הניסוחית של הצדדים. שמטרתה – כדי להישג הודיה – הפחתה מסוימת במערכת העובדתית המקורית, בין אם כוונת התביעה בהשמטת פרט זה או אחר שיקפה גישה מחמירה פחות, בין אם לאו. על כן גם אילו נאמר בגזר הדין "ניגוד עניינים" תוך הדגשת מעמדו של המערער בבנק על משמעותו, היתה החומרה בולטת.

מז. אכן, המשיבה התייחסה בטיעוניה לעונש לראיות התביעה, ותוך כך לעובדות שבבסיס כתב האישום המקורי שלא הופיעו בכתב האישום המתוקן. הלכה היא, כי כאשר מתקבלת הודעת הצדדים על הסדר הטיעון, שבמסגרתה הושגה הסכמה על העובדות המהוות בסיס לאישום, מהווה הדבר סוף פסוק מבחינת יתר הראיות, ואין מקום להתייחס לראיות אחרות אלא בהסכמת הצדדים (ע"פ 1234/08 פלוני נ' מדינת ישראל (2008); ראו גם ע"פ 2909/04 טדון נ' מדינת ישראל (2005); ע"פ 2564/12 קרני נ' מדינת ישראל (2012); בהקשר זה הולמים דברי בית המשפט בעניין לוי:

"ההודאה המוסכמת בעובדות, אשר תחומיה ומהותה הוגדרו בפירוט על דעת התביעה, ואשר עליה נתבססה ההרשעה בדין, לא הותירה בידי התביעה את האפשרות להתבסס על ראיות נוספות, החורגות מן הנוסח המוסכם. כאשר מודיע נאשם על רצונו להודות בעובדות, אין בכך כשלעצמו, כאמור לעיל, כדי לחסום דרכה של התביעה, המבקשת להוכיח את יתרת העובדות והטענות המובאות בכתב האישום, והוא, כמובן, כל עוד אין ההודאה האמורה בעובדות מכסה את כל הנתען בכתב האישום. אולם, אם מסכימים הצדדים לכך שההודאה תבוא במקום הנתען בכתב האישום, וכי היא תמצה באופן מלא את כל שהמערער נוטל על עצמו מבחינת האישום, הרי אין התביעה יכולה לאחר מכן לחזור ולהעלות בשלב הערעור טענות, המתבססות על ראיות שלא נכללו בהודאה. הודאה מוסכמת בין הצדדים, המתקבלת על-ידי בית המשפט, ובתנאי שהיא מתקבלת כאמור, היא בגדר סוף פסוק מבחינת יתר הראיות, שהושמעו לפני שהוסכם על נוסח ממצה של הודאה בעובדות, והוא, אם הצדדים לא הסכימו על הבאת תיאור רקע מלא יותר בעת הסיכומים לעונש" (פסקה 3 לפסק דינו של השופט מ' שמגר) (הדגשות הוספו – א"ר).

מח. וכפי שציין המלומד י' קדמי באשר לשלב הטיעונים לעונש לפני מתן גזר הדין: "עם זאת, הדרך פתוחה בפני התביעה להביא ראיות אחרות להחמרה... וכיו"ב נסיבות וגורמים חריגים... התנהל דיון על בסיס עובדתי מוסכם – אין לחרוג מן ההסכם לעניין העונש" (קדמי, בעמ' 1621) (הדגשה הוספה – א"ר). ואולם בנשימה אחת ראוי לציין, כי עיקרון זה פועל אף ביחס להגנה, מקום שביקשה היא להסתמך על עובדותיו של כתב אישום מקורי (ע"פ 954/12 עובדיה נ' מדינת ישראל (2012); ע"פ

5734/10 קאשור נ' מדינת ישראל (2012), פסקה 22 לפסק הדין). מפרוטוקול הדיון בטיעונים לעונש עולה בענייננו, כי גם באי כוח המערער התייחסו לראיות ומוצגים החורגים מן המסכת העובדתית המוסכמת בכתב האישום המתוקן. כן הפנה המערער לאלה במסגרת הודעת הערעור; ועם זאת, הנאשם הוא בכגון דא ככלל החוליה החלשה יותר. לכל האמור יש לדידי לתת ביטוי במכלול הנסיבות ונוכח ההבדלים בין שני כתבי האישום, באמצעות הפחתה מסוימת בעונש המאסר, תוך התייחסות לחומרת מעשיו של המערער בהתאם לעובדות כתב האישום המתוקן.

מט. לעניין העונש גופו הולמים דברי בית המשפט בעניין פלוני האמור:

”אין אף יסוד לטענה כי מחיקתם של אישומים שונים מכתב האישום המקורי, מצדיקה השתת עונש מופחת על הנאשם. על העונש לשקף באופן ראוי את חומרת העבירות הכלולות בכתב האישום המתוקן, בהן הודה המערער – וכך נעשה במקרה דנן” (סעיף 8 לפסק הדין; ראו גם ע”פ 7534/11 מזרחי נ’ מדינת ישראל (2013)).

ואולם, דברים אלה תלויי נסיבות. פעמים שהפערים כשלעצמם אין בהם בכדי להעיד על הפחתה בחומרת המעשים – וממילא בחומרת העונש – ופעמים שיש צורך להביאם בחשבון. דעתי, כי בנסיבות דנן היה על בית המשפט להתחשב בפערים אלה בגזר דינו.

סעיף 425 לחוק העונשין – הפרת אמונים בתאגיד

ג. סעיף 425 לחוק העונשין קובע בזו הלשון:

”מנהל, מנהל עסקים או עובד אחר של תאגיד, או כונס נכסים, מפרק עסקים, מפרק עסקים זמני, מנהל נכסים או מנהל מיוחד של תאגיד, אשר נהג אגב מילוי תפקידו במרמה או בהפרת אמונים הפוגעת בתאגיד, דינו - מאסר שלוש שנים”.

