

דיון נוסף פלילי 10987/07
דיון נוסף פלילי 24/08

א

מדינת ישראל

נגד

דנ"פ 10987/07

ברק כהן

ב

ברק כהן

נגד

דנ"פ 24/08

מדינת ישראל

ג

בבית המשפט העליון

[2.3.2009, 13.5.2008]

לפני הנשיאה ד' ביניש, המשנה לנשיאה א' ריבלין

והשופטים א' פרוקצ'יה, א' א' לוי, א' גרוניס, מ' נאור, ע' ארבל,

ד

א' רובינשטיין, ס' ג'ובראן

ה

העותר בדנ"פ 24/08 (להלן: העותר) עבד בחברת אבטחה כאחראי משמרת של צוות מאבטחים בלשכת מינהל האוכלוסין של משרד הפנים במזרח ירושלים. בעשרות מקרים הכניסו העותר ואחרים פונים ללשכה תוך כדי עקיפת התור בתמורה לתשלום או לטובות הנאה אחרות. העותר הואשם, בין היתר, בעבירות של לקיחת שוחד, של ניסיון ללקיחת שוחד ושל שימוש לרעה בכוח המשרה. העותר טען להגנתו כי מאחר שעבד בחברה פרטית, ולא הועסק על ידי המדינה, אין לראות בו "עובד ציבור" לעניין עבירות אלה – מעמד שהוא חלק מיסודותיה של כל אחת מהעבירות האמורות – ויש לזכותו מהן. בית המשפט קמא הרשיע את העותר בכל העבירות. ערעורו של העותר לבית המשפט העליון, לגבי ההרשעה בעבירות לקיחת שוחד וניסיון ללקיחת שוחד, נדחה. ערעורו לגבי ההרשעה בעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה, התקבל. מכאן העתירות לדיון נוסף.

ו

בית המשפט העליון (מפי הנשיאה ד' ביניש) פסק:

ז

א. עקרון החוקיות בפלילים קובע כי אין להטיל אחריות פלילית על אדם בלא יסודות העבירה והעונש הצפוי בגינה נקבעו בחוק או על פיו. עקרון החוקיות

נגזר מהתפישה, המתחייבת מעקרונות יסוד של צדק והגינות העומדים בבסיס שיטתנו המשפטית, שלפיה "אין עונשין אלא אם כן מזהירין", והוא מחייב קביעתו של קו גבול ברור ככל הניתן בין ההתנהגות המותרת לבין התנהגות האסורה על פי חוק, בד בבד עם הגדרה של עוצמת החומרה שמייחס המחוקק להתנהגות עבריינית מסוימת (1673-ג.ד).

א

ב. (1) השאלה בדבר המשמעות שתניתן למונח "עובד הציבור" בסעיפים 34כד ו-290(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין או החוק), היא במהותה שאלה פרשנית, והתשובה לשאלה נגזרת מעקרונות הפרשנות התכליתית (1672).

ב

(2) כל מסע פרשני מתחיל בלשון החוק, ומבין המשמעויות האפשריות מבחינה לשונית בוחרים בזו המגשימה במידה הרבה ביותר את תכלית החוק. מהלך פרשני זה אף עולה בקנה אחד עם הפסיקה באשר לפרשנותו של סעיף 34כא, שבה נקבע כי הסעיף נועד לעגן בחוק את הפרשנות התכליתית בפלילים והוא מחייב את בית המשפט ליישמה (1675-א.ב).

ג

(3) כלל הפרשנות המקילה עם הנאשם, הקבוע בסעיף 34כא לחוק העונשין, הוא כלל פרשני המבטא תפישה הנגזרת מעקרון החוקיות, שלפיה יש לפרש את הדין הפלילי הן על פי לשונו, הן על פי תכליתו. אולם, רק כאשר ההוראה העונשית ניתנת לכמה פירושים סבירים לפי תכליתה, וכל אחד מהפירושים מגשים את תכלית הדין, מופעלת התוצאה המקילה הקבועה בסעיף 34כא (1673-ז).

ד

(4) בפרשנותן של נורמות פליליות קיימת גם חזקת תכלית, הנגזרת מעקרון החוקיות, שלפיה תכליתה של נורמה פלילית נלמדת מהמובן הטבעי והרגיל של לשון הנורמה. חזקת תכלית זו מבטאת את יסוד האזהרה שבעקרון החוקיות ויש להתחשב בה בעת קביעת תכליתה של הנורמה הרלוונטית (1676-ה-ו).

ה

(5) בחזקת התכלית המתוארת אין כדי למצות את האופן שבו נקבעת תכליתן של נורמות פליליות, שכן תיתכנה נסיבות שבהן יידרש הפרשן לאזן בין חזקת התכלית האמורה לבין התכליות האחרות של הנורמה הפלילית הרלוונטית ושל הערכים שהיא נועדה להגשים, שעשויים לסתור את חזקת התכלית בדבר המשמעות הטבעית והרגילה של הלשון. הכול – בשלב הראשון של המהלך הפרשני הקבוע בסעיף 34כא לחוק העונשין, שבו נדרש הפרשן לקבוע את תכליתה של הנורמה הפלילית הנדונה (1676 – 677א).

ו

(6) אף בתחום הפלילי אין מניעה לכך שהפירוש שניתן מבחינה לשונית להוראת החוק אינו בהכרח המובן הטבעי והרגיל של לשון הנורמה, ובלבד שבסוף המהלך הפרשני יינתן לנורמה פירוש שהוא אפשרי מבחינה לשונית. כך ייעשה בנסיבות שבהן נמצא כי המובן הטבעי והרגיל של לשון הנורמה, כפשוטה, אינו מגשים את תכליתה, ובלבד שפרשנות זו אינה נסתרת על ידי מובנה האפשרי של לשון החוק (1677-א.ב).

ז

- (7) (אליבא דמשנה לנשיאה א' ריבלין): הרחבת תחולתן של עבירות פליליות המייצגות נורמה מחמירה כלפי עובדי ציבור ראוי שתיעשה בידי המחוקק ולא על דרך של מתן פרשנות תכליתית. פרשנות שכזו, למרות הגמישות שהיא מאפשרת בשמירה על הדינמיות שבלשון החוק, בתכליות שבבסיסו ובהתאמתו למציאות חיינו, היא בעלת גבולות – גבולות שצריך שיהיו חדים ונהירים יותר כאשר מדובר בפרשנות חוק פלילי, לאור עקרון החוקיות (745-גד).
- ג. (1) בהגדירו את מי שייחשב ל"עובד הציבור" לצורך העבירה של לקיחת השוחד, קובע סעיף 290(ב) לחוק העונשין כי: "עובד הציבור" – לרבות עובד של תאגיד המספק שירות לציבור. הגדרת הביטוי "עובד הציבור" בסעיף 290(ב) לחוק נועדה להוסיף על ההגדרה הכללית של הביטוי "עובד הציבור" בסעיף 34כד לחוק (677-ה1).
- ג (2) מבחינת לשון החוק, אין מניעה מלראות גם בתאגיד פרטי לחלוטין, שעובדיו אינם מועסקים ישירות או בעקיפין על ידי המדינה, "תאגיד המספק שירות לציבור". דא עקא, שתוצאה כזו היא בעייתית, שכן יש בה כדי להפוך את ההגדרה של "עובד של תאגיד המספק שירות לציבור" למיותרת (678-אב).
- ג (3) בפסיקת בית המשפט ננקטה במהלך השנים גישה מרחיבה לפרשנות הביטוי "תאגיד המספק שירות לציבור" שהביאה להחלת עבירות השוחד על מגוון גדל והולך של תאגידיים (685-א).
- ד (4) בהקשר זה התפתחו קריטריונים שונים, שאינם קשיחים. בין אותם קריטריונים, שאינם בגדר רשימה סגורה, ניתן למנות את חיוניות השירות שמספק התאגיד, את טיב השירות, את זהותם של בעלי התאגיד, את מידת הפיקוח הממשלתי על פעילות התאגיד, את אופן מימון פעילותו של התאגיד ואת מידת סבסודו מכספי הציבור, את מידת שיקול הדעת הנתון לתאגיד בבחירת לקוחותיו ואת יכולתם של הפרטים מקרב הציבור לבחור בחירה מדעת בין התאגידיים השונים המספקים אותו שירות (685-אג).
- ד. (1) עבירות השוחד הן חלק משורה של עבירות, הקבועות בחוק העונשין, שנועדו להנהיג נורמות של התנהגות ראויה בקרב עובדי ציבור ולמנוע גילויי שחיתות מצידם (7685).
- ד (2) בשל חומרתן הברורה מאליה של עבירות השוחד ובשל הפסול המוסרי המובהק הכרוך בהן, כמו גם לנוכח העובדה שמתן שוחד ולקיחתו הם הביטויים הבולטים והבוטים ביותר לשחיתות ציבורית, בחר המחוקק – בהחילו עבירות אלה על עובדים של תאגידיים המספקים שירותים לציבור – לנקוט גישה מחמירה במיוחד כלפי עבירות השוחד בהשוואה ליתר העבירות החלות על עובדי הציבור (1688-ז).

(3) בפסיקה הוכרו שלושה ערכים עיקריים שעליהם נועדו האיסורים הפליליים על מתן שוחד ועל לקיחתו להגן: טוהר המידות של פקידי הציבור, שנועד להבטיח כי האנשים שבידם מופקדים כוחות וסמכויות לפעול בשם הרשות ושחבים חובת נאמנות לציבור, יפעלו ביושר ובהגינות; פעילות התקינה של המינהל שעלולה להשתבש אם עובדי ציבור שנתון להם שיקול דעת ישקלו שיקולים זרים בשל שוחד שניתן להם; אמון הציבור במערכת השלטונית, שהוא חיוני לקיום חיים דמוקרטיים תקינים ושעלול להיפגע אם השירות הציבורי ייתפש בעיני הציבור כמושחת וכמי שעובדיו נוהגים לקבל שוחד (685-ד).

א

ב

ה. (1) ב"עידן ההפרטה", תפקידים רבים במנגנון הציבורי – שבוצעו בעבר על ידי עובדים של המדינה או של גוף ציבורי אחר – מבוצעים על ידי עובדי תאגידים פרטיים. ככל שתהליך זה מביא לשינויים במציאות העובדתית והמשפטית הנוהגת במנגנון הציבורי, אין זה ראוי כי בית המשפט יתעלם מהשינויים המתרחשים במציאות שסביבו (686-בג).

ג

(2) כדי להגשים את תכליותיה של עבירת השוחד במציאות הנוכחית נראה כי, בד בבד עם המבחנים שעוצבו במהלך השנים לאפיון תאגידים המשרתים את הציבור, מן הראוי להשתמש לשם כך בשני מבחנים נוספים הקשורים זה לזה: האחד, מהות התפקיד שממלא התאגיד בפעילות המנגנון הציבורי; האחר, היקף שיקול הדעת והסמכויות המוקנים לעובדי התאגיד והמופיעים על ידיהם כלפי הציבור (686-גד).

ד

(3) לקיחת שוחד על ידי עובדי תאגיד בעל מאפיינים אלה פוגעת בערכים המוגנים על ידי עבירות השוחד – טוהר המידות של המחזיקים בתפקידים ציבוריים, תקינותה של פעולת המינהל בהפעלתן השוויונית של הסמכויות השלטוניות ואמון הציבור ברשויות השלטון – במידה שאינה פחותה בהכרח מלקיחת שוחד על ידי עובדים המועסקים ישירות על ידי המדינה (686ו).

ה

(4) הפגיעה בשלושת הערכים המוגנים בעבירות השוחד תהיה, ככלל, רבה יותר עת עסקינן בתפקיד שקיים בו רכיב ממשי יותר של סמכות כפייה או של הפעלת שיקול דעת מצד העובד (688ב).

(5) "נפח" הפעילות של התאגיד, כמו גם היותו של התאגיד דו מהותי באופיו, עשויים להשפיע על ההכרעה בדבר טיבו של התאגיד כמספק שירות לציבור, אולם אין מדובר בשיקול בלעדי (690א).

ו

(6) לאור המסקנה כי למונח "תאגיד המספק שירות לציבור" יש פירוש סביר אחד העולה בקנה אחד עם תכליתו, אין להחיל על עניין זה את הוראת סעיף 34כא לחוק העונשין – החל רק כאשר לדין פלילי מסוים יש כמה פירושים סבירים שווי מעמד לפי תכליתו (692ב).

(7) בנסיבות דנן, נוצרה, למעשה, תלות מוחלטת בין הנזקקים לקבלת השירותים בלשכת מינהל האוכלוסין לבין המאבטחים בלשכה. לפונים

ז

- ללשכה נחזה העותר בבירור כעובד ציבור. בנסיבות אלה, תכליתיה של עבירת השוחד מתקיימות בחברה ומחייבות התייחסות לאלה מבין עובדיה, ובהם העותר, שמילאו תפקיד מטעם החברה במערך האבטחה של לשכת מינהל האוכלוסין, כאל עובדים של "תאגיד המספק שירות לציבור" (693-ד-ה).
- א
1. (1) לגבי העבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה, ההגדרה הרלוונטית למונח "עובד הציבור" היא ההגדרה הכללית הקבועה בסעיף 34כד לחוק העונשין. מבין החלופות שנכללות בהגדרה זו ישנן שתי חלופות שהן רלוונטיות לענייננו. החלופה האחת היא החלופה של "עובד המדינה" הקבועה בסעיף 34כד(1) לחוק העונשין. החלופה האחרת היא החלופה של "נושא משרה או תפקיד על פי חיקוק" הקבועה בסעיף 34כד(10) לחוק העונשין (694-ב-ג). (2) גם הפרשנות, שלפיה כל עובד בשירות המדינה ייחשב ל"עובד המדינה" לפי סעיף 34כד(1), וגם הפרשנות שלפיה רק עובד שמועסק ישירות על ידי המדינה ייחשב ל"עובד המדינה", הן אפשריות מבחינה לשונית (695-ה).
- ג
- (3) פרשנות נוספת למונח, שאף היא אפשרית מבחינת לשונית, היא פרשנות "ביניים" שתחיל אמנם את חלופת "עובד המדינה" גם על עובדים בשירות המדינה שאינם מועסקים ישירות על ידי המדינה, אולם לא על כלל העובדים הללו אלא רק על אלה מביניהם שממלאים תפקידים בעלי מאפיינים מסוימים המצדיקים לראותם כעובדי מדינה לצורך הדין הפלילי (1695).
- ד
2. (1) תכליתו העיקרית של סעיף 34כד היא לקבוע מי הם אותם עובדים שעליהם יחולו הנורמות המיוחדות המתייחסות לעובדי ציבור לפי חוק העונשין. זאת, מתוך תפישה שלפיה תפקידו של עובד הציבור הוא תפקיד בעל מאפיינים מיוחדים, המצדיקים הטלתן של נורמות התנהגות מחמירות יותר על עובדי ציבור בהשוואה לאזרחים מן השורה (696-ב). (2) תכליתיה של הגדרת "עובד הציבור" בכלל ושל חלופת "עובד המדינה" בפרט – הן כפן הקובע נורמות מחמירות להתנהגותם של עובדי ציבור, הן כפן המטיל אחריות פלילית על ביצוע עבירות מסוימות כלפי עובדי ציבור – מתקיימות במי שממלא תפקיד שמשתלב בתחומי העיסוק העיקריים של היחידה בשירות המדינה שבה הוא עובד, אף אם אינו מועסק ישירות על ידי המדינה (697-ד). (3) ככל שתפקידו של עובד מסוים, הממלא תפקיד בשירות המדינה על אף שאינו מועסק ישירות על ידי המדינה, מרוחק יותר מליבת העבודה הנעשית ביחידה המסוימת של שירות המדינה שבה הוא מועסק, כך הולכת ופוחתת ההצדקה להכיר בו כ"עובד המדינה" לפי סעיף 34כד(1) לחוק העונשין (1-697).
- ה
- ו
- ז
- ח
- ט

(4) בנסיבות דנן, אין לומר כי התפקיד שאותו מילא העותר כאחראי משמרת אבטחה בלשכת מינהל אוכלוסין של משרד הפנים, אף אם יש לו צביון ציבורי, הוא תפקיד שמשתלב בתחומי הפעילות העיקריים של משרד הפנים (699ה).

א. ח. (1) אף אם, מבחינה לשונית, ניתן לטעון כי כל עיסוק שמוסדר על פי חיקוק נכלל בגדר "חלופת החיקוק", פרשנות זו היא רחבה ביותר, שכן היא מביאה להחלת הנורמות הפליליות המיוחדות החלות על עובדי הציבור על שורה שלמה של עיסוקים, לרבות עיסוקים פרטיים, אשר, אף אם הסדרתם בחוק היא חשובה, הרי שהחלת תכליתיהן של אותן נורמות עליהם היא מרחיקת לכת (700ג-ד).

(2) בנסיבות דנן, אין די בהסדרת תפקיד המאבטח בגוף ציבורי בחוק כדי להפוך את מי שממלא תפקיד זה ל"נושא משרה או תפקיד על פי חיקוק" (702ב).

(3) (אליבא דשופטת מ' נאור): יש להשאיר בצריך עיון את השאלה אם ייתכנו נסיבות שבהן, בשל מהות התפקיד שממלא אדם מטעם המדינה, ניתן יהיה לראותו כ"עובד המדינה" לפי סעיף 34כד לחוק העונשין, ובד בבד, לראותו כ"עובד של תאגיד המספק שירות לציבור", לפי סעיף 290(ב) לחוק העונשין. אין הכרח להכריע בדבר כיוון שהעותר אינו עובד מדינה (705ג).

ט. (1) בנסיבות דנן, בעוד שניתן לראות את העותר כנכלל בהגדרה של "עובד של תאגיד המספק שירות לציבור", לצורך העבירה של לקיחת השוחד שבסעיף 290 לחוק העונשין, אין הוא נכלל בחלופות השונות להגדרת "עובד הציבור" שבסעיף 34כד לחוק העונשין (702ג-ד).

(2) תוצאה זו נראית על פניה בעייתית. עם זאת, מקורה של בעייתיות זו הוא בבחירתו של המחוקק להתייחס בחומרה יתרה דווקא לעבירות השוחד ולהחיל את ההגדרה המרחיבה המתייחסת ל"עובד של תאגיד המספק שירות לציבור" רק על עבירות אלה (702ה).

(3) (אליבא דשופטת מ' נאור): עקרונות הפרשנות בפלילים מביאים למסקנה כי התאגיד שבו הועסק העותר הוא "תאגיד המספק שירות לציבור". אולם, לא כל עובד של "תאגיד המספק שירות לציבור" הוא גם "עובד ציבור" לעניין עבירת השוחד. רק אלה המוצבים בשירות הציבור, כמו העותר, עלולים להיות מואשמים בעבירת שוחד (704ד-1).

י. (אליבא דשופט ס' ג'ובראן):

(1) תחולתה של ההוראה המופיעה בסעיף 34כא לחוק העונשין נעשית באופן דו שלבי. בשלב הראשון, תיבחן פרשנותה של ההוראה על פי כללי הפרשנות התכליתית המקובלים במשפט הישראלי הכללי, לשם מציאת הפרשנויות המגשימות את תכליתה של ההוראה. רק אם תימצאנה כמה

- פרשנויות המגשימות את תכלית החקיקה במידה סבירה באותה מידה, תיבחר מביניהן, בשלב השני, הפרשנות המקילה עם הנאשם (706-ד.ה).
- א (2) בנסיבות דנן, פרשנות המוציאה את מקרהו של העותר מגדרי עבירת השוחד נופלת בסבירותה מהאפשרות ההפוכה, בהיותה פרשנות הניצבת בניגוד לתכלית הנמצאת בבסיס הסעיף, ועל כן אין פרשנות זו נכנסת כלל לגדרי סעיף 34כא לחוק העונשין (706-ז).
- יא. (אליבא דמשנה לנשיאה א' ריבלין):
- א (1) המונח "עובד המדינה", פשוטו כמשמעו, נועד לתפוס בחובו רק אותם עובדים שבינם לבין המדינה קיים קשר העסקה מובהק – הנופל אך כמעט מקשרי העסקה ישירים. הדגש צריך שיהיה על מערכת היחסים שבין המדינה לבין העובד, ולא דווקא על אופי התפקיד שהוא ממלא (או קרבתו לגרעין פעילותו של הגוף הציבורי) ועל מהותו (745-א.ב).
- א (2) לעניין עבירות השוחד והיקף המונח "תאגיד המספק שירות לציבור", מלשון ההגדרה עולה כי המוקד הוא בתאגיד עצמו ולא בעובד. אלא שמרכז הבחינה הוא בשירות שנותן התאגיד בנקודת הזמן והמקום הרלוונטיים. כך נלמד מתוך לשון החוק עצמה וגם מתכליתו (745 – 746 א).
- א (3) בנסיבות דנן, הערכים שעליהם מבקש החוק הפילי להגן אכן נפגעו על ידי מעשיו של העותר. עם זאת, המחוקק לא השכיל להגדיר את "עובד הציבור" לצורך החלופות שבסעיף 34כד לחוק העונשין באופן שיכלול ויבטיח הגנה מלאה לערכים החשובים והחיוניים הללו. זאת, במיוחד לנוכח השינוי הממשי שעבר המגזר הציבורי, שהוביל לכך שבפועל יש עובדים רבים אשר אינם נכללים כיום בהגדרה אף שנכון יהיה לראותם כ"עובדי ציבור" (746-ה.1).
- א (4) בנסיבות דנן, התאגיד, באמצעות העותר, סיפק במועד הרלוונטי שירות לציבור – כך נראה עובד התאגיד בעיני הציבור שנוקק לשירותיו וכך פעל התאגיד באותה נקודת זמן (746-א.ב).
- יב. (דעת מיעוט – השופטת ע' ארבל):
- א (1) הגדרת "עובד הציבור" בעבירת השוחד רחבה יותר וכוללת אף "תאגיד המספק שירות לציבור". עם זאת, תכליתיהן של עבירות השוחד ושל יתר העבירות הייחודיות לעובדי הציבור דומות הן ואינן מצדיקות פער כה עמוק בין קבוצת העובדים שעליהם תחול עבירת השוחד לבין קבוצת העובדים שעליהם תחולנה, נוסף על כך, גם יתר העבירות (716-ה.1).
- א (2) על מנת למלא במלואן אחר התכליות של הנורמות הפליליות הייחודיות לעובדי ציבור שבחוק העונשין, יש להעניק פרשנות רחבה יותר להגדרת "עובד הציבור", בהתאם ליכולותיהן הלשוניות של החלופות בסעיף 34כד (713-ז).

(3) יש לפרש את החלופה הקבועה בסעיף 34כד(10) כחלה על כל עיסוק המוסדר בחקיקה ושהוא בעל צביון ציבורי ברור. מבחן הצביון הציבורי בא לבחון אם אותו עובד ממלא אחר התכליות שבבסיס העבירות הייחודיות לעובדי הציבור, אם לאו, ולהוציא מתחולת עבירות אלה מצבים שאינם מתאימים להפללה בהתאם לערכים המוגנים שבבסיס העבירות (714ג-ד).

א

(4) בין הקריטריונים שניתן לבחון לצורך קביעת הצביון הציבורי של התפקיד ניתן למנות את המגע שיש לעובד עם ציבור הפונים; את נגישותו של העובד למידע רגיש; את הסמכויות המוענקות לעובד בתפקידו ואת הכוח הניתן לו למלא אותו; את מידת שיקול הדעת המוענקת לעובד בתפקידו; את תלות הציבור באותו עובד, וכדומה (714ד-ה).

ב

(5) ככל שיש תפקיד מקביל לזה המבוצע על ידי העובד הנדון אשר מאויש על ידי עובד המועסק ישירות על ידי המדינה ואשר נחשב כ"עובד ציבור" על פי סעיף 34כד(1) לחוק העונשין, הרי שראוי כי אף העובד הנדון שאינו מועסק ישירות על ידי המדינה ייחשב כ"עובד ציבור" לצורך סעיף 34כד לחוק העונשין (714ה-ו).

ג

(6) בנסיבות דנן, הסדרת תפקידו של העותר בחוק להסדרת הבטחון בגופים ציבוריים, התשנ"ח-1998, יחד עם המאפיינים הציבוריים שניתנו לתפקידו ואשר איפשרו לו להפעיל את כוחו ואת סמכותו לקבוע את תור הפונים ללשכה עמוסה באופן חריג, ויחד עם העובדה כי הוא מילא את תפקידו באחד מהמוסדות הציבוריים המובהקים ביותר, כל אלה מצדיקים לראות בו "עובד ציבור" על פי סעיף 34כד, הן בחלופה הראשונה, הן בחלופה העשירית (717 – 718א).

ד

יג. (דעת מיעוט – השופטת א' פרוקצ'יה):

(1) הפרשנות התכליתית של מעשה חקיקה צופה מעצם טיבה את פני העתיד ומעגנת אל תוכה את הצורך המובנה להתאים את ההסדר החקיקתי לעתות הזמן המשתנות ולצרכים החברתיים המתהווים מעת לעת, הכול כחלק מהמטרה שאותה מבקש החוק להשיג. שילובם של הצרכים המשתנים בתכלית החוק אינו רק מתיישב עם מטרת החוק. הוא מובנה בליבת התכלית עצמה, והוא עצם מעצמיה (718ז – 719א).

ה

(2) עם השנים, התפתח תהליך הפרטה נרחב אשר הביא בהדרגה להוצאת תפקידים ציבוריים-מדינתיים שונים מתחומי של שירות המדינה והעברם לידיים פרטיות. השינוי במסגרת ההעסקה החיצונית של ממלאי התפקידים לא הביא עימו לשינוי במהות התפקידים, ואלה היו ונתרו תפקידים בעלי אופי ציבורי-שלטוני (720א-ב).

ו

(3) פרשנות מילולית אפשרית של המושג "עובד מדינה" בסעיף 34כד(1) לחוק מאפשרת את הרחבתו ואת פרישתו גם על מי שאינו מועסק ישירות על ידי

ז

- המדינה, ובלבד שהוא ממלא תפקיד בעל אופי ציבורי מובהק שנלווים לו סממנים של כוח שלטוני האופייני לתפקיד בשירות המדינה (721ב).
- א (4) האופציה הלשונית המאפשרת פרשנות רחבה וגמישה יותר של המושג "עובד מדינה" לצורך הנורמות הפליליות הנוגעות לעובדי ציבור, משתלבת ומתיישבת עם התכלית הטמונה ביסוד אותן נורמות. פרשנות זו מתיישבת עם עקרון החוקיות והוודאות בדין הפלילי ואינה סותרת אותו (721ג-ד, ה).
- ב (5) הפרשנות התכליתית הרחבה של המושג "עובד המדינה" בסעיף 34כד(1) לחוק, המתבקשת עקב שינויי העתים, עשויה לבלוע אל קרבה במצבים מסוימים את ההגדרה המרחיבה של "עובד ציבור" בסעיף 290(ב) לחוק לצורך עבירות השוחד, וההגדרות הללו עשויות לעתים להתמזג ולחפוף זו לזו (722ב).
- ג (6) בנסיבות דנן, תפקיד של מאבטח במשרד ממשלתי נושא אופי ציבורי מובהק ונלווה לו כוח שלטוני הנתון לבעל התפקיד, המופעל כלפי הציבור וכלפי האזרח הפרטי הבאים בשעריו של המשרד. תפקיד זה, על פי טיבו, נמנה עם תפקידיה של המדינה הגם שהוא בוצע במקרה זה בידי מועסק של גוף פרטי (722ד).
- ד (7) בנסיבות דנן, עונה העותר להגדרת "עובד ציבור" על פי אופי תפקידו הן על פי האמור בסעיף 34כד(1) לחוק, הן על פי ההגדרה בסעיף 290(ב) לחוק (722ו).
- ט יד. (דעת מיעוט – השופט א' רובינשטיין):
- ה (1) השמירה על איכות השירות לציבור בעידן של הפרטה צריך שתיעשה במגוון אפיקים. גם למשפט הפלילי תפקיד נכבד בתחום זה, בהחלת נורמות ואיסורים הראויים למשרתי ציבור גם על מי שלא נתפשו ככאלה בעבר, בעידן טרום ההפרטה. אולם ידוע ידעו היטב – או צריך היה שידעו – כי הציבור שהם אמורים לשרת רואה אותם כשליחי המדינה, ואמון הציבור מוטל בכף (731א-ג).
- ו (2) על המחוקק להקפיד על ניסוח נורמות פליליות בהירות ככל שהיד התחיקתית מגעת (ועל בית המשפט להקפיד עימו על כך). אולם, אין עקרון החוקיות מונע הרשעה – ואם גם בגדרי פרשנות תכליתית – כאשר ברור שהנאשם היה מודע לחומרת מעשיו ולאיסור שבהם (731ז).
- ז (3) הפרשנות צריך שתהא הוגנת כלפי נאשמים, אך גם אי אפשר שתהא מנותקת מן המציאות, זו של ההפרטה וזו באשר ללשכת מינהל האוכלוסין דנן, ומן המצג על ידי העותר ועל ידי שכמותו (732ז-ז).
- ח (4) בנסיבות דנן, אילולא סמכות שנטל העותר לקבוע סדרים כאלה ואחרים בלשכת מינהל האוכלוסין – אף אם הייתה נחזית – לא היו הפונים נענים למשאלותיו. זהו שימוש לרעה בסמכות על ידי עובד הציבור – שהרי רק עובד הציבור הייתה האפשרות לנטילת הסמכות (739 – 740א).

(5) בנסיבות דנן, אין ניתן להעלות על הדעת שהעותר חשב שמעשיו הם כדין. ואם כן, אין עומדת כל עיקר שאלה של אזהרה מראש (740ב).

טו. (דעת מיעוט – השופט א' רובינשטיין):

(1) במציאות הישראלית בתחום הביטחוני, משטרה המחוקק והסדיר את סמכויות האבטחה בגופים הציבוריים, זו חלה על מאבטחים ושומרים. יש לראות את הפועלים בתחום האבטחה כפועלים על פי חיקוק (742ד).

(2) יש להתחשב בפרמטרים נוספים בשאלה אם בעל תפקיד מסוים הוא "עובד הציבור" לעניין חלופת ה"חיקוק". בין היתר, יש להביא בחשבון את מימדיה של הסדרת התפקיד בחוק וכן את מידת "ציבוריותה" של הסדרה זו – קרי, עד כמה נטועים דברי החקיקה המסדירים את התפקיד בתפישתו כבעל צביון "ציבורי". אמת מידה חשובה היא גם מקום העבודה של בעל התפקיד. בנסיבות דנן, תומכים הקריטריונים הללו במסקנה שיש לראות בעותר "עובד ציבור" (742ה-ו, 743א, 1742).

טז. (דעת מיעוט – השופט א' גרוניס):

(1) בתחום הפלילי חלים כללי פרשנות שונים מאשר בכל ענף משפטי אחר. הדרך הפרשנית השונה מתחייבת לאור מהותו של ענף משפטי זה, לאור תכליתו ולאור הפגיעה הקשה שהפעלתו עלולה לגרום. פוטנציאל הפגיעה בחירותו של אדם הטבוע במשפט הפלילי חייב להוביל להתייחסות שונה בעת שבית המשפט נדרש להפעיל את דיני העונשין, להחילם ולפרשם (747ה-ו).

(2) סעיף 34כא לחוק העונשין מורה כי כאשר דין ניתן לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, תיפול ההכרעה על פי הפירוש המקל עם הנאשם. משמע, הבחירה של הפירוש המקל מותנית בכך שקיים יותר מפירוש סביר אחד להוראה הפלילית העומדת לבחינה. הדרך שבה הולכים שופטי הרוב מביאה לכך כי לעתים נדירות ביותר ימצא שקיים יותר מפירוש סביר אחד להוראה הפלילית העומדת לבחינה (748ג).

(3) הפרשנות שניתנה למושג "עובד ציבור" בע"9 472/74 [1] היא סבירה, וגם הפרשנות שניתנה על ידי שופטי הרוב בעניין דנא סבירה היא. משכך, חובה לבחור בפרשנות המקילה (748).

(4) בנסיבות דנן, ברי כי המעשים מהווים עבירה של עושה, היא העבירה הקלה יחסית, בעוד שספק אם נכנסים הם תחת כנפיה של עבירת השוחד, החמורה יותר. משכך, יש להפעיל את הכלל שלפיו יש לבחור בפרשנות המקילה עם הנאשם (750ד).

חקיקה ראשית שאוזכרה:

- א — חוק העונשין, התשל"ז-1977, סעיפים 1, 3, 34א, 1-34כג, 34כד, 34כד(1), 34כד(8), 34כד(10), 117, 117א, 267(ב), 280, 284, 288, 288א, 290, 290(א), 290(ב), 381(ב), 421, 431.
- א — חוק להסדרת הבטחון בגופים ציבוריים, התשנ"ח-1998, סעיף 13, התוספת השנייה, סעיפים 8, 15.
- ב — חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, סעיף 216.
- ב — חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982, סעיף 30.
- ב — חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, סעיף 30(ב).
- ב — חוק לתיקון דיני העונשין (עבירות שוחד) (תיקון מס' 4), התשל"ל-1970.
- ג — פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971, סעיפים 128יא, 128לא(א), פרק ג'2.
- ג — חוק לתיקון דיני העונשין (עובדי הציבור), התשי"ז-1957.
- ג — חוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959.
- ג — חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955.
- ד — פקודת החוק הפלילי, 1936.

פסקי דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

- א [1] ע"פ 472/74 אבוטבול נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(2) 301 (1975).
- א [2] ע"פ 2597/04 רויטמן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 20.11.2006).
- א [3] ע"פ 205/73 רוס נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2) 365 (1973).
- א [4] דנ"פ 1558/03 מדינת ישראל נ' אסד, פ"ד נח(5) 547 (2004).
- א [5] ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221 (1996).
- א [6] ע"פ 8573/96 מרקדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 481 (1997).
- א [7] בג"ץ 4769/90 זידאן נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מז(2) 147 (1993).
- א [8] בג"ץ 953/87 פורו נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309 (1988).
- א [9] ע"פ 6070/04 שיח נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(6) 76 (2005).
- א [10] ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 535 (1998).

- [11] ע"פ 624/81 וינטראוב נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 376 (1982).
- [12] ע"פ 288/81 קישלס נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 617 (1983).
- [13] ד"נ 35/79 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 197 (1979).
- [14] ע"פ 477/89 בן יצחק נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 4.4.1990). א
- [15] ע"פ 247/84 דידי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 9.8.1984).
- [16] ע"פ 122/84 מנצור נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(4) 94 (1984).
- [17] ע"פ 10735/04 גולדמן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 20.2.2006). ב
- [18] רע"פ 5905/98 רונון נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 728 (1999).
- [19] ע"פ 1877/99 מדינת ישראל נ' בן עטר, פ"ד נג(4) 695 (1999).
- [20] ע"פ 8027/04 אלגריסי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 23.2.2006). ג
- [21] בג"ץ 1783/00 חיפה כימיקלים בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(3) 652 (2003).
- [22] בג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 449 (1987). ד
- [23] ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992).
- [24] דנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817 (1998).
- [25] רע"פ 2660/05 אונגרפלד נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 13.8.2008). ה
- [26] רע"פ 1941/98 בן גביר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 8.4.1998).
- [27] ע"פ 7894/03 ג'באר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 18.2.2008). ו
- [28] ע"פ 766/07 כהן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 19.11.2007).
- [29] בג"ץ 5853/07 אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פ"ד סב(3) 445 (2007). ז

- [30] בג"ץ 6884/01 עתיק נ' שר הפנים, פ"ד נז (1) 695 (2002).
- [31] בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש-הממשלה של מדינת ישראל, פ"ד נה (2) 455 (2001).
- א [32] בג"ץ 7198/93 מישראל בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מח (2) 844 (1994).
- [33] בג"ץ 1064/94 קומפיוטסט ראשל"צ 1986 בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד מט (4) 808 (1995).
- ב [34] ע"א 975/97 המועצה המקומית עילבון נ' מקורות חברת מים בע"מ, פ"ד נד (2) 433 (2000).
- [35] בר"ם 1106/04 ועדה מקומית לתכנון ובנייה – חיפה נ' חברת החשמל לישראל בע"מ (לא פורסם, ניתן ביום 13.12.2006).
- [36] עע"ם 4011/05 דגש סחר חוץ (ספנות) נ' רשות הנמלים (לא פורסם, ניתן ביום 11.2.2008).
- ג [37] בג"ץ 10104/04 שלום עכשיו – שעל מפעלים חינוכיים נ' הממונה על היישובים היהודיים ביהודה ושומרון, פ"ד סא (2) 93 (2005).
- [38] רע"פ 228/05 יאגודייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נט (4) 518 (2005).
- ד [39] ע"פ 4654/03 וליד נ' מדינת ישראל, פ"ד סא (2) 567 (2006).
- [40] בג"ץ 1583/94 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט (3) 469 (1995).

פסקי דין אמריקניים שאוזכרו:

- ה [41] Dixon v. U. S., 465 U.S. 482 (1984).

ספרים ישראליים שאוזכרו:

- [42] שניאור זלמן פלר יסודות בדיני עונשין כרך א (1984).
- [43] אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט (2003).
- ו [44] אלעד פינקלשטיין המשטר המשפטי של הליך הגישור (2007).
- [45] זאב סגל, לילך ליטור אקטיביזם ופסיביזם שיפוטי (2008).
- [46] אסף הראל גופים דו-מהותיים: גופים פרטיים במשפט המינהלי (2008).
- [47] איל פלג ההפרטה כהצברה (2005).
- ז [48] יורם רבין, יניב ואקי דיני עונשין (2008).

