

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 8710/96
ע"פ 8620/96
ע"פ 8873/96
ע"פ 8573/96
ע"פ 8901/96

בפני:

כבוד השופט א' גולדברג
כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן
כבוד השופט י' טירקל

המערערים

בע"פ 8710/96:

1. עופר הלדשטיין
2. דוד וינמן

בע"פ 8620/96:

אפרים קוצ'ינסקי

בע"פ 8873/96:

אהוד יעקב

בע"פ 8573/96:

מרקדו מרדכי

בע"פ 8901/96:

אריה אדלר

נ ג ד

המשיבה:

מדינת ישראל

ערעורים על הכרעת הדין וגזר הדין
של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו
בת.פ. 208/95 ו- 207/95 שניתנו על
ידי כבוד השופט סטרשנוב

תאריך הישיבה:

ג' בתמוז תשנ"ז (8.7.97)

בשם המערערים:
בע"פ 8710/96:

עו"ד א' רוזובסקי

בע"פ 8620/96:

עו"ד ש' ורשה

בע"פ 8873/96:

עו"ד י' שטיין

בע"פ 8573/96:

עו"ד י' דורון

בע"פ 8901/96:

עו"ד ד' ליבאי, עו"ד ד' שינמן,
עו"ד א' בלום

עו"ד נ' מימון-שעשוע ועו"ד א' מודעי

בשם המשיבה:

פסק - דין

השופט א' גולדברג:

1. המערער מס' 1 בע"פ 8710/96 (להלן: ה"פ 8710/96) היה מנהל מערך הייעוץ להשקעות בבנק דיסקונט לישראל בע"מ (להלן: הבנק), וממונה על מחלקת חברות באגף ניירות-ערך של הבנק. במסגרת תפקידו הוא היה אחראי על ניהול תיקי השקעות בניירות-ערך עבור לקוחותיו הגדולים של הבנק, ביניהם רשות הנמלים והרכבות. הוא שימש חבר בוועדת השקעות משותפת לבנק ולרשות הנמלים, כנציגו הבכיר של הבנק בוועדה.

המערער מס' 2 בע"פ 8710/96 (להלן: וינמן) היה מבצע בבורסה של חברת אילנות דיסקונט (להלן: אילנות), שהיתה מנהלת קרנות נאמנות, והיה אחראי מטעמה על המבצעים בתחום אגרות החוב (להלן: אג"ח).

המערער בע"פ 8620/96 (להלן: קוצ'ינסקי) היה אחראי באילנות על המבצעים בבורסה בתחום המניות. בתקופה זו היה גם מבצע באג"ח. בדצמבר 1993 הוא מונה לסמנכ"ל ההשקעות של אילנות. בפועל החליף את קודמו בתפקיד (רמי שלום) באוקטובר 1993, כשזה נעדר מן הארץ, ובנובמבר של אותה שנה מילא שניהם את התפקיד בחפיפה.

המערער בע"פ 8873/96 (להלן: יעקב) היה סגן האחראי על המבצעים של הבנק בבורסה.

המערער בע"פ 8573/96 (להלן: מרקדו) היה אחראי על המבצעים של הבנק בבורסה. הוא, וסגנו יעקב, היו מופקדים על ביצוע העסקאות עבור קופות הגמל של הבנק.

המערער בע"פ 8901/96 (להלן: אדלר) היה משקיע פרטי, שהחזיק פקדונות ניירות-ערך בבנק למסחר בע"מ, וכן היה מנהל תיקי השקעות בניירות-ערך בחברה המרכזית לניירות-ערך בע"מ.

2. הרשעת המערערים נוגעת לשתי פרשיות. האחת, פרשת האג"ח, בה היו מעורבים, על פי קביעותיו של בית המשפט קמא, ה"פ 8710/96, וינמן, קוצ'ינסקי, יעקב, אדלר, וכן מבצע נוסף מטעם הבנק בבורסה, הוא עד

התביעה יצחק (ג'מיל) כהן (להלן: כהן). פרשה שניה היא פרשת המניות, ובה נטלו חלק יעקב, מרקדו, אדלר וכהן.

תמצית העובדות הנוגעת לפרשת האג"ח, כפי שקבע בית המשפט קמא, היא, כי מממן חיצוני, שאחד מהם היה אדלר (באישומים 1-13), רכש לחשבון, לפי הוראותיהם של המעורבים האחרים, או מי מהם, אג"ח חלקן (בעשרה אישומים) היו אג"ח שהציע בנק ישראל לציבור במכרז, וחלקן (בחמישה אישומים) אג"ח קונצרניות שנסחרו בבורסה. לאחר שרכש המממן את איגרת החוב המסויימת, הזרימו - במרבית המקרים - המעורבים האחרים, או מי מהם, לבורסה ביקושים לאותה איגרת חוב, מחשבוניות לקוחות הבנק וקרנות הנאמנות שבשליטתם. הביקושים גרמו לעליית שער של איגרת החוב בבורסה. או אז בוצעה עם המממן החיצוני עסקה מחוץ לבורסה (שכונתה פעולת "חילוץ"), בה נמכרו האג"ח מחשבון המממן לחשבון לקוחות הבנק (שבטיפולו של הלהדשטין) או קרנות הנאמנות (על ידי וינמן וקוצ'ינסקי), בשער ה"מנופח" שנקבע בבורסה כתוצאה מהזרמת הביקושים. ברווח שנוצר למממן התחלקו כל המעורבים באותה עסקה, לפי מפתח שנקבע מראש. במתכונת זו בוצעו העבירות שבאישומים 1-15. בפרשת חמש המניות (נשוא אישומים 16-20) רכש אדלר את המניות בבורסה לחשבון הפרטי בבנק למסחר, לפי הוראתם של יעקב, מרקדו וכהן. לאחר הרכישה החלו האחרונים ברכישה אינטנסיבית של אותן מניות עבור קופות הגמל של הבנק, וכך גרמו, במרבית המקרים, לעליות שעריהן של המניות. לאחר העלאת השער הם הורו לאדלר להתחיל במכירת המניות בבורסה, כאשר במקביל הזרימו הם הוראות קנייה מטעם הקופות, שקלטו את ההיצע בשער הגבוה. כל המעורבים התחלקו ביניהם ברווחים שצבר חשבון של אדלר כתוצאה מכך.

באישום מס' 22 נדונה פרשה נפרדת הנוגעת להלהדשטין לבדו. האחרון הורה לאביו, עמי הלהדשטין לרכוש מניה (או אופציה) מסויימת. לאחר הרכישה החל (להלהדשטין) להזרים ביקושים לבורסה לאותו נייר-ערך, מחשבוניות של לקוחות הבנק שבטיפולו. הזרמת הביקושים גרמה לעליית השער של נייר-הערך. לאחר מספר ימים של "הרצה" שהעלו את השער, הורה לאביו למכור את נייר הערך בבורסה, כשבמקביל הזרים ביקושים מחשבוניות לקוחותיו. כתוצאה מכך הפסידו הלקוחות שרכשו את נייר הערך, ומנגד צבר חשבון של האב רווחים נאים.

3. הלהדשטין הורשע באישומים 1-15 בקשירת קשר לביצוע פשע, עבירה לפי סעיף 499 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק); בלקיחת שוחד, עבירה לפי סעיף 290 לחוק; בקבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות, עבירה לפי סעיף 415 לחוק; ובמרמה והפרת אמונים בתאגיד, עבירה לפי סעיף 425 לחוק. כן הורשע באישומים 2-11, 13 ו-15 בתרמית בקשר לניירות-ערך, עבירה לפי סעיף 54(א)(2) לחוק ניירות-ערך,

התשכ"ח-1968 (להלן: חוק ניירות-ערך). באישומים 9, 15, הורשע גם בעבירה לפי סעיף 54(א)(1) לחוק ניירות-ערך. באישום 22 הורשע החדשטין בסעיפים 425, 499 ו-425 לחוק, ובסעיף 54(א)(2) לחוק ניירות-ערך.

וינמן הורשע באישומים 15-1 בעבירות שבסעיפים 290, 499 ו-415 לחוק, ובאישומים 11-2, 13 ו-15 הורשע גם בעבירה לפי סעיף 54(א)(2) לחוק ניירות-ערך.

קוצ'נסקי הורשע באישומים 15-3 בעבירות שבסעיפים 290, 499 ו-415 לחוק, ובאישומים 11-2, 13 ו-15 הורשע גם בעבירה לפי סעיף 54(א)(2) לחוק ניירות-ערך.

יעקב הורשע באישומים 15-1 בעבירות לפי סעיפים 290, 499, 415 ו-425 לחוק; באישומים 11-2, 13 ו-15 הורשע גם בעבירה לפי סעיף 54(א)(2) לחוק ניירות-ערך; ובאישומים 16-20 הורשע בעבירות לפי סעיפים 499, 290, 415, 425 לחוק, ובעבירה לפי סעיף 54(א)(2) לחוק ניירות-ערך.

מרקדו הורשע באישומים 16-20 בעבירות לפי סעיפים 290, 499, 415 ו-425 לחוק, ובעבירה לפי סעיף 54(א)(2) לחוק ניירות-ערך.

אדלר הורשע באישומים 13-1 16-20 בעבירות לפי סעיפים 290, 499, 415 ו-291 (מתן שוחד), לחוק, ובאישומים 11-2, 13, 16-20 הורשע גם בעבירה לפי סעיף 54(א)(2) לחוק ניירות-ערך. באישומים 17-20 הורשע גם בהפרת הוראות סעיף 52ט(ב) ו-52ט(ד), עבירות לפי סעיף 53(ב)(8) ו-53(ב)(9) לחוק ניירות-ערך. מתוך טעות קולמוס, ציין בית המשפט קמא בגזר דינו כי אדלר הורשע גם בעבירה לפי סעיף 425 לחוק.

4. בית המשפט קמא קבע כי "הוכחו המעשים המיוחסים לנאשמים בכתב - האישום, כמו גם הכוונה הפלילית שנלוותה אליהם, לאורך כל הדרך. הקביעות העובדתיות מתבססות על שלושה רבדים של ראיות מוצקות ומהימנות... והם: הודאותיהם הברורות, המפורשות והמפורטות של הנאשמים בחקירה ברשות לניירות-ערך בהן הם מודים במעשים המיוחסים להם; עדותו המהימנה והברורה של עד התביעה, יצחק כהן, התואמת ברובה את גרסאות הנאשמים עצמם בהודאות ברשות ובבית המשפט; המיסמכים והראיות האובייקטיביים, בעיקר של המוסדות הפיננסיים השונים, כולל הבורסה לניירות-ערך, המתייחסים לפעולות השונות של רכישת ניירות-ערך ומכירתם - המאששים לחלוטין את אופי העסקאות השונות וטיבן, כמפורט בכתב האישום".