נא. המערער עבר עבירה זו בהיותו דירקטור ויו”ר דירקטוריון. בפסיקה התעוררה השאלה, האם דירקטור נכנס תחת כנפי ההגדרה של ”מנהל” לצורך הרשעה בעבירה זו. נקבע, כי בשל לשונו ותכליתו של הסעיף הוא מתפרש הן על נושאי משרה והן על דירקטורים החבים חובות אמון לתאגיד (ראו ע”פ 2103/07 הורוביץ נ’ מדינת ישראל (2008) (להלן עניין הורוביץ), בפסקאות 189-195 לפסק הדין) י’ קרניאל הפרת אמונים בתאגיד 107 (תש”ס – 2000) (להלן קרניאל).

נב. נפסק, כי הערכים המוגנים בעבירה זו הם הבטחת תפקוד נאות של מנהלי תאגיד, מניעת העדפתו של האינטרס התאגידי על זה האישי, מניעת שחיתות מידות בקרב מנהלים, ביסוס אמון של בעלי המניות במנהליהם והגנה על התאגיד מפני מעילה באמון זה (עניין הורוביץ, בפסקה 268). כפי שיורחב, המערער פגע בערכים אלה.

נג. אכן, עיון בפסיקה מעלה – וכך גם טען הסניגור המלומד – כי הרשויות ממעטות להעמיד לדין בגין עבירת הפרת אמונים בתאגיד בלבד, ועושות זאת בדרך כלל כאשר מתלוות לעבירה זו עבירות נוספות כגון זיוף, קבלת דבר במרמה או גניבה ממעביד (קרניאל, בעמ' 95). בענייננו נתלו לעבירה זו שתי עבירות של תחבולה ועבירה של פגיעה בניהול בנקאי תקין, ובית המשפט המחוזי אף נתן משקל בגזר דינו לעבירות נוספות אלה; אולם נראה, כי עבירת הפרת האמונים אכן היתה הדומיננטית בקביעת העונש.

נד. בא כוחו של המערער טען בהרחבה לגבי אופיה של עבירת הפרת האמונים בתאגיד; לדבריו, מצויה היא בפריפריה של הפליליות – כמעין "דייר משנה", כלשונו של קרניאל – ובמדינות אחרות כלל אינה מצויה במתכונתה הנוכחית. פרופ' מרים גור-אריה ופרומ' בועז סנג'רו סבורים, כי יש לבטל עבירה זו כליל (ראו יובל קרניאל "הפרת אמונים של עובד ציבור: הצעה לפרשנות המבוססת על הערך המוגן על ידי העברה" משפט וממשל ז' 415 (תשס"ה – 2005); בועז סנג'רו "יובל קרניאל: הפרת אמונים בתאגיד (במשפט האזרחי והפלילי)" עלי משפט ג' 353, 355-356 (תשס"ג – 2003)). קרניאל, כפי שיוראה בהמשך, נוקט גישת ביניים, לפיה אין לקבוע עבירה גורפת של הפרת אמונים בתאגיד, אלא רק במערכת נסיבות צרה וחמורה במיוחד, בה נגרם לתאגיד נזק כלכלי של ממש. עמדתו נובעת מן הפער, שיוצג בהמשך, בין התכלית שביסוד עבירה זו, לבין זו שביסוד הפרת אמונים על ידי עובד ציבור, בסעיף 284.

נה. כשלעצמי סבורני, כי המציאות של "לפתח חטאת רובץ" (בראשית ד', ז') מצדיקה להגן בחוק, באמצעות עבירה פלילית, על האמון הנדרש בתאגידיים, ובמיוחד בתאגידיים ציבוריים. איני סבור כי יש מקום למחוק עבירה זו מספר החוקים, המחוקק ייעד אותה למטרה חשובה (ראו סקירה היסטורית באשר לתכלית העבירה בעניין הורוביץ, בפסקה 190). עם זאת על התביעה הכללית לפעול בזהירות ביחס לעבירה זו, ולברור בקפדנות – כמות שגם כתב בית המשפט קמא – באילו נסיבות ראוי להגיש לגביה כתבי אישום. הטעם לעבירה הוא, כי בעולם כלכלי שבו פוטנציאל לכסף גדול עלול לעזור עיני פקחים, והיו דברים מעולם, צריך שיהא כלי ראוי לשימוש במקרים המתאימים. בין אמות המידה לכך יהיו כמובן הנזק שנגרם או עלול להיגרם לתאגיד, אך גם מיהותו של תאגיד, גודלו, משקלו במשק ובכירותו של החשוד.

בין הפרת אמונים בתאגיד להפרת אמונים על ידי עובד ציבור

נו. מהו קו הגבול בין סעיף 284 – שעניינו מרמה והפרת אמון על ידי עובד ציבור – לבין סעיף 425 – שעניינו הפרת אמונים בתאגיד? לפי קרניאל, הקרבה הלשונית בין הסעיפים הביאה את בתי המשפט לנקוט פרשנות משפטית קרובה ולעיתים כמעט זהה של העבירות. כן מציין קרניאל, כי "נקודת המוצא ונקודת המבט לכל אורך הדרך היו חובות האמון כלפי הציבור והאינטרס הציבורי תוך מתן דגש בולט להשקפה המוסרית בדבר חובות האמון להיבטים הציבוריים שקשורים לעבירה הפלילית של הפרת אמונים" (קרניאל, בעמ' 106). אמנם, האינטרסים המוגנים בבסיס שתי העבירות, אינם זהים אם כי יש דמיון וקרבה ביניהם: הערך המוגן בעבירה לפי סעיף 284 הוא, באופן מובהק, תקינות עבודתו של המינהל הציבורי והממשל, טוהר המידות של עובדי הציבור, אמון הציבור בנבחריהם ובמנהיגיו, והאינטרס הציבורי עליו מופקד עובד הציבור (ראו דנ"פ 1397/03 מדינת ישראל נ' שבט פ"ד נט(4) 345, בעמ' 408-409 (בפסקה 32 לפסק דינו של הנשיא א' ברק). הערך המוגן בעבירה לפי סעיף 425, הוא שמירה על עניינו של התאגיד. הבחנה זו נמצאה גם בדברים הבאים:

"שתי עבירות אלה, על-אף הדמיון ביניהן, ואף כי הן כוללות אותם רכיבים עצמם, שונות הן במטרותיהן ולשוני זה נודעת משמעות בדרך יישומן. סעיף 284 עניינו עובד הציבור. העבירה יסודה בכך שעובד הציבור, שהוא חלק מן המינהל הציבורי, עושה שימוש לרעה בסמכויות ובכוחות שהמדינה הפקידה בידיו. עובד הציבור הוא נאמן הציבור (ראה דברי השופט ברק בע"פ 884/80 בעמ' 416; וראה עוד: בג"צ 4566/90; בג"צ 1635/90). האיסור הפלילי נועד "לשמור על טוהר המידות של עובדי ציבור" (ע"פ 151/66, בעמ' 485), להבטיח כי איש הציבור ישרת בפעילותו את האינטרס הציבורי עליו הוא מופקד, ולקיים את אמון הציבור בתקינות פעולות המינהל (ע"פ 884/80 הנ"ל, בעמ' 417). לעומת זאת, סעיף 425 לחוק אין ענינו הגנה על הציבור, אלא על התאגיד. יסודו בחובת האמון החלה על מנהל התאגיד, אשר בהיותו פועל בשל אחרים ובעבורם עליו לפעול כלפיהם ביושר ובהגינות (ע"א 817/79, 818, 585/82 בעמ' 278). הוראה זו נועדה להבטיח כי מנהל התאגיד לא ימעל באמון שניתן בו ויפעל להגשמת תפקידו (ע"פ 281/82 הנ"ל, בעמ' 713). (ע"פ 121/88 מדינת ישראל נ' דרוויש, פ"ד מה(2) 663, בפסקה 36 בעמ' 692-693 לפסק דינו של המשנה לנשיא מ' אלון).

נז. לגישתו של קרניאל, בשל הפער הלז, יש – כאמור – להפלייל הפרת אמונים בתאגיד רק בנסיבות חמורות ביותר, כאשר נגרם נזק כלכלי מוחשי לתאגיד. בהמשך עניין דרוויש אכן נאמר:

“שוני זה מוביל למסקנה, כי למטרה זו כשלעצמה - של הגנה על תדמיתו של התאגיד בעיני הציבור ועל האמון שרוחש הציבור לתקינות פעולותיו - אין מקום לעניין סעיף זה. לפיכך לא די בה כשלעצמה כדי למלא אחר הדרישה של פגיעה בתאגיד, אלא אם ערעור תדמיתו של התאגיד בעיני הציבור יגרום גם לפגיעה בתאגיד. 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. לא כן תדמיתו הציבורית של תאגיד פרטי. אין זה סביר, כי המשפט הפלילי יגן על תדמיתם ועל מעמדם הציבורי של תאגידים פרטיים” (שס).

ואולם, איני בטוח כי הבחנה זו תקפה בכל מקום. כשעסקינן בתאגיד ענק בעל משקל והשפעה במשק, שלעתים אינה רחוקה כלל מהשפעת גורם ממשלי כזה או אחר, מקבלת עבירת הפרת האמונים בתאגיד מקום משמעותי יותר; אין המשפט הפלילי מגן כאן על התאגיד בלבד, אלא על הציבור הנזקק לו, והוא רכיב חשוב בהתנהלות הכללית של המשק כולו; לא כל שכן כשעסקינן בצמרת התאגיד. על כן הקרבה בין שתי העבירות אינה בכדי, ויש לה לא אחת טעמים טובים מאוד.

נח. ניתן אל לבנו כי העונש בצד שתי העבירות זהה, שלוש שנים, ויש קרבה לשונית בין נוסחי הסעיפים. סעיף 284 זו לשונו:

“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”.

סעיף 425 קובע:

“מנהל, מנהל עסקים או עובד אחר של תאגיד... אשר נהג אגב במילוי תפקידו במרמה או בהפרת אמונים הפוגעת בתאגיד, דינו שלוש שנים”.

אכן נראה כי קיימת תפיסה לפיה עבירת הפרת אמונים בציבור היא חמורה יותר, ובתי המשפט נוהגים בגישה מחמירה כלפי מי שהורשע בעבירה זו (ראו למשל ע"פ 1044/12 סער נ' מדינת ישראל (2012), בפסקה 27 לפסק הדין של השופט ס' ג'ובראן); לביקורת

על אופן פירושו והחלתו של סעיף זה ראו מ' קרמניצר ול' וד' נבות, "לשאלת פליליותה של פעולה של עובד הציבור במצב של ניגוד עניינים" ניגוד עניינים במרחב הציבורי: משפט, תרבות, אתיקה, פוליטיקה 501 (תשס"ט – 2009) (להלן קרמניצר ונבות) ומאמרה של מ' גור-אריה מתוך אותה אסופה "אחריות פלילית במצב של ניגוד עניינים – אימתי מוצדקת? על העבירה של הפרת אמונים בעקבות הדיון הנוסף בפרשת שבס" – 545). כשלעצמי סבורני, כי אכן קיים ממד של חומרה מיוחדת בכל הנוגע לעובדי ציבור המועלים באמון; סעיף 284 נועד להגן על ערכים מוגנים חשובים במעלה הראשונה, קרי, אמון הציבור בנבחרי הציבור, ותקינות פעולתן של הרשויות הנבחרות (ראו בג"ץ 5853/07 אמונה – תנועת האשה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה (2007), פסקה 16 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה). ברי כי על פניו עומדת הפרת האמונים של עובדי ציבור בשורה בולטת של חומרה וגם של מראית העין שלה.