- [49] גבריאל הלוי תורת דיני העונשין כרך א (2009).
- [50] יובל לוי, אליעזר לדרמן עיקרים באחריות פלילית (1981).
- [51] אהרן קירשנבאום הרשעה עצמית במשפט העברי (התשס"ה).
- א
- מאמרים ישראלים שאוזכרו:
- [52] אהרן ברק "על פרשנותה של הוראה פלילית" מחקרי משפט יז 347 (2002).
- [53] מרדכי קרמניצר, ליאת לבנון "בית המשפט כמסייע לדבר חקיקה – על הסיוע לדבר עברה ועל הפרשנות בפלילים" מחקרי משפט יז 403 (2002).
- [54] בועז סנג'ור "פרשנות מרחיבה בפלילים! האומנם 'אין מחוקק מבלעדי המחוקק ולו בלבד נתכנו עלילות החקיקה'? על נשיא בית-המשפט העליון כמחוקק-על והספד לכלל הפרשנות המצמצמת" עגי משפט ג 165 (2003).
- ג
- [55] דפנה ברק-ארז "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" עיוני משפט ל 461 (2008).
- [56] יואב דותן, ברק מדינה "חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים" משפטים לז 287 (2007).
- ד
- [57] אלעד פינקלשטיין "הפרטה ורגולציה: ההסדרה המשפטית של הליך הגישור" עיוני משפט ל 623 (2008).
- [58] יצחק זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית" משפט ועסקים ב 67 (2005).
- ה
- [59] אבישי בניש "מיקור-חוץ בראי המשפט הציבורי: הפרטת תכניות 'מרווחה לעבודה' ובעיית כשלי הפיקוח" משפטים לח 283 (2008).
- [60] טליה פישר "הפרטת המשפט" עיוני משפט ל 517 (2008).
- [61] אליקים רובינשטיין "מקרקעי ישראל – מבט משפטי: תחיה לדורות – או בכיה לדורות" קרקע 52, 21 (2001).
- ו
- [62] אליקים רובינשטיין "קרקעות המדינה: משפט, צדק ומינהל תקין" קרקע 60, 9 (2005).
- [63] רחל אלתרמן "ההפרטה הזוחלת בתחום החכירה טובה למשק, אבל לא צריך להמשיך אותה" קרקע 52, 48 (2001).
- ז

- [64] דפנה ברק-ארז "הוראת המשפט המינהלי: בין חוקתיות להפרטה" עיוני משפט כה 503 (2001).
- א [65] אמנון רובינשטיין, ערן דוידי "המדינה היא לא עסק פרטי", ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן 855 (נילי כהן, עופר גרוסקופף עורכים, 2008).
- [66] אליהו שוורץ "לא תקרכו לגלות ערוה": אכיפת מוסר במערכת המשפט" פרשת השבוע 118 (פרשת אחרי מות, התשס"ג).
- ב [67] גלעד בארי "עד שיראוהו טעמו של דבר" – בין אזהרה להתראה" דף קשר 1018 (ישיבת הר עציון, פרשת מסעי, התשס"ה).

שונות:

- א [68] מיכל טביביאן מזרחי העסקת עובדי קבלן ונותני שירותים מן החוץ במשרדי הממשלה (מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 2007).
- [69] נתן אלטרמן "לחוץ של מתושלח" הסודר השביעי ספר ראשון 217 (1972).
- [70] יעקב שפירא "מרמה והפרת אמונים של עובדי ציבור" (2008).

מקורות המשפט העברי שאוזכרו:

- ד [א] שמואל ב, כב 27.
- [ב] מדרש אגדה (בובר) בראשית, פרק כ, סימן ג.
- [ג] תלמוד בבלי, יומא פא, ע"א.
- [ד] תלמוד בבלי, כריתות ג, ע"ב.
- ה [ה] "אין מזהירין מן הדין" אנציקלופדיה תלמודית כרך ראשון, שג.
- [ו] ספר המצוות לרמב"ם, הקדמה למניין המצוות; לא תעשה, סא, קצה.
- [ז] פירוש המשניות לרמב"ם, מכות, פרק ג, משנה א.
- [ח] "אזהרה" אנציקלופדיה תלמודית כרך ראשון, קצ"ג.
- [ט] רש"י, תלמוד בבלי, חולין מא, ע"א, ד"ה "מאי".
- ו [י] תוספתא, סנהדרין יא, א.
- [יא] משנה, סנהדרין ה, א.
- [יב] תלמוד בבלי, סנהדרין ח, ע"ב; מ, ע"ב; עב, ע"ב; פ, ע"ב.
- [יג] משנה תורה, סנהדרין, פרק יב, הלכה ב; פרק טז, הלכה ד; פרק כד, הלכה ד.

[יד]	תלמוד בבלי, מכות ו, ע"ב; ט, ע"ב.	
[טו]	ספר החינוך, מצוה לב.	
[טז]	שו"ת הרשב"ש, סימן ריג.	א
[יז]	תלמוד בבלי, כתובות לד, ע"ב.	
[יח]	"התראה" אנציקלופדיה תלמודית כרך אחד-עשר, רצא.	
[יט]	שו"ת מנחת שלמה, חלק א, סימן פא.	

ב	עתירות לדיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט העליון מיום 19.11.2007 בע"פ 766/07, 867 [28] (השופטים א' א' לוי, א' גרוניס וע' ארבל). בשתי העתירות נתקיים דיון נוסף. העתירה בדנ"פ 10987/07 נדחתה ברוב דעות של הנשיאה ד' ביניש, המשנה לנשיאה א' ריבלין והשופטים א' א' לוי, א' גרוניס, מ' נאור וס' גובראן נגד דעתם החולקת של השופטים א' פרוקצ'יה, ע' ארבל וא' רובינשטיין.	
ג	העתירה בדנ"פ 24/08 נדחתה ברוב דעות של הנשיאה ד' ביניש, המשנה לנשיאה א' ריבלין והשופטים א' פרוקצ'יה, א' א' לוי, מ' נאור, ע' ארבל, א' רובינשטיין וס' גובראן נגד דעתו החולקת של השופט א' גרוניס.	

ד	אפרת ברזילי, אוהד גורדון – בשם העותרת בדנ"פ 10987/07 והמשיבה בדנ"פ 24/08;	
	יאיר גולן, נחשון שוחט – בשם המשיב בדנ"פ 10987/07 והעותר בדנ"פ 24/08;	
ה	שרון אברהם-ויס – בשם האגודה לזכויות האזרח (המבקשת להצטרף לעתירות);	
	ערן גולן, עמית גורביץ – בשם קו לעובד (המבקשת להצטרף לעתירות).	

פסק דין

הנשיאה ד' ביניש:

ז	השאלה העומדת לדיון נוסף בשתי העתירות שלפנינו היא כיצד יש לפרש את הגדרת המונח "עובד הציבור" בסעיפים 34כד ו-290(ב) לחוק העונשין,	
---	--	--

התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), ואם יש להחיל איזו מהגדרות אלה על עובדים הממלאים תפקיד מטעם המדינה אך אינם מועסקים ישירות על ידי המדינה.

א

רקע עובדתי ופסק הדין מושא הדיון הנוסף

ב

ג

ד

ה

ו

ז

1. נפרט תחילה את עובדות המקרה, שאינן שנויות במחלוקת, המצויות ברקע הדיון המשפטי. העותר בדנ"פ 24/08 (להלן: העותר) עבד בחברת האבטחה "מיקוד" כאחראי משמרת של צוות מאבטחים בלשכת מינהל האוכלוסין של משרד הפנים במזרח ירושלים. העותר, יחד עם מאבטח נוסף ועם אדם ששימש כמתווך, קשרו קשר שלפיו יכניסו פונים ללשכה תוך עקיפת התור בתמורה לתשלום בסך של כ-500 ש"ח לאדם. נכונות הפונים לשאת בתשלום בעבור עקיפת התור נבעה מהעומס הרב ששרר באותה עת בלשכה, שהביא לכך שמאות אנשים עמדו מדי יום בתור בכניסה ללשכה, ולא כולם זכו לקבל שירות. העותר ושותפיו קיבלו תשלום בעבור הכנסת פונים ללשכה תוך עקיפת התור בעשרות מקרים, ובסך הכול שלשל העותר לכיסו סכום של 15,000 ש"ח לפחות. במקרה נוסף הבטיח העותר לסוכנת סמויה כי יכניסה ללא תור ללשכה לאחר שזו הביעה את הסכמתה לשכב עימו, אולם בסופו של דבר הוא הבטיח לה כי יאפשר לה להיכנס ללשכה ללא תור גם אם לא תשכב עימו. נוסף על כך, ניצל העותר את מעמדו במספר רב של מקרים נוספים כדי להכניס ללשכה אנשים ללא תור, בתמורה לתשלום כספי ולטובות הנאה או לבקשת חברים. במקרים אחרים הכניס העותר נשים שהמתינו בתור בטרם הגיע תורן, ובתמורה הוא דרש מהן את מספר הטלפון שלהן ולאחר מכן הטריד אותן בטלפון. במקרים נוספים מנע העותר כניסת נשים ממתונות שלא נענו לחיזוריו, והוא אף סילק מהתור אדם שהעיר לו על התנהגותו.

נגד העותר הוגש כתב אישום לבית המשפט המחוזי בירושלים, ובו יוחסו לו עבירות של לקיחת שוחד, של ניסיון ללקיחת שוחד, של הטרדה באמצעות מכשיר בזק ושל שימוש לרעה בכוח המשרה. לפי הסדר טיעון שגובש, הודה העותר במעשים המפורטים לעיל. עם זאת, טען העותר בהליך בבית המשפט המחוזי כי, לנוכח היותו עובד של חברת "מיקוד", אין הוא נחשב מבחינה משפטית ל"עובד ציבור"; וכי על כן יש לזכותו מהעבירות של לקיחת שוחד,

של ניסיון ללקיחת שוחד ושל שימוש לרעה בכוח המשרה, שבהן היותו של הנאשם "עובד הציבור" היא יסוד מן היסודות העובדתיים של העבירה. בית המשפט המחוזי דחה את טענותיו המשפטיות של העותר, הרשיעו בעבירות שיוחסו לו והטיל עליו עונש של שש שנות מאסר בפועל, שנה מאסר על-תנאי, וקנס בסך 15,000 ש"ח או שישה חודשי מאסר תמורתו.

א

העותר הגיש ערעור על פסק דינו המרשיע של בית המשפט המחוזי, ופסק הדין בערעור שהגיש העותר לבית משפט זה הוא מושא הדיון הנוסף שלפנינו. בפסק הדין מושא הדיון הנוסף נחלקו דעות השופטים בשאלת היותו של העותר "עובד הציבור", כהגדרתו של מונח זה בסעיפים 290-כ34 (ב) לחוק העונשין, ולפיכך הגיעו לתוצאות שונות באשר לעבירות שבהן יש להרשיע את העותר.

ב

2. סעיף 34כ34 לחוק העונשין, הקובע הגדרות לעניין עבירה, קבע 11 חלופות שונות להגדרת המונח "עובד הציבור" בחוק העונשין ובהן, בין היתר, ההגדרות שעלו בדיון לפנינו כרלוונטיות לסוגיה הנדונה, ואלה הן:

ג

"הגדרות 34 כד. [...]"

– "עובד הציבור"

ד

(1) עובד המדינה, לרבות חייל כמשמעותו בחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955;

[...]

ה

(10) נושא משרה או תפקיד על פי חיקוק, בין במיננו, בין בבחירה ובין בהסכם, אף אם איננו אחד מעובדי הציבור המנויים בפסקאות (1) עד (9)."

ו

נוסף להגדרה הכללית למונח "עובד הציבור" בסעיף 34כ34 לחוק העונשין, על חלופותיו, קבועה בסעיף 290(ב) לחוק העונשין הגדרה נוספת למונח "עובד הציבור", שהיא מיוחדת לעבירת לקיחת השוחד. הגדרה זו מרחיבה את ההגדרה הכללית הקבועה בסעיף 34כ34 לחוק העונשין וכוללת גם את מי שהוא "עובד של תאגיד המספק שירות לציבור". כך קובע סעיף 290 לחוק העונשין:

ז

א "לקיחת 290. (א) עובד הציבור הלוקח שוחד בעד פעולה הקשורה בתפקידו, דינו – מאסר שבע שנים או מאסר שבע שנים עם קנס עשרת אלפים לירות.

ב (ב) בסעיף זה, 'עובד הציבור' – לרבות עובד של תאגיד המספק שירות לציבור".

ג השאלה שהתעוררה בפסק הדין מושא הדיון הנוסף הייתה אם איזו מההגדרות דלעיל למונח "עובד הציבור" עשויה לחול על מאבטח בחברת שמירה פרטית שסיפקה שירותי שמירה למדינה. בפרשה שלפנינו התעוררה השאלה, כפי שיפורט בהמשך, בנוגע לעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה לפי סעיף 280 לחוק העונשין, שהעותר הורשע בביצועה בבית המשפט קמא ושלגביה רלוונטית ההגדרה הכללית למונח "עובד הציבור" הקבועה בסעיף 34כד לחוק העונשין; וכן באשר לעבירות של לקיחת שוחד ושל ניסיון ללקיחת שוחד, שעליהן חלות הן ההגדרה הכללית שבסעיף 34כד לחוק העונשין והן ההגדרה המרחיבה יותר הקבועה בסעיף 290(ב) לחוק העונשין. כן התעוררה בפסק הדין מושא הדיון הנוסף מחלוקת פרשנית בדבר תחולתו ויישומו של הכלל הפרשני הקבוע בסעיף 34כא לחוק העונשין, שלפיו כאשר "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין". בהתאם לכך הגיע כל אחד משופטי ההרכב למסקנה שונה באשר להוראות הדין החלות על עניינו של העותר.

ד 3. עמדתו של השופט א' גרוניס בפסק הדין מושא הדיון הנוסף התבססה במידה רבה על הכלל הקבוע בסעיף 34כא לחוק העונשין, בדבר אימוץ הפרשנות המקילה עם הנאשם. בהתחשב בכלל זה ובחשיבותו של עקרון החוקיות בפלילים, קבע השופט גרוניס כי בתחום הפלילי יש לנקוט גישה פרשנית שונה מזו הנוהגת בשטחי משפט אחרים, וכי בפרשנותו של חוק פלילי יש ליתן משקל נכבד למשמעות הרגילה של מילותיו. על רקע גישה פרשנית זו קבע השופט גרוניס כי העותר אינו עונה להגדרה הכללית של המושג "עובד

הציבור" בסעיף 34 כד לחוק העונשין או להגדרת המושג הקבועה בסעיף 290(ב) לחוק העונשין לצורך עבירת לקיחת השוחד. באשר לחלופות השונות הקבועות בסעיף 34 כד לחוק העונשין קבע השופט גרוניס כי אין מתקיימת לגבי העותר חלופת "עובד המדינה", כיוון שאין קשר העסקה בינו לבין המדינה ומאחר ששירותי האבטחה, על אף חשיבותם וחיוניותם, אינם חלק מליבת עבודתה של לשכת מינהל האוכלוסין, שבה עבד העותר. עוד קבע השופט גרוניס כי אין מתקיימת לגבי חברת "מיקוד" החלופה הקבועה בסעיף 34 כד(8) לחוק העונשין, העוסקת בגוף שהממשלה שותפה בהנהלתו. כן הוסיף השופט גרוניס כי אין די בכך שהיבטים מסוימים של תפקיד המאבטח במוסד ציבורי מוסדרים בחוק להסדרת הבטחון בגופים ציבוריים, התשנ"ח-1998 (להלן: החוק להסדרת הביטחון), כדי להכניס את העותר לגדר החלופה הקבועה בסעיף 34 כד(10) לחוק, שעניינה הוא ב"נושא משרה או תפקיד על פי חיקוק". זאת, משום שחלופה זו מייחדת את עצמה, לשיטת השופט גרוניס, לתפקיד אשר נוצר והוגדר על ידי החוק. נוסף על כך, הגיע השופט גרוניס, כאמור, למסקנה כי העותר אינו עונה אף להגדרה המרחיבה יותר למונח "עובד הציבור", הקבועה בסעיף 290(ב) לחוק העונשין, המתייחסת ל"עובד של תאגיד המספק שירות לציבור". זאת, בהסתמך על המבחנים השונים שנקבעו בפסיקת בית משפט זה בסוגיה האמורה ובהתחשב בכלל הפרשני הקבוע בסעיף 34 כד לחוק העונשין. עוד יצוין כי פסק דינו של השופט גרוניס התבסס גם על ההלכה שנקבעה בע"פ 472/74 אבוטבול נ' מדינת ישראל [1] (להלן: עניין אבוטבול), שלפיה חברת שמירה פרטית המספקת שירותי שמירה למדינה אינה נחשבת ל"תאגיד המספק שירות לציבור" לצורך עבירת השוחד. מאחר שמצא השופט גרוניס כי אין מתקיימות בעניינו של העותר הגדרות המונח "עובד הציבור" הקבועות בסעיפים 34 כד ו- 290(ב) לחוק העונשין, הגיע הוא לכלל מסקנה כי יש לזכות את העותר מן העבירות של לקיחת שוחד, של ניסיון ללקיחת שוחד ושל שימוש לרעה בכוח המשרה. לעומת זאת, סבר השופט גרוניס כי, בהתאם להוראת סעיף 216 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, יש להרשיע את העותר בעבירה של עושק, לפי סעיף 431 לחוק העונשין, על אף שלא הואשם בה.

השופט א' א' לוי הגיע בפסק דינו לכלל מסקנה, כי יש לראות בעותר "עובד ציבור" לצורך עבירת לקיחת השוחד, שכן, כך קבע השופט לוי, פרשנות תכליתית של המונח "תאגיד המספק שירות לציבור", המבוססת על מהות

א השירות שמספק התאגיד, מאפשרת לכלול במונח זה גם את חברת "מיקוד", שעל ידיה הועסק העותר. נוסף על כך, עמד השופט לוי בפסק דינו על ההבחנה בין הגדרת המונח "עובד הציבור" בסעיף 290(ב) לחוק העונשין בהתייחס לעבירה של לקיחת השוחד לבין הגדרתו הכללית בסעיף 34כד לחוק העונשין, שהיא ההגדרה הרלוונטית לעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה, שגם בה הורשע העותר בבית המשפט המחוזי. בהקשר זה הוסיף השופט לוי כי אם עובד של "תאגיד המספק שירות לציבור" היה עונה גם להגדרה הכללית בסעיף 34כד הנ"ל, הרי שלא היה טעם בהגדרה הנוספת הקבועה בסעיף 290(ב) לחוק העונשין, והיא הייתה הופכת לאות מתה. במקרה שלפנינו, הסכים השופט לוי עם עמדתו של השופט גרוניס באשר לאי התקיימותן בעותר של החלופות השונות הקבועות בסעיף 34כד לחוק העונשין להגדרת המונח "עובד הציבור". לפיכך, קבע אף הוא כי יש לזכות את העותר מהעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה.

ג השופטת ע' ארבל הצטרפה לעמדתו של השופט לוי בכל הנוגע לתחולתו של סעיף 290(ב) לחוק העונשין על העותר ולהרשעתו של העותר בעבירות של לקיחת שוחד ושל ניסיון ללקיחת שוחד. בפסק דינה ציינה השופטת ארבל כי ברבות השנים חלו בפסיקתנו התפתחויות שהביאו לכרסום מה בהלכת אבוטבול [1], שעליה הסתמך השופט גרוניס בפסק דינו, והוסיפה כי כרסום זה הוא מובן על רקע תהליכי ההפרטה המאפיינים את השירות הציבורי בישראל בשנים האחרונות, שהביאו לשינוי באופיו בהשוואה לאופיו בעת שנקבעה הלכת אבוטבול [1]. בשונה מעמדת השופטים גרוניס ולוי, הגיעה השופטת ארבל לכלל מסקנה כי מתקיימת לגבי העותר גם החלופה להגדרת המונח "עובד הציבור" הקבועה בסעיף 34כד(10) לחוק העונשין, שעניינה הוא ב"מי שנושא משרה או תפקיד על פי חיקוק". זאת, לנוכח ההסדרה של תפקיד המאבטח בגוף ציבורי בחוק להסדרת הביטחון ולנוכח הצביון הציבורי שיש לתפקיד זה. משכך, מצאה השופטת ארבל כי יש להרשיע את העותר לא רק בעבירות של לקיחת שוחד ושל ניסיון ללקיחת שוחד, אלא גם בעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה.

ט סיכומו של דבר, בדעת רוב של השופטים לוי וארבל הורשע העותר בעבירות של לקיחת שוחד ושל ניסיון ללקיחת שוחד, לפי סעיף 290 לחוק העונשין, ובדעת רוב של השופטים לוי וגרוניס זוכה העותר מהעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה, לפי סעיף 280 לחוק העונשין. כן הוחלט פה אחד להותיר על כנה

את הרשעת העותר בעבירה של הטרדה באמצעות מכשיר בזק, לפי סעיף 30 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982. עונש המאסר בפועל שהוטל על העותר הופחת בפסק הדין מושא הדיון הנוסף משש שנות מאסר לארבע שנות מאסר.

א

4. העותר וגם המדינה, שהיא העותרת בדנ"פ 10987/07, הגישו עתירות לקיום דיון נוסף בשאלות הפרשניות שהתעוררו במקרה שלפנינו. בשל חשיבותן הציבורית והמשפטית של הסוגיות שהתעוררו בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, ובמיוחד בהתחשב במחלוקת שהתגלעה בין שופטי ההרכב, החלטתי, על פי הסמכות הנתונה לי בסעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, לקיים דיון נוסף בשתי העתירות לפני הרכב של תשעה משופטי בית משפט זה. ביום 13.5.2008 נשמעו לפנינו טיעוני הצדדים בדיון שקיימנו בעתירות.

ב

ג

טענות הצדדים

5. לפנינו, אפוא, עתירות הן מטעם העותר, הן מטעם המדינה, המופנות נגד המסקנות המשפטיות שנקבעו בפסק הדין לעניין פרשנות המונח "עובד הציבור", שהוא יסוד מיסודות העבירה בעבירות שיוחסו לעותר. מלבד המחלוקת בשאלת היותו של העותר "עובד הציבור", בהתאם לאיזו מההגדרות למונח זה בחוק העונשין, הכול מסכימים כי יתר היסודות של העבירות שבהן הורשע העותר מתקיימים בפרשה שלפנינו.

ד

6. העותר טוען כי אין מתקיימת לגביו אף לא אחת מההגדרות של המונח "עובד הציבור" הקבועות בחוק העונשין, ועל כן יש לזכותו לא רק מהעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה, כפי שקבעו השופטים גרוניס ולוי, אלא גם מהעבירות של לקיחת שוחד ושל ניסיון ללקיחת שוחד, כפי שקבע (בדעת מיעוט) השופט גרוניס.

ה

ו

טיעוני העותר מתמקדים בעיקרם בסוגיה של היקף שיקול הדעת הפרשני הנתון לבית המשפט בבואו לפרש הוראת חקיקה פלילית. השאלה הקונקרטי, שלטענת העותר מתעוררת בהקשר זה, היא באיזו מידה רשאי בית המשפט לנקוט גישה פרשנית מרחיבה ותכליתית גם בנסיבות שבהן פרשנות לשונית של

ז

א ההוראה הפלילית כפשוטה עלולה שלא לעלות בקנה אחד עם תכליתה של הוראת החקיקה הרלוונטית, ואפילו כאשר התוצאה עשויה להביא לזיכויו של נאשם באופן שאינו מתיישב עם שיקולי צדק במובנם הרחב. בסוגיה זו מבקש העותר להסתמך על פסק הדין בעניין אבוטבול [1], שבו הכירו השופטים ח' כהן ומ' לנדוי בקושי שנוצר כתוצאה מאי החלת ההגדרה של "תאגיד המספק שירות לציבור" בנסיבות אותו מקרה, ואף על פי כן לא נמנעו מלעשות כן לאור לשונה של הוראת החוק הרלוונטית, שלא חל בה שינוי מאז שניתן פסק הדין בעניין אבוטבול [1] ועד למקרה שלפנינו. לטענת העותר, לאור מהותו של הדין הפלילי ולנוכח תוצאותיו הפוגעניות הקשות לגבי הפרט, קשה לקבל את הפיכתה של הלכה משפטית אך משום שבית המשפט אימץ גישה פרשנית שונה ובלא שחל שינוי בלשון של הוראת החוק הרלוונטית, על אף שבית המשפט התריע לפני המחוקק, כבר בשנת 1975, בעת שניתן פסק הדין בעניין אבוטבול [1], על הצורך בתיקון החקיקה. לטענת העותר, גישתה הפרשנית של המדינה, כפי שתפורט להלן, אינה מיישמת נכונה את גישת הפרשנות התכליתית במשפט הישראלי ואין בה כל ביטוי להבחנה בין המשפט הפלילי לבין תחומי משפט אחרים באשר לאופן יישומה של הפרשנות התכליתית. גישתה הפרשנית של המדינה מבטאת, כך טוען העותר, תפישה הדוגלת בהגשמה מקסימלית של הערך המוגן שביסוד הנורמה הפלילית על אף הפגיעה בעקרון החוקיות בפלילים. גישה זו אף סותרת, לטענת העותר, את תכליתו של סעיף 34כא לחוק העונשין, שלפיה במצב של ספק פרשני יש להחיל את הפירוש המקל עם הנאשם, ועלולה להביא להפיכתו של הכלל הפרשני המעוגן בסעיף לאות מתה.

ב כל הנוגע למהות העבירות שבהן הואשם, טוען העותר כי המחוקק ביקש להגדיר איסורים מיוחדים נוספים ומחמירים באשר לעובדי ציבור מעבר לדיני העונשין הכלליים, ולשם כך קבע חלופות שונות להגדרת המונח "עובד הציבור", שאותן יש לראות כרשימה סגורה. עצם שינויה של המציאות החברתית וקיומה של מגמת הפרטה בשירות הציבורי אין בכוחו להביא, כך טוען העותר, להרחבה פרשנית של החלופות השונות שנקבעו על ידי המחוקק. לטענת העותר, הדרך הראויה להתמודדות עם השינויים הנובעים ממגמת ההפרטה היא באמצעות חקיקה מתאימה, שעשויה לעורר דיון ציבורי בסוגיית ההפרטה ובמעמד של "עובדי ההפרטה". בהקשר זה מוסיף העותר וטוען כי אין לאפשר למדינה להעסיק בעקיפין ציבור גדול של עובדים תוך שלילת

מעמדם כעובדי ציבור במשפט האזרחי, אך לראותם כעובדי ציבור דווקא לצורך המשפט הפלילי. כן טוען העותר כי אין להתייחס לכלל "עובדי ההפרטה" כאל קבוצה הומוגנית, שכן בקבוצה זו נכללים עובדים הנושאים בתפקידים שונים שזיקתם למערכת השלטון אינה אחידה.

א

באשר לחלופה הקבועה בסעיף 290(ב) לחוק העונשין, העוסקת, כזכור, ב"עובד של תאגיד המספק שירות לציבור", טוען העותר, בהסתמך על הלכת אבוטבול [1], כי חלופה זו מתמקדת בתאגיד ובמאפייניו ולא בתפקיד המיוחד שהוטל על עובד זה או אחר של התאגיד. בהקשר זה מדגיש העותר כי חברת "מיקוד", שבה עבד, היא חברה פרטית לחלוטין, הרשאית לבחור את לקוחותיה לפי רצונה, וכי בהתקשרות החוזית שלה עם משרד הפנים נכללו רק 35 מבין כ- 2,500 עובדיה. בהתאם לחוזה של החברה עם משרד הפנים, סופקו שירותי החברה על בסיס קבלני, ובחברה עצמה, כך מציין העותר, אין – ולא היה – כל מימד ציבורי, ולא היה כל גורם ציבורי שהשתתף בהנהלתה. עוד מוסיף העותר וטוען כי פסיקתו של בית משפט זה החילה עד כה את ההגדרה של "תאגיד המספק שירות לציבור" רק על גופים דו מהותיים שיש להם אופי ציבורי מובהק, כגון התעשייה האווירית, חברת "פי גלילות בע"מ" וקופת חולים; ואילו החלטה על חברת אבטחה פרטית היא, לטענתו, מתייחסת יתר מלאכותית של ההגדרה. העותר ממשיך וטוען כי עמדתם של השופטים לוי וארבל בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, שלפיה יש להתמקד במהות השירות הניתן על ידי התאגיד ולא ב"נפח" פעולתו במתן שירות לציבור, היא עמדה שפורצת לחלוטין את גבולות ההגדרה של "תאגיד המספק שירות לציבור" שבסעיף 290(ב) לחוק העונשין. עמדה זו מביאה, כך לפי העותר, להעתקתו של מרכז הכובד של ההגדרה מאופי התאגיד לאופי התפקיד הנדון, בניגוד לגישה שננקטה עד כה בפסיקתו של בית משפט זה.

ב

ג

ד

ה

באשר לחלופות השונות להגדרת המונח "עובד הציבור" הקבועות בסעיף 34כד לחוק העונשין, טוען העותר בתוקף נגד גישת המדינה (שתואר להלן), שלפיה יש להגדיר את המונח באמצעות מבחן מסגרת פונקציונלי – שכן גישה זו מנוגדת, כך נטען, לדיון הקיים ולעצם פירוטן של החלופות השונות להגדרת המונח בסעיף 34כד הנ"ל. בטיעונו מתייחס העותר גם לחלופות הקונקרטריות שנדונו על ידי בית משפט זה בפסק הדין מושא הדיון הנוסף. בנוגע לחלופת

ו

ז

א "עובד המדינה", הקבועה בסעיף 34כד(1) לחוק העונשין, טוען העותר כי יש ליתן למונח "עובד המדינה" את משמעותו המקובלת והיומיומית, ואין להחילו על כלל העובדים הפועלים בשירות המדינה. בנוגע לחלופת ה"חיקוק" שבסעיף 34כד(10) לחוק העונשין טוען העותר, בהסתמכו על עמדתם של השופטים גרוניס ולוי בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, כי החלופה הנזכרת נוגעת לתפקיד שנוצר ושהוגדר על ידי החוק וכי אין די בכך שמדובר בתפקיד שהיבטים מסוימים שלו מוסדרים על פי חוק (במקרה דנן – החוק להסדרת הביטחון).

ב 7. המדינה טוענת בעתירתה כי העותר הוא "עובד הציבור" הן על פי הגדרת המונח "עובד הציבור" בסעיף 290(ב) לחוק העונשין (החל על "עובד של תאגיד המספק שירות לציבור"), כפי שקבעו השופטים לוי וארבל, הן על פי הגדרת המונח בסעיף 34כד(10) לחוק העונשין, החל על "מי שנושא משרה או תפקיד על פי חיקוק", כפי שקבעה (בדעת מיעוט) השופטת ארבל. כן טוענת המדינה כי, בניגוד לקביעתם של השופטים גרוניס ולוי, מתקיימת בעותר גם החלופה של "עובד המדינה" הקבועה בסעיף 34כד(1) לחוק העונשין. לפיכך, טוענת המדינה כי יש להרשיע את העותר לא רק בעבירות של לקיחת שוחד ושל ניסיון ללקיחת שוחד, אלא גם בעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה. יצוין כי עתירת המדינה נועדה להרחיב את הגדרת "עובד הציבור" בדרך פרשנית כדי לקבוע את תחולתן של הנורמות הפליליות על עובדים בתפקידים שונים הקשורים למתן שירות לציבור ב"עידן ההפרטה". עם זאת, יצוין כי המדינה אינה מבקשת להחמיר בעונשו של העותר.

ה עתירת המדינה לדיון נוסף מתמקדת בפרשנותן של החלופות להגדרת המונח "עובד הציבור" בסעיף 34כד לחוק העונשין ולתחולתן במקרה דנן, גם בכל הנוגע לעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה. לטענת המדינה, הפרשנות שאימץ בית המשפט לחלופות הקבועות בסעיף 34כד הנ"ל היא פרשנות דווקנית ומצמצמת, שעלולה לפטור עובדים רבים – הממלאים תפקיד במנגנון הציבורי אך שאינם מועסקים ישירות על ידי המדינה – מציות לנורמות ההתנהגות הראויות לעובדי ציבור. בהקשר זה מצביעה המדינה על הצורך הקיים, לשיטתה, לקשר בין התכליות העומדות ביסוד העבירות החלות על עובדי ציבור לפי חוק העונשין לבין תופעת ההפרטה ומיקור החוץ של תחומי פעילות שונים של

המנגנון הציבורי, שהביאה לכך שבשנים האחרונות מופקד נתח נכבד מפעילותו של מנגנון זה בידי עובדים שאינם מועסקים ישירות על ידי המדינה. טענותיה של המדינה נוגעות בעיקרן לדחיית החלופה הקבועה בסעיף 34כד(1) לחוק העונשין, שעניינה הוא ב"עובד המדינה", והחלופה הקבועה בסעיף 34כד(10) לחוק העונשין, הנוגעת ל"נושא משרה או תפקיד על פי חיקוק". עוד טוענת המדינה כי "חלופת התאגיד" הקבועה בסעיף 290(ב) לחוק העונשין לגבי העבירה של לקיחת השוחד היא מוגבלת בהיקפה ואינה מספקת "פתרון מלא" לעבירת השוחד, שכן עלולים להיות גילויי שוחד מצידם של "עובדי הפרטה" שאינם מועסקים על ידי תאגיד. כן טוענת המדינה כי ההלכה שנקבעה בפסק הדין מושא הדיון הנוסף יוצרת קושי משפטי לנוכח הפער בין הפרשנות התכליתית שניתנה ל"חלופת התאגיד" בסעיף 290(ב) הנ"ל לבין הפרשנות המצמצמת שניתנה לחלופות "עובד המדינה" וה"חיקוק" בסעיפים 34כד(1) ו-34כד(10) לחוק העונשין. לטענת המדינה, תוצאה זו מביאה ליצירתו של פער ניכר בין קבוצת העובדים שהנמנים עימה ייחשבו לעובדי ציבור לצורך עבירת השוחד, לבין קבוצת העובדים שעליה יוחלו יתר העבירות הנוגעות לעובדי ציבור.

א

ב

ג

ד

על פי האמור לעיל, חולקת המדינה על הפרשנות שניתנה על ידי דעת הרוב בפסק הדין מושא הדיון הנוסף (השופטים גרוניס ולוי) לפרשנותן של חלופת "עובד המדינה" ושל חלופת ה"חיקוק" בסעיף 34כד לחוק העונשין. לטענת המדינה, יש לפרש את החלופות הנזכרות פרשנות תכליתית, המבוססת על הערכים המוגנים בהגדרת המונח "עובד הציבור" המעגן מבחן מסגרת המשתלב בחלופות הקבועות בסעיף 34כד הנ"ל. לשיטתה של המדינה, בפרשנות המונח "עובד הציבור" יש לבדוק בדיקה מהותית את מאפייני התפקיד שממלא העובד במסגרת הציבורית ואת צביונו הציבורי של התפקיד, תוך כדי התמקדות בהיבטים הפונקציונליים של התפקיד ולא בזהות מעסיקו הישיר של העובד. כך, בנוגע לחלופת "עובד המדינה" בסעיף 34כד(1) לחוק העונשין, טוענת המדינה כי ניתן וצריך לפרשו כמתייחס לעובדים הממלאים חלק אינטגרלי ממנגנון הפעולה שבאמצעותו פועלות המדינה ורשויותיה, גם אם אין הם מקבלים את שכרם מקופת המדינה. באשר לחלופת ה"חיקוק" בסעיף 34כד(10) לחוק העונשין טוענת המדינה כי אין להגביל את תחולתה של חלופה זו רק לתפקידים שנוצרו בחוק, שהוא מובן מצמצם מאוד המותיר מחוץ לגדר החלופה תפקידים

ה

ו

ז

רבים, בעלי אופי ציבורי מובהק ואשר מוסדרים בחוק. עם זאת, המדינה מכירה בכך שאין די בעצם ההסדרה של העיסוק בתחום מסוים בחיקוק כדי להפוך את העוסקים באותו תחום לעובדי ציבור, ולפיכך היא גורסת שיש לבחון את אופי הציבורי של התפקיד באמצעות בחינת האופן שבו הוא הוסדר בחוק. לשון החוק, כך טוענת המדינה, אינה מונעת פרשנות המגשימה את תכליות העבירה. כן טוענת המדינה כי הפרשנות המוצעת על ידיה אינה סותרת את הכלל הפרשני הקבוע בסעיף 34כא לחוק העונשין או את עקרון החוקיות בפלילים.

ב בהקשר זה, מוסיפה המדינה וטוענת כי הפרשנות המוצעת על ידיה – המתייחסת גם ל"עובדי הפרטה" המבצעים פעילות בעלת צביון ציבורי, כ"עובדי ציבור" לפי חוק העונשין – אינה פרשנות גורפת, והיא תמנע את החלת האיסורים על "עובדי הפרטה" אחרים שתפקידיהם רחוקים מבחינה מהותית מהתכליות של דיני השחיתות. כאשר לטענות העותר בדבר היעדר "סימטריה" בהגדרת המונח "עובד הציבור" בענפי משפט שונים (כגון דיני הנוזיקין, דיני העבודה ודיני העונשין), טוענת המדינה כי ההבדלים בהגדרת המונח בענפי משפט שונים מתחייבים מן התכליות השונות העומדות ביסוד כל אחד מענפי המשפט.

ד עוד יצוין כי, מטבע הדברים, המדינה אינה חולקת על הפרשנות שניתנה על ידי שופטי הרוב (השופטים לוי וארבל) בפסק הדין מושא הדיון הנוסף להגדרה "עובד של תאגיד המספק שירות לציבור" שבסעיף 290(ב) לחוק העונשין, שעליה מבוססת הרשעת העותר בעבירות של לקיחת שוחד ושל ניסיון ללקיחת שוחד. בהקשר זה טוענת המדינה כי הוראת הסעיף מתמקדת בתאגיד ובשירות המסופק על ידיו לציבור וכי ההלכה הפסוקה יישמה חלופה זו תוך כדי בחינת מהותית של השירות, של מידת תלותו של הציבור בשירות ושל אינדיקציות נוספות שפותחו בפסיקה.

ה דיון

8. הסוגיה העיקרית המתעוררת בדיון נוסף זה היא, אפוא, כיצד יש לפרש את הגדרותיו השונות של המונח "עובד הציבור" הקבועות בסעיפים 34כד ו-290(ב) לחוק העונשין. מפאת חשיבותן לענייננו נחזור להלן על לשון שתי ההגדרות:

"הגדרות 34כד. [...]"

'עובד הציבור' –

(1) עובד המדינה, לרבות חייל כמשמעותו בחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955;

(2) עובד רשות מקומית או רשות חינוך מקומית;

(3) עובד מועצה דתית;

(4) עובד המוסד לביטוח לאומי;

(5) עובד בנק ישראל;

(6) עובד ההסתדרות הציונית העולמית, הסוכנות היהודית לארץ ישראל, קרן קיימת לישראל, קרן היסוד – המגבית המאוחדת לישראל, לרבות חבר מועצה או הנהלה במוסדות אלה;

(7) עובד לשכת שירות התעסוקה;

(8) עובד מפעל, מוסד, קרן או גוף אחר שהממשלה משתתפת בהנהלתם, לרבות חבר מועצה או הנהלה בגופים אלה;

(9) בורר;

(10) נושא משרה או תפקיד על פי חיקוק, בין במינוי, בין בבחירה ובין בהסכם, אף אם איננו אחד מעובדי הציבור המנויים בפסקאות (1) עד (9);

(11) דירקטור מטעם המדינה בחברה ממשלתית, בחברה בת ממשלתית או בחברה מעורבת, כמשמעותן בחוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975, וכן עובד של חברה כאמור או אדם המועסק בשירותה".

א

ב

ג

ד

ה

ו

ז

- א
- א "לקיחת שוחד (א) 290. עובד הציבור הלוקח שוחד בעד פעולה הקשורה בתפקידו, דינו – מאסר שבע שנים או מאסר שבע שנים עם קנס עשרת אלפים לירות.
- ב (ב) בסעיף זה, 'עובד הציבור' – לרבות עובד של תאגיד המספק שירות לציבור.
- ג
- ד היותו של הנאשם "עובד הציבור" הוא יסוד מהיסודות העובדתיים של שלוש מבין העבירות שבהן הואשם העותר – העבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה, לפי סעיף 280 לחוק העונשין, והעבירות של לקיחת שוחד ושל ניסיון ללקיחת שוחד, לפי סעיף 290 לחוק העונשין. כאמור לעיל, אין חולק כי יתר היסודות של העבירות האמורות מתקיימים במקרה שלפנינו. כמו כן, הכול מסכימים כי כאשר לעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה, ההגדרה הרלוונטית למונח "עובד הציבור" היא זו הקבועה בסעיף 34כד לחוק העונשין (על החלופות השונות הקבועות בסעיף זה), וכי בנוגע לעבירת לקיחת השוחד ההגדרות האפשריות לצורך שכלול העבירה הן גם ההגדרה הכללית למונח "עובד הציבור" הקבועה בסעיף 34כד לחוק העונשין וגם ההגדרה המיוחדת הקבועה בסעיף 290(ב) לחוק העונשין. המחלוקת בעניינו של העותר היא, אפוא, אם בהתחשב בעובדה שהוא לא הועסק ישירות על ידי המדינה אלא על ידי חברת שמירה פרטית, שסיפקה למדינה שירותי שמירה בלשכת מינהל האוכלוסין, ניתן לראותו כ"עובד הציבור" בהתאם לאחת משלוש ההגדרות הבאות: "עובד המדינה", לפי סעיף 34כד(1) לחוק העונשין; "נושא משרה או תפקיד על פי חיקוק", לפי סעיף 34כד(10) לחוק העונשין; ו"עובד של תאגיד המספק שירות לציבור", לפי סעיף 290(ב) לחוק העונשין.
- ה פרשנות בפלילים – סעיף 34כא לחוק העונשין
- ו 9. השאלה בדבר המשמעות שתיתן למונח "עובד הציבור" בסעיפים 34כד ו-290(ב) לחוק העונשין היא במהותה שאלה פרשנית, ותשובתנו לשאלה נגזרת מעקרונות הפרשנות התכליתית הנקוטים בדינו. היא אף מביאה בחשבון את

הכלל הפרשני הקבוע בסעיף 34כא לחוק העונשין ואת משמעותו כאשר ליתר העקרונות המשפיעים על פרשנות החוק. סעיף 34כא לחוק העונשין קובע לאמור:

א

"פרשנות 34כא. ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין".

ב

כלל הפרשנות המקילה עם הנאשם, הקבוע בסעיף 34כא לחוק העונשין, מבטא את הצורך להתחשב בפגיעה האינהרנטית בזכויות אדם הכרוכה בהפעלת הדין הפלילי, והוא נגזר מעקרון החוקיות בפלילים (ראו ע"פ 2597/04 דויטמן נ' מדינת ישראל [2]), בפסקה 7 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה, להלן: עניין רויטמן). עקרון החוקיות בפלילים קובע כי אין להטיל אחריות פלילית על אדם בלא יסודות העבירה והעונש הצפוי בגינה נקבעו בחוק או על פיו (ראו שניאור זלמן פלר יסודות בדיני עונשין כרך א [42], בעמ' 4-5). עקרון החוקיות נגזר מהתפישה, המתחייבת מעקרונות יסוד של צדק והגינות העומדים בבסיס שיטתנו המשפטית, שלפיה "אין עונשין אלא אם כן מזהירין", והוא מחייב קביעתו של קו גבול ברור ככל הניתן בין ההתנהגות המותרת לבין התנהגות האסורה על פי חוק, בד בבד עם הגדרה של עוצמת החומרה שמייחס המחוקק להתנהגות עבריינית מסוימת. עקרון החוקיות מעוגן כיום בסעיף 1 לחוק העונשין, הקובע כי אין ענישה אלא לפי חוק, ובסעיף 3 לחוק העונשין, הקובע כי אין עונשין למפרע, אולם עקרון החוקיות הוכר בפסיקתו של בית משפט זה עוד בטרם זכה לעיגון חקיקתי (ראו ע"פ 205/73 רוט נ' מדינת ישראל [3], בעמ' 372).

ג

ד

ה

כלל הפרשנות המקילה עם הנאשם, הקבוע בסעיף 34כא לחוק העונשין, הוא כלל פרשני המבטא, כאמור, תפישה הנגזרת מעקרון החוקיות, שלפיה יש לפרש את הדין הפלילי הן על פי לשונו, הן על פי תכליתו. אולם, רק כאשר ההוראה העונשית ניתנת לכמה פירושים סבירים לפי תכליתה, וכל אחד מהפירושים מגשים את תכלית הדין, מופעלת התוצאה המקילה הקבועה בסעיף 34כא (ראו דנ"פ 1558/03 מדינת ישראל נ' אטד [4], בעמ' 558, להלן: עניין אטד). בנסיבות

ז

א כאלה, אין להשית על אדם אחריות פלילית בגין מעשה מסוים כאשר בין הפירושים האפשריים ללשונה של הוראת החוק הרלוונטית קיים פירוש סביר, העולה בקנה אחד עם תכלית אותה הוראה, ולפיו ניתן שלא להטיל אחריות פלילית (או להטיל אחריות פלילית ברמה מופחתת) בגין אותו מעשה.

ב בפסק הדין מושא הדיון הנוסף נחלקו השופטים בעמדותיהם באשר לאופן יישומו של הכלל הקבוע בסעיף 34כא לחוק העונשין, ובפרט בנוגע למשקל היחסי שיש ליתן ללשון הוראה פלילית מסוימת, שפרשנותה עומדת על הפרק, לעומת המשקל שיש ליתן לשאיפה להגשים ככל הניתן את תכליתה של אותה הוראה. עמדתו של השופט גרוניס הייתה כי בתחום הפלילי יש משקל כבד ללשון החוק, ואין לחרוג לחומרה ממשמעותן הרגילה של מילות החוק הפלילי, לא רק לאחר בדיקת תכליתו של החוק אלא עוד בעת קביעתו של מתחם הפרשנויות האפשריות הסבירות מבחינה לשונית. עמדתו זו של השופט גרוניס התבססה על הנחת המוצא כי המחוקק אינו מתכוון להטיל על הפרט איסור פלילי בלשון שאינה בהירה ונהירה לו, ועל קיומה של חזקת תכלית שלפיה אין החוק מתכוון ליצור איסור פלילי מעבר לזה העולה מהמובן הטבעי של מילותיו. לעומת זאת, פסק דינו של השופט לוי התבסס על הגישה שלפיה כלל הפרשנות המקילה עם הנאשם יחול ככלל של הכרעה רק בתום התהליך הפרשני, אם יתברר בסוף התהליך, ולאחר שנבחנו לשון ההוראה הרלוונטית ותכליתה, כי קיימים שני פירושים שווי מעמד להוראת החוק הפלילית. גישתה של השופטת ארבל בפסק הדין מושא הדיון הנוסף הייתה כי יש חשיבות רבה לכך שהחוק הפלילי יהיה ברור ומובן, כדי שתוגדר במדויק ההתנהגות שאותה מבקש המחוקק לאסור. עם זאת, הביעה השופטת ארבל את העמדה כי לשם ההגנה על הערך המוגן העומד ביסוד החוק אין מנוס, לעתים, ממתן פרשנות רחבה במעט מן המשמעות המילולית המפורשת העולה מלשון החוק ומשימוש זהיר במושגים עמומים או רחבים יחסית, שיחולו גם על מעשים אסורים שלא בהכרח נצפו על ידי המחוקק. זאת, גם אם לא יהיה באותה פרשנות כדי להביא לוודאות מוחלטת באשר למשמעותה של הוראת החוק.

10. בעקבות חבריי, מבקשת אף אני להתחקות אחרי הפרשנות של הביטוי "עובד הציבור" לצורך בחינתן של שתי העתירות שבהן מתעורר הצורך בפרשנות זו. נזכור תחילה מושכלות יסוד שהתגבשו בפסיקתנו בכל הנוגע

לפרשנותו של ביטוי בחוק בכלל – וביטוי בחוק פלילי בפרט. בדרך שהתווה הנשיא ברק ושקנתה לה שביתה בשיטתנו המשפטית, נתחיל כל מסע פרשני בלשון החוק, ומבין המשמעויות האפשריות מבחינה לשונית נבחר בזו המגשימה במידה הרבה ביותר את תכלית החוק. מהלך פרשני זה אף עולה בקנה אחד עם פסיקתו של בית משפט זה באשר לפרשנותו של סעיף 34כא, שבה נקבע כי הסעיף נועד לעגן בחוק את הפרשנות התכליתית בפלילים והוא מחייב את בית המשפט ליישמה (ראו: ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל [5], בעמ' 310–311; עניין אטד [4], בעמ' 557). המהלך הפרשני שנקבע בסעיף 34כא לחוק העונשין מורכב, אפוא, משני שלבים (ראו: ע"פ 8573/96 מרקדו נ' מדינת ישראל [6], בעמ' 500, להלן; עניין מרקדו; עניין אטד [4], בעמ' 556).

כך נקבע כבר בפסיקתנו כי בשלב הראשון על הפרשן לבחון את לשונו של דבר החקיקה הרלוונטי ואת תכליתו ולקבוע אם יש לדבר החקיקה הנדון כמה פירושים אפשריים סבירים מבחינה לשונית, המגשימים את תכליתו. על תכליתו של דבר החקיקה ניתן ללמוד ממקורות שונים המוכרים במשפטנו ככלי עזר לפרשנות החוק. עם מקורות אלה נמנים, בין היתר, לשונו של דבר החקיקה, מיקומו בחוק והשתלבותו בהוראות חקיקתיות אחרות הנוגעות לעניין. על הפרשן להגדיר מהי התכלית הסובייקטיבית ומהי התכלית האובייקטיבית של דבר החקיקה הנדון, ולאזן ביניהן. התכלית הסובייקטיבית משקפת את כוונתו של יוצר החוק והיא נלמדת במידה רבה מההיסטוריה החקיקתית של דבר החקיקה הרלוונטי (ראו בג"ץ 4769/90 זידאן נ' שר העבודה והרווחה [7], בעמ' 161–162). תכליתו האובייקטיבית של דבר החקיקה היא עניין נורמטיבי והיא משקפת את הערכים ואת עקרונות היסוד שבבסיס שיטת המשפט, שההנחה היא כי כל דבר חקיקה מבקש לקדם ולא לנגוד להם (ראו בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו [8], בעמ' 329). לאחר שהפרשן קובע את תכליתו של דבר חקיקה מסוים, עליו לבחור מבין הפירושים האפשריים הסבירים של לשונו של דבר החקיקה את המשמעות שמגשימה טוב יותר מכל משמעות אחרת את תכליתו של הדין. לפיכך, אם הפרשן מגיע למסקנה כי יש רק פירוש סביר אחד ללשונו של דבר החקיקה, המגשים את תכליתו, זהו הפירוש שלפיו יש לנהוג, שכן "אין לבחור במוכן אפשרי שאינו מגשים את תכליתו של הדין" (עניין אטד [4], בעמ' 557; כן ראו ע"פ 6070/04 שיוח נ' מדינת ישראל [9], בעמ' 93). זאת, בין

שאותו פירוש מחמיר עם הנאשם ובין שהוא מקל עימו בהשוואה לפירושים אפשריים אחרים, מבחינה לשונית, של דבר החקיקה הנדון.

- א השלב השני במהלך הפרשני שנקבע בסעיף 34 ככא לחוק העונשין יוצא אל הפועל רק כאשר נמצא שלדבר חקיקה מסוים יש יותר מפירוש סביר אחד המגשים את תכליתו. בנסיבות אלה, שבהן יש כמה אפשרויות פרשניות סבירות, אשר עשויות להגשים את תכליתו של דבר החקיקה הנדון, יוחל הכלל הקבוע בסעיף 34 ככא לחוק העונשין, ומבין אותן פרשנויות תיבחר הפרשנות המקילה יותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דבר חקיקה (ראו: עניין טסד [4], בעמ' 558; עניין מרקדו [6], בעמ' 500; ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל [10], בעמ' 549–550). התנאי לבחירה בפרשנות המקילה עם הנאשם הוא, אפוא, שנבחנות האפשרויות הפרשניות הסבירות, שעולות בקנה אחד עם תכלית החקיקה, ונמצא כי כפות המאזניים הן מעוינות (ראו אהרן ברק "על פרשנותה של הוראה פלילית" [52], בעמ' 351, להלן: ברק, "פרשנותה של הוראה פלילית"). בהקשר זה נאמר בפסק דין מפי השופטת א' פרוקצ'יה בזו הלשון:

- א "כלל הפירוש בפלילים המקל עם הנאשם מוחל, איפוא, רק בתום התהליך הפרשני של החוק, לאחר שנבחנו הן לשונו והן תכליתו, ורק לאחר שמוצו כל האמצעים הפרשניים המאפשרים עמידה על תכליתו האמיתית. רק אם בסוף תהליך זה יעמדו שני פירושים שווי מעמד להוראת חוק פלילית, כי אז יש להעדיף את הפירוש המקל עם הנאשם" (ראו עניין רויטמן [2], בפסקה 7 לפסק הדין).

- א מוכנה אני לקבל את עמדתו של חברי השופט גרוניס בפסק הדין מושא הדיון הנוסף כי בפרשנותן של נורמות פליליות קיימת גם חזקת תכלית, הנגזרת מעקרון החוקיות, שלפיה תכליתה של נורמה פלילית נלמדת מהמובן הטבעי והרגיל של לשון הנורמה (ראו ברק, "פרשנותה של הוראה פלילית" [52], בעמ' 350–351). חזקת תכלית זו מבטאת את יסוד האזהרה שבעקרון החוקיות ויש להתחשב בה בעת קביעת תכליתה של הנורמה הרלוונטית. עם זאת, בחזקת התכלית המתוארת אין כדי למצות את האופן שבו נקבעת תכליתן של נורמות פליליות, שכן תיתכנה נסיבות שבהן ידרש הפרשן לאזן בין חזקת התכלית האמורה לבין התכליות האחרות של הנורמה הפלילית הרלוונטית ושל הערכים

שהיא נועדה להגשים, שעשויים לסתור את חזקת התכלית בדבר המשמעות הטבעית והרגילה של הלשון. הכול – בשלב הראשון של המהלך הפרשני הקבוע בסעיף 34כא לחוק העונשין, שבו נדרש הפרשן לקבוע את תכליתה של הנורמה הפלילית הנדונה. מקובלת עליי העמדה שמצאה ביטוי בפסיקתנו כי אף בתחום הפלילי אין מניעה לכך שהפירוש שניתן מבחינה לשונית להוראת החוק אינו בהכרח המובן הטבעי והרגיל של לשון הנורמה, ובלבד שבסוף המהלך הפרשני יינתן לנורמה פירוש שהוא אפשרי מבחינה לשונית. כך ייעשה בנסיבות שבהן נמצא כי המובן הטבעי והרגיל של לשון הנורמה, כפשוטה, אינו מגשים את תכליתה, ובלבד שפרשנות זו אינה נסתרת על ידי מובנה האפשרי של לשון החוק (ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט [43], בעמ' 254; לביקורות על הגישה הפרשנית שאומצה בפסיקתו של בית משפט זה, ראו: מרדכי קרמניצר, ליאת לבנון "בית המשפט כמסייע לדבר חקיקה – על הסיוע לדבר עברה ועל הפרשנות בפלילים" [53]; בועז סנג'רו "פרשנות מרחיבה בפלילים! ? האומנם 'אין מחוקק מבלעדי המחוקק ולו בלבד נתכנו עלילות החקיקה'? על נשיא בית-המשפט העליון כמחוקק-על והספד לכלל הפרשנות המצמצמת" [54]).

על בסיס העקרונות הפרשניים שעליהם עמדתי לעיל, נפנה עתה לבחינת ההוראות מושא המחלוקת בענייננו.

"עובד של תאגיד המספק שירות לציבור"

11. בהגדירו את מי שייחשב ל"עובד הציבור" לצורך העבירה של לקיחת השוחד, קובע סעיף 290(ב) לחוק העונשין בזו הלשון: "בסעיף זה: 'עובד הציבור' – לרבות עובד של תאגיד המספק שירות לציבור". אין חולק כי הגדרת הביטוי "עובד הציבור" בסעיף 290(ב) הנ"ל נועדה להוסיף על ההגדרה הכללית של הביטוי "עובד הציבור" בסעיף 34כד לחוק העונשין, שקובעת 11 חלופות של בעלי תפקידים שונים, שייחשבו ל"עובדי ציבור" לצורך חוק העונשין. על מנת לקבוע אם עובד, דוגמת העותר, שאינו מועסק ישירות על ידי המדינה, ייחשב ל"עובד של תאגיד המספק שירות לציבור", עלינו לבחון אם פרשנות כזו היא אפשרית מבחינה לשונית ואם היא עולה בקנה אחד עם תכליות האיסור הפלילי על לקיחת שוחד. כמו כן, בהתאם לכלל הפרשני הקבוע בסעיף 34כא לחוק העונשין, עלינו לבחון אם קיימת פרשנות אחרת לביטוי "עובד של תאגיד

המספק שירות לציבור", המקילה יותר עם העותר, שהיא אפשרית מבחינה לשונית ומתיישבת אף היא עם תכלית הנורמה הקבועה בסעיף 290 לחוק העונשין.

א

מבחינת לשון החוק, אין מניעה מלראות גם בתאגיד פרטי לחלוטין, שעובדיו אינם מועסקים ישירות או בעקיפין על ידי המדינה, "תאגיד המספק שירות לציבור". למעשה, כמעט כל תאגיד המספק שירות ללקוחות כאלה או אחרים, עשוי להיחשב מהבחינה הלשונית ל"תאגיד המספק שירות לציבור". דא עקא, שתוצאה כזו היא בעייתית, שכן יש בה כדי להפוך את ההגדרה של "עובד של תאגיד המספק שירות לציבור" למיותרת. בהקשר זה ציין השופט ח' כהן, כבר לפני למעלה משלושים שנה, כי:

ב

ג

"[...] מן ההכרח הוא למצוא סייג וגדר לדיבור 'תאגיד המספק שירות לציבור'; שאם תאמר, כל תאגיד העשוי לספק אי-פעם שירות כלשהו לציבור כלשהו במשמע, לא השארת תאגיד בעולם שעובדיו אינם 'עובדי ציבור'. אילו היה בכוונת המחוקק [...] להחיל את החוק על עובדי כל התאגידים, היה מיותר על המונח 'עובד הציבור' בסעיף 1(א), ולא היה לו צורך בהגדרה שבסעיף 1(ב) [הכוונה היא לסעיפים בחוק לתיקון דיני העונשין (עבירות שוחד), התשי"ב-1952, שבו נקבעה ההגדרה של 'עובד של תאגיד המספק שירות לציבור', המופיעה כיום בסעיף 290(ב) לחוק העונשין – ד' ב'"] (עניין אבוטבול [1], בעמ' 305).

ד

ה

כאשר נקודת המוצא שלנו, כמוסבר לעיל, היא ששיטת הפרשנות התכליתית חלה גם בתחום הדין הפלילי, יש לקבוע את גבולות הביטוי "תאגיד המספק שירות לציבור" בהתאם לתכלית הביטוי. בטרם נפנה לבחינת תכלית ההגדרה של "תאגיד המספק שירות לציבור" נעמוד בקצרה על הפרשנויות שניתנו עד כה בפסיקתו של בית משפט זה להגדרה הנזכרת.

ו

12. פרשנותו של הביטוי "תאגיד המספק שירות לציבור" העסיקה את בית המשפט, ואת בית המשפט הזה במיוחד, לא מעט במשך השנים. תיקון החוק על ידי הוספת ההגדרה הקבועה כיום בסעיף 290(ב) לחוק העונשין (ושנקבעה לראשונה בחוק לתיקון דיני העונשין (עבירות שוחד) (תיקון מס' 4), התש"ל-

ז

1970, להלן: תיקון מס' 4), נבע מהצורך להחיל את האיסורים על מתן שוחד ועל לקיחתו גם על עובדים המספקים שירות לציבור באמצעות תאגידים שונים שאינם נכנסים בגדר החלופות השונות הקבועות בהגדרה הכללית של המונח "עובד הציבור". צורך זה הלך והתרחב עם השנים ככל שהתרחב השירות הניתן לציבור באמצעות עובדי תאגידים חוץ-ממשלתיים שונים. מסקירת הפסיקה ניתן להסיק כי בית משפט זה נהג לפרש את הביטוי "תאגיד המספק שירות לציבור" בהתאם לתכליות של עבירת השוחד וכי פרשנות זו התפתחה באופן מתמיד – בד בבד עם השינויים החברתיים והכלכליים – על מנת לתת מענה לצורך בהחלת האיסורים הפליליים על מתן שוחד ועל לקיחתו על תאגידים מסוגים שונים. בפסק הדין בעניין אבוטבול [1] הביע השופט ח' כהן את העמדה (שאותה הגביל לנסיבות העניין שלפניו), כי כדי שתאגיד ייחשב ל"תאגיד המספק שירות לציבור" לצורך עבירת השוחד עליו להיות "תאגיד שנוצר לשם שירות הציבור, ושירות זה הוא עיקר תכליתו ועיסוקו" (עניין אבוטבול [1], בעמ' 305). זאת, להבדיל מתאגידים המספקים שירותים ליחידים. כדוגמאות לתאגידים המספקים שירות לציבור הביא השופט ח' כהן את חברת החשמל ואת הקואופרטיבים של התחבורה. מאפיין נוסף של תאגידים המספקים שירות לציבור, לשיטת השופט ח' כהן, הוא שהם חייבים לספק את שירותם לכל דורש ושהם אינם רשאים לבחור את מקבלי השירות כרצונם. על בסיס עמדה זו הגיע השופט ח' כהן למסקנה כי אין לראות את חברת השמירה הפרטית, שסיפקה שירותי שמירה בנמל אשדוד ושלגביה התעוררה הסוגיה בעניין אבוטבול [1], כ"תאגיד המספק שירות לציבור", שכן אותה חברה לא סיפקה שירותים לכלל הציבור אלא לבעלי חוזה בלבד, שהממשלה הייתה ביניהם. השופט לנדוי הצטרף למסקנתו של השופט ח' כהן, אולם הוא הביע את העמדה כי ההגדרה של "תאגיד המספק שירות לציבור" אינה מחייבת כי אותו תאגיד יספק שירות לציבור כתפקידו העיקרי דווקא, אלא כי מדובר יהיה בתאגיד המספק שירות לציבור במישורין ולא בעקיפין (ראו עניין אבוטבול [1], בעמ' 308). לפיכך, לשיטתו של השופט לנדוי, לא היה מקום לראות את חברת השמירה שעניינה נדון באותו מקרה כ"תאגיד המספק שירות לציבור" משום שהיא סיפקה את שירותי השמירה להנהלת המכס, ואילו השירות שלה לציבור נעשה בעקיפין בלבד.

בשנים שחלפו מאז שניתן פסק הדין בעניין אבוטבול [1] שבה והתעוררה בפסיקתו של בית משפט זה השאלה בדבר האופן שבו יש לפרש את הביטוי

א "תאגיד המספק שירות לציבור" בסעיף 290(ב) לחוק העונשין. למרות שהפסיקה המשיכה להתמקד בבחינת טיבו של התאגיד הנדון, הרי שהמבחנים שיושמו לבחינת אופי התאגיד הלכו והתגמשו, והגישה שאומצה בפסיקה הייתה כי אין לקבוע קריטריונים נוקשים לעניין זה. כך, למשל, בע"פ 624/81 וינטראוב נ' מדינת ישראל [11] (להלן: עניין וינטראוב) קבעה השופטת מ' בן-פורת כי יש לראות את חברת "פי גלילות בע"מ", שקרוב למחצית הונה הוחזקה על ידי חברה ממשלתית ושיתרת הונה הוחזקה על ידי שלוש חברות הדלק שהיו במדינה באותה עת, כ"תאגיד המספק שירות לציבור". זאת, לנוכח העובדה שהחברה הוקמה על מנת להקים צינור דלק ולאחסן דלק בעבור שלוש חברות הדלק שהיו הצרכניות היחידות של החברה, ובכך ביצעה – גם אם בעקיפין – שירות שהביא תועלת לציבור. בהקשר זה ציינה השופטת בן-פורת כי:

ג "סיכומו של דבר, השאלה הקארדינאלית היא, מה טיבו של התאגיד, שהעסיק את הנאשם, שעה שנטל את השלמונים בעד פעולה הקשורה בתפקידו, ואין לקבוע מסמרות בדבר כלי העזר, שבאמצעותם יגיע בית המשפט למסקנה בכואו לחשוף את אופי התאגיד לאשורו" (עניין וינטראוב [11], בעמ' 381).

ד עוד הוסיפה השופטת בן-פורת כי בהחילו את דיני השוחד על "תאגיד המספק שירות לציבור" ביטא המחוקק את רצונו "להחיל אותם דינים על כל גוף, אשר מעצם טיבו ומהות תפקידו מעניק שירות לציבור" (עניין וינטראוב [11], בעמ' 382). גישה דומה נקטה השופטת בן-פורת גם בפסק הדין בע"פ 288/81 קישלס נ' מדינת ישראל [12] (להלן: עניין קישלס), שבו נקבע כי התעשייה האווירית לישראל בע"מ היא "תאגיד המספק שירות לציבור" לצורך עבירת השוחד (אם כי הסוגיה העיקרית שנדונה בעניין קישלס [12] הייתה אם ניתן לראות במערער באותה פרשה – מזכיר ועד העובדים של התעשייה האווירית – עובד של התעשייה האווירית, ולא אם התעשייה האווירית היא תאגיד המספק שירות לציבור). עוד נקבע במהלך השנים בפסיקתו של בית משפט זה כי ניתן לראות בעובד של ההסתדרות הכללית "עובד של תאגיד המספק שירות לציבור" (ראו ד"נ 35/79 יפת נ' מדינת ישראל [13]); כמו גם בעובד של קופת חולים (ראו ע"פ 477/89 בן יצחק נ' מדינת ישראל [14]).

ז

פסק דין נוסף, שבו נדונה השאלה מהו "תאגיד המספק שירות לציבור" לפי סעיף 290(ב) לחוק העונשין, הוא פסק דינו של השופט (כתוארו אז) ש' לוי בנ"ע 247/84 דידי נ' מדינת ישראל [15]. בפסק דין זה עמד השופט ש' לוי על הבעייתיות שמעוררת ההגדרה הקבועה בסעיף 290(ב) לחוק העונשין וציין בהקשר זה, בפסקה 4, כי:

א

"ההגדרה המרחיבה של 'עובד הציבור' בסעיף 290(ב) מעוררת בעיות לא קלות. מחד גיסא אין ההגדרה האמורה מגבילה את הוראות הסעיף לתאגיד בשליטה ציבורית ואדם עשוי להיחשב 'עובד הציבור' גם כשהוא עובדו של תאגיד שהוא בבעלות פרטית מובהקת, כמו ארגון וולונטרי פרטי המואגד בתאגיד; מאידך גיסא לא יבוא תאגיד בשערי ההגדרה אלא אם כן הוא (ולא העובד) מספק שירות ולא לכל דיכפין אלא לציבור דווקא. אכן בתי המשפט נזהרו מלקבוע הגדרה כוללנית של המקרים הבאים בתחומו של סעיף 290."

ב

ג

עם זאת, התייחס השופט ש' לוי, בפסקה 5 לפסק דינו, למאפיינים אפשריים של תאגיד שייחשב ל"תאגיד המספק שירות לציבור" לפי סעיף 290(ב) לחוק העונשין:

ד

"גם אני כקודמי אמנע מלקבוע הגדרות כוללניות לדיבור 'תאגיד המספק שירות לציבור'; נוכח מגוון המצבים העשויים להתעורר, שנסיבותיהם אינן ניתנות לחיזוי, הדבר אינו נחוץ ואינו רצוי. מסכים אני לדברי השופטת בן-פורת שבכל מקרה קונקרטי עלינו לחפש במסכת העובדות כלי עזר כדי לבחון את טיבו של התאגיד שבו מדובר; השאלה בידי מי הבעלות או השליטה על התאגיד יכולה לשמש כאינדיקטור יחד עם אינדיקטורים אחרים, למהותו של התאגיד ממש כפי שניתן להביא בחשבון כלי עזר אחרים כגון היקף השירות וטיבו, הזכות לבחור את הלקוחות, הסיבסוד הניתן לתאגיד מכספי הציבור ומידת הפיקוח הציבורי על פעילותו של התאגיד. השאלה אם יש להרשיע נאשם בעבירה לפי סעיף 290(א), לפי ההגדרה המורחבת שבפסקה (ב), תיפתר לאחר שקילת כל הראיות,

ה

ו

ז

א האינדיקטורים וכלי העזר והשאלה שבית המשפט צריך להשיב עליה היא האם קיימת הצדקה עניינית להשוות מבחינת האחריות הפלילית את עובד התאגיד הנאשם לעובדי הציבור האחרים הנזכרים בסעיף 2 לחוק [שבו היו מפורטות באותה עת החלופות השונות להגדרת 'עובד הציבור', הקבועות כיום בסעיף 34 ככד לחוק העונשין – ד' ב'].

ב מגמת ההגמשה של המבחנים להחלתם של דיני השוחד על תאגידים פרטיים באה לידי ביטוי מובהק בפסק דינו של בית משפט זה בע"מ 122/84 מנצור נ' מדינת ישראל [16] (להלן: עניין מנצור). בפסק דין זה, שניתן מפי השופטת ט' שטרסברג-כהן, נקבע שניתן לראות בבנק "תאגיד המספק שירות לציבור", על אף שמדובר בגוף מסחרי שנושא עניו לרווחים. למסקנה זו הגיעה השופטת שטרסברג-כהן לנוכח התפקיד העיקרי שממלאים הבנקים במשק הלאומי, לנוכח העובדה שהם נותנים שירות חיוני במישרין לכלל הציבור ולנוכח הפיקוח הממשלתי החמור שמוטל עליהם. מגמה זו באה לידי ביטוי מובהק אף יותר בפסק הדין בעניין מרקדו [6], שניתן מפי השופט א' גולדברג, שבו התעוררה השאלה אם ניתן לראות בקרן נאמנות "תאגיד המספק שירות לציבור" לפי סעיף 290(ב) לחוק העונשין. בפסק דינו הממצה והמעמיק עמד השופט א' גולדברג על הרציונלים העומדים בבסיס החלתם של דיני השוחד על תאגידים המספקים שירות לציבור:

ה "סעיף זה [סעיף 290(ב) לחוק העונשין – ד' ב'] הרחיב את עבירת השוחד בכך שהחילה גם על תאגידים פרטיים המספקים שירות לציבור. ביסוד הרחבה זו מובלעת ההנחה שקיימים תאגידים פרטיים, אשר חבים חובת נאמנות בעלת גוון ציבורי, והפרת חובה זו מגעת כדי שוחד. הסעיף נועד לתפוש ברשתה של עבירת השוחד גופים 'דו-מהותיים', המתאפיינים בכך ש'שתי מהויות, מינהלית ופרטית משמשות בה כאחד. ומדרכו של עולם יש שמתוך כך משמשות שתי מהויות אלה בערבוביה' [...]

ז יש הסוברים כי התמורות החלות במבנה המשק הישראלי, המתבטאות בהפרטת שירותים ציבוריים, יטשטשו בעתיד את הגבול שבין המשפט הציבורי למשפט הפרטי [...]

[...] בתי-המשפט, שנדרשו עד כה להכריע אם גוף הוא 'תאגיד המספק שירות לציבור', נמנעו מלקבוע הגדרה נוקשה למקרים הבאים בתחומו של סעיף 290(ב) לחוק. שכן 'נוכח מגוון המצבים העשויים להתעורר שנויבותיהם אינן ניתנות לחיזוי, הדבר אינו נחוץ ואינו רצוי' [...] אכן, אין לכלוא את הפרשנות לרכיב הנסיבתי 'תאגיד המספק שירות לציבור' בכלל נוקשה, ואין לקבוע רשימה סגורה של מבחני עזר. עם זאת, יש מקום לקבוע את הבסיס הרעיוני להרחבה.

א

ב

[...] כאמור, מרחיב סעיף 290(ב) את תחולת עבירת השוחד על גופים שאמנם אינם נמנים 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 תאגידים פרטיים, עד לקביעת תוצאות עונשיות לפעולות המסכנות את תקינות פעולתם.

ג

[...] יש שנוכח 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 מיוחד, שיש בה להצדיק את תחולת עבירת השוחד גם עליו" (עניין מרקדו [6], בעמ' 510–511).

ד

ה

בפסק דינו הדגיש, אפוא, השופט א' גולדברג כי חיוניות השירות וצמצום של מרחב הבחירה של הפרט הם שני היסודות שעליהם יש לבסס את הקביעה אם תאגיד מסוים צריך שייחשב ל"תאגיד המספק שירות לציבור". בנוגע ליסוד החיוניות הצביע השופט א' גולדברג על אינדיקציות שונות לקביעה כי השירות שמספק התאגיד לציבור הוא חיוני, ובהן: מטרת הקמתו של התאגיד; טיב השירות שהוא מספק; טיב הסמכויות המוקנות לו; מידת מעורבות המדינה בהנהלתו; הגבלת זכותו של התאגיד לבחור את לקוחותיו; קבלת תמיכה מכספית

ו

ז

הציבור; מידת הפיקוח הציבורי על פעולות התאגיד (ראו עניין מרקדו [6], בעמ' 512). באשר ליסוד בדבר גבולותיו של מרחב הבחירה של הפרט ציין השופט א' גולדברג כי יש לבחון, בראש ובראשונה, את מספר הגופים המספקים את השירות הנדון וכן את יכולתו של האזרח לבחור "בחירה מדעת" בין התאגידיים השונים המספקים אותו שירות (ראו עניין מרקדו [6], בעמ' 512–513). השופט א' גולדברג המשיך וקבע כי יש להתייחס לקרנות נאמנות כאל "תאגיד המספק שירות לציבור". זאת, הן משום שהשירות שמספקות קרנות הנאמנות, שהן אפיק עיקרי להשקעה בשוק ההון, הוא שירות חיוני לציבור, הן משום שבפועל, היכולת של המשקיעים לממש את מרחב הבחירה בין קרנות הנאמנות השונות היא מוגבלת, שכן למשקיע מן השורה חסרים כלים להעריך את טיב השירות המסופק (ראו עניין מרקדו [6], בעמ' 559–560).

הגישה הגמישה לפרשנות המונח "תאגיד המספק שירות לציבור" באה לידי ביטוי גם בפסק דינה של השופטת מ' נאור בע"פ 10735/04 גולדמן נ' מדינת ישראל [17] (להלן: עניין גולדמן). בפסק דין זה, שבו התעוררה השאלה אם ניתן לראות בחבר ועד של אגודה שיתופית ביישוב קהילתי "עובד של תאגיד המספק שירות לציבור", ציינה השופטת נאור כי:

"בית משפט זה הציב קריטריונים לבחינה האם תאגיד נכלל בגדר סעיף 290(ב) לחוק, אולם נוכח ריבוי המצבים ומגוון האפשרויות, הוא נמנע מלקבוע מסמרות בהגדרת המונח. בין שאר האינדיקציות, יש לבחון את הבעלות, השליטה ומידת הפיקוח על התאגיד; טיב השירות שניתן והיקפו; דרך מימון התאגיד; חופש הפעולה של התאגיד לברור את לקוחותיו, ומנגד, חופש הפעולה של הכלל לפנות לתאגיד – והכל, בכפוף לנסיבות העניין [...]" (עניין גולדמן [17], בפסקה 8 לפסק הדין).

בנסיבות אותו מקרה, קבעה השופטת נאור כי לנוכח הקשר בין האגודה השיתופית ליישוב – ובהתחשב בתפקידים שמילאה האגודה השיתופית – ניתן לראות באגודה השיתופית "תאגיד המספק שירות לציבור" לצורך העבירה של לקיחת שוחד.

13. מן האמור לעיל עולה, אפוא, כי בפסיקת בית משפט זה ננקטה במהלך השנים – מאז ניתן פסק הדין בעניין אבוטבול [1] – גישה מרחיבה לפרשנות הביטוי "תאגיד המספק שירות לציבור" שהביאה להחלת עבירות השוחד על מגוון גדל והולך של תאגידים. בהקשר זה התפתחו, כמתואר לעיל, קריטריונים שונים, שאינם קשיחים, לצורך הקביעה אם יש לראות בתאגיד זה או אחר "תאגיד המספק שירות לציבור" לצורך עבירות השוחד. בין אותם קריטריונים, שאינם בגדר רשימה סגורה, ניתן למנות את חיוניות השירות שמספק התאגיד, את טיב השירות, את זהותם של בעלי התאגיד, את מידת הפיקוח הממשלתי על פעילות התאגיד, את אופן מימון פעילותו של התאגיד ואת מידת סבסודו מכספי הציבור, את מידת שיקול הדעת הנתון לתאגיד בבחירת לקוחותיו ואת יכולתם של הפרטים מקרב הציבור לבחור בחירה מדעת בין התאגידים השונים המספקים אותו שירות. בד בבד עם השימוש בקריטריונים הנזכרים יש לפרש את המונח "תאגיד המספק שירות לציבור" בהתאם לתכליתיה של העבירה בדבר לקיחת השוחד, שבה נקבע מונח זה.

14. עבירות השוחד הן חלק משורה של עבירות, הקבועות בחוק העונשין, שנועדו להנהיג נורמות של התנהגות ראויה בקרב עובדי ציבור ולמנוע גילויי שחיתות מצידם. בפסיקתנו הוכרו שלושה ערכים עיקריים שעליהם נועדו האיסורים הפליליים על מתן שוחד ועל לקיחתו להגן: טוהר המידות של פקדי הציבור, שנועד להבטיח כי האנשים שבידם מופקדים כוחות וסמכויות לפעול בשם הרשות ושחבים חובת נאמנות לציבור, יפעלו ביושר ובהגינות; פעילות התקינה של המינהל, שעלולה להשתבש אם עובדי ציבור שנתון להם שיקול דעת ישקלו שיקולים זרים בשל שוחד שניתן להם; אמון הציבור במערכת השלטונית, שהוא חיוני לקיום חיים דמוקרטיים תקינים ושעלול להיפגע אם השירות הציבורי יתפש בעיני הציבור כמושחת וכמי שעובדיו נוהגים לקבל שוחד (ראו: רע"פ 5905/98 רונן נ' מדינת ישראל [18], בעמ' 734–735; ע"פ 1877/99 מדינת ישראל נ' בן עטר [19], בעמ' 709–710; ע"פ 8027/04 אלגריסי נ' מדינת ישראל [20], בפסקה 6 לפסק דינה של השופטת א' חיות). על רקע התכליות הנזכרות של עבירות השוחד יש לבחון מהם אותם התאגידים שתכליתיהן של עבירות השוחד חלות לגביהם, ושהערכים שעליהם נועדו להגן האיסורים הפליליים על מתן שוחד ולקיחתו, רלוונטיים לגביהם. לעניין זה יפים דברים שאמרה השופטת בן-פורת בזו הלשון:

א "כוונת המחוקק להגן על טוהר המידות של עובדי הציבור היא הבסיס, שלאורו יש לפרש את סעיף 290, בין אם הביטוי המפורש הוא 'תאגיד המספק שירות לציבור' (ע"פ 624/81 [...] ה"ל), או 'עובד' או 'בעד פעולה הקשורה בתפקידו'" (עניין קישלס [12], בעמ' 624).

ב נסיבות המקרה שלפנינו הן דוגמה ל"עידן ההפרטה" שבו אנו מצויים כיום, שבו תפקידים רבים במנגנון הציבורי – שבוצעו בעבר על ידי עובדים של המדינה או של גוף ציבורי אחר – מבוצעים על ידי עובדים של תאגידים פרטיים. ככל שתהליך זה מביא לשינויים במציאות העובדתית והמשפטית הנוהגת במנגנון הציבורי, ובלי לנקוט עמדה באשר לחיוב או לשלילה בתהליך זה לגופו של עניין, אין זה ראוי כי בית משפט זה יתעלם מהשינויים המתרחשים במציאות שסביבו. כדי להגשים את תכליותיה של עבירת השוחד במציאות הנוכחית נראה כי, בד בבד עם המבחנים, שעוצבו במהלך השנים בפסיקתנו לאפיון תאגידים המשרתים את הציבור, כמפורט בפסקה 12 לעיל, מן הראוי להשתמש לשם כך בשני מבחנים נוספים הקשורים זה לזה: האחד, מהות התפקיד שממלא התאגיד בפעילות המנגנון הציבורי; האחר, היקף שיקול הדעת והסמכויות המוקנים לעובדי התאגיד והמופעלים על ידיהם כלפי הציבור.

ה להשקפתי, ככל שתאגיד מסוים ממלא תפקיד ממשי יותר בפעילות המנגנון הציבורי, ככל שבמילוי תפקיד זה מפעילים עובדי התאגיד סמכויות של ממש כלפי הציבור שעימו הם באים במגע, ככל שבפעילותם הם משמשים מעין זרוע ארוכה של רשויות המדינה, וככל שנתון לאותם עובדים שיקול דעת רחב יותר בפעילותם אל מול הציבור הנזקק לשירות – כך תגבר הנטייה לראות בעובדי תאגיד זה כעובדים של "תאגיד המספק שירות לציבור" לצורך עבירות השוחד. זאת, משום שלקחת שוחד על ידי עובדי תאגיד בעל מאפיינים אלה פוגעת בערכים המוגנים על ידי עבירות השוחד – טוהר המידות של המחזיקים בתפקידים ציבוריים, תקינותה של פעולת המינהל בהפעלתן השוויונית של הסמכויות השלטוניות ואמון הציבור ברשויות השלטון – במידה שאינה פחותה בהכרח מלקחת שוחד על ידי עובדים המועסקים ישירות על ידי המדינה. לבחינת מהותו של התפקיד שממלא תאגיד מסוים במנגנון הציבורי, לאופי השירות שעובדיו מעניקים לציבור, כמו גם להיקף הסמכויות ושיקול הדעת

המוקנים לעובדיו, יש, אם כן, חשיבות מיוחדת על רקע תופעת ההפרטה ומיקור החוץ של פונקציות שונות במנגנון הציבורי.

א. 15. אכן, אין חולק כי – בעקבות תהליכי ההפרטה ומיקור החוץ שעובר השירות הציבורי בעשרים השנים האחרונות – יש מספר גדול והולך של תפקידים במנגנון הציבורי, אשר, בניגוד למצב בעבר, מבוצעים כיום על ידי עובדים שאינם מועסקים ישירות על ידי המדינה או על ידי גוף ציבורי כלשהו (ראו: דפנה ברק-ארז "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" [55], בעמ' 472–473; יואב דותן, ברק מדינה "חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים" [56], בעמ' 293–294). בין התפקידים במנגנון הציבורי ש"הופרטו" ניתן למנות גם תפקידים הכרוכים במידה בלתי מבוטלת של שיקול דעת ושל הפעלת סמכות כופה כלפי הציבור, כגון ייצוג המדינה בהליכים פליליים (ראו בג"ץ 1783/00 חיפה כימיקלים בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה [21]); הפעלת בית סוהר באמצעות תאגיד פרטי (ראו פרק ג'2 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971, שעתירה לגבי חוקתיותו תלויה ועומדת כיום לפני בית משפט זה); והפיקוח על נאשמים המשוחררים ממעצר בתנאים שונים, לרבות איזוק אלקטרוני. תהליכים אלה מביאים לכך שהגבולות בין עובדים המועסקים על ידי המדינה לבין עובדים המועסקים על ידי תאגידי פרטיים הולכים ומיטשטשים. בנסיבות אלה הציבור הרחב, שנזקק באופן יומיומי לשירותי רשויות המינהל, אינו יודע פעמים רבות אם עובד זה או אחר שעמו הוא בא במגע מועסק על ידי המדינה או על ידי רשות ציבורית כלשהי, או שמא מועסק אותו עובד על ידי תאגיד פרטי כלשהו. פעמים רבות, עשוי חלק מן העובדים במשרד ממשלתי מסוים להיות מועסק ישירות על ידי המדינה, ואילו עובדים אחרים, העובדים באותו משרד ממשלתי והממלאים אף הם תפקידים שונים במנגנון הציבורי, עשויים להיות מועסקים על ידי מעסיק פרטי (ראו מיכל טביביאן מזרחי העסקת עובדי קבלן ונותני שירותים מן החוץ במשרדי הממשלה [68]).

ב. מכל מקום, תהא מסגרת העיסוק אשר תהא, כלפי הציבור מדובר בעובדים מטעם רשויות המדינה. לפיכך, בכל הנוגע לתכליותיהן של עבירות השוחד והערכים שעליהן הן נועדו להגן – ובלי לנקוט עמדה באשר לתחומי משפט אחרים שבהם מתעוררת סוגיה זו – איני רואה מה טעם יש להבחין בין עובד

א הממלא תפקיד במנגנון הציבורי, שמעסיקתו היא המדינה, לבין עובד הממלא תפקיד זהה, שמעסיקו הוא תאגיד פרטי. באשר לשני סוגי העובדים יש להבטיח כי יפעילו את הסמכויות ה"ציבוריות" המוקנות להם ביושר ובהגינות, תוך כדי שמירה על טוהר מידות. באשר לשני סוגי העובדים תביא שקילת שיקולים זרים על ידיהם, בשל שוחד שניתן להם, לפגיעה בתפקודו התקין של המינהל הציבורי. באשר לשני סוגי העובדים תביא לקיחת שוחד על ידי העובד לפגיעה באמון הציבור ברשויות השלטון.

ב זאת ועוד, הפגיעה בשלושת הערכים המוגנים בגדר עבירות השוחד תהיה, ככלל, רבה יותר עת עסקינן בתפקיד שקיים בו רכיב ממשי יותר של סמכות כפייה או של הפעלת שיקול דעת מצד העובד. במיוחד באשר לסוג זה של תפקידים באים לידי ביטוי מאפייניו הייחודיים של תפקיד "עובד הציבור", המייצג – מבחינת ציבור האזרחים הבא עימו במגע – את רשויות המדינה. מאפיינים אלה של תפקידו של עובד הציבור, העומדים ביסוד האיסור הפלילי על לקיחת שוחד המוטל על עובדי ציבור, מצדיקים גם הם הטלת אחריות פלילית ברמה גבוהה יותר על עובדי תאגידים שממלאים תפקידים בעלי מאפיינים "ציבוריים" דומים.

ד הנה כי כן, ככל שהתפקיד שממלא תאגיד מסוים במנגנון הציבורי הוא ממשי יותר, ככל שעובדי התאגיד נושאים בתפקידים שיש בהם מגע רב יותר עם הציבור הנזקק לשירותי המינהל, וככל שבמילוי אותם תפקידים מפעילים עובדי התאגיד כלפי הציבור סמכויות שיש בהן רכיב ממשי יותר של כפייה או, לחלופין, של שיקול דעת, כך תגבר הנטייה לראות באותו תאגיד "תאגיד המספק שירות לציבור" לצורך עבירות השוחד. זאת, כמובן, נוסף ליתר הקריטריונים שעוצבו לעניין זה בפסיקתנו במהלך השנים. בהקשר זה יש להעיר עוד כי דומה שבשל חומרתן הברורה מאליה של עבירות השוחד ובשל הפסול המוסרי המובהק הכרוך בהן, כמו גם לנוכח העובדה שמתן שוחד ולקיחתו הם הביטויים הבולטים והבוטים ביותר לשחיתות ציבורית, בחר המחוקק – בהחילו עבירות אלה על עובדים של תאגידים המספקים שירותים לציבור – לנקוט גישה מחמירה במיוחד כלפי עבירות השוחד בהשוואה ליתר העבירות החלות על עובדי הציבור.

ז

16. בפסק הדין מושא הדיון הנוסף שלפנינו הביע השופט גרוניס את העמדה כי, בד בבד עם יתר המבחנים שפותחו בפסיקת בית המשפט לפרשנות המונח "תאגיד המספק שירות לציבור", יש לבחון גם איזה "נפח" תופסת פעילות התאגיד במנגנון הציבורי מתוך סך כל הפעילות של התאגיד, וכי בהגבלת הבחינה למקטע שבו פועל התאגיד במנגנון הציבורי, יש משום ויתור מוחלט על השלב של בחינת אופיו של התאגיד.

א

העותר אף הוא גורס בטענותיו כי ביישום ההגדרה "תאגיד המספק שירות לציבור" יש לבחון את "נפח" פעילותו של התאגיד במנגנון הציבורי מתוך כלל פעילות התאגיד, ומוסיף כי עד כה הוחלה ההגדרה של "תאגיד המספק שירות לציבור" רק על גופים דו מהותיים באופן מובהק, שמעצם הווייתם טבוע בהם אופי ציבורי. בהקשר זה מוסיף העותר וטוען כי, כל עוד לא נשתנו ההגדרות הקבועות בחוק למונח "עובד הציבור", אין הצדקה לסטייה מההלכה שנקבעה בעניין אבוטבול [1], שגם בו נדונה, כזכור, השאלה אם יש לראות בעובד של חברת שמירה פרטית, שסיפקה שירותי שמירה למדינה, משום "עובד של תאגיד המספק שירות לציבור" לצורך עבירת השוחד. נשאלת, אפוא, השאלה אם "נפח" או היקף הפעילות של התאגיד כנותן שירות לציבור צריך שיהיו המבחן הבלעדי שיכריע בדבר פרשנות ההגדרה, או שמא יש לבחון לא רק את אופיו של התאגיד אלא גם את מהות התפקידים שעובדיו ממלאים בנסיבות העניין.

ב

ג

ד

17. כעולה מן האמור, בפסק דינו של חברי השופט גרוניס ניתן, למעשה, משקל מכריע לאופיו של התאגיד על פי "נפח" פעילותו לצורך פרשנותה של ההגדרה שבסעיף 290(ב) לחוק העונשין. העותר מבקש מאיתנו לאמץ גישה זו ולקבוע כי ההגדרה חלה רק על תאגיד שה"נפח" המכריע של פעילותו הוא במנגנון הציבורי, או על גופים דו מהותיים בלבד, שמעצם טיבם חל עליהם המשפט הציבורי.

ה

מן הטעמים שפורטו לעיל, איני סבורה כי ניתן כיום לקבוע את היקף או את "נפח" פעילותו של התאגיד במגזר הציבורי כמבחן בלעדי. "נפח" הפעילות של התאגיד בהקשר זה הוא שיקול בין שיקולים, ומובן שההגדרה שבסעיף 290(ב) תחול על גוף שכל פעילותו או עיקר פעילותו הוא לספק שירות שהוא במהותו "שירות לציבור" בהתאם למבחנים שהותוו בסוגיה זו במהלך השנים בפסיקתו

ו

ז

של בית משפט זה. אולם, בנסיבות מתאימות, מחייבת תכלית החקיקה ליתן משקל לא רק להיקף הפעילות של התאגיד ולנפחה, אלא גם למהות התפקיד שממלאים עובדיו באותו מגזר שבו הוא מספק שירות לציבור.

א

"נפח" הפעילות של התאגיד, כמו גם היותו של התאגיד דו מהותי באופיו, עשויים להשפיע על ההכרעה בדבר טיבו של התאגיד כמספק שירות לציבור, אולם אין מדובר בשיקול בלעדי. בכל הנוגע לפרשנות המונח "תאגיד המספק שירות לציבור", הבחינה שצריך שתיעשה באשר לכל תאגיד פרטי הממלא תפקיד זה או אחר במנגנון הציבורי, היא, בין היתר, אם תכליתה של עבירת השוחד הן רלוונטיות לתפקיד שאותו ממלא התאגיד. בהקשר זה יש לבחון, כאמור, לא רק את נפח "הפעילות הציבורית" אלא גם את מהות התפקיד שממלא התאגיד ואת היקף שיקול הדעת והסמכויות הנתונים לעובדיו. היה ונמצא כי מאפיינים אלה אכן מתקיימים באופן ממשי בשירות הניתן על ידי תאגיד פרטי מסוים, הממלא תפקיד במנגנון הציבורי, יש ליתן להם משקל לצורך הכרעה בשאלה אם מדובר ב"תאגיד המספק שירות לציבור". כאשר "נפח" הפעילות מצומצם יותר, אך התפקיד שממלא התאגיד במגזר הציבורי מחייב החלת נורמות מתחום האחריות הציבורית, לרבות הפלילית, יש להביא עניין זה כשיקול רלוונטי להכרעה.

ב

ג

ד

גם הפרשנות שלפיה ההגדרה של "תאגיד המספק שירות לציבור" חלה רק על גופים דו מהותיים, להבדיל מגופים שאינם דו מהותיים, היא פרשנות שאינה נותנת מענה מספק לשאלה הטעונה הכרעה בעניין זה. בהקשר זה לא למותר לציין כי ככל שכוונת המחוקק שניסח את ההגדרה בחוק משמשת כאמת מידה לפרשנותה, הרי שניתן לומר כי ספק אם כוונת המחוקק – בקובעו את ההגדרה של "תאגיד המספק שירות לציבור" לגבי עבירת השוחד, בתיקון מס' 4 – הייתה כי עבירת השוחד תוחל רק על אותם תאגידים שמאוחר יותר הוכרו בפסיקה כ"גופים דו מהותיים". אינדיקציה חשובה לכך היא ההיסטוריה החקיקתית של תיקון מס' 4, שמלמדת כי מגבלות מסוימות שהיו בהצעת החוק בדבר סוג השירותים שאותם יספק התאגיד, כמו גם ההצעה לקבוע רשימה סגורה של גופים שעליהם תחול ההגדרה, לא נתקבלו בנוסח הסופי של החוק שמסתפק בהגדרה הכללית של "תאגיד המספק שירות לציבור" בנוסחה כיום (ראו בהקשר זה עניין וינטראוב [11], בעמ' 382).

ה

ו

ז

אכן, קשה לחלוק על כך שכאשר מדובר בגוף דו מהותי מובהק, כגון חברת החשמל או חברה קדישא, המספק שירות חיוני לציבור, הנושא בסמכויות בעלות אופי שלטוני והממלא תפקיד בעל אופי ציבורי של ממש, הרי שבדרך כלל יתקיימו לגבי גוף מעין זה תכליותיה של עבירת השוחד, ומן הראוי יהיה להכיר בו כ"תאגיד המספק שירות לציבור" לפי סעיף 290(ב) לחוק העונשין (ראו, למשל: בג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ [22]; ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום [23]). עם זאת, אין בהכרח מקום לחפיפה בין ההגדרה של גוף דו מהותי לצורך תחולתם של עקרונות היסוד מהמשפט הציבורי לבין ההגדרה של "תאגיד המספק שירות לציבור" לצורך החלתן של עבירות השוחד. בהקשר זה נזכור כי כבר נקבע בפסיקתנו כי ההגדרה של "תאגיד המספק שירות לציבור" שבסעיף 290(ב) הנ"ל תחול גם על גופים, כגון התעשייה האווירית, בנקים ואף קרנות נאמנות, שספק אם יש לראות בהם גופים דו מהותיים לצורך תחולת כללי המשפט הציבורי. נראה, אפוא, כי בגדרי המונח "תאגיד המספק שירות לציבור", אף אם הוא חל, ככלל, לגבי אותם גופים שיש לראותם כגופים דו מהותיים מבחינת המשפט הציבורי, עשויים להיכלל גם תאגידים שלא יחשבו לגופים דו מהותיים מבחינת המשפט הציבורי, שכן תכליותיה של עבירת השוחד עשויות להיות רלוונטיות לגבי אותם תאגידים, גם בלי שהם יהיו כגופים לכללי המשפט הציבורי.

מן המקובץ עולה כי פרשנותו של המונח "תאגיד המספק שירות לציבור", המבוססת על בדיקת ה"נפח" של פעילות התאגיד במנגנון הציבורי מתוך כלל פעילות התאגיד או על ההבחנה בין גופים דו מהותיים לגופים שאינם דו מהותיים (להבדיל מהשימוש בהבחנה זו כאינדיקציה נוספת לזיהוים של תאגידים המספקים שירות לציבור), היא פרשנות המצמצמת את ההגדרה יתר על המידה ביחס לתכליתה של הוראת החוק. כדי להגשים את התכליות העומדות בבסיס ההרחבה של תחולת עבירות השוחד לתאגידים חוץ-ממשלתיים יש, אם כן, להתמקד, בין היתר, במהות התפקיד שאותו ממלא התאגיד בפעילותו במנגנון הציבורי, ולא רק באופי התאגיד בכללותו. אלמלא כן, עלולים עובדי תאגידים שונים שממלאים בחלק מפעילותם העסקית פונקציות ציבוריות מובהקות להיות פטורים מתחולתן של עבירות השוחד אך משום שבמקביל לאותן פונקציות ציבוריות יש לאותו תאגיד גם פעילות עסקית "רגילה" במגזר

א הפרטי. זאת ועוד, הבחנה מעין זו עלולה להביא אף לפגיעה בעיקרון של שוויון לפני החוק, שכן, לפי הגיונה של גישה פרשנית זו, ייתכן מצב שבו על שני עובדים של תאגידים, הממלאים תפקידים דומים מטעם המנגנון הציבורי, יחולו נורמות פליליות שונות אך משום שפעילותו של תאגיד אחד מתמקדת במגזר הציבורי ואילו פעילותו של התאגיד האחר היא בעיקרה במגזר הפרטי.

ב 18. לאור המסקנה, כי למונח "תאגיד המספק שירות לציבור" יש פירוש סביר אחד העולה בקנה אחד עם תכליתו, איני רואה להחיל על עניין זה את הוראת סעיף 34כא לחוק העונשין – החל רק כאשר לדין פלילי מסוים יש כמה פירושים סבירים שווי מעמד לפי תכליתו.

ג לדעתי, ניתן לקבוע כי לנוכח ההתפתחויות שחלו במציאות הכלכלית והחברתית בישראל מאז ניתן פסק הדין בעניין אבוטבול [1], שעסק בנסיבות עובדתיות דומות לפרשה שלפנינו, אין עוד מקום לאמץ את המבחנים שניתנו באותו פסק דין לביטוי "תאגיד המספק שירות לציבור" כמבחנים בלעדיים. אף אם, על פי מבחנים אלה, הייתה הפרשנות של הדין במועד שבו ניתן פסק הדין בעניין אבוטבול [1] סבירה – ובסוגיה זו איני נדרשת להביע עמדה – הרי כי, להשקפתי, כיום אין ניתן לראות בפרשנות זו פרשנות סבירה של הוראת סעיף 290(ב) לחוק העונשין לפי תכליתה. בעידן שבו שירותים ציבוריים רבים מופעלים על ידי תאגידים חוץ ממשלתיים, אין לומר שמבחני אבוטבול [1] מבטאים את תכליתה של הוראת סעיף 290(ב) הנ"ל. כמובן, לא היה מקום לאמץ את הפרשנות המרחיבה יותר להוראת סעיף 290(ב) לחוק העונשין – גם אם היה בכך כדי לאפשר הגשמה טובה יותר של תכליות ההוראה – אם הדבר היה בלתי אפשרי מבחינת לשון הסעיף. אלא שאיני רואה כל מניעה לשונית מלפרש את הביטוי "תאגיד המספק שירות לציבור" באופן שיגשים את תכליתו. זאת ועוד, אין להתעלם מכך שמאז ניתן פסק הדין בעניין אבוטבול [1], בשנת 1975, ננקטה בפועל בפסיקת בית משפט זה גישה פרשנית תכליתית למונח "תאגיד המספק שירות לציבור"; גישה שהתרחקה מהלכת אבוטבול [1] והחילה, כאמור, את ההגדרה הקבועה בסעיף 290(ב) לחוק העונשין על מגוון גדל והולך של תאגידים. ואכן, בכמה פסקי דין שניתנו בבית משפט זה בנוגע לסוגיה של פרשנות המונח "תאגיד המספק שירות לציבור" לצורך עבירת השוחד, אומצה גישה פרשנית גמישה של מונח זה תוך דחיית הטענות בדבר הצורך לאמץ

פרשנות מצמצמת להוראות הדין הפלילי (ראו: עניין וינטראוב [11], בעמ' 382; עניין קישלס [12], בעמ' 624; עניין מנצור [16], בעמ' 102).

א מן הכלל אל הפרט

19. במקרה שלפנינו מילאה חברת "מיקוד", שבה עבד העותר, תפקיד חשוב במערך האבטחה של לשכת מינהל האוכלוסין של משרד הפנים במזרח ירושלים. עובדי חברת "מיקוד" שביצעו את תפקידי האבטחה בלשכה קיבלו את הנחיותיהם המקצועיות מקצין הביטחון של משרד הפנים. לשכה זו הייתה מקום עבודתו הקבוע של העותר, ששימש כאחראי משמרת של צוות מאבטחים. כפי שציין השופט לוי בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, נוסף לאבטחת המקום – ועד סמכות זו נשללה מהם – עסקו המאבטחים בלשכה גם בסידור התורים ובחלוקת מספרים לממתינים. סמכות זו הביאה, מטבע הדברים, ליצירת מגע קרוב בין המאבטחים, ובהם העותר, לבין קהל הפונים הרב שצבא על דלתות הלשכה. מכוח סמכות זו הוענק למאבטחים כוח רב כלפי הציבור שנדרש לשירותי הלשכה ושלא הייתה לו, כמובן, אפשרות שלא להיזקק לשירותי המאבטחים. כך נוצרה, למעשה, תלות מוחלטת בין הנזקקים לקבלת השירותים בלשכת מינהל האוכלוסין לבין המאבטחים בלשכה. העותר, ועל כך אין חולק, ניצל לרעה את הכוח שניתן לו ואת יחסי התלות שנוצרו בין המאבטחים לבין הפונים ללשכה לשם גביית תשלום בעבור הכנסת פונים ללשכת מינהל האוכלוסין תוך עקיפת התור, ולאותם פונים נחזה הוא בבירור כעובד ציבור. בנסיבות אלה, תכליתיה של עבירת השוחד מתקיימות בחברת "מיקוד" ומחייבות, להשקפתי, התייחסות לאלה מבין עובדיה, ובהם העותר, שמילאו תפקיד מטעם החברה במערך האבטחה של לשכת מינהל האוכלוסין, כאל עובדים של "תאגיד המספק שירות לציבור". בשל התפקיד שמילאה חברת "מיקוד" באמצעות עובדיה במערך האבטחה של משרד הפנים, איני סבורה כי בעובדה שמדובר בחברה פרטית שאינה מתוקצבת על ידי המדינה ושרשאית לבחור את לקוחותיה כרצונה, יש כדי לשלול את אופייה כ"תאגיד המספק שירות לציבור" לצורך עבירת השוחד, עת ממלאת היא תפקיד בעל סמכויות מטעם המדינה כלפי הציבור. משכך, אין, להשקפתי, מניעה מלראות בעותר "עובד של תאגיד המספק שירות לציבור" לפי סעיף 290(ב) לחוק העונשין.

לפיכך, אם תישמע דעתי, יש להשאיר על כנה את הרשעתו של העותר בעבירות של לקיחת שוחד ושל ניסיון ללקיחת שוחד.

א

מיהו "עובד הציבור" לפי סעיף 34 לחוק העונשין?

20. כזכור, המדינה טוענת כי יש להרשיע את העותר גם בעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה, לפי סעיף 280 לחוק העונשין. אף בעבירה זו, היותו של מבצע העבירה "עובד הציבור" הוא חלק מן היסוד העובדתי של העבירה. הכול מסכימים כי לגבי העבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה, ההגדרה הרלוונטית למונח "עובד הציבור" היא ההגדרה הכללית הקבועה בסעיף 34 לחוק העונשין, המונה 11 חלופות שונות שנכללות בהגדרה. מבין אותן חלופות ישנן, כך טוענת המדינה, שתי חלופות שהן רלוונטיות לענייננו, שאותן יש לפרש כחלק ממבחן המסגרת הכללי המעוגן במונח "עובד הציבור". החלופה האחת שהמדינה טוענת לה היא החלופה של "עובד המדינה" הקבועה בסעיף 34(1) לחוק העונשין. החלופה האחרת היא החלופה של "נושא משרה או תפקיד על פי חיקוק" הקבועה בסעיף 34(10) לחוק העונשין.

ב

ג

ד

בכל הנוגע לחלופת "עובד המדינה", השאלה שלגביה חלוקים הצדדים היא אם ניתן לראות אדם כ"עובד המדינה" לצורך הדין הפלילי, בלי שמעסיקתו הישירה תהיה המדינה. טענת המדינה בהקשר זה היא כי אין להתמקד בזהות מעסיקו הישיר של העובד, ויש להבין את החלופה כמתייחסת לעובדים הפועלים בשירות המדינה והמהווים בפעילותם חלק אינטגרלי ממנגנון הפעולה של המדינה. חלופה זו חלה, כך טוענת המדינה, בענייניו של העותר לנוכח היקף סמכויותיו כאחראי משמרת של צוות מאבטחים ובהתחשב בחינויותו של מערך האבטחה בלשכת משרד הפנים בפעילות לשכת מינהל האוכלוסין. באשר לחלופה של "נושא משרה על פי חיקוק", טוענת המדינה כי אין להגביל את תחולתה של החלופה רק למצבים שבהם עסקינן בתפקיד שנוצר בחוק, כפי שקבעו השופטים גרוניס ולוי, אלא גם למצבים שבהם מדובר בתפקיד שמוסדר בחוק, ובלבד שאופן הסדרת התפקיד בחוק או לפיו מלמד על אופיו הציבורי. בענייניו הספציפי של העותר טוענת המדינה, בהסתמך על דעתה של השופטת ארבל בסוגיה זו, כי הסדרתו של תפקיד המאבטח במוסד ציבורי בחוק להסדרת הביטחון מלמדת על אופיו ועל חשיבותו הציבוריים של התפקיד.

ה

חלופת "עובד המדינה"

21. טענותיה העקרוניות של המדינה באשר לפרשנותה של חלופת "עובד המדינה" מקובלות עלינו אך בחלקן, ומכל מקום, אין אנו סבורים כי חלופה זו חלה בענייני הקונקרטי של העותר. עשר החלופות הראשונות להגדרת המונח "עובד הציבור" (ובהן שתי החלופות הרלוונטיות לענייננו), הקבועות כיום בסעיף 34 כד לחוק העונשין, נקבעו לראשונה לפני למעלה מחמישים שנה בחוק לתיקון דיני העונשין (עובדי הציבור), התשי"ז-1957. חוק זה קבע רשימה של תפקידים – רובם תפקידי עובדים בגופים ציבוריים שונים – שאותם יש לראות כעובדי ציבור לצורך הדיון הפלילי. בין הגופים שעובדיהם נחשבים לעובדי ציבור לפי סעיף 34 כד לחוק העונשין, נמנים המדינה, הרשויות המקומיות, המועצות הדתיות, המוסד לביטוח לאומי, ועוד. ברי, אפוא, כי נקודת המוצא של הוראת סעיף 34 כד לחוק העונשין, המשקפת גם את כוונת המחוקק, היא כי עת עסקינן באדם שמעסיקו הישיר הוא אחד מהגופים המנויים בסעיף 34 כד הנ"ל (ולענייננו – אדם שמעסיקתו הישירה היא המדינה), ייחשב אותו אדם ל"עובד הציבור" לצורך הדיון הפלילי. השאלה המתעוררת במקרה שלפנינו היא אם גם אדם שאינו מועסק ישירות על ידי המדינה עשוי להיחשב ל"עובד המדינה" כמשמעו של מונח זה בסעיף 34 כד (1) לחוק העונשין.

22. מבחינה לשונית, נראה כי אין קושי לכלול בהגדרת המונח "עובד המדינה" גם עובד שאינו מועסק ישירות על ידי המדינה, אלא רק ממלא תפקיד זה או אחר במנגנון הציבורי של המדינה. היינו, גם הפרשנות, שלפיה כל עובד בשירות המדינה ייחשב ל"עובד המדינה" לפי סעיף 34 כד (1), וגם הפרשנות שלפיה רק עובד שמועסק ישירות על ידי המדינה ייחשב ל"עובד המדינה", הן אפשריות מבחינה לשונית. פרשנות נוספת למונח, שאף היא אפשרית מבחינת לשונית, היא פרשנות "ביניים" שתחיל אמנם את חלופת "עובד המדינה" גם על עובדים בשירות המדינה שאינם מועסקים ישירות על ידי המדינה, אולם לא על כלל העובדים הללו אלא רק על אלה מביניהם שממלאים תפקידים בעלי מאפיינים מסוימים המצדיקים לראותם כעובדי מדינה לצורך הדיון הפלילי. הבחירה בין האפשרויות הפרשניות השונות צריך, אפוא, שתיעשה בהתאם לתכליתו של סעיף 34 כד לחוק העונשין הקובע, כזכור, את החלופות השונות להגדרת "עובד הציבור" בחוק העונשין. בהקשר זה יש לציין כי כבר נקבע

בפסיקתנו כי אין בהכרח זהות בין הגדרת המונח "עובד" לצורך דיני העבודה לבין הגדרת המונח בענפי משפט אחרים, לרבות הדין הפלילי (ראו: עניין קישלס [12], בעמ' 623-624; דנג"ץ 4601/95 טרוסי נ' בית-הדין הארצי לעבודה [24], בעמ' 828-829, להלן: עניין טרוסי).

ככלל, נראה כי תכליתו העיקרית של סעיף 34 כד היא לקבוע מי הם אותם עובדים שעליהם יחולו הנורמות המיוחדות המתייחסות לעובדי ציבור לפי חוק העונשין. זאת, מתוך תפישה שלפיה תפקידו של עובד הציבור הוא תפקיד בעל מאפיינים מיוחדים, המצדיקים הטלתן של נורמות התנהגות מחמירות יותר על עובדי ציבור בהשוואה לאזרחים מן השורה. מאידך גיסא, מביאים אותם מאפיינים לקביעת נורמות פליליות מיוחדות המבטאות את החומרה שבביצוע עבירות מסוימות דווקא כלפי עובדי הציבור. בין העבירות שמבטאות את הדרישות הנורמטיביות הגבוהות יותר המוטלות על התנהגותם של עובדי ציבור, ניתן למנות את העבירות של גילוי בהפרת חובה והסתרת מידע בידי עובד ציבור, הקבועות בסעיפים 117 ו-117א לחוק העונשין, הוצאת מסמך ממשמורת על ידי עובד ציבור, לפי סעיף 267(ב) לחוק העונשין, ועבירות נוספות, כגון שימוש לרעה בכוח המשרה, לפי סעיף 280 לחוק העונשין, מרמה והפרת אמונים, לפי סעיף 284 לחוק העונשין, וזיוף בידי עובד הציבור, לפי סעיף 421 לחוק העונשין. ההיבט של החומרה שמייחס המחוקק לפגיעה בעובדי ציבור בא לידי ביטוי בעבירות של העלבת עובד הציבור, לפי סעיף 288 לחוק העונשין, של הפרעה לעובד הציבור, לפי סעיף 288א לחוק העונשין, ושל תקיפת עובד ציבור, לפי סעיף 381(ב) לחוק העונשין (ראו רע"פ 2660/05 אונגרפלד נ' מדינת ישראל [25], בפסקאות 21-27 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

להשקפתי, שני המאפיינים העיקריים בתפקידיהם של עובדי הציבור, המצדיקים את ההתייחסות הנורמטיבית המיוחדת כלפיהם בחוק העונשין (בשני ההיבטים שתוארו לעיל), הם היותם של עובדי הציבור נאמני הציבור הממלאים את תפקידיהם השונים בשליחות הציבור ועל מנת להגשים אינטרסים ציבוריים אלה ואחרים, ונוסף לכך, העובדה שאותם עובדים הם אלה שמייצגים בעיני הציבור הרחב את הגוף הציבורי שבו הם עובדים, ועל כן התנהגותם שלהם וגם ההתנהגות כלפיהם עשויות להשפיע על אמון הציבור באותו גוף כפרט ובשירות הציבורי בכלל.

23. בכל הנוגע לחלופת "עובד המדינה" יש, אפוא, לקבוע מיהם אותם עובדים בשירות המדינה שלגביהם מתקיימות התכליות המתוארות לעיל של הגדרת "עובד הציבור" בסעיף 34 ככד לחוק העונשין. ברי כי תכליות אלה מתקיימות בעובדים המועסקים ישירות על ידי המדינה, ובאותם עובדים אף מתקיימת חזקת התכלית שאליה התייחסנו בפסקה 10 לעיל, שלפיה תכליתה של נורמה פלילית נלמדת מהמובן הטבעי והרגיל של לשון הנורמה. לפיכך, ברי כי בפרשנות המונח "עובד המדינה" שבסעיף 34 ככד יש לייחס משקל רב לשאלה אם אדם מסוים מועסק ישירות על ידי המדינה אם לאו. אולם, מבחן זהותו של המעסיק הישיר, על אף חשיבותו, אינו ממצה את ההגדרה של "עובד המדינה" לצורך הדין הפלילי. הגדרה זו עשויה, כאמור, לכלול, מבחינה לשונית, גם את מי שאינו מועסק ישירות על ידי המדינה אלא ממלא תפקיד זה או אחר בשירות המדינה. על כן, יש לבחון אם תכליותיה הנזכרות של ההגדרה הקבועה בסעיף 34 ככד לחוק העונשין מתקיימות אף באלה שאינם מועסקים ישירות על ידי המדינה. על שאלה זו יש, להשקפתי, לענות בחיוב.

תכליותיה של הגדרת "עובד הציבור" בכלל ושל חלופת "עובד המדינה" בפרט – הן בפן הקובע נורמות מחמירות להתנהגותם של עובדי ציבור, הן בפן המטיל אחריות פלילית על ביצוע עבירות מסוימות כלפי עובדי ציבור – מתקיימות במי שממלא תפקיד שמשתלב בתחומי העיסוק העיקריים של היחידה בשירות המדינה שבה הוא עובד, אף אם אינו מועסק ישירות על ידי המדינה. באשר לאדם כזה יש הצדקה להחיל את הנורמות הפליליות המחמירות החלות על עובדי המדינה, המבוססות על כך שעובדי המדינה הם נאמני הציבור ושהתנהגות בלתי ראויה מצידם עלולה לפגוע באמון הציבור ברשויות המדינה. בהקשר זה מקובלת עליי גישתו של השופט גרוניס, בפסקה 17 לחוות דעתו בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, שלפיה "ככל שהתחום בו מועסק העובד קרוב יותר לליבת העבודה הנעשית ביחידה של שירות המדינה אליה הוא קשור כך יגבר הסיכוי שהוא יוכר כעובד המדינה". אכן, ככל שתפקידו של עובד מסוים, הממלא תפקיד בשירות המדינה על אף שאינו מועסק ישירות על ידי המדינה, מרוחק יותר מליבת העבודה הנעשית ביחידה המסוימת של שירות המדינה שבה הוא מועסק, כך הולכת ופוחתת ההצדקה להכיר בו כב"עובד המדינה" לפי סעיף 34 ככד(1) לחוק העונשין. זאת, כיוון שלגבי תפקיד מעין זה, המצוי ב"שוליים" של התחום העיקרי שבו עוסקת אותה יחידה בשירות המדינה, מידת הרלוונטיות

של תכליתיה הנזכרות של חלופת "עובד המדינה" היא מועטה יחסית. כך, למשל, לגבי פעילות משרדי הממשלה השונים נראה כי כאשר עסקינן בעובדים המעניקים ישירות שירות לציבור בתחומי האחיות שעליהם מופקד אותו משרד, או כאשר מדובר בעובדים שמוקנה להם שיקול דעת בתחומי הפעילות שהמשרד אחראי להם, ייחשבו אותם עובדים כ"עובדי המדינה" לצורך הדין הפלילי, גם אם אינם מועסקים ישירות על ידי המדינה, אלא הם עובדים בעבור המדינה במסגרת זו או אחרת של מיקור חוץ. לעומת זאת, כאשר עסקינן בעובדים שאינם מועסקים ישירות על ידי המדינה ושממלאים פונקציות עזר שונות בשירות המדינה, שאינן חלק מתחומי העיסוק העיקריים של המשרד הממשלתי הרלוונטי, כגון אבטחה, ניקיון ושירותים טכניים שונים, לא יהיה מקום להכיר בהם כבעובדי המדינה לצורך הדין הפלילי.

מן המקובץ עולה כי, מבין הפרשנויות האפשריות מבחינה לשונית למונח "עובד המדינה" בסעיף 34כד(1) לחוק העונשין, הפרשנות שמגשימה במידה הרבה ביותר את תכליתיה של חלופת "עובד המדינה", כאחת מהחלופות להגדרת "עובד הציבור" בסעיף 34כד לחוק העונשין, היא הפרשנות שלפיה ההגדרה תחול אף על עובדים שאינם מועסקים ישירות על ידי המדינה, ובלבד שהתפקיד שאותו הם ממלאים משתלב בתחומי הפעולה העיקריים של היחידה הרלוונטית בשירות המדינה. יצוין כי פרשנות זו קרובה במהותה לפרשנות המוצעת על ידי המדינה לחלופת "עובד המדינה", שלפיה יש לבחון אם פעילותו של עובד מסוים היא חלק אינטגרלי ממנגנון הפעולה של המדינה. עם זאת, הפרשנות שאנו מאמצים לחלופה זו היא מדויקת יותר ומצריכה בחינה פרטנית של היחס בין תחום העיסוק הספציפי של העובד לבין תחום הפעילות העיקרי של היחידה בשירות המדינה שבה הוא פועל. פרשנות זו מבוססת על ההכרה בכך שבעידן ההפרטה ומיקור החוץ שבו אנו מצויים, העובדים בתפקידים רבים בשירות המדינה, ובהם תפקידים הנכללים בתחומי הפעילות העיקריים שעליהם מופקדות רשויות המדינה השונות, עשויים להיות עובדים שאינם מועסקים ישירות על ידי המדינה.

זאת ועוד, כיוון שפרשנות זו מגשימה טוב יותר את תכליתיה של חלופת "עובד המדינה" (כאחת מהחלופות להגדרת "עובד הציבור"), לעומת הפרשנות שלפיה החלופה חלה רק על עובדים המועסקים ישירות על ידי המדינה, אין

מקום להעדיף את הפרשנות האחרונה מכוח סעיף 34כא לחוק העונשין. מנגד, יש לזכור כי הפרשנות שאימצנו אינה מחילה את הנורמות הייחודיות של הדין הפלילי, החלות על עובדי הציבור בכלל ועל עובדי המדינה בפרט, על כל אדם הממלא תפקיד זה או אחר בשירות המדינה, אלא רק על מי שמועסק ישירות על ידי המדינה או על מי שהתפקיד שבו הוא נושא הוא בעל מאפיינים מסוימים שהופכים את תכליתיהן של אותן נורמות ייחודיות לרלוונטיות לגביו. היינו, בכל הנוגע לעובדים שאינם מועסקים ישירות על ידי המדינה, מתמקדת חלופת "עובד המדינה" במהות התפקיד הספציפי שממלא עובד מסוים הפועל מטעם המדינה ובמידת הזיקה שבין תפקידו של אותו עובד לבין פעילותה של היחידה הרלוונטית בשירות המדינה שבה הוא מועסק. חלופה זו מבקשת, אפוא, לייחד אותם תפקידים המתאפיינים בכך שמי שמועסק בהם הוא חלק ממנגנון הפעולה העיקרי של שירות המדינה, גם אם אין הוא מועסק ישירות על ידי המדינה. לפיכך, ייתכנו נסיבות שבהן – בשל מהות התפקיד שממלא אדם מסוים מטעם המדינה – ניתן יהיה לראותו כ"עובד המדינה" לפי סעיף 34כד לחוק העונשין, ובד בבד לראותו כ"עובד של תאגיד המספק שירות לציבור" לפי סעיף 290(ב) לחוק. זאת, כאשר מעסיקו הישיר של אותו אדם הוא תאגיד הממלא אחר המאפיינים שנקבעו לעיל לעניין זה. לעתים תיתכן, אפוא, חפיפה מסוימת בין העובדים שתחול עליהם ההגדרה בסעיף 34כד לחוק העונשין לבין העובדים שתחול עליהם ההגדרה בסעיף 290(ב) לחוק, אולם בכך אין כדי לשלול את קיומן של נסיבות שבהן חפיפה כזו אינה קיימת ושבהן נוצר פער בין קבוצות העובדים השונות שעליהן חלה כל אחת מההגדרות.

בעניינו של העותר אין לומר כי התפקיד שאותו הוא מילא כאחראי משמרת אבטחה בלשכת מינהל אוכלוסין של משרד הפנים, אף אם יש לו צביון ציבורי מהטעמים שפירטנו, הוא תפקיד שמשלב בתחומי הפעילות העיקריים של משרד הפנים. אכן, מדובר בתפקיד בעל חשיבות מעשית רבה שאף עשויות להיות לו, כעולה מנסיבות המקרה דנן, השפעות בלתי מבוטלות על הציבור הנזקק לשירותי משרד הפנים. עם זאת, מדובר, בסופו של יום, בתפקיד הנמצא בשוליהם של תחומי הפעילות העיקריים של משרד הפנים. על כן, אין הצדקה, בהתאם למבחנים שהתווינו לעיל, לראות את מי שממלא תפקיד זה כ"עובד המדינה" לפי סעיף 34כד(1) לחוק העונשין.

חלופת ה"חיקוק"

24. החלופה האחרת שהמדינה טוענת לה, מבין החלופות להגדרת "עובד הציבור" המנויות בסעיף 34 כד לחוק העונשין, היא, כזכור, החלופה המתייחסת למי ש"נושא משרה או תפקיד על פי חיקוק". לטענת המדינה, חלופה זו חלה בעניינו של העותר לנוכח הסדרת תפקיד המאבטח בגוף ציבורי בחוק להסדרת הביטחון ובהתחשב בצביון הציבורי המובהק שכרוך בתפקיד. לשיטתה של המדינה, אין לפרש את החלופה האמורה כמתייחסת רק לתפקיד שנוצר ושהוגדר על ידי החוק, כפי שקבעו השופטים גרוניס ולוי בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, אלא גם לתפקיד המוסדר בחוק ושהסדרתו בחוק משקפת את צביונו הציבורי. לגישה זו יש תימוכין בקביעתה של השופטת ארבל.

באשר לפרשנותה של חלופת ה"חיקוק" מקובל עליי כי, אף אם מבחינה לשונית ניתן לטעון כי כל עיסוק שמוסדר על פי חיקוק נכלל בגדר "חלופת החיקוק", ברי שפרשנות זו היא רחבה ביותר, שכן היא מביאה להחלת הנורמות הפליליות המיוחדות החלות על עובדי הציבור על שורה שלמה של עיסוקים, לרבות עיסוקים פרטיים, אשר, אף אם הסדרתם בחוק היא חשובה, הרי שהחלת תכליתיהן של אותן נורמות עליהם היא מרחיקת לכת. כך, למשל, דומה שקשה לחלוק על כך שאין הצדקה להחיל את מלוא הנורמות הפליליות שעובדי הציבור כפופים להן על כלל המקצועות המוסדרים בחקיקה. החלה נרחבת כזו אינה נראית, אפוא, כעולה בקנה אחד עם תכליתיה של קביעת חלופת ה"חיקוק" כאחת מהחלופות להגדרת המונח "עובד הציבור" שבסעיף 34 כד לחוק העונשין. אזכיר עוד כי השאלה בדבר פרשנותה של חלופת ה"חיקוק" הועלתה בפסק הדין בעניין גולדמן [17], אך נותרה בצריך עיון. עם זאת, ציינה השופטת מ' נאור, בפסקה 7 לחוות דעתה בפסק הדין האמור, כי:

"גם מקצועות פרטיים רבים מוגדרים ומוסדרים בחקיקה, ובפרוט – האם אף בעלי מקצוע אלו ייחשבו לעובדי ציבור, שכן תפקידם הוא 'על-פי' חיקוק? גישת בית המשפט קמא לפיה די שתפקיד יוגדר בחיקוק כדי שיהא ייחשב לעובד ציבור לצורך הרשעה בעבירת השוחד מביאה, לדעתי, להרחבה יתרה של עבירה זו, ובניגוד לכוונת

המחוקק. נראה, כי סעיף 34כד(10) כוון לחול על גדר מקרים מצומצם יותר [...]."

אף אני סבורה כי פרשנות המרחיבה יתר על המידה את חלופת ה"חיקוק" עלולה להביא להרחבה מוגזמת של תחולת הדין הפלילי החל על עובדי הציבור (כמו גם על מי שמבצע עבירות מסוימות כלפי עובדי הציבור) – בניגוד לכוונת המחוקק. אכן, גם לשיטת המדינה, אין די בכך שתפקיד מסוים מוסדר בחיקוק כלשהו כדי שחלופת ה"חיקוק" תחול עליו, וצריך שתתקיים דרישה נוספת, והיא שההסדרה של אותו תפקיד תצביע על הצביון הציבורי המובהק שלו. אף גישה מצמצמת זו – אין בידי לאמץ, שכן היא אינה מתווה קו גבול ברור דיו בין העובדים שייחשבו לעובדי הציבור לצורך הדין הפלילי לבין אלה שלא ייחשבו לכאלה. היא עלולה להביא להחלתן של הנורמות הפליליות המיוחדות החלות על עובדי ציבור על שורה שלמה של בעלי תפקידים שספק אם נורמות אלה רלוונטיות לגביהם, והיא אף אינה עולה בקנה אחד עם עקרון החוקיות בפלילים.

כך, למשל, החוק להסדרת הביטחון, שעליו מבססת המדינה את טענותיה בדבר תחולתה של חלופת ה"חיקוק" בענייננו, קובע כי חברות תקשורת שונות בישראל, כמו גם חברות התעופה והספנות, נדרשות למנות מאבטחים (ראו סעיפים 8 ו-15 לתוספת השנייה לחוק להסדרת הביטחון). האם יש הצדקה להחיל על כל אותם מאבטחים את כל הוראות הדין הפלילי החלות על עובדי הציבור? האם בכל מקרה שבו אחד מאותם מאבטחים מנצל את כוחו לרעה מתקיימות תכליותיה של עבירת השימוש לרעה בכוח המשרה, לפי סעיף 280 לחוק העונשין? האם כאשר אדם כלשהו מעליב מאבטח כזה קיימת הצדקה להעמידו לדין בעבירה של העלבת עובד הציבור, לפי סעיף 288 לחוק העונשין? נראה כי התשובה לשאלות אלה היא בשלילה. דומה כי התכליות העומדות ביסוד הנורמות הפליליות הייחודיות החלות על עובדי הציבור – מתן ביטוי לתפקידים המיוחדים של עובדי הציבור כנאמני הציבור והגנה על אמון הציבור ברשויות – אינן רלוונטיות למאבטחים אלה.

סיכומו של דבר, נראה כי נדרשת פרשנות מצמצמת יותר ל"חלופת החיקוק" מהפרשנות המוצעת על ידי המדינה, פרשנות שתעלה בקנה אחד עם התכליות של קביעת נורמות פליליות מיוחדות המתייחסות לעובדי הציבור. הפרשנות

שהוצעה על ידי השופטים גרוניס ולוי, שלפיה החלופה מתייחסת לתפקידים או למשרות שנוצרו על פי חוק מקובלת, כאמור, גם עליי. זאת, כיוון שנראה כי, ככלל, אותם תפקידים או אותן משרות שנדרש חיקוק על מנת ליצור אותם, יהיו כאלה שהתכליות הנזכרות של העבירות המתייחסות לעובדי הציבור יחולו עליהם. דוגמה מובהקת בפסיקתנו היא תפקיד חבר הכנסת (ראו רע"פ 1941/98 בן גביר נ' מדינת ישראל [26]). לפיכך, לדעתי, המסקנה המתבקשת מן האמור לעיל היא שאף חלופת ה"חיקוק" להגדרת "עובד הציבור", הקבועה בסעיף 34כד(10) לחוק העונשין, אינה חלה בענייניו של העותר, שכן אין די בהסדרת תפקיד המאבטח בגוף ציבורי בחוק להסדרת הביטחון כדי להפוך את מי שממלא תפקיד זה ל"נושא משרה או תפקיד על פי חיקוק".

סיכום

25. מצאנו, אפוא, כי בעוד שניתן לראות את העותר כנכלל בהגדרה של "עובד של תאגיד המספק שירות לציבור" לצורך העבירה של לקיחת השוחד שבסעיף 290 לחוק העונשין, אין הוא נכלל בחלופות השונות להגדרת "עובד הציבור" שבסעיף 34כד לחוק העונשין, שהיא ההגדרה הרלוונטית לעניין העבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה, לפי סעיף 280 לחוק העונשין, שאף בה הואשם העותר.

אין לכחד כי תוצאה זו נראית על פניה בעייתית, שכן היא מבחינה בין קבוצת העובדים שלגביה יחולו עבירות השוחד לבין הקבוצה המצומצמת יותר של עובדים שלגביה יחולו יתר העבירות המתייחסות לעובדי הציבור בחוק העונשין. עם זאת, אין להתעלם מכך שמקורה של בעייתיות זו הוא בבחירתו של המחוקק להתייחס בחומרה יתרה דווקא לעבירות השוחד, להחיל את ההגדרה המרחיבה המתייחסת ל"עובד של תאגיד המספק שירות לציבור" רק על עבירות אלה ולא להוסיף אפשרות זו כאחת החלופות הנכללות בהגדרה הכללית למונח "עובד הציבור" בסעיף 34כד לחוק העונשין. בהקשר זה יש להעיר כי כבר לפני למעלה משלושים שנה הצביע השופט מ' לנדוי בחוות דעתו בעניין אבוטבול [1], בעמ' 307-308, על הבעייתיות הטמונה בהגדרה של "עובד של תאגיד המספק שירות לציבור". אולם, המחוקק לא פעל לשינוי ההגדרה. מכל מקום, דומה שאין חולק בינינו שלנוכח ההתפתחויות שעברו על השירות הציבורי בישראל בכלל, ועל

שירות המדינה בפרט, בשנים שחלפו מאז שניתן פסק הדין בעניין אבוטבול [1], מן הראוי כי המחוקק יפעל להסדרה בהירה וקוהרנטית של הגדרת המונח "עובד הציבור" בחוק העונשין. עד שהמחוקק יאמר את דברו, איני רואה מנוס מהתוצאה שאליה הגענו, ונמשיך לצעוד בעניין זה על פי בחינה פרטנית מעניין לעניין כדי ליתן פרשנות להגדרה של "עובד הציבור" הקבועה בחוק כיום.

בטרם נסיים את פסק דיננו זה, אתייחס בתכלית הקיצור לטענות שהועלו לפנינו על ידי האגודה לזכויות האזרח ועל ידי עמותת קו לעובד (להלן: המבקשות), שביקשו להצטרף להליך שלפנינו במעמד של "ידיד בית המשפט". המבקשות ציינו בבקשתן כי לפסק הדין שיינתן על ידינו עשויות להיות תוצאות רחבות היקף באשר למעמדם של כלל "עובדי הפרטה", ועיקר טענותיהן נוגע לתהליכי הפרטה של השירות הציבורי בישראל בשנים האחרונות וליחס שצריך שיתקיים, לטענתן, בין זכויותיהם של "עובדי הפרטה" בשירות הציבורי לבין החובות המוטלות על אותם עובדים בדין הפלילי. בהקשר זה טוענות המבקשות כי אין הצדקה לכך שהמדינה מסרבת להכיר ב"עובדי הפרטה" כבעובדי מדינה בתחום דיני העבודה, אך לצורך הדין הפלילי דורשת היא להטיל עליהם אחריות כעל עובדי מדינה לכל דבר ועניין. לא ראינו להיעתר לבקשת ההצטרפות של המבקשות, לאחר שנתנו דעתנו לטענותיהן בכתב ובעל פה לפנינו. השאלה בדבר מתן זכויות ומעמד לעובדי קבלן ולעובדי הפרטה היא שאלה נכבדה וראויה לתשומת לב מיוחדת, אך אין לכרוך בין הסוגיה בדבר תנאי עבודתם של עובדים אלה לבין נורמות ההתנהגות במישור הפלילי. הצורך הנטען להיטיב עם עובדים אלה במישור יחסי העבודה והזכויות בעבודה אינו מקים תמונה סימטרית לעניין נורמות התנהגותם כלפי הציבור, ובמיוחד, כמו במקרה שלפנינו, כאשר מדובר ביחס בינם לבין קבוצות חלשות אחרות שדיני העונשין נועדו להגן עליהן. העיקרון של אי הטלת אחריות על "עובדי הפרטה" כלפי הציבור הנזקק להם כיוון שהם מקופחים בתנאי עבודתם, כמוהו כתיקון עוול בעוול; וכבר נקבע בפסיקתנו בעבר כי לא הרי "עובד הציבור" על פי מבחנם של דיני העבודה כ"עובד הציבור" לעניין קביעת נורמות ההתנהגות החלות עליו בפלילים (ראו עניין קישלס [12], בעמ' 623–624; כן השוו עניין טרוסי [24], בעמ' 828–829). המבקשות ביקשו להפנות זרקור לבעיה כאובה בחברה הישראלית, אלא שבעניין שהובא להכרעתנו אין לראות זירה מתאימה להכרעה באותן סוגיות. תכליותיהם השונות של כל אחד מענפי המשפט הרלוונטיים מחייבות

התייחסות שונה לדיני העונשין ולשאלה בדבר זכויות העובדים במישור יחסי העבודה.

- א 26. לפיכך, אם תישמע דעתי, תוצאת פסק הדין מושא הדיון הנוסף תעמוד בעינה. מהטעמים שפורטו אין, לשיטתי, מקום להתערב בהרשעתו של העותר בעבירות של לקיחת שוחד ושל ניסיון ללקיחת שוחד, ואף לא בזיכוי מהעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה. למען הסר ספק, יובהר כי גם הרשעתו של העותר בעבירה של הטרדה באמצעות מכשיר בזק נותרת בעינה. לאור האמור, אין גם מקום להתערב בעונש שהושת על העותר בפסק הדין מושא הדיון הנוסף.

השופטת מ' נאור:

- א 1. אני מסכימה למסקנתה של חברתי הנשיאה ביניש, שלפיה יש להשאיר על כנה את תוצאתו של פסק הדין מושא הדיון הנוסף. אוסיף רק כמה מילים משלי לשם הבהרת היקף ההסכמה.

2. לעניין העבירות של לקיחת שוחד ושל ניסיון ללקיחת שוחד: גם אני סבורה, כמו הנשיאה, כי עקרונות הפרשנות בפלילים כפי שסוכמו בפסיקתו המחייבת של בית משפט זה בפרשת אטס [4] ובעקבותיה בפרשת רויטמן [2] (דנ"פ 1558/03 9' 2007), מדינת ישראל נ' אטס [4], בעמ' 556; ע"פ 2597/04 9' 2007 רויטמן נ' מדינת ישראל [2], בפסקה 7 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה), מביאים למסקנה כי התאגיד שבו הועסק העותר הוא "תאגיד המספק שירות לציבור", כאמור בסעיף 290(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). אולם, יש לשים לב: לא כל עובד של "תאגיד המספק שירות לציבור" הוא גם "עובד ציבור" לעניין עבירת השוחד. כפי שהזכירה הנשיאה, העותר טוען כי רק חלק קטן מעובדיה הרבים של חברת "מיקוד" סיפק שירותים למשרד הפנים. אכן, החברה היא (בין השאר, אך לא רק) תאגיד המספק שירות לציבור. מבין עובדיה של "מיקוד" לא כולם הם עובדי ציבור. רק אלה המוצבים בשירות הציבור, כמו העותר שלפנינו, עלולים להיות מואשמים בעבירת שוחד.

3. אשר לחלופת "עובד המדינה": מקובל עליי שהעותר עצמו אינו "עובד המדינה". חברתי הנשיאה קובעת, עם זאת, כי ייתכנו נסיבות שבהן, בשל מהות התפקיד שממלא אדם מטעם המדינה, ניתן יהיה לראותו כ"עובד המדינה" לפי

סעיף 34 כד לחוק העונשין, וכד בכד, לראותו כ"עובד של תאגיד המספק שירות לציבור", לפי סעיף 290(ב) לחוק העונשין. כשלעצמי מבקשת אני להשאיר עניין זה בצריך עיון. לדעתי, אין הכרח להכריע בדבר, כיוון שהעותר, גם לשיטת חברתי, אינו עובד מדינה. חברתי צופה, מן הסתם, פני הבאות, ורואה מול עיניה סיטואציות שונות הכרוכות בתהליך ההפרטה. כמו חברתי, גם אני סבורה שלנוכח תהליך ההפרטה ראוי הוא שהמחוקק יאמר את דברו. עו"ד ברזילי, שטענה לפנינו למדינה, ציינה כי אכן עולה השאלה מדוע, בשל צורכי השעה, לא תפנה הפרקליטות למחוקק. היא העלתה (למשל) את האפשרות שהחוק יתוקן כך שבמקום "עובד מדינה" ייאמר בחוק "עובד בשירות המדינה", או ביטוי דומה. עם זאת, כך הסבירה, המחשבה הייתה שאין הצדקה לפנות למחוקק כיוון שבידי בית המשפט הכלים המביאים לתוצאה הנכונה לפי כללי הפרשנות. דבריה של חברתי, שאותם מבקשת אני להשאיר, כאמור, בצריך עיון, יש בהם, לדעתי, כדי לעודד את המחוקק שלא לומר את דברו, משום שלא יהיה הכרח בדבר. על כן, מעדיפה אני להשאיר שאלה זו בצריך עיון, וכשנגיע לגשר, אם נגיע אליו, נחצה אותו.

4. בעניין "חלופת החיקוק" דעתי כדעת הנשיאה.

5. אשר לפער שנוצר, כפי שהצביעה חברתי השופטת ארבל, בין עבירת השוחד לבין העבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה: אכן, פער כזה קיים, אך אין הוא נובע מפרשנות בלתי עקבית. לדעתי, הפער מתחייב מן ההגדרה הרחבה שקבע המחוקק לביטוי "עובד הציבור" לצורך עבירת השוחד (ראו פסקה 2 לחוות דעתה של הנשיאה).

6. כאמור, עמדתי היא כעמדת הנשיאה שיש להשאיר את תוצאתו של פסק הדין על כנה.

השופט ס' ג'ובראן:

1. מצטרף אני לעמדתה של חברתי הנשיאה ד' ביניש, כפי שזו בוטאה בחוות דעתה המקיפה, שלפיה יש להותיר את תוצאתו של פסק הדין מושא הדיון הנוסף על כנה.

2. נדמה שאין צורך להכביר מילים על הסכנות הטמונות בשחיתות ובהשחתת המידות הציבוריות. מטבעם של נגעים אלה שהם מכרסמים באמון הציבור בשלטון החוק ומערערים את יסודותיה של המדינה כמדינה דמוקרטית. מכאן גם עולה הצורך במלחמת חורמה בכל ביטוי של שחיתות ציבורית, בין שהוא מופיע בצמרת ההיררכיה השלטונית ובין שביטוייו הוא ברמת השטח הנמוכה ביותר, אשר, על פי רוב, היא המקום שבו פוגשים מרבית האזרחים את פועלה של הרשות הציבורית.

ב ברוח זו יש להבין את התכלית המונחת בבסיס החקיקה העונשית המכוונת להפלתה של התנהגות הנגועה בשחיתות. משכך, הדגש אינו מושם דווקא על יחסי הגומלין בין מבצע העבירה לכאורה לבין המדינה, אלא על מהות מעשיו ועל היחס בינם לבין השחתת המידות והשחיתות השלטונית.

ג 3. אכן, כפי שצינו חבריי, עוסקים אנו בדיני העונשין שבהם מצווים אנו לכללי פרשנות השונים מכללי הפרשנות הרגילים. ייחודם של אלה נעוץ בהוראה המופיעה בסעיף 34 ככא לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), שלפיה אם ניתן לפרש הוראה פלילית בכמה דרכים סבירות, תינתן עדיפות לפרשנות הנוטה להקל עם הנאשם. אלא שכפי שנקבע בפסיקתו של בית משפט זה, תחולתה של הוראה זו נעשית באופן דו שלבי. בשלב הראשון, תיבחן פרשנותה של ההוראה על פי כללי הפרשנות התכליתית המקובלים במשפט הישראלי הכללי, לשם מציאת הפרשנויות המגשימות את תכליתה של ההוראה. רק אם תימצאנה כמה פרשנויות המגשימות את תכלית החקיקה במידה סבירה באותה מידה, תיבחר מביניהן, בשלב השני, הפרשנות המקילה עם הנאשם (ראו: ע"פ 8573/96 מרקדו נ' מדינת ישראל [6], בעמ' 500; ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל [10], בעמ' 550; דנ"פ 1558/03 מדינת ישראל נ' אסד [4], בעמ' 558-558; ע"פ 2597/04 רויטמן נ' מדינת ישראל [2]; ע"פ 7894/03 ג'באר נ' מדינת ישראל [27]).

ד 4. בענייננו, פרשנות המוציאה את מקרהו של העותר בדנ"פ 24/08 (להלן: העותר) מגדרי עבירת השוחד נופלת בסבירותה מהאפשרות ההפוכה, בהיותה פרשנות הניצבת בניגוד לתכלית הנמצאת בבסיס הסעיף, ועל כן אין פרשנות זו נכנסת כלל לגדרי סעיף 34 לחוק העונשין.

מתוקף עבודתו בחברת השמירה, אשר העניקה שירותי שמירה לסניף משרד הפנים במזרח ירושלים, נמצא העותר בעמדה אשר איפשרה לו, באופן סדור ושיטתי, לדרוש ולקבל טובות הנאה מהציבור אשר ביקש לעשות שימוש בשירותים הציבוריים-שלטוניים שאותם מעניק משרד הפנים. יתרה מכך, כפי שעולה מפסק דינו של בית המשפט המחוזי, אפשרות זו מצויה הייתה בידי העותר בשל שיקול הדעת שניתן לו, מתוקף מעמדו בחברה זו כאחראי משמרת, לאפשר את כניסתם של אזרחים במקרים מיוחדים לסניף תוך כדי "עקיפת" התור (עמ' 2 לפסק הדין). בנסיבות אלה, ומיתר נימוקיה של חברתי הנשיאה, ברי בעיניי כי יש לראות בעותר "עובד ציבור" לענין עבירת השוחד, על פי החלופה המנויה בסעיף 290(ב) לחוק העונשין.

א

ב

5. גם בנוגע לדחיית החלופות המנויות בסעיף 34כד לחוק העונשין בנוגע להגדרת "עובד הציבור" דעתי כדעת חברתי הנשיאה. שותף אני לדעתה, שלפיה ייתכנו מקרים שבהם גם אדם שאינו "עובד מדינה" עשוי בנסיבות מסוימות להיכנס לחלופה זו לענין דיני העונשין, אולם אין עניינו של העותר נכנס לנסיבות אלה. אמנם, תוצאה זו מביאה להיווצרותו של פער בין היקף תחולתן של עבירות השוחד לבין היקפן של עבירות אחרות הנוגעות לעובדי ציבור. אולם, פער זה הוא תולדה של החלטת המחוקק להרחיב את תחולתה של עבירת השוחד, באמצעות יצירת החלופה המנויה בסעיף 290(ב) לחוק העונשין הנעדרת מעבירות אחרות הנוגעות לעובדי ציבור.

ג

ד

אציין כי שקלתי שמא שיקול הדעת שמסור היה לעותר מתוקף מעמדו כאחראי משמרת, בכל הנוגע לסמכותו לאפשר את כניסתם של אזרחים לסניף, היה בו כדי להביא לראייתו כ"עובד המדינה". נדמה כי יש בהעברת שיקול דעת זה, המשפיע במידה רבה על יכולתם של אזרחים לקבל את שירותיו של משרד הפנים, משום אלמנט המשתף את העותר בהפעלת סמכויותיה הריבוניות של המדינה – בפרט, בענייני האזרחים הכפופים לשיקול דעתו. אלא ששיקול דעת זה נמצא בשוליים הרחוקים יותר של פעולת משרד הפנים, ולא נראה שיש בו כדי להביא לכדי ראיית העותר במידה המובהקת הנדרשת בפלילים כ"עובד המדינה". כך, בהיעדר ביסוס עובדתי נרחב יותר מזה שהוצג לפנינו בעניינו של העותר, לא מצאתי כי ניתן להרשיעו בעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה.

ה

ו

ז

6. אשר על כן, מצטרף אני לתוצאה המובעת בחוות דעתה של הנשיאה, ולנימוקיה.

א

השופטת ע' ארבל:

1. קראתי בעיון את חוות דעתה המקיפה של חברתי, הנשיאה ד' ביניש, ולה אני שותפה בכל האמור לניתוח המונח "תאגיד המספק שירות לציבור" הנכלל בהגדרת "עובד ציבור" שבעבירת השוחד.

ב

בחוות דעתה פרשה הנשיאה יריעה רחבה שבה עמדה על תכליותיהן של עבירת השוחד ושל עבירות נוספות הייחודיות לעובדי ציבור, ועל הפרשנות שיש ליתן לכל אחת מהגדרות המונח "עובד ציבור" שבחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). רבות מקביעותיה מקובלות עליי, אולם, כשלעצמי, מבקשת אני, כפי שהבהרתי בדיון הראשון, להעניק פרשנות רחבה יותר להגדרת "עובד ציבור" המופיעה בסעיפים 34כד(1) ו-10(1) לחוק העונשין, שעניינם בעובד המדינה ובנושא משרה או תפקיד על פי חיקוק. פרשנות זו מבקשת המדינה מבית המשפט להעניק בדיון נוסף זה – ולטעמי, יש ממש בעתירתה זו.

ג

ד

2. בפסק הדין מושא הדיון הנוסף הבעתי את דעתי כי בחינת לשונו של סעיף 290(ב) לחוק העונשין, המגדיר את המונח "עובד הציבור" לצורך הרשעה בעבירת השוחד, לאור תכליתה של עבירת השוחד במציאות ימינו שלנו, מביאה למסקנה כי יש לראות במערער באותו פסק דין (להלן: העותר) עובד של "תאגיד המספק שירות לציבור", ולפיכך להרשיעו בעבירת השוחד. הזכרתי כי תכליתה של עבירת השוחד היא להגן על שני אינטרסים השלובים זה בזה: האחד, הבטחת פעולתו התקינה של המינהל כך שיהיה מודרך על ידי שיקולים ענייניים בלבד; השני, שמירה על אמון הציבור במערכת השלטונית. כן עמדתי על ההתפתחויות בגישת בית משפט זה בהתייחס לעבירת השוחד ולהגדרת המונח "עובד ציבור" הנכלל בה, התפתחויות אשר, לטעמי, כורסמו בהלכת אבוטבול (ע"פ 472/74 אבוטבול נ' מדינת ישראל [1], להלן: עניין אבוטבול). ציינתי כי מגמת כרוסום זו מובנת "על רקע תהליכים הולכים וגוברים של הפרטה, המאפיינים את השירות הציבורי בישראל בשנים האחרונות", ומכך הסקתי כי "על מנת שלא תסוכל תכלית החוק, מחייבים תהליכים אלו את בית המשפט

ה

ו

ז

לנקוט בפרשנות דינאמית חיה ונושמת, שיהיה בה כדי להתאים לשינויי העיתים, לרוח התקופה ולנסיבות השונות שהמציאות מזמנת" (ע"פ 766/07 כהן נ' מדינת ישראל [28], בפסקה 4 לחוות דעתי).

א

לאור התכליות האמורות, הסכמתי עם עמדתו של השופט לוי, שלפיה בפירושה של ההגדרה "תאגיד המספק שירות לציבור" אין לשים את הדגש על בחינת נפחה של פעולת התאגיד במתן שירות לציבור, אלא על מהות השירות הניתן על ידיו. בעניינו הפרטני של העותר עמדתי הייתה, כאמור, כי יש לקבוע שהעותר הועסק על ידי תאגיד הנותן שירות לציבור, לאור אופיו של שירות האבטחה בלשכת מינהל האוכלוסין, שהוא שירות חיוני וחשוב היוצר תלות של הציבור בשירות זה וכן שירות המפוקח על ידי המדינה ומוסדר בחוק. ציינתי כי פרשנות זו עולה בקנה אחד עם הגשמת התכליות העומדות בבסיס עבירת השוחד, בציני:

ב

ג

"לעיתים קרובות, המאבטח בגוף ציבורי הינו הגורם הראשון איתו בא במגע האזרח הפונה לגוף זה, מבלי שהאזרח יודע מיהו מעסיקו של המאבטח. מבחינת האזרח הנזקק לשירותי הרשות אין כל חשיבות לשאלה האם המאבטח הניצב מולו בכניסה למוסד ציבורי כזה או אחר מועסק ישירות על-ידי הרשות או על-ידי גוף אחר. מבחינת חזות הדברים, הן במובן הפיזי והן במובן הרעיוני, המאבטח נתפס כחלק מהגוף השלטוני. כך, כפי שיש בהתייחסות אדיבה ומנומסת מצד המאבטח כלפי הציבור כדי לחזק את אמונו של זה האחרון בשירות הציבורי, אזי גם כאשר מנצל המאבטח לרעה את תפקידו ואת הסמכות שניתנה לו עלול הדבר לפגוע באמון הציבור באותו גוף שלטוני ולעיתים אף במערכת הציבורית בכללותה" (ע"פ 766/07 [28], בפסקה 5 לחוות דעתי).

ד

ה

ו

3. לצד זאת, הבעתי את עמדתי (כדעת מיעוט) כי אף ההגדרה של עובד ציבור המופיעה בסעיף 34כד(10) לחוק העונשין, שעניינה בנושא משרה או תפקיד על פי חיקוק, חלה בעניינו של העותר, ולפיכך יש להרשיעו גם בעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה בהתאם לסעיף 280 לחוק העונשין. מסקנה זו ביססתי על החוק להסדרת הבטחון בגופים ציבוריים, התשנ"ח-1998 (להלן:

ז

החוק להסדרת הביטחון), אשר קובע שורה של הסדרים הנוגעים להעסקתם של מאבטחים בגופים ציבוריים. גישתי הייתה כי הגדרת תפקידו של המאבטח בגוף ציבורי והסדרתו בחוק, לצד הצביון הציבורי הגלום בתפקידו של המאבטח, מצדיקים את החלת ההגדרה האמורה בסעיף 34(כד10) לחוק העונשין. סברתי כי אף בחינה תכליתית תומכת בעמדה זו, שכן העבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה "נועדה אף היא לסייע במאבק לשמירה על ניקיון פועלו של השירות הציבורי ועל אמון הציבור בו. ביסודה של העבירה עומד הרצון להגן על הפרט מפני הפעלת שירות לב על-ידי עובדי הציבור אשר לשירותיהם הוא נזקק" (ע"פ 766/07 [28], 9 בספטמבר 2007, 6 לחוות דעתי).

4. הנשיאה, בפסק דינה המקיף בדיון נוסף זה, עמדה אף היא על תכליתיה של עבירת השוחד ועל הפרשנות שיש לתת להגדרת המונח "עובד ציבור" הנכלל בה על רקע השינויים העוברים על השירות הציבורי, ובהם ההפרטה ומיקור החוץ. הנשיאה ציינה כי תהליכים אלה הביאו לידי כך שיש מספר גדול והולך בשנים האחרונות של תפקידים במנגנון הציבורי שמבוצעים על ידי עובדים שאינם מועסקים ישירות על ידי המדינה או על ידי גוף ציבורי כלשהו. בשל כך סברה הנשיאה כי אין טעם להבחין, וזאת בלי לנקוט עמדה באשר לתחומי משפט אחרים שבהם מתעוררת סוגיה זו, "בין עובד הממלא תפקיד במנגנון הציבורי, שמעסיקתו היא המדינה, לבין עובד הממלא תפקיד זה, שמעסיקו הוא תאגיד פרטי" (בפסקה 15). לפיכך, לצד הקריטריונים שעוצבו לאורך השנים בפסיקה לעניין המונח "תאגיד המספק שירות לציבור" שבעבירת השוחד, סברה הנשיאה כי יש להשתמש בשני מבחנים נוספים הקשורים זה לזה: האחד הוא מהות התפקיד שממלא התאגיד בפעילות המנגנון הציבורי; השני הוא היקף שיקול הדעת והסמכויות המוקנים לעובדי התאגיד והמופעלים על ידיהם כלפי הציבור. לבסוף, קבעה הנשיאה כי "פרשנותו של המונח 'תאגיד המספק שירות לציבור', המבוססת על בדיקת הנפח של פעילות התאגיד במנגנון הציבורי מתוך כלל פעילות התאגיד או על ההבחנה בין גופים דו מהותיים לגופים שאינם דו מהותיים [...] היא פרשנות המצמצמת את ההגדרה יתר על המידה ביחס לתכליתה של הוראת החוק" (בפסקה 17).

ביישום על עובדות המקרה הנדון סברה הנשיאה כי למאבטחים בלשכת מינהל האוכלוסין של משרד הפנים במזרח ירושלים הוענק כוח רב כלפי הציבור

שנדרש לשירותי הלשכה, ונוצרה תלות מוחלטת בין הנזקקים לקבלת שירותים בלשכת מינהל האוכלוסין לבין המאבטחים בלשכה. תכליתיה של עבירת השוחד, כך סבורה הנשיאה, מתקיימות בחברת "מיקוד", אשר העסיקה את העותר, ולפיכך העותר הוא עובד של "תאגיד המספק שירות לציבור" ויש להרשיעו בעבירת השוחד.

א

לדברים אלה אני מצטרפת, כמובן, בהתאם לעמדתי כפי שהבעתי אותה בפסק הדין מושא הדיון הנוסף.

ב

5. מכאן נפנתה הנשיאה לבחון את פרשנותו של המונח "עובד הציבור", כפי שהוא מופיע בסעיף 34כד לחוק העונשין. הדברים פורטו בהרחבה בחוות דעתה של הנשיאה. למען נוחות הדיון אחזור עליהם בקצרה.

ראשית, בחנה הנשיאה את החלופה בס"ק (1), שעניינה ב"עובד המדינה". מבחינה לשונית, סברה הנשיאה כי אין קושי לכלול בהגדרה זו גם עובדים שאינם מועסקים ישירות על ידי המדינה. לפי הבחינה התכליתית, קבעה הנשיאה כי יש שני מאפיינים עיקריים של עובדי הציבור המצדיקים את ההתייחסות הנורמטיבית המיוחדת כלפיהם בחוק העונשין: היותם של עובדי הציבור נאמני הציבור הממלאים תפקידים בשליחות הציבור ועל מנת להגשים אינטרסים ציבוריים; והיותם של אותם עובדים מייצגים בעיני הציבור הרחב את הגוף הציבורי שבו הם עובדים, ועל כן התנהגותם עשויה להשפיע על אמון הציבור בשירות הציבורי. תכליות אלה, קבעה הנשיאה, ודאי מתקיימות עת מדובר בעובדי ציבור המועסקים ישירות על ידי המדינה, אך הן מתקיימות גם כשמדובר בעובדי ציבור שאינם מועסקים ישירות על ידי המדינה אך הם ממלאים תפקיד שמשתלב בתחומי העיסוק העיקריים של היחידה בשירות המדינה שבה הם עובדים. בעניינו של העותר נקבע כי תפקידו נמצא בשוליהם של תחומי הפעילות העיקריים של משרד הפנים, ולפיכך אין לומר כי הוא "עובד מדינה" בהתאם לסעיף 34כד(1) לחוק העונשין.

ג

ד

ה

ו

לאחר מכן, בחנה הנשיאה את פרשנותה של החלופה האמורה בסעיף 34כד(10), שעניינה בנושא משרה או תפקיד על פי חיקוק. גם בנוגע לחלופה זו הביעה הנשיאה את דעתה כי לשון הסעיף סובלת אף פרשנות שלפיה כל עיסוק המוסדר לפי חיקוק יכלול בהגדרה. עם זאת, לטעמה של הנשיאה, מדובר

ז

בפרשנות רחבה מדי, שכן היא עלולה להביא להחלת הנורמות הפליליות המיוחדות החלות על עובדי ציבור על שורה שלמה של בעלי עיסוקים, לרבות עיסוקים פרטיים. לדעת הנשיאה, אף את גישת המדינה, הדורשת – נוסף להסדרת התפקיד בחיקוק – אף צביון ציבורי מובהק של התפקיד, אין לקבל מכיוון שהיא אינה מתווה קו גבול ברור דיו בין העובדים שייחשבו ל"עובדי הציבור" לבין אלה שלא ייחשבו כאלה, והיא עלולה להביא להחלתן של נורמות פליליות על עובדים שנורמות אלה אינן רלוונטיות לגביהם. לבסוף, בחרה הנשיאה בפרשנות החלופה שהוצעה על ידי השופטים לוי וגרוניס, שלפיה רק תפקידים ומשרות שנדרש חיקוק על מנת ליצור אותם ייכללו תחת כנפי חלופה זו. בעניינינו של העותר, מאחר שתפקיד המאבטח לא נוצר על ידי חיקוק, הרי שהנשיאה סברה כי יש לזכות את העותר מהעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה.

בעניין פרשנותו של המונח "עובד ציבור" לפי סעיף 34כד לחוק העונשין, אימצה הנשיאה את דעתם של חברי, השופטים לוי וגרוניס, בניגוד לעמדה שהבעתי אני בפסק הדין מושא הדיון הנוסף. מאחר שנותרתי בעמדתי אף לאחר העיון בפסק דינה של הנשיאה, מצאתי לנכון להבהירה ולנמקה בשנית.

"עובד הציבור" לפי סעיף 34כד לחוק העונשין

6. כאמור, הנשיאה סבורה שהן החלופה האמורה בסעיף 34כד(1) לחוק העונשין, שעניינה בעובד מדינה, הן החלופה האמורה בסעיף 34כד(10) לחוק העונשין, שעניינה בנושא משרה או תפקיד על פי חיקוק, יש בכוהן לסכול אף את לשונה של הפרשנות הרחבה יותר. דהיינו – אין קושי לפרש "עובד מדינה" גם כעובד בשירות המדינה שאינו מועסק ישירות על ידי המדינה וכן אין קושי לפרש "נושא משרה או תפקיד על פי חיקוק" ככולל אף עובדים אשר תפקידם הוסדר על ידי חיקוק, ולא רק תפקיד שנוצר באמצעות חיקוק. לכך אני מסכימה. לפיכך, המחלוקת בינינו מצטמצמת לבחינה התכליתית של הנורמות הפליליות הייחודיות החלות על עובדי ציבור, ולכך אפנה עתה.

7. הנשיאה סוקרת את העבירות הייחודיות לעובדי ציבור, ובהן העבירות של גילוי בהפרת חובה והסתרת מידע בידי עובדי הציבור, הוצאת מסמך ממשמורת על ידי עובד ציבור, שימוש לרעה בכוח המשרה, מרמה והפרת אמונים וזיוף

בידי עובד הציבור, וכן את העבירות המבטאות את החומרה שמייחס המחוקק לפגיעה בעובדי ציבור, ובהן העלבת עובד הציבור, הפרעה לעובד הציבור ותקיפת עובד ציבור. עם הצגת תכליותיו העיקריות של סעיף 34 ככד על ידי הנשיאה לא נותר לי אלא להסכים. כפי שקבעה הנשיאה –

א

“נראה כי תכליתו העיקרית של סעיף 34 היא לקבוע מי הם אותם עובדים שעליהם יחולו הנורמות המיוחדות המתייחסות לעובדי ציבור לפי חוק העונשין. זאת, מתוך תפישה שלפיה תפקידו של עובד הציבור הוא תפקיד בעל מאפיינים מיוחדים, המצדיקים הטלתן של נורמות התנהגות מחמירות יותר על עובדי ציבור בהשוואה לאזרחים מן השורה. מאידך גיסא, מביאים אותם מאפיינים לקביעת נורמות פליליות מיוחדות המבטאות את החומרה שבביצוע עבירות מסוימות דווקא כלפי עובדי הציבור” (בפסקה 22).

ב

ג

ובהמשך –

“שני המאפיינים העיקריים בתפקידיהם של עובדי הציבור, המצדיקים את ההתייחסות הנורמטיבית המיוחדת כלפיהם בחוק העונשין [...] הם היותם של עובדי הציבור נאמני הציבור הממלאים את תפקידיהם השונים בשליחות הציבור ועל מנת להגשים אינטרסים ציבוריים אלה ואחרים, ונוסף לכך, העובדה שאותם עובדים הם אלה שמייצגים בעיני הציבור הרחב את הגוף הציבורי שבו הם עובדים, ועל כן התנהגותם שלהם וגם ההתנהגות כלפיהם עשויות להשפיע על אמון הציבור באותו גוף בפרט ובשירות הציבורי בכלל” (בפסקה 22).

ד

ה

8. עם זאת, המסקנה שאליה אני מגיעה מתוך דברים אלה שונה ממסקנתה של הנשיאה. לטעמי, על מנת למלא במלואן אחר התכליות של הנורמות הפליליות הייחודיות לעובדי ציבור שבחוק העונשין, יש להעניק פרשנות רחבה יותר להגדרת “עובד הציבור”, בהתאם ליכולותיהן הלשוניות של החלופות בסעיף 34 ככד, כפי שמבקשת מאיתנו המדינה לעשות. על חשיבותן של תכליות אלה עמד בית משפט זה לא אחת, וכך הובעו הדברים מפי השופטת פרוקצ'יה:

ו

ז

א "אמון הציבור בעובדי הציבור ובנבחריהו הוא תנאי מתחייב לפעולתם התקינה של השירות הציבורי ושל מוסדות השלטון. השירות הציבורי על כל זרועותיו בנוי על אמון הציבור הנשען לא רק על יכולותיהם התפקודיות של עובדיו ונבחריהו אלא גם, ובעיקר, על רמתם המוסרית והאנושית, על טוהר מידותיהם ועל נקיון כפיהם. בלא אמון זה, לא יוכל השירות הציבורי לבצע את משימתו ברמה הנדרשת לאורך זמן" (בג"ץ 5853/07 אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה [29], בפסקה 14 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

לפיכך, סבורה אני כי יש לפרש את החלופה שבסעיף 34כד(1) כניתנת להחלה אף על עובדים בשירות המדינה שאינם מועסקים ישירות על ידי המדינה אך שלתפקידם יש צביון ציבורי. איני סבורה כי יש לצמצם חלופה זו רק לליבת העבודה הנעשית ביחידה של שירות המדינה שאליה קשור העובד. כמו כן, לטעמי, יש לפרש את החלופה הקבועה בסעיף 34כד(10) כחלה על כל עיסוק המוסדר בחקיקה ושהוא בעל צביון ציבורי ברור. מבחן הצביון הציבורי, כפי שמציעה גם המדינה, בא לבחון אם אותו עובד ממלא אחר התכליות שבבסיס העבירות הייחודיות לעובדי הציבור, אם לאו, ולהוציא מתחולת עבירות אלה מצבים שאינם מתאימים להפללה בהתאם לערכים המוגנים שבבסיס העבירות. בין הקריטריונים שניתן לבחון לצורך קביעת הצביון הציבורי של התפקיד ניתן למנות את המגע שיש לעובד עם ציבור הפונים; את נגישותו של העובד למידע רגיש; את הסמכויות המוענקות לעובד בתפקידו ואת הכוח הניתן לו למלא אותו; את מידת שיקול הדעת המוענקת לעובד בתפקידו; את תלות הציבור באותו עובד, וכדומה. כמו כן, אני סבורה כי ככל שיש תפקיד מקביל לזה המבוצע על ידי העובד הנדון אשר מאויש על ידי עובד המועסק ישירות על ידי המדינה ואשר נחשב כ"עובד ציבור" על פי סעיף 34כד(1) לחוק העונשין, הרי שראוי כי אף העובד הנדון שאינו מועסק ישירות על ידי המדינה ייחשב כ"עובד ציבור" לצורך סעיף 34כד לחוק העונשין.

אמנם פרשנויות אלה הן מרחיבות, אך הן גם בעלות גבולות ויש בהן, לטעמי, כדי להגשים באופן מלא יותר את התכליות הנזכרות בחוות דעתה של הנשיאה. יש עובדים, אשר, אף אם אין הם ממלאים את ליבת העבודה באותה

יחידה ציבורית, ואף אם תפקידם אינו נוצר על ידי חיקוק, אך הוא בעל צביון ציבורי, הם עלולים לפגוע באינטרסים ציבוריים חשובים בדרכים שונות, בין היתר באמצעות נגישותם למידע ציבורי רגיש, באמצעות הכוח שניתן להם כלפי הציבור מקבל השירות, וכיוצא בזאת. נוסף על כך, עובדים אלה נתפשים בעיני הציבור כעובדי ציבור לכל דבר ועניין וככאלה שמייצגים את השירות הציבורי. חריגה של עובדים אלה מנורמות ההתנהגות המחויבות פוגעת, אפוא, באמון הציבור בשירות הציבורי באותה מידה כמו זו המבוצעת על ידי עובד ציבור במובנו הקלסי. המקרה שלפנינו מהווה דוגמה טובה להמחשת טענתי, והוא בוודאי אינו הדוגמה היחידה לכך.

9. הפרשנות המצמצמת שאותה העניקו חבריי, הנשיאה בדיון הנוסף והשופטים לוי וגרוניס בערעור, אינה מקיימת, לטעמי, את התכליות שהוזכרו במלואן. פרשנות צרה זו מותירה מחוץ למעגל הנכנסים תחת כנפי העבירות הייחודיות לעובדי ציבור, מקרים אשר היה ראוי להם, על פי התכליות האמורות, להיכלל בעבירות אלה. בכך מחטיאה פרשנות זו, לטעמי, את מטרתה של הגדרת המונח "עובד הציבור". כך, למשל, מאבטח המועסק ישירות על ידי המדינה המנצל את כוחו לרעה כלפי ציבור מקבלי השירות ביחידה שבה הוא מועסק יוכל להיות מואשם בעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה, שכן הוא ייחשב לעובד מדינה על פי לשונו הפשוטה של סעיף 34(1) לחוק העונשין (ראו פסקה 23 לפסק דינה של הנשיאה), בעוד שמאבטח מקביל אליו באותה יחידה המועסק על ידי חברת כוח אדם, ולא ישירות על ידי המדינה, לא יוכל להיות מורשע באותה עבירה, שכן תפקידו אינו נמצא בליבת העבודה המתבצעת באותה יחידה. כך נפגעים הן התכלית של הנורמה הפלילית, הן עקרון השוויון. כמו כן, מאבטח שמועסק על ידי חברת כוח אדם באחד ממשרדי המדינה ושהשתמש בכוחו לרעה על מנת לקבל טובות הנאה אישיות יורשע בעבירת שוחד, בעוד שאם אותו מאבטח ניצל את כוחו לרעה שלא על מנת לקבל טובות הנאה אישיות, אלא מתוך רוע לב בלבד או מתוך תפישות גזעניות, למשל, לא ניתן יהיה להרשיעו לא בעבירת השוחד, שכן לא קיבל טובות הנאה, ולא בעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה, שכן אין הוא מועסק ישירות על ידי המדינה, תפקידו אינו בליבת העבודה באותה יחידה והוא אף לא נוצר על ידי חיקוק. עינינו הרואות כי מקרים שבבירור יש מקום להחיל עליהם נורמות מיוחדות לעובדי ציבור אינם נתפשים ברשת פלילית זו.

10. השופט לוי, בחוות דעתו בערעור [28], סבר כי הפרשנות המצמצמת, המתחייבת, לטעמו, מן הפרשנות הלשונית שיש ליתן להגדרת "עובד ציבור", מעוררת קשיים. השופט לוי ציין כי –

א

"בנוסף לעבירות של שוחד ושימוש לרעה בכח המשרה קיימות בחוק העונשין עבירות נוספות שיוחדו לעובדי ציבור (ראו סעיפים 117; 117א; 267; 390 ו-421 לחוק). במצב זה, אפשר וראוי היה כי תימצא בחוק הגדרה אחת ויחידה לתיבה 'עובד הציבור'. הגדרה כזו היתה תורמת ליצירת הרמוניה בין סעיפי החוק השונים. אכן, תפיסתו של המערער כעובד ציבור לעניין עבירת השוחד אך לא לעניין עבירה של שימוש לרעה בכח המשרה מעוררת קושי. קושי זה אך מתחדד בעידן שבו המדינה מפריטה סמכויות רבות שיוחדו בעבר לאורגנים שלה".

ב

ג

אף הנשיאה עמדה בחוות דעתה על הקשיים שעולים מהפרשנות המצמצמת לסעיף 34כד, באומרה:

ד

"אין לכחד כי תוצאה זו נראית על פניה בעייתית, שכן היא מבחינה בין קבוצת העובדים שלגביה יחולו עבירות השוחד לבין הקבוצה המצומצמת יותר של עובדים שלגביה יחולו יתר העבירות המתייחסות לעובדי הציבור בחוק העונשין" (בפסקה 25).

ה

הנשיאה סבורה כי קושי זה מקורו בבחירתו של המחוקק לייחס חומרה רבה יותר לעבירת השוחד. אכן, הגדרת "עובד הציבור" בעבירת השוחד רחבה יותר וכוללת אף "תאגיד המספק שירות לציבור". עם זאת, תכליתיהן של עבירות השוחד ושל יתר העבירות הייחודיות לעובדי הציבור דומות הן, כפי שמדגישה אף המדינה בטעוונה, ואינן מצדיקות, לטעמי, פער כה עמוק בין קבוצות העובדים שעליהם תחול עבירת השוחד בלבד לבין קבוצת העובדים שעליהם תחולנה, נוסף על כך, גם יתר העבירות. הפרשנות המוצעת על ידי אינה יוצרת פער ניכר ובלתי מוצדק בין עבירות אלה, אלא שומרת על ההבחנה הראויה ביניהן. כך, למשל, כאשר מדובר בגוף דו מהותי, עובדיו – אשר תפקידם אינו מוסדר על ידי חיקוק ונושא צביון ציבורי ברור – ייכנסו תחת תחולתה של עבירת השוחד, שכן הם עובדי תאגיד המספק שירות לציבור (ראו עניין אבוטבול

ו

ז

[1], בעמ' 305; ע"פ 8573/96 מרקדו נ' מדינת ישראל [6]), אך לא תחולנה עליהן יתר העבירות הייחודיות לעובדי הציבור, שכן אין הם מועסקים בשירות המדינה.

א

11. לבסוף אתייחס לקשיים אשר, לדעת הנשיאה, עולים מהפרשנות הרחבה לחלופת החיקוק הקבועה בסעיף 34כד(10) לחוק העונשין. כזכור, הנשיאה עמדה בהקשר זה על שני קשיים: האחד, החשש מהחלת הנורמות הפליליות, הייחודיות לעובדי ציבור, על בעלי תפקידים שנורמות אלה אינן רלוונטיות לגביהם. השני, החשש מקו גבול שאינו ברור דיו בין עובדי ציבור שתחולנה עליהם נורמות אלה לביה אלה שפטורים מתחולת הנורמות הייחודיות.

ב

באשר לחשש הראשון, דומני כי על ידי הוספת מבחן הצביון הציבורי להחלת החלופות האמורות מתאיין חשש זה. באמצעות מבחן זה ניתן יהיה שלא להחיל את הנורמות הפליליות הייחודיות על עובדים אשר תכליות אותן נורמות אינן מתקיימות לגביהם. באשר לחשש השני, אכן המבחן האמור אינו נותן תשובה ברורה, חד משמעית וידועה מראש על אלו עובדים בדיוק תחול הנורמה הפלילית הייחודית לעובדי ציבור. עם זאת, המבחן של ליבת העבודה של היחידה שבה מועסק אותו עובד, המוצע על ידי הנשיאה, אף הוא אינו מספק מבחן ברור אלא משאיר גבולות הפתוחים לפרשנות שתוהוה ממקרה למקרה. נוסף על כך, המבחן המוצע של צביון ציבורי דומה, למעשה, לקריטריונים המשמשים לבחינת תחולת המונח "תאגיד המספק שירות לציבור" שבעבירת השוחד, ובמיוחד לקריטריונים שהוצעו על ידי הנשיאה בדיון הנוסף. בנוגע לקריטריונים אלה לא נטען כי הם יוצרים מבחן עמום מדי ושאינו מספק תשובה ידועה מראש, ואיני רואה מדוע יש להבחין בעניין זה בין המבחן שהוצע בעבירת השוחד לבין המבחן שמוצע בעבירות הנוספות הייחודיות לעובדי ציבור.

ג

ד

ה

ו

מן הכלל אל הפרט

12. לאור האמור לעיל נותרתי בדעתי, שאותה הבעתי בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, כי יש להרשיע את העותר אף בעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה. הסדרת תפקידו של העותר בחוק להסדרת הביטחון, יחד עם המאפיינים הציבוריים שניתנו לתפקידו ואשר איפשרו לו להפעיל את כוחו ואת סמכותו

ז

לקבוע את תור הפונים ללשכה עמוסה באופן חריג, ויחד עם העובדה כי הוא מילא את תפקידו באחד מהמוסדות הציבוריים המובהקים ביותר, כל אלה מצדיקים לראות בו "עובד ציבור" על פי סעיף 34כד, הן בחלופה הראשונה, הן בחלופה העשירית. איני סבורה כי קיים חשש שהעותר ביצע את מעשיו בלי שידע כי טבועה בהם פליליות כלשהי. ראשית, אף בהתאם לפרשנות המצמצמת יותר של הנשיאה ושל השופט לוי, קיבלו מעשיו של העותר גוון פלילי בעצם הרשעתו בעבירת השוחד. שנית, אין ספק, לטעמי, כי העותר, אותם אנשים שכלפיהם חטא, וכך גם כל אדם מן היישוב, היו רואים במעשיו דבר אסור שהדין הפלילי חל עליהם.

לסיכום, אם תישמע דעתי, הייתי מרשיעה את העותר הן בעבירת השוחד, הן בעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה.

ג

השופטת א' פרוקצ'יה:

1. דעתי היא כי יש להרשיע את העותר בדנ"פ 24/08 בעבירות השוחד ובעבירת שימוש לרעה בכוח המשרה, משהוא עונה הן להגדרה הכללית של "עובד ציבור" על פי סעיף 34 כד(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), הישימה לצורך עבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה, הן להגדרה שבסעיף 290(ב) לחוק העונשין לצורך עבירות השוחד. לאור היריעה הרחבה שנפרשה בפסק דינה של חברתי, הנשיאה בינינו, אסתפק בהערות קצרות בלבד.

2. הפרשנות התכליתית בתחומי המסגרת הלשונית של נוסח החוק היא אבן יסוד בדיני הפרשנות בכל ענפי המשפט, ובכלל זה במשפט הפלילי. לכלל הפרשנות התכליתית במשפט הפלילי מתלווה עקרון החוקיות בפלילים, המחייב ודאות, בהירות ואזהרה מראש על קיומו של איסור פלילי בטרם מענישים אדם.

3. הפרשנות התכליתית של מעשה חקיקה צופה מעצם טיבה את פני העתיד ומעגנת אל תוכה את הצורך המובנה להתאים את ההסדר החקיקתי לעתות הזמן המשתנות ולצרכים החברתיים המתהווים מעת לעת, הכול כחלק מהמטרה שאותה מבקש החוק להשיג. שילובם של הצרכים המשתנים בתכלית החוק אינו רק מתיישב עם מטרת החוק. הוא מובנה בליבת התכלית עצמה, והוא עצם

מעצמיה. ניתוק התכלית מהצרכים המשתנים ומהדינמיקה המשתנה של החיים מקפיא את המטרה בנקודת זמן היסטורית, שההיצמדות אליה עלולה לפגוע בהשגת מטרתו של החוק ולהביא להחטאת היעד שאותו התכוון מעשה החקיקה להשיג. במסגרת האופציות הלשוניות האפשריות של נוסח הכתוב, כך יש וראוי ליישם את תכלית החוק כדי להגשים באופן אמיתי ומלא את יעדיו.

א

התכלית

4. ההגדרות של "עובד הציבור" הן בסעיף 34כד, הן בסעיף 290(ב) לחוק העונשין, התכוונו מבחינת תכליתן להחיל על אדם העובד בשירות הציבור נורמות התנהגות מיוחדות שאינן מוטלות על אזרח מן השורה. לממלא תפקיד ציבורי נתון, לא אחת, כוח שלטוני המתלווה לביצוע תפקידו. קיומו של כוח שלטוני בידי ממלא תפקיד מוליד חשש לניצולו בדרכים פסולות, בין להשגת טובת הנאה פרטית, בין בדרך של פגיעה פסולה באזרחים התלויים בממלא התפקיד, ובין אחרת. האחיזה בכוח שלטוני הנתון בידי עובד הציבור מחייבת הרתעה, ריסון ופיקוח מפני שימוש לרעה בכוח זה לצורך הגנה על האזרח התלוי בממלא התפקיד ולשם הבטחת האינטרס הציבורי הכללי. הנורמות הפליליות המיוחדות לעובדי ציבור הן אחד מאמצעי ההרתעה והבקרה על אופן מילוי של התפקיד הציבורי. תכליתן להרתיע ממלאי תפקידים ציבוריים משימוש לרעה בכוח שלטוני ובשררה שניתנו בידם מכוח תפקידם.

ב

ג

ד

5. השגת התכלית המהותית הטמונה בהטלת נורמות פליליות מיוחדות על בעלי תפקידים ציבוריים, שנלווה להם שימוש בכוח שלטוני, אינה מתנית בהכרח בקיום קשר של העסקה בין המדינה לבין ממלא התפקיד ובקיום יחסי עובד ומעביד ביניהם. ישנן מתכונות העסקה שונות למילוי תפקיד ציבורי שנלווה לו כוח שלטוני שאינן כרוכות בהכרח בקיום יחסי עובד ומעביד בין המדינה כמעסיק לבין ממלא התפקיד כמועסק. מתכונת ההעסקה הפורמלית של ממלא התפקיד אינה יסוד מהותי בגדר תכלית האיסורים הפליליים החלים על עובד ציבור, תכלית שעיקרה בהחלת נורמות התנהגות מיוחדות על מי שממלא תפקיד בעל אופי ציבורי, שנלווים לו סממנים של כוח שלטוני, תהא אשר תהא המסגרת הפורמלית של העסקתו.

ה

ו

ז

6. ההגדרות של "עובד ציבור" בחוק העונשין חוקקו בתקופה שבה עיקר התפקידים הציבוריים החלים על המדינה כלפי אזרחיה נמצאו בידיהם של עובדי מדינה שמעסיקתם הייתה המדינה. עם השנים, התפתח תהליך הפרטה נרחב אשר הביא בהדרגה להוצאת תפקידים ציבוריים-מדינתיים שונים מתחומי של שירות המדינה והעברם לידיים פרטיות. תכניהם של התפקידים הציבוריים לא השתנו. מאפייני הכוח השלטוני, השררה וכוח הכפייה המתלווים להם, נותרו כשהיו בידי בעלי התפקידים, אלא שבמקום שיבוצעו בידי עובדים המועסקים על ידי המדינה, הם מבוצעים כיום בידי מועסקים של גופים שאינם מנמים בהכרח עם המערכת המדינתית. השינוי במסגרת ההעסקה החיצונית של ממלאי התפקידים לא הביא עימו לשינוי במהות התפקידים, ואלה היו ונותרו תפקידים בעלי אופי ציבורי-שלטוני, אשר שולבו, מטעמי יעילות, במסגרת ארגונית שמחוץ לשירות המדינה.

א
ב
ג עד כאן, לתכליתן של הגדרות "עובד ציבור" בהקשר לנורמות הפליליות שבחוק העונשין, המתייחסות במישרין לבעלי תפקידים בשירות הציבורי.

הנוסח המילולי

ד
ה 7. אשר לנוסח המילולי של הגדרות "עובד ציבור" לצורך האיסורים הפליליים שבחוק העונשין, יש להתחקות אחר מתחם האפשרויות הלשוניות שהנוסח הכתוב מאפשר, ולבחור מתוכן את האפשרות המתיישבת בדרך ההולמת ביותר עם התכלית הראויה של החוק, כפי שתוארה לעיל.

ו
ז
ח 8. נפתח לצורך כך בהגדרת "עובד הציבור" על פי סעיף 34כד(1) לחוק העונשין, הישימה לצורך ענייננו לעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה, שבה הואשם העותר. הוראה זו מגדירה "עובד הציבור" כ"עובד המדינה, לרבות חייל, כמשמעותו בחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955". ענייננו מתמקד במושג "עובד המדינה" ובפרשנותו המילולית האפשרית. במתחם האפשרויות המילוליות, ניתן לפרש "עובד מדינה" במובנו השגור ביותר כמי שמועסק כעובד בידי המדינה וחל עליו חוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959. מושג זה, במובנו המילולי האמור, שם את הדגש על מסגרת ההעסקה הפורמלית של עובד המדינה ומדבר בקיום יחסי עובד ומעביד בין המועסק לבין המדינה. אולם משמעות מילולית זו אינה היחידה האפשרית. למושג "עובד מדינה" בהגדרה בסעיף

34כד(1) לחוק לא שויך תוכן פורמלי המצמיד אותו בהכרח למושג הטכני של "עובד מדינה" המקובל בחקיקה של שירות המדינה והחל על מי שמועסק על ידי המדינה במסגרת יחסי עובד ומעביד. שלא בדומה להגדרת "חייל" המופיעה אף היא בס"ק (1), והקושרת מושג זה במישרין עם חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, המושג "עובד המדינה" נותר במילות הסעיף פתוח ובלתי מוגדר, והוא מאפשר, על כן, מרחב פרשנות מילולי נרחב וגמיש יותר, שאינו מחייב בהכרח קיום יחסי עובד ומעביד בין המדינה לבין המועסק. פירוש גמיש זה מתמקד במאפיין הפונקציונלי של התפקיד, על פי מהותו וטיבו. פרשנות מילולית אפשרית של המושג "עובד מדינה" בסעיף 34כד(1) לחוק מאפשרת, אפוא, את הרחבתו ואת פרישתו גם על מי שאינו מועסק ישירות על ידי המדינה, ובלבד שהוא ממלא תפקיד בעל אופי ציבורי מובהק שנלווים לו סממנים של כוח שלטוני האופייני לתפקיד בשירות המדינה.

א

ב

ג

9. האופציה הלשונית המאפשרת פרשנות רחבה וגמישה יותר של המושג "עובד מדינה" לצורך הנורמות הפליליות הנוגעות לעובדי ציבור, משתלבת ומתיישבת עם התכלית הטמונה ביסוד אותן נורמות, והיא – ליצור מנגנון הרתעה פלילי מפני שימוש פסול בכוח שלטוני ומפני שררה שלטונית המצויים בידיהם של ממלאי תפקידים ציבוריים, שהאזרח והציבור תלויים בהם. משמעות הדבר היא כי ניתן וראוי לפרש את המושג "עובד מדינה" על פי סעיף 34כד(1) כמתפרש לא רק על עובד המועסק במישרין על ידי המדינה, אלא גם על מי שמועסק על ידי מעסיק שאינו המדינה ובלבד שהוא ממלא תפקיד בעל אופי ציבורי מובהק שנלווים לו סממנים של כוח שלטוני, שביצועו מוטל, דרך כלל, על המדינה. פרשנות זו מתיישבת עם עקרון החוקיות והוודאות בדין הפלילי ואינה סותרת אותו.

ד

ה

עד כאן, לעניין ההגדרה של "עובד הציבור" על פי סעיף 34כד(1) לחוק העונשין.

ו

10. אשר להגדרת "עובד ציבור" בהקשר לעבירות השוחד, על פי סעיף 290 לחוק העונשין: הגדרה זו מעגנת אל תוכה את התוכן הכללי של מושג זה על פי סעיף 34כד לחוק העונשין, ומתווסף לתוכן כללי זה גם "עובד תאגיד המספק שירות לציבור". הגדרה מרבה זו נדרשה בשעתו, כאשר עיקר תפקידי המדינה

ז

בוצע בגדר שירות המדינה ובידי עובדי מדינה מן השורה, ומתן שירותים ציבוריים בידי תאגידים חיצוניים למדינה לא היה חזיון נפרץ. כיום, עם תהליך ההפרטה, ולנוכח העברתן ההולכת וגוברת של פונקציות שלטוניות לידיים פרטיות, מיטשטשת ההבחנה בין ההגדרה הכללית של "עובד הציבור" על פי סעיף 34כד(1) לחוק, הכוללת גם "עובד המדינה" במשמעותו הרחבה והמהותית, לבין ההגדרה המרבה של "עובד ציבור" לצורך עבירת השוחד, הכוללת במפורש גם עובד של תאגיד המספק שירות לציבור. הפרשנות התכליתית הרחבה של המושג "עובד המדינה" בסעיף 34כד(1) לחוק העונשין, המתבקשת עקב שינויי העתים, עשויה לבלוע אל קרבה במצבים מסוימים את ההגדרה המרחיבה של "עובד ציבור" שבסעיף 290(ב) לחוק העונשין לצורך עבירות השוחד, וההגדרות הללו עשויות לעתים להתמוזג ולחפוף זו לזו.

ג עולה מהאמור כי מכלול הנורמות הפליליות החלות על עובד ציבור – ועבירות השוחד בכלל זה – עשוי לחול על מי שממלא תפקיד בעל אופי ציבורי מובהק שיש בו סממנים של כוח שלטוני, בין אם הוא מועסק במישרין בידי המדינה, ובין אם לאו.

ד 11. בנסיבות המקרה שלפנינו, שימש העותר כמאבטח מטעם חברת אבטחה פרטית בלשכת מינהל האוכלוסין של משרד הפנים במזרח ירושלים. תפקיד זה של מאבטח במשרד ממשלתי נושא אופי ציבורי מובהק, ונלווה לו כוח שלטוני הנתון לבעל התפקיד, המופעל כלפי הציבור וכלפי האזרח הפרטי הבאים בשעריו של המשרד. תפקיד זה, על פי טיבו, נמנה עם תפקידיה של המדינה הגם שהוא בוצע במקרה זה בידי מועסק של גוף פרטי. העותר עשה שימוש פסול בכוח הכפייה ובשררה שהיו נתונים בידו. עובדת היותו מועסק בידי מעביד פרטי אינה מוציאה אותו מגדר "עובד ציבור", כמשמעו על פי החוק. העותר עונה להגדרת "עובד ציבור" על פי אופי תפקידו הן על פי האמור בסעיף 34כד(1) לחוק ("עובד המדינה"), הן על פי ההגדרה שבסעיף 290(ב) לחוק ("עובד תאגיד המספק שירות לציבור") לצורך עבירות השוחד. העותר מקיים במעשיו גם את כל שאר יסודותיהן של עבירות השוחד ושל עבירת השימוש לרעה בכוח המשרה שבהן הואשם.

ז

12. אני מצטרפת, אפוא, למסקנתה של חברתי, הנשיאה ביניש, שלפיה יש להותיר בעינה את הרשעת העותר בעבירות השוחד; באשר לעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה, אני מצרפת דעתי לזו של חברתי, השופטת ארבל, הנוקטת אף היא פרשנות תכליתית מרחיבה להגדרת המושג "עובד הציבור" שבסעיף 34כד(1) לחוק העונשין, ולמסקנתה שלפיה יש להרשיע את העותר גם בעבירה זו.

א

השופט א' א' לוי:

ב

את דעתי באשר לסוגיה שהועמדה לבחינה הבעתי בפסק הדין בע"פ 766/07 [28]. גם לאחר שעיינתי בחוות הדעת של חבריי למושב בדיון הנוסף, לא מצאתי מקום או צורך להוסיף דבר על האמור בחוות דעתי המקורית.

ג

השופט א' רובינשטיין:

פתח דבר

א. אפתח בתוצאה. לאחר העיון הגעתי אף אני, כמרבית חברותי וחבריי, למסקנה כי יש להותיר על כנה את הרשעת העותר בעבירות של קבלת שוחד ושל ניסיון לקבלתו, הנטועה בראיית העותר כ"עובד הציבור" כהגדרתו בסעיף 290 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק). עם זאת, דעתי כדעת חברתי השופטת ארבל, שאליה הצטרפה חברתנו השופטת פרוקצ'יה, כי יש להרשיע את העותר אף בעבירה של שימוש בכוח המשרה, לפי סעיף 280 לחוק, על יסוד הגדרת "עובד הציבור" שבסעיף 34כד(1) לחוק. זאת – הן לפי החלופה שבסעיף 34כד(1), הן לפי החלופה שבסעיף 34כד(10). להלן אבקש להוסיף משלי על נימוקי של השופטת ארבל בערעור הפלילי ובדיון הנוסף ועל נימוקי השופטת פרוקצ'יה בדיון הנוסף.

ד

ה

ו

ב. חברתנו הנשיאה פרשה יריעה רחבה, שבה הקיפה את השאלות הנדונות מכל צידיהן, ובסופו של עיון תמכה בתוצאתו של פסק הדין שבערעור. שאר חברינו הוסיפו איש כעטו הטוב וכנדבת רוחו. לא ייתכן חולק באשר לתחולתה של תורת הפרשנות התכליתית בתחום דנא, כעולה במפורש מלשון סעיף 34כא

ז

לחוק, קרי: "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יורע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין" (הדגשה הוספה – א' ר'). ראו גם דברי ח"כ דן מרידור בהבאת החוק לקריאה שנייה ולקריאה שלישית, ד"כ התשנ"ד 9825, כי "המפרש צריך לראות לנגד עיניו את התכלית שלשמה נחקק החוק". השופט גרוניס נותר בעמדת יחיד כאשר לנושא השוחד ונקט דרך פרשנית שהיא "קלסית" במובן השגור על פינו מאז הוינא טליא, מאז ימים רחוקים של לימודים בפקולטה למשפטים, קרי – שהחוק הפלילי מתפרש בצמצום, וגם כאמירה השגורה בעקבות חכמינו, כי אין עונשין אלא אם כן מזהירין תחילה. משמעה של זו – ועוד אשוב לכך – כי יידע אדם אל נכון, אם ירצה בכך, מה תהא תגובת החוק הפלילי למעשיו ולמחדליו. שאר שופטי ההרכב, ואני בתוכם, הולכים בדרך הפרשנות התכליתית שנדרשה להכרעה כאן, אף כי נחלקו באשר למידת התפרשותה הספציפית במקרה דנא.

העובדות ותוצאתן

ג. אם כל קושי בתיק זה נעוצה, כמובן, במצב עובדתי כפול העוטף את ליבת הפרשה, שיש ליתן עליו את הדעת כדי לגבש את הדעה המשפטית. אין אנו מדברים אך בתיאוריה המשפטית כשלעצמה, אלא במיוחד ביישומה לחוק הנוהג ולחיי המעשה. עסקינן במי – העותר – שניצל לרעה, כפי שפירטה הנשיאה, מעמד שקיבל כראש משמרת אבטחה מטעם חברה פרטית שנסכרה לשם כך, בלשכת מינהל האוכלוסין במזרח ירושלים. מדובר במקום בעל רגישות גבוהה ומורכבות רבת שנים, שכבר היה נושא להליכים פליליים ומינהליים בבית משפט זה בשנות התשעים והאלפיים (ראו: ע"פ 1877/99 מדינת ישראל נ' בן עטר [19], בעמ' 698, השופט זמיר, ובג"ץ 6884/01 עתיק נ' שר הפנים [30], בעמ' 702, השופטת – כתוארה אז – ביניש).

ד. כתב האישום המתוקן בשנית שבו הודה העותר (ראו הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי מיום 13.6.2006, מפי השופט רביד) מתאר את המצב בלשכת המינהל במזרח ירושלים כרקע כללי לאישומים כלהלן:

"הלשכה מטפלת בפניותיהם של כ-240 אלף תושבי מזרח ירושלים בענייני מינהל אוכלוסין, ובכללן בקשות מיוחדות ומורכבות בענייני

תעודות מעבר, בקשות לאיחוד משפחה, בקשות לרישום ילדים, רשיונות ביקור בישראל, ענייני אזרחות ועוד.

א הביקוש לשירותי הלשכה גדול, ועל כן ועקב מורכבות הטיפול בבקשות, בעיות כוח אדם וקשיי תקציב אחרים, נוצר במקום לחץ יומיומי כבד מאד של פונים רבים, שרק חלקם זוכה לקבל שירות.

ב בתור ללשכה ממתנים מדי יום מאות פונים, הנאלצים להמתין שעות רבות ברחוב מחוץ ללשכה תחת כיפת השמיים. התור הארוך יצר מצב בו העדיפו פונים רבים ללון ברחוב בסמוך לכניסה ללשכה כדי לתפוס מקום בתחילת התור, ותופעות אחרות של 'מוכרי תור' בעלי זרוע.

ג בעקבות חשדות ומקרי שחיתות קודמים קבע מנהל הלשכה, כי מאבטחים לא יורשו לחלק מספרים ולקבוע מי ייכנס ללשכה, ויתרכזו בבדיקה ביטחונית בלבד, ורק פקידי הלשכה יחלקו את מספרי התורים.

ד על מאבטחי הלשכה הוטל לעמוד בסמוך לשער הלשכה, כדי לבדוק את הנכנסים בדקה ביטחונית, שלאחריה עולים הפונים לבניין הלשכה, שם הם מקבלים שירות מפקידי הלשכה.

ה הדהד בי למקרא הדברים שירו של נתן אלתרמן "פחו של מתושלח" [69], שבו דיבר באירוניה של אנטי בירוקרט על ימיו של מתושלח, זקן בני אדם (969 שנים חי), בעמ' 218:

י "הַיְתָה הַבְּיּוּרוֹקְרַטְיָה חַיִּוֹן רְגִיל,
אָבֵל עַל מִי הַיְתָה הִיא אֲזוֹ לְטָרַח?
הַיְתָה שְׁהוּת. הִי אֲזַרְחָ אוֹתוֹ הַדּוֹר
נִכְנָס אֵלַי מְשֻׁרָד בְּמִין חַיִּוֵּף אֶפְלוּ.
שְׁשִׁים־שָׁבָעִים שָׁנָה חָכָה הוּא בְּפִרוֹזְדוֹר.
אָבֵל יָדַע: חַיִּיו עוֹד רַק הִתְחִילוּ.

לא כן פֿעַת... פֿעַת בֿחֶשְׁשׁוֹת כְּבָדִים
הָאִישׁ בְּמִסְדָּרוֹן מִמְתִּין. פֿחֲדִיו טוֹמֵן הוּא ...
א שׁוֹנֵה הַזְמָן... הָאִישׁ בְּמִין מִבֶּט חוֹדֵר
לְחִתִּימָה־עַל־טַפְס מִחֶכָּה מְתוּחַ,
וְאַחֲרֵי שְׁנֵה־שְׁנָתִים, לֹא יוֹתֵר,
הוּא כְּבָר מְרָאָה אוֹתוֹת שֶׁל קֶצֶר־רוּחַ...".

ב. למצב עובדתי קשה זה נכנס העותר ב-2003 בנצלו פרצה – וכך סיכם חברי השופט גרוניס את מעללי העותר ושותפיו (בערעור הפלילי [28], בפסקה 3):

ג "בתקופה בה עוסק כתב האישום, עבד כהן בחברת האבטחה 'מיקוד' כאחראי משמרת של צוות מאבטחים בלשכה. המערער בע"פ 867/07 (להלן – חיג'אזי) היה בעל משרד הממוקם סמוך ללשכה, אשר הציע שירותי הדפסה וצילומי דרכון עבור ציבור הפונים. על פי האישום הראשון, המערערים ומאבטח נוסף קשרו קשר לפיו יכניסו פונים ללשכת מינהל האוכלוסין ללא תור וזאת תמורת תשלום של כ-500 ש"ח לאדם. שיטת הפעולה שלהם הייתה זו: חיג'אזי היה פונה לאנשים שהגיעו לחנותו ומציע להכניסם ללשכה ללא תור תמורת תשלום. לאחר קבלת התשלום היה חיג'אזי מעביר את שם הפונה לכהן שדאג להכניסו תוך עקיפת התור. שיטת פעולה זו מומשה בעשרות מקרים וכל אחד מהמערערים שילשל לכיסו בסך הכל לפחות 15,000 ש"ח. על פי האישום השני, ביום 13.8.03 הגיעה סוכנת סמויה למשרדו של חיג'אזי והציגה עצמה כאחת מהממתנינים בתור ללשכה שלא הצליחו להיכנס. חיג'אזי הציע את עזרתו תמורת 500 ש"ח, וכאשר הסוכנת החלה 'להתמקח' על המחיר הציע להכניסה ללא תור וללא תשלום אם תסכים 'לצאת' עם אחד המאבטחים. הסוכנת הביעה את הסכמתה להצעה. חיג'אזי התקשר לכהן והלה הגיע למשרד, הביט בסוכנת ויצא. לאחר מכן התקשר חיג'אזי לכהן והאחרון אמר, כי הסוכנת 'מתאימה לו'. כהן השיג מפתחות של דירה בירושלים והוא והסוכנת נסעו לשם יחד. במהלך

הנסיעה הבהירה הסוכנת לכהן כי היא נשואה והיא מסכימה לשכב עימו רק בגלל הבטחתו לעזור לה בעניין התור ללשכה. הסוכנת ביקשה מכהן שישמור את דבר הפגישה בסוד ואף הביעה חשש כי יתכחש להבטחתו. כהן הרגיע את הסוכנת, הבטיח שיעמוד בדיבורו והוסיף כי אם היא חוששת הוא מוכן לסדר לה כניסה ללשכה ללא תור גם אם לא תשכב עימו. בכניסה לדירה נעצר כהן על ידי המשטרה. האישום השלישי מיוחס לכהן בלבד. על פי פרטי האישום, במספר רב נוסף של מקרים ניצל כהן את מעמדו על מנת להכניס ללשכה אנשים ללא תור וזאת תמורת תשלום כספי, טובות הנאה או לבקשת חברים. במקרים אחרים, הכניס כהן נשים שהמתינו בטרם הגיע תורן, דרש מהן בתמורה את מספר הטלפון שלהן והטריד אותן אחר כך בטלפון. במקרים נוספים מנע כהן כניסת נשים ממתונות שלא נענו לחיזוריו. כמו כן, סילק כהן מהתור אדם שהעיר לו על התנהגותו".

א

ב

ג

ו. על מעלליו הרעים של העותר בניצול מעמדו להנאותו – אין מחלוקת. ברי כי כשעסקינן בנזקקים לשירותי הלשכה, עניין לנו באוכלוסייה שאינה אזרחי ישראל. רובה ככולה ערביי מזרח ירושלים הבאים במגע לא פשוט עם הרשויות ואשר בעבורם אלה המקבלים את פניהם מטעם הרשות, יהיו אשר יהיו, ובהם אנשי אבטחה, שערים הראשוני, הם הם הרשות.

ד

על ההפרטה

ה

ז. הנדבך העובדתי השני הוא כי האבטחה בלשכת מינהל האוכלוסין במזרח העיר – כאמור – הייתה מופרטת בעת הפרשה. אין חולק כי במובן של יחסי עובד-מעביד היה העותר עובדה של חברת אבטחה. המדינה – שם ובמקומות אחרים – הפריטה את שירות האבטחה. ברי כי הסבך המשפטי בענייננו יסודו במידה בלתי מבוטלת בתהליך ההפרטה שהביא לכך שהעותר ושכמותו, המועסקים על ידי גופים פרטיים, ממלאים בפועל תפקידים ציבוריים שמימים ימימה מולאו בידי עובדי המדינה (ראו, למשל: אלעד פינקלשטיין המשטר המשפטי של הליך הגישור [44], בעמ' 56-70; וכן מאמרו "הפרטה ורגולציה: ההסדרה המשפטית של הליך הגישור" [57]). זאת, בעוד שבהקשרים שונים לא

ו

ז

מיהר המחוקק להתאים לכך את מערכות החקיקה, ועל כן נדרשת הפרשנות שבה אנו עוסקים. עוד ראו זאב סגל, לילך ליטור אקטיביזם ופסיביזם שיפוטי [45], בעמ' 251, 252.

א

ח. במאמרו "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית" [58] נדרש פרופ' יצחק זמיר (בעמ' 80 ואילך) ל"מדינה מופרטת", ומתאר את התהליך ההפרטה שעבר על המינהל הציבורי, מטעמים שונים ומשונים, כך ששירותים שונים הועברו אל המשק הפרטי ככל שהיה להם גם אופי עסקי. התהליך נכרך, לשיטתו, לא רק בפרקטיקה אלא באידאולוגיה, אשר "נובעת מתפיסה אינדיווידואליסטית של החברה, להבדיל מתפיסה קולקטיביסטית. בניסוח קיצוני, תמציתה של התפיסה הקולקטיביסטית היא שהפרט צריך לשרת את הכלל, ואילו תמציתה של התפיסה האינדיווידואליסטית היא שהכלל צריך לשרת את הפרט" (בעמ' 83-84). להלן נדרש המחבר לפיקוח על הפעילות הפרטית, שהיעדרה כדבעי הביאנו עד הלום גם בתיק זה.

ב

ג

ט. ראו גם: אבישי בניש "מיקור-חוץ בראי המשפט הציבורי: הפרטת תכניות 'מרווחה לעבודה' ובעיית כשלי הפיקוח" [59], ותיאור השינוי הדרמטי בתחום זה (בעמ' 284), וכן ראו האסמכתאות דשם; דפנה ברק-ארוז "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" [55], שלדבריה "ההפרטה תמשיך כנראה להיות תופעה מרכזית בחיי הכלכלה והחברה בישראל, כמו-גם במדינות מערביות אחרות" (בעמ' 515). הדיון האקדמי בנושאים אלה נדרש גם לתצורות הפרטה של חלק מן השירותים המשפטיים של המדינה (ראו טליה פישר "הפרטת המשפט" [60]).

ד

ה

י. מושג ההפרטה, שהוא בן כשני עשורים בישראל, חדר לאולמו של בית משפט זה בשנות התשעים. ככלל, ראה בית המשפט את תפקידו בהקשר זה באופן מוגבל, שכן הנושא נתפש ביסודו כמדיניות, אשר בשכמותה ממעט בית המשפט להתערב. למשל, בבג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש-הממשלה של מדינת ישראל [31], בעמ' 471, ציין הנשיא ברק כי "בית המשפט לא יורה לראש-ממשלה ולחברי ממשלתו אם לנקוט מדיניות של הפרטה או מדיניות של הלאמה. במסגרת סמכותה של הממשלה, עניין הוא לראש-הממשלה ולשריו, ולא לבית-המשפט להחליט בו". עוד לפני כן, בבג"ץ 7198/93 מיטראל בע"מ נ' שר

ו

ז

התעשייה והמסחר [32], בעמ' 853, נאמרו דברים ברוח דומה מפי השופט זמיר, ועוד ראו: דברי הנשיא ברק בבג"ץ 1064/94 קומפיוטסט ראשל"צ 1986 בע"מ נ' שר התחבורה [33], בעמ' 819; דברי השופטת שטרסברג-כהן בע"א 975/97 המועצה המקומית עילבון נ' מקורות חברת מים בע"מ [34], בעמ' 446, בדבר "ניתוק" בין המדינה לגופים המופרטים.

א

י"א. כך מתחילה. אולם, דומה שעם השנים נתברר כי ההפרטה אינה עניין חד כיווני צופן ברכה, אלא עמוסה היא בעיות מסוגים שונים. הרוח הגדולה שבאה, שנועדה, כביכול, למצוא מזור לאזרח מתחלואי הבירוקרטיה הישנה, הכבדה והיקרה, הביאה עימה גם תופעות בעייתיות – בראש ובראשונה, במובן של זכויות אדם, זכויותיהם של חלקים חלשים בחברה, ובהם עובדים, אך גם תוך אפשרות פגיעה בנכסי הציבור ביום הפרטה (ראו: דבריי בבר"ם 1106/04 ועדה מקומית לתכנון ובנייה – חיפה נ' חברת החשמל לישראל בע"מ [35]; מאמריי "מקרקעי ישראל – מבט משפטי: תחיה לדורות – או בכיה לדורות" [61]; "קרקעות המדינה: משפט, צדק ומינהל תקין" [62], בעמ' 14, 30–31; רחל אלתרמן "ההפרטה הזוחלת בתחום החכירה טובה למשק, אבל לא צריך להמשיך אותה" [63]. בעמ' 4011/05 דגש סחר חוץ (ספנות) נ' רשות הנמלים [36], בפסקה ה, נזדמן לי לעסוק ב"מולך הפרטה" וחזרתי על הסתייגות משכבר מהפרטת יתר, במקור בעניין המוביל הארצי, בביטוי "את אמא אין מוכרים". ראו גם בג"ץ 10104/04 שלום עכשיו – שעל מפעלים חינוכיים נ' הממונה על היישובים היהודיים ביהודה ושומרון [37], בפסקה ע"ז לפסק דיני. כשלעצמי, סברתי מזה זמן, אפוא, כי אפשר שהמדינה הרחיקה לכת יתר על המידה בהפרטות למיניהן, וכאותה מטוטלת שנעה מקצה לקצה ראוי לה שתנוח במקומה הראוי, באמצע. נזדמן לי לכתוב (רע"פ 228/05 יאגודיב נ' מדינת ישראל [38], בעמ' 527) כלהלן:

ב

ג

ד

ה

"הרמב"ם מגדיר את המעשים הטובים בהקדמתו הנודעת לפירוש המשניות שלו למסכת אבות, הקרויה 'שמונה פרקים', בפרק הרביעי [...] שכותרתו 'ברפואות חולי הנפש', כמעשים 'השונים, הממצעים בין שתי קצוות ששתיהן רע', ולשיטתו מי שנטה לאחד הקצוות באופן מוגזם, הדרך להביאו לדרך האמצע היא להביאו תחילה לקצה האחר: 'נראה אל איזה צד נטה ויצא ונעמד כנגדו בהפכו עד שישוב

ז

אל השווי. וכשישתוה, נסלק ידינו מן ההפוך ונשוב לעשות לו מה שיעמידהו על שוויו' (תרגום ר' שמואל אבן תיבון)."

- א יפה הדבר גם לענייננו. אכן, היה לרעיון ההפרטה צד חיובי – הקטנת השירות הציבורי, ייעול השירותים הניתנים לציבור תוך תחרות, ובסופו של יום אולי הקטנתה של ההוצאה הציבורית. אך לצד אותן מעלות טובות שלהפרטה עלינו, נגלו, כאמור, גם חסרונות, העלולים להתבטא – בין השאר – במישור הערכי, מישור הזכויות. לעניין זה, ובאשר לבקשות ההצטרפות של האגודה לזכויות האזרח ושל קו לעובד, שותף אני בחום לעמדת חברתי הנשיאה, כי השאלה הכוללת של זכויותיהם של עובדי ההפרטה בשירות הציבורי היא שאלה נכבדה וראויה, המייצגת סוגיה כאובה בחברה הישראלית. כשלעצמי, סבורני כי הגיעה בעליל עת לטיפול בכך, באופן שייתן ביטוי ליתר הגינות ואנושיות של מדינה וחברה. אולם, כדעת חברתי, אין מקום לכרוך נושא זה בעניין שלפנינו, דיני העונשין, ומובטחני כי גם העמותות המבקשות להצטרף שותפות לאינטרס חברתי וציבורי שעובדים כלשהם, עובדי הפרטה או אחרים, לא ינצלו את מעמדם בשירות הציבור לפגיעה בו.

- ב. הרלוונטיות של כל אלה לענייננו היא בפתחת הצוהר למשמעויות הבעייתיות של תהליך ההפרטה, שתיק זה נדרש אליהן בתחום הפלילי.

- ג. ואכן, השפעותיה של ההפרטה על דיני העונשין דומה שטרם נדונו בבית משפט זה, אשר דן בהפרטה בהקשר המינהלי; ראו, עם זאת, אסף הראל גופים דו-מהותיים: גופים פרטיים במשפט המינהלי [46], בעמ' 128–130, 152–153. ומנגד, שם, בעמ' 266–267. אך, לדידי, לקחיו של התיק עניינם עמידה על המשמר, בכל הנוגע לשירות הציבורי בתצורתו המופרטת, באשר לאמון הציבור במערכות המשרתות אותו. במסגרת זו עלינו, לדעתי, לשמר את אחריותם כלפי הציבור, לרבות בתחום הפלילי, של הממלאים תפקידים בעלי צביון ציבורי. תפקידים אלה הם, לדעתי, חלק מובהק מן השירות הציבורי במובן המהותי, ובגדריו דו מהותיות יש ליתן ביטוי גם לפן הפלילי. עלינו לתת דעתנו לכך, שהרי ייתכנו שאלות הקשורות – למשל – בבעלי מקצוע המועסקים על ידי גופים פרטיים במובן של יחסי עובד-מעביד, אך נותנים שירות שבדומה לו ניתן על ידי רופאים עובדי המדינה, למשל רופאים בבתי סוהר, שבחלקם אינם קציני שירות

בתי הסוהר אך פועלים במסגרת השירות; וכמובן, הדברים נאמרים כהדגמה בלבד ובלא, חלילה, פגיעה בפלוני. באשר לזכויות העובדים, כבר נאמרו דברים קצרים מעלה. ומנגד, השמירה על איכות השירות לציבור בעידן של הפרטה צריך שתיעשה במגוון אפיקים – ובהם בפיקוח מוגבר, ולטעמי, באמצעות החלת נורמות שמקורן במשפט הציבורי על גופים מעין פרטיים (ראו: דפנה ברק-ארז "הוראת המשפט המינהלי: בין חוקתיות להפרטה" [64]; איל פלג ההפרטה כהצברה [47]; אסף הראל [46], בעמ' 353; אמנון רובינשטיין, ערן דוידי "המדינה היא לא עסק פרטי" [65]). כעולה מן התיק דנא, גם למשפט הפלילי תפקיד נכבד בתחום זה (ראו גם אסף הראל [46], בעמ' 128–130, 152–153), בהחלת נורמות ואיסורים הראויים למשרתי ציבור גם על אלה שלא נתפשו ככאלה בעבר, בעידן טרום ההפרטה. אולם ידוע ידוע היטב – או צריך היה שיידעו – כי הציבור שהם אמורים לשרת רואה אותם כשליחי המדינה, ואמון הציבור מוטל בכף. עתה עלינו לבחון אם החלת הנורמות של המשפט הפלילי במקרה דנן היא חוקית והוגנת.

על החוקיות

י"ד. (1) טענה עיקרית העולה לאורך כל החזית בהליך דנא היא עקרון החוקיות, קרי – שאין להטיל עונש שלא על פי איסור חוקי הולם. ביסודו עומדת חובת ההגיונות, שלפיה "אין עונשין אלא אם כן מזהירין", והיא מעוגנת בסעיפים 1, 3 ו-34כא לחוק העונשין. וכדברי השופט גרוניס בערעור הפלילי מושא הדיון הנוסף [28], בפסקה 11 לפסק דינו, כי "הגיונו של עקרון החוקיות תקף בעיקר כאשר מדובר בחוק פלילי המשרטט את הגבולות בין התנהגות אסורה ומותרת". ראו גם: ע"פ 4654/03 וליד נ' מדינת ישראל [39], בפסקה 11; דנ"פ 1558/03 מדינת ישראל נ' אטו [4]. מובן כי על המחוקק להקפיד על ניסוח נורמות פליליות בהירות ככל שהיד התחיקתית מגעת (ועל בית המשפט להקפיד עימו על כך). אולם, אין עקרון החוקיות מונע הרשעה – ואם גם בגדרי פרשנות תכליתית – כאשר ברור שהנאשם היה מודע לחומרת מעשיו ולאיסור שבהם; "עם-נכר תתקבר וְעם-עַקֵּשׁ תתפַּל" (שמואל ב', כב 27 [א]). המשפט הפלילי אינו כסוי עיניים, ועקרון החוקיות אין פירושו עקרון החסיד השוטה.

אכן, יש דבר שובה לב ומעוגן ברגשי אנוש באמירה המקובלת כי את המשפט הפלילי יש לפרש באורח דווקני, על פי סעיף 34כא לחוק העונשין, שלפיו "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין". אלא כי, כפי שהציגה חברתי הנשיאה, בסעיף שנחקק הוספו מעבר להצעת החוק המילים "לפי תכליתו" (ההדגשה הוספה – א' ר'). ההיגיון אומר כי יש לפרש סעיף זה (שכבר פורש בעבר בדנ"פ 4טא [4], למשל) במהותו כדאגה לעקרון החוקיות, לזכויות החשוד והנאשם, שאל מולם ניצבת מערכת האכיפה החזקה, וכמבטא שאיפה לבהירות במקום שבו מועמד אדם בסכנה של שלילת חירותו או של סנקציה כבדה אחרת. אך בפרשנו את החוק מצוים אנו לזכור, עם זאת, גם את זכויות החברה והקרבות להגנה ראויה של המשפט הפלילי, שלשמה נועד במידה רבה. זאת, כל עוד לא שב המחוקק להידרש לחקיקה בהקשר דנא עם תמורות העתים – מה שרצוי שיעשה, כפי שכתבה חברתי השופטת נאור והצטרף אליה חברי המשנה לנשיאה השופט ריבלין; דברים אלה יפה כוחם במיוחד לנוכח התוצאה שאליה הגיע פסק דיננו, המוכרע, כמובן, כדעת הרוב.

2) על בית המשפט – כאמור – להיות גלוי עיניים, תוך שהוא חי את רוח התקופה, אותה רוח שגם העבריינים חיים בתוכה ויודעים הם אל נכון מה הרף הנורמטיבי המשקלל את הבנתו של אדם מן היישוב, לא זה שבבועה, לנורמה. רואה אני עצמי כממשיך לדוגלים בהקפדה על זכויות דיוניות של חשודים, של נאשמים, של עצורים ושל אסירים, כי אל מול מערכות גדולות ידם על התחתונה. מקל וחומר, ניתן לומר, שכך בדין המהותי. ועוד, כשעסקינן בגזירת העונש מזכירים לנו הסניגורים תדיר כי יש לדון אדם באופן אינדיווידואלי, ולאזנו עם ההקשר ה"כללי", ועל כן שיקולי הרתעה, דרך משל, אין צריך שייסיגו את גבולם של שיקולי קולא אישיים. על דרך ההיקש, גם את החלת העבירה שבחוק על סיטואציה פלונית יש לבחון במשקפי אותה סיטואציה. פרשנותנו צריך שתהא הוגנת כלפי נאשמים, אך גם אי אפשר שתהא מנותקת מן המציאות, זו של ההפרטה וזו שתוארה מעלה באשר ללשכת מינהל האוכלוסין שבה עסקינן, ומן המצג על ידי העותר ועל ידי שכמותו.

ט"ו. חברתי השופטת ארבל, עם שציינה בערעור הפלילי [28] מושא הדיון הנוסף – בהסכמה לדברי השופט גרוניס בערעור הפלילי – את חשיבות בהירותה של הוראת החוק הפלילי, הוסיפה, בפסקה 3, כי:

"[...] למען הגשמת התכליות העומדות ביסודו של חוק, לטעמי אין לעיתים מנוס ממתן פרשנות הרחבה במעט מן המשמעות המילולית המפורשת העולה מלשון החוק גם אם אין בה וודאות מוחלטת. כך, לעיתים לא ניתן להימנע מלעשות שימוש זהיר במושגים עמומים או רחבים יחסית, אשר יהיה בהם כדי לפרוש כנפיהם על מעשים אסורים שלא בהכרח נצפו על-ידי המחוקק אך בפועל מזומנים לנו על-ידי מציאות החיים ושאותם אנו מבקשים לשלול באופן ברור וחד-משמעי".

מנגד, ציין השופט גרוניס בחוות דעתו בערעור הפלילי [28], בפסקה 12, כי בהירות הדין הפלילי "תושג על ידי הימנעות ממתן פרשנות מחמירה אשר סוטה מן המובן הטבעי של הלשון כפי שזה נקלט בציבור – פוק קְזִי מְאִי עֵמָא דְפִר (צא וראה מה דובר [צ"ל נוהג – א' ר' העם – תלמוד בבלי, עירובין, יד, ע"ב])."

לדידי, נטוע מפתח הבהירות גם במצב העובדתי שבא התיק הפלילי המסוים להתמודד עימו, ובראיית הדברים בעיני אדם מן היישוב.

ט"ז. כנודע, הנשיא ברק, בדרכו בפרשנות תכליתית, כלל בכך גם את הטקסט הפלילי. לשיטתו, אכן "משקל כבוד יש ליתן לעקרון החוקיות בפלילים, ולחזקות הנגזרות ממנו" ("על פרשנותה של הוראה פלילית" [52], בעמ' 351), אך "המקום הגיאומטרי" של הוראות סעיף 34כא, קרי, הפרשנות המקילה, הוא "מקום שכפות המאזניים מאוינות [צ"ל מעוינות – א' ר' [...]] לאחר שהפרשן אמד את התכליות השונות, עימת ביניהן, והגיע למצב של חוסר הכרעה" (שם). ולהלן: "ודוק: אין ההוראה קובעת כי יש לפרש דין פלילי לטובת הנאשם. ההוראה קובעת כי מקום שתכליתו של הדין מולידה פירושים נוגדים, יש להכריע במחלוקת על פי פירוש שמקל יותר עם מי שאמור לשאת באחריות הפלילית" (שם, בעמ' 352). ראו: דבריו בעניין אסד [4] הנזכר, בעמ' 557–558; רע"פ 228/05 יאגודייב נ' מדינת ישראל [38], בעמ' 527–528.

י"ז. אכן, ביקרו מלומדים את שיטתו של הנשיא ברק. המלומדים מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "בית המשפט כמסייע לדבר חקיקה – על הסיוע לדבר עברה ועל הפרשנות בפלילים" [53], מציינים, בעמ' 411, כי "לפי עמדתנו, הכללים הפרשניים הרצויים הם הכללים שמכתיב עקרון החוקיות, ולפיו אין ענישה ללא אזהרה ברורה בחוק תחילה, ועל כן הגבול האחרון של האיסור הוא הגבול שקובעת המשמעות המקובלת של מילותיו. לכן, אין ללכת בעקבות תכלית ספציפית של איסור, כאשר זו תוחמת את האיסור בגבולות רחבים מאלה שמכתיבות המילים". לדידם, לעניין הדיבור "לפי תכליתו" שבסעיף 34א, "השימוש בתכליות הספציפיות ייעשה אם כשלה הלשון, ואינה מספקת תשובה ברורה אחת, או ייעשה לשם צמצום תחום השתרעות האיסור האפשרי לפי לשון החוק" (ש.ט). המלומד בועז סנג'רו כותב, ברוח דומה, "לעקרון החוקיות כמה הסברים עיקריים, המצטברים זה לזה. האחד – מתן אזהרה הוגנת לפרט – כרוך בחירות הפעולה של היחיד, המבוססת על ידיעה בזמן הפעולה של התחום האסור. שהרי, תפקיד מרכזי של דיני העונשין הוא הדרכה, הכוונה והזהרה לשם מניעת עבירות (ולא יצירת עבריינים וענישתם לאחר מכן; 'אין עונשין אלא אם כן מזהירין')" ("פרשנות מרחיבה בפלילים? ! האומנם 'אין מחוקק מבלעדי המחוקק ולו בלבד נתכנו עלילות החקיקה'? על נשיא בית-המשפט העליון כמחוקק-על והספד לכלל הפרשנות המצמצמת" [54], בעמ' 166).

י"ח. גם המלומדים יורם רבין ויניב ואקי בספרם דיני עונשין [48] מתארים, בעמ' 74–76, את הביקורת על דרך יישומה של שיטת הפרשנות התכליתית במשפט הפלילי, ומבין השיטין עולה – דומני – הסכמה מסוימת של המחברים עם הביקורת האמורה. הם מייחסים, לחוות דעתו של השופט גרוניס בערעור הפלילי מושא הדיון הנוסף דנא, בעמ' 77, "[...] נסיגה זהירה מההחלה הבלתי מתפשרת של תורת הפרשנות התכליתית על פרשנותה של הוראה פלילית".

י"ט. מנגד, נוקט המלומד גבריאל הלוי בספרו תורת דיני העונשין כרך א [49] את הגישה התכליתית. הוא מטעים (בעמ' 524) את תוספת המילים "לפי תכליתו" בסעיף 34א, בשונה מן הנוסח שבהצעת החוק במקורה, ומתאר (בעמ' 525) את מודל הפרשנות של הנורמה הפלילית בתרשים זרימה. לפי התרשים, ראשית הדברים ב"פרשנות דווקנית של ההיגיון המילולי [...] בנורמה הפלילית". רק בהיעדר התאמה בין ההיגיון המילולי להיגיון המשפטי של

הנורמה תיעשה "פרשנות תכליתית של ההיגיון המשפטי [...] בנורמה הפלילית". רק "אם הפרשנות התכליתית מניבה יותר מפירוש אחד להיגיון המשפטי של הנורמה הפלילית" – תבוא "בחירת הפרשנות המקלה עם הפרט". ואכן זהו המבנה בפסיקה, כגון בדנ"פ 1558/03 מדינת ישראל נ' אטד [4], שם מצטט הנשיא ברק, בעמ' 557, את השופט א' גולדברג, שאמר כי "סעיף זה מעגן בחוק את הפרשנות התכליתית בפלילים, והוא מחייב את בית המשפט להפעילה" (ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל [5], בעמ' 311 – ההדגשה במקור). המלומד גבריאל הלוי [49] מציין, בעמ' 525–526, כי "מבנה תלת-שלבי זה של פרשנות ויישום הנורמה הפלילית הוכר בפועל בישראל ובעולם. בארצות הברית הוכר במסגרת זו, כי כלל הפרשנות המקלה לא נועד לסכל את תכליתה של הנורמה הפלילית או לפגוע בהיגיון המשפטי של הנורמה הפלילית, וכי ההגעה לשלב זה של יישום כלל הפרשנות המקלה אינה בגדר חובה בכל מקרה ומקרה, אלא לאחר מעבר שני השלבים הקודמים בלבד, לאחר שאלה לא הניבו את הפרשנות ההולמת". דברים אלה מוסיפים שלב פרשני שלישי לאשר נקבע בע"פ 8573/96 מרקדו נ' מדינת ישראל [6], בעמ' 500, וכן בע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל [10], בעמ' 550, שניהם מפי השופט א' גולדברג, שם הותוותה-נקבעה דו שלביות – ראשית, קביעה אלו מן הפרשנויות המוצעות מגשימות את תכלית הנורמה הפלילית האוסרת; שנית, מבין הפרשנויות נבררת זו המקילה עם הנאשם.

כ. אזכיר כי המלומדים יובל לוי ואליעזר לדרמן בספרם עיקרים באחריות פלילית [50], שנכתב אמנם בטרם נחקק סעיף 34כא, נדרשו לעקרון החוקיות (פרק 3, בעמ' 62 ואילך), ומזכירים הם כי הוא מיוסד על "המודעות לעוצמה האדירה שהענף הפלילי מקנה לאחראים על גיבושו ועיצובו, והחשש כי במסווה הגנה, כביכול, על ביטחון הציבור וטובתו ייעשה בה שימוש שרירותי; ותכליתם [של הסטנדרטים הידועים כעקרון החוקיות – א' ר'] שמירת איזון בין כוחו של השלטון לבין חירות הפרט" (בעמ' 62). עיקרון זה מתבטא, בין השאר, בדרישה כי החקיקה תנוסח בלשון ברורה וחד משמעית, ובכך שעל בית המשפט להימנע מקביעת איסורים "על דרך היקש, גזירה שווה, או מכוח קל וחומר" (בעמ' 67). עם זאת, מציינים המחברים כי דרגת בהירותו של חיקוק נבחנת לגופה, גם מתוך הכרה "שהדיון בנושאים מסוימים מחייב, לפרקים, שימוש בלשון חובקת יותר, ומטבע הדברים פסקנית פחות. שימוש במונח כולל או אפילו בביטוי בעל כפל משמעות לא גררו פסילת הוראה, אם משמעותה נותרה מובנת" (בעמ' 70). ועוד

הוסיפו כי "המהפך במדיניות הענישה, גרר תפנית בגישת בתי המשפט לפרשנות חוקים פליליים. אין מערכת המשפט נוטה לאמץ כיום, כבדרך שיגרה, את דרך הפירוש המצמצם ומניחה לכוונת המחוקק המפורשת או המשתמעת להכריע, אפילו תוליך זו לפירוש המרחיב את גבולות האיסור" (בעמ' 77); ולהלן, בעמ' 83: "[...] אין מהססים כיום ליתן פירוש מרחיב לחוקים פליליים שעה שהפירוש הולם בנסיבות הענין את כוונת המחוקק, וזאת תוך נטישת ההלכה בדבר מתן פירוש מצמצם לחוקים אלה [...]. כאמור, דברים אלה נכתבו משכבר הימים, אך דומני כי תואמים הם את הדיבור "לפי תכליתו" שבסעיף 34כא לחוק.

על עקרון החוקיות במשפט העברי

כ"א. לעקרון החוקיות שורשים עמוקים במסורת המשפט העברי, בשני משוורים. תחילה, במישור של עיצוב הנורמה הפלילית: בניגוד לחוק העונשין הישראלי, למשל, שבו מוגדרות העבירות על ידי ציון העונש המוטל בגינן (העושה כך וכך דינו כך וכך), בדין העברי הכלל הוא כי "לא ענש הכתוב אלא אם כן הזהיר". ראו: מדרש אגדה (בובר) בראשית, פרק כ, סימן ג [ב]; בבלי, יומא פא, ע"א ג; בבלי, כריתות ג, ע"ב [ד]; אנציקלופדיה תלמודית כרך ראשון, ערך "אין מזהירין מן הדין" [ה]. קרי, לעולם נקבע בדין הן "איסור" הן "עונש". ובלשון הרמב"ם: "כמו חלול שבת ועבודה זרה שאמר 'לא תעשה כל מלאכה' ו'לא תעבדם' ואחרי כן חייב סקילה למי שעשה מלאכה או למי שעבד [...] ואי אפשר מבלתי היות אזהרה לכל מה שהתחייב עליו עונש" (ספר המצוות [ו], הקדמה למניין המצוות; לא תעשה, קצה). בפירוש המשניות, מכות, פרק ג, משנה א [ז] אומר הרמב"ם, "[...] והוא מה שאנו אומרים, לא ענש הכתוב אלא אם כן הזהיר, ולפיכך אין אנו מוציאים לפועל שום עונש מן העונשין אלא אחר התראה". ראו גם אליהו שוורץ "לא תקרבו לגלות ערוה": אכיפת מוסר במערכת המשפט" [66]. וכדברי אנציקלופדיה תלמודית כרך ראשון, ערך "אזהרה" [ח], "האזהרה היא תנאי מוקדם לכל חיוב עונש שבתורה [...]. עוד ראו המקורות המגוונים המובאים על ידי יעקב שפירא, ממונה במחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים, בחוות דעתו "מרמה והפרת אמונים של עובדי ציבור" [70]. בעמ' 96/04 ש"ח נ' מדינת ישראל [9], בעמ' 94-95, נזדמן לי לומר כלהלן:

אגב דרכנו נעיר כי את הוראת סעיף 34כא אפשר לדמות במידה

מסוימת לכלל התלמודי 'אין מזהירין מן הדין', קרי – אין לומדים
אזהרת לאו (לא תעשה) מקל וחומר;

[...]

א

כלל זה משמעו המעשי הוא כי משאין אזהרה, אין לחייב גם בעונש.
עונשי מיתת בית-דין ומלקות טעונים אזהרה, מה שאין כן ענייני
ממונות (תוספות בבא קמא, קה, ב, ד"ה 'מאי לאו עונש דממון' [...]);
תוספות, מכות ד, ב, ד"ה 'לאזהרה לעדים זוממים' [...]). אמנם יש
הסבורים כי משהעונש מפורש בתורה בלא אזהרה, עצם קיומו של
העונש המפורש משמעו אזהרה (ספר המצוות לרמב"ם, שורש י"ד
[...]), אך יש הסבורים לעולם כי אין מזהירין מן הדין, קרי מקל
וחומר (השגות הרמב"ן לספר המצוות, שורש ב [...]). ככל שיש
לכלל זה חריגים, מצויים הם מעבר למיתחם ענייננו".

ב

ג

כ"ב. מישור נוסף, הקרוב במהותו לענייננו במיוחד, הוא מישור ענישת
הפרט. כאן קובע המשפט העברי, כי תנאי לענישה (במיתה ובמלקות) הוא
התראה בעברייך עובר לביצוע העבירה:

ד

"[...] מתרין בו: 'הוי יודע שאתה מוזהר על כך, והתורה אמרה
שאתה חייב מיתה'; והוא אומר: 'יודע אני [ועל מנת] כן אני עושה'"
(רש"י, בבלי, חולין מא, ע"א, ד"ה "מאי" [ט]); תוספתא, סנהדרין יא,
א [י]; משנה, סנהדרין ה, א [יא]; בבלי, סנהדרין מ, ע"ב [יב]; משנה
תורה, סנהדרין, פרק יב, הלכה ב; פרק טז, הלכה ד [ג]; ספר
המצוות לרמב"ם, לא תעשה, סא [ו]; פירוש המשניות לרמב"ם,
מכות, פרק ג, משנה א [ז]).

ה

אשר ליסודה של ההתראה, "[...] לא ניתנה התראה אלא להבחין בין שוגג
למזיד" (בבלי סנהדרין ח, ע"ב; עב, ע"ב [יב]; בבלי, מכות ו, ע"ב; ט, ע"ב [יד];
משנה תורה, סנהדרין, פרק יב, הלכה ב [ג]; ספר החינוך, מצוה לב [טו]);
דהיינו, ההתראה נועדה לוודא שהעברייך מודע הן לכך שהוא עומד לפני איסור,
הן לעונש הקבוע בצידו. משום כך, סבר רבי יוסי בר יהודה ש"חבר [תלמיד
חכם] אין צריך התראה" (בבלי סנהדרין ח, ע"ב; עב, ע"ב [יב]; בבלי, מכות ו,

ז

ע"ב; ט, ע"ב [יז]; שו"ת הרשב"ש – ר' שלמה בן שמעון דוראן, אלג'יר, המאה הט"ו, סימן ריג [יט], שכן ניתן להניח ש"חבר" מודע לאיסור ולעונש. ברוח דומה, על "הבא במחותרת" – פורץ הבא בהיחבא – נאמר שאין צריך התראה, שכן "מחותרת זו היא התראתו" (בבלי, כתובות לד, ע"ב [יז]; בבלי סנהדרין עב, ע"ב [יב]); קרי, ההתגנבות בסתר מעידה על מודעותו של הגנב לאיסור ולמחיר העשוי להשתלם אם יבקש בעל הנכס לעמוד על ממונו (ראו ערך "התראה" אנציקלופדיה תלמודית כרך אחד-עשר [יח]; גלעד בארי "עד שיראוהו טעמו של דבר" – בין אזהרה להתראה" [67]). יש, אפוא, במשפט העברי מי שמוחזקים כיודעים לפני מה הם עומדים בקשר לעבריינות פוטנציאלית. ועוד, נחלקו תנאים אם יש צורך להודיע למותרת רק שהוא עלול להתחייב במיתת בית דין, או אף באיזו מיתה ממש (בבלי סנהדרין פ, ע"ב [יב]), ונפסק להלן (משנה תורה, סנהדרין, פרק יב, הלכה ב [יג]) כי די בהתראה במיתה בכלל (ראו גם אהרן קירשנבאום הרשעה עצמית במשפט העברי [51], בעמ' 228). כותב הרב ש"ז אורבך, בעל שו"ת מנחת שלמה, חלק א, סימן פא [יט], לגבי האזהרה "דאפשר שרק מדה היא בתורה שלא ענש הכתוב אלא [אם כן] הזהיר, אבל לאחר שהכתוב הזהיר, אין זה הכרח שהעונש תלוי דוקא בכל תנאי האזהרה".

כ"ג. דומה בעיניי כי הדברים עולים בקנה אחד עם העיקרון המונח ביסוד פרשנותו של דין ההתראה במשפט העברי כאמור, קרי – כי העיקר הוא מודעותו של העבריין לאיסור ולעונש הצפוי, עד כדי כך שבמקום שבו נהיר שהעבריין מודע לאיסור ולעונש, כגון כשהוא תלמיד חכם, או דוגמת הבא במחותרת, אין עומדים על ההתראה ככל משפטה וחוקתה.

כ"ד. ואף לענישה גופה אוסיף מדברי הרמב"ם במשנה תורה, סנהדרין, פרק כד, הלכה ד [יג]: "יש לבית דין להלקות מי שאינו מחוייב מלקות ולהרוג מי שאינו מחוייב מיתה, ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה. וכיון שרואים בית דין שפרצו העם בדבר יש להן לגדור ולחזק הדבר כפי מה שיראה להם. הכל הוראת שעה לא שיקבע הלכה לדורות". ואוסיף: אם בדין מהותי עצמו כן, בפרשנות – מקל וחומר.

העבירות במקרה דנא: השוחד

כ"ה. נבוא עתה אל העבירות שעבר העותר. אין בידי להוסיף על נימוקי חברתי הנשיאה, שלהם אני מצטרף, בעניין עבירת השוחד בהקשר דנא, קרי, פרשנות המשנה – בהמשך לפסיקה קודמת ומתפתחת – את הלכת ע"9 472/74 אבוטבול נ' מדינת ישראל [1]. חיים אנו בעולם אחר לחלוטין מאשר לפני 34 שנים, ועל כך לא ייתכן חולק. כדברי הנשיאה, אין מניעה מלאמץ גישה פרשנית למונח "תאגיד המספק שירות לציבור" באופן שיגשים את תכליתו. ניתן, אפוא, לראות את החברה שמטעמה הוצב העותר ללשכת מינהל האוכלוסין כ"תאגיד המספק שירות לציבור" בגדרי התפקיד שמילאה במערך האבטחה של משרד הפנים, ולכן אין מניעה מלראות בעותר "עובד של תאגיד המספק שירות לציבור", לפי סעיף 290(ב) לחוק העונשין, ולהרשיעו בלקיחת שוחד ובניסיון ללקיחת שוחד.

העבירות במקרה דנא: שימוש לרעה בכוח המשרה

כ"ו. באים אנו לעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה, לפי סעיף 280 לחוק העונשין, ולפרשנות בענייננו של הגדרת "עובד הציבור" שבסעיף 34כד לחוק העונשין.

כ"ז. נבחן לעניין זה את עיסוקו של העותר בגדרי הוראות החוק. העותר עמד בראש משמרת של צוות מאבטחים בלשכת מינהל האוכלוסין במזרח ירושלים, והוא ומאבטח אחר עימו וכן מתווך "פתחו עסק" של עקיפת התור – בלשכה שהייתה נודעת בתוריה, כאמור – תמורת תשלום, וכן תמורת טובות הנאה אחרות, לרבות עניינים שבתחום המיני. היש מי שיוכל לומר ברצינות כי בעיני אוכלוסיית הפונים ללשכה זו, ואוכלוסייה זו במיוחד, לא נתפש העותר כעובד המדינה? העובר בנמל התעופה או במחסום, כלום יש עימו ספק כי מאבטח המצוי שם, יהיו הבגדים או המדים שהוא לובש אשר יהיו, מדי משטרה או מדיה של חברה אבטחה או כל בגד אחר, הוא "מייצג מדינת ישראל"? והלא כל אלה שהיו נכונים לשלם לעותר כספים, למשל, עשו כן מפני שהוא היה בעיניהם איש שירות המדינה, ובידו להניע את הגלגלים ולקרב את השירות. הלא אילולא סמכות שנטל העותר לקבוע סדרים כאלה ואחרים בלשכת מינהל האוכלוסין – אף אם הייתה נחזית – לא היו הפונים נענים למשאלותיו. והאין זה שימוש לרעה

בסמכות על ידי עובד הציבור – שהרי רק כעובד הציבור הייתה האפשרות לנטילת הסמכות – ואם כן הוא-הוא, בגדרי השכל הישר, שימוש לרעה בסמכות, בכוח המשרה?

א

כ"ח. ועוד: בנידון דידן, במהות, אין בליבי "חשש שהעותר ביצע את מעשיו בלי שידע כי טבועה בהם פליליות כלשהי [...] אין ספק, לטעמי, כי העותר, אותם אנשים שכלפיהם חטא, וכך גם כל אדם מן היישוב, היו רואים במעשיו דבר אסור שהדין הפלילי חל עליהם" (כדברי השופטת ארבל, בפסקה 12 לחוות דעתה בדיון הנוסף). כלום ניתן להעלות על הדעת שהעותר חשב שמעשיו הם כדון? ואם כן, אין עומדת כל עיקר שאלה של אזהרה מראש. הפרשנות הניתנת

ב

לדין, ולענייננו להגדרת "עובד ציבור" שבסעיף 34כד, חייבת לחיות את רוח הזמן, זו שגם העבריינים חיים בתוכה ויודעים הם בעליל את משמעות מעשיהם

ג

כעבירה. עלינו לשקלל גם את הבנתו של האדם מן היישוב, לא זה שבבועה, לנורמה. הקהל הבא ללשכת מינהל האוכלוסין ורואה את העותר עומד ו"מסדר את העניינים", מחלק מספרים ונוהג מנהג בעל בית, ברצותו יעכב וברצותו יאפשר לעקוף את התור, ברי לו בתודעתו שמדובר בשלוח המדינה. אין בכוחו

ד

ולא צריך שידקדק בשאלה אם מדובר בעובד קבוע של משרד הפנים, בעובד ארעי, בעובד מופרט או בעובד של חברת אבטחה. האיש האומר לו: ימינה פנה, שמאלה פנה, המתן, לך לאשנב כך וכך – הוא משרד הפנים, הוא "עובד הציבור". אף העותר (וכאן עיקר) הנוהג מנהג בעל בית ויוצר מצג אשר כזה, חושף, לדעתי, עצמו לחוק הפלילי גם בגדרי שימוש לרעה בכוח המשרה.

ה

אילולא כן, סבורני כי ייפגם בהקשר זה עד מאוד האמון, שכולנו מדברים בו, במשרדי הממשלה ובעובדי הציבור. גם אם נניח כי ייתכנו מאבטחים מסוגים שונים, ואכן הפכה במובנים אלה הארץ המובטחת ל"ארץ המאובטחת", המקרה דנא מבליט את האדנות ואת מנהג בעל הבית שנהג העותר, ושוברו בצידו, בהתאם.

ו

כ"ט. בסעיף 34כד, כאמור וכזכור, שתי חלופות רלוונטיות שנבחנו לצורך העבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה, החלופה של "עובד המדינה" (סעיף 34כד(1)) וזו של "נושא משרה או תפקיד על פי חיקוק, בין במינוי, בין בבחירה ובין בהסכם".

ז

ל'. אשר לחלופת "עובד המדינה", אודה כי התלבטתי בעניין זה תחילה, אך לאחר העיון באתי לכלל מסקנה כי ניתן להחיל חלופה זו, מטעמיהן של חברותי השופטות ארבל ופרוקצ'ייה. לדידי, בכל הכבוד, ניתן להכליל מקרה זה גם במבחנים ששרטטה חברתי הנשיאה בפסקה 23 לחוות דעתה לעניין ראייתו של מי שאינו עובד פורמלי של המדינה, בקובעה כי הפרשנות המגשימה "במידה הרבה ביותר את תכליתיה של חלופת 'עובד המדינה'" היא זו שלפיה תחול ההגדרה "אף על עובדים שאינם מועסקים ישירות על ידי המדינה, ובלבד שהתפקיד [...] משתלב בתחומי הפעולה העיקריים של היחידה הרלוונטית בשירות המדינה"; קרי, התפקיד הוא "בעל מאפיינים מסוימים שהופכים את תכליותיהן של אותן נורמות [של הדין הפלילי – א' ר'] לרלוונטיות לגביו [...]".

אכן, פשוט יותר מקרה שבו – למשל, כפי שגם אירע – בלשכה משפטית של משרד ממשלתי מועסק חלק מן העובדים, מטעמי תקינה ותקציב, כעובדי עמותה, כך גם רופאי בית הסוהר כאמור. אך, לטעמי, גם המקרה דנא בכלל, כפי שאפרט להלן.

ל"א. כידוע, הגדרת עובד – בתחומי משפט שונים – עשויה להשתנות במקרים שונים. ראו: ע"פ 288/81 קישלס נ' מדינת ישראל [12] (השופטת – כתוארה אז – בן-פורת); בג"ץ 1583/94 טרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה [40] (השופטת שטרסברג-כהן). נזכיר עוד כי המחוקק, בסעיף 34כד, ביקש "ללכוד" לצורך הגדרת עובד הציבור תפקידים מתפקידים שונים, במוסדות המדינה ובמוסדות הקשורים עימה באופן כזה או אחר, אם ברשויות מקומיות ובמועצות הדתיות, אם בבנק ישראל ובשירות התעסוקה, ואם בהסתדרות הציונית ובסוכנות היהודית. אבל גם בשוליים רחוקים יותר, כמו גופים שהממשלה משתתפת בהנהלתם וחברות ממשלתיות, ואפילו בורר. "סל" רחב זה, המדבר בעדו, מצדיק, לעניות דעתי, פרשנות ההולמת אותו, והרי, אף לשיטת חברתי הנשיאה בפסקה 23 לפסק דינה, התפקיד שמילא העותר הוא "בעל חשיבות מעשית רבה שאף עשויות להיות לו, כעולה מנסיבות המקרה דנן, השפעות בלתי מבוטלות על הציבור הנזקק לשירותי משרד הפנים". חרף זאת, סברה חברתי הנשיאה כי מדובר, בסופו של יום, בתפקיד הנמצא בשולי תחומיה של הפעילות העיקרית של משרד הפנים, וכך גם סבר חברי השופט ג'ובראן.

אכן, על פני הדברים, עסקינן בתפקיד שאינו עיקרי; אילו מילא העותר אך ורק את משימות האבטחה, בדיקת הבאים וחפציהם וכדומה, אולי ניתן היה לראותו כמצוי בשוליים. אך בנסיבות המיוחדות של המקום – לשכת מינהל האוכלוסין במזרח ירושלים – כפי שתוארו מעלה, ובעיני הקהל הנזקק לשירותיה של הלשכה, מי שקובע את סדר הכניסה הוא הוא פניו של משרד הפנים, הוא פניה של המדינה – פנים מכוערות, כפי שציין השופט רביד בבית המשפט המחוזי. השוליות מיטשטשת, אפוא, וצומחת "מעין מרכזיות", באופן שבאותו מקום ובאותו תפקיד משול היה העותר בעיני הנזקקים ללשכה לעובד המדינה. בגדרי "הפרשנות השלבית", משנמצא – גם לדעת חברתי הנשיאה – כי הפרשנות המילולית סובלת את הפירוש התכליתי, אין אנו עוסקים עוד בכרירה "מקילה" אלא ביישום לעובדות המקרה, ודעתי היא, כאמור, שלענייננו היה מקום לראות את העותר כעובד המדינה.

ל"ב. אשר לחלופת ה"חיקוק" – לאור כל האמור מעלה באשר לסעיף 34 כד ותכליתו, הגעתי, בסופו של יום ולא בלי התלבטות, למסקנה – כחברתי השופט ארבל – כי הסדרתו של מאבטח בחוק להסדרת הביטחון עולה כדי היותו "נושא משרה או תפקיד על פי חיקוק". סבורני כי, במציאות הישראלית בתחום הביטחוני, משטר החוק והסדר את סמכויות האבטחה בגופים הציבוריים, זו חלה על מאבטחים ושומרים, ולא אחזור על אשר כבר נכתב בידי חברתי השופט ארבל. יש לראות את הפועלים בתחום האבטחה כפועלים על פי חיקוק. בנסיבות אלה, אין בידי להצטרף לדעה כי חלופה זו מצומצמת לתפקידים שנוצרו על ידי החוק.

ל"ג. ועוד, לדידי, יש להתחשב בפרמטרים נוספים בשאלה אם בעל תפקיד מסוים הוא "עובד הציבור" לעניין חלופה זו. בין היתר, ובלי לקבוע מסמרות, יש להביא בחשבון את מימדיה של הסדרת התפקיד בחוק, וכן את מידת "ציבוריותה" של הסדרה זו – קרי, עד כמה נטועים דברי החקיקה המסדירים את התפקיד בתפישתו כבעל צביון "ציבורי". לטעמי, אכן תומכים הקריטריונים הללו במקרה דנא במסקנה שיש לראות בעותר "עובד ציבור" (ראו פסקה 6 לפסק דינה של השופטת ארבל בערעור הפלילי [28], והתייחסותה, בין השאר, להיסטוריה החקיקתית הרלוונטית). אומר כדי להפיס דעת חברתי הנשיאה, כי אני סבור שכל עיסוק המוסדר על פי חיקוק – למשל, רופא, עורך דין, וכדומה

— הופך בהכרח ל"עובד ציבור". עיינתי גם בפסק הדין בע"פ 10735/04 גולדמן נ' מדינת ישראל [17] ובדברי חברותי השופטות נאור וארבל שם, ומסכים אני כי לא עצם נשיאת תפקיד בתאגיד כלשהו הופך את נושא התפקיד לעובד ציבור. לטעמי, אמת מידה חשובה היא גם מקום העבודה של בעל התפקיד, ולענייננו — המאבטח. אכן, אין זה פשוט לערוך הבחנה בין מאבטח למשנהו, ואף אני רואה קושי בהטבעת חותם עובד הציבור על מאבטח בחברות תקשורת וספנות, כעולה מן התוספות לחוק, שבהן עירב המחוקק בין משרדי ממשלה או הקרובים להם לגופים פרטיים בתכלית, כמו חברות תעופה וספנות. כשלעצמי גם איני בטוח אם לא היה המחוקק מיטיב אילו ערך הבחנה בין אלה בהוראות החוק ובתוספות. אך, בסופו של יום, אמת המידה האמורה היא הרלוונטית: מאבטח הפועל על פי חיקוק, שכן חוק הסדרת הביטחון חייב (בסעיף 13) מינוי מאבטח, והוא מצוי במקום שירות שעובדיו הם עובדי ציבור, יהא לצורך העניין "עובד ציבור". לא אכחד, תיתכן טענה כי ייתכן שהיום תציב חברת האבטחה את המאבטח במקום פלוני ומחר במקום אלמוני, ופעם ייחשב לעובד הציבור ופעם אחרת לא. אף על פי כן, משהקנה המחוקק למאבטחים סמכויות שלטוניות בחוק להסדרת הביטחון, ומשהוצב אדם ביחידה בשירות המדינה כמאבטח, יש לראותו לכאורה כממלא משרה גם על פי "חלופת החיקוק".

ל"ד. כללו של דבר, אין, לדידי, מנוס מתפישת התפקיד שאותו מילא העותר, במציאות היום, כתפקיד "עובד הציבור", וברי בעיניי כי כך נתפש התפקיד הן בעיני העותר הן בעיני הציבור, בעמוד העותר אל מול באי לשכת המינהל (והורי אך שנים מעטות קודם לכן היו בתפקידים אלה נוטרים, הקרויים שוטרים מוספים). אין לפטור את העותר, אפוא, ממוסרות "העבירות השלטוניות", ודעתי היא כברישא. ואומר בחתימה, כי משנתרה דעה זו (יחד עם דעות השופטות פרוקצ'יה וארבל) במיעוט, ראוי, לטעמי, כי המחוקק ידרש לכך, בעולם שבו נמשכת ההפרטה.

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

1. מסכים אני למסקנתה של חברתי הנשיאה ד' ביניש שלפיה תעמוד בעינה תוצאת פסק הדין מושא הדיון הנוסף. כמוה, גם אני סבור כי נכון היה להרשיע את העותר בדנ"פ 24/08 (כהן) בעבירות של לקיחת שוחד ושל ניסיון ללקיחת

שוחד ולזכותו מהעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה. אסביר את עמדותי בתמצית בלבד.

- א 2. בהתייחס לחלופות הרלוונטיות לענייננו שבהגדרת "עובד הציבור", המנויות בסעיף 34כד לחוק העונשין, התשל"ז-1977, אציין שגם אני, כמו חברתי הנשיאה, סבור שהעותר אינו נכלל בהן. עמדתה של הנשיאה, התומכת בקביעתם של חבריי השופטים א' גרוניס וא' א' לוי באשר לחלופה הדנה ב"נושא משרה או תפקיד על פי חיקוק" (סעיף 34כד(10) לחוק העונשין), מקובלת עליי. ב באשר לחלופה העוסקת ב"עובד המדינה", כמשמעו בסעיף 34כד(1) לחוק העונשין, הרי שבפועל מקובלת עליי דעתם של חבריי השופטים א' א' לוי וא' גרוניס, כפי שהובעה בערעור [28], לאמור ש"הביטוי 'עובד מדינה', על פי לשונו ומובנו הטבעי, מקיף רק את אלו שבינם לבין המדינה יש קשר העסקה ממשי ומובהק" (ראו: סעיף 17 לפסק דינו של השופט א' גרוניס; פסק דינו של השופט א' א' לוי). לאור האמור, סבורני שאין להרשיע את העותר בעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה.

- א 3. עם זאת, בעניין המבחן המתאים ביותר לעניין פרשנות המונח "עובד המדינה", איני סבור כי נכון יהיה לאמץ אותו מבחן מוצע (מבחן "ליבת העבודה"), אשר בוחן את מידת הקרבה שבין התחום שבו מועסק העובד לבין ליבת העבודה הנעשית באותו גוף ציבורי, כמבחן מנחה. אימוץ מבחן שכזה עלול לעורר קשיים רבים (אף מעבר לאלה הקיימים) באופן כללי, ובפרט כאשר לפגיעה בעקרון החוקיות ובוודאות המשפטית באשר לפרשנותן של הוראות החוק הפליליות שבהן אנו עוסקים. באופן דומה, לשיטתי, לא ניתן לפרש את המונח "עובד המדינה" ככזה שפירושו "עובד בשירות המדינה" (פסקה 7 לחוות דעתה של הנשיאה וכן פסקה 3 לחוות דעתה של השופטת מ' נאור), או ככזה הכולל בחובו כל אדם הממלא "תפקיד בעל אופי ציבורי מובהק שגלווים לו סממנים של כוח שלטוני, שביצועו מוטל, דרך כלל, על המדינה" (פסקה 9 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה). עמדה זו היא, למעשה, עמדת המדינה – אשר חברתי השופטת ע' ארבל מאמצת (פסקה 8 לחוות דעתה) – הסבורה כי על בית המשפט להרחיב את הגדרת "עובד הציבור" בדרך פרשנית כדי לקבוע את תחולת הנורמות הפליליות על עובדים בתפקידים שונים הקשורים למתן שירות לציבור "בעידן ההפרטה". לדעתי, אין לקבל עמדה זו, אף כי ייתכן

שהדבר תואם את התכלית שאותה בא הסעיף להגשים. כל המבחינים האמורים נוצרו על מנת לגשר על הפער שבין לשון החוק, בין תכליתו ובין המציאות של ימינו והם כולם מעלים שאלות. דעתי בעניין, כאמור, היא שהמונח "עובד המדינה", פשוטו כמשמעו, נועד לתפוס בחובו רק אותם עובדים שבינם לבין המדינה קיים קשר העסקה מובהק – הנופל אך במעט מקשרי העסקה ישירים. הדגש צריך שיהיה על מערכת היחסים שבין המדינה לבין העובד, ולא דווקא על אופי התפקיד שהוא ממלא (או קרבתו לגרעין פעילותו של הגוף הציבורי) ועל מהותו. כך, למשל, ניתן להעלות על הדעת מקרים שבהם יהיה מוצדק לכלול בהגדרה האמורה גם עובד המועסק בתפקיד שולי לתפקידו של הגוף הציבורי שבו הוא מועסק, ושאינו בעל סממנים של כוח שלטוני, אם מתקיים קשר העסקה מובהק בין המדינה לבינו.

א

ב

4. עוד אוסיף בהקשר זה כי אני מצטרף בהסכמה להערוטיה של השופטת מ' נאור בכל הנוגע לחלופה המתייחסת ל"עובד המדינה", ואף אני סבור שהגיעה השעה שהמחוקק יאמר את דברו בעניין. הרחבת תחולתן של עבירות פליליות המייצגות נורמה מחמירה כלפי עובדי ציבור ראוי שתיעשה בידי המחוקק ולא על דרך של מתן פרשנות תכליתית. פרשנות שכזו, למרות הגמישות שהיא מאפשרת בשמירה על הדינמיות שבלשון החוק, בתכליות שבבסיסו ובהתאמתו למציאות חיינו, היא בעלת גבולות – גבולות שצריך שיהיו חדים ונהירים יותר כאשר מדובר בפרשנות חוק פלילי, לאור עקרון החוקיות. למותר לציין כי באפשרותו של המחוקק לפעול להוספתן של הוראות ספציפיות המחילות – באופן חד משמעי – נורמות דומות על עובדים אשר הוקנו להם סמכויות שלטוניות מובהקות ושתפקידם הוסדר בחוק (והשוו סעיפים 128א ו-128א(א) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971). כך ראוי שייעשה בהתייחס לעובדים שהמחוקק רואה בהם "עובדי ציבור" ואשר יש להחמיר עימם ולהרתיע אותם מפני שימוש לרעה בכוח שניתן להם (לדוגמה, על ידי הוספת הוראה המחילה את העבירות שיוחדו לעובדי ציבור גם על מאבטחים בחוק להסדרת הבטחון בגופים ציבוריים, התשנ"ח-1998).

ג

ד

ה

ו

5. לעניין עבירות השוחד והיקף המונח "תאגיד המספק שירות לציבור", חולק אני על דעתו של חברי השופט א' גרוניס ועל התוצאה שאליה הגיע. באופן כללי, נוטה אני להסכים עם גישתו הפרשנית של חברי בכל הנוגע לשיקולים

ז

א שצריך שינחנו כשאנו מפרשים איסור פלילי, ובפרט אלה העוסקים במשקל הרב שיש ליתן לעקרון החוקיות (על נגזרותיו השונות). אכן, כפי שציין חברי השופט א' גרוניס, מלשון ההגדרה עולה כי המוקד הוא בתאגיד עצמו ולא בעובד. אלא שמרכז הבחינה, לדעתי, הוא בשירות שנותן התאגיד בנקודת הזמן והמקום הרלוונטיים. כך נלמד מתוך לשון החוק עצמה וגם מתכליתו. בענייננו, אין ספק, לדעתי, כי התאגיד, באמצעות כהן, סיפק במועד הרלוונטי שירות לציבור – כך נראה עובד התאגיד בעיני הציבור שנוזק לשירותיו וכך פעל התאגיד באותה נקודת זמן. כיוון שכך, אני מבקש להותיר בצריך עיון את המבחנים הנוספים שמציעה חברתי הנשיאה מעבר למבחני העזר שנקבעו זה מכבר בפסיקה.

6. המקרה שלפנינו הוא אכן מקרה חמור של עובד המנצל את תפקידו לשם השגת טובת הנאה פסולות וניצול לרעה של כוח שלטוני שהופקד בידיו. מתן כוח וסמכויות שלטוניות בידי פרטים וחברות פרטיות מעורר שאלות סבוכות בעלות משמעויות ציבוריות רחבות החורגות מגדרו של המקרה הפרטני של העותר. משהועבר הכוח השלטוני לידי "עובדי הציבור", אין חולק שהדבר מחייב ריסון ופיקוח על הפעלתו. עם זאת, יש להבטיח שהרתעתם של אותם העובדים על ידי הדין הפלילי תעלה בקנה אחד עם עקרונות העל של הוראותיו של החוק הפלילי ושל אופן פרשנותו. אין חולק שהמעשים שבוצעו הם נתעבים ויש להוקיעם ולשרשם מן השירות הציבורי ובכלל. אין חולק גם כי ראוי שעל מעשים דוגמת אלה שעשה העותר יחולו ההוראות המחמירות החלות על עובד הציבור ואין ספק כי הערכים שעליהם מבקש החוק הפלילי להגן אכן נפגעו על ידי מעשיו של העותר. עם זאת, המחוקק לא השכיל להגדיר את "עובד הציבור" לצורך החלופות שבסעיף 34 כד לחוק העונשין באופן שיכלול ויבטיח הגנה מלאה לערכים החשובים והחיוניים הללו. זאת, במיוחד לנוכח השינוי הממשי שעבר המגזר הציבורי, שהוביל לכך שבפועל יש עובדים רבים אשר אינם נכללים כיום בהגדרה אף שנכון יהיה לראותם כ"עובדי ציבור" (השוו לדין האמריקני: 18 U.S.C. §201(a), וגם לדיון דומה בהקשר לעבירת השוחד: Dixson v. U.S. [41]). נושא זה והסוגיות העולות בהקשר זה מחייבים, לדידי, ליבון ציבורי, ולו רק משום שנודעת להם השפעה רחבת היקף על החברה ועל המדינה. הדברים הללו נכונים בהתייחס לכלל ההגדרות שנדונו בפסק הדין

מושא הדיון הנוסף. כמו חבריי השופטים א' א' לוי וע' ארבל, אני סבור שיש להרשיע את כהן בעבירות השוחד.

א כפי שחלק מחבריי ציין, תוצאה זו מובילה לפער בין קבוצת העובדים הנתפסת ברשתה של עבירת השוחד לבין זו שבתחולת העבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה. אולם פער זה לא נוצר על ידי בית משפט זה או כתוצאה של הליך פרשני מוטעה, אלא בעקבות השוני הקיים בהגדרת "עובד ציבור" בהקשר של העבירות השונות. מכאן, שמסקנתי היא כי יש להשאיר על מכונה את התוצאה שנקבעה בערעור.

השופט א' גרוניס:

ג 1. את עמדתי בסוגיות שעלו בדיון הנוסף הבעתי בדעת המיעוט שלי בפסק הדין העומד לדיון נוסף (ע"פ 766/07 [28]). עמדתי הובאה שם בהרחבה. איני רואה כל טעם לחזור על הדברים. נותרתי בדעתי, שהיא דעת מיעוט אף בדיון הנוסף. אקדיש מילים קצרות למחלוקת העקרונית שבין חברותיי וחבריי לבני. לא אתייחס שוב לשאלה הקונקרטית של הגדרת המושג "עובד הציבור" או "תאגיד המספק שירות לציבור".

ה 2. המחלוקת העקרונית שנחשפה כבר בפסק הדין מושא הדיון הנוסף היא בשאלה אם להפעיל כללי פרשנות אחידים בכל תחומי המשפט, או שמא במשפט הפלילי יש לנהוג בפרשנות שונה. דעתי היא שבתחום הפלילי חלים כללי פרשנות שונים מאשר בכל ענף משפטי אחר. הדרך הפרשנית השונה מתחייבת לאור מהותו של ענף משפטי זה, לאור תכליתו ולאור הפגיעה הקשה שהפעלתו עלולה לגרום. פוטנציאל הפגיעה בחירותו של אדם הטבוע במשפט הפלילי חייב להוביל להתייחסות שונה בעת שבית המשפט נדרש להפעיל את דיני העונשין, להחילם ולפרשם. אין זה מקרה שהסעיף הראשון בחוק העונשין, התשל"ז-1977, משמיע לנו את העיקרון הגדול שלפיו "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על פיו". סעיף זה, יחד עם סעיף 3 לחוק, האוסר ענישה למפרע, מבטאים את עקרון החוקיות.

מעקרון החוקיות נגזר כלל חשוב נוסף, והוא כי על דיני העונשין לדבר בלשון ברורה ולהימנע משימוש בשפה מורכבת וקשה להבנה. חובה להודות כי מגבלותיה של השפה מקשים לקיים כלל זה. כלל נוסף הנובע מעקרון החוקיות, מורה לנו שבפרשנותו של המשפט הפלילי יש לבחור בפירוש המקל עם הנאשם. כלל זה מוצא ביטוי בסעיף 34כא לחוק העונשין. סעיף זה קובע:

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

ב גישתם של חברתיי ושל חבריי אינה נותנת משקל ראוי, לטעמי, לעקרון החוקיות, והיא מביאה, למעשה, לאיונו של סעיף 34כא לחוק העונשין. סעיף זה מורה כי כאשר דין ניתן "לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו", תיפול ההכרעה על פי הפירוש המקל עם הנאשם. משמע, הבחירה של הפירוש המקל מותנית בכך שקיים יותר מפירוש סביר אחד להוראה הפלילית העומדת לבחינה. הדרך שבה הולכים שופטי הרוב מביאה לכך כי לעתים נדירות ביותר יימצא שקיים יותר מפירוש סביר אחד. אזכיר כי לפני למעלה משלושים שנה עמד בית משפט זה לפני דילמה פרשנית דומה מאוד לזו שעלתה במקרה הנוכחי (ע"פ 472/74 אבוטובול נ' מדינת ישראל [1]). אף שם מדובר היה במאבטח שהועסק על ידי חברת שמירה פרטית שעבדה בשירות גוף ממשלתי (שם הועסקה חברת השמירה על ידי המכס או על ידי רשות הנמלים). המאבטח הואשם בשוחד. בית המשפט העליון החליט לזכותו מאחר שמצא כי אין הוא בא בגדר הדיבור "עובד הציבור" או עובד של "תאגיד המספק שירות לציבור" שבחוק העונשין (מדובר היה בדין שחל באותה עת; בהגדרות הרלוונטיות לא חל שינוי מאז).

ה האם ניתן לומר כי הפרשנות שניתנה למושג "עובד ציבור" לפני שלושה עשורים ויותר אינה בגדר פרשנות סבירה? אם נאמר כן, יסתתמו טענותיי. דומני כי אין מנוס מן הקביעה כי הפרשנות שניתנה אז בהחלט סבירה היא. אם כן, האם אין חייבים אנו להפעיל את כלל ההכרעה המורה לנו שבמקרה כזה יש לבחור בפירוש המקל עם הנאשם? תשובתי לשאלה זו היא ברורה מאליה. הן הפרשנות שניתנה בבית משפט זה בעבר היא סבירה, הן הפרשנות שניתנה על ידי שופטי הרוב בעניין דנא סבירה היא. משכך, חובה עלינו לבחור בפרשנות

המקילה. אכן, בחירה זו קשה משום שעלולה היא להוביל במקרים מסוימים לזיכוי של אדם שביצע מעשים מכוערים ובלתי מוסריים. ברם, אין להימלט מכך, על פי שיטתי, אם רוצים אנו לקיים את העקרונות הבסיסיים ביותר של המשפט הפלילי. מכל מקום, וכפי שיוסבר בהמשך (בפסקה 6 להלן), במקרה הנוכחי לא ייצא העותר פטור בלא כלום משום שיש, לדעתי, להרשיעו בעבירה של עושק.

א

4. ניתן אף לבחון את הסוגיה שלפנינו מנקודת המבט של חלוקת העבודה הראויה בין בית המחוקקים לבין בית המשפט. אין ספק שלבית המשפט יש תפקיד חשוב לא רק בפירוש המשפט אלא גם ביצירתו. משקלו של הפן היצירתי קטן, מטבע הדברים, באותם תחומים המוסדרים על ידי חקיקה, ובמיוחד כאשר החקיקה היא בעלת אופי קודיפיקטיבי. בתחום הפלילי מהווה חוק העונשין קודקס. גם אם חוק זה לא היה מאופיין כקודקס בעת שירשנו את פקודת החוק הפלילי, 1936, הרי שכיום בהחלט הוא כזה. זאת, לאחר שהתווספו לו חלקים העוסקים בעקרונות היסוד של המשפט הפלילי (סעיפים 1-34 כג). כאשר עסקינן בקודקס, ובוודאי בתחום דיני העונשין, חייב בית המשפט לגלות זהירות יתרה שמא יחדור הוא לתחום השמור לפעולתו של המחוקק. חלפו להם הימים שבהם לבית המשפט בשיטת ה-Common Law היה תפקיד יצירתי חשוב אף בגיבושן של העבירות הפליליות. משקיים קודקס של משפט פלילי, חובה על בית המשפט לפעול באופן מדוד ומאופק גם כאשר מונחת לפניו שאלות פרשניות.

ב

ג

ד

5. ניתן לטעון כי אין לקבל את גישתי הפרשנית במקרה דנא, שכן היא מובילה לתוצאה שלפיה יזוכה אדם, אשר, לכל הדעות, ביצע מעשים פסולים. ניתן להוסיף כי לכל אדם ברור שאסור לעשות את מה שעשה העותר. כזכור, האירועים מושא האישומים נולדו עקב מצב הדברים העגום בלשכת משרד הפנים בירושלים. מדי יום צבאו אנשים רבים על דלתות הלשכה, ולא כולם הצליחו לקבל את השירות שלו הם נזקקו. נסיבות אלה גרמו לכך שבעלי זרוע תפסו מקומות בתור ומכרו אותם. העותר שימש כאחראי משמרת של צוות מאבטחים בלשכה. העותר, שפעל במשותף עם אחרים, דאג להכניס אנשים ללשכה ללא תור תמורת תשלום. במקרה מסוים דרש העותר טובת הנאה מיניית מאשה שנוקקה לשירותיו של משרד הפנים. מסכים אני שכל אדם שהיה ממלא את תפקידו של העותר, גם אם אינו מכיר את דיני העונשין, היה יודע בתוך תוכו

ה

ו

ז

שמעשים מעין אלה שביצע העותר אסורים הם בתכלית האיסור. ניתן להוסיף ולטעון כנגדי כי אם כך הדבר, אין כל חשש לפגיעה בהיבטים מסוימים של עקרון החוקיות. אם הנחתנו היא שכל אדם יודע שמדובר במעשים אסורים, אין חשש שאדם ימצא אשם בשל מעשה שלא ידע מראש כי הוא אסור.

6. הטיעון האמור, שאין ספק כי מבחינה עקרונית הוא בעל משקל רב, מתעלם מכך שמעשיו של העותר עשויים לבוא תחת עבירה אחרת הקיימת בדיון הפלילי, היא עבירת העושה (כאמור בסעיף 431 לחוק העונשין), ולא דווקא תחת עבירת השוחד. עניין זה הוסבר על ידי בדעת המיעוט בערעור מושא הדיון הנוסף (ע"פ 766/07 [28], בפסקה 25 ואילך). העונש המירבי שניתן לגזור בגין עבירת עושה הוא מאסר של שנה אחת. לעומת זאת, העונש בשל עבירה של שוחד, כאמור בסעיף 290(א) לחוק העונשין, הוא שבע שנות מאסר. הפער בין העונשים, על רקע הנסיבות, מצדיק היוזקות לכלל ההכרעה הפרשני שבסעיף 34כא לחוק העונשין מנקודת מבט שונה מזו שהצגנו עד כה. נמצאים אנו בסיטואציה שבה מעשים מסוימים באים בוודאי תחת העבירה של עושה. דרכם של חברותי ושל חבריי להרשעה בעבירת שוחד מצריכה מאמץ פרשני עילאי. על כן, יש, לטעמי, לומר כי, לכל היותר, ספק אם מעשיו של העותר באים בחובה של עבירת השוחד. כלומר, נמצאים אנו במצב שבו ברי כי המעשים מהווים עבירה של עושה, היא העבירה הקלה יחסית, בעוד שספק אם נכנסים הם תחת כנפיה של עבירת השוחד, החמורה יותר. משכך, עלינו להפעיל את הכלל שלפיו יש לבחור בפרשנות המקילה עם הנאשם, כאמור בסעיף 34כא לחוק העונשין. מכאן, שאין יסוד לחשש המובלע בדעת הרוב שמא אדם דוגמת העותר, שביצע מעשים חמורים וקשים, לא ייענש בשל מעשיו. אדם כזה בהחלט ימצא אשם ויצטרך לשאת בעונש. אולם, לאור הגישה הפרשנית השונה המתחייבת, לטעמי, בדיון הפלילי, נמצא אותו אשם בעבירה קלה מזו של שוחד.

7. לסיכום, על פי גישתי, יש להחיל בתחום הפלילי כללי פרשנות שונים מאלה הקיימים בתחומי המשפט האחרים. כך עולה מעקרון החוקיות ומן הכלל שלפיו יש לבחור את הפירוש המקל עם הנאשם. כאשר מצרפים יחדיו את העקרונות הכלליים שעליהם הצבעתי – עקרון החוקיות וכלל הפרשנות המקילה – לעובדת קיומו של קודקס בתחום המשפט הפלילי, מתחייבת, לדידי, המסקנה כי אין לראות בעותר "עובד הציבור" או עובד של "תאגיד המספק שירות

לציבור". מכאן מסקנתי שאין להרשיע את העותר בעבירה של שוחד. לעומת זאת, יש להרשיעו בעבירה של עושק. הכלל הפרשני הנזכר אף מוביל למסקנה שכאשר נמצאות לפנינו שתי החלופות, התמורה יותר של שוחד והקלה הימנה של עושק, עלינו לבחור בזו הקלה יותר. זאת, מאחר שהראשונה היא בבחינת שמא ואילו האחרת בגדר ברי. לפיכך, אילו נתקבלה דעתי, היינו דוחים את עתירת המדינה ומקבלים את עתירתו של העותר.

א

לפיכך, הוחלט ברוב דעות של הנשיאה ד' ביניש, המשנה לנשיאה א' ריבלין והשופטים א' פרוקצ'יה, א' א' לוי, מ' נאור, ע' ארבל, א' רובינשטיין וס' ג'ובראן ונגד דעתו החולקת של השופט א' גרוניס לדחות את עתירתו של העותר ולהותיר על כנה את הרשעתו בעבירות של לקיחת שוחד ושל ניסיון ללקיחת שוחד. כן הוחלט ברוב דעות של הנשיאה ד' ביניש, המשנה לנשיאה א' ריבלין והשופטים א' א' לוי, א' גרוניס, מ' נאור וס' ג'ובראן ונגד דעתם החולקת של השופטים א' פרוקצ'יה, ע' ארבל וא' רובינשטיין לדחות את עתירת המדינה ולהותיר על כנו את זיכוי העותר מהעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה. העונש שנגזר על העותר בפסק הדין מושא הדיון הנוסף נותר אף הוא על כנו.

ב

ג

ד

ניתן היום, ו' באדר התשס"ט (2.3.2009).

ה

ו

ז