

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 4675/97
ע"פ 4961/97
ע"פ 4962/97

בפני:

כבוד הנשיא א' ברק
כבוד השופט מ' חשין
כבוד השופטת ד' ביניש

המערער בע"פ 4675/97:

ישראל רוזוב

נ ג ד

המשיבה בע"פ 4675/97:

מדינת ישראל

המערער בע"פ 4961/97:

מדינת ישראל

נ ג ד

המשיבה בע"פ 4961/97:

שלומית בת גרשון גרודצקי

המערער בע"פ 4962/97:

מדינת ישראל

נ ג ד

המשיבים בע"פ 4962/97:

1. ישראל בן גרשון רוזוב
2. חברת נכסי ישראל רוזוב בע"מ

בשם המערער בע"פ 4675/97

עו"ד גיורא אדרת ועו"ד נתן שמחוני

והמשיבים בע"פ 4962/97:

עו"ד רם שמגר

בשם המשיבה בע"פ 4961/97:

עו"ד יעקב כהן, פרקליט מחוז תל-אביב
(מיסוי וכלכלה) ועו"ד אילנה מודעי,
סגן לפרקליט מחוז תל-אביב (מיסוי וכלכלה)

בשם המדינה (המשיבה
בע"פ 4675/97 והמערער
בע"פ 4961/97 ובע"פ
4962/97):

פסק-דין

השופט מ' חשין:

1. עבירות של שימוש במידע-פנים. על אלו תיסוב חוות דעתנו זו.

עיקרי העובדות שלעניין

2. חברת גיבור סברינה (מפעלי טקסטיל) בע"מ (להלן נכנה אותה - החברה), הינה חברה ציבורית שמנייתה נסחרת בבורסה לניירות-ערך בתל-אביב. ביום 1 באוקטובר 1986 פירסמה החברה דו"ח חצי-שנתי (ליום 30.6.86) ולפיו הפסידה החברה 419,000 ש"ח. ואולם לצד פירסום ההפסדים הוסיפה החברה ופירסמה תחזית לרווחים לסוף שנת 1986 ("הציפיות לסוף שנת '86 הן לרווחים"). הציפיה לרווחים נתבדתה, ודו"חות כספיים חודשיים בחודשים העוקבים את חודש אוקטובר, לימדו על הפסדים מצטברים גדלים והולכים מחודש לחודש. טיוטת הדו"ח השנתי לשנת 1986, אשר הוצגה בישיבת מועצת המנהלים מיום 26 בפברואר 1987, הורתה כי ההפסדים המצטברים שלשנת 1986 הגיעו כדי 1,964,000 ש"ח. כל זאת לא הודע לציבור עד ליום 14 במאי 1987, היום בו פורסם הדו"ח השנתי לשנת 1986. יתר-על-כן: עובר לפירסומו של הדו"ח השנתי לשנת 1986, פורסמה בעיתונות כתבה ובה נתונים שמסר המנכ"ל, חיים רוזוב, על המכירות שביצעה החברה, בלא להזכיר את דבר קיום ההפסדים. בעקבות כתבה זו הוסיפה החברה והודיעה לציבור כי גידול המכירות בשנת 1986 היה בשיעור של 20%, ושוב לא נזכר דבר קיום ההפסדים.

3. מסכת עובדות זו שימשה יסוד להאשמת החברה והמנכ"ל, חיים רוזוב, בעבירת תרמית בניירות ערך, עבירה כהגדרתה בסעיף 54(א)(1) לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968. בית-משפט השלום, מפי השופטת ברכה תום-אופיר, חייב את הנאשמים בדינם, באומרו, בין השאר, דברים אלה:

"אם ניתן לראות בפירסום התחזית כשלעצמו, אקט שידיעת הכזב לגביו לא הוכחה מעל לספק סביר, ואם אי עדכון התחזית הותיר ספק באשר למידת פליליותו, הרי כאשר על רקע אלה, באו פירסומים חלקיים בעיתונות, שהעלימו עובדות מהותיות על הפסדים נצברים, אשר היו ידועים לנאשמים בלבד, ועמדו בניגוד ממש, גם לתחזית וגם לפירסומים, אין עוד ספק בדבר קיומו של אלמנט ההטעיה שהיווה חלק בכל הפעילות המשולבת הזו." (ע' 35 לפסק-הדין)

הרשעה זו אושרה ביד בית-המשפט המחוזי, וערעור שהוגש לבית-משפט זה נמחק לבקשת המערערים.

4. תיאור הדברים שלעיל לימדנו, כי בתקופה שבין חודש אוקטובר 1986 ואמצע מאי 1987, צברה החברה הפסדים מצטברים והולכים, אך דבר ההפסדים ומצבה של החברה לא היו ידועים לציבור הרחב אלא לאנשי-הפנים בלבד. נהפוך הוא: על יסוד האמור בדו"ח החצי-שנתי שפורסם ביום 1.10.86, יכול היה הציבור להאמין כי מנהלי החברה מצפים לרווחים למחצית השניה של שנת 1986. והנה, בתקופת חודשים זו - ובעוד ההפסדים מצטברים והולכים - מכרו בעלי המניות הראשיים בחברה - בני משפחת רוזוב וחברות המצויות בשליטת בני-המשפחה - חלק מאחזקותיהם בחברה. לאחר פירסום הדו"ח ביום 14 במאי 1987, קרא: לאחר הפירסום ברבים על הפסדיה של החברה לשנת 1986, ירד שער מניותיה של החברה. למותר לומר, כי בעלי המניות שמכרו את מניותיהם קודם פירסום הדו"ח השנתי, מנעו מעצמם הפסדים שהיו כרוכים ממילא במכירות לו נעשו לאחר ירידת שער המניות.

5. מכירות אלו של מניות החברה שימשו יסוד להאשמתם של אחדים מבני משפחת רוזוב - ושל חברות המצויות בשליטתם - בעבירות של שימוש במידע-פנים, ועתה תלויים ועומדים לפנינו שלושה ערעורים אלה (לאחר קבלת רשות ערעור): שני ערעורים של המדינה וערעור אחד של ישראל רוזוב.

6. עד שנצלול אל פרטי העובדות בכל אחד ואחד מן הערעורים שלפנינו, נקדים ונאמר דברים אחדים באשר לעבירה של שימוש במידע-פנים. לאחר-מכן, ולעת בחינת כל אחד מן הערעורים, נידרש ביתר-פירוט לכמה וכמה היבטים של העבירה, כעולה מן הערעורים שלפנינו ומטענות בעלי-הדין.

לעניינו של האיסור על שימוש במידע-פנים (כללי)

7. חוק ניירות ערך, תשכ"ח1968 - (להלן נכנה אותו - החוק) לא פָּלַל, במקורו, כל הוראה ספציפית שהיא האוסרת על שימוש במידע-פנים. איסור זה נולד רק בשנת תשמ"א1981 - בחוק ניירות ערך (תיקון מס' 6), התשמ"א1981 - עם הוספתו של פרק ח1 לחוק (סעיפים 52א עד 52י) ותיקונים נוספים בחוק. ראשית לכל נזכיר, כי ענייננו הוא אך-ורק בחברה ציבורית נסחרת, וכהגדרת סעיף 52א לחוק ל"חברה": "תאגיד שניירות ערך שלו הוצעו לציבור על-פי תשקיף או נסחרים בבורסה והם נמצאים בידי הציבור, לרבות חברה בת וחברה קשורה של אותה חברה". לעניינה של חברה זו שהחוק מדבר בה, שתי הוראות-יסוד הן בקומפלקס של האיסור

על שימוש במידע-פנים: הגדרת "מידע פנים" בסעיף 52א, ותיאור הפעילויות שעניינן "שימוש במידע פנים" שבסעיף 52ב. כך מגדיר החוק "מידע פנים":

"מידע פנים" - מידע על התפתחות בחברה, על שינוי במצבה, על התפתחות או שינוי צפויים, או מידע אחר על החברה, אשר אינו ידוע לציבור ואשר אילו נודע לציבור היה בו כדי לגרום שינוי משמעותי במחיר נייר ערך של החברה";

וכך מגדיר החוק "שימוש במידע פנים":

"שימוש במידע פנים" 52 (א) העושה אחת מאלה עושה שימוש במידע פנים:

(1) העושה עסקה בנייר ערך של חברה ... כאשר מידע פנים מצוי בידו;

(2) המוסר מידע פנים או חוות דעת על נייר ערך של חברה כאשר מידע פנים מצוי בידו, לאדם אשר הוא יודע, או יש יסוד סביר להניח, כי יעשה שימוש במידע הפנים או ינצל את חוות הדעת לצורך עסקה או ימסור אותה לאחר.

לשתי הוראות-יסוד אלו מצרפת עצמה הוראה חשובה נוספת (בסעיף 52א לחוק) והיא, הגדרת "איש פנים", בחברה":

"הגדרות" 52א

'איש פנים', בחברה -

(1) מנהל, מנהל כללי, בעל מניות עיקרי בחברה או אדם אחר שמעמדו או תפקידו בחברה או קשריו עמה נתנו לו גישה למידע פנים ביום הקובע או תוך ששת החודשים שקדמו לו; לענין זה, 'היום הקובע' - היום שבו נעשה שימוש במידע פנים;

בן משפחה של אחד המנויים בפסקה (1);

(2) תאגיד בשליטתו של אחד המנויים
בפסקאות (1) ו-(2);"

(3)

בהוראות העוקבות קובע החוק כי שימוש במידע-פנים מהווה עבירה בנסיבות מנסיבות שונות.

8. אין צורך להעמיק-ביתר, כדי לדעת ולהבין כי בְּרִיחַ-התיכון באיסור לעשות שימוש במידע-פנים הוא יסוד ההגינות: ההגינות התובעת להעמיד אנשים "מקורבים" למידע בחברה במעמד שווה לאנשים שאינם מקורבים, ככל שהמדובר הוא בעסקות בניירות-ערך של החברה. לא כל הידוע ל"אנשי פנים" ולמקורביהם על הנעשה בחברה ועל מצבה ידוע גם לציבור הרחב, והחוק מבקש לאסור על אלה - אשר מידע-פנים בעל-משמעות בא לידיהם, והמידע אינו ידוע לציבור - כי יעשו עסקות בניירות ערך של החברה כל-עוד לא פורסם המידע לרבים. טעם האיסור מדבר בעד עצמו, והוא, שאותם מקורבים לא ינצלו את מעמדם - ניצול לרעה בעיני החוק - להיטיב את מצבם (ולרעה ממילא את מצבם של אחרים). כוונת החוק היא למנוע קיומן של עסקות בהן יש למקורבים עודף-מידע אך בשל נגישותם למידע חשוב בחברה.

אכן, תכלית החוק היא למנוע ניצולה (לרעה) של עדיפות במידע, והנחת-היסוד בו היא, שאיסור על ניצול (לרעה) של מידע-פנים יעשה צדק בין השחקנים בשוק ההון. במיקטעים מסויימים - בעיקר מדברים אנו באנשי-פנים החבים חובת אמון לחברה - שייך מידע-פנים, על-פי עצם טיבו, לחברה, ואיש-הפנים מחזיק בו כנאמן החברה. והמחזיק במידע בנאמנות אסור הוא בניצול אותו מידע לטובתו האישית. ראו: Chiarella v. United States 445 U.S. 222 100 S.Ct. 1108 (1980), ראו עוד: עומרי ידלין, "שימוש במידע פנים על-ידי אנליסטים", דיני ניירות ערך ובורסה, פירסום עמותת המסיימים של הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים (ירושלים, תשנ"ה), חוברת מס' 6, 15, 21).

בצד היבט זה של האיסור, היבט המוסר, שוכן לו צורך אחר - רבים יאמרו כי בו עיקר - הוא הצורך הכלכלי, הדואג לאמינותו וליעילותו של שוק ההון. איסור על שימוש במידע-פנים מביא ליעילותו של השוק, כך אומרים לנו, שכן הכל יודעים כי כל המידע שלעניין (למצער - רוב המידע) פרוש כשולחן-ערוך לפני כל המשתתפים במשחק-השוק, כי המשחק הוא "פתוח". ההנחה היא, כי שוק יהא שוק יעיל, רק אם מחיריהם של ניירות הערך ייקבעו כשיקלול כלל המידע. ראו והשוו לעניין זה: זוהר גושן, "תרמית או מניפולציה בניירות ערך?" (יפורסם בקרוב בכתב העת משפטים). באותו הקשר ייאמר, כי אם יותר למקורבים לנצל מידע-פנים לטובתם, יגבר החשש כי משקיעים "קטנים" ידירו רגליהם מן השוק, או, לחלופין, יעלו את "מחיר" כניסתם לשוק. אמר

על-כך חברנו השופט אליעזר גולדברג ברע"פ 5174/97 משה קרן נ' מדינת ישראל (טרם פורסם; בפסקה 9 לפסק-הדין):

"נראה כי תכליתו העיקרית של האיסור על שימוש במידע פנים שבחוק ניירות-ערך, היא למנוע ניצול יתרון בלתי הוגן במסחר בניירות-ערך, הנובע מנגישות למידע אודות חברה, שנגישות זו אינה נחלתו של כלל ציבור המשקיעים. האיסור על שימוש במידע פנים בידי איש פנים אינו בעצם היתרון שבהחזקת המידע, אלא בהיות השימוש ביתרון בלתי הוגן. אין מדובר בהיעדר שיוויון בין המשקיעים בבורסה בידע שבידיהם, אלא בדרך בה נוצר הפער במידע. התרת ניצול בלתי הוגן של מידע תפגע בציפיותיו של ציבור המשקיעים ל"כללי משחק" הוגנים בבורסה, היא תפגע באמינותו של שוק ההון, ולהדרת רגליהם של משקיעים ממנו."

המפתח ליציאה מן האיסור על השימוש במידע-פנים מצוי בכיסו של בעל-המידע. ייגלה המידע לכלל - המידע יהפוך מהיותו מידע-פנים למידע-כל - והאיסור ייעלם מעצמו; לא ייגלה - ימתין בעל-המידע עד שייגלה המידע. ובביטוי המקובל בהקשר זה: גלה (את המידע) או המתן ואל תסחר; ואם אין בידך לגלותו, בכל-זאת המתן. כל עוד המידע הוא בבחינת מידע הידוע אך למקורבים, יחול האיסור; נגלה המידע ויתרוננו של המקורב נעלם ואיננו - ייעלם האיסור כלא-היה. ראו: יוסף גרוס, "האיסור בדבר ניצול מידע פנים בחברות", עיוני משפט טו(תש"ן1990-) 481, 483; ראו גם עומרי ידלין, שם, 21. למקור הכלל במשפט האמריקאי ראו: Garcia v. Cordova, 930 F.2d 826 (10th Cir. 1991); S.E.C. v. Texas Gulf Sulphur Co., 401 F.2d 833 (2nd Cir. 1968)

9. נזכור ונזכיר, כי עקרון-הגילוי - כתנאי למיסחר בשוק ההון - הוא עקרון-על בדיני ניירות-ערך בישראל, וכשמו: עקרון הגילוי הנאות. רק גילוי נאות - גילוי ראוי - יאפשר למשקיעים להחליט באורח רציונאלי מה יעשו, ובה-בעת ירתיע בעלי-כוח ומקורבים מהתנהגות מניפולטיבית תוך פיקוח על פעילותם. ראו: ע"א 5320/90 א.צ. ברנוביץ נכסים והשכרה בע"מ נ' רשות ניירות הערך פ"ד מו(2) 818, 831. בצד הדאגה לשוק יעיל המגיב על מידע בעל-חשיבות, משמש הגילוי הנאות גם להרתעתם של בעלי-כוח "מפני התנהגות חריגה העלולה לפגוע בחברה ומפני שימוש במידע פנים לתועלתם" (ע"א 1928/93 רשות ניירות ערך נ' גיבור סברניה מפעלי טקסטיל בע"מ פ"ד מט(3) 177, 186). הוראות החוק שלובות הן, איפוא, אלו-באלו להיותן ריקמה חיה אחת המזינה עצמה בעקרון-על אחד, הוא עקרון הגילוי הנאות; ולענייננו: החובה המוטלת בחוק לדאוג להספקת מידע אמין ומספק לכל, תוך שמירה על אי-מעורבות הרשויות בהשקעות גופן: איש-איש על חשבוננו-שלו, ובלבד שהמידע הראוי יהיה בידי הכל. לשאלות אלו ולשאלות נילוות, ראו: נועם שר, "דיני ניירות ערך - מגמות מרכזיות", עיוני משפט כב (התשנ"ט1999-) 265, 268 עד 270. רק כך תישמר ההגינות, רק כך יעשה צדק, רק כך יידע

המשקיע בשוק ההון לכלכל את החלטותיו באורח מושכל. ראו עוד והשוו: רע"פ 4827/95 ה.ג. פולק בע"מ נ' מדינת ישראל (טרם פורסם).

10. להשלמת דברינו עד-כה נוסף, כי שאלת הצורך בקיומו של איסור על שימוש במידע-פנים הינה שאלה השנויה במחלוקת בין המלומדים. ראו, למשל: גרוס, שם, 486-488; ברכה תום אופיר, "אספקטים פליליים של השימוש במידע פנים", דיני ניירות ערך ובורסה, שם, חוברת מס' 6, 54;
Stephen M. Bainbridge, "Insider Trading", Encyclopedia of Law & Economics (September 1998); Dennis W. Carlton & Daniel R. Fischel, "The Regulation of Insider Trading", 35 Stanford Law Review 857 (1983).

כל-כך באשר לדיון התיאורטי. אשר למשפט הנוהג במקומו, המחוקק אמר את דברו צלול וברור, והאיסור על שימוש במידע-פנים איסור הוא: אָסֶרְנָא אָסְרִי.

מידע-פנים

11. לא כל מידע פנימי בחברה הוא "מידע פנים" כהוראתו בחוק. להיותו "מידע פנים", על המידע להיות לא אך מידע שאינו ידוע לציבור - "על התפתחות בחברה, על שינוי במצבה, על התפתחות או שינוי צפויים, או מידע אחר על החברה אשר אינו ידוע לציבור"; המידע חייב שיהיה בעל-איפיון מיוחד, והוא: מידע "אשר אילו נודע לציבור היה בו כדי לגרום שינוי משמעותי במחיר נייר ערך של חברה". רכיב זה בהגדרתו של "מידע פנים", יוצרים אותו כמה-וכמה רכיבי-מישנה, ובעניינם של אלה נאמר עתה דברים אחדים.

12. רכיב-מישנה אחד הוא ה"ציבור", אותו ציבור שאילו ניגלה לו מידע הפנים, היה בו, באותו גילוי, כדי לגרום שינוי משמעותי במחיר נייר הערך של החברה. ה"ציבור" בו מדובר הוא, למותר לומר, הציבור שיש לו עניין בשוק ההון; אותו ציבור שקבלת מידע זה או אחר על מצבה של חברה פלונית יכולה שתשפיע על התנהגותו בשוק ההון, התנהגות אשר מצידה יכולה שתביא לשינוי במחירו של נייר הערך בו מדובר. "ציבור" זה כולל משקיעים גדולים וקטנים, אנליסטים, פרשני שוק ההון, ועוד כיוצא באלה מקורבים לשוק ההון. כל אחד

מאלה תורם את חלקו ל"פרשנות" בשוק ההון - מי באנליזה, מי בפרשנות-עיתון, מי בקניה ובמכירה - ובערבו של יום נמצא עצמנו בחברתו של "המשקיע הסביר", אותו משקיע וירטואלי שאין הוא אלא שיקלול של מרכיבים מיקצועיים, יושר ויושרה, נסיון-חיים, הגיון ושכל-ישר. לדמות בלתי-נראית זו של "המשקיע הסביר", ראו, למשל, והשוו: פרשת ברנוביץ, שם, 837-836; פרשת גיבור סברינה, שם, 187-188; ע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 789. על אותו "משקיע סביר" נוסף ונדבר בהמשך דברינו, לעת שנדון בעניינינו-שלנו.

13. רכיב-מישנה שני בהגדרת מידע-פנים הוא המועד הקובע לבחינת תגובתו ההיפותטית של הציבור על מידע-הפנים ("אילו נודע לציבור"). המיבחן שהחוק אוחז בו ממקם עצמו לעת עשיית השימוש במידע הפנים, דהיינו: לעת שפלוני עשה שימוש במידע-פנים וקודם שהמידע נתגלה לציבור (ex ante). מיבחן זה עולה מפורשות מתוך מילות החוק, המדברות על מידע "אשר אינו ידוע לציבור ואשר אילו נודע לציבור היה בו כדי לגרום שינוי משמעותי במחיר נייר ערך של החברה". המיבחן תולה עצמו בתיבה "אילו", דהיינו: דבר שלא היה ולא אירע: "לו הייתי רוטשילד". ראו עוד הגדרת המושג "איש פנים", המגדיר את המושג "היום הקובע". המיבחן הוא, איפוא, מיבחן היפותטי, ותולה הוא עצמו באותו אדם היפותטי הידוע בציבור בשם "האדם הסביר".

באומרנו כי המחוקק מחזיק במיבחן שְעִיתו היא לעת עשיית השימוש במידע הפנים וקודם הגילוי לציבור, כמו הוספנו ואמרנו כי אין נודעת משמעות משפטית-מהותית לאשר אירע בשוק ההון, הלכה למעשה, לאחר גילוי המידע לציבור (post factum). עיקר הוא בְּנִיבּוּי המושכל - לעת עשיית העיסקה וקודם הגילוי לציבור - על התנהגותו המשוערת של שוק ההון לאחר הגילוי לציבור, ולא באשר אירע למעשה בשוק ההון לאחר הגילוי. יחד-עם-זאת, לא יתעלם בית-משפט מההשפעה הלכה למעשה שהיתה לגילוי מידע-הפנים - משנתגלה - כמיבחן-בין-מיבחנים לבחינת אופיו ומשקלו של מידע-הפנים. התנהגות השוק לאחר הגילוי, הגם שאין היא מהותית, רלבנטית היא לבחינת משמעותו של מידע-הפנים; ויכולה היא לשמש אינדיקציה למהותיות המידע. ראו:

S.E.C. v. Tome, 638 F. Supp. 596 (S.D.N.Y. 1986); S.E.C. v. Lund, 570 F. Supp. 1397 (C.D. Cal. 1983).

ואולם, יש להיזהר בבחינה זו שלאחר-מעשה. ובלשונו של השופט גולדברג בפרשת קרן (לעיל, שם, בפסקה 14 לחוות-הדעת):

"הרכיב הנסיבתי האמור בהגדרה הוא מסוג מיוחד. בחינת התקיימותו של רכיב זה צריכה להיעשות בעת השימוש במידע (Ex Ante), אך בעת הזאת אין דרך לעמוד על השפעתו הפוטנציאלית של המידע על מחיר נייר-הערך. לפיכך, בחינת התקיימותה של הנסיבה (מן הפן

העובדת) מחייבת את השאלה אם קיימת אפשרות שמחיר נייר-הערך היה שונה באופן משמעותי, אילו היה המידע ידוע לציבור. בחינתה של שאלה זו בעיקרה לא יכולה להעשות אלא דרך משקפיו של המשקיע הסביר. השאלה אם בפועל, לאחר שנודע המידע בציבור (Ex Post), השתנה מחיר נייר-הערך, יכולה אומנם לסייע לבית-המשפט, אך אין היא העיקר.

לא זו בלבד שיש קושי לנטרל את השפעת גילוי המידע על מחיר נייר-הערך ולבחון אותו במנותק מגורמים אחרים, אלא שהסתמכות יתר על השינוי שארע בפועל במחיר נייר-הערך לאחר גילוי המידע לציבור, תפגע בכוחה של נורמת ההתנהגות אותה בא החוק לקבוע."

למותר לומר, כי מיבחן זה שאימץ המחוקק - מיבחן הממקם עצמו במועד עשיית העיסקה - משליך עצמו גם על היסוד הנפשי שבעבירה; קרא: מודעותו של הנאשם כי עושה הוא שימוש במידע-פנים, זמנה חייב שיהיה לעת עשיית העיסקה. מועד עשיית העיסקה הוא המועד בו נפגשים היסוד העובדתי שבעבירה (ה- actus reus) והיסוד הנפשי שבה (ה- mens rea).

14. רכיב-מישנה שלישי הוא, הניבוי המושכל (בריטרוספקט - לאחר שחזרנו במינהרת-הזמן אל יום המעשה), כי לו נתגלה המידע לעת עשיית העיסקה "היה בו כדי לגרום שינוי משמעותי במחיר נייר ערך של החברה". עניינו עתה הוא בבדיקת הקשר הסיבתי בין גילוי המידע, לו נתגלה, לבין השינוי שהיה מביא הגילוי במחירו של נייר הערך. ובלשון החוק: היה בו [כדי לגרום שינוי]". הקורא את ההגדרה של "מידע פנים" בהמשך אחד, עשוי להתרשם כי אותו "מידע פנים", לו נתגלה, חייב היה - על-פי הניבוי המושכל - להביא לשינוי משמעותי במחיר נייר הערך של החברה; אך דומני כי פירוש זה שלחוק לא יהיה מדויק. מתוך שהמיבחן מעמיד אותנו במועד שלפני מעשה, לא נוכל לדבר אלא בתחזית להשפעה שעשויה היתה להיות עם גילוי המידע לציבור. הקשר הסיבתי יהיה לעולם קשר סיבתי משוער ולא קשר סיבתי ממשי.

אשר לטיב הניבוי, דומני שגם כאן שומה עלינו לשוחח עם האדם הסביר - קרא: המשקיע הסביר - ולשמוע את אשר בפיו. האדם הסביר ידבר, כמובן, באורח סביר, ובכלל - מושג הסבירות ישמש אותו יותר מאשר כל מושג אחר במשפט. המיבחן שיציב עצמו לפני בית-המשפט יבנה, איפוא, סביב מושג הסבירות, ותוכנו יהא זה: האם התנהגותו של המשקיע הסביר, לעת העיסקה ולאור גילוי המידע - לו נתגלה - היתה גורמת לשינוי משמעותי במחיר נייר הערך. אם זו תהא מסקנתנו, כי-אז נתקיים הרכיב של הקשר הסיבתי (המשוער) הנדרש בחוק. חברי השופט גולדברג דיבר בפרשת קרן על קשר סיבתי שעניינו "השאלה אם קיימת אפשרות שמחיר נייר-הערך היה שונה באופן משמעותי, אילו היה המידע ידוע לציבור" (ראו מדבריו שהבאנו בפיסקה 13 לעיל), והמיבחן שהציע קרוב למיבחננו. על פי אותו מודל ניסח השופט גולדברג את הרכיב הנפשי בעבירה. ובלשונו (שם, שם):

"הוא הדין ביחס למודעתו של הנאשם (כחלק מהיסוד הנפשי) לרכיב האמור. די בכך שהנאשם העריך כי קיימת אפשרות שהמידע הוא כזה שאילו נודע בציבור היה משפיע באופן משמעותי על מחיר נייר-הערך, כדי שיתקיים היסוד הנפשי."

15. ולסוף: מידע-פנים חייב שיהא בעל-אופי כזה ש"אילו נודע לציבור היה בו כדי לגרום שינוי משמעותי במחיר נייר ערך של החברה". אמירת-מחוקק זו שקולה, בעיקרה, לאמירה כי רק מידע מהותי יכול שיהא מידע-פנים; פשיטא, על דרך הכלל, כי רק מידע מהותי יכול שישפיע באורח משמעותי - על דרך ההשערה המושכלת לפני מעשה - על מחירו של נייר-ערך. ראו, למשל, גרוס, שם, 504-505. פירוש הדברים הוא, כי המיבחן שהגדרת "מידע-פנים" מחזיקה בו, הוא מיבחן של מהותיות המידע בו מדובר. נוסף ונזכיר כי מיבחן המהותיות, בהיבטיו השונים, משמש את החוק בהקשרים שונים. כך, למשל, בסוגיית הגילוי הנאות (כהוראת סעיף 16(א) לחוק: "תשקיף יכלול כל פרט העשוי להיות חשוב למשקיע סביר השוקל רכישת ניירות הערך המוצעים על-פיו..."), וכן הוא בעבירת התרמית הקבועה בסעיף 54(א)(1) לחוק. ראו: ע"פ 5111/95, 5109, 5052 שמואל ואקנין ואח' נ' מדינת ישראל פ"ד נ(2) 642, 653-654. אכן, חוק ניירות ערך כולו ספוג במיבחן ה"מהותיות" בגילוייה השונים, והמהותיות היא אף העושה את החוק לריקמה אחת חיה-ונושמת.

כך הוא דין בארצות-הברית, שמיבחן המהותיות הינו יסוד-יוצר בכלל האוסר על שימוש במידע-פנים.

ראו למשל: Garcia v. Cordova, supra.

ראו עוד: פרשת ברנביץ, לעיל, בה אמר בית-המשפט - לעניין חובת הגילוי - מפי הנשיא שמגר (שם, 837):

"אמת המידה של ה'מהותיות' (materiality) הינה זו השלטת במשפט האמריקני, שם נקבע, כי למרות שאופיין של העובדות המהותיות (material facts) משתנה לאור נסיבותיו של כל מקרה נתון - ניתן להכליל ולומר, כי חובת הגילוי משתרעת על עובדה אשר לו המשקיע הסביר בניירות ערך היה יודע אודותיה, היה בכך כדי לשנות באופן משמעותי את מכלול האינפורמציה שעל בסיסה יקבל החלטות הנוגעות להשקעה בניירות ערך בחברה הנוגעת לעניין."

ראו עוד: ע"א 1928/93 רשות ניירות הערך נ' גיבור סברניה מפעלי טקסטיל בע"מ פ"ד מט(3) 177, 187-188. למותר לומר, כי לא הרי מקרה אחד כהרי מקרה אחר; מקרה מקרה ונסיבותיו-שלו. ויש שאותן עובדות עצמן תהיינה מהותיות בהקשר פלוני אך לא תהיינה מהותיות בהקשר אלמוני.

16. לסיום חלק זה בחוות-דעתנו נזכיר, כי בצד האיסור על שימוש במידע-פנים קבע המחוקק חריגים, אלו הן ההגנות המנויות בסעיף 52 לחוק. על מיקצתן של ההגנות נוסף ונפרט עוד להלן.

ולענייננו-שלנו

17. בהמשך דברינו נדון בפרוטרוט בכל אחת ואחת מן הטענות העולות בערעורים שלפנינו, ואולם דומה כי בנושא זה של מידע-פנים ראוי שנאמר כבר עתה דברים אחדים. בעלי הדין שלפנינו נחלקו בשאלה, אם המידע שהיה בידי משפחת רוזוב היה "מידע-פנים" כהגדרתו בחוק, קרא: האם המידע שהיה לבני-המשפחה על ההפסדים המצטברים בחברה - בניגוד לתחזית האופטימית שפורסמה לציבור - היה מידע "אשר אינו ידוע לציבור ואשר אילו נודע לציבור היה בו כדי לגרום שינוי משמעותי במחיר נייר ערך של החברה". הוויכוח נסב על המשמעות הנודעת לריווחיותה - או לאי-רווחיותה - של חברה, ועל-כך אמר בית-משפט השלום, כי "שאלת הריווחיות היא ענין מהותי לגבי המשקיע הסביר, ופועל יוצא מכך, שמידע על ריווחיות הוא גם אותו מידע שאמור או עשוי לגרום לשינוי משמעותי במחיר המניות." (עמ' 49 לפסק-הדין). בית-המשפט המחוזי אישר מסקנה זו. יתר-על-כן: שופטת בית-משפט השלום סברה - בניגוד לטענת הנאשמים - כי אין היא נדרשת לעדות מומחה כדי להוכיח שמידע על ריווחיות חברה - לא-כל-שכן: מידע על הפסדים מצטברים בעוד אשר ברבים מתפרסם מידע על רווחים משוערים - הינו מידע שיש בו כדי לגרום "שינוי משמעותי" בערכן של מניות החברה. לסברתה, ניתן להגיע למסקנה זו גם על יסוד "ידיעה שיפוטית והגיון משפטי". בית-המשפט המחוזי הסכים לדברים אלה, ואף הוסיף כי בחינה post factum - בחינה שגם אותה עשתה שופטת בית-משפט השלום - אישרה את הדבר.

18. דעתי כדעת בתי-משפט קמא. לא נכחד, אמנם, כי יש מקרים בהם יהא על בית-משפט להיעזר במומחים-לדבר - מומחים לשוק ההון - לידע ולהיוודע אם מידע פלוני היה מידע מהותי, לאמור, אם מידע הוא אשר אילו נודע ל"ציבור" לעת עשיית העיסקה, היה בו כדי לגרום שינוי משמעותי במחיר נייר ערך של החברה. ואולם, בית-המשפט עצמו, אין הוא כלי ריק המתמלא אך בתוכן המוזרק בו בידי אחרים; שופט ניחן, הוא-עצמו, בנסיגון-חיים, בהיגיון, בשכל ישר בתבונת האדם, ואלה כולם - הם ועקרונות-יסוד במשפט - הינם מרכיבים חיוניים במוסד זה הקרוי "בית-משפט"; הם חלק מן ה"חומרה" של בית-המשפט. ראו: דנ"א 7325/95 "ידיעות אחרונות" בע"מ נ' קראוס (טרם פורסם; בפיסקאות 24 ו-25 לחוות דעתי); בג"ץ 6971/98 פריצקי נ' שר הפנים, בג"ץ 6972/98 דן דרין נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם; בפיסקה 12 לחוות דעתי, והאסמכתאות שם). ראו עוד, לאחרונה: פרופסור מנחם מאוטנר, "שכל-ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים", פלילים ז'

(תשנ"ט 1998-) 11. נדע מכאן, שלא בכל עניין ועניין חייב בית-המשפט להיעזר במומחים-לדבר, כדי לנסות וללמוד אם נתקיים אותו יסוד של "שינוי משמעותי".

19. אשר לעניינינו-שלנו, לא היה כל צורך שבית-המשפט ייעזר במומחים - או בראיות אחרות - כדי להגיע לכלל מסקנה כי ריווחיות של חברה הינה גורם שיש בו כדי להשפיע על שיקוליו של משקיע סביר באורח "משמעותי"; ראו למשל: ד"ר שמואל האוזר וגב' איטה שוחט, "תגובת בעלי המניות לעיתוי פירסומם של הדו"חות הכספיים ולתוצאות העסקיות של החברות שניירות הערך שלהן רשומים למסחר בבורסה", הרשות לניירות ערך (ספטמבר 1993). זה הדין במשפט ארצות הברית. ראו: S.E.C. v. Lum's, Inc., 365 F. Supp. 1046 (S.D.N.Y. 1973)

לקיבוץ אסמכתאות במשפט האמריקאי, ראו: 3 Bromberg & Lowenfels, Securities Fraud & Commodities Fraud (1986) §§ 6.5(430) ff., 7.4(210) ff.

כך דין בריווחיות סתם, וכך דין בפירסום אופטימי על ביצועי החברה בה-בשעה שהחברה נושאת בהפסדים מצטברים והולכים.

מסקנתנו הינה איפוא זו, שנתקיים בעניינינו היסוד של "מידע פנים", ונוכל להמשיך בדרכנו.

20. נעבור עתה ונדון בעניינים המונחים לפנינו להכרעה בהם, אחד לאחד, אך קודם לכן נזכיר מיקצת מן ההליכים שהיו עד כה.

מיקצת מן ההליכים שהיו

21. בראשית הוגש כתב-אישום לבית-משפט השלום - בעבירה של שימוש במידע-פנים - נגד גרשון רוזוב, חיים רוזוב, ישראל רוזוב, שולמית גרודצקי, והחברות שבשליטת בני המשפחה: חברת נכסי גרשון רוזוב בע"מ, חברת נכסי ישראל רוזוב בע"מ וחברת סבירלון בע"מ. ההליכים במשפטו של גרשון רוזוב נפסקו בבית-משפט השלום מחמת מחלתו של הנאשם. חיים רוזוב זוכה בבית-משפט השלום, וערעורה של המדינה לבית-המשפט המחוזי נתקבל. ערעור ברשות שהגיש חיים רוזוב לבית-משפט זה, נמחק לבקשתו. חברת נכסי גרשון רוזוב בע"מ הורשעה בבית-משפט השלום, עירעורה לבית-המשפט המחוזי נדחה, ובקשת רשות ערעור שהגישה

לבית-משפט זה נדחתה אף-היא. חברת סבירלון בע"מ הורשעה בבית-משפט השלום ולא עירערה על הרשעתה.

נותרו לעיון ולדיון מעשיהם ומחדליהם של שלושה אלה: ישראל רוזוב; חברת נכסי ישראל רוזוב בע"מ; ושולמית גורדצקי. נידרש איפוא לדיון בענייניהם של אלה, אחד לאחד.

שימוש במידע-פנים בידי ישראל רוזוב והחברות שבשליטתו

22. ישראל רוזוב (להלן נכנה אותו - ישראל) הואשם כי עשה שימוש במידע-פנים במכירת מניות החברה שהיו בבעלות חברת סבירלון בע"מ (חברה שבשליטתו); במכירת מניות החברה שהיו בבעלות חברת נכסי ישראל בע"מ (חברה שבשליטתו); ובמכירת אחזקות אישיות שהיו לו בחברה. כן הואשמה חברת נכסי ישראל בע"מ עצמה בשימוש אסור במידע-פנים. בית-משפט השלום הרשיע את ישראל ואת חברת נכסי ישראל בע"מ בכל העבירות שהואשמו בהן, ועל-כך הוגשו ערעורים לבית-המשפט המחוזי.

בית-המשפט המחוזי דחה את ערעורו של ישראל בגין מכירת המניות שהיו בידי חברת סבירלון, ועל-כך מערער ישראל לפנינו.

לעומת זאת זיכה בית-המשפט המחוזי את ישראל, מחמת הספק, ממעשה מכירת המניות שהחזיק בהן אישית, וממכירת המניות שהחזיקה בהן חברת נכסי ישראל בע"מ. כן נתקבל ערעורה של חברת נכסי ישראל בע"מ והיא זוכתה מן העבירות בהן הורשעה בבית-משפט השלום. על זיכוי של ישראל ועל זיכוי של חברת נכסי ישראל בע"מ מערערת המדינה לפנינו (ע"פ 4962/97).

23. הדברים סבוכים-משהו, והערעורים באים אלה-בתוך-אלה. נעשה איפוא כמיטבנו להפריד בין הדברים ונפתח בהרשעתו של ישראל - בבית-משפט השלום ובבית-המשפט המחוזי - במכירת מניות החברה שהיו בידי חברת סבירלון, חברה שהיתה בשליטתו.

ישראל מוכר מניות החברה שהיו בבעלות חברת סבירלון

24. ישראל הורשע בעבירה של שימוש במידע-פנים בידי איש-פנים, עבירה כהגדרתה בסעיף 52ג לחוק:

איש פנים בחברה העושה שימוש במידע פנים, דינו - מאסר שנה או קנס 100,000 שקלים."	52ג.	"שימוש במידע בידי איש פנים"
---	------	------------------------------------

להגדרת המושגים "איש פנים" ו"שימוש במידע פנים" נפְּנָה לפיסקה 7 לעיל. (הערה: ביני לביני החמיר המחוקק את העונש הנלווה לעבירה זו. העונש כיום הוא מאסר חמש שנים או קנס בשיעור פי חמישה מן הקנס הקבוע בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין, תשל"ז 1977-; ראו: חוק ניירות ערך (תיקון מס' 16), התשנ"ח 1998-. ואולם לעניין העונש ניתן דעתנו, כמובן, לחוק ששרר לעת ביצוע המעשים).

נושא האישום היה מכירת מניות של החברה שהיו בבעלות סבירלון (חברה שבשליטתו של ישראל). המדובר היה ב-12 פעולות מכירה שבוצעו בין יום 27.10.86 לבין יום 24.2.87. בתי-המשפט קמא קבעו כי לעת פעולות המכירה היה בידי ישראל מידע-פנים על ההפסדים המצטברים בחברה - מידע שלא היה נחלת-הכלל - וכי ישראל עשה שימוש במידע זה, שלא כדין, בביצוע עסקאות המכירה. בעלי הדין אינם חלוקים על-כי ישראל היה "איש פנים" בחברה, בתוקף תפקידו בה, וכי אכן בוצעו 12 פעולות מכירה כאמור. ואולם, ישראל מעלה מספר טענות כנגד הרשעתו בדין, ולטענות אלו ניפְּנָה עתה, אחת לאחת.

המועד בו נודע לישראל על ההפסדים

25. טוען ישראל, כי לעת שנתן הוראות למכירת המניות שהוחזקו בידי סבירלון, לא היה בידיו מידע על ההפסדים המצטברים בחברה. לגירסתו, נודע לו על ההפסדים, לראשונה, סמוך ליום 26.2.87, שעה שדוֹחַ למועצת המנהלים על היקף ההפסדים של החברה; והואיל והמכירה האחרונה מאותן 12 מכירות היתה ביום 24.2.87, שוב אין להעלות עליו כי ביצע עסקאות תוך שימוש במידע-פנים. טענה זו דינה דחייה. בית-משפט השלום, מפי השופטת תום-אופיר, דן בהרחבה ובהעמקה בשאלת המועד בו נודע לישראל דבר קיום ההפסדים בחברה, ומסקנתה היתה חד-משמעית, כי לעת כל אחת מ-12 המכירות היה בידו של ישראל מידע (פנים) על

הפסדיה המצטברים של החברה, מידע שלא היה ידוע לכלל הציבור. הנמקתה של השופטת נאה ומשכנעת, ולא נמצא לנו טעם טוב להתערב בה. נוסף ונזכיר, כי בית-המשפט המחוזי, בערעור, שב ובחן את מימצאי השופטת, וסיכם בקביעה כי אין מקום להתערב בהם.

המועד הקובע - מועד המכירה

26. מוסיף ישראל וטוען, כי בחודש אוקטובר 1986, לעת שהורה את מר דוד נאות מחברת שחק-עוז - חברת ניירות-ערך והשקעות דרכה נוהלו ההשקעות - למכור את המניות שהוחזקו בידי סבירלון, לא ידע כלל, כשם שלא ידעו אחרים, על ההפסדים הצפויים, ומכאן שבמעשי המכירה לא עבר כל עבירה. טענה זו תידחה אף-היא. המועד הקובע לשימוש במידע-פנים הוא מועד ביצוע העיסקה בפועל - לא כל מועד אחר, לרבות לא המועד בו נתן הנאשם הוראה לסוכנו למכור את ניירות הערך - ואם במועד זה היה בידי הנאשם מידע-פנים, עבר עבירה של שימוש במידע-פנים שלא-כדוין. לעניין זה אין צורך שנקבע מה היה המועד המדוייק בו נודע לישראל מצבה הכספי הקשה של החברה. די אם נדע - ואכן ידענו - כי מועד זה קדם למועד ביצועה של המכירה הראשונה.

העבירה שלענייננו היא עבירה שעובר איש-פנים בחברה "העושה שימוש במידע פנים" (סעיף 52ג לחוק). המושג "עושה שימוש במידע פנים" כולל את "העושה עיסקה בנייר ערך של חברה ... כאשר מידע פנים מצוי בידו" (סעיף 52ב(א)(1) לחוק); והמושג "עיסקה" (כהגדרתו בסעיף 52א) כולל "מכירה, קניה" וכו' בידי אדם, "ואף אם הוא פועל באמצעות שלוח או נאמן". פירוש: המכירה שבוצעה בידי מר דוד נאות - על-פי הוראת ישראל - רואים אותה כמכירה שביצע ישראל עצמו. על כך יאמר, כי "שלוחו של אדם כמותו" (סעיף 2 לחוק השליחות, התשכ"ה-1965). בעשיית עיסקה באמצעות שלוח רואים את השולח כמי שביצע את העיסקה. פירוש אחר כי ניתן לחוק, נפתח בכך פתח רחב להערמה ולהתחמקות מן האיסור לשימוש במידע-פנים. למשל: איש-פנים יודע כי ביום פלוני בעתיד יבוא לידו מידע-פנים, וכי אותו מידע - לכשייגלה לציבור - עשוי להשפיע באורח משמעותי על שווי מניות החברה (בין לטובה בין לרעה). אותו איש-פנים יתן הוראה לסוכן הבורסה שלו לקנות מניות של החברה (או, לחלופין, למכור מניות של החברה שהוא מחזיק בהן) למחרת אותו יום פלוני, בטרם יבוא המידע לידיעת הציבור. איש-הפנים, למותר לומר, יוכל לבטל את הוראתו באותו יום פלוני, או בבוקרו של היום שלמחרת - קודם ביצוע העיסקה - וכך יוכל לחמוק מאיסורי החוק. תוצאה זו לא נוכל להשלים עימה, כמובן, שעל דרך פירוש זה נרוקן את החוק מכל תוכן-של-ממש.

סימוכין אם לא אסמכתא לדבר, נוכל ללמוד מהוראת סעיף 52ז(א)(7) לחוק, המייסדת הגנה לנאשם.

וכה מורה אותנו המחוקק:

"הגנות 52ז(א) לא ישא אדם באחריות פלילית ... אם הוכיח אחת מאלה:

(1)

.....

(7) העסקה נעשתה בעד איש הפנים על ידי נאמן הפועל על דרך של נאמנות עיוורת; לעניין זה, 'נאמנות עיוורת' - נאמנות המופעלת על פי שיקול דעתו הבלעדי של הנאמן וללא התערבותו של איש הפנים"

בנאמנות עיוורת אין קשר סיבתי בין מידע הפנים שבידי בעל המניות לבין מכירתן של המניות, שהרי הנאמן פועל על-פי שיקול-דעתו-שלו בלבד. בנאמנות עיוורת כך; בנאמנות שאינה נאמנות עיוורת - לא כך, ולו מן הטעם שהשלוח או הנאמן סרים למשמעתו של בעל המניות, וכאשר יורה אותם כן יעשו. אכן, משידענו כי אין בהוראתו הראשונה של בעל המניות כדי למנוע אותו מִחזור בו, שוב יד השלוח כיד רבו.

27. זו היא מערכת העובדות שלעניין: איש-פנים בחברה נותן הוראה לסוכן הבורסה שלו כי ימכור ביום פלוני בעתיד מניות של חברה פלונית שהוא מחזיק בהן. לעת מתן ההוראה אין בידי אותו איש-פנים כל מידע-פנים, אך לימים - וקודם יום המכירה - בא לידיעתו מידע-פנים חשוב שיש בו כדי להביא לנפילת המניה. איש-הפנים אינו מורה את סוכן הבורסה דבר, והסוכן מוכר את ניירות הערך כאשר צוּן בראשית, ובעוד אותו מידע "רע" לא ניגלה לציבור. לא נכחד, כי מערכת זו מציגה לפנינו טיפוס מיוחד של עבירה, שהרי כמו הטלנו על איש-הפנים נטל כי יורה את סוכן הבורסה שלא למכור את המניות. לכאורה, איפוא, מחייבים אנו את איש הפנים בעבירה בשל מחדל שחדל, קרא: בשל מחדלו להורות את סוכן הבורסה להימנע ממכירת המניות.

ולא היא. בהורותו את סוכן הבורסה הוראה שהורה אותו - למכור את המניות - שמר איש-הפנים זכות בידו לחזור בו מהוראתו: בכל יום, בכל עת ובכל שעה. אופציה זו שהחזיק איש-הפנים בידו, מדמה את הוראת המכירה להוראה נמשכת-והולכת כל העת, ורואים את איש-הפנים כמו חוזר הוא ומורה את הסוכן, מידי יום ביומו ומידי שעה בשעתה, כי ימכור את המניות. אם כך נפרש את ההוראה - וכך, לדעתי, נכון וראוי לפרשה - ממילא נראה את המכירה כמכירה הנעשית בידי איש-הפנים כאשר מידע-פנים בידו. כדי להסיר ספיקות נמהר

ונוסיף, שאפשר תעמוד לו לאיש-הפנים טענת הגנה כלשהי, כגון טענת טעות במצב דברים. ואולם אנו, עניינו עתה אין הוא בנסיבות מיוחדות שאפשר תעמודנה לזכותו של הנאשם.

באמרנו דברים אלה שאמרנו, דוחים אנו טענה נוספת של ישראל, ולפיה הורשע, כביכול, בגין מחדל ולא בגין מעשה; קרא: הרשעתו באה, כביכול, בשל מחדלו לבטל את הוראת המכירה ולא בגין המכירה עצמה. אכן, הרשעתו של ישראל באה - ובדין באה - בשל המכירה ולא בשל מחדל כלשהו שחדל. במעשה המכירה עשה ישראל שימוש שלא-כדין במידע-פנים, ובגין מעשהו זה הורשע.

הגנת הצדקה

28. טוען ישראל, כי המעשה שעשה חוסה בצילה של ההגנה הקבועה בסעיף 52ז(א)(9) לחוק, ולפיה:

"הגנות 52ז. לא ישא אדם באחריות פלילית ... אם הוכיח אחת מאלה:
 (1)

 (9) בנסיבות הענין היתה הצדקה לביצוע העיסקה."

ומהי אותה "הצדקה" שישראל טוען לה? כך טוען הוא: מלכתחילה לא רכשה סבירלון את מניות החברה אלא לעזרה לאב המשפחה, גרשון רוזוב. גרשון רוזוב ביקש בזמנו לרכוש את מניות החברה שהוחזקו בידי בעל-מניות זר - שלא מבני-המשפחה - אלא שאותה עת לא היו בידו אמצעים למימון הרכישה בעוד אשר סבירלון החזיקה באמצעים נזילים. הוסכם, איפוא, כי סבירלון תרכוש את המניות לתקופת-מה, וכי לימים תמכור אותן בשוק. המכירות נושא כתב האישום הן-הן אותן מכירות שהוסכם עליהן, ובמערכת נסיבות אלו רואה ישראל "הצדקה" למעשי המכירה.

בית-המשפט המחוזי דחה טענת-הגנה זו, וגם אנו אין אנו מוצאים בה ולא-כלום. האמנם סובר ישראל באמת-ובתמים כי "טובה" שביקש לעשות לאב המשפחה - אם אמנם כך היה - תפטור אותו מחובת

האיסור על שימוש במידע-פנים? ישראל מכר את מניות החברה ומידע-פנים בידו, ובכך חייב עצמו בעבירה. השאלה כיצד הגיעו המניות מלכתחילה לידי סבירלון, אינה כלל לעניין. בהמשך דברינו נוסיף ונדבר בהגנה זו של "הצדקה" (נא ראו פסקאות 50, 62 עד 64 ו-73, להלן).

מיונה של העבירה

29. ישראל הורשע בעבירה כהגדרתה בסעיף 52 לחוק, עבירה שעניינה ב"איש פנים בחברה העושה שימוש במידע פנים". טוען ישראל, כי לא היה זה ראוי להרשיעו בעבירה זו אלא בעבירה קלה יותר, זו העבירה הקבועה בסעיף 52. וכך מורה אותנו החוק בסעיף 52 ד: בו:

<p>העושה שימוש במידע פנים אשר הגיע לידו, במישרין או בעקיפין, מאדם אשר הוא יודע כי הוא איש פנים בחברה, דינו - מאסר ששה חדשים או קנס 50,000 שקלים."</p>	<p>52ד. "שימוש במידע שמקורו באיש פנים</p>
---	--

(הערה: ביני לביני החמיר המחוקק את עונשה של עבירה זו, והעמידו על מאסר שנה או קנס בשיעור פי שניים מן הקנס הקבוע בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין; ראו: חוק ניירות ערך (תיקון מס' 16), התשנ"ח 1988-).

ומדוע טוען ישראל את שהוא טוען? אומר ישראל, כי מידע-הפנים בא לידיעתו מגרשון רזוב, אשר היה איש-פנים, ולא משום היותו הוא-עצמו איש-פנים. מטעם זה, כך מוסיף הוא וטוען, תופשת הוראת סעיף 52 - שעניינה מידע שהגיע לאדם מאיש-פנים - ולא הוראת סעיף 52ג.

טענה זו אין בה ולא-כלום. הכל מסכימים כי ישראל היה, הוא-עצמו, איש-פנים, ועל-כן חייב הוא בעבירה הקבועה בסעיף 52ג, ככתבה, כלשונה וכרוחה. הוראת סעיף 52ד מכוננת עצמה - כעולה ממנה - למי שהוא-עצמו אינו איש-פנים, ומידע בא לידי איש-פנים. טענתו של ישראל, לו נתקבלה, היה בה כדי להקל (למשל) עם חברי דירקטוריון, הזוכים לשמוע מידע-פנים מן המנהל הכללי של החברה, ולאחר-מכן עושים הם שימוש לרע באותו מידע-פנים. תוצאה זו היתה, כמובן, בלתי-מתקבלת-על-הדעת לחלוטין. אכן, ישראל זכה לקבל את המידע שקיבל באשר היה איש-פנים, ועל-כן חייב עצמו - במעשי מכירת המניות - בעבירה שלפי סעיף 52ג לחוק. בית-המשפט המחוזי נימק היטב את דבריו בדחותו את טענתו זו של ישראל, ואנו נלך אחריו.

כללם של דברים

30. סוף דבר: יש לדחות את ערעורו של ישראל ככל שהמדובר בהרשעתו בגין מכירת מניות החברה שהוחזקו בידי חברת סבירלון.

ישראל מוכר מניות של החברה שבהחזקתו**ובהחזקת חברת נכסי ישראל רוזוב בע"מ**

31. בית-משפט השלום הרשיע את ישראל בעבירה של שימוש במידע-פנים בידי איש-פנים - עבירה כהגדרתה בסעיף 52 לחוק - בגין מכירת מניות שהיו בהחזקתו ובהחזקת חברת נכסי ישראל רוזוב בע"מ. ההרשעה היתה בגין 8 פעולות מכירה שביצע ישראל מהחזקותיו-שלו בין הימים 2.3.87 ו- 9.4.87, ובגין 5 פעולות מכירה על-ידי חברת נכסי ישראל, בין הימים 17.3.87 ו- 15.4.87. בית-המשפט המחוזי החליט לקבל את ערעורו של ישראל ולזכותו מביצוען של עבירות אלו. על זיכוי זה ערערה המדינה לפנינו (לאחר קבלת רשות ערעור).

32. טוען ישראל כי אין להרשיעו בגין מכירות אלו, שכן החלטתו למכור את המניות גמלה בליבו כבר באמצע חודש פברואר 1987, בעוד שמידע-הפנים לא בא לידי אלא ביום 26.2.87. טענה זו לא נקבל, וכפי שאמרנו למעלה, המועד הקובע הוא מועד מכירת המניות ולא מועד ההחלטה על מכירתן. משידענו כי מידע-הפנים הגיע לידיעת ישראל קודם מועד המכירות, ממילא דין הטענה להידחות. ואולם לא בטענה זו עיקר.

33. בית-המשפט המחוזי זיכה את ישראל מן העבירות שבהן ענייננו עתה, בשל קיומו של ספק באשר לקיומן של ההגנות הקבועות בסעיף 52(א)(4) ובסעיף 52(א)(9) לחוק. על פירושן של הוראות-חוק אלו נחלקים בעלי-הדין, ועד שנבוא לדון בטיעונים, מכאן ומכאן, הבה נציג לפנינו את הוראות החוק שלעניין:

"הגנות 52(א) לא ישא אדם באחריות פלילית ... אם הוכיח אחת מאלה:

(1)

.....
 (4) מטרת השימוש במידע פנים לא היתה,
 או בעיקרה לא היתה, עשיית ריווח או מניעת
 הפסד לעצמו או לאחר;

.....
 (9) בנסיבות העניין הייתה הצדקה לביצוע
 העסקה."

חילוקי-הדעות בין בעלי-הדין מרכזים עצמם סביב שני מוקדים: המוקד האחד עניינו נטל השיכנוע (נטל ההוכחה) והמוקד האחר עניינו גופן של ההגנות. סוגי הטיעונים המועלים בכל אחד משני מוקדים אלה שונים הם זה מזה, ועל-כן נדון בהם בנפרד. נפתח בנושא נטל השיכנוע.

נטל ההוכחה ומידת ההוכחה בהגנות הקבועות בסעיף 52 לחוק

34. עניינו עתה הוא בפרק ח1 (סעיפים 52א עד 52י) לחוק, וכותרתו היא "הגבלת השימוש במידע פנים". במיקצת מן ההוראות קובע החוק עבירות בגין שימוש במידע-פנים, ובצידן מייסד הוא "הגנות". מורה אותנו סעיף 52ז(א) לחוק, כי:

"הגנות" 52ז (א) לא ישא אדם באחריות פלילית ... אם הוכיח אחת מאלה:

"....."

ובהמשך מונה הסעיף תשע "הגנות" העומדות לו לנאשם. בית-המשפט המחוזי החליט לזכות את ישראל מחמת ספק שקינן בליבו (של בית-המשפט) אם, ואם לאו, נתקיימו תנאי ההגנות הקבועות בסעיף 52ז(א)(4) ובסעיף 52ז(א)(9) לחוק. על זיכוי זה מערערת המדינה, ולטענתה אין די בקיומו של ספק, כדבר בית-המשפט המחוזי, לזיכוי של נאשם. הנטל להוכיח את קיום ההגנה, כך טוענת המדינה, מוטל על הנאשם - הלא כן הוא דברו של סעיף 52ז(א) רישה - ועליו, על הנאשם, לעמוד באותו נטל ברמה של מאזן-הסתברויות. מתוך שהנטל להוכיח את ההגנה על שיכמו של ישראל הוא מוטל, ספק בקיומה של ההגנה אמור ממילא לפעול לחובתו; ולאחר

שבית-המשפט הביע ספק בשאלה אם נתקיימו תנאי ההגנה, שומה היה עליו ממילא להרשיע את ישראל. לשון אחר: ישראל לא עמד בנטל המוטל עליו ועל-כן דינו הרשעה.

מנגד, תומך ישראל בהנמקתו של בית-משפט קמא, ולטענתו די לו לנאשם כי יעורר ספק סביר בקיומה של אחת ההגנות הקבועות בסעיף 52ז(א) לחוק; ואם כך יעשה, יזכהו בית-המשפט מחמת הספק. לעניין זה מסתמך ישראל על הניתוח העמוק שבוצע בחוק העונשין בשנת התשנ"ד1994 - כוונתנו היא, כמובן, לחוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מיקדמי וחלק כללי), התשנ"ד1994 - ולטענתנו שינה אותו ניתוח את פני הדין הפלילי בנושא נטל ההוכחה המוטל על נאשם. מאז תיקון 39, זו טענת ישראל, ספק בקיומה של הגנה - כאותו ספק שקינן בליבו של בית-המשפט המחוזי - מביא מעצמו לזיכוי של נאשם, וזה אף דינו-שלו.

35. הוראת סעיף 52ז(א) רישה, כלשונה - ולעת שנחקקה - מטילה את הנטל על נאשם להוכיח את ההגנה שהוא טוען לה. הנחת-היסוד להוראת סעיף 52ז היא זו, שנתקיימו בנאשם כל יסודות העבירה בה הוא מואשם. למרות זאת, כך מוכנו המחוקק, לא יחוב הנאשם בפלילים "אם הוכיח אחת מאלה". ניסוח זה מורה, לכאורה, על הטלת נטל ההוכחה על הנאשם, ולמותר לומר כי נאשם יסיר מעליו את הנטל על-פי המיבחן של מאזן-ההסתברויות. אם זה הדין הקובע, כי-אז ספק בקיומה של ההגנה יפעל, כמובן, לחובתו של הנאשם, ועליו יאמר כי לא הסיר מעל שיכמו את הנטל שהוטל עליו. במקרה זה היה על בית-המשפט המחוזי לחייב את ישראל בדין, ולא לזכותו כפי שזיכהו.

השאלה הנשאלת אינה אלא, האם חל מהפך בדין מאז תיקון מס' 39 בחוק העונשין, מהפך ששינה את נטל ההוכחה, את מידת ההוכחה ואת נושא הספק בטענת הגנה? לשאלה זו נפנה עתה את מבטנו.

36. ענייננו עתה הוא בכמה הוראות-חוק המצויות בשני פרקים לחוק העונשין, בפרק ה1 ובפרק ה2. פרק ה1 לחוק העונשין (במקורו היה זה פרק ו') כותרתו היא "סייגים לאחריות פלילית" ושני סימנים בו: סימן א' כותרתו היא "הוראות כלליות" ומחזיק הוא אך את סעיף 34ה. סימן ב' כותרתו היא "סייגים לפליליות המעשה" ומחזיק הוא את הסעיפים 34 עד 34כ. אותם "סייגים לפליליות המעשה" כוללים את כל ה"הגנות" הכלליות הידועות לנו בדין העונשין, ובהן: קטינות, היעדר שליטה, אי-שפיות-דעת, שיכרות, הגנה עצמית, צורך, כורח, צידוק ועוד. עד עתה כינינו הוראות-חוק אלו בתואר "הגנות" (בחוק העונשין הן כונו "עיקרים באחריות פלילית"), ואילו מעתה ואילך לא עוד נכנה אותן "הגנות" אלא "סייגים לאחריות פלילית".

פרק 2 לחוק העונשין (במקורו היה זה פרק ז') כותרתו היא "הוראות שונות", ומחזיק הוא ארבעה סעיפים (סעיפים 34כא עד 34כד). וכשמו של הפרק כן-הוא.

37. נקרב עתה מבטנו אל נושא נטל השיכנוע (נטל ההוכחה), ובראשית יציגו עצמם לפנינו הסעיפים 34ה ו-34כב לחוק העונשין, המורים אותנו וזו לשונם:

מלבד אם נאמר בחיקוק אחרת, חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית.	34ה	"נטל ההוכחה
---	-----	------------------------

.....

לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר.	34כב (א)	נפקותו של ספק
---	----------	--------------------------

(ב) התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג.	(ב)	
--	-----	--

מה נלמד מהוראות-חוק אלו? יוצאים אנו אל-הדרך - זו הנחת היסוד - וחזקת-החפות עימנו. אדם - כל אדם - הינו בחזקת חף-מעון-מפשע-ומחטא כל עוד לא הוכח אחרת. פירוש: הנטל להפריך את חזקת-החפות - קרא: נטל השיכנוע במשפט פלילי - מוטל על התביעה, וחזקת-החפות תעמוד עד אם תופרך. על כך מוסיף החוק ומודיענו, כי חזקת-החפות לא תופרך אלא אם הוכחה אשמתו של אדם מעבר לספק סביר (סעיף 34כב(א)). עד כאן - לא חידש החוק מאומה, וזה תלמודנו מאז-ומקדם. וכאן היגענו אל העיקר: לענין אותה חזקת-חפות ונטל השיכנוע - מה דינם של ה"סייגים" לאחריות הפלילית? כיצד תשולבנה טענות אי-שפיות-דעת או הגנה עצמית (למשל) במערכת זו של חזקת חפות ונטל שיכנוע? נזכור כי ה"סייגים" לאחריות הפלילית המנויים בחוק העונשין נושאים אופי כללי, וכי אין הם מצמידים עצמם אך לעבירה פלונית או אלמונית. ה"סייגים" כמו דבקים הם בכל העבירות, בכל אחת מהן לעצמה, ובאשר תלכנה העבירות ילכו ה"סייגים" עימהן. אשר לפועלם של ה"סייגים", הנה בהתקיים מעקרים הם, מיניה וביה, פליליות של מעשה: שלולא הם היה אותו מעשה עבירה פלילית.

38. אם כך, מה יהא דין ה"סייגים" בנושא חזקת-החפות ובשאלת נטל השיכנוע? על כך מורה אותנו החוק, כי מלבד אם נאמר בחיקוק אחרת, חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית (סעיף 34ה); קרא: מעיקרו של דין, אין מוטל על התביעה כל נטל לענין קיומו - או אי-קיומו - של "סייג"

לאחריות פלילית. התביעה רשאית וזכאית לנהג את דרכה במשפט כמו אין "סייגים" לעבירה, ובעניינם של ה"סייגים" אין מוטל עליה כל נטל. לעניין אי-שפיות-דעת, למשל, "חזקה" היא כי הנאשם שפוי בדעתו. או: מניחים כי המעשה נושא כתב-האישום נעשה בלא שנתעוררה שאלה של הגנה עצמית. פירוש: ה"סייגים" מהווים מעין גורם רדום במערכת הפלילית, ו"רדומים" הם עד אשר מעירים אותם מתרדמתם. בבחינת: אל תעירו ואל תעוררו עד שתחפץ. כך דינם של כל ה"סייגים" המנויים בפרק ה' 1 סימן ב' לחוק העונשין. ראו עוד את דברי ההסבר שליוו את הצעת החוק (בפיסקה 39, להלן).

ואולם, אם עלתה טענת "סייג" לאחריות פלילית, מתעוררת הוראת-ה"סייג" מתרדמתה, ובקומה משנה היא את סביבתה ומעקרת היא את פלילות המעשה. במקרה זה מגלה ה"סייג" עצמו כבעל השפעת-מישרין - הן לעניין חזקת-החפות והן לעניין השאלה אם עמדה התביעה בנטל השיכנוע המוטל עליה (מבראשית). וכך, אם עלתה טענת "סייג" לאחריות פלילית, ונתעורר ספק סביר - אשר לא הוסר - אם נתקיים באירוע אותו "סייג", אם לאו, כי-אז יחול הסייג (סעיף 34כב(ב)). קרא: במקרה זה תעמוד לנאשם חזקת-החפות, ולא יראו את התביעה כמי שעמדה בנטל השיכנוע המוטל עליה (מבראשית). מסקנה: הנאשם יצא זכאי בדינו. לא נתקשה למצוא מכנה-משותף לרכיבי העבירה ול"סייגים", והוא בנושא הספק הסביר: כשם שספק בקיומו של אחד מרכיבי העבירה - לעת סיום המשפט - יביא לזיכוי של נאשם, כן יהא דין ה"סייגים". ההבדל בין ה"סייגים" לבין רכיבי העבירה הוא זה, שאת אלה האחרונים חייבת התביעה להוכיח מעבר לספק סביר בכל מקרה, ואילו את ה"סייגים" אין היא חייבת, מלכתחילה, להוכיח - קרא: להוכיח כי לא נתקיימו - אלא אם העלה אותם הנאשם והוסיף והביא ראיות לטיעונו (נטל הבאת הראיות). ראו עוד: ע"פ 57/53 יצחק גולד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ז 1126, 1140 (מפי השופט אגרנט). ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין (1987) כרך ב', 363, 372.

39. נושא זה של "סייגים" בא בסעיף 41 להצעת החוק (הצעת חוק העונשין (חלק מיקדמי וחלק כללי)). התשנ"ב-1992: הצעות חוק מס' 2098 מיום 6.1.92, 115), ובלשון ההצעה:

מלבד אם נאמר בחיקוק אחרת, חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית; אולם משהתעורר ספק סביר שמא קיים סייג כאמור, על התביעה להסיר את הספק.	.41	"נטל ההוכחה"
--	-----	-------------------------

וכך קוראים אנו בדברי ההסבר להצעה זו (שם, 134):

"סעיף 41 מסדיר במפורש את שאלת נטל ההוכחה לענין הסייגים לאחריות פלילית. ההסדר הוא פועל יוצא של שני כללים גדולים בדיני הראיות: האחד, הטוען לחריג- עליו הראייה; והשני, כל ספק בפלילים- הנאשם יהנה ממנו. פירושו של דבר: אדם עומד בחזקת חף מפשע כל עוד לא הוכחה אשמתו מעבר לכל ספק סביר והטוען שאדם עבר עבירה, טוען לחריג מן החזקה הכללית ועליו הראיה.

המציאות האובייקטיבית היא, שעבריינים מבצעים את עבירותיהם בדרך כלל במצב שאין בו כדי לשלול את פלילות המעשה. מכאן, שביצוע מעשה במצב שיש בו כדי לשלול את פלילותו, היא בבחינת חריג, וחריג זה טעון הוכחה. אולם, משבאה הוכחה שיש בה כדי לעורר ספק סביר בקיומם של תנאי סייג לאחריות פלילית, תיסתר החזקה של חפות מפשע רק תוך הסרת הספק האמור, שכן *In Dubio Pro Reo*.

הכלל האמור מהווה שינוי מן הדין הקיים, ככל שהמדובר במידת ההוכחה הנדרשת מן הנאשם באשר לסייגים הקבועים בסעיפים 19 ו-22 לחוק העונשין. סעיפים אלה פורשו בפסיקת בית המשפט העליון כמטילים על הנאשם מידת הוכחה של 'עמידה במאזן ההסתברויות', ולא די לו לנאשם, לענין סייגים אלה, ביצירת ספק סביר בקיום תנאיהם. מאידך, סעיף 41 המוצע יסודו בהנחה לפיה חזקת החפות חולשת על כלל דיני העונשין, ולפיכך החריג הפסיקתי באשר למידת ההוכחה הנדרשת מן הנאשם לענין הסייגים האמורים אין לו על מה לסמוך."

זהו, אפוא, השינוי שנתכונן החוק להכניס בדין העונשין, שינוי היונק את חיותו מעיקרי-יסוד בדין העונשין: שעד לתיקון ראתה ההלכה מיקצת מן ההגנות הכלליות (כיום: "סייגים" לאחריות פלילית) - למיצער את ההגנה של "אי-שפיות" ואת ההגנה של "הגנה עצמית" - כמטילות נטל הוכחה על הנאשם על-פי מיבחן מאזן-ההסתברויות, ואילו עתה לא יחול נטל על הנאשם אלא עד כדי יצירת ספק סביר.

40. ולסוף, בענייננו עתה: תיקון מס' 39 לחוק העונשין ייסד את ה"סייגים" לאחריות הפלילית, וקיבע אותם במסמרות אל-תוכה של חזקת-החפות. ימצאו מי שיטענו - ברוח הימים האלה - כי מאז חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, עלתה חזקת-החפות בדרגה; כי תקעה יתד בחוק היסוד; וכי כיום מחוייבים אנו לחרוש מחדש את שדה חזקת-החפות ולשנות את יחסנו באשר לנטל המוטל על נאשם לייסד הגנה לזכותו. ראו לאחרונה את מאמרו החשוב של דן ביין, "ההגנה החוקתית על חזקת החפות", עיוני משפט כב (התשנ"ט1999-) 11. ראו עוד: יהודית קרפ, "המשפט הפלילי - יאנוס של זכויות האדם: קונסטרוקציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", הפרקליט מב (תשנ"ה1995-) 64, 90 ואילך. אהרן ברק, "הקונסטרוקציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוק-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)", מחקרי משפט יג (תשנ"ו1996-) 5, 21 ואילך; עמנואל גרוס, "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על-פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", מחקרי משפט יג (תשנ"ו1996-) 155, 170 ואילך. לא נעסוק בשאלה זו, ולו משום שבאי-כוח בעלי-הדין לא נדרשו לה.

נזכור עוד, כי ענייננו בחוק שזמנו קודם לחוק-היסוד, וכי בהתאם להוראת סעיף 10 לחוק היסוד: "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד".

נטל השיכנוע וספק סביר בענייניו של ישראל; "סייגים" - מהם?

41. האם השינוי שחולל תיקון 39 בעניינם של "סייגים", יחול על ענייניו של ישראל ויעמוד לזכותו? ישראל משיב על-כך ב"הן"; המדינה משיבה על-כך ב"לאו". לחילוקי-דיעות אלה נידרש עתה.

42. בראש ובראשונה נזכיר את הוראת סעיף 34כג לחוק העונשין, ולפיה תחולנה הוראות החלק הכללי של חוק העונשין - ואנו ענייננו הוא בהוראות מן החלק הכללי - גם על עבירות שנקבעו שלא בחוק העונשין. וכדבר סעיף 34כג לחוק העונשין:

<p>באין בחוק הוראה לסתור, יחולו הוראות החלק המקדמי והחלק הכללי גם על עבירות שלא לפי חוק זה."</p>	<p>34כג.</p>	<p>"כלליות החלק המקדמי והחלק הכללי</p>
--	--------------	---

המחוקק מורה אותנו איפוא - במפורש - כי הוראות החלק הכללי (והחלק המיקדמי) של חוק העונשין הינן בבחינת דוקטרינה הספוגה בדיני העונשין כולם, בין אם אותם דינים הם בחוק העונשין גופו ובין אם באים הם בכל חוק אחר. ביטוי לאותו רעיון בא אף בסעיף 34 לחוק העונשין, ולפיו "מלבד אם נאמר בחיקוק אחרת, חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית", לאמור: בהיעדר הוראה בחיקוק לסתור, חל הכלל הקבוע בסעיף 34 גם על חוק העונשין גם על חיקוקים לבר-חוק-העונשין. דרך אגב: הוראה זהה להוראות אלו באה בחוק העונשין לשנת תשל"ז במקורו (וכן בפקודת החוק הפלילי, 1936), שלפי סעיף 1 בו: "הוראות חלק זה [קרא: החלק שעניינו "הוראות כלליות"] יחולו גם על עבירות שלא לפי חוק זה, והוא כשאין הוראה מפורשת לסתור בחיקוק הקובע את העבירה".

הוראותיו הכלליות של חוק העונשין יחולו, איפוא, גם על עבירות שנקבעו בחיקוקים לבר-חוק-העונשין, בהן העבירות שנקבעו בחוק ניירות ערך. מכאן, לכאורה, כי דין חוק העונשין בנושא ה"סייגים" יחול על חוק העונשין ועל חוק ניירות ערך אף-הוא.

43. ואולם, באומרנו דברים אלה שאמרנו לא עברנו אלא מחציתה של הדרך. אכן, גם אם אמרנו כי "משפט הסייגים" - אלו הוראות בנושא נטל השיכנוע, נטל ההוכחה והספק הסביר שדיברנו בהן - חל על חוקים לבר-חוק-העונשין אף-הם, שומה עלינו להוסיף ולקבוע אלו הם אותם "סייגים" שחוק העונשין מדבר בהם? אם תרצו: מה פירוש המושג "סייג" בחוק העונשין? מהו תחום התפרשותו של מושג ה"סייג"? האם הוראות חוק העונשין החלות על "סייגים" תתפושנה אך באותם "סייגים" הקבועים מפורשות בפרק ה1 של חוק העונשין, או שמא יש הוראות הפזרות גם בחוק העונשין גופו גם בחוקים לבר-חוק-העונשין, הוראות שאף-הן - אפשר - ראויות הן לכינוי "סייגים" והוראות חוק העונשין בעניינם של "סייגים" תחולנה ממילא אף-עליהן? אכן, רק לאחר שנדע אלו הם אותם "סייגים" שחוק העונשין מדבר בהם, רק-אז נדע את המשך דרכנו. גם בשאלה זו - בשאלת זיהויים של אותם "סייגים" - נפרדו דרכיהם של המדינה ושל ישראל.

44. טוענת המדינה: אין "סייגים" אלא אלה המנויים בפרק ה1 לחוק העונשין; אמור: אך-ורק אותן הוראות-חוק שהשם "סייגים" קוצא עליהן מפורשות - אלו הוראות שבפרק ה1 לחוק העונשין - "סייגים" הן. מנן ה"סייגים" הוא בבחינת נומרוס קלאוזוס. מסקנה נדרשת מכאן היא, כי קביעות חוק העונשין בנושא מידת ההוכחה בעניינם של סייגים לא תחולנה על ענייננו - או על כל עניין אחר שהוא - אלא ככל שהמדובר הוא באותם "סייגים" המנויים בחוק העונשין. כך, למשל, יִהְיֶה ישראל עצמו מהוראות חוק העונשין בנושא ה"סייגים", אם יעלה, למשל, טענת "צורך" כהוראת סעיף 34 לחוק העונשין. ואולם, משידענו כי ישראל אינו מעלה כלל טענה לחלותו של "סייג" מסייגי חוק העונשין - טוען הוא לזכותו טענת הגנה שנקבעה בחוק ניירות ערך - נוסף ונדע, ממילא, כי חוק העונשין בנושא זה לא יחול על עניינו, והספק שנתעורר לא ידבר (בהכרח) לזכותו. זו, כאמור, טענת המדינה.

מנגד טוען ישראל, כי השינוי שנתחולל בדין העונשין - בעניינו של הספק הסביר ובנושא ה"סייגים" - יחול גם עליו. אליבא דפירושו של ישראל, מושג ה"סייג" אינו מצמצם עצמו אך לאותם "סייגים" המנויים בחוק העונשין; חודר הוא אל-מעבר לגבולותיו של חוק העונשין, וחולש הוא על כל הוראת-חוק שנקבעה לזכותו של נאשם ואשר התואר "הגנה" יאה לה. וכשם שכלל הספק הסביר שנקבע בחוק העונשין חולש על ה"סייגים" שנקבעו בו - אלו הגנות הקרויות בחוק העונשין "סייגים" - כן יחול כלל הספק הסביר גם על כל הוראת-חוק-הגנה שנקבעה בחוקים לבר-חוק-העונשין. יהא-אשר-יהא שמה או כינוייה של אותה הוראת-חוק - "סייג", "הגנה", "צידוק" וכל כיוצא-באלה שמות וכינויים - לא בשמה ולא בכינוייה עיקר. עיקר הוא פועלה של אותה הוראת-חוק. השאלה היא אם בהיעדרה של אותה הוראה היה נאשם נושא באחריות פלילית בגין מעשה

שעשה, אך משנתקיימה ההוראה ושלמו רכיביה תוסר מאותו נאשם אחריות פלילית למעשהו או תימנע מימושה של אחריות פלילית. אם זה פועלה של הוראת-חוק פלונית - "סייג" היא לדידו של ישראל.

אין צורך בדמיון מפליג כדי לדעת ולהבין, כי פירושו של ישראל למושג ה"סייג" פירוש הוא רחב-מכל-רחב. לגירסתו, כל הוראת-חוק שיש בה כדי להיטיב עם נאשם - דהיינו: לסייג במשהו את אחריותו - "סייג" ייקרא לה. עיקר הוא, כמובן, בהמשך טיעונו של ישראל, ולפיו השינויים שנתחוללו בדין העונשין בעניינם של "סייגים" ובנושא הספק הסביר, יחולו גם על הוראות-חוק מיטיבות אלו. וכך, כשם שכלל הספק הסביר שנקבע בחוק העונשין חולש על ה"סייגים" שנקבעו בו, כן יחול הוא גם על "הגנות" שנקבעו בחוקים לבר-חוק-העונשין.

לענייניו-שלו טוען ישראל, כי בהיעדר הוראה לסתור בחוק ניירות ערך, תחול הוראת סעיף 34כב(ב) לחוק העונשין - היא "הוראת הספק" החלה על "סייגים" - גם על סעיף 52 לחוק ניירות ערך, היא הוראת-החוק המועלית כאישום נגד ישראל, עליה ועל ה"הגנות" לה. מכאן: ביודענו כי ה"הגנות" שבסעיף 52 - אלו הגנות החלות על העבירה שבסעיף 52 - הינן "סייגים" לאחריות הפלילית, ובהתעורר ספק אם נתקיימו "סייגים" אלה והספק לא הוסר - כפי שאירע בעניינינו, שהספק נאחז בבית-המשפט המחוזי, נאחז ולא הירפה - תחולנה ההגנות וישראל יצא זכאי בדינו.

45. שקלנו את הטענות מכאן ומכאן, ולסוף לא עלינו לא על עיבל ולא על גריזים אלא פילסנו לנו דרך ביניהם. פירושה של המדינה לחוק אינו מקובל עלינו, שלדעתנו אין הצדק לצמצם את מושג ה"סייגים" בחוק העונשין אך לאלה ה"סייגים" המנויים באותו חוק. בה-בעת, איננו סבורים כי מושג ה"סייגים" באותו חוק כוונת את כל ה"הגנות" שנאשם זכאי להעלות מכוחו של כל חוק לבר-חוק-העונשין, כגון ההגנה שישראל טוען לה בעניינינו. לשון אחר: פירוש ראשון צר מהכיל במושג "סייג" את שראוי מושג ה"סייג" בחוק העונשין להכיל, ואילו פירוש שני רחב יתר-על-המידה, ועל דרך זה מוליך הוא אותנו להכיל במושג "סייג" - כהוראתו בחוק העונשין - את שאין זה ראוי לו כי יכיל.

46. נסביר ונפרש. עניינינו עתה אין הוא בניסוח הגדרות-לשמן ואף לא במעשה קלסיפיקציה להגדיל תורה ולהאדיר. לא סקרנות אקדמית דחפה אותנו לעסוק במושג "סייג", אלא כוונתנו ורצוננו לנסות ולמצוא את פועלו המשפטי בחוק העונשין ובחוקים לבר-חוק-העונשין. ביתר דיוק: מבקשים אנו לחקור בנושא היחס בין "סייגים" לבין נטל ההוכחה ומידת ההוכחה. אכן, עניינינו עתה הוא - בראש ובראשונה - בנושא מידת ההוכחה, ונושא זה שמדין הראיות סחף וגרף אותנו - במובן מסויים: שלא בטובתנו - אל המשפט המהותי. בעניין זה ביקשנו להעיר

בפתח דברינו, כי למרות רצוננו העז נמנעת מאיתנו קלסיפיקציה "נקייה" המבחינה בין משפט מהותי לבין משפט הראיות. היינו מבכרים לדון במהות לעצמה ובראיות לעצמן - ולו בתחילת הדרך - ורק בשלב מאוחר יותר לנסות ולשלב בין השניים. אלא שדרך זו חסומה בפנינו, ולו משום שחוק העונשין בגופו קושר את שני ענפי המשפט זה-אל-זה בהורותו אותנו - בסעיף 34כב - את הוראת הספק הסביר (מדין הראיות) בעניינם של סייגים (מן הדין המהותי). המניפסטציה העיקרית של ה"סייגים" בתיקון מס' 39 - לבד, כמובן, מעצם קיומם - היא בנושא מידת ההוכחה והספק הסביר. כך קשר המחוקק, הוא-עצמו, את המהות בראיות - מושג ה"סייג" קשור בטבורו לנושאי נטל ההוכחה, מידת ההוכחה והספק הסביר - ואנו לא נוכל להתעלם מדברו. צר לנו, אך הוטל עלינו לבדוק כל הוראת-חוק המתיימרת להציג עצמה כ"סייג" לעבירה פלילית - או שטוענים עליה כי "סייג" היא לעבירה פלילית - אם הולכת היא שלובת-זרוע עד-לבלי-הפרד עם כלל נטל ההוכחה ומידת ההוכחה; אם תרצו: אם ראויה היא הוראת-חוק פלונית להיותה "סייג", קרא: הוראת-חוק השולבת את זרועה בזרועם של כללי נטל ההוכחה, מידת ההוכחה והספק הסביר.

47. הפירוש הצר למושג "סייג" קשה עלינו. המושג "סייג" הינו מעין מילת-צופן, ובהשמיענו מילה זו מתייצבים לפנינו למיסדר כללים וכללי-מישנה למיניהם, מהם כללים וכללי-מישנה העושים "סייג" ומהם כללים וכללי-מישנה הנגזרים מ"סייג". והנה: אם תימצא לנו מעבר לגבולות החלק הכללי של חוק העונשין הוראת-חוק שסימניה ועיקריה הם סימניו ועיקריו של "סייג" - דהיינו: אותה הוראת-חוק היא במהותה ובעיקריה "סייג" - מה טעם ומה הצדק יימצאו לנו שלא להחיל עליה את הוראות-חוק העונשין החלות על "סייגים"? אם היצור החי שבפנינו נראה ככלב, מתנהג ככלב, מכשכש בזנבו ככלב, נובח ככלב, נאמן הוא לבעליו ככלב, וכל הליכותיו הליכות-כלב הן - מדוע ולמה לא נאמר כי כלב הוא ונקרא לו בשמו: "כלב"? והרי כלב הוא. אם יש טעם ויש הצדק שלא לכנות כלל שתיארנו לעיל בתואר "סייג" ושלא לכנות יצור-חי שדיברנו בו: "כלב", טעם והצדק אלה - אני לא מצאתים. נדחה איפוא מעל פנינו את הפירוש הצר.

בשולי הדברים נעיר, כי בהצעת החוק לתיקון מס' 39 לחוק העונשין ("הצעות חוק" לשנת תשנ"ב, 115) הוצעה הוראת-חוק ולפיה "אין סייג לאחריות פלילית אלא במקרים ובתנאים הקבועים בחיקוק" (סע' 40 להצעה). דברי ההסבר מלמדים אותנו כי "מצב הסייגים במשפט הפלילי המודרני, בהבדל מימים עברו, הגיע לשלב של בשלות וגיבוש הדומה לזה של האיסורים הפליליים; מוצע על כן שלא לאפשר פיתוח סייגים על ידי ההלכה הפסוקה. סעיף 40 מבטא את ההכרה במצב זה. הקביעה שאין סייגים אלא לפי חוק מעניקה לאיסורים הפליליים מידה של ודאות ומוחלטות היא להם". ראו עוד: פרופ' ש"ז פלר וד"ר מ. קרמניצר, "הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש ודברי הסבר תמציתיים", משפטים י"ד (תשמ"ד-1984), 127, 144 (סעיף 38 להצעה) ו-209 (דברי ההסבר). המחשבה היתה, איפוא, שלא עוד להתיר להלכה ליצור "סייגים" חדשים

לעבירות הפליליות, סייגים שהחוק לא הכיר או לא יכיר בהם במפורש. משחוקק תיקון מס' 39 נעלמה הצעה זו, ובחוק לא נמצאנה. המחוקק כמו ביקש לרמוז לנו - לרמוז, לא יותר מכך - כי אפשר אי-שם נחבא לו "סייג" הילכתי, "סייג" שלא היכרנו עד היום, ויום אחד, מי-יודע, אפשר ימצא הוא לנו, כמוהו ככוכב נעלם בשחקים, שאתמול לא היה והיום הוא עימנו. נוכח כל זאת, לא יהא זה ראוי כי נסגור את השער, שנכריז כבר מעתה כי לא יבוא עוד "סייג" הילכתי בנסיכות ה"סייגים". ראו עוד דברי חבר-הכנסת דן מרידור, שעה שהביא את הצעת החוק לקריאה שניה לפני הכנסת: "דברי הכנסת" בישיבתה מיום 25 ביולי 1994, 9827-9828. ובלשונו:

"... בהצעת החוק שהגשתי כאן לפני שלוש שנים היה סעיף שקבע, שכפי שאין עבירה פלילית אלא בחוק, גם אין הגנות אלא בחוק. דהיינו, הסייגים או ההגנות לא יכולים להיווצר על-ידי 'חקיקה שיפוטית', על-ידי בית-המשפט בפסיקתו. אם המחוקק לא קבע, אין סייג לאחריות הפלילית.

נדמה לי שיש היגיון בהצעה שהצענו אז, אבל היגיון המעשה או היגיון החיים והנכונות שלנו לסטות מההיגיון הצרוף לטובת גמישות מסויימת בהתפתחות של המשפט הפלילי הביאה אותנו לוותר על הסעיף הזה. לכן סדרת הסייגים שקראתי כאן היא הסדרה היחידה הקיימת בחוק, אבל לא ננעלה הדלת בפני בית-המשפט, אם ימצא לנכון, לפתח סייגים אחרים לאחריות הפלילית."

באותו הלוך-מחשבה, ראו: אהרן ברק, פרשנות במשפט, כרך ראשון (תורת הפרשנות הכללית), 475-476.

48. בה-בעת, נדחה מעל פנינו גם את הפירוש הרחב למושג "סייג" בחוק העונשין. ההגדרה הרחבה המוצעת לנו - לא אך הגדרה רחבה היא אלא הגדרה רחבה-מכל-רחבה הכוללת כל הוראת-חוק שעניינה גריעה כלשהי מאחריותו של נאשם - לא מצאנו לה סימוכין לא בתיקון מס' 39 ולא בכל מקום אחר. פירוש זה רחב-ההתפרשות מבקשים להכתיב אותו לנו *ex cathedra*, ולכך לא מצאנו כל צידוק שהוא. אכן, הגדרה זו הרחבה למושג "סייג" - הגדרה כל-כוללת - קובעת מכנה-משותף נמוך מידי להוראות-החוק האמורות להתקבץ אל ביקעת ה"סייגים"; וכפי שידענו כולנו, מכנה משותף נמוך מידי עלול לְכַנֵּס אל מקום אחד גורמים זרים אלה-לאלה עד שנצא ממבוכי הקלסיפיקציה ושכרנו בהפסדנו.

קלסיפיקציה במשפט, גם זאת ידענו, אין היא נעשית אך להגדיל תורה ולהאדיר. קלסיפיקציה נועדה מעיקרה לשמש כלי-עזר בידנו, אמורה היא לשרת אותנו, להשליט סדר בכללים היוליים, לקדם הבנת נושאים בהם מעסיקים אנו עצמנו, להקל על קידומם של אותם נושאים. גם האסתטיקה הינה גורם בחשיבה המשפטית, אך עיקר היא הפונקציונאליות והיעילות (ראו והשוו: חשין, מיטלטלין בבית הנזיקין, ירושלים, תשל"א 1971-, 152 ואילך, 160-162, ועוד). אם אלה דברים ייאמרו על דרך הכלל, לא-כל-שכן בענייננו-שלנו, שמבקשים אנו

להגדיר את המושג "סייג" מנקודת ראותה של מידת ההוכחה, ובתיתנו דעתנו לכך שהמחוקק טרח ללמדנו - במפורש - כי מושג ה"סייג" הולך בד-בבד עם נושא מידת ההוכחה.

בבואנו לקבוע את תחום התפרשותו של מושג ה"סייג", שומה עלינו להיזהר שמא נהפוך את הקלסיפיקציה לגבירה-לנו, גבירה שתורנו מה נעשה ומה לא נעשה. נהפוך הוא. אנו הם הגבירה והקלסיפיקציה תעמוד לשירותנו. וכך, אם ימצא לנו כי פירוש מוצע למושג "סייג" יש בו כדי לסכל תכליתו של חוק, נעצור על מקומנו, נשוב על עקבינו ונתחיל בדרכנו מתחילתה בהחזיקנו בידנו את לפיד-התכלית. ענייננו הוא בתחומי פרישתה ובתוכנה של חזקת-החפות, ומטרתנו היא, כזכור, להבחין בין הוראות-חוק שונות: בין הוראות חוק הנסבות על עניינים שספק סביר בקיומם ידבר בזכות הנאשם, לבין הוראות שאינן מקיימות תנאי זה. הגדרה רחבה יתר-על-המידה למושג "סייג" - כהצעת הסניגוריה - חוטאת למטרה זו.

אכן, אם נידרש להגדרה רחבה של המושג "סייג" בחוק העונשין, ייקבצו אל מקום אחד אלו-בצד-אלו גם הוראות שראוי להן כי כלל נטל-ההוכחה-הספק-הסביר יחול עליהן וגם הוראות שאינן מקיימות תנאי זה. כך ישכנו באותה ביקעה, בצוותא חדא, "סייגים אמיתיים" ועימהם "סייגים לא-אמיתיים". הגדרה רחבה למושג "סייג" בחוק העונשין, תערב, איפוא, מין-בשאינו-מינו: "סייגים אמיתיים" ב"הגנות" - שאינן "סייגים אמיתיים".

ועד אשר יקשה עלינו המקשה, נמהר ונשיב לו: אין עיננו צרה, חלילה, בהגדרה הרחבה (רחבה-מכל-רחבה כינינו אותה) למושג "סייג", כל עוד ענייננו בתורת-המשפט הכללית או בתורת-המשפט הפלילי. כבודה של קלסיפיקציה זו במקומו מונח הוא ואנו לא נטרידנה ממנוחתה. מבחינה "אנליטית" לא ימצא, אמנם, פגם בקלסיפיקציה זו; ואולם, בהציענו אותה כקלסיפיקציה ראויה להחלתו של המושג "סייג" כהוראתו בחוק העונשין על חוקים לבר-חוק-העונשין, דומה עלינו כי חוטאים אנו לדבר-החוק ולמסלול שהחוק כבש בעבורנו.

מה היא איפוא הדרך שראוי לנו כי נלך בה?

49. לגירסתנו, מושג ה"סייג" יש וראוי להשקיף עליו כעל מושג עקרוני, מושג שאינו מְמָצָה עצמו ב"סייגים" המנויים בפרק ה' שבחוק העונשין. משפט העונשין במובנו הרחב, גם משפט העונשין שבחוק העונשין גופו גם משפט העונשין בחוקים לבר-חוק-העונשין - כך ראוי לנו להניח - תימצאנה בו, עתה או לעתיד-לבוא, הוראות-חוק המתאפיינות באותם איפיונים של ה"סייגים" שבחוק העונשין; והוראות-חוק אלו ראוי להן כי דין ה"סייגים" שבחוק העונשין יחול אף עליהן. מושג ה"סייג" בחוק העונשין כוחו הוא ככוח דוקטרינה שהמשפט כולו ספוג בה, גם מעבר לגבולות חוק-העונשין. כך תובע הצדק, כך קובע השכל הישר, והדין ילך בעיקבותיהם. אכן: בְּקִבּוּעַ

המחוקק עבירה בחוק לבר-חוק-העונשין, ובצידה של העבירה מוסיף הוא וקובע הוראה שאיפיוניה איפיוני "סייג" הם - יש להניח שהמדובר לא יהא אך בעבירה אחת או בעבירות בודדות - מה טעם, מה הגיון, מה צדק יש באומרנו כי דין אחד יחול על ה"סייגים" המנויים בחוק העונשין וכי דין אחר יחול על "סייגים" שנקבעו בחוק לבר-חוק-העונשין? כך הוא באשר לחוק הקובע "סייג" וכך הוא בעניינה של ההלכה הקובעת "סייג". כל זאת, כמובן, באין הוראה בחוק פלוני הדוחה את הדוקטרינה, הוראה שאינה מתיישבת עם מושג ה"סייג" - בעיקר: שלוחותיו של ה"סייג" - בחוק העונשין.

על דרך זה פירשנו בעבר את העקרונות הכלליים שבפקודת הנזיקין - באומרנו כי עקרונות אלה יחולו על כל מעשה שניתן לסווגו כ"עוולה", הגם שלא נקבע כ"עוולה" בפקודת הנזיקין - ואותה דרך סלולה לפנינו גם עתה. ראו והשוו: דנ"פ 4603/97 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3)160, 231-232, והאסמכתאות בו.

50. כך מגיעים אנו אל השאלה העיקרית, והשאלה היא זו: "סייגים" שבחוק העונשין ייקל עלינו לאתרם, והרי כולם נקבצו אל מקום אחד והמחוקק קרא בשמם מפורשות כי "סייגים" הם. סייגים בחוק לבר-חוק-העונשין - כיצד נאתרם? מהו העושה הוראת-חוק להיותה "סייג"? מהו הצופן הגנטי של ה"סייגים" בחוק העונשין, אותו קוד העושה הוראת-חוק ל"סייג" ומבדילה מהוראות-חוק אחרות שאפשר דומות הן ל"סייגים" ו"סייגים" אין הן?

51. ראשית לכל נאמר, כנגזר מדברינו למעלה, כי לא כל "הגנה" הקבועה בצידה של עבירה פלונית בחוק לבר-חוק-העונשין - בעצם כינויה "הגנה" - הינה בבחינת "סייג". באומרנו זאת, דוחים אנו את טענת ישראל כי ההגנות שהוא טוען להן זכות בכרטיס כניסה אל נסיכות ה"סייגים" אך באשר קרויות הן "הגנות".

מהו איפוא העושה הוראת-חוק ל"סייג"?

52. חידה זו אינה קלה לפיענוח, והמתעניין יוסיף ויעיין בדבריו של פרופסור פלר בסיפרו, לעיל, שם, 363 ואילך. דומה עלינו, כי ההבחנה בין "סייג" - כהוראתו בחוק העונשין - לבין "הגנה" שאינה "סייג", אין היא הבחנה "אנליטית" גרידא. אין היא אף הבחנה התולה עצמה אך בניסוח זה או אחר של הוראה משפטית העומדת לבחינה, הוראה ששניים אוחזים בה - מזה ומזה - שניים שכל אחד מהם טוען "כולה שלי". המיבחן יש בו, אמנם, יסודות "אנליטיים" ויסודות "לשוניים-ניסוחיים", אך לא פחות מאלה מְזִין הוא עצמו במדיניות שיטת המשפט בכלל ומשפט העונשין בפרט.

באומרנו "מדיניות" כוונתנו היא, כמובן, לאותם כוחות הפועלים בחברה - בהם השקפת-עולם כללית, קונבנציות חברתיות, דפוסי-התנהגות מקובלים, מוסר חברתי, השקפת-עולם כללית וכיו"ב - כוחות שבהיפגשם אלה-עם-אלה - בין על דרך התערובת בין על דרך התרכובת - יוצרים הם את כללי המשפט הנוהג, בהם המשפט המהותי ומשפט הראיות. כוחות אלה הפועלים בחברה, יש מהם שחלותם הינה כללית - אפילו אוניברסלית - ויש מהם שחלותם הינה פרטיקולרית. הנה-כי-כן, אותן הוראות-חוק המנויות בחוק העונשין ואשר הכינוי "סייגים" קוצא עליהן במפורש, סימן היכר בולט טבוע בהן, ולא נתקשה להצביע עליהן כבעלות ייחוד משל עצמן. כך היא הוראת-החוק שעניינה אי-שפיות-דעת, כך היא ההגנה העצמית, כך הוא הצורך, כך הוא הכורח וכך הם שאר ה"סייגים" שמיקומם בפרק ה1 סימן ב לחוק העונשין. הוראות-חוק אלו תחולתן הינה כללית - מיקצתן תחולתן הינה אוניברסלית - וכשם שמהוות הן "סייגים" בדין העונשין בישראל, מקובלות הן כסייגים - בערך-ובקירוב - בכל שיטת משפט מודרנית המכבדת את עצמה.

"סייגים" אלה - בעיקריהם - נגזרים הם לא-במעט מן האינסטינקט שבאדם ומתחושת-הצדק הבסיסית המשותפת לכולנו; והמשפט ילך בעקבות האינסטינקט ובעקבות תחושת-הצדק. אמור לאדם כי טענה של "הגנה עצמית" לא תעמוד לו; הישמע לנו? הנוכל שלא לזכות אדם בהגנה של צורך או של כורח? והרי האינסטינקט שבנו יפעל מעצמו, ואדם כי יותקף יגן על עצמו ולו תוך תקיפת התוקף. כך בהגנה עצמית, כך בכורח ובצורך וכך בשאר ה"סייגים" המנויים בחוק העונשין. ניתן דעתנו כי "סייגים" אלה עניינם, בעיקרם, בדיני נפשות, בפגיעה בגוף האדם. אכן, טוב ונוח לו למשפט כי בתחומים אלה ילך בעקבות החיים, בעקבות האינסטינקט שבאדם, שהרי אין גוזרין גזירה על הציבור אלא-אם-כן רוב ציבור יכולין לעמוד בה. כך הוא בתחומי-חיים אחרים; כך יהיה בתחום דיני העונשין אף-הם. ראו עוד והשוו: דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס (טרם פורסם; בפסקה 29 לחוות-דעתי); ע"א 1212/91 קרן לב" נ' בינשטוק, פ"ד מח(3) 705, 723-725; ע"א 5795/90 סקלי נ' דורען בע"מ, פ"ד מו(5) 811, 828-829; ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ(3) 133, 165-167, והאסמכתאות בהם.

בצידם של כללי-משפט כלליים אלה שוכנים להם כללי-משפט פרטיקולריים, אלה כללי-משפט המשקפים מדיניות פרטיקולרית בתחום-חיים מסויים. עם כללי-משפט אלה יפקדו עצמן הוראות-חוק בעבירות "כלכליות", כאותן עבירות המעסיקות אותנו עתה. כללי-משפט אלה, לא בדיני-נפשות עניינם, ועל-פי עצם טיבם נותנים הם ביטוי להשקפות פרטיקולריות של החברה באשר לסדר הכלכלי הראוי.

53. לענייננו עתה - וענייננו הוא בדיני ראיות - קיומו של "סייג" טעם רב בו; והטעם הוא טעמה של חזקת-החפות. הנה-כי-כן, חזקת-החפות יכולה שתביאנו להכרה כי יש ונכון להפחית מן הנטל המוטל על נאשם באשר להוכחת קיומו של "סייג", וכי בספק סביר לקיומו של סייג יחול הסייג ונאשם יצא זכאי בדינו.

נוסיף עוד ונאמר כי ה"סייגים" כולם נעשו חומר אחד; בכל אחד ואחד מהם תתפוש הוראת סעיף 34(ב) לחוק העונשין, ולפיה בהתעורר ספק סביר בקיומו של סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג.

שלא כ"סייגים" הן ה"הגנות". אלו לא נעשו מחומר אחד: יש מן ה"הגנות" שחלוקת נטל ההוכחה בהן תהיה כחלוקת נטל ההוכחה בעניינם של "סייגים", ויש מהן שחלוקת נטל ההוכחה בהן לא תהיה כחלוקת נטל ההוכחה בעניינם של "סייגים". במקרה זה האחרון, נטל ההוכחה יוטל על הנאשם להוכיח - על-פי מאזן ההסתברויות - קיומה של ההגנה, ולא נספק עצמו - כבענייניו של "סייג" - אך בספק סביר לקיומו של ה"סייג" לפליליות המעשה.

שאלה לעצמה היא, אם "הגנה" פלונית משייכת עצמה לסוג האחד או לסוג האחר של ה"הגנות". כך, למשל, חלק מן ה"הגנות" הפזורות בדין עניין במידע המצוי בידעתו הבלעדית של הנאשם, ובמקרים אלה לא זו בלבד שאין הצדק להקל עימו, אלא שהכבדה עליו בנטל ההוכחה תהווה תמריץ כי יגלה את כל האמת ולא אך יספק עצמו בקיטעי-אמת. דברים אלה אמורים על דרך הכלל, ובייחוד תוכח נכונותם בעבירות "כלכליות", עבירות שבהן מלאכת אכיפתו של החוק קשה במיוחד בשל הקלות היחסית בהעלמתו של מידע.

54. נוסף עוד ונאמר, כי מדיניות העונשין היא אף שתכריע בעניינה של עבירה פלונית, אם יסוד מסויים ייקבע כרכיב בעבירה גופה - רכיב שהנטל להוכיחו יפול על שכם התביעה וספק בקיומו יפעל לחובתה - או אם ייקבע כ"הגנה" מאותו סוג "הגנות" שהנטל להוכיחו יפול על שכם הנאשם, וספק בקיומו יפעל לחובתו. וכך, קביעתו של היסוד העומד לדיון כרכיב בעבירה - על המסקנות הנדרשות מכאן לעניין נטל ההוכחה, מידת ההוכחה והספק הסביר - עשוי שישמש תמריץ למחוקק לזוטר על קיומו של אותו יסוד מכל-וכל, ולו משום שבמקרה הטיפוסי תתקשה התביעה להתמודד עם הנטל המוטל עליה. מסקנה נדרשת מכאן היא, כי בבחירה בין החלופות עדיף כי תיבחר החלופה המעניקה לנאשם "הגנה" מאותן "הגנות" שהנטל להוכיחו יפול על שיכמו, על-פני החלופה השוללת אותו יסוד מכל-וכל. אמר בהקשר זה בית-המשפט העליון בארצות הברית בפרשת Patterson v. New York, 432 U.S. 197, 207-208, 97 S. Ct. 2319, 2325-2326 (1977):

"It would not necessarily follow that a State must prove beyond a reasonable doubt every fact, the existence or nonexistence of which it is willing to recognize as an exculpatory or mitigating circumstance affecting the degree of culpability or the severity of the punishment. Here, in revising its criminal code, New York provided [an] affirmative defense . . . but it was willing to do so only if the facts making out the defense were established by the defendant with sufficient certainty. The State was itself unwilling to undertake to establish the absence of those facts beyond a reasonable doubt, perhaps fearing that proof would be too difficult and that too many persons deserving treatment as [criminals] would escape that punishment if the evidence need merely raise a reasonable doubt about the defendant's emotional state. . . . The Due Process Clause, as we see it, does not put New York to the choice of abandoning those defenses or undertaking to disprove their existence in order to convict of a crime which otherwise is within its constitutional powers to sanction by substantial punishment."

ראו עוד: John Jeffries, Jr. & Paul Stephan III, "Defenses, Presumptions, and Burden of Proof in the Criminal Law", 88 Yale Law Journal 1325 (1979). לדעה המבקרת עמדה זו, ראו: מאמרו של דן ביין, לעיל, שם, 28-30.

55. מעניין ללמוד היקש מן הדין במשפט אוסטרליה: "הגנה" המעקרת את פליליות המעשה - "סייג" בלשוננו - הנטל להוכיחה הוא על שכמ הנאשם, אך די לו לנאשם כי יטע ספק סביר בקיומה ובית-המשפט יזכה בדין (בחריג אחד של טענת אי-שפיות-דעת). מנגד, במקום בו קובע החוק עבירה פלילית ופטור לצידה בהתקיים נסיבות מסויימות "חיצוניות" לעבירה, נטל ההוכחה המוטל על הנאשם הוא על-פי מיבחן מאזן-ההסתברויות. וכך מלמד אותנו 207 Peter Gillies, Criminal Law (3rd ed., 1993):

"Statute can ... disturb the common law principle that (in general) the burden of proof is upon the prosecution to negative D's defence beyond reasonable doubt, once D has adduced (or can point to) evidence justifying leaving it with the tribunal of fact. A common instance is where a statute creates an offence and then provides that liability is not incurred where some condition is satisfied (for example, where D acts with reasonable excuse). **The general rule is that where the matter of exculpation is indeed separate from the offence, the onus is on D to establish it (the standard of proof**

being the civil one). Conversely, where the qualifying element is indeed to be regarded as being but an element of the offence itself (part of its definition), the onus is on the prosecution to prove it, along with the other elements of the offence, beyond reasonable doubt" (emphasis added).

56. אשר לענייננו שלנו. דעתנו היא, כי ההגנה הקבועה בסעיף 52(א)(4) לחוק - הגנה לה טוען ישראל - אין עניינה ב"סייג" אלא ב"הגנה" מסוג ההגנות שהנטל להוכיחן מוטל על הנאשם ומידת ההוכחה היא על-פי מאזן ההסתברויות. המחוקק רואה במעשה שנעשה עבירה פלילית, אלא שנכון הוא מטעמים "חיצוניים" להקנות הגנה לנאשם. כך הוא לעניין ההגנה הקבועה בסעיף 52(א)(4), בידענו כי המטרה לעשות רווח אינה כלל מיסודות העבירה.

גם בחינתו הלשונית של החוק - למיצער לעניינה של ההגנה בסעיף 52(א)(4) - תביאנו לאותה מסקנה. הנה-כי-כן, הוראות-החוק שישראל מבקש לגייס אל-חילו, המחוקק קורא להן "הגנות", ואלו נבדלות הן מ"סייגים". אכן, חוק ניירות ערך נחקק לפני תיקון מס' 39 לחוק העונשין, שעה שמושג ה"סייגים" לא היה ידוע כלל - והרי תיקון מס' 39 לחוק העונשין, המאוחר לחוק ניירות-ערך, הוא שהביא עימו את ה"סייגים" - וממילא לא נוכל ללמוד פירוש והיקף מעצם השוני במושגים: "הגנות" בחוק ניירות ערך ו"סייגים" בחוק העונשין. יחד-עם-זאת, גם לעת חקיקתו של סעיף 52, בשנת 1981, לא כונו ה"סייגים" שבחוק העונשין (קטינות, היעדר שליטה, אי-שפיות-דעת, שיכרות, הגנה עצמית וכו') בכינוי "הגנות". חוק העונשין כינה הוראות-חוק אלו כ"עיקרים באחריות פלילית". גם לפני תיקון מס' 39, איפוא, ידע המחוקק להבדיל היטב בין "עיקרים באחריות פלילית" - "סייגים" בכינויים כיום - לבין "הגנות", בהן ההגנות שבסעיף 52 לחוק ניירות ערך. יתר-על-כן: אותם "עיקרים" לא דיברו כלל בנטל ההוכחה, בעוד אשר סעיף 52 לחוק קובע מפורשות כי אדם לא ישא באחריות פלילית "אם הוכיח אחת מאלה". "הוכיח אחת מאלה", קרא - בתיתנו דעתנו לסוג העבירה - הוכיח על-פי המיבחן של מאזן ההסתברויות.

אשר ל"הגנה" הקבועה בסעיף 52(א)(9): ימצאו, אפשר, מי שיטענו כי עניינה ב"סייג" - לא ב"הגנה" מאותן "הגנות" שהנטל להוכיחן מוטל על הנאשם על-פי מיבחן מאזן-ההסתברויות - כמוהו, אולי, כהגנות הצורך והכורח בחוק העונשין; דהיינו: עניינה בשלילת פליליות מעשה מכל-וכל. אם זה פירוש החוק, כך יוסיף הטוען ויטען, דין ה"סייגים" יחול על "הגנה" זו, וספק כי יקנן בלב בית-המשפט אם נתקיימה ה"הגנה" אם לאו, יפעל הספק לטובת הנאשם. כנגד גירסה זו ניתן לטעון שני אלה, ראשית לכל, הגנת סעיף 52(א)(9) חוסה תחת כנפי הרישה של סעיף 52(א), וזו מטילה על נאשם את נטל ההוכחה ("לא ישא אדם באחריות פלילית...").

אם הוכיח אחת מאלה"). כפי שהיה מקובל לחשוב לעת חקיקת החוק, נוסח זה מטיל על הנאשם את נטל ההוכחה לפי עקרון מאזן ההסתברויות. שנית, ככל שהגנה זו של "הצדקה" פורשת עצמה על תחומי ה"צורך" שבסעיף 34א לחוק העונשין, יחול חוק העונשין והגנת ה"הצדקה" שבסעיף 52א(9) ממילא אין צורך בה. כוונת החוק היא לפרוש את הגנת ה"הצדקה" מעבר ל"צורך" של חוק העונשין, ועל-כן ראוי שהנאשם ישא בנטל שמידתו כמידת כל ה"הגנות" האחרות שבסעיף 52א(א). בין שתי חלופות אלו נוטה הכף - בבירור - אל-עבר החלופה השנייה.

בין כך ובין אחרת, ישראל לא עורר כל ספק באשר לקיומה של "הגנה" זו. ראו עוד פסקה 68, להלן.

57. לא נוכל, איפוא, להסכים להכרעתו של בית-המשפט המחוזי כי ספק שקינן בליבו באשר לקיומן של ההגנות יפעל לטובתו של ישראל; נהפוך הוא: הואיל ונטל השיכנוע - על-פי מאזן-ההסתברויות - מוטל היה על ישראל, ידבר הספק לחובתו.

על-אף מסקנה זו, הבה נוסיף ונדון בהגנות לגופן, לבוחנן אם יש בהן ממש.

לעניינה של ההגנה הקבועה בסעיף 52א(4) לחוק

58. סעיף 52א(4) לחוק מעמיד הגנה לעבירות של שימוש במידע-פנים, וזו לשון המחוקק:

<p>לא ישא אדם באחריות פלילית ... אם הוכיח אחת מאלה: (1)</p> <p>.....</p> <p>(4) מטרת השימוש במידע פנים לא היתה, או בעיקרה לא היתה, עשיית ריווח או מניעת הפסד לעצמו או לאחר;</p>	<p>52(א)</p>	<p>"הגנות"</p>
---	--------------	----------------

ישראל מבקש לחסות בצילה של הגנה זו, ועד שנעמוד על טיעונו נאמר דברים אחדים על תחומי פרישתה של ההגנה.

59. הגנה זו, בית-המשפט לא יידרש לבדוקה לגופה אלא לאחר שהוכחו כל יסודות העבירה כולם. הנה-כי-כן, ישראל הואשם בביצוע עבירה כהגדרתה בסעיף 52 לחוק, עבירה שעניינה "איש פנים בחברה העושה שימוש במידע פנים". לעניינה של ההגנה בסעיף 52(א)(4), הנחת-היסוד היא כי הוכחו כל יסודות העבירה כולם, וכי ניתן להרשיע את ישראל בעבירה שהואשם בה. והנה, עד שבית-המשפט מרשיע אותו, כמו קם ישראל על רגליו ומנופף בהגנה זו שבסעיף 52(א)(4) לחוק.

אכן, המטרה לעשות רווח או למנוע הפסד, אף שהיא בטבע האדם, אין היא יסוד מיסודות העבירה, וממילא אין מוטל כל נטל על התביעה להוכיח כי עניו של הנאשם נישאו אל מטרה מעין-זו. לביצוע העבירה של עשיית שימוש במידע-פנים, די לה לתביעה כי תוכיח (לעניינה של ישראל) כי העיסקה נושא הדיון נעשתה בידי איש-פנים תוך מודעות לכך שהוא "עושה שימוש במידע פנים" (כהגדרת הביטוי בסעיף 52ב(א)(1)). ראו סעיף 20(א) לחוק העונשין, התשל"ז 1977. אין צורך להוסיף ולהוכיח כי הנאשם ביקש לעשות רווח או למנוע הפסד. ראו ע"פ 2576/93 מדינת ישראל נ' רוזנבלום (טרם פורסם), בפיסקה 3 לחוות דעתו של השופט א' גולדברג (לגופם של דברים באותו עניין היה השופט גולדברג במיעוט, אך יש יסוד לסברה כי לענייננו-שלנו לא-כך. טעם הדבר הוא, כי העבירה שנדונה באותה פרשה - זו הקבועה בסעיף 52ב(א)(2) לחוק - תובעת מחשבה פלילית אחרת מזו הנדרשת בעבירה שבענייננו, זו עבירה הקבועה בסעיף 52ג לחוק). ראו עוד: United States v. Teicher, 987 F.2d 112, 120 (2nd Cir.), cert. denied, 114 S. Ct. 467 (1993). יחד עם-זאת, יכול נאשם שיצא פטור מאחריות אם יוכיח, כלשון החוק, כי מטרתה של העיסקה לא היתה, בעיקרה, עשיית רווח או מניעת הפסד.

להשלמה ולאיבחון, נוסף ונאמר זאת: יש עבירות לפי חוק ניירות ערך התובעות להיווצרן יסוד נפשי מסוג "מטרה"; כך היא, למשל, העבירה הקבועה בסעיף 53(א)(4) לחוק. ראו פרשת פולק, לעיל, שם, פסקאות 14 עד 18 לחוות דעתו של הנשיא ברק. העבירה שלענייננו עתה - זו שבסעיף 52ג לחוק - אינה כורכת יסוד נפשי מסוג "מטרה" אלא מודעות בלבד לטיב המעשה ולקיום הנסיבות, כהוראת סעיף 20(א) לחוק העונשין. ואולם, הגם ש"מטרה" אינה בין רכיבי העבירה, יכולה "מטרה" - ביתר דיוק: היעדר מטרה לעשיית רווח או למניעת הפסד - לשמש הגנה לעבירה שבסעיף 52ג, הכל כהוראת סעיף 52(א)(4).

60. אשר להגנה לגופה: המוטל עליו על נאשם נטל להוכיח קיומה של "מטרה לגיטימית" לעשיית העיסקה? כך סבר חברי השופט גולדברג בפרשת קרן (לעיל, שם, בפיסקה 19 ו-20 לחוות דעתו). בחוות דעתי באותו מקרה, חלקתי על חברי, בסוברי כי נאשם יזכה לחסות בצילה של ההגנה הקבועה בסעיף 52(א)(4) לחוק, לא אך במקום בו יכול הוא להצביע על מטרה "לגיטימית" (בלשונו של חברי) במסירתו של מידע-פנים למי

שאינו זכאי לקבל אותו מידע. סגי לו לנאשם כי מטרת מסירתו של המידע - בלשונו של החוק - "לא היתה, או בעיקרה לא היתה, עשיית רווח או מניעת הפסד לעצמו או לאחר". לשון אחר: לקיומה של ההגנה, אין מוטל עליו על נאשם להוכיח באורח פוזיטיבי מטרה ספציפית ו"לגיטימית" למסירת המידע למי שאינו זכאי לקבלו. די לו לנאשם כי יוכיח יסוד שלילי כאמור בסעיף 52(א)(4) לחוק, לאמור: כי מטרת מסירתו של המידע לא היתה עשיית רווח או מניעת הפסד, לעצמו או לאחר. ומשהוכיח את אלה תצל עליו ההגנה.

זו היתה דעתי אותה עת. זו דעתי אף עתה; לאמור: אין מוטל עליו על נאשם נטל להוכיח קיומה של מטרה לגיטימית כלשהי לעיסקה, וכי די לו אם יוכיח יסוד שלילי כנדרש בחוק. אכן, על הרוב יבחר נאשם להוכיח קיומה של מטרה לגיטימית אחרת, ומכאן יבקש להסיק היעדר כוונה לעשות רווח או למנוע הפסד. ואולם בערבו-של-יום הנטל המוטל עליו הוא אותו נטל של יסוד שלילי.

61. אלו מקרים - או סוגי מקרים - יבואו בגדריה של ההגנה? שני אינטרסים הם המושכים לצדדים: מעבר מזה, האינטרס הציבורי המובהק המבטא עצמו בעצם קיומן של העבירות האוסרות על שימוש במידע-פנים, ומעבר מזה, האינטרס האישי של אדם לפעול כפי שפעל, לעשות עיסקה שעשה (ראו דברי השופט גולדברג בפרשת קָבֵן, שם, בפסקה 19 לחוות-דעתו). בְּדִמוּתֵנוּ את כלל האירועים של שימוש במידע-פנים לְשָׂדָה, נוכל לומר כי הוטל עלינו עתה לחלק שדה זו בין העבירה לבין ההגנה: להתוות את גבולות ההגנה ועל דרך זה לקבוע את גבולות העבירה. בחלוקה זו ישמשו - ובמישרין - שיקולים ערכיים, וההכרעה תיפול, בין השאר, בתינתנו את דעתנו למישקל היחסי של האינטרס הציבורי והאינטרס הפרטי - מזה ומזה - בנסיבותיו הספציפיות של כל עניין ועניין. נוסיף עוד זאת ונאמר, כי נכיר בהגנה בנסיבות בהן האינטרס האישי של המשתמש במידע פנים יהא כה רב-עוצמה וכה אדיר-כוח, עד שיהא זה מוצדק, לדעתנו, כי יגבר על האינטרס הציבורי האובייקטיבי.

62. על דרך הכלל נוכל לומר, כי יש לפרש את ההגנה בצימצום. אם אחרת נעשה, נְחוּשׁ שמא נרוקן מתוכן את העבירה של שימוש במידע-פנים. ואמנם, במשפט האנגלי ניתנה ביקורת על הגנה זו כהגנה המתפרשת על-פני שטח נרחב למדי, והיו שאיפיינו אותה כהוראת-חוק העלולה "to drive a coach and horses through the legislation" (Farrar's Company Law, 3rd. ed., 1991, 435). החשש הוא שמא קופה של מחט-הסידיקית יהפוך פיתחו של אולם. ובלשון חז"ל נאמר: "רבי יִסָּא אמר: אמר הקדוש ברוך הוא לישראל: בְּנֵי פִיתְחוּ לִי פֶתַח אֶחָד שֶׁל תְּשׁוּבָה פְּחָרִיקָה שֶׁל מַחֵט, וְאֵנִי פּוֹתֵחַ לָכֶם פֶּתָחִים שִׁיהִיו עֵגְלוֹת וְקֶרְוָנוֹת נִכְנָסוֹת בּוֹ" (שיר השירים רבה, ה', ב'). (חז"ל דיברו, למותר לומר, לטוב, ואילו אנו ענייננו הוא בשלא-לטוב). ההגנה, אליבא דידי, נועדה לאירועים חריגים, והכרה בה באורח ליברלי תניח מיכשולים בלתי-ראויים על

תכליתו העיקרית של החוק, והיא, להקנות מירב אמינות לעסקאות בניירות-ערך של חברות ציבוריות, להנהיג שוויון ולחלק באורח צודק את המשאבים העומדים לרשות הכלל.

63. לא יהא די לו לנאשם אם יוכיח קיומה של מטרה אחרת בעשיית העסקה - מטרה שאינה עשיית רווח או מניעת הפסד - אלא אם יוסיף ויוכיח כי לא קיננה בליבו מחשבה על עשיית רווח או מניעת הפסד, או, שמחשבה זו - אם קיננה בליבו - לא היתה אלא מחשבה זניחה. לשון אחר: על הנאשם מוטל הנטל להוכיח כי לא קיננה בליבו כל מטרה של עשיית רווח או מניעת הפסד, או שמטרת העסקה היתה - בעיקרה - מטרה אחרת. בעירוב מטרות - מטרה לגיטימית אחרת במטרה לעשיית רווח או למניעת הפסד - לא יהא די; המטרה האחרת חייבת שתהא המטרה היחידה, או, למיצער, המטרה הדומיננטית. אל יהא הדבר קל בעינינו, שכן הנטל המוטל על הנאשם אינו נטל קל. נזכור כי מדברים אנו בעסקה בה עשה הנאשם רווח (או נמנע מהפסד) - אז הנחת-היסוד - ועתה שומה עליו להוכיח כי מטרתו בעסקה לא היתה עשיית רווח (או מניעת הפסד).

האדם יראה לעיניים ויתקשה לראות ללבב. קושי זה ירבץ, על דרך הכלל, אל פיתחה של התביעה. עתה יעבור הקושי אל מְחַנְהוּ של הנאשם, לנסות ולשכנע את בית-המשפט כי חרף עשותו עסקה ובידו מידע-פנים; ועל-אף שהעסקה הניבה לו פירות (על דרך עשיית רווח או מניעת הפסד); כי על-אף כל זאת, מטרת העסקה לא היתה לא עשיית רווח ולא מניעת הפסד.

חוק ניירות ערך דומה-במאוד לחוק האנגלי ששרר לעת חקיקת החוק שלנו (Part V ל- Companies Act 1980, שהוטמע ב-1985 - ב- Companies Securities (Insider Dealing) Act 1985; ביני לביני נשתנה החוק באנגליה), וההגנה המקבילה בחוק האנגלי (בסעיף 3(1)(a) ל- Company Securities (Insider Dealing) Act 1985) קבעה לאמור:

“Actions not prohibited by ss. 1,2

(1) Sections 1 and 2 do not prohibit an individual by reason of his having any information from —

(a) doing any particular thing otherwise than with a view to the making of profit or the avoidance of a loss (whether for himself or another person) by the use of that information;”

ואמר על הגנה זו 635 (5th ed., 1992) Gowers, Principles of Modern Company Law:

“Although the onus of establishing the defence is on the accused it is not as easily established as one might suppose. On the wording of section 3(1)(a) it should not suffice for the accused to establish that he had a motive

additional to that of enabling someone to make a profit or avoid a loss; he should have to establish that the motive could be achieved only by acting when his information was still unpublished and that he could not wait until after the information had been published (or had ceased to be price-sensitive) which it normally would be within a short time."

אותה רוח תנשב גם במקומו, לעת פירושה של הוראת סעיף 52ז(א)(4). אכן, אם יכול היה איש-הפנים להביא לגילוי מידע-הפנים לציבור קודם עשותו את העיסקה; או, אם יכול היה להמתין עד לגילוי של המידע לציבור במהלך הדברים הרגילי; או, אם יכול היה להמתין עד שהמידע לא עוד ישפיע על שוויו של נייר-הערך; אם על-אף כל זאת עשה איש-הפנים את העיסקה, יקשה עלינו לפרוש עליו את כנפי ההגנה.

ניכנע לפיתוי, ונביא דוגמה לחלטה של ההגנה (בלא שנתחייב לנכונותה). איש-פנים מחזיק בידיו אופציות-ראויות-מימוש, וקודם היום האחרון לזכות-המימוש בא לידי מידע-פנים, מידע שלאחר שייגלה יביא לעליית ערכו של נייר-הערך נושא האופציה. עד היום אחרון לזכות המימוש אין ניתן פירסום למידע-הפנים, ובידי איש-הפנים אין זכות לפרסם אותו מידע. אם לא יממש איש-הפנים את האופציות ביום האחרון, תפקענה האופציות והיו-כלא-היו. בנסיבות אלו, יוכל הטוען לטעון, ראוי שלא להשית חבות פלילית על איש-הפנים. ראו עוד דברי חבר-הכנסת יחזקאל פלומין לעת הדיון בתיקון מס' 6 לחוק ניירות ערך: "דברי הכנסת" משיבת הכנסת שהיתה ביום 20.10.80, 105. דוגמה נוספת תימצא בדברי השופט גולדברג בפרשת קָרָן, לעיל, שם, בפיסקה 19 לחוות-הדעת.

64. דבר אחרון: עמדנו במקום אחר על טיבו של הנטל המוטל על נאשם להוכיח הגנה שהוא מעלה לזכותו. אמרנו כי עניינו במקרה זה בנטל של מאזן-ההסתברויות ולא אך בנטל של יצירת ספק סביר בקיומו - או באי קיומו - של "סייג" לאחריות פלילית. כך נפסק אף במשפט האנגלי, כי הגנה זו שבסעיף 3(1)(a) לחוק האנגלי - כהגנות האחרות - מחייבת את הנאשם בהוכחת יסודותיה במידת הוכחה של מאזן-ההסתברויות. ראו: R. v. Cross (1990) 91 Cr. App. R. 115_120; Brenda Hannigan, Insider Dealing (Longman, 2nd. ed., 1994) 104; Charlesworth & Morse, Company Law (Sweet & Maxwell, 15th. ed. 1995) 460.

ומהתם להכא.

ולענייננו-שלנו

65. ישראל טוען, כי ההגנה הקבועה בסעיף 52(א)(4) לחוק חלה עליו, וכי מטעם זה זכאי הוא בדינו. לטענתו לא נתכוון כלל לעשות רווח - או למנוע הפסד - במכירת המניות, וכי מטרתו היתה אחרת. כיצד כך? לדבריו, חתם ביום 12.1.87 על הסכם לרכישת שליטה בחברת רס-קאר (יבואנית מכוניות ב.מ.וו.), ולביצוע ההסכם היה עליו לערוב תחת המוכרים לחובה של חברת רס-קאר לבנקים. הוא פנה אל הבנקים בבקשה לקבל ערבות, וכבטוחה הציע לשעבד את מניות החברה שבהחזקתו. אלא שהבנקים לא הסכימו להכיר במניות המשועבדות אלא בשיעור של 35 עד 40 אחוז מערך, ומטעם זה נאלץ למכור את המניות; את תמורתן הפקיד בבנק; וכנגד פיקדון זה קיבל ערבות במלוא ערך הפיקדון, קרא: במלוא ערך המניות. מכאן (כטענת ישראל): "המכירות נעשו משיקולים כלכליים הקשורים בעסקת 'רס-קאר' ולא כניצול 'מידע פנים' לשם עשיית רווח או מניעת הפסד". הנה-הינה היא הטענה, הנה-הינה היא ההגנה.

טענה זו נתקבלה על דעתו של בית-המשפט המחוזי, ומטעם זה החליט לזכות את ישראל (ואת חברת נכסי ישראל) מן הספק. ובלשונו של בית-המשפט (בעמ' 47 לפסק-הדין):

"... הטענה הזאת ובצירוף המסמכים שהוגשו, המאששים את ההסבר, יש בהם כדי לעורר את הספק שמא על אף השתלבותם של מכירת מניות אלה בסידרת המכירות של הנאשמים האחרים ועיתויים, בכל זאת נבעו מהצורך לגייס את הכספים שנדרשו למערער בגין עסקת רס-קאר.

ספק זה מן הראוי שיפעל לטובת ישראל וחברת נכסי ישראל, ולפיכך ראוי לזכות מחמת הספק את המערערים הללו בכל הנוגע למכירת המניות האישיות של ישראל והמניות שהוחזקו בידי חברת נכסי ישראל."

66. לא אצרף דעתי לדעת בית-המשפט המחוזי, שכן לדעתי אין בכוחה של מערכת נסיבות קְזו שתוארה כדי להעמיד הגנה לישראל. אכן, קשה בעיניי שנאשם יצדיק שימוש במידע-פנים בתירוץ של מצוקת-מזומנים, שעה שאותה מצוקה מקורה בעיסקה רצונית. אם כך ככלל, לא-כל-שכן שעיסקת רס-קאר נעשתה לאחר שמידע-הפנים היה בידי ישראל. לו קיבלנו טענה זו - טענה של "צורך עיסקי", כביכול - לא היה לדבר סוף וההגנה היתה הופכת לעיר מקלט לכל מי שמידע-פנים בידו. אנו דוחים את טענתו של ישראל לחסות תחת כנפי ההגנה הקבועה בסעיף 52(א)(4) לחוק.

לעניינה של ההגנה הקבועה בסעיף 52(א)(9) לחוק

67. סעיף 52(א)(9) לחוק מעמיד אף-הוא הגנה כנגד העבירה של שימוש במידע-פנים, וכה מורה הוא
אותנו:

"הגנות" 52(א) לא ישא אדם באחריות פלילית ... אם
הוכיח אחת מאלה:

(1)

.....

(9) בנסיבות הענין היתה הצדקה לביצוע
העיסקה."

ישראל טוען להגנה זו, שלדבריו "בנסיבות העניין היתה הצדקה לביצוע העיסקה". האמנם?

68. הוראת סעיף 52(א)(9) לחוק לא הופיעה כלל בהצעת החוק אלא הוספה בדיוני הכנסת. עיקר
בהגנה הוא בקיומה של "הצדקה" לביצועה של העיסקה. מושג זה של "הצדקה" הינו מושג-מסגרת בעל ריקמה
פתוחה, כמוהו - כמעט - כ"צדק". "הצדקה" ו"צדק" מדמים עצמם למים רבים, מים שאין-להם-סוף, לא למעלה,
לא למטה ולא לצדדים. האמנם על דרך זה נפרש את החוק? תשובתנו לשאלה היא בשלילה. חזקה עליו על
המחוקק כי לא נתכוון בהגנה זו - המציגה עצמה כ"הגנת-סל" - לבטל כליל את האיסור הכללי על שימוש
במידע-פנים או אף לנגוס בו עמוקות. פירושו הראוי של החוק חייב להוליכנו אל-מסקנה כי הגנה זו נועדה
למקרים חריגים-שבחריגים, נדירים-שבנדירים, מקרים שבהם עשויה שתקום "הצדקה" מהותית לביצוע
העיסקה למרות שבידי המבצע מצוי מידע-פנים. רק במקרים בהם ניתן למצוא הצדקה אובייקטיבית יוצאת-דופן
לביצוע העיסקה, תעמוד ההגנה; רק כך, ולא אחרת.

נוסף, שיש מלומדים הסוברים כי נכון להרחיב את תחומי פרישתה של הגנה זו, ולעשותה כלי-קיבול
לשיקולי-מדיניות שונים; ראו: עומרי ידלון, שם, 28-31. אין דעתי כדעתם. פירוש רחב כי ניתן לחוק, עלולים אנו
למצוא עצמנו עוסקים ב"מדיניות" ולא במשפט. ענייננו הוא, אמנם, בקביעת סייגים למיסחר בניירות ערך, אך
עוסקים אנו בהיבט הפלילי של הנושא. וכשם שנדרוש כי עבירה תוגדר כהילכתה ובאורח ברור - נדחה מעל
פנינו עבירה שעניינה "מעשה העלול להביא לתקלה ציבורית", כדוגמת סעיף 198 לחוק העונשין - כן נוסף
ונדרוש מן המחוקק כי יקבע באורח מדויק ככל הניתן גם את גבולי ההגנה מפני אותה עבירה. אין אלה אלא שני
צדדים של אותה מטבע.

זאת ועוד: בבואנו לקבוע את תחום פרישתה של ההגנה שבסעיף 52(א)(9), דומה כי חייבים אנו ליתן דעתנו לשאר ההגנות המנויות באותו מקום, ולמיקומה של הגנה זו כהגנה אחרונה במנין. כל אחת מן ההגנות האחרות סובב אותה מעגל של הסדר שלילי, מעגל רחב או מעגל צר; ולעת פירושה של הוראת סעיף 52(א)(9), ראוי כי ניתן את דעתנו לאותם הסדרים שליליים האופפים את ההגנות האחרות, וכי נזהיר את עצמנו שלא נפרוש את ההגנה הקבועה בסעיף 52(א)(9) על דרך שתפגע באותם הסדרים שליליים.

69. נסתכן גם זו הפעם בדוגמה. הנה הוא איש-פנים המחזיק במידע-פנים, ולו בן הנזקק לניתוח מידי ("מהיום להיום"). לאיש-הפנים אין כסף למימון הניתוח (כפי שהוא נדרש לשלם); הבנקים מסרבים ליתן לו אשראי; וגם קרוביו לא היו לו לעזר. איש-הפנים פונה כה-וכה וַיָּאָא כי אין איש. רכושו היחיד הם ניירות-הערך, ולהצלת בנו הוא מוכר אותם בשוק. לאיש-הפנים "הצדקה" לביצוע העיסקה. אפשר שגם ההגנה שבסעיף 52(א)(4) תעמוד לו; אפשר שגם הגנת ה"צורך" מבית-מידרשו של סעיף 34יא לחוק העונשין תעמוד לו; אך גם הגנת ה"הצדקה" תעמוד לו. זו, על-כל-פנים, הצעתנו לפירוש.

אשר לעניינו של ישראל, לא נכביר מילים כי רחוק הוא מעיר המיקלט. למירב היה לו לישראל צורך כלכלי-עיסקי, וצורך זה בוודאי אין בו דבר-ממש ל"הצדקת" העיסקה שעשה.

כללם של דברים

70. לסוף נאמר, כי ראוי הוא שנקבל את ערעורה של המדינה וכי נרשיע את ישראל בגין העבירות שיוחסו לו בכתב האישום ואשר עניין מכירת מניות החברה שהוחזקו בידו ובידי חברת נכסי ישראל.

הרשעתה של חברת נכסי ישראל במכירת מניות החברה

71. ישראל מכר מניות החברה שהיו בבעלות חברת נכסי ישראל רוזוב בע"מ (להלן נכנה חברה זו - חברת נכסי ישראל), ועל-כך קבע בית-משפט השלום כי ישראל עבר עבירה של איש-פנים העושה שימוש במידע-פנים. בהרשיעו את ישראל כך, הוסיף בית-משפט השלום והרשיע באותה עבירה - באחריות אישית

וישירה - גם את חברת נכסי ישראל, בהיות ישראל מנהל בה, ובהחליטו כי חברה זו חייבת במעשיו של ישראל (כהוראת סעיף 52ב(ב) לחוק). בית-המשפט המחוזי זיכה את ישראל מן העבירות אשר נסבו על מכירת מניות החברה שהוחזקו בידי חברת ישראל, וממילא זיכה גם את חברת נכסי ישראל.

משהחלטנו אנו - כהחלטת בית-המשפט השלום - כי יש להרשיע את ישראל גם בעבירה זו, נוסף ונרשיע את חברת נכסי ישראל אף-היא באותה עבירה. אכן, חברת נכסי ישראל לא טענה לפנינו טענות אחרות מאלו שהעלה ישראל, ומשדחינו את טענותיו של ישראל, נדחה את טענותיה-שלה אף-הן. אנו מחזירים איפוא על-כנה את הרשעתה של חברת נכסי ישראל כקביעת בית-משפט השלום.

שולמית גרודצקי מוכרת מניות של החברה

72. שולמית גרודצקי (להלן נכנה אותה - שולמית) הואשמה בבית-משפט השלום בעבירות של שימוש במידע-פנים בידי איש-פנים - עבירה כהגדרתה בסעיף 52ג לחוק - בגין חמש פעולות מכירה שבוצעו בין הימים 11 במארס 1987 ו-21 באפריל 1987. בית-משפט השלום זיכה את שולמית מחמת ספק שקינן בליבו אם היה לשולמית מידע-פנים בעת המכירות. לדעת בית-משפט השלום, לא היה די בראיות שהובאו לפנינו כדי לתמוך במסקנה כי לעת המכירות ידעה שולמית על הנתונים הכספיים של החברה, וכי יכלה להסיק על קיומו של "שינוי מהותי בתחזית, שינוי שעלול להשליך על התייחסות המשקיע הסביר אל המניה" (עמ' 74 לפסק-הדין). לפיכך, ובהיעדר ראיה על מודעותה של שולמית למידע-פנים, החליט בית-משפט השלום לזכות את שולמית בדינה.

המדינה ערערה על פסק הזיכוי, ובית-המשפט המחוזי קבע כי בית-משפט השלום טעה בהחלטתו, וכי גם לגבי שולמית היה מקום לקבוע כי "החזיקה במידע-פנים ועשתה שימוש במידע-פנים זה עת שמכרה את המניות בין 11.3.87 ל-21.4.87" (ע' 51 לפסק-הדין). יחד-עם-זאת, כך הוסיף בית-המשפט המחוזי וקבע, יש סבירות בטענות שהעלתה שולמית ולפיהן מתעורר ספק בקיומן של ההגנות הקבועות בסעיף 52ז(א)(4) ו-52ז(א)(9) לחוק. בית-המשפט המחוזי החליט, איפוא, לזכות את שולמית מן הספק, ואישר את פסק הזיכוי של בית-משפט השלום, הגם שלא מטעמיו.

על החלטתו של בית-המשפט המחוזי ביקשה המדינה רשות ערעור, והרשות ניתנת לה. הבה נדון

עתה בטענות שהועלו לפנינו בידי באי-כוח בעלי-הדין.

ההיה בידי שולמית מידע-פנים?

73. בית-משפט השלום החליט, כאמור, לזכות את שולמית מטעמים-שבעובדה. וכך אמר בית-המשפט

בפסק-דינו (בעמ' 73-74):

"אף שהדברים שציינתי לעיל, גבי יחסי הרעות ההדדיות ששררו בין אלה מבני משפחת רוזוב העומדים בפני לדין, נכונים הם גם לגבי נאשמת זו. עדיין נשאר בלבי ספק גבי מעורבותה במבוכיה העיסקיים של החברה הנאשמת 1, ולגבי ידיעתה על המתרחש שם, בתחומי החשבונאות ומצב הפיננסים.

מקובלים עלי טיעוני התובע המלומד, כי גם נאשמת זו, כמו אחיה, בוודאי שמעה על מצב הדברים הכולל בחברה, ואולי אף ידעה על הפסדים מצטברים ומצב פיננסים קשה. אלא שנראה לי, כי לא די בידיעה שכזו, בעלמא, על מנת שהעבירה המיוחסת לה באישום זה, תגובש.

... בהאשימה את המעורבים בשימוש במידע-פנים, התכוונה התביעה לאותו מידע שפורט באישום הראשון, לאמור, אותו מידע אשר דן בהפסדי החברה, כפי שהיו ידועים ביום 30.6.86, והמימדים אליהם הגיעו, בהדרגה, אך בעקביות, עד ליום 26.2.87, כאשר הצטברו לסך 1,964,000 ש"ח ...

לא הוכח לי שמידע זה הגיע לידיעתה של הנאשמת, או אמור היה להגיע אליה, אף לא בעקיפין.

... אם לא השתתפה, כטענתה, בישיבת מועצת המנהלים מיום 18.9.86, ואם לא הוכחה, בשום ראייה פוזיטיבית, או נסיבתית, ידיעתה השוטפת על מהלך העניינים בחברה בהמשך, הרי גם לא יכלה להסיק את הנטען על ידי התובע, כי התרחש שינוי מהותי בתחזית, שינוי שעלול להשליך על התיחסות המשקיע הסביר אל המניה.

אכן, טיעוני הנאשמת.. בדבר תמימותה וריחוקה מעולם העסקים, בהיותה 'עקרת בית' קטנה, שישבה במועצת המנהלים 'בזכות אבות', נראים לי מיתממים ובלתי מתקבלים על הדעת. ואולם, מאידך גיסא, לא שוכנעתי שצדק התובע אשר ביקש לראות בנאשמת 'אשת עסקים של ממש' הנתונה ראשה ורובה בעולם העסקים. מכל מקום, טענה זו של התביעה לא הוכחה לי במידה הנדרשת במשפט פלילי, אף לא נסיבתית. אין בפני, איפוא, רקע ראייתי לגיבוש יסוד העבירה שעניינו החזקתה של הנאשמת במידע-פנים בעת ביצוע המכירות הנדונות בכתב האישום.

בקובעי כן, שוב, אין לי צורך להתיחס אל יתר ההגנות אליהן התיחסה ההגנה בסיכומיה, גבי נאשמת זו."

אין ספק כי בית-משפט השלום נתפש לכלל טעות בקובעו כי שולמית לא השתתפה בישיבת מועצת המנהלים שהיתה ביום 18.9.86, ובערעור החליט, אמנם, בית-המשפט המחוזי להפוך את הקערה על פיה. ובלשונו

(בעמ' 50 לפסק-הדין):

"לא נראית לנו מסקנתו של בית משפט קמא, כי על אף שכל החומר שהגיע לידי כל הנאשמים מתוקף היותם חברים בדירקטוריון של חברת גיבור, הגיע גם לידיעתה של שולמית, הרי מכל חברי הדירקטוריון שהורשעו בשימוש במידע שהגיע לידם כשימוש במידע פנים, הרי ששולמית לא יכלה להסיק ממידע זה את אותם המסקנות, שלדעת בית המשפט, הסיקו חברי הדירקטוריון האחרים.

כאמור, כמו הנאשמים האחרים, גם שולמית פעלה במערכת משפחתית כוללת שבה, על פי קביעתו של בית משפט קמא, גרשון עמד בראשה, הדברים ברובם נשקו על פיו, וכל האחרים באותה מערכת פעלו יחד עימו.

שולמית מכרה את מניות חברת גיבור שהחזיקה, לאחר אותה ישיבה של מועצת המנהלים ביום 26.2.87, כאשר הובהר לכולם שיעור ההפסד הגדול של חברת גיבור, ומכירותיה משתלבות יפה במכירות של הנאשמים האחרים בהן ראתה השופטת המלומדת 'ארגון וסדר מאלפים בתוך סדר זמנים עוקב'".

אני מסכים לדברים אלה. שולמית היתה חברה במועצת המנהלים של החברה, והשתתפה בישיבות הרלבנטיות של מועצת המנהלים בהן נחשפה תמונת-האמת על מצבה של החברה, מצב שהיה שונה מן המצב שדווח לציבור. כך, למשל, נאמר בישיבה מיום 18.9.86:

"דו"ח רווח והפסד מראה הפסד של כ- 400,000 ש"ח לעומת הפסד של כ- 6,250,000 ש"ח בחצי השנה המקבילה ב- 85. אם אנו מנתחים את הנתונים של שנה קודמת יוצא כי עיקר ההפסד היה במחצית הראשונה של השנה הקודמת ואילו במחצית השניה היה ההפסד כ- 1,000,000 ש"ח.

המנכ"ל מקווה כי המאזן המתואם לסוף 1986 יראה רווח."

מדברים שנאמרו בישיבה זו ידעה שולמית, איפוא, את שידע הציבור עם פירסום המאזן ביום 1.10.86, דהיינו, כי על-אף ההפסדים שהחברה נשאה בהם, יש תחזית לרווחים לסוף השנה ("המנכ"ל מקווה").

בישיבת מועצת המנהלים מיום 26.2.87 - ישיבה בה נטלה שולמית חלק - נאמרו דברים מפורשים

על מצבה הכספי הקשה של החברה ועל הפסדיה המצטברים. וכך דובר אלינו פרוטוקול הישיבה:

1. ח. רוזוב התייחס לסעיפי המאזן והסביר כי הטייטא המוצגת מראה הפסד של כ- 1,900,000 ש"ח או \$1,200,000. להערכתו ההפסד יקטן ב- \$500,000 לאחר שיבדק המלאי...

.....

4. מ. לוי שאל: נראה שההפסד שהוצג הוא גדול בצורה משמעותית מזה שעליו דובר עד לפני מספר ימים. ממה נובע ההפרש?

ח. רוזוב השיב שסכום ההפסד הוא אמנם גדול יותר מזה שהיה צפוי, עובדה מאכזבת, אף זו התוצאה הסופית שנתקבלה. " (ההדגשה הוספה - מ' ח')

דברים ברורים ומפורשים: הציפיות נתבדו וההפסדים גדולים ממה שציפו. ואזינהם של חברי מועצת המנהלים - ובהם שולמית - שומעות. נדע מכאן, כי לעת המכירות של מניות החברה - בחודשים מארס ואפריל לשנת 1987 - היה בידי שולמית מידע-פנים על החברה, קרא: מידע על מצב החברה שהציבור לא ידע, ואשר אילו נודע לו היה בו, במידע, כדי לגרום שינוי משמעותי במחיר מניות החברה.

74. טוענת שולמית, שלא היה ראוי לו לבית-המשפט כי יתערב במימצאיו של בית-משפט השלום; ואולם, משנמצא לנו כי נתעלמו ראיות מעיני בית-משפט השלום, צדק בית-המשפט המחוזי משהפך על פיהם מימצאי-עובדה שנקבעו.

מוסיפה שולמית וטוענת, כי חברותה במועצת המנהלים של החברה היתה משיקולי סנטימנט ומשפחה, ובלא שהובא לידיעתה מידע עיסקי שוטף הנוגע לניהולה של החברה. עוד טוענת שולמית, כי בהיותה נעדרת כישורים מיקצועיים, וגם אם נכחה בישיבות מועצת המנהלים בהן דווח על הפסדים מצטברים, לא נטמע בה המידע שנמסר. טענה זו נתקשה לקבל.

הדיווח שנמסר בישיבות מועצת המנהלים היה ברור ולא הצריך כל ידע או מיומנות בקריאת מאזנים או ב"פיננסים", כטענת שולמית. כל מתחיל היה מבין היטב כי הציפיה לרווחים נתבדתה, וכי תחת רווחים נחתו על החברה הפסדים משמעותיים מצטברים והולכים. מידע זה עמד, כמובן, בסתירה בולטת למידע שהיה בידי הציבור על תחזית של רווחים. מקובלת עלי, איפוא, מסקנת בית-המשפט המחוזי, כי שלא-כטענתה ידעה שולמית על הפסדים המצטברים. אוסיף עוד ואומר, כי מקובלת עלי גם הדרך בה הלך בית-המשפט המחוזי, ולפיה הסיק ממסכת העובדות בכללה, ומדרך ניהול המכירות בידי בני-המשפחה, כי המשפחה פעלה, למעשה, כיחידה מתואמת אחת, וכי שולמית החזיקה במידע שיתר בני-המשפחה החזיקו בו לעת שכל אחד מהם מכר מיקצת מאחזקותיו בחברה. אכן, זו היתה גם דרכה של השופטת תום-אופיר בבית-משפט השלום, בדונה בטענת ההגנה שסמכה עצמה להוראות סעיף 52(א) לחוק. וכך אמרה השופטת תום-אופיר (בעמ' 75-76 לפסק-דינה):

"טענת הגנה זו אינה נראית סבירה בעיני. זאת, במיוחד, על רקע הדברים שתוארו לעיל בהקשר לארגון ולסדר המאלפים, המשתקפים מן המכירות אשר בוצעו, משום מה, על ידי בני המשפחה כולם, בתוך סדר זמנים עוקב.

אינני מאמינה שפתאום, תוך פרק זמן קצר יחסית, עלה צורך דוחק למכירת מניות אלה, דווקא, על ידי כל אחד מבני המשפחה, וכל אחד מנימוק אחר.

.....

צירוף המכירות והעיתוי המתואם, בו נתבצעו, אינם מותרים כל אפשרות לקבל עמדת הנאשמים, שניסו בכל כוחם, להקנות צביון שיגרת ומקובל לסידרת המכירות הנדונה. ..."

אלא, שלא כבית-משפט השלום, סבורים אנו - כמונו כבית-המשפט המחוזי - כי דברים אלה ראויים שיוסבו גם על מעשיה של שולמית.

אין גם כל רלבנטיות לאי-מעורבותה של שולמית בניהולה היומיומי של החברה. די לנו בכך שהיתה איש-פנים; כי היה בידה מידע-פנים; כי מכרה מניות של החברה בעוד מידע-הפנים בידה; וכי לא עלה בידה לגדור עצמה באחת מן ההגנות הקבועות בחוק.

"מידע-פנים" - מודעות להיותו מידע פנים

75. "מידע פנים" - כהגדרתו בסעיף 52 לחוק - הוא (בין השאר) מידע על מצבה של החברה, אשר אינו ידוע לציבור ואשר אילו נודע לציבור היה בו כדי לגרום שינוי משמעותי במחיר נייר ערך של החברה. טוענת שולמית ואומרת, כי נעדר בה היסוד הנפשי לביצוע העבירה של שימוש במידע-פנים. וכל-כך למה, אלא משום שלא עלה בידי התביעה להוכיח לבית-המשפט כי היא, שולמית, היתה מודעת לכך שהמידע שבידה אכן "מידע פנים" הוא. דהיינו: הואיל ונעדרת היא נסיון והכשרה ב"פיננסים", כך טוענת שולמית, לא היה ביכולתה להסיק ולהעריך כיצד היה משפיע גילוי המידע שבא לידיעתה על מחיר ניירות הערך של החברה.

אכן כן: לקיום יסודות העבירה של שימוש במידע-פנים חייב שיהא "מידע פנים", ומן ההכרח הוא שהנאשם יהא מודע להיותו של המידע מידע-פנים; ראו: פרשת קרן, לעיל, בפסקה 14 לחוות-דעתו של השופט גולדברג. למותר לומר כי קיומה של מודעות הנאשם להיותו של המידע מידע-פנים, ניתן להסיקה מנסיבות העניין, מנסיון החיים ומהגיונם של דברים.

76. לגופם של דברים, לא נוכל לקבל את טענתה של שולמית. ראשית לכל נאמר, כי אין זה תנאי-בלעדיו- אין לביצוע העבירה, שאיש-הפנים יוכל להעריך במדוייק את ההשפעה שהיתה נודעת למידע-הפנים לו פורסם לעת ביצועה של העיסקה. די בכך שאיש-הפנים יכול היה להעריך - או שמניחים כי יכול היה להעריך - אפשרות

כי לגילוי המידע תהא השפעה משמעותית על מחיר נייר הערך. אמר בהקשר זה חברנו השופט גולדברג
בפרשת קרן (שם, בפיסקה 13 לפסק-הדין):

"הדרישה ש'איש פנים' יוכל להעריך את חשיבות המידע עבור החברה, מצמצמת מדי את תחולתה של הנורמה, וחוטאת לתכליתה. אין מקום לדרוש כי 'איש הפנים' תהיה יכולת להעריך את חשיבות המידע עבור החברה.

טול, לדוגמא, פקיד זוטור בחברה, שבעוברו ליד חדר בו מתקיימת ישיבת הדירקטוריון של החברה, שומע כי החברה עומדת לרכוש חברה אחרת, והוא (הפקיד) ממחר לרכוש את מניותיה של החברה בה הוא 'איש פנים'. אותו פקיד אינו מכיר את מאזני החברה ואינו בקיא במצבה הפיננסי. לפיכך אינו יכול להעריך עד כמה תשפיע הרכישה על מחיר מניותיה. אולם הוא יכול להניח כי רכישה כזאת תגרוור בעקבותיה עלייה במחיר המניה, ובצדה של העיסקה שיעשה יהא טמון רווח. היש הצדקה, מבחינת תכליתו של החוק, להימנע מלהטיל על פקיד זה אחריות פלילית?

הנה כי כן, אין מקום להבחנה לעניין הגדרת 'איש פנים', בין מי שיש לו גישה למידע פנים ובידו להעריך נכונה את השפעת המידע על החברה, ובין מי שאין בידו כלי הערכה."

ובמקום אחר באותה פרשה (שם, בפיסקה 14 לפסק-הדין):

"... די בכך שהנאשם העריך כי קיימת אפשרות שהמידע הוא כזה שאילו נודע בציבור היה משפיע באופן משמעותי על מחיר נייר-הערך, כדי שיתקיים היסוד הנפשי."

אין ספק קל בדעתו, כי שולמית, הגם שאין היא בעלת-הכשרה ואין לה נסיון בשוק ההון, העריכה - מכל מקום: כאדם-מן-הישוב, חזקה עליה שהעריכה - כי המידע על הפסדי החברה, מידע שהיה מצוי בידיה אך לא היה בידי הציבור, היה בו כדי להשפיע משמעותית על מחיר נייר הערך לו נודע לציבור. יתירה מזאת: הדעת נותנת כי דווקא משום שהעריכה את אשר העריכה, מכרה שולמית את מניותיה. בידוענו כל אלה, נוסף ונדע כי נתקיימו במעשי המכירה של שולמית יסודות העבירה של איש-פנים בחברה העושה שימוש במידע-פנים.

לעניין של ההגנות הקבועות בסעיף 52(א)(4)

ובסעיף 52(א)(9) לחוק

77. משהיגענו לכאן, נשאל את עצמנו: האם צדק בית-המשפט המחוזי שעה שהחליט לזכות את שולמית

מחמת ספק שקינן בליבו באשר לקיומן של ההגנות הקבועות בסעיפים 52(א)(4) ו- 52(א)(9) לחוק?

שולמית טענה - וממשיכה היא וטוענת - כי בחודש מארס 1987 החליטה, יחד עם אביה, להשקיע כספים בחברת "עדנה רוס" לייצור סריגים; אך הואיל וחודשיים קודם לכן השתמשה בכספיה הנזילים למימון רכישת חלקה ב"רס-קאר", נאלצה עתה לגייס את המזומנים הנדרשים על-דרך מכירת חלק קטן ממניות החברה שברשותה. מטרת המכירה של המניות היתה, איפוא, צורך שנתעורר למימון עיסקה אחרת, ולא עשיית רווח או מניעת הפסד כאמור בסעיף 52(א)(4) לחוק.

בית-משפט השלום לא האמין לשולמית כי צורך דוחק במזומנים הביא אותה למכירת המניות. ואולם, בית-המשפט המחוזי נתעורר ספק בליבו שמא זכאית היא שולמית להגנות שהיזכרנו למעלה, ועל-כן החליט לזכותה מן הספק. המדינה מערערת על-כך. לטענתה, לא היה כל הצדק לבית-המשפט המחוזי להתערב במימצאי-העובדה של בית-משפט השלום, ולא היה זה נכון ליתן לשולמית לחסות בצל ההגנות שטענה להן.

78. דעתי היא, שההגנות הקבועות בסעיפים 52(א)(4) ו- 52(א)(9) לחוק אינן עומדות לה, לשולמית, ודברים שאמרנו באשר לישראל (נא ראו פסקאות 59, 60, 63-, לעיל) יתפשו אף-כאן. עיסקה מרצון, אין די בה - על דרך העקרון - כדי ליצור צורך פיננסי דוחק העשוי לשמש הגנה לאיש-פנים העושה שימוש במידע-פנים. אמרנו, ולא נחזור. אחרת, אפשר, היה דין (למשל) במקום בו מחוייב איש-פנים לשלם קנס שהוטל עליו - שאם לא ישלם יישלח אל בית-האסורים - ואין אפשרות אחרת בידו לשלם את הקנס אלא על דרך מכירת מניות החברה.

למותר לומר כי בנסיבות העניין גם לא נתקיימה כל "הצדקה" מהותית למכירת המניות, כדרישת

סעיף 52(א)(9) לחוק.

כללם של דברים: דעתי היא כי יש לקבל את ערעור המדינה ולהרשיע את שולמית בעבירה של

שימוש במידע-פנים, עבירה כהגדרתה בסעיף 52ג לחוק.

לעניינו של העונש

79. ישראל הורשע בגין סידרה של מעשים שהיוו שימוש במידע-פנים בידי איש-פנים. בית-משפט השלום דן אותו לעונש מאסר בן שנתיים וחצי, מתוכן מחצית השנה מאסר בפועל אשר ירוצה בדרך של עבודות שירות, ויתרת המאסר על-תנאי שבמשך שלוש שנים לא יעבור עבירה על חוק ניירות ערך. כן הוטל על ישראל קנס של 250,000 ש"ח או מאסר שנתיים תחתיו. בית-המשפט המחוזי הותיר עונש זה על כנו. ישראל מערער על חומרת העונש. לא מצאנו שראוי כי נתערב בהכרעתם של בית-משפט השלום ושל בית-המשפט המחוזי, ביחוד לאחר שהחלטנו לקבל את ערעור המדינה על מיקצת הזיכוי שישראל זכה בו בבית-המשפט המחוזי.

80. חברת נכסי ישראל הורשעה אף-היא בבית-משפט השלום, והוטל עליה קנס של 200,000 ש"ח וכן התחייבות על-סך של 300,000 ש"ח כי לא תעבור במשך שנתיים מיום גזר-הדין עבירה על חוק ניירות ערך. כפי שראינו, קיבל בית-המשפט המחוזי את ערעורה של חברת נכסי ישראל והיא זוכתה בדינה. עתה, משהחלטנו לקבל את ערעור המדינה ולהרשיע את חברת נכסי ישראל, נחזור ונטיל עליה אותו עונש שהטיל עליה בית-משפט השלום.

81. אשר לשולמית: משהחלטנו לקבל את ערעור המדינה ולהרשיע את שולמית בעבירות שיוחסו לה, אנו מוסיפים ומחליטים כי עניינה יחזור לבית-המשפט המחוזי, לשמיעת טיעוני באי-כוח בעלי-הדין ולגזירת העונש הראוי.

סוף

82. אנו מחליטים לדחות את ערעורו של ישראל רוזוב (ע"פ 4675/97). אנו מוסיפים ומחליטים לקבל את ערעורה של המדינה בעניינה של שולמית גרודצקי (ע"פ 4961/97), בעניינו של ישראל רוזוב ובעניינה של חברת נכסי ישראל בע"מ (ע"פ 4962/97). העונשים שהוטלו על ישראל רוזוב יהיו כפי שקבע בית-משפט השלום (ואושרו בבית-המשפט המחוזי), והעונש שיוטל על חברת נכסי ישראל בע"מ יהיה כפי שקבע בית-משפט השלום. אשר לשולמית גרודצקי, עניינה יחזור לבית-המשפט המחוזי לגזירת העונש.

השופט ד' ביניש:

1. קראתי בעניין את חוות דעתו המאלפת של חברי השופט חשין, ומסכימה אני לתוצאה אליה הגיע בכל הערעורים.

בנימוקיו פרש חברי יריעה רחבה הנוגעת לנטל ההוכחה לעניין התקיימותם של "הגנות" ו"סייגים" שיש בהם כדי לשלול אחריות פלילית, והכל כדי לבחון את התקיימותן של ההגנות הקבועות בסעיף 52 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 (להלן: "חוק ניירות ערך"). צעדתי בעקבות נימוקיו של חברי, וראיתי להוסיף את הערותי.

אציין תחילה, כי הסוגיות העולות בחוות-דעתו של חברי, הסבות סביב שאלת נטלי ההוכחה בפלילים בכלל, וסביב הוכחת התקיימותם של סייגים והגנות בפרט, הן סוגיות סבוכות שטרם נתלבנו במשפטנו עד תום, וטרם נבחנו לעומקן, במיוחד לאחר החלת תיקון 39 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "החוק או חוק העונשין"). סוגיות אלו לא נתגבשו באופן חד משמעי אף בשיטות המשפט הקרובות לנו. כך למשל נאמר לגבי השיטה האמריקאית:

"There is no consensus, however, on the appropriate criteria for allocating the burden of persuasion on defenses and...the constitutional restrictions on allocation of the burden for defenses are also somewhat unclear. Even more fundamentally, there is confusion over how to determine in a given jurisdiction who has been given the burden for a particular defense.....Is it possible that the structure of defenses is so much more complex than that of offenses that it is impossible to formulate a similar system of rules, at any level of detail? Or is it that criminal law theorists have simply not yet tried to discover a precise structure of defenses, perhaps because the same constitutional requirements for precision, under the vagueness doctrine, may not apply as stringently to the definitions of defenses as they do to offenses".

(Robinson, Paul **Criminal Law Defenses**, West Publishing Co., 1984, p. 42; p. 68).

כיוון שהדרך בה ראוי לילך בעניין זה טרם נכבשה, ואף הפעם לא הועלה בפנינו טיעון מקיף בכל הנוגע לנטלי ההוכחה ולשאלת פרשנותו של סעיף 34(ב), מעדיפה אני להשאיר בצריך עיון את ההכרעות ביחס לחלק מהשאלות המתעוררות בסוגייה הכללית של נטל ההוכחה לעניין "סייגים" ו"הגנות". שאלת השפעת הישירה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על סוגיית נטל ההוכחה לענין סייגים והגנות אף היא לא עלתה כלל מטיעוני הצדדים, ומצטרפת אני לדעתו של חברי שאין אנו נדרשים להיזקק לה בעניין שלפנינו.

2. השאלה שהועמדה להכרעה לפנינו היא, האם צודק בא-כוחו המלומד של המערער ישראל רזוב (להלן נכנה אותו אף אנו: ישראל) בטענתו כי תיקון 39 לחוק העונשין אשר הנהיג את הוראת סעיף 34(ב) לחוק, חולל מהפך בכל סוגיית נטלי ההוכחה ומידתם; וכי מכאן ולהבא לא יוטל עוד הנטל על הנאשם להוכיח על-פי מאזן ההסתברויות את ה"הגנות" בכל הוראת חוק עונשית, אלא כדי יצירת ספק סביר בלבד. הטענה היא כי מסקנה זו מתבקשת מכך שעל-פי הוראת סעיף 34(ב), תחולתו של החלק הכללי של החוק היא כללית ומקיפה את כל העבירות באשר הן.

טיעונו של הסניגור מחייב אותנו לבחון את פרשנותו של המונח "סייג" כמובנו בסעיף 34(ב) לחוק. למסע פרשני זה הקדיש חברי חלק ניכר מפסק-דינו, אני אעמוד להלן רק על הנדרש לצורך הבהרת עמדתי.

3. המשמעות הלשונית, שהיא בדרך כלל נקודת המוצא לפרשנות של הוראת חוק, אינה יכולה לסייע לנו לפירושו של המונח "סייג". מבחינה לשונית ניתן לפרש את המונח "סייג" הן על דרך פרשנות "צרה" ככינויו של השופט חשין, לה טוענת המדינה, והן לפי פרשנות סניגורו של ישראל. גם אין להתייחס למשמעות המקובלת, ה"רגילה", של המונח "סייג", וספק אם יש משמעות כזו בחקיקתנו. פרופ' פלר, בספרו יסודות בדיני העונשין הסביר את יתרונו של הביטוי "סייג" על פני "הגנה" בטעם ש"הדיבור 'סייג לפליליות המעשה' מגשים גם את התיאום המלא בינו לבין המושג שהוא נועד להביע - מערכת תנאים בהם התנהגות מתערטלת מפליליותה, תוך הנחה שבלעדיהם, פליליות זו לא היתה נתונה בוויכוח" (ראו ש"ז פלר, **יסודות בדיני העונשין**, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, ירושלים, תשמ"ז, כרך ב', בעמ' 372). והנה, אף הוא מציין כי לעתים מתייחסת המלה "סייג" לאחריות הפלילית עצמה ולעתים, מבחינה מושגית אנליטית, היא מתייחסת גם למימוש "האחריות הפלילית" וגם לסייגים הקשורים ל"יסודות הקונסטטיטויביים" של העבירה, אלה המכונים בפיו "מעין סייג".

קשה גם להתבסס על משמעותו הלשונית ה"רגילה" של המונח "סייג", כיוון שהוא משמש במספר רב של חוקים, אזרחיים ופליליים כאחד, במשמעויות שונות. כך, גם בחוק העונשין עצמו מופיע המונח "סייג"

במשמעויות שונות (ראו את הוראות סעיפים 5, 14, 15, 16, 135, 247, 300א(ב), 320, 353, 354 לחוק העונשין). נראה כי לאחר חקיקת תיקון 39 העדיף המחוקק את הביטוי "סייג" על פני "הגנה"; ואף בכך אין עקביות ולעתים משמשים הביטויים סייג והגנה במעורב (ראו, למשל, את סעיף 353 לחוק העונשין).

מסכימה אני, איפוא, עם דברי חברי השופט חשין, כי פרשנות המונח "סייג" אינה תולה עצמה בלשון החוק. פרשנות זו אף אינה נגזרת מהבחנה אנליטית טהורה (ראו דברי פרופ' פלר, שם). ענייננו הוא, איפוא, בפרשנות המתאימה ביותר להיקפו של המונח בהוראת החוק הנדונה, פרשנות הנגזרת מתכלית החוק.

בטרם אמשיך, אציין כי לדעתי אין הכרח בכריכת פרשנות המונח "סייג" בסעיף הנדון עם שאלת נטל ההוכחה באופן שהגדרת המונח "סייג" תיגזר מקביעת נטל ההוכחה בחיקוק הרלוונטי. הקביעה כי די לו לנאשם לעורר ספק סביר לעניין התקיימותה של הוראת חיקוק מסויימת היא אחת התוצאות, תוצאה הקבועה בסעיף 34כב(ב), המתבקשת מהיות הוראת החיקוק האמורה "סייג". אולם, אין לומר בהכרח כי שאלת נטל ההוכחה והספק הסביר שלובה בשאלת היקף התפרשותו של המונח "סייג". במילים אחרות, אין לגזור את משמעות ה"סייג" משאלת נטל ההוכחה בלבד. אין לשלול מראש מקרים בהם נפרש הוראת חוק המצמצמת את האחריות הפלילית כפי שנקבעה בעבירה מסוימת, אף שאינה "סייג", כהוראה אשר די לו לנאשם לעורר ספק סביר ביחס אליה.

4. ההתחקות אחר תכלית החקיקה, הן התכלית הסובייקטיבית - "כוונת המחוקק" - והן התכלית האובייקטיבית של "מטרת החקיקה" אינה תומכת במסקנתו מרחיקת הלכת של הסיניגור. בחינת ההיסטוריה החקיקתית של הסעיף, ההקשר בו מצויה הוראת החוק, הרקע המשפטי והחברתי של חקיקה זו ועקרונות היסוד של השיטה אינם מובילים למסקנה כי "סייג" כמשמעותו בסעיף 34כב מתפרש בדרך בה ביקש הסיניגור לפרשו.

אין ספק כי הוראת סעיף 34כב, חוללה שינוי ביחס למידת ההוכחה ואיחדה את הדין בשאלה זו ביחס לכל הסייגים המנויים בפרק ה' 1 לחלק הכללי של חוק העונשין, שכותרתו "סייגים לאחריות הפלילית". סימן ב' של פרק זה מונה את כל אותן "הגנות כלליות" הידועות לנו בדיני העונשין. "הגנות כלליות" אלו כונו בעידן של טרום תיקון 39 "עיקרים באחריות הפלילית".

בדברי ההסבר להצעת החוק לתיקון מס' 39 (הצעת חוק העונשין (חלק מיקדמי וחלק כללי)), התשנ"ב-1992 שפורסמה בהצעת חוק מס' 2098, בעמ' 115, הובהר כי כוונת המחוקק היא לכלול במונח

"סייג" שבסעיף 34כב(ב) את הסייגים המנויים בפרק ה' 1 לחוק העונשין. כן הוצע (בסעיף 40 להצעת החוק) שלא לאפשר פיתוח סייגים נוספים על ידי ההלכה הפסוקה, ובכך להפוך את רשימת הסייגים המנויים בפרק לרשימה סגורה. ביחס לסעיף 41, הוא סעיף 34 כיום, נאמר בדברי ההסבר כי "הכלל האמור מהווה שינוי מן הדין הקיים, ככל שמדובר במידת ההוכחה הנדרשת מן הנאשם באשר לסייגים הקבועים בסעיפים 19 ו- 22 לחוק העונשין" (שם, בעמ' 134). אמנם, כפי שציין חברי, בתיקון כפי שחוקק, לא נזכרה עוד הוראת סעיף 40 להצעת החוק הקובעת "רשימה סגורה" של סייגים ומגבילה את יכולת הפסיקה לפתח סייגים חדשים; אולם נראה כי ניתן ללמוד מהשוואת נוסח ההצעה לנוסח החוק כפי שנקבע, כי סייג כמשמעותו בסעיף 34כב מתייחס לסייגים המנויים בפרק זה, וכי עם פתיחת השער בפני סייגים נוספים מאותו סוג, כפי שהפסיקה תקבע, תחול ההוראה גם עליהם.

הרחבה רבה יותר של המונח "סייג" שבסעיף הנדון, באופן שיטיל על התביעה, תמיד וללא יוצא מן הכלל, את נטל ההוכחה בעניינין של כל ה"הגנות" הצמודות לעבירות הפרטיקולריות, היא בבחינת "מהפכה זוטא" במשפט הפלילי שלנו. מהפכה כזו, אף כי יש הסבורים שראויה ורצויה היא (ראו למשל, ד' בין "ההגנה החוקתית על חזקת החפות", עיוני משפט כב(1) בעמ' 11 תשנ"ט (להלן - **בין**); א' ידן, "משא ההוכחה והכלל 'אין עונשין מספיק' ו' הפרקליט' ו' (תש"ט) 188), אינה מתיישבת עם ההיסטוריה החקיקתית של הוראת סעיף 34כב.

ניתן לסכם ולומר כי תכלית החקיקה כיוונה ל"סייגים" המנויים בפרק ה' בחוק, וכן לכך שההוראה תחול גם על סייגים "דומים" אפשריים נוספים, אשר בהם עשויה להכיר הפסיקה בעתיד. "סייגים" חדשים אלה, לכשימצאו, ישאו את מאפייניהם ותכונותיהם של ה"סייגים" המנויים בפרק ה'. כפי שציין חברי, נושאים סייגים אלה אופי כללי - הם אינם מסייגים את האחריות הפלילית אך בעבירה ספציפית בלבד, אלא חלים, ככלל, על כל העבירות במשפט הפלילי כולו. דומה כי אופיים הכללי של ה"סייגים" המנויים בפרק ה' היא התכונה היחידה המשותפת להם, ולשיטתי, יצטרך גם "סייג" פוטנציאלי, אשר נרצה להוסיף לאלה המנויים בסימן ב לפרק ה', לעמוד במבחן ה"כלליות".

מעניין לראות, בהקשר זה, את הדוגמאות המצויות בדבריה של פרופ' מרים גור-אריה לעניין ה"סייגים" הפוטנציאליים הנוספים שעשויים להתפתח בפסיקה, דברים שנכתבו בעקבות הצעת החוק. "סייגים" פוטנציאליים אלה עונים אף הם על תכונת ה"כלליות":

"...אין אני שותפה לעמדת המציעים שלפיה הגיעו הסייגים לאחריות פלילית 'לשלב בשלות וגיבוש' המייתר את המשך פיתוחם של הסייגים. כך, למשל, על אף שהכלל אשר לפיו אי ידיעת הדין איננה מתרצת נחשב בעיני רבים למיושן, אין עדיין תמימות דעים לגבי התנאים שבהם יהיה זה ראוי להכיר בטעות בחוק הפלילי כהגנה. ובניגוד להצעות חקיקה אחרות שהתגבשו בכמה שיטות משפט

המבוססות על המשפט המקובל האנגלי המכירות, בתנאים אלא או אחרים, בטעות בחוק הפלילי כהגנה, ההצעה הישראלית ממשיכה לדבוק בעמדה המסורתית... בשלב עוד הרבה פחות מגובש מצויים הדיונים בסוגייה, האם ראוי כי הסכמה תשמש עילה השוללת את האחריות הפלילית."

(מ' גור-אריה, "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992-
משפטים כ"ד (תשנ"ד) 9 בעמ' 13).

כדוגמא ל"סייגים לאחריות פלילית" שהתפתחו בדרך פסיקתית במשפט הגרמני מציינת המחברת, את הסייג של "צורך מצדיק" שיצר שם קטיגוריה נוספת של הגנה כללית (ראו שם, ה"ש 18). לעניין זה ראו גם:

George P. Fletcher **Rethinking Criminal Law**, p. 545 - 546.

אציין עוד, כי בניסיונו להתחקות אחר משמעותו של המונח "סייג" לא נוכל להיעזר בתכונת ה"אוניברסליות", המאפיינת חלק מה"סייגים" כנזכר בפסק דינו של חברי. תכונה זו אינה יכולה להוות מבחן לזיהוי ה"סייגים", שכן כאמור היא מאפיינת רק חלק מהסייגים המנויים בפרק ה' לחוק. לכך יש להוסיף את החשש כי מבחן ה"אוניברסליות" אינו ברור די צרכו.

ניתן אם כן לסכם בשלב זה ולומר, כי בהשמיטו את סעיף 40 להצעת החוק לתיקון מס' 39, קרי, בוותרו על קביעת רשימת הסייגים המנויים בפרק ה' כרשימה סגורה, לא עמדה לנגד עיני המחוקק הכוונה המיוחסת לו על ידי סניגורו של ישראל. המחוקק לא ביקש לפרוש את מונח ה"סייג" שבסעיף 34 כב על פני כל סוגי ה"הגנות" שבדין, הכלליות והפרטיקולריות כאחד, אלא ביקש להסדיר את מידת ההוכחה שעל כתפי הנאשם בכל אותן "הגנות כלליות", היינו בכל ה"סייגים" המנויים בפרק ה' לחוק, ובכך ליצור אחידות בשאלת המידה הנדרשת להוכחתם. בכך שינה המחוקק את המצב ששרר טרם התיקון, לפיו היתה מידת ההוכחה המוטלת על הנאשם - לגבי הסייגים של אי שפיות, שכרות והגנה עצמית - הוכחה על-פי מאזן ההסתברויות (ראו: ע"פ 315/66 בן שבת נ' מ", פ"ד כא(1) 197, 203, לעניין הגנת השיכרות; ע"פ 10/49 מ"י נ' פתניאב פ"ד ב 424, לעניין הגנה עצמית כנוסחה טרם תיקון מס' 39). ההבחנה בין סייגים אלה לסייגים האחרים היתה מבוססת על נוסח הסעיפים בחוק דאז ועל ההיסטוריה של אותן הגנות במשפט האנגלי. יש להניח כי "הגנות" כלליות נוספות, אם וכאשר ייווצרו על ידי הפסיקה, יסתופפו אף הן תחת הכינוי "סייגים" ועל הוכחתם יחולו אותם כללים.

5. פרשנותה של הוראת סעיף 34 כמסדירה את מידת ההוכחה בכל אותן "הגנות כלליות", היינו בכל ה"סייגים" כמשמעם בסעיף זה, אף עולה בקנה אחד עם עקרונות השיטה המשפטית בכלל והמשפט הפלילי בפרט. יוצא, איפוא, כי הוראת החוק הנדונה ביקשה להסדיר את מידת ההוכחה ביחס לכל ה"סייגים" באופן אחיד, כך שמידת ההוכחה המוטלת על הנאשם תפחת ואילו הנטל המוטל על התביעה יהיה כבד יותר. בכך

נתנה ביטוי ל"חזקת החפות", שהיא ללא עוררין עקרון יסוד מרכזי במשפט הפלילי. כוונת המחוקק, אם כן, מתיישבת היטב עם תכלית החוק ועם יסודות השיטה, ובראשם "חזקת החפות".

חזקת החפות מהווה יסוד מיסודות שיטת המשפט הפלילי בישראל מאז ומתמיד. אף בטרם ניתן לחזקת החפות ביטוי מפורש בחוק העונשין היא נקבעה כעקרון יסוד בפסיקתנו (ראו, למשל, ע"פ 339/80 עדיקא נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 106, 112; ע"פ 582/79 באומינגר נ' מ"י פ"ד לד(4) 561; מאמרו של בין, לעיל, בעמ' 11). בבואנו לפרש הוראת חוק כחורגת מהכלל על פיו נטל ההוכחה מוטל תמיד על התביעה, שומה עלינו לנהוג משנה זהירות, שכן כלל זה על פי שיטתנו, נגזר ישירות מחזקת החפות. כך נהגנו עוד בטרם חוקק תיקון 39 ואף בטרם נחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ויש לנהוג כך אף עתה ובמשנה תוקף, שכן חזקת החפות חולשת על שאלת האחריות הפלילית בשלמותה (להבדיל מאלמנטים "חיצוניים" לשאלת האחריות הפלילית).

6. מהאמור לעיל אין מתחייבת המסקנה כי נטל ההוכחה לעניין "הגנות", אינו מוטל אף פעם על כתפי הנאשם. קביעה כזו היא מרחיקת לכת. היא מנוגדת במקרים רבים למילותיו המפורשות של המחוקק (כזכור, דנים אנו בהוראות חוק שקדמו לחוק היסוד, ודיוננו אינו מתנהל במישור החוקתי). אף בשיטות משפט זרות הקרובות לנו, כגון שיטת המשפט האנגלית והאמריקאית, אשר פתרו את סוגיית נטל ההוכחה ומידתו בהגנות באופנים שונים, אין יסוד לקביעה כה נחרצת. כך, למשל, בעבירות אחריות קפידה פטורה התביעה אף מהוכחת היסוד הנפשי, ועל הנאשם מוטל לשלול את קיומו.

חזקת החפות מתפרשת על האחריות הפלילית כולה, אך אין בכך כדי לשלול את האפשרות כי ייתכנו מקרים בהם ניתן יהיה לסטות מהכלל כי הנטל להוכיח את כל רכיבי העבירה הוא על התביעה.

בעבר (לפני חקיקת תיקון 39) התחבטה הפסיקה בשאלה האם לצורך העברת הנטל מהתביעה לכתפי הנאשם ביחס ליסוד מיסודות העבירה, נדרשת בהכרח התערבות חקיקתית ישירה, ושאלה זו הושארה בצריך עיון; ראו: ע"פ 696/81 אורלי אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 565, בעמ' 583, מפי השופט ברק. כיום, לאחר תיקון חוק העונשין, ברור כי אין להטיל את נטל ההוכחה בכל הנוגע להוכחת יסוד מיסודות העבירה על כתפי הנאשם, אלא בעבירות אחריות קפידה, ובהתאם למגבלות הקבועות בחוק.

כאמור, העבירות בהן עשוי נטל ההוכחה לעבור לכתפי הנאשם לעניין היסוד הנפשי, הן עבירות האחריות הקפידה (ראו סעיף 22 לחוק העונשין). ככלל ייחודן של עבירות אלו הוא בכך שעם הוכחת היסוד

העובדתי שבעבירה חלה חזקה כי היסוד הנפשי שבעבירה התקיים והתביעה אינה חייבת עוד להוכיחו. הנאשם יכול להסיר מעליו את האחריות הפלילית אם יסתור את היסוד הנפשי המיוחס לו ובנוסף יראה כי נקט בכל האמצעים למניעת העבירה (ראו, למשל, רע"פ 608,26/97 חיים לקס נ' מדינת ישראל (טרם פורסם) בפיסקה 2 לפסק דיני). עבירות אלו הן ייחודיות במשפט הפלילי והן נועדו להסדיר תחומים מסוימים בחיי החברה:

"המדובר בתחומים המחייבים הסדרים כלכליים וחברתיים אחידים ובני אכיפה, שיש בהם לקבוע סטנדרט התנהגות מותאם לצרכי החברה בת זמננו. כדי להבטיח אכיפה פשוטה ויעילה של אותם כללי התנהגות, וכדי להעמיק את האכיפה באותם תחומים נקבעו עבירות שדרכי הוכחתן פשוטות... (שם, שם).

קיימות איפוא, במשפטנו עבירות בהן נטל ההוכחה מוטל על הנאשם אף לגבי יסוד מיסודות העבירה. המחוקק של תיקון 39 היה מודע לזהירות בה יש לנקוט באשר לקביעת נטל ההוכחה, ובהתאם לכך נקבע כי עבירות מיוחדות אלו יתקיימו אך בהתאם לקביעה מפורשת בדיון, ובנוסף, הוגבלה הענישה לגבי העבירות הנדונות במקרים בהם היסוד הנפשי בעבירה לא הוכח (ראו סעיף 22 לחוק העונשין). באופן זה ביטא המחוקק איזון בין חזקת החפות מחד ושיקולי מדיניות חברתיים וכלכליים מאידך.

בדומה לכך, גם לעניין התקיימותן של "הגנות" יש ומוטל על הנאשם הנטל להוכיחו.

7. ביחס לחלק מן ה"הגנות" הצמודות לעבירות הפרטיקולריות אשר אינן מהוות יסוד מיסודות העבירה, נפסק כבר אצלנו, כי נטל ההוכחה מוטל על הנאשם, ושאלה זו שבה ועולה ביחס ל"הגנות" המופיעות בצידן של עבירות שונות, הן בחוק העונשין והן מחוצה לו. יצוין כי המקרים בהם יוטל נטל ההוכחה על הנאשם הם החריג לכלל, כאשר ברור כי תכלית החקיקה מחייבת זאת. מתי "תכפה" עלינו תכלית החקיקה את הטלת הנטל על הנאשם? אכן, שאלה זו היא המונחת בלב הסוגיה הנדונה. התשובה לשאלה מורכבת היא ואין בידינו נוסחת קסמים, על פיה ניתן יהיה לסווג מראש בצורה חדה הוראת חיקוק לכאן או לכאן. עם זאת, ניתן למנות קווים מתוים, אשר יש בהם כדי לסייע לשופטים במלאכת הפרשנות. אף אחת מהתוויות אלו, שיפורטו להלן, אינה מכריעה כשלעצמה. ברם, כאשר מצטרפות מספר התוויות יחדיו, יוכלו הן, ככלל, להצביע על המסקנה הרצויה באשר להטלת נטל ההוכחה. במלאכה זו יהיו הוראות חוק שסיווגן יתבהר במהירות ואילו אחרות בהן תקשה עלינו המלאכה. כפי שאבהיר להלן, המקרה שלפנינו נמנה, לשיטתי, עם הקבוצה הראשונה.

8. נקודת המוצא בפרשנות הוראת חיקוק כאמור תהיה, כבכל שאלת פרשנות, לשון החוק. לפיכך, תחילה יש לבחון מה קובע החוק בעניין נטל ההוכחה. אולם, יודגש כי גם כאשר לשון החוק מורה בבירור כי הנטל "על הנאשם להוכיח" אין בכך תמיד תשובה מספקת לקביעת מידת הנטל.

לשוננו של החוק, כשלעצמה, על אף התייחסותה לנטל ההוכחה, אין בהכרח מכרעת ביחס לטיבו של הנטל. לעיתים אף לא תהיה לשון החוק בהירה מספיק. כך, למשל, עשויה לעלות השאלה האם ראוי לפרש הוראת חיקוק כמטילה את נטל ההוכחה, להבדיל מנטל הבאת הראייה, על הנאשם בלא שנקבע כך בלשון מפורשת.

לכן נזקקים אנו לאינדיקציות נוספות לצורך פרשנות על פי הדין הקיים. כך, יש מקום לבחון את אופייה של העבירה שביחס אליה חוקקה ההגנה ואת המערך החקיקתי בו היא מופיעה. כן יש לתת את הדעת לתחום אותו מסדירה החקיקה. עוד על הפרשן לבחון את מבנה העבירה ואת מיקומה של ה"הגנה" נשוא הדיון במבנה זה. הפרשן רשאי להתחשב גם בכך שהעובדה הנדרשת להוכחה נמצאת בידיעתו הבלעדית של הנאשם. עוד ניתן לקחת בחשבון את הקשיים המעשיים שבהוכחת העובדה. כמובן שהפרשן יעזר, כתמיד, בעקרונות היסוד של שיטת המשפט שלנו, ובשיקולי מדיניות, הן כלליים והן ייחודיים לתחום בו נמצאת העבירה נשוא הדיון.

כך, למשל, יקל עלינו להגיע למסקנה כי תכלית החקיקה אכן מחייבת את הטלת נטל ההוכחה על הנאשם במקרים בהם, מלבד לשון חוק המורה מפורשות על העברת הנטל, מדובר ב"הגנה" הצמודה לעבירות מיוחדות אשר נועדו להסדיר תחומים מסוימים בחיי החברה; כגון התחום הכלכלי, הפיסקלי, תחום התעבורה וכיוצא באלה. כפי שציין חברי, מלאכת האכיפה בעבירות "כלכליות", למשל, עימה נמנות ה"הגנות" בענייננו, קשה במיוחד בשל הקלות היחסית בהעלמה של מידע ובדרך כלל יהיה המידע הרלוונטי להרשעה בידיעתו הבלעדית של הנאשם. כמו כן, בדרך כלל, בעבירות אלה רמת הענישה אף אינה מן החמורות ביותר. בשיטת המשפט האנגלית, למשל, מכירה הפסיקה בחריג ל"כלל הזהב" על פיו נטל ההוכחה מוטל תמיד על התביעה, כאשר מדובר בעבירות "סטטוטוריות" ותכלית החקיקה מחייבת זאת. כך, נאמר בפסק הדין בעניין Regina v.

:Edwards [1975] 1 QB 27

"It is limited to offenses arising under enactments which prohibit the doing of an act save in specified circumstances or by persons of specified classes or with special qualifications or with the license or permission of specific authorities"

אינדיקציה נוספת לכוונת המחוקק להטיל את נטל ההוכחה על הנאשם היא כאשר מבנה החוק הוא

של "שרשרת הגנות", ה"חיצונית" ליסודות העבירה או העבירות שביחס אליהן הן נקבעו:

“Another common law practice is to allocate the burden of proving defenses that involved facts or information particularly within his knowledge. This was particularly useful when a given statute provided a string of statutory defenses to a crime and it seemed too difficult to ask the prosecution to negate all of them.” (Robinson, Co. , 1984)Paul; **Criminal Law Defenses**; West Publishing

אין בחקיקה כזו, המבחינה בין יסודות העבירה לבין ה"הגנות" שהן חיצוניות ליסודות אלו, כדי להשעות או לבטל את חזקת החפות ביחס לרכיבים שהם מחוץ ליסודות העבירה; אך יש בה כדי ללמד על כוונת המחוקק, לעניין נטל ההוכחה. יתכן כי שיטת חקיקה זו, המאפשרת למחוקק להפריד בין יסודות העבירה ל"הגנות" גם באופן מלאכותי או שרירותי, תעמוד למבחן כאשר תתברר הסוגיה בהיבט החוקתי.

כאמור, התוויות אלו שיש בהן כדי לסייע לפרשן, הינן רחבות וכלליות ואף אחת מהן אינה מכריעה ואינה מחייבת כשלעצמה. מדובר אך בקווי מתאר בהם ייעזר הפרשן על מנת לגבש את תכלית החקיקה ואת המשמעות העולה ממנה באשר לנטל ההוכחה ומידת ההוכחה הנדרשת.

9. מן הכלל אל הפרט. כאמור, לשון החוק ביחס ל"הגנות" הקבועות בהוראת סעיף 52ז מורה במפורש כי הנטל להוכיח את ההגנה הוא על הנאשם. הוראת סעיף זה עונה על מרבית המאפיינים שצינתי כמאפייני הוראת חיקוק המטילה את נטל ההוכחה על הנאשם על-פי מאזן ההסתברויות. העבירות לגביהן נקבעו ה"הגנות" הקבועות בסעיף 52ז, הן עבירות "כלליות" המסדירות את האיסור בשימוש במידע פנים בניירות ערך. מדובר במבנה חיקוק המעמיד "שרשרת הגנות", חיצוניות לעבירות שביחס אליהן נקבעו. "הגנות" אלו אינן נמנות עם רכיבי העבירות אליהן הן "שייכות". סימני ההיכר מובילים, איפוא, למסקנה כי יש לפרש את האמור בהוראת סעיף 52ז כמטיל את נטל ההוכחה באשר לתשע ה"הגנות" המנויות בהוראה זו על הנאשם, על-פי מאזן ההסתברויות.

חברי השופט חשין בחן את שאלת נטל ההוכחה על-פי תוכן ותכליתן של ה"הגנות" הספציפיות שהעלה ישראל, הן ההגנות הקבועות בסעיף 52ז(א)(4) ובסעיף 52ז(א)(9). לשיטתי, אין אנו נדרשים בעניינינו לבחינת כל סעיף וסעיף בנפרד לצורך ההכרעה בשאלת נטל ההוכחה. המסקנה אליה הגעתי אינה תלויה בתוכנו של כל סעיף "הגנה" כשלעצמו. המאפיינים שמניתי תקפים הם לכל סעיפי החיקוק, הן לשון החוק והן יתר המאפיינים מובילים לאותה מסקנה. נראה, איפוא, כי ניתן לקבוע דין אחד לכל סעיפי הוראת 52ז.

שׁוֹפֵט

הנשיא א' ברק:

1. מסכים אני לתוצאה אליה הגיעו חבריי, השופטים מ' חשין וד' ביניש. ניתוחו של חברי השופט מ' חשין, בעניין איסור השימוש במידע פנים מקובל עלי. אשר לנטלים, גם לדעתי נטל ההוכחה בהוכחת ההגנות הקבועות בסעיף 52 לחוק ניירות ערך, תשכ"ח1968- מוטל על הנאשם. מידת ההוכחה הנדרשת ממנו קלה מזו המוטלת על התביעה שעה שנטל השכנוע מוטל עליה. הנאשם אינו צריך להוכיח את קיומה של ההגנה מעבר לכל ספק סביר. די לו במידת הוכחה המקובלת במשפטים אזרחיים, כלומר, עודף הראיה או מאזן ההסתברות. "עליו לשכנע את בית המשפט, כי העובדות שהוכחו מצביעות יותר לטובת גרסתו מאשר נגדם" (א). הרנון, דיני ראיות 208 (חלק ראשון, תש"ל). מקובלת עלי גישת חבריי, כי בנטל זה לא עמד הנאשם ישראל רוזוב.

2. חבריי, השופטים מ' חשין וד' ביניש, עמדו בהרחבה על השאלה אם הוראת סעיף 34כב לחוק העונשין, תשל"ז1977-, עומדת לישראל רוזוב. שאלה זו רלבנטית היא, לענין מידת ההוכחה. כפי שראינו, על פי הוראת סעיף 52 לחוק ניירות ערך, מידת ההוכחה המוטלת על הנאשם היא להראות כי העובדות שהוכחו מצביעות יותר לטובת גרסתו - על פיה עומדת לו הגנה - מאשר נגדה. לעומת זאת, על פי הוראת סעיף 34כב לחוק העונשין, די לו שיעורר ספק סביר שמא עומדת לו הגנה. בהקשר זה טמון השוני העיקרי בין הוראות סעיף 34כב לחוק העונשין להוראת סעיף 52 לחוק ניירות ערך. לדעתי אין לנו צורך להכריע בפרשה שבפנינו איזו מבין ההוראות חלות בעניינו, שכן אפילו רשאי ישראל רוזוב להסתמך על הוראת סעיף 34כב לחוק העונשין, אין הדבר מסייע לו, שכן לא מתעורר כל ספק סביר ביחס להגנתו. עמדתו של חברי, השופט מ' חשין בעניין זה (פסקה 66) מקובלת עלי. לעניין היקף פריסתו של סעיף 34כב לחוק העונשין אומר אך זאת: מקובלת עלי עמדת חבריי, השופט מ' חשין וד' ביניש, כי הוראת סעיף 34כב לחוק העונשין אינה מוגבלת אך ל"סייגים" הקבועים במפורש בפרק ה'1 ("סייגים לאחריות פלילית") בחוק העונשין. דעתי הינה - וזו היתה דעתי עוד בטרם הוחק חוק העונשין (תיקון מס 39) (חלק מיקדמי וחלק כללי), התשנ"ד1994- (ראו א' ברק, פרשנות במשפט 475 (כרך ראשון, 1991)) - כי בית המשפט רשאי להכיר בסייגים נוספים על אלה הקבועים בחוק העונשין. כן מסכים אני עם חבריי, כי סעיף 34כב לחוק העונשין אינו חל על כל מקרה של "הגנה" המוכחת בדין עונשין זה או אחר.

את התשובה לשאלה מהם אותם המקרים שמחוץ לחוק העונשין, שניתן לסווגם כ"סייג", אבקש להשאיר בצריך עיון. הצורך לפתור שאלה זו אינו מתעורר בעניין שלפנינו.

נ ש י א

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט מ' חשין.

היום, ז באב התשנ"ט (19.8.99).

שופטת

שופט

נ ש י א

G05.97046750

**העתק מתאים למקור
שמריהו כהן - מזכיר ראשי
G05.97046750**