נט. ואולם, לעתים עלולה הפרתו של סעיף 425 ללבוש אופי "ציבורי", באופן המאפשר ביתר שאת להשליך מן הפרשנות והנורמות המקובלות בכל הנוגע לסעיף 284. כך למשל, עמדו בתי על משפט על מהותם של תאגידיים "המספקים שירות לציבור". בע"פ 8573/96 מרקדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 481 (1997) נקבע, כי קיימת הצדקה להחיל את עבירת השוחד גם כלפי תאגיד שאינו מהוה זרוע של המנהל הציבורי, אלא מספק שירות לציבור:

"כאמור, מרחיב סעיף 290(ב) את תחולת עבירת השוחד על גופים שאינם נמנים אמנם על אחת מזרועות המינהל הציבורי, אולם הם מספקים שירות לציבור. הרצון להגן על תקינות פעולתם של גופים אלה, עמד גם ביסוד הרחבה זו. אלא שרציונל זה, כשלעצמו, אינו מסביר את הטעם לכך שנולד הצורך בהגנה מוגברת על תקינות פעולתם של תאגידיים פרטיים, עד לקביעת תוצאות עונשיות לפעולות המסכנות את תקינות פעולתם... יש ונוכח חיוניות השירות, אין בידי הפרט להימנע מקבלת השירות, ומרחב הבחירה שלו לפנות לתאגיד אחר לקבל את השירות, אף הוא מוגבל. השילוב בין חיוניות השירות - מזה, וצמצום מרחב הבחירה - מזה, הופך את הפרט לתלוי בחסדיו של התאגיד. תלות זו היא שמקנה לפגיעה בתקינות פעילותו של התאגיד נופך חומרה מיוחדת, שיש בה להצדיק את תחולת עבירת השוחד גם עליו" (עמ' 511 לפסק דינו של השופט א' גולדברג בפסקה 27) (הדגשות הוספו – א"ר).

אם כן, חיוניות השירות וצמצום מרחב הבחירה של הפרט הם שני היסודות עליהם יש לבסס את הקביעה האם לסווג תאגיד מסוים כ"תאגיד המספק שירות לציבור". אף הוסיף השופט גולדברג אינדיקציות שונות לקביעה כי השירות

שמספק התאגיד לציבור הוא חיוני (ראו שם, בעמ' 512), וביניהן: מטרת הקמתו של התאגיד, טיב השירות שהוא מספק; טיב הסמכויות המוקנות לו; מידת מעורבות המדינה בהנהלתו; הגבלת זכות התאגיד לבחור את לקוחותיו; קבלת תמיכה מכספי הציבור; ומידת הפיקוח הציבורי על פעולות התאגיד (ראו עניין מרקדו, בעמ' 512 בפסקה 28). נזכיר גם, כי למגזר העסקי גם אחריות ציבורית (ראו אביבה גבע "האחריות הציבורית של המגזר העסקי" בתוך אחריות ציבורית בישראל (ר' כהן-אלמגור, א' ארבל-נוף וא' כשר (תשע"ב-2012), 345).

ובענייננו: בנק הפועלים מהוה תאגיד המספק שירות לציבור, על פי אמות המידה הללו בחלקן הגדול, כגון סוג השירות ונתח השירות בשוק כולו, הפיקוח הסטטוטורי על-ידי בנק ישראל, וכמובן העובדה שהוא מחזיק חלק גדול מכספי הציבור ותפקידו במשק הלאומי. ברוח זו נקבע מכבר על ידי השופטת שטרסברג-כהן בע"פ 122/84 מנצור נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(4) 94 (1984), 102, כי בנק מהוה "תאגיד המספק שירות לציבור"; ראו גם דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן (2009), בפסקה 12 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש. לסיווג הבנק כתאגיד המספק שירות לציבור, נודעת כמובן חשיבות ביחס ישיר לעבירה לפי סעיף 425, ובפרט לשאלת יסוד הפגיעה בתאגיד, שכן פגיעה בתדמית הבנק עשויה לעלות כדי "פגיעה בתאגיד":

"כשמדובר ב"תאגיד המספק שירות לציבור. לגבי תאגיד כזה בודאי שיש בפגיעה בתדמיתו, משום פגיעה לעניין סעיף 425 לחוק, שכן מדובר בהספקת שירות חיוני, וחיוניות השירות הופכת את אמן הציבור בתאגיד לערך הראוי להגנה עצמאית, כפי שהגנה זו ניתנת לגופים ציבוריים" (עניין מרקדו, בעמ' 555) (הדגשות הוספו – א"ר).

אכן, אמן הציבור הוא מושג חמקמק; קשה מאוד לכמתו, ויבוא האומר ויאמר, הא ראה שבנק הפועלים על מכונו ולא נפגעו עסקיו מהתנהגות המערער, והבנק חזק ממנהיגיו ומראשיו גם אם חלילה סרח מי מהם. ואולם, בע"ר 5893/91 טפחות בנק למשכנתאות נ' דאבח, פ"ד מח(2) 573, 585 ציין הנשיא שמגר כי "מערכת היחסים שבין לקוח (ולדידי, אף מי שאינו לקוח) לבין בנק היא מערכת יחסים מיוחדת, הנובעת מהאמן שרוחש הציבור הרחב כלפי מוסד זה... מאחר שהפרט רוחש במקרים רבים אמן מיוחד לבנק, מאמין בכישוריו ובאמצעיו הטכניים ורואה בו גוף מעין ציבורי, נוטה הוא לעתים שלא לנקוט אמצעי זהירות מצדו להקדים פני נזק אפשרי..." ומכאן

חובת הבנק; ראו גם ע' בוקשפן, המהפכה החברתית במשפט העסקי (תשס"ז-2007) 399, המציין כי, נגזרה חובת "נאמנות של בנק כתאגיד עסקי, מרעיון האמון ומציפיותיו המצויות והרצויות של ציבור לקוחותיו-צרכניו". ברי איפוא שיש משמעות, העלולה להיות "אופרטיבית", לתחושותיו של ציבור הלקוחות כלפי הבנק, ולכך אשוב.

ס. סבורני איפוא, כי אף שיש הבדל מסוים בין פרשנות סעיף 284 לסעיף 425, ועוצמת העבירה בולטת יותר כשעסקינן בעובדי ציבור, הנה שעסקינן בתאגיד המספק שירות לציבור, ראוי אף יותר מבתאגיד אחר להחיל כלפיו את הנורמות הפרשניות הנהוגות ביחס לסעיף 284, ובכלל זה את ממד החומרה המיוחסת לעבירות אלה. בענייננו, המערער עשה מעשיו תוך שכיחן בתפקידים בכירים בבנק הפועלים, תאגיד המספק שירות לציבור, ובמובן זה, אף כי אינו "עובד ציבור" כהגדרתו – ועל כן גם לא חל לגביו סעיף 284 – קיימת ככלל הצדקה להיזקק לנורמות ולפסיקה החלים ביחס לסעיף 284, על דרך ההיקש, וכמובן תוך הבאת כלל הנסיבות בחשבון. הצעתי להקלה בעונש אינה נובעת איפוא מהקלת ראש בעבירת הפרת אמונים בתאגיד, אלא ממתן משקל רב יותר לשינוי בין כתבי האישום – המקורי והמתוקן, כפי שבואר, ולנסיבות האישיות.

סא. נוכח כל אלה, נראים לי מתחמי הענישה שקבע בית המשפט קמא ראויים.

נסיבות ביצוע העבירות

סב. סבורני, כי נסיבות העבירה העולות מכתב האישום המתוקן, יש בהן כדי להעיד על חומרה רבה במעשיו של המערער ואין ניתן להעמידן, כטענתו, ברף הנמוך. המערער מצוי היה בניגוד עניינים חמור, משהעמיד עצמו בין טובתו של בנק הפועלים, לבין טובתם של עסקיו וענייניו הפרטיים, בדמות אלרן השקעות וקשריו עם צ'ינגלולו. יש לתת את הדעת למעמדו הבכיר של המערער ולמשך הזמן בו נמצא בניגוד עניינים, המהוה בכתב האישום המתוקן הפן המחמיר במעשיו. עוד יש לראות בחומרה את האופן בו פעל המערער בהשגת ההלוואות מבנק הפועלים ומן הבנק ההולנדי, ואת סמיכות הזמנים שבהם התקבלו ההלוואות ההדדיות בינו לבין צ'ינגלולו בעת שבנק הפועלים המשיך לקיים קשרים עסקיים עם צ'ינגלולו, בדמות חלוקת דיבידנדים לבקשתו ורכישת מניות נוספות ממנו.

סג. יסוד הפרת האמונים מתבטא איפוא בניגוד העניינים בו היה מצוי המערער. בית המשפט הדגיש בעבר, כי "אסור לו למנהל להימצא במצב של ניגוד עניינים בין טובת החברה לבין טובתו שלו או של זולתו" דברי השופט (כתארו אז) ברק בע"א

קוטווי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ, פ"ד לח(3) 253, פסקה 50 בעמ' 280 (1984), וכי "מנהל תאגידיים המעמיד את עצמו במצב של ניגוד עניינים, מפר אמונים" (ע"פ 725/90 ברזל נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 539, פסקה 120 בעמ' 594 (1992) (להלן עניין ברזל), מפי השופטים א' גולדברג, מלץ ואור). עוד נקבע בעניין ברזל כי:

"השאלה, אם דירקטור בבנק נמצא במצב של ניגוד עניינים, נקבעת על פי השאלה, אם - מבחינה מהותית - בפועלו כדירקטור הוא פועל או מחליט בקשר לעניינים פרטיים שלו או בעניינים של אחרים, אשר יש לו עניין בהם ואשר מטעם כזה או אחר הוא מעוניין בטובתם. כאשר מצד אחד עליו לדאוג כדירקטור בבנק לאינטרס של הבנק ומצד שני בפועלו כדירקטור הוא עוסק בעניין הנוגע ללקוח של הבנק, שיש לו בו עניין ושבטובתו הוא מעוניין, וכששני האינטרסים שונים ומנוגדים - נמצא הדירקטור במצב של ניגוד עניינים. כך, למשל, יכול להיות למנהל בבנק עניין במתן אשראי לתאגיד אלמוני, והוא ימצא במצב של ניגוד עניינים כשיידרש, כמנהל בבנק, להחליט, אם להעניק אשראי לאותו תאגיד, אפילו אינו "בעל עניין" כהגדרתו על-ידי המפקח על הבנקים או על-פי החוק באותו תאגיד" (פסקה 123 בעמ' 595-596 לפסק הדין) (הדגשות הוספו – א"ר).

כן נקבע, 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" (עניין שבס, בפסקה 45 בעמ' 416). בענייננו פגע המערער באינטרס המוגן בעבירה לפי סעיף 425, שהוא כאמור, הגנה על עניינו של התאגיד. עוד יפה – בהשאלה, שוב, מפסק הדין שבס העוסק בהפרת אמונים על ידי עובד ציבור – הדדשת מעמדו של מי שמצוי בניגוד עניינים:

"ככל שמעמדו של עובד הציבור רם יותר, כן עשוי ניגוד העניינים שבו הוא מצוי להגביר את הפגיעה המהותית בערך המוגן על ידי האיסור הפלילי ... 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) ... 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" (עניין שבס, בפסקה 53 עמ' 420) (הדגשות הוספו – א"ר).

סד. יודגש אמנם, כי לא כל ניגוד עניינים מוביל בהכרח לעבירה פלילית (ראו דברי השופט י' זמיר בע"פ 1877/90 מדינת ישראל נ' בן עטר, פ"ד נג(4) 695, 700). כן הודגש בעניין מרקדו, כי איסור ניגוד עניינים אינו מקשה אחת, ועשוי הוא ללבוש צורות שונות (עניין ברזל, בעמ' 512). קרמניצר ונבות, מציעים את ההגדרה הבאה לניגוד עניינים פלילי של עוכד ציבור: "מצב שבו אדם נמצא בו כאשר לו, לבן משפחתו, לתאגיד שבו הוא חבר, מתעתד להיות חבר בו או מקורב אליו, או לאדם הקרוב אליו אישית או עסקית, יש אינטרס כלכלי נקודתי העלול להיות מושפע ישירות מהפעולה השלטונית. פעולה בניגוד עניינים, כאמור, תהווה הפרת אמונים פלילית" (קרמניצר ונבות, בעמ' 526). ניתן להשליך מהגדרה זו לענייננו: למערער ולבני משפחתו היה אינטרס כלכלי שעלול היה להיות מושפע מן הפעולה התאגידית שלו. גם לפי הסטנדרט המחמיר עולה התנהגותו של המערער כדי ניגוד עניינים.

סה. ראוי להדגיש ביחס לטענת המערער, כי ניגוד העניינים "לא יצא מן הכוח אל הפועל", שעצם הימצאותו בניגוד עניינים – ניגוד עניינים חמור – הוא הוא המקיים את הפגיעה בתאגיד, על יסוד הרעיון שהפרת האמון שניתן על ידי עוכדי התאגיד ובעלי המניות פוגעת בתאגיד. בהקשר זה אמר בית משפט זה, שאין הכרח כי הנזק שנגרם לתאגיד יהיה כלכלי גרידא:

"... כבר נקבע לא אחת, כי הפגיעה, שמדובר בה בעבירה של הפרת אמונים, אם כלפי הציבור ואם כלפי התאגיד, איננה דווקא פגיעה, המוצאת ביטויה בהפסד ממון. הפגיעה יכול שתמצא ביטויה בשלילת עובדות מחברי התאגיד, בהצגת עובדות המעוותות את המצב הנכון של התאגיד ובערעור תדמיתו של התאגיד ומידת הרצינות שהציבור ירחש אליו..." (דברי השופט י' לוין, בע"פ 281/82 אבו חצירא נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(3) 673, 714 (1983)).

כלומר, עצם שלילת ידיעתן של עובדות מן התאגיד, כפי שעשה המערער, מהווה פגיעה בתאגיד. המשנה לנשיא מ' אלון סבר אמנם בעניין דרוויש (בעמ' 692-693), כי אין לראות בפגיעה בתדמיתו ומעמדו של התאגיד בעיני הציבור גרידא כמקיימת את יסוד הפגיעה בו, אלא אם כן הדבר הוביל לפגיעה ממשית יותר; אך במקומות אחרים נקבע, כי אין הכרח שהנזק ילבש צורה של נזק כלכלי לתאגיד (עניין אבו חצירא ועניין מרקדו); והשאלה נותרה פתוחה במספר מקרים אחרים (עניין ברזל; ע"פ 293/89 סוקולובסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 92 (1992)); לטעמי, בשאלת קיומו של רכיב ה"פגיעה בתאגיד", יש לנהוג בהתאם לגישה שננקטה בעניין הורוביץ, לפיה:

”... יש לפרש את האיסור הפלילי באופן שיתחם את גבולות העבירה רק להתנהגות פסולה שהיא בת אופי פלילי, הפוגעת פגיעה ממשית בערך החברתי המוגן על-ידי האיסור הפלילי. עם זאת, קבע, כי תיחום ה'פגיעה' למצב שבו הוכחה גרימת נזק כלכלי של ממש לתאגיד, תקהה את שינוי של האיסור עד כדי סיכול תכליתו” (פסקה 271).

בדברים אלה משתקפת גישה, לפיה יש להגדיר ולאתר את הפגיעה בהתאם לתכלית העבירה ולנסיבות ביצועה. בענייננו ראוי לסווג את התנהגותו של המערער כפגיעה בתאגיד. נזכור, עסקינן בבנק גדול. גם אם לא נגרם נזק כלכלי קונקרטי לבנק, וזאת ציין בית המשפט, הנה אין מניעה להסיק כי העובדה שיושב ראש הבנק מעורב במעשים של ניגוד עניינים מעין אלה שבכתב האישום, עלולה לגרום ירידת אמון הן אצל אותם משקיעים ישראלים שיחשבו כי מגוף שכזה הוא העומד בראשו שומר נפשו ירחק, ואם אצל גורמי חוץ שבעיניהם ייראה הבנק כגוף של עולם שלישי שאכן בו ”יד רוחצת יד”.

כאן אתייחס לטענותיו של המערער, לפיו נסיבות ביצוע העבירות מעידות כי המקרה בפנינו נמצא ברף הנמוך, הן ביחס לעבירת הפרת אמונים בתאגיד, והן ביחס לעבירת התחבולה. ראשית הדגיש המערער, כי הנהלת הבנק סברה שהפעולות שבוצעו בסיועו, ולפעמים בעידודו, של המערער – וביניהן עסקת הפיצוי ל-RP Explorer ורכישת המניות הנוספות ממנה – היו לטובתו של הבנק. ראוי להדגיש, כי זאת כאשר לא ידעו על ניגוד העניינים של המערער. במובן זה, הפגיעה בתאגיד עולה מעצם אי-גילוי עובדה זו, ובדיוק ובכך הפר המערער את האמון שניתן בו על ידי הנהלת הבנק ובעלי המניות. אין להעלות על הדעת שהנהלת הבנק היתה מאשרת שבעת ובעונה אחת יעסוק המערער בעסקיו שלו יחד עם ייצוג הבנק, וייהנה מן השילוב המפוקפק.

המערער ביקש להראות כי חלקו במשא בין בנק הפועלים היה מזערי, שכן לא הוא יזם את העסקה עם RP Explorer ועם בנק פוזיטיף אלא שלמה נחמה – ובכל מקרה התנהל על פי ההוראות שקיבל מטעם הנהלת הבנק. ראשית, אכן המערער לא הוא שיזם את התהליך, אך אין עובדה זו פוטרת אותו ממה שאירע לאחר מכן; בכל שלב – בהצבעות, בעת קיומו של משא ומתן ובעת כריתת הסכמים – יכול היה המערער להביא לידיעת הבנק את ניגוד העניינים בין תפקידו בבנק הפועלים לבין האינטרסים שלו באלרן השקעות. כן צוין בכתב האישום המתוקן, כי אמנם זיו הוא שפנה אל ברבר והבטיח לפצות את RP Explorer, אך עשה זאת בידיעת המערער.

ועוד: על פי כתב האישום המתוקן, מילא המערער תפקיד אקטיבי ביותר בכל המתרחש בין בנק הפועלים ל-RP Explorer, וזאת בעיקר בתהליך הסכם הפיצוי

שניתן לזו האחרונה. צוין, כי במהלך תקופת המשא והמתן, שנערך בין שני צוותים רשמיים אשר מינו הצדדים, פנה ברבר אל המערער מספר פעמים וטען כי הבנק נוהג בסחבת – ובעקבות שיחות אלה ביקש הבנק "להגיע להבנות הוגנות עם ברבר" (עמ' 7, פסקה 16 לכתב האישום המתוקן). בכך מיצב עצמו המערער בין האינטרסים הנוגדים – של הבנק מזה, ושל ארן השקעות, מזה. בפועל, ההסכמה על סכום הפיצוי – אף כי זה נקבע בגדרי הוראותיה של הנהלת הבנק – הושגה בפגישה שהתנהלה בין ברבר למערער בלבד. סבורני כי בנסיבות אלה, בייחוד בפגישה ב"ארבע עיניים" עם אדם שברצונך להיטיב עמו מכוח אינטרסים פרטיים – עוצמת ניגוד העניינים חמורה. על רקע האמור גם אין להלום – ולוא באי נחת כאשר להחלטה שנתקבלה – את טענת המערער בנוגע לאכיפה בררנית, משלא הוגש כתב אישום נגד שלמה נחמה: כבר קבע בית משפט זה מפי המשנה לנשיא (בדימוס) מצא והשופטים לוי וגרוניס, כי

"ללא יומרה להציע הגדרה ממצה, אפשר לומר, לצורך עתירה זאת, כי אכיפה בררנית היא אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא" (ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ (2005), פסקה 26 לפסק הדין).

כלומר, טענה זו נבחנת באמצעות השאלה, האם התקבלה החלטת התביעה מטעמים זרים או בשרירות לב? עוד נקבע בעניין בורוביץ, שישנה אפשרות כי גם כאשר הרשות פעלה בתום לב, הנה בנסיבות חריגות תתקבל טענת האכיפה הבררנית. במקרה דנא אין סיבה להניח כי החלטת התביעה נגועה היתה בשיקול זר או בשרירות, ואין מתקיימות נסיבות חריגות המצדיקות את קבלת הטענה. גם אם ישנם סימני שאלה לגבי נחמה, אין מקום לדון בהם שכן אינו לפנינו. מכל מקום, ההבדלים בין המערער לבין נחמה רלבנטיים – אמנם נחמה פנה לראשונה אל ברבר, החזיק במניות ב-RP ולא גילה זאת להנהלת הבנק, אך נתוני המערער חמורים הימנו בהקשר זה, בעיקר בשל החזקותיו המהותיות – שלו ושל בני משפחתו – בארן השקעות, יחד עם חלקו הפעיל במשא ומתן. משכך, מדובר ב"אכיפה חלקית", שאין לפסלה בנסיבות.

אשר להלוואות ההדדיות בין המערער וצ'ינג'לולו, שנתבקשו ואושרו במקביל להחלטות בנק הפועלים לחלק דיבידנדים מרווחי בנק פוזיטיף ולרכוש מניות נוספות מצ'ינג'לולו: גם כאן ביקש המערער לצייר תמונה, לפיה אין הדברים חמורים ביותר, כיון שהלוואות ניתנו לפי הנוהל, והוחזרו כדין. כן הוסיף כאמור, כי השמיט בטעות מהצהרות העושר את דבר ההסכם בינו לבין בני משפחתו. כעולה מכתב האישום, אכן נכחו שני נציגים נוספים של בנק הפועלים במעמד בקשות ההלוואה ההדדיות, ואולם

ברי שהיה על המערער להביא את דבר ההלוואות לידיעת הנהלת הבנק, שהמשיך לנהל קשרים עסקיים עם צ'ינגלולו. עוד טען המערער, כי ההלוואה ניתנה לצ'ינגלולו כמקובל, ואולם לא כך צוין בכתב האישום המתוקן, ואף צוין כי ניתנה "ללא בטחונות" (פסקה 42 באישום 1-2). יש להדגיש שוב את סמיכות הזמנים בין קבלת ההחלטות לחלק דיבידנדים ולרכוש מניות מבנק פוזיטיף, לבין קבלת אישור לבקשת המערער וקבלת כספי ההלוואה בחשבוננו. לפי כתב האישום, פנה צ'ינגלולו אל המערער וביקש כי יסייע לו בכעיות הנזילות בהן היה נתון. המערער נטל חלק פעיל ביותר בקבלת החלטות אלה, ובמקביל זכה בהלוואה מהבנק ההולנדי, בשליטתו של צ'ינגלולו. בהתנהלות זו טמונות נורמות עסקיות פסולות מן היסוד, וכל המוסיף גורע.

אשר להלוואה שביקש וקיבל המערער מבנק הפועלים, המערער עשה שימוש בכספים אלה למטרה אחרת מאשר זו שעליה הצהיר בפני מר קינן. העובדה שאישור ועדת בעלי העניין ניתן להלוואה, בין היתר בשל הצהרת המערער, מצוינת בפירוט בכתב האישום (אישום 3, בפסקה 6). כן ייחס לעצמו המערער סכומים שאינם שייכים לו, תוך שהסתיר את דבר קיומו של ההסכם בינו לבין בני משפחתו. טענתו, כי הוא אך "לא סיפק הסברים אלו בזמן אמת", וכי "היה לו הסבר המניח את הדעת" (ס' 109 להודעת הערעור), אין בה כדי לשנות מחומרת המעשה, וכך גם באשר להלוואה שקיבל מן הבנק ההולנדי, שגם לו הגיש הצהרת עושר מטעה ושגויה.

אין להקל ראש בפגיעה בניהול תקין של הבנק שנגרמה עקב מעשי המערער, בייחוד נוכח מעמדו הרם בתוך הבנק. אין צורך להעמיק חקר כדי להבין כי התנהלות זו משדרת מסר גרוע כלפי שאר עובדי התאגיד – ואין גם צורך להסביר את חשיבות הניהול התקין בגופים מעין אלה, המהווים נדבך חשוב בכלכלה הישראלית, ומחזיקים בכספי הציבור הרחב. מכלול הנסיבות מעיד, כי מדובר במקרה של הפרת אמונים בתאגיד ברמה של חומרה המחייבת ענישה בהתאם, אינדיבידואלית והרתעתית.

האם קיימות בענייננו נסיבות לקולה?

סו. בית המשפט הקובע את הענישה בתוך המתחם, רשאי להתחשב בשיקולים שאינם קשורים בנסיבות ביצוע העבירה, לקולה או לחומרה, ולעתים אף יש בחלק משיקולים אלה כדי לאפשר הטלת ענישה מחוץ למתחם שנקבע. נסיבותיו האישיות של המערער באות בגדרי השיקולים הללו. בית המשפט המחוזי ציין בגזר דינו מקצת נסיבות אלה, ובעיקר את התנדבותו ופעילותו החברתית של המערער, הודאתו באשמה, נסיבותיו המשפחתיות והמשבר האישי והתעסוקתי שחווה בעקבות אירועי הפרשה. ואולם, בית המשפט הדגיש את הצורך בענישה מחמירה.

זז. אין ספק כי המערער חוה תפנית של ממש בחייו – לרעה – ויש להצר על כך כי לא יוכל בתקופת מאסרו להוות משענת תמיכה לבני משפחתו, לאשתו החולה ולילדיו. אף אין להקל ראש בירידת המערער מאיגרא רמא. ואולם בשורה התחתונה, בנידון דידן אין לו למערער אלא להלין על עצמו, שכן מעשיו הם הביאוהו עד הלום, ומעמדו הציבורי, ממנו נהנה טרם נקיטת ההליכים נגדו, הביא לסיקור התקשורתי הפוגעני שעליו הוא מלין; גם הצדק עם המשיבה, בטענה כי ערכה של הודאה יורד כנסיבה לקולה משניתנה זמן רב לאחר שהחלו הצדדים לנהל את פרשת התביעה, כאשר אין בכך חסכון זמן שיפוטי ראוי; ובאשר לעברו הנקי של המערער, כאמור – עבירות צווארון לבן, מטבע אופיין, נעברות על פי רוב על ידי אנשים נורמטיביים, ובעלי עבר נקי (ע"פ 267/13 אשכול נ' לוי (2013)). באשר למשך ההליכים וחלוף הזמן מאז העבירות, בבחינת הדברים על ציר הזמן לא נראה כי נגרם למערער עוול. הקנס אינו מהווה בנסיבות שיקול לקולה, ואין מדובר בסכום מופרז ביחס להכנסותיו של המערער בתקופה בה ביצע את העבירות. התנדבותו של המערער בקהילה נשקלה בבית המשפט קמא. עיינו גם בדבר המסמכים העדכניים שנמסרו, מכתבים מאת אמו של המערער ורעייתו, אישורים רפואיים וחוות דעת סוציאלית, וכן אישורים בנקאיים ואחרים לעניין חובותיו של המערער לבנקים ולרשות המסים ותביעות המתנהלות נגדו בסכומים גדולים. וראינו ליתן להם משקל מסוים, בהפחתה בה דיברנו.

על אחידות הענישה

סח. בטרם חתימה, הנה הערה כללית בדבר אחידות הענישה: המערער טען, כי עונשו אינו עולה בקנה אחד עם עיקרון זה, והצביע ביחוד על גזר הדין בעניין אולמרט, שבמסגרתו הושתו על מר אולמרט מאסר על תנאי למשך שנה וקנס. בלא הבעת דעה, יוער, כי ערעור על פסק הדין תלוי ועומד כעת בפני בית משפט זה (ע"פ 8080/12 מדינת ישראל נ' אהוד אולמרט). בהקשר זה טענה המשיבה, כי באותו מקרה עמדו לזכותו של הנאשם נסיבות אישיות שהשפיעו על קביעת המתחם לה עתרה, מה שאין כן במקרה של המערער. ברי כי עקרונית, מטעמי שוויון בפני החוק, ראוי לשאוף לאחידות בענישה, אך כך כאשר מדובר במקרים זהים מבחינה עובדתית, כגון מבצעי עבירה בצוותא. בעולם המעשה, קשה למצוא זהות כפשוטה, ומשכך הנטייה היא לייחס לאמת מידה זו משקל מועט (הלוי, בעמ' 418-419) ומכל מקום עיקרון זה אינו חזות הכול ומלאכת גזירת הדין אינה תרגיל מתמטי (ע"פ 2742/12 אבו מאדי נ' מדינת ישראל (2013)), בפסקה 16 והאסמכתאות שם).

כללם של דברים

סט. סוף דבר וסיכומו: סבורני כי מחד גיסא נסיבות הפרשה, גם על פי כתב האישום המתוקן, יש בהן חומרה המצדיקה מאסר בפועל כפי שפורט; מאידך גיסא יש ליתן יתר משקל משניתן לשוני בין כתבי האישום ולמשמעות הדבר בענישה, וכן להוסיף ולהידרש לנסיבות האישיות.

ע. נוכח האמור, אציע לחברי לקבל את הערעור חלקית, ולהעמיד את עונשו של המערער על 8 חודשי מאסר בפועל. עונש המאסר על תנאי שנקבע יעמוד בעינו. המערער יתייצב לריצוי עונשו בבית המעצר ניצן (מתחם איילון) ביום 17.8.14. הוא יוכל לפנות למיון מוקדם בשירות בתי הסוהר לשם שיבוץ הולם.

ש ו פ ט

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן ביום, י"ט בתמוז התשע"ד (17.7.2014).

תוקן היום, י' באב התשע"ד (6.8.2014).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 14006770_T05.doc רח
מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il