5. בית המשפט קמא ציין בהכרעת דינו את התרשמותו "השלילית למדי מעדויותיהם המתחמקות והנפתלות בבית-המשפט" של המערערים. והוסיף:

"נראה כי מרבית הנאשמים בתיק זה, שכאמור נשאו תפקידים בכירים למדי, כל אחד בתחומו הוא... לקו במהלך המשפט בתסמונת חמורה למדי, הידועה בכינויה בפי העם 'תסמונת הראש הקטן'. תסמונת זו התבטאה, בין היתר, בנסיונם להציג עצמם כחסרי סמכויות לחלוטין, לא מבינים בעסקי ניירות-ערך, אחרונים וזוטרים בהירארכיה הניהולית וכיו"ב... נחה דעתי כי הנאשמים לא היו כה תמימים ובלתי מקצועיים, כפי שניסו להציג עצמם בבית המשפט, אלא היפוכו של דבר, כפי שיעידו מעשיהם המניפולטיביים והמתוחכמים ביותר, נשוא כתב-אישום זה".

התרשמות שונה וחיובית היתה לבית המשפט קמא מכהן, אשר היה בתחילה אחד הנאשמים בתיק, אולם כבר בראשית הדיון הודה בעבירות שיוחסו לו במסגרת הסדר טיעון עם התביעה. לאחר שהורשע (ונדון לחמש שנות מאסר, מהן שלוש בפועל, ולקנס בסך מליון ש"ח), העיד מטעם התביעה כנגד המערערים. לגבי כהן ציין בית המשפט קמא, כי במסגרת הסדר הטיעון שעשה, לא נכללה התחייבות כלשהי מצדו להעיד כנגד יתר הנאשמים בפרשה. ו"אף אם מהבחינה הפורמלית-משפטית המדובר בעד מדינה שרכש לעצמו 'טובת הנאה', כאמור בפסיקה, הרי יש לציין כי הוא לא זכה לפטור מוחלט מהעמדה לדין, תמורת מסירת עדות כנגד חבריו, או להקלה בעונשו. המדובר בשותף לעבירה, שהודה, נשפט ונענש, ובכך שילם את חובו לחברה בגין מעשיו הפליליים. כל טובת הנאה לא צמחה לכהן ממתן עדותו בבית המשפט וכל הרעת תנאים לא היתה עלולה לצמוח לו בעתיד מאופן ומדרך מתן עדותו. זאת - גם אם מהבחינה המשפטית, המדובר בעד מדינה שעדותו טעונה סיוע... סיוע שנמצא למכביר בתיק זה, בין בהודאותיהם של הנאשמים עצמם ובין בראיות אחרות".

בית המשפט קמא דחה את טענותיהם של באי כוח המערערים כנגד מהימנות עדותו של כהן, ו"הסתירות קלות הערך שמצאו הם בגירסתו, אין יורדות לשורשו של ענין כלל ועיקר". מסקנתו של בית המשפט קמא היתה, כי כהן העיד בבית המשפט "דברי אמת לאמיתם ועדותו מהימנת [עליו] ללא עוררין".

6. אומר מיד, כי אין עלינו להדרש כערכאת ערעור לטענות שהועלו בפנינו, ככל שבאו לתקוף את ממצאי המהימנות שקבע בית המשפט קמא. הוא הדין לגבי יתר ממצאיו העובדתיים של בית המשפט קמא, אלא אם כן יימצא כי מחומר הראיות לא ניתן היה לקבוע קביעה מסויימת מעל לכל ספק סביר, אף בלי להתייחס למהימנות עדויותיהם של המערערים. ליבו של הערעור אינו בדיון על הקביעות העובדתיות אלא בסוגיות המשפטיות המתעוררות בו, שנדונו והוכרעו בבית המשפט קמא, ועתה עומדות הן לדיון בפנינו.

7. סעיף 290 לחוק העונשין קובע כי:

"(א) עובד הציבור הלוקח שוחד בעד פעולה הקשורה בתפקידו, דינו מאסר שבע שנים...
(ב) בסעיף זה, 'עובד ציבור' - לרבות עובד של תאגיד המספק שירות לציבור".

סעיף 293, הנושא את כותרת השוליים "דרכי שוחד", קובע כי:

"אין נפקא מינה בשוחד -

- (1) אם היה כסף, שווה כסף או טובת הנאה אחרת;
- (2) אם היה בעד עשיה או בעד חדילה, השהיה, החשה, האטה, העדפה או הפליה לרעה;
- (3) אם היה בעד פעולה מסוימת או כדי להטות למשוא פנים בדרך כלל;
- (4) אם היה בעד פעולה של הלוקח עצמו או בעד השפעתו על פעולת אדם אחר;
- (5) אם ניתן מידי הנותן או באמצעות אדם אחר; אם ניתן לידי הלוקח או לידי אדם אחר בשביל הלוקח; אם לכתחילה או בדיעבד; ואם הנהנה מן השוחד היה הלוקח או אדם אחר;
- (6) אם תפקידו של הלוקח היה של שררה או של שירות; אם היה קבוע או זמני ואם כללי או לענין מסויים; אם מילוי היה בשכר או בלי שכר, אם בהתנדבות או תוך קיום חובה;
- (7) אם נלקח על מנת לסטות מן השורה במילוי תפקידו או בעד פעולה שעובד הציבור היה חייב לעשותה על פי דין".

סעיף 294(ד)(2) מוסיף כי "במשפט על שוחד לא יזקק בית המשפט לטענה שהלוקח לא עשה או

אף לא התכוון או לא היה מוסמך או רשאי לעשות את הפעולה".

בעבר הוצע לתקן את נוסח סעיף 290(א) בדרך הוספת חלופה: "או שיש בה ניצול תפקידו או

מעמדו" לסיפא של הסעיף (הצ"ח, תש"ם, 131). אולם הצעה זו לא קרמה עור וגידים ולא הגיעה לכלל דבר חקיקה.

8. עבירת השוחד היא עבירה התנהגותית, כשהיסוד העובדתי בה מורכב מרכיב התנהגותי ומשלשה

רכיבים נסיבתיים. הרכיב ההתנהגותי הוא ה"לוקח" או ה"נותן". הרכיבים הנסיבתיים הם: "עובד ציבור", "שוחד"

ו"בעד פעולה הקשורה בתפקידו". היסוד הנפשי בעבירה, כאמור בסעיף 19 לחוק העונשין, הוא מחשבה

פלילית, היינו מודעות לטיב המעשה ולקיום הנסיבות.

גבולותיה של עבירת השוחד אינם תחומים בצורה נוקשה. הציר המרכזי סביבו סב סעיף 290 הוא הרכיב הנסיבתי "שוחד". אולם רכיב זה, כשהוא עומד לעצמו, אינו מוגדר דיו. אין תימה, כי נוכח עמימותו עלה הצורך להוסיף את סעיף 293 המגדיר "דרכי שוחד". אולם גם סעיף 293 אינו תוחם את עבירת השוחד בגבולות נוקשים. נהפוך הוא, הסעיף מגמיש ומרחיב את עבירת השוחד על יסודותיה השונים. הרחבה זו מתבטאת בראש ובראשונה בכך שהסעיף פותח במלים "אין נפקא מינה", המבהירות שהסעיף אינו מספק הגדרה פוזיטיבית של דרכי השוחד, שיש בה להצר את גבולות העבירה, אלא נועד בעיקרו לשלול טענות הגנה, כששיללה זו מרחיבה את גבולות העבירה. קריאת חלופותיו של סעיף 293 עם היסוד העובדתי הרלבנטי, ממחישה את ההרחבה הגלומה בסעיף. כך, לדוגמא, היקף התפרשותו של הרכיב ההתנהגותי "הלוקח", כשהוא נקרא עם סעיף 293(5), הורחב ולא הוצר. היקף התפרשות הרכיב הנסיבתי "בעד פעולה הקשורה בתפקידו" אף הוא הורחב בסעיף 293, הן מן ההיבט של הגדרת ה"תפקיד", כאמור בסעיף 293(6), והן מן ההיבט של הגדרת ה"פעולה", כאמור בסעיפים 293(2), 293(3), 293(4), 293(7) ו-294(ד)(2). גם יסוד ה"מתת", שהוא נגזר מלקיחת שוחד, הורחב בסעיף 293(1) לכל "טובת הנאה אחרת".

9. לכאורה, מגבירה הרחבה זו את עמימות האיסור הפלילי, וככזו אינה עולה בקנה אחד עם הגיונו של עיקרון החוקיות, הקבוע בסעיף 1 לחוק העונשין. שכן, מעיקרון החוקיות מתחייב ש"החוק צריך להיות נגיש (בהבנה אליו) וגם ודאי (בתחומי פריסתו)" (א' ברק, "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני) "מחקרי משפט (תשנ"ו) 5, 18). אולם נראה, כי הגדרה גמישה של עבירת השוחד הינה כורח המציאות, כש"אין גבול לאפשרויות הרב-גוניות שבהן עשוי הדבר (הוא השוחד - א.ג.) להתבטא בחיי יום-יום" (ע"פ 150/88 לושי נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(2) 650, 657). עמימות זו היא, על כן, הכרח בל יגונה (ד' ביי, "חוקי היסוד והעבירות הספציפיות" **מחקרי משפט** (תשנ"ו) 251, 256).

נוכח רוחב יריעתן של הוראות החוק, על בית המשפט להזהר שלא "יילכד ברשת מי שהדין אינו חל עליו" (ע"פ 521/87 מדינת ישראל נ' עינב, פ"ד מה(1) 418, 425). סכנתה של לכידה "עודפת" כזאת היא כי יורשע בעבירת שוחד מי שמעשיו אינם שקולים לקלון שבלקיחת שוחד. יש גם "מקום לחשש מפני סילוף משמעות העבירה", כשמשמעות הסילוף היא שחיקת החומרה היתרה שבעבירת השוחד (פרופ' מ' קרמניצר, "האם חסרי עבירות אנחנו" **משפטים** יג (תשמ"ג) 159, 167). דומה, כי חששות אלה הם שעומדים ביסוד האזהרה שהזהירו בתי המשפט את עצמם מפני הסתפקות בפרשנות מילולית:

"כבר הזהיר השופט ויתקון, כי אם נחיל את ההוראות האמורות בענין טובת הנאה, שיכולה לשמש כשוחד, 'באופן מילולי', נגיע לפעמים לידי

אבסורד' (ע"פ 794/77 חייט נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 127 בעמ' 132). ועל כך חזר השופט י' כהן (כתוארו אז) בע"פ 736/77 בריגה נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 825 בעמ' 827, תוך שהוא מוסיף, כי 'בסופו של דבר אין להתעלם מאמות המידה שמכתיב לנו השכל הישר, כשאנו באים לשקול אם מתן טובת הנאה מהווה עבירת שוחד'. המחוקק לא הציב בסעיף 290 לחוק, את גבולותיו של ה'שוחד', ועניין לנו בעבירה בלתי מוגדרת ובלתי תחומה, אשר נשארה כזו על-אף ההוראות שבסעיפים 293-295 לחוק, שלא באו למצות את מושג ה'שוחד' ברשימה סגורה" (ע"פ 205/84 צדיק נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 85, 98).

ודוק, אין לזהות את הקריאה לשימוש במבחן השכל הישר עם הסתפקות באינטואיציה שיפוטית. כפי שהובהר "אינטואיציה אינה תחליף לאינטלקט. האינטואיציה חייבת להיות מבוססת, והיא צריכה להיות מסוגלת לשכנע. האינטואיציה היא ניצוץ העשוי להאיר את הדרך הראויה. אין היא הדרך עצמה. האינטואיציה צריכה להיות מבוקרת" (בג"צ 7157/95 נאווה ארד נ' יושב ראש הכנסת ואח', פ"ד נ(1) 591-592; וראה גם דברי הנשיא ברק בע"א 3124/90 סבג נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(1) 112).

10. לאחר "הערת אזהרה" זו לפרשנות עבירת השוחד, ולאחר שהבהרנו שאין תחליף לאנליזה משפטית, יש עוד להפנות לסעיף 34כא לחוק העונשין, המתווה את הדרך לפירוש הוראה עונשית:

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

הדרך הפרשנית שמתווה סעיף 34כא היא דו-שלבית. בשלב הראשון נדרש בית המשפט לבחון אילו מבין הפרשנויות המוצעות מגשימות את תכלית הנורמה האוסרת. בשלב השני בורר בית המשפט מבין פרשנויות אלה את זו שמקלה עם הנאשם. תכליתה של נורמה אוסרת ספציפית היא הגנה על ערך חברתי מסוים, ולכן מחייב ההליך הפרשני לאתר את הערך המוגן באמצעות העבירה.

11. נקודת המוצא היא שהרשות הציבורית היא נאמן הציבור, ועובדיה חבים נאמנות לציבור. על הערך המוגן באמצעות עבירת השוחד עמד פרופ' קרמניצר, במאמרו הנ"ל (עמ' 161-162):

"הערך החברתי המוגן באמצעות העבירות שעניין שוחד לעובד ציבור הוא פעולתו התקינה של המינהל הציבורי. המטרה הראשונה היא להבטיח שפעולתו של המינהל הציבורי תשקף את רצונה האמיתי של המדינה, כלומר תהיה מכוונת להגשמת האינטרסים והמטרות של

המדינה תוך הבאה בחשבון של שיקולים עניינים ושל שיקולים עניינים בלבד... חשיבות פעולתו של המינהל הציבורי היא גדולה, שכן בלעדיו לא ייתכנו חיים חברתיים מסודרים, ולפיכך מגינים באמצעות עבירת השוחד לא רק על תקינות פעולתו של המינהל הציבורי, אלא גם על יוקרתו של המינהל בעיני הציבור ועל האמון שהציבור רוחש לו כתנאים הכרחיים לפעולתו".

אולם בקביעות אלה לא ניתן להסתפק, כשקשה לגזור מהן אמת מידה מעשית לקביעת היקף ההתפרשות של עבירת השוחד. קושי זה נובע מכך שחובת הנאמנות אינה מתמצית בכלל התנהגות אחד, אלא היא תרכובת של מספר רב של כללי התנהגות. קיימים כללי התנהגות רבים שהפרתם עלולה לשבש את שיקול הדעת המינהלי. עבירת השוחד, על אף היקף התפרשותה הניכר, אינה "עבירת סל" לכל ההפרות האפשריות של כללי מינהל תקין. לצורך זה ממש הוחקה העבירה של הפרת אמונים, הקבועה בסעיף 284 לחוק העונשין. מכאן שיש לרדת לשורשו של הערך החברתי המוגן באמצעות עבירת השוחד, על ידי הגדרה של כלל התנהגות, שהפרתו מהווה שוחד.

12. אחת החובות הנגזרות מחובת הנאמנות שחב עובד הציבור לציבור היא זו האוסרת עליו להימצא במצב של ניגוד עניינים. עבירת השוחד קובעת תוצאות עונשיות על המפר חובה זו. על כך ניתן ללמוד בראש ובראשונה מסעיף 290 עצמו, הכולל את הרכיב הנסיבתי "**בעד** פעולה הקשורה בתפקידו". רכיב זה משמיענו כי בגדר עבירת השוחד יכלול רק המקרים בהם קיים קשר בין המתת (או הצפייה למתת) לבין התפקיד הציבורי. בהעדר קשר בין המתת לבין הפעלת שיקול הדעת המופקד (או הנחזה להיות מופקד) בידי עובד הציבור לא מתגבשת עבירת השוחד. בע"פ 205/84 הנ"ל (בעמ' 99), ציינתי, כי:

"לפי ראייה זו, המקובלת עלי, של מושג עבירת השוחד, לא די שהקשר בין תפקידו של עובד הציבור ובין המידע שבתמורה לה הוא מבקש (או מקבל) דמי תווך יתבטא רק בכך שהמידע הגיע לידיעתו תוך או עקב מילוי תפקידו (דוגמת פקיד דואר שתוך מכירת בולים שומע שיחה על נכס העומד להמכר ומקבל דמי תווך על ידיעה זו שמסר לאחר). במקרה כזה אין למקור המידע כל רלוונטיות לבקשת דמי התווך (או קבלתם), כשם שאין הוא רלוונטי מבחינתו של הנותן (או מי שהבקשה מופנית אליו). את ה'עיסקה' (המוצעת או המושלמת) ניתן לשייך, על כן, ליחסים הפרטיים שבין השנים, כשכל שמתכוון העובד הוא לעשות סחורה בידיעה שהגיעה לאוזניו, וכל שמתכוון הנותן (אם נעתר לבקשה) הוא לזכות במידע, כשדעת שניהם אינה נתונה כלל ועיקר לתפקידו של העובד ולנסיבות בהן שאב את ידיעתו.

.....

משמעות הדברים, על פי לשונו של החוק הקיים, שכל עוד לא כוון עובד הציבור לקחת את דמי התווך **כבעל תפקיד**, לא נוצר הקשר לצורך עבירת השוחד בין התפקיד, אותו ממלא, או מתיימר למלא, עובד

הציבור, לבין מסירת הידיעה שבתמורתה הוא מבקש (או לוקח) דמי תווך"

13. הדרישה לקשר בין התפקיד הציבורי לבין המתת, אינה מתנגשת עם קביעת המחוקק שהמתת אינו חייב להיות מכוון לפעולה קונקרטית. בויתור על הדרישה כי המתת יהיה עבור פעולה מסוימת, יש אמנם להחליש את הקשר בין הטיית שיקול הדעת לבין המתת. אולם החלשה זו אינה שקולה לניתוק המלא של הקשר האמור. שכן, תנאי להכרה בכך שהמתת נועד "להטות למשוא פנים בדרך כלל" היא קיומה של אפשרות סבירה שבעתיד יצטלבו דרכיהם של נותן המתת ושל עובד הציבור בתוקף תפקידו כעובד הציבור. עמד על כך השופט אלון בע"פ 300/78 (מזל וענונו נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(2) 183), באומרו:

"נסיבות הענין שלפנינו אינן מצביעות שאף אהרון מחלופ היה, במקרה מיוחד זה, בבחינת 'שלח לחמך על פני המים'. הרי פסוק זה, שמקורו בספר קהלת ושקנה לו שביתה, בדרך המליצה, להגדרת מתן שוחד כדי להטות למשוא פנים בדרך כלל, אף סיוס יש לו, והוא 'כי ברוב הימים תמצאנו' (קהלת י"א, א'); ומתוך חומר הראיות לפנינו קשה לדעת מה מציאה ביקש מחלופ למצוא ברוב הימים, ממשלוח הלחם - היא ההלוואה - למערערת, שכל מה שיכלה לשאת לו פנים היה לטלפן לו על מציאותו של שיק בעבורו, ודבר זה עשתה לרבים אחרים כמוהו".

14. האיסור הכללי על עובד ציבור להימצא במצב של ניגוד ענינים מושתת על שני טעמים: הטעם הראשון, למנוע ממנו לעשות שימוש לרעה בסמכות שהופקדה בידו כנאמן, והטעם השני, להגן על אמון הציבור במינהל הציבורי (בג"צ 531/79 סיעת הליכוד בעיריית פתח תקוה נ' מועצת עיריית פתח תקוה ואח', פ"ד לד(2) 566, 571). הדעת נותנת כי שני טעמים אלה הם שמונחים גם ביסוד עבירת השוחד. עמד על כך לאחרונה הנשיא ברק, באומרו:

"טעם זה (המצוי ביסוד עבירת השוחד-א.ג.) הוא כפול: ראשית, הרצון למנוע מעובד ציבור מלהימצא במצב דברים שבו בשל קבלת מתת ממי שנזקק לשירותיו הוא מעמיד עצמו במצב של התחייבות ושל ציפיה להדדיות, העשויים להשפיע על שיקול דעתו השלטוני; שנית, הרצון למנוע מעובד הציבור מלהימצא במצב של ניגוד ענינים, שכן עצם ההימצאות במצב דברים זה פוגעת באמון הציבור בשירות הציבורי. אכן, ביסוד דין השוחד עומד החשש שקבלת המתת תשפיע על שיקול הדעת של עובד הציבור מזה, ועל אמון הציבור ברשויות השלטון מזה" (ע"פ 5046/93 מדינת ישראל נ' רפאל הוכמן, שטרם פורסם).

עבירת השוחד היא, אם כן, "במהותה פעולה במצב של ניגוד ענינים" (טנה שפניץ וורדה לוסטהויז, "ניגוד ענינים בשירות הציבורי" **ספר אורי ידן** (תש"ן) 315, 347). היא נועדה, בעיקרה, לקבוע תוצאות עונשיות למי שמפר את האיסור להימצא במצב של ניגוד ענינים.

15. הקביעה הגורפת כי עבירת השוחד קובעת תוצאות עונשיות למי שמפר את הכלל האוסר על עובד ציבור להימצא במצב של ניגוד ענינים, אף היא אינה מספקת. האיסור לניגוד ענינים, כשלעצמו, אינו בנוי מקשה אחת. הוא חובק סוגים שונים של ניגודי ענינים, הנבדלים זה מזה מבחינת טיב האינטרסים הנוגדים, עוצמת השחיתות שבניגוד האינטרסים ועוצמת הפגיעה באמון הציבור. ניתן להבחין בין ניגוד ענינים הנוגע להתנגשות בין שני אינטרסים ציבוריים, ובין ניגוד ענינים בו ההתנגשות היא בין האינטרס הציבורי והאינטרס הפרטי. אך מובן הוא, כי הסכנה במקרה השני היא שהאינטרס הציבורי יוקרב על מזבח טובתו האישית של עובד הציבור. עוצמתה המוגברת של השחיתות שבהימצאות במצב של ניגוד ענינים בין אינטרס ציבורי לאינטרס אישי היא שהביאה ליצירת עבירות ספציפיות, שבאו למנוע מצב זה.

את המקרים בהם האינטרס הנוגד הוא אישי ניתן לחלק למספר קטגוריות.

בקטגוריה הראשונה מצויים המקרים בהם האינטרס האישי הנוגד מתבטא בקבלת טובת הנאה מצד שלישי, או בציפייה לקבל ממנו טובת הנאה. בקטגוריה זו קיים קשר אמיץ בין הצד השלישי לניגוד הענינים. הצד השלישי הוא שיוצר את ניגוד הענינים במובן זה, שבלעדיו לא יכול להיווצר כלל מצב כזה. המקרים הנכללים בקטגוריה זו הם המקרים הטיפוסיים של שוחד. בקטגוריה השנייה מצויים המקרים בהם האינטרס האישי הנוגד נובע מביצוע לא נאות של התפקיד, בלי תלות בקיומו של צד שלישי. מצב של ניגוד ענינים "עצמי" כזה יכול, בין היתר, להתרחש כאשר עובד הציבור אחראי על רכוש, וביצוע לא נאות של תפקידו, כשלעצמו, מצמיח, או עשוי להצמיח לו, תועלת כלכלית. אם עובד הציבור מממש את ניגוד הענינים ה"עצמי" בכוחות עצמו, בלי מעורבות של צד שלישי, כי אז לא נעברת עבירת השוחד. עמדו על כך שפניץ ולוסטהויז בחיבורם הנ"ל (בעמ' 347):

"עבירת השוחד, היא... העבירה המרכזית שנידונה בפסיקה בקשר לניגוד ענינים. אין פלא בדבר, שהרי עבירה זו היא במהותה פעולה במצב של ניגוד ענינים... למרות תחולתה הרחבה של עבירת השוחד היא עדיין מוגבלת לאותם מקרים שעובד הציבור פועל מתוך ניגוד ענינים כתוצאה מהשפעה של אדם אחר. **העבירה אינה כוללת את המקרים שבהם עובד הציבור פועל מתוך ניגוד ענינים לצורך קידום אינטרס עצמי שלו בלבד**". (ההדגשות אינן במקור).

חלק מהמקרים שבקטגוריה השניה נכנסים לגדר עבירת גניבה בידי עובד ציבור (סעיף 390) או גניבה בידי מורשה (סעיף 393), כשעבירות אלה נקראות יחד עם סעיף 383(א)(2). אולם במוקד עבירות אלה מצויה ההגנה על אינטרס רכוש, והעובדה כי הופרה חובת הנאמנות לציבור הינה רק נספחת כנסיבה מחמירה לעבירה. העובדה שעבירות אלה שובצו בפרק של "פגיעות ברכוש", ולא בפרק "עבירות בשירות הציבורי וכלפיו", היא ראייה טובה לכך. יהיו גם מקרים בקטגוריה זו אותם ניתן יהא לכלול ב"עבירת הסל" של מירמה והפרת אמונים.

בתווך מצויה הקטגוריה השלישית, בה נכללים המקרים בהם האינטרס האישי הנוגד הוא "עצמי", במובן זה שהוא נובע מקבלת טובת הנאה, או מציפייה לקבל טובת הנאה, עקב ביצוע בלתי ראוי של התפקיד, אלא שבמסגרת מימוש האינטרס העצמי הנוגד, רק מסתייע עובד הציבור בצד שלישי. קטגוריה זו נבדלת מהקטגוריה הראשונה, המאגדת את מקרי השוחד הטיפוסיים, במידת תרומתו של הצד השלישי לניגוד הענינים. בעוד שבקטגוריה הראשונה גורם הצד השלישי ליצירת ניגוד הענינים, הרי שבקטגוריה השלישית רק תורם הוא למימוש ניגוד ענינים "עצמי", אך הוא אינו חיוני ליצירתו. כך לדוגמא, אם עובד ציבור שמתפקידו לתת רשיונות, מתכנן להדפיס רשיונות מזויפים, ולשם כך נזקק הוא לשתף אדם שלישי אשר מוכן לממן את ההוצאות הכרוכות בזיוף, ולהתחלק עמו ברווחים ממכירת הרשיונות המזויפים. כשברור הוא כי אם היה עובד הציבור בעל אמצעים כספיים, לא היה נזקק לשותף, ויכול היה להוציא לפועל את זממו לבדו. במקרה כזה מדובר בשותפים, המסתייעים זה בזה.

16. ניגוד הענינים בקטגוריה השלישית הוא בגדר "פגם מולד" אצל עובד הציבור ולא "נרכש", והצד השלישי לא גרם ליצירתו אלא למימושו. מכאן השאלה אם חומרת המצבים הנכללים בקטגוריה זו זהה מבחינה מהותית לזו שבעבירת השוחד. כדי להשיב על שאלה זו יש לברר אם ההבדל במעמדו של הצד השלישי בין הקטגוריה הראשונה לקטגוריה השלישית, הוא שמוציא קטגוריה זו מכלל עבירת השוחד. במלים אחרות, האם המוקד בעבירת השוחד הוא ניצול התפקיד על ידי עובד הציבור או מעורבותו של הצד השלישי?

עבירת השוחד קובעת, כאמור, תוצאות עונשיות להפרת הכלל האוסר על עובד ציבור להימצא במצב של ניגוד ענינים. כן ציינו, כי הכלל האוסר על עובד ציבור להימצא במצב של ניגוד ענינים מושתת על שני טעמים: מניעת שיבוש הפעולה התקינה של הרשות, והגנה על אמון הציבור במינהל הציבורי, ויש יסוד לומר כי הטעם השני הוא הדומיננטי בעבירה.

הדין המינהלי, הקובע את האיסור על הימצאות במצב של ניגוד ענינים, והדין הפלילי, הקובע תוצאות עונשיות להפרת האיסור, מקיימים ביניהם איזון פנימי מלא, במובן זה שבשתי מערכות הדינים נתפש הרציונל של אמון הציבור כדומיננטי. בדין המינהלי הובהר היטב כי אין צורך שיתקיים ניגוד ענינים ממש. אין הכרח שניגוד הענינים יצא מן הכוח אל הפועל. "עצם המעמד הכפול פגום הוא מיסודו, אף ללא שניגוד אינטרסים יהיה קיים או יתעורר בפועל, וללא שהופקה ממנו טובת הנאה או נגרם בפועל נזק לציבור" (בג"צ 4225/91 גודוביץ נ' ממשלת ישראל, פ"ד מה(5) 781, 786). אמירה זו יונקת את חיותה מן ההשקפה שניגוד ענינים של נושא משרה ציבורית יוצר תחושת "מועקה ואכזבה בציבור כולו. לא רק שלעיתים לא נעשה צדק, אלא תמיד לא נראה שנעשה צדק" (א' ברק, "ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד" **משפטים** י' (תש"מ) 11, 16). בדין הפלילי נקבע, שלצורך שוחד אין נפקא מינה אם השוחד היה "בעד פעולה שעובד הציבור היה חייב לעשותה על פי תפקידו", כשבחלופה זו לא עומד כלל החשש לשיבוש שיקול הדעת (סעיף 293(7)). העובדה שבית המשפט לא יזקק לטענה "שהלוקח... לא עשה או אף לא התכוון ... לעשות את הפעולה" (סעיף 294(ד)(2)) מלמדת גם היא כי מרכז הכובד בעבירה הוא באמון הציבור. גם ההרחבה של העבירה על "מבקש או המתנה שוחד, אף שלא נענה, כמוהו כלוקח שוחד" (סעיף 294(א)), וכן על "המציע או המבטיח שוחד, אף שנדחה, כמוהו כנותן שוחד" (סעיף 294(ב)), נוגעת רק לפגיעה באמון הציבור. זאת ועוד. סעיף 295(א) לחוק קובע כי תיווך לשוחד מהווה לקיחת שוחד, אף אם המתווך לא התכוון כלל לתת את השוחד לעובד הציבור (ע"פ 527/86 מנדלאוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 666). הטעם להרחבת יריעת עבירת השוחד גם על מקרה כזה - וההימנעות מלהסתפק בעבירה של קבלת דבר במירמה - יכול להישען רק על הרצון להגן על אמון הציבור. מי שמסר את טובת ההנאה למתווך מאמין כי במתן ניתן להשפיע על הכרעת הרשות הציבורית, ואמונה זו - אף שסודתה בטעות - גורעת מאמון הציבור במינהל הציבורי.

ביטוי חריף לסכנה הגדולה לתדמיתו של השירות הציבורי עקב ניצול התפקיד הציבורי להפקת רווח

אישי, מוצאים אנו בדבריו של הנשיא שמגר:

"יש בתופעות אלה כדי לכרסם חמורות באמון אותו רוחש האזרח לאלה שהופקדו על-ידו כדי לשרת את הכלל, הן מעכירות את האווירה ונוטעות אכזבה ותיסכול. מי שמפר את האמון שניתן בו על-ידי כך שהוא מנצל מעמדו ועמדתו לשם הפקת טובות הנאה אישיות פסולות, גורר עמו למדמנה לא רק את אלה שאתם קשר קשרים ואשר בפניהם הציב את מתן השלמונים כתנאי מוקדם להיענות לדרישותיהם ולהשגת זכויותיהם. הפגיעה היא, כאמור, רחבה ועמוקה יותר: הפיקוח שביצעו נדרש מנושא המשרה במסגרת תפקידו הופך לנלעג, כספי הציבור משולמים לריק והגרוע מכל, צומחות ועולות אמות-מידה מעוותות ביחסי האנוש וביחסי השלטון והאזרח, בהן טמונה סכנה לחברה כולה" (עש"מ 1/77 אברהם קליין נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(2) 164, 167).

הנה כי כן, ההגנה על אמון הציבור במינהל הציבורי היא שעומדת ביסוד עבירת השוחד. מכאן מתחייב כי מרכז הכובד בעבירת השוחד יועתק לניצול התפקיד הציבורי לרעה. שכן, ניצול כזה מבטא בצורה המשמעותית ביותר את הפגיעה בתדמיתו של המינהל הציבורי.

17. נותר לברר, מה מקומה של הדרישה למעורבות צד שלישי בעבירת השוחד, ואם היא נועדה לתת תוספת חומרה לעבירה, מעבר לחומרה שבניצול התפקיד לרעה.

ההסבר העיקרי לדרישת מעורבותו של צד שלישי, הוא בתפישה הבסיסית של השוחד כהחלפה הדדית של טובות הנאה (או ציפייה להחלפה כזאת), בין נותן השוחד ועובד הציבור, אשר כתוצאה ממנה מנקר החשש בלב הציבור שתשתבש השורה, ותפגם איכות ההחלטות של השירות הציבורי. החשש הוא שנטל השוחד יבטל אז את רצונו וישעבד את חירות החלטתו לרצונו של נותן השוחד המבקש על-ידי כך להשיג תכלית הראויה לו (ע"פ 71/83 פלאטו שרון נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(2) 757, 771-772). במצב זה מרחפת עננה המעיבה על תדמית השירות הציבורי, ונפגע אמון הציבור בו.

עבירת השוחד אינה מתמקדת בגורם לפגיעה באמון הציבור אלא בפגיעה עצמה, כפי שהובהרה לעיל. עבירת השוחד באה למנוע "מחלה" (היא הפגיעה באמון הציבור) אשר הצד השלישי הוא רק סימפטום לקיומה, או זרז להתפרצותה. במעורבותו של צד שלישי אין כדי להוסיף חומרה על חומרה. כיוון שכך, אין מניעה לכלול בעבירת השוחד את המקרים הנכנסים לגדר הקטגוריה השלישית עליה דיברנו, בה רק תרם הצד השלישי למימושו של ניגוד ענינים "עצמי" של עובד הציבור. כשגם במקרים אלה קיימת ה"מחלה", ורק עוצמתו של הסימפטום לה חלשה יותר מזו שבשוחד ה"קלאסי".

18. בשורה ארוכה של פסקי דין נקבע כי עבירת השוחד אינה מותנית בהדדיות כוונות הנותן והלוקח. עבירת השוחד מושלמת גם אם הצד השלישי "תמים", וחף מכל כוונה פלילית. כן נפסק, כי עבירת השוחד נעברת גם אם היוזמה לקבלת המתת באה מצידו של עובד הציבור. מכאן חיזוק לדעה שהצד השלישי הוא "שחקן" חיוני בעבירה אך אינו בעל תפקיד ראשי בה (ע"פ 244/57 מרגולין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יב(1) 597; ע"פ 794/77 חייט נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 127; ע"פ 904/81 כליפא נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 533; ע"פ 521/87 מדינת ישראל נ' עינב, פ"ד מה(1) 418; ע"פ 121/88 מדינת ישראל נ' דרוויש, פ"ד מה(2) 663, ולאחרונה ע"פ 6258/94 יעקובזון נ' מדינת ישראל, שטרם פורסם).

חומרתה של העבירה מתרכזת, אם כן, בניצול התפקיד הציבורי להפקת טובת הנאה אישית, תוך הימצאות במצב של ניגוד ענינים, המביא לפגיעה באמון הציבור במינהל, וחומרה זו מתקיימת, גם אם הצד השלישי לא יצר את ניגוד הענינים, אלא תרם למימוש.

19. כפי שכבר הוזכר, הוצע בעבר להוסיף לסיפא של סעיף 290(א) את המילים "ניצול תפקידו או מעמדו" של מקבל השוחד. התוספת המוצעת אמורה היתה להוות חלופה לרכיב הנסיבתי "בעד פעולה הקשורה בתפקידו". הצעה זו נועדה לנתק את הקשר בין קבלת טובת ההנאה לבין הפעולה הקשורה בתפקיד, כך שגם טובת הנאה שאינה מעוררת כל חשש לניגוד ענינים עקב קבלתה, תהווה שוחד. מגמה זו עולה בבירור מדברי ההסבר להצעה, שם נאמר:

"במספר פסקי דין, הן של בית המשפט העליון (כגון ע"פ 276/70, פ"ד כ"ד (2) 85, וע"פ 265/70, לא פורסם) והן של בתי משפט מחוזיים, הפנה בית המשפט את תשומת לבו של המחוקק לצורך בתיקון החוק הקיים, הקובע כעבירה לקיחת שוחד בידי עובד הציבור רק אם הפעולה קשורה בתפקידו. **ישנם מקרים שבהם מנצל עובד הציבור את מעמדו או תפקידו ומקבל טובת הנאה בעד פעולות שאינן דווקא קשורות בתפקידו.** על כן מוצע לומר מפורשות שעבירת השוחד תחול גם על פעולה שיש בה ניצול תפקידו או מעמדו של מקבל השוחד" (ה"ח, תש"מ, 131; ההדגשות שלי- א.ג.).

העובדה שהצעה זו לא הפכה לחוק, מקשה על פיתוח פסיקתי של העבירה במקרה של ניצול התפקיד הציבורי לצורך הפקת טובת הנאה אישית, אף אם ברור שלא נגרם, ולא ייגרם, ניגוד ענינים עקב קבלת טובת הנאה. אולם אין כל מניעה פרשנית להעמיד את מרכז הכובד בעבירת השוחד, כנוסחה היום, על ניצול התפקיד הציבורי, אם עקב כך אכן נוצר ניגוד ענינים בין התפקיד הציבורי לאינטרס האישי של עובד הציבור, כשהצד השלישי לא יצר אמנם את ניגוד הענינים ורק תרם למימוש.

20. אמרנו, כי עבירת השוחד נועדה להגן על טוהר המידות של עובדי הציבור. אם עובד הציבור מצוי במצב של ניגוד ענינים, שביצירתו מעורב צד שלישי, נעברת עבירת השוחד. אין ספק כי אם הוסיף עובד הציבור חטא על פשע, ועקב ניגוד הענינים פגע בערך חברתי נוסף, יש מקום לתחולתן המצטברת של העבירות. אולם עדיין נותרה השאלה אם יש טעם ענייני להחיל כלל זה גם כאשר עובד הציבור הוא בעל אינטרס עצמי לבצע את העבירה הקשורה בתפקידו, וטובת ההנאה של הצד השלישי מתבטאת רק בתרומתו לביצוע אותה עבירה. שהרי במקרים הנכנסים לקטגוריה זו (היא הקטגוריה השלישית עליה דיברנו), ניגוד הענינים, נוצר עקב הצפייה לטובת הנאה מביצוע עבירה אחרת, ולצורך מימוש ניגוד הענינים חברו יחד עובד הציבור והצד השלישי.

21. המשיבה נאחזת בפסקי הדין שניתנו בע"פ 261/76 (ארז נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(2) 642) וע"פ 257/79 (סוויירי נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 757). בע"פ 261/76 הורשע אזרח עובד צה"ל ושותפו בעבירה של קבלת שוחד, כשהתנו מתן אישורי בנייה לקבלן בקבלת חלק מההכנסות שהפיק אותו קבלן. אלא שבמקרה זה היה הצד השלישי בגדר מי שיצר את ניגוד הענינים, ואין בו מענה לקושי העולה במקרים בהם טובת ההנאה מתבטאת בשותפות לעבירה, כשלעובד הציבור היה אינטרס "עצמאי" בעשייתה. בע"פ 257/79 נדון עניינו של ראש הוצאה לפועל, אשר עשה הסכם שותפות עם עורך דין פרטי, בו הוסכם שראש הוצאה לפועל ישיג לעורך הדין תיקי הוצאה לפועל. ראש הוצאה לפועל דן בהם בתוקף סמכותו, ושניהם התחלקו בשכר טרחת עורך הדין ששילם החייב. מקרה זה קרוב יותר מבחינה רעיונית למקרה הנדון בפנינו, אולם אף הוא אינו זהה, כשהצד השלישי היה גורם חיוני מבחינה מושגית ליצירת ניגוד הענינים.

22. כאמור, המיוחד בקטגוריה השלישית הוא שעבירת השוחד אינה המטרה, שהרי כבר אמרנו כי בקטגוריה זו יש לעובד הציבור אינטרס עצמי לבצע את תפקידו בדרך שאינה כשרה. כלומר, עבירת השוחד היא אמצעי לביצוע עבירה נוספת. האם נוכח ייחוד זה אין מקום לומר כי העבירה הנוספת בולעת את עבירת השוחד?

אכן, יש ורצף עבירות נטמע בעבירה הסופית שנעברה. היטמעות זו הכרחית כאשר מדובר ב"עבירה

במהלך התהוות מדורג". על מאפייניה של "עבירה במהלך התהוות מדורג" עמד פרופ' פלר, באומרו:

"המיוחד בעבירה במהלך התהוות מודרג מתבטא בכך שנתיב גיבוש העבירה דומה לסולם שכל אחד משלביו מהווה התפתחות, לעיתים אף סיבתית, מקודמו ושהעליון בהם מסמל את השלמת העבירה. אין לשלבים אלה כל קיום עצמאי, אלא בתוך הסולם עצמו, ואין בהם כדי להצמיח עבירות בזכות עצמן. הם מחוברים זה לזה בסולם כולו, שאמנם אין לו קיום בלעדיהם אך גם הם נטולים כל זהות עצמית מעבר להיותם סתם גזרי עץ. למשל, א' תוקף את ב', גורם לו פציעות שמתפתחות לחבלה חמורה שסופה מותו של ב'. במהלך כזה, יהיה זה מלאכותי להתייחס לשלבים השונים כאל בעלי נתונים העשויים לספק באורח מקוטע ומבודד דרישות לשם התהוות עבירות מספר, מקום שהגורם הממית הוא אחד ויחיד מתחילת המהלך ועד סופו... ניתן איפוא לסכם כי אירוע עברייני הוא בבחינת עבירה במהלך התהוות מדורג, כאשר הוא מתגבש תוך תהליך של התפתחות פנימית בעלת ציוני דרך, אשר אילו נעצרה בהם, היה האירוע זוכה להגדרה נורמטיבית אחרת, פלילית כמובן" (ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין (כרך ג', תשנ"ב) 259).

רצף עבירות ייחשב למצוי על אותו "סולם", אם כל עבירה המרכיבה אותו מעמידה בסכנה ערך חברתי הדומה לערך המוגן באמצעות העבירה שבראש "הסולם", אלא שעוצמת הסכנה והחומרה שבה פחותה מזו שבעבירה הראשה. הדוגמא בה נטמעת עבירת החבלה בעבירת ההמתה, ממחישה זאת היטב. משמעות הסיווג של עבירה כ"עבירה במהלך התהוות מדורג" הוא שהאירוע "נתון לשיוך נורמטיבי אחד ויחיד לפי היקפו המלא עם סיומו... אין בציוני הדרך כדי להצביע על קטעים בעלי משמעות פלילית לעצמם, לא בתוך האירוע כולו ולא במקביל לו" (פלר, שם, בעמ' 260).

23. האם יש לסווג את המקרים הנכנסים לקטגוריה השלישית כ"עבירה במהלך מדורג", באופן שעבירת השוחד נטמעת בעבירות האחרות שבוצעו? שהרי למטרתן של אלה נוצר הקשר הפלילי, שביצעו המשותף יצר את עבירת השוחד.

המערערים ביקשו להמחיש את האבסורד שבהחלת עבירת השוחד על שותפים שווי מעמד לעבירה, באמצעות התמיהה הבאה:

"בענין שבו יש שני קושרים במעמד דומה לא ניתן לומר שאיש מהם שבו בידי חברו. לדוגמא בעניינו, המממן אשר בחשבונו נוצר הרווח ואשר מחלק את הרווח באופן שווה בין המעורבים על פי מפתח שנקבע מראש. מממן זה מחלק את הרווח באופן שווה בין המעורבים על פי מפתח שנקבע מראש. מממן זה נחשב על ידי בית המשפט הנכבד לנותן השוחד (שעונשו מחצית מהאחרים) בעוד שהיתר מקבלים שוחד. אם כך ניתן לראות בשלל שוחד, מדוע לקבוע כי המממן הוא הנותן והאחרים מקבלים? האם לא אפשרי לקבוע ההיפך, קרי שהמעורבים - תמורת העמדת החשבון על ידי המממן - מעניקים לו חלק מהרווח (ולפיכך הם המשלמים והוא המקבל)? שאלה זו מדגישה עד כמה אבסורדית הגישה שכלל מדובר בשוחד בעניינו".

אכן, לא ניתן להתעלם מהחפיפה האופרטיבית שבין עבירת השוחד לבין השותפות לעבירות הקשורות בניצול תפקידו הציבורי של עובד הציבור. אולם חפיפה זו אינה יוצרת, לדעתי, קושי של ממש. העובדה כי מדובר במעשה פסי אחד, היוצר הן את השוחד והן את השותפות לעבירה הנוספת, אינה שוללת את המסקנה המשפטית כי יש להרשיע במספר עבירות, שעה שהמעשה הפסי גרם לפגיעה במספר ערכים שונים. עבירת השוחד והעבירות האחרות אינן מצויות על אותו "סולם". לפיכך, הטמעת עבירת השוחד בעבירה הנוספת, תחמיץ את הצורך לתת ביטוי לערך הייחודי המוגן באמצעות עבירת השוחד, ואין היא ראויה. גישה זו עולה בקנה אחד עם הדעה המקובלת בפסיקה כי עבירת מירמה אינה "בולעת" את עבירת השוחד. כך מוצאים אנו בע"פ 244/57 (מרגולין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יב 597, 601) את האמירה כי "העובדה שהיתה כאן הוצאת כספים בטענות שווא אינה מוציאה את האפשרות שהכספים הוצאו גם כשוחד" (וכן ע"פ 794/77

חייט נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 127). חיזוק לדעה זו נמצא גם בסעיף 295(א) לחוק, לפיו אף מי שיוצר מצג כוזב של תיווך בשוחד, יורשע אף הוא בלקיחת שוחד.

24. עד כאן לענין הרכיב הנסיבתי "שוחד". מכאן נפנה לבחון את פרשנות הרכיב הנסיבתי "תאגיד המספק שירות לציבור" שבסעיף 290(ב). סעיף זה הרחיב את עבירת השוחד, בכך שהחילה גם על תאגידים פרטיים המספקים שירות לציבור. ביסוד הרחבה זו מובלעת ההנחה שקיימים תאגידים פרטיים, אשר חבים חובת נאמנות בעלת גוון ציבורי, והפרת חובה זו מגעת כדי שוחד. הסעיף נועד לתפוש ברשתה של עבירת השוחד גופים "דו-מהותיים", המתאפיינים בכך ש"שתי מהויות, מינהלית ופרטית משמשות בה כאחד. ומדרכו של עולם יש ומתוך כך משמשות שתי מהויות בערבוביה" (ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 490; וראה גם בג"צ 4212/91 בית רבקה נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל, פ"ד מז(2) 661, וכן א' בבנישתי "תחולת המשפט המינהלי על גופים פרטיים" **משפט וממשל** ב (תשנ"ד) 11).

יש הסוברים כי התמורות החלות במבנה המשק הישראלי, המתבטאות בהפרטת שירותים ציבוריים, יטשטשו בעתיד את הגבול שבין המשפט הציבורי והמשפט הפרטי. על אפשרות לשינויים מבניים כאלה עמד פרופ' י' זמיר, באומרו:

"ביצוע המדיניות (ההפרטה-א.ג.) מצוי עכשיו בעיצומו ואין לדעת עד היכן יגיע... אכן, המדינה, הרשויות המקומיות וגופים ציבוריים אחרים ממירים יותר ויותר את התפקיד של אספקת שירותים בתפקיד של ניהול משא-ומתן עם גופים פרטיים שיספקו את השירותים (כגון שירותי שמירה, נקיון או סילוק אשפה) על יסוד חוזים. מטולטלת השירותים, שנעה במשך שנים רבות מן התחום הפרטי אל התחום הציבורי, שינתה לאחרונה את הכיוון, והיא מתחילה לנוע מן התחום הציבורי אל התחום הפרטי ("הסמכות המינהלית" כרך א' (תשנ"ו) 34).

25. בתי המשפט, שנדרשו עד כה להכריע אם גוף הוא "תאגיד המספק שירות לציבור", נמנעו מלקבוע הגדרה נוקשה למקרים הבאים בתחומם של סעיף 290(ב) לחוק. שכן, "נוכח מגוון המצבים העשויים להתעורר שנסבותיהם אינן ניתנות לחיזוי, הדבר אינו נחוץ ואינו רצוי" (ע"פ 122/84 מנצור נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(4) 94). אכן, אין לכלוא את הפרשנות לרכיב הנסיבתי "תאגיד המספק שירות לציבור" בכלל נוקשה, ואין לקבוע רשימה סגורה של מבחני עזר. עם זאת, יש מקום לקבוע את הבסיס הרעיוני להרחבה.

26. כאמור, מרחיב סעיף 290(ב) את תחולת עבירת השוחד על גופים שאינם נמנים אמנם על אחת מזרועות המינהל הציבורי, אולם הם מספקים שירות לציבור. הרצון להגן על תקינות פעולתם של גופים אלה, עמד גם ביסוד הרחבה זו. אלא שרציונל זה, כשלעצמו, אינו מסביר את הטעם לכך שנולד הצורך בהגנה

מוגברת על תקינות פעולתם של תאגידים פרטיים, עד לקביעת תוצאות עונשיות לפעולות המסכנות את תקינות פעולתם.

27. יש ונוכח חיוניות השירות, אין בידי הפרט להימנע מקבלת השירות, ומרחב הבחירה שלו לפנות לתאגיד אחר לקבל את השירות, אף הוא מוגבל. השילוב בין חיוניות השירות - מזה, וצמצום מרחב הבחירה - מזה, הופך את הפרט לתלוי בחסדיו של התאגיד. תלות זו היא שמקנה לפגיעה בתקינות פעילותו של התאגיד נופך חומרה מיוחד, שיש בה להצדיק את תחולת עבירת השוחד גם עליו.

חיזוק להשקפה כי רציונל התלות עמד ביסוד ההרחבה שבסעיף 290(ב) לחוק, מוצא ביטוי בדברי ההסבר להצעה להרחיב את תחולת עבירת השוחד על "תאגיד המספק שירות לציבור":

"נתגלו מקרים שעובדי מוסדות המספקים שירותים סוציאליים ומוסדות המספקים את ענייניהם של עובדים, משתמשים במעמדם כדי להפיק ריווח מהנזקים למוסדות על ידי הבטחות לטיפול יעיל יותר בפניותיהם. **ברוב המקרים אין לנזקים אפשרות לוותר על השירות, והם נענים לדרישות אותם עובדים**" (הצ"ח, תש"ל, עמ' 100; ההדגשות שלי - א.ג.).

גם בע"פ 291/78 (שלא פורסם) עמד הנשיא שמגר (כמצוטט בע"פ 624/81 וינטראוב נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 376, 380), על כך כי קיים דמיון בין טיב היחסים שבין הציבור לתאגיד המספק שירות לציבור - מזה, לבין טיב היחסים שבין הציבור למנגנון הציבורי - מזה. דמיון זה הוא שהביא להחלת עבירת השוחד על עובדי "תאגיד המספק שירות לציבור", כשאחד ממרכיבי הדימיון הוא תלותו של הפרט בנותן השירות. וכך אמר:

"למותר להוסיף כי עובדיו של תאגיד כאמור מקיימים הן עם כלל החברים של התאגיד והן עם יתר האנשים הבאים עמם בקשר, במישרין או בעקיפין **יחסים מאותו סוג - ויחסי תלות בכלל זה - אשר שמשו קו מנחה למחוקק, בקביעתם של דיני השוחד, בתחולתם לגבי עובדי הצבור כפשוטם**. על כן יש גם הגיון והצדקה ענינית בזאת, מבחינת האחריות הפלילית, בין עובדי הצבור כהגדרתם בסעיף 2 לחוק העונשין, תשל"ז 1977 - ועובדי התאגיד המספק שירות לצבור מן הסוג בו מדובר כאן".

28. שני היסודות עליהם עמדנו (חיוניות השירות וצמצום מרחב הבחירה), הם שמספקים מסגרת רעיונית להכרעה אם תאגיד מסויים מספק שירות לציבור, כמשמעו בסעיף 290(ב) לחוק, שלתוכה נדרש בית המשפט ליצוק תוכן במקרה שבפניו.

כדי לקבוע כי השירות המסופק על ידי התאגיד הוא חיוני, ניתן, בין היתר, לבחון, את האינדיקציות הבאות: מטרת הקמתו של התאגיד; טיב השירות שהוא מספק; טיב הסמכויות המוקנות לו; מידת מעורבות המדינה בהנהלתו; הגבלת זכות התאגיד לבחור את לקוחותיו; קבלת תמיכה מכספי הציבור; ומידת הפיקוח הציבורי על פעולות התאגיד (ע"פ 247/84 הנ"ל). התקיימות אינדיקציות אלה מהווה ראיה לכך כי היסוד הראשון נתקיים, היינו השירות המסופק על ידי התאגיד הוא חיוני.

29. כדי לקבוע את גבולות מרחב הבחירה של הפרט, יש לבחון בראש ובראשונה את מספר הגופים המספקים שירות זה. כך, לדוגמא, נאמר כי חברת החשמל כפופה לעקרונות המשפט המינהלי, מאחר שבידה מונופולין על אמצעי ייצור חיוני (ראה בשג"צ 91/87 מיקרו דף נ' חברת החשמל, פ"ד מא(2) 499). אולם בדיקת היצע התאגידים המספקים את השירות החיוני אינה בהכרח מספקת. יש לתת את הדעת לכך שכאשר השירות החיוני דורש ידע מיוחד ומומחיות מקצועית, וברשותו מאגר מידע שאינו נחלת הכלל, אין, דרך כלל, לאזרח מן השורה הנזקק לשירות, כלים שיאפשרו לו לערוך "בחירה מדעת" בין התאגידים השונים, ולממש את פוטנציאל הבחירה ביניהם. כיוון שכך, הריהו תלוי בנאמנותו של התאגיד. התוצאה היא שכאשר השירות החיוני שנותן התאגיד הוא מסוג זה, הופך הפרט "מן הישוב" שבוי בידי התאגיד. במקרים כאלה אין למרחב הבחירה משמעות של ממש, והמסקנה תהא כי מדובר ב"תאגיד המספק שירות לציבור".

תלותו של הנזקק לשירות מיקצועי, היתה אחד השיקולים לקביעה כי בנק הוא "תאגיד המספק שירות לציבור". כדברי השופט שטרסברג-כהן:

"הבנק ופקידיו אמורים לפעול בכל מה שקשור לכספי לקוחותיו המצויים בידיו, כשהם מונחים על-ידי שיקול של טובת הלקוח. יחסי הבנקים והלקוח הינם יחסי תלות של הלקוח בבנק. זאת ועוד, 'הנאמנות הכפולה', העשויה להתעורר באיזון האינטרסים של טובת הלקוח מחד גיסא ושל רווחיות הבנק מאידך גיסא, מצריכה מידה רבה של טוהר מידות, יושר והגינות. בגלל מצבור המידע, המצוי בידי פקידי הבנק, ובגלל התלות של הלקוח בייעוץ פקידי הבנק ובשירותים שהם מעניקים, יכולה להיווצר זמינות למעשי שחיתות.

בין הבנקים ללקוחותיהם מתקיימים יחסי נאמנות, והלקוחות מונחים בכלכל ענייניהם הכספיים על-ידי עובדי הבנקים, שהתנהגותם מצריכה רמה גבוהה של ניקיון כפיים הימנעות מלהיות נתונים להשפעות בלתי ענייניות במהלך מילוי תפקידם כלפי כל פרט, המהווה את ציבור

הלקוחות, וכלפי הציבור בכללותו" (ע"פ 122/84 מנצור נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(4) 94, 101).

30. לאחר שקבענו מה הן אמות המידה לסיווג תאגיד כ"תאגיד המספק שירות לציבור", נפנה לבחון אם קיומה של הוראה עונשית ספציפית האוסרת על עובד התאגיד לקבל טובת הנאה, אינה מתיישבת עם סיווג זה.

כוונת הדברים לכך שבפרק ז' לחוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד-1994, הנושא את הכותרת "עיקרי הנאמנות", מצוי סעיף 81(ג). סעיף זה שכותרת השוליים שלו היא "איסור קבלת טובות הנאה", קובע:

"דירקטור של מנהל קרן, חבר ועדת דירקטריון שאינו דירקטור ועובד או מועסק על ידי מנהל הקרן, לא יקבלו טובת הנאה כלשהי בקשר עם ניהול הקרן, זולת מידי מנהל הקרן".

סעיף 124(14) קובע כי מי שהפר מתוך מחשבה פלילית את הוראת סעיף 81(ג) צפוי ל"מאסר שנה או קנס פי שישה מן הקנס הקבוע בסעיף 61(א)(4)".

לטענת בא כוחם המלומד של הלהדשטיין ווינמן "הסיבה היחידה להצדקת סעיף זה הינה שעובד של מנהל קרן נאמנות שמקבל תמורה שלא כדין ממנהל קרן אינו מקבל שוחד. שכן אין מדובר בגוף שנותן שירות לציבור. אם היה זה שוחד (קרי אם היה מדובר בגוף שנותן שירות לציבור במובן סעיף 290 לחוק העונשין) לא היה צורך בסעיף... כל קביעה אחרת תהפוך את סעיף 81(ג) לאות מתה".

31. האם יש יסוד בדיון לטענה כי פרשנות חוק ספציפית, האוסרת על קבלת טובת הנאה, שוללת בהכרח את תחולת דיני השוחד?

כדי להשיב על שאלה זו ניתן לעשות "מיפוי כללי" - ובלתי ממצה - של טובות ההנאה האסורות. בבג"צ 57/93 (סויסא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(2) 750, 786), הצביע המשנה לנשיא ברק (כתוארו אז), על שלושה מעגלים של טובות הנאה אסורות, "כאשר כל מעגל רחב מקודמו וכולל אותו, ומשתרע על טובות הנאה נוספות אשר אסור לקבלן".

32. במעגל הפנימי מצויות טובות ההנאה אשר עובד ציבור מקבל בעד פעולה הקשורה בתפקידו, ומתוך מודעות לכך שקבלתה של טובת ההנאה קשורה לתפקידו. קבלתה של טובת הנאה בנסיבות כאלה מהווה קבלת שוחד, לפי סעיף 290 לחוק.

במעגל השני מצויות טובות ההנאה שמקבל עובד הציבור שלא בעד פעולה הקשורה בתפקידו. טובת הנאה זו ניתנת לעובד הציבור באשר הוא נושא משרה מסויימת, אך, כאמור, היא לא ניתנה לו בעד פעולה הקשורה בתפקידו. על הטעם להרחבה זו עמד המשנה לנשיא ברק בבג"צ 57/94 הנ"ל, באומרו:

"כאשר בני הציבור סבורים כי השוטר קיבל טובת הנאה באשר הוא שוטר יש בכך כדי לפגוע בתדמית המשטרה. עשוי גם להתעורר החשש, כי טובת ההנאה ניתנת לשוטר לא רק באשר הוא שוטר, אלא כתמורה לפעולה שהוא עשה או עתיד לעשות למען הנותן בתפקידו כשוטר. קיומו של חשש זה - שלעיתים קרובות קשה להפריכו, באופן המשכנע את הציבור - יש בו כדי לפגוע בתדמיתה של המשטרה. אכן, השוטר הוא נאמן של הציבור. לא לעצמו הוא פועל אלא למען הציבור. אמונו של הציבור בשוטר ובתדמית המשטרה ייפגמו קשות, אם הציבור יווכח לדעת, כי בנוסף למשכורתו מקבל השוטר טובות הנאה נוספות בשל היותו שוטר. לעניין זה, אין נפקא מינה אם טובת ההנאה ניתנת לשוטר מתוך מניע של הכרת תודה לשוטר, או אינטרס (כלכלי או אחר) של הנותן. יהא המניע של הנותן אשר יהא, על השוטר נאסר לקבל את טובת ההנאה אם זו ניתנת לו באשר הוא שוטר" (עמ' 788).

המעגל השני רחב, כאמור, בהיקפו מהמעגל הראשון בו נכללים מקרי השוחד הטיפוסיים. הרחבה זו מתבטאת במישור העובדתי ובמישור הנפשי. על ההרחבה במישור העובדתי עמד שר המשפטים, מר ש' תמיר, בעת הקריאה הראשונה של הצעת חוק שירות הציבור (מתנות). וכך אמר:

"יש מתנות שאין להן אופי פרטי מובהק, אך גם אין מגיעות לדרגת שוחד. הן אינן ניתנות בעד מעשה או מחדל פלוני הקשורים במילוי תפקידו של עובד הציבור ולא כדי להטות למשוא פנים בדרך כלל, אף שעובדת היותו של מקבל המתנה עובד הציבור היתה בין המניעים לנתינתה (ד"כ 82, תשל"ח, 1705).

דברים דומים נשמעו מפיו של חבר הכנסת ד' גלס, יושב ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט, שהביא את הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית:

"על-פי המצב המשפטי כיום אם ניתנת ומתקבלת מתנה לעובד ציבור על-מנת להטות פנים הרי העניין הוא בגדר עבירת שוחד המוסדרת בחוק העונשין. מצד שני עומדות מתנות לגיטימיות שעובד ציבור מקבל ככל האדם. הבעיה מתעוררת לגבי התחום האפור הרחב שבו ניתן שי

לעובד ציבור שלא מתוך כוונת שוחד, אך היא ניתנת כהגדרת סעיף 2(א) של ההצעה 'באשר הוא עובד ציבור' (ד"כ 87, תש"ם, עמ' 111).

היסוד הנפשי הנדרש במעגל השני הוא מודעות מצדו של עובד הציבור כי טובת ההנאה ניתנת לו באשר הוא עובד ציבור.

במעגל השלישי מצויות טובות ההנאה שמקבל עובד הציבור, אשר אינן בעד פעולות הקשורות בתפקידו, ואף אינן ניתנות לו באשר הוא עובד ציבור. על מעגל זה לא נרחיב את הדיבור, שכן הוא אינו רלבנטי בעניינו.

33. סקירת מעגלי האיסור לקבלת טובת הנאה מלמדת, כי אין בסיס עיוני לטענה לפיה פרשנות הוראת חוק ספציפית, האוסרת קבלת טובת הנאה, שוללת מניה וביה את תחולת עבירת השוחד. להוראת חוק ספציפית כזאת יכולה להיות חיות עצמאית, גם אם אינה חובקת את המקרים הנכללים במעגל הראשון. מכאן, שאין הכרח פרשני לראות בהוראה ספציפית האוסרת על עובד ציבור לקבל טובת הנאה תחליף לעבירת השוחד. באות כוחה המלומדות של המשיבה הפנו למספר הוראות חוק כאלה, אשר תקרת העונש הנמוכה בהן אף היא מלמדת כי הן לא באו להחליף את עבירת השוחד הקבועה בחוק (ראה סעיף 14א לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א 1951-; סעיף 96 לפקודת בתי הסוהר (נוסח חדש)).

34. בקביעה הנגטיבית כי אין הכרח לפרש הוראת חוק ספציפית האוסרת קבלת טובת הנאה כשוללת את תחולת עבירת השוחד - אין כדי להשיב לשאלה אם הוראת חוק כזו מצויה בין המקרים הנכללים במעגל הראשון (בו מצויות טובות ההנאה המהוות שוחד), או בין המקרים הנכללים במעגל השני או השלישי (בו מצויות טובות הנאה אסורות שאינן מהוות שוחד). על שאלה פרשנית זו, בהקשר לסעיף 81(ג) לחוק השקעות משותפות בנאמנות, נעמוד כשנבחן אם אילנות היא "תאגיד המספק שירות לציבור".

עבירת תרמית בקשר לניירות-ערך

35. סעיף 54(א)(2) לחוק ניירות-ערך מטיל אחריות פלילית על מי ש"השפיע בדרכי-תרמית על תנודות השער של ניירות-ערך". המחלוקת בבית המשפט קמא ניטשה באשר ליסודות העבירה, ואם עלה בידי התביעה להוכיח את התקיימותם של יסודות אלה. בית-המשפט קמא קיבל את עמדתה של התביעה, כי אין מדובר בעבירה שלשם השלמתה נדרשת תוצאה. את הרשעתם של המערערים ביסס בית המשפט קמא בכך שהוכחה רכישתם של ניירות-הערך, כשאל הרכישה נלוותה כוונה להשפיע על השער בדרכי תרמית. תוך שהוא מסתמך,

בעיקר, על פסק הדין בע"פ 5052/95 (ואקנין נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 642. להלן: פרשת ואקנין) הגיע בית המשפט קמא למסקנה כי:

"יש לקרוא את המלים 'השפיע בדרכי תרמית' שבסעיף 54(א)(2) לחוק ניירות-ערך, כתיבה אחת. אין חובה לקבוע כי המדובר כאן בעבירה תוצאתית של צורך הרשעה בה דרושה הוכחה של תנודת שערים בפועל, תוך ניטרול הפעילות הספציפית מיתר הפעולות שנעשו בבורסה. היסוד הנפשי של העבירה לפי סעיף 54(א)(2) לחוק ניירות-ערך מתמצה בכוונה הפלילית 'להשפיע בדרכי תרמית' על תנודות השער של ניירות הערך.

היסוד הפיסי הינו עצם רכישת או מכירת ניירות הערך הללו בבורסה (או מחוצה לה), שיש בכוחן להשפיע על תנודות השער, כשלמעשה הפיסי, נתלוותה, כאמור הכוונה הפלילית להשפיע על שער הנייר בדרכי מרמה. אין צורך להוכיח כי בפועל נגרמה תנודה כזאת או אחרת בשער הנייר (או שמא שעריו לא השתנה כלל), כתוצאה מפעילותם של הנאשמים, דווקא" (עמ' 143 להכרעת הדין; כל ההדגשות במקור).

36. בפסיקתו של בית-משפט זה לא הוגדרו יסודות העבירה שבסעיף 54(א)(2) לחוק-ניירות-ערך. כאשר עלתה שאלה זו לאחרונה בפרשת ואקנין, העדיף הנשיא ברק שלא "לנסות כלל ליתן הגדרה כוללת ליסודות המרכיבים את העבירה על פי סעיף 54(א)(2) לחוק ניירות הערך" (עמ' 657 לפסק-הדין). תחת זאת ביכר הנשיא "גישה אינדוקטיבית, הנעה ממקרה למקרה, ועל בסיס נסיון חיים המצטבר מרחיבה ומשכללת את תפיסותיה העקרוניות" (שם). השאלה אם העבירה שבסעיף 54(א)(2) דורשת תוצאה, לא התעוררה בפרשת ואקנין, וממילא לא הוכרעה בה.

נראית לי גישתו של הנשיא ברק והטעם העומד בבסיסה. הדינמיות שבה מתאפיין המסחר בבורסה והשינויים מעת לעת בשיטות המסחר, אינם מאפשרים הגדרה מראש של מגוון ההתנהגויות הפסולות שעליהן משתרעת הנורמה האוסרת. ההוראה שבסעיף 54(א)(2), שבאה לעולם בעקבות דין וחשבון של "הוועדה להנפקת ניירות-ערך ולמסחר בהם" משנת 1963 ("ועדת ידן"), נוסחה במחשבה תחילה כסעיף כללי, כשלדעת הוועדה (עמ' 38 לדו"ח) "חשיבות גדולה יותר מאשר להוראות ספציפיות... נודעת להוראות כלליות נגד מעשים העומדים בסתירה לרוח הכללית של ההסדרים המוצעים".

אולם אין באמור כדי למנוע את הצורך לעמוד על יסודותיה העקרוניים של העבירה, מבלי לקבוע מסמרות בדבר תחולתה הקונקרטית במצבים שונים.

37. סבורני, כי בהגדרת העבירה הקבועה בסעיף 54(א)(2) לחוק ניירות-ערך נמנה גם רכיב של תוצאה. תנאי להשלמתה של העבירה הוא כי כתוצאה מהתנהגותו של עושה העבירה נגרמה בפועל השפעה על תנודות השער של ניירות-הערך. מסקנה זו נובעת מפירוש הסעיף, תוך מתן משמעות טבעית ללשונו. פירוש אחר לתיבה "השפיע" סוטה מלשון הכתוב, כשלא ניתן לומר על מעשה שהוא השפיע, אלא אם גרם לשינוי, או מנע שינוי, במצב דברים קיים.

חיזוק לכך שהחוק רואה ב"השפעה" התרחשות כתוצאה מהתנהגות, להבדיל מהתנהגות גרידא, מוצאים אנו בחיקוקים בהם האיסור "להשפיע" מופיע יחד עם האיסור "לנסות להשפיע", ובחיקוקים שנאסרו בהם מעשים שנעשו "כדי להשפיע" או "העשויים להשפיע" (ראה, לשם המחשה בלבד: סעיף 71(א) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), תשמ"ד-1984; סעיף 122(1) לחוק הבחירות לכנסת ולראש הממשלה (נוסח משולב), תשכ"ט-1969; סעיפים 281 ו-292 לחוק העונשין, תשל"ז-1977; סעיף 24א לחוק ועדות-חקירה, תשכ"ט-1969). חיזוק נוסף לדרישת התוצאה בסעיף 54(א)(2) מצוי בתאומו של הסעיף, הוא סעיף 54(א)(1), המדבר במי ש"הניע או ניסה להניע אדם לרכוש או למכור ניירות-ערך...". ללמדך, שכאשר הסתפק המחוקק בהתנהגות, ולא דרש השלמה של התוצאה, השתמש בלשון מפורשת (לתמיכה בפרשנות שלפיה דורש סעיף 54(א)(2) כי תוכח השפעה על שער נייר-הערך, ראה ע' ידליון, "תרמית על השוק - גבולות האחריות המשפטית בגין מצגי-שוא בשוק המשני" **משפטים** כז (תשנ"ז) 249, 270).

היסוד העובדתי של העבירה שבסעיף 54(א)(2) הנו, אם כן:

(א) התנהגות: מעשה בדרכי תרמית;

(ב) תוצאה: השפעה על תנודות השער של נייר-הערך.

עניין לנו, איפוא, בעבירה מהסוג בו ישנה התייחסות הן להתנהגות אסורה והן לתוצאה אסורה.

38. הרכיב ההתנהגותי בסעיף 54(א)(2) אוסר, כאמור, מעשים הנעשים בדרכי תרמית. והשאלה היא, איזהו מעשה הנעשה "בדרכי תרמית"?

מקובל לכוון השפעה פסולה על שערן של נייר-ערך בשם "מניפולציה". הרבה נכתב בארצות-הברית על המניפולציה בניירות-ערך (למן ההסדרה הפדרלית של שוק ניירות-הערך זה בראשית שנות השלושים), ועל הדרכים האופייניות לה. אחת הדרכים להשפעה כזו היא באמצעות הפצת מידע כוזב בקרב

משקיעים, במטרה לגרום להם לקנות או למכור ניירות-ערך (כך, למשל, היה בפרשת *Rex v. De Berenger* (K.B.) 105 E.R. 536 (1814)), בה הורשעו נאשמים שביקשו להביא לעליית שעריהם של ניירות-ערך של הממלכה הבריטית באמצעות הפצת שמועות כוזבות אודות מותו של נפוליאון במלחמה בינה ובין צרפת). אולם יש וגם השתתפות "רגילה" במסחר תחשב מניפולציה, אם השתתפות זו נועדה להשפיע השפעה פסולה על המסחר.

ראה: J.W. Moore & F.M. Wiesman "Market Manipulation and the Exchange Act" 2 *The University of Chicago L. Rev.* (1934) 46, 50; Comment "Regulation of Stock Market Manipulation" 56 *The Yale Law J.* (1947) 509, 512-514 וכן ל"וטשטין" מניפולציה בניירות-ערך ומאבקי שליטה בחברות "הרבעון לבנקאות" כח (תש"ן) 55; י' ניצני וד' קרת, "הבורסה לניירות-ערך והמערכת השיפוטית - הטיפול במניפולציה בניירות-ערך", **עיוני משפט** טו (תש"ן) 609).

39. הסלידה ממניפולציה בניירות-ערך יסודה בשאיפה לשמור על עיקרון השוק החופשי, שהוא הברית התיכון של שוק ניירות-הערך (השווה **L. Loss Fundamentals of Securities Regulation** (second ed., Boston, 1988) pp. 845 ff.). השפעות מניפולטיביות על שעריהם של ניירות-ערך נתפסות כמסכנות את פעולתו התקינה של שוק ההון. הן מאיימות על אמון הציבור, שכספיו מושקעים בבורסה, אם במישרין ואם באמצעות מתווכים פיננסיים בשוק ההון. אמון זה הוא חיוני לפעילותו של השוק. שימוש באמצעים מניפולטיביים במסחר נאסר במפורש בחקיקה האמריקנית שהתקבלה לאחר המשבר הכלכלי של שנת 1929 (הכונה בעיקר לסעיפים 9 ו-10 ל- Securities Exchange Act, 1934 (15 U.S.C. 78i-)) (78j).

40. האם קיימת אבחנה בין "מניפולציה" ובין "תרמית"? האם עסקאות אמיתיות יכולות אף הן להחשב כיוצרות מצג-שווא, שהוא מיסודותיה של התרמית? המניפולציה מבוססת על יצירת מצג-שווא. מצג-השווא יכול, כמובן, ללבוש צורה של מידע כוזב אשר מופץ בקרב המשקיעים. אך גם כאשר המניפולציה נעשית באמצעות השתתפות במסחר ("עסקאות אמיתיות" כביכול), נוצר מצג-שווא. שכן, בעוד שכלפי חוץ נחזות העסקאות כתמימות, וכבאות רק לשם קנייה או מכירה של נייר הערך, הרי שלמעשה מטרתן האמיתית היא לגרום לשינוי בשער של נייר-הערך. שעה שציפיתם של המשתתפים במסחר היא כי הוא יהיה הוגן, ויאפשר להם לקבל החלטות מודעות, תוך שקילת הסיכון והסיכוי, מנצל המניפולטור לרעה את כללי ה"משחק", לשם השגת מטרתו (העלאת או הורדת השער). הוא מצטייר כמי ששומר על הכללים, לפיהם ישקף מחירו של נייר הערך את שווי המשקל בין היצע ממשי לבין ביקוש ממשי, בעוד שהוא נוקט בדרכי תחבולה נסתרים מן העין.

ההוראה שבסעיף 54(א)(2) לחוק ניירות-ערך באה לשמור על כללי המשחק ההוגנים במסחר בבורסה. היא נועדה, בין היתר, להגן על השוק מפני מעשים מניפולטיביים. "מתן הוראת קנייה או מכירה בלא רצון לקנות או למכור, ואך מתוך רצון לגרום על ידי כך לשינוי במחיר המניה, היא פעולה אסורה על פי סעיף 54(א)(2) לחוק ניירות-ערך" (כאמור בפרשת ואקנין, עמ' 657).

41. אכן, כל השתתפות במסחר היא, למעשה, בעלת פוטנציאל להשפיע על השער. כתוצאה מכך, הגבול בין השפעה מניפולטיבית על השער (הנעשית באמצעות השתתפות במסחר) ובין פעילות מותרת, הוא לעתים דק שבדק. עמדו על כך המלומדים Moore & Wiseman בכותבם:

"The Term Manipulation may, in short, be applied to any practice which has as its purpose the deliberate raising, lowering or pegging of security prices. Buying and selling in themselves do, of course, affect price, but in a free and open market this is a natural consequence and not their preconceived purpose" (J.W. Moore & F.M. Wiseman "Market Manipulation and the Exchange Act" 2 **The University of Chicago L. Rev.** (1934) 46, 50).

שנים לאחר מכן, לאחר שסקרו את הנסיגות לתת סימנים אובייקטיביים בהשפעה מניפולטיבית, הגיעו המלומדים פישל ורוס למסקנה כי:

"Thus, there is no objective definition of manipulation. The only definition that makes any sense is subjective - it focuses entirely on the intent of the trader" (D.R. Fischel & D.J. Ross "Should The Law Prohibit "Manipulation" in Financial Markets?" 105 **Har. L. Rev.** (1991) 503, 510).

לאמור, עצם זיהוי השפעה על השער איננו זיהוי של השפעה מניפולטיבית. זיהוי של השפעה מניפולטיבית הוא בזיהוי כוונה פסולה אצל המניפולטור. פרשנות זו אומצה בפרשת ואקנין, שם נאמר (בעמ' 657) על פעילות שהיא נעשית "בדרכי תרמית" כאשר "ההיצע או הביקוש אינו משקף תחזית כלכלית (נכונה או שגויה) באשר לערך המניה, אלא פעולה מלאכותית שמטרתה הינה אך התנודה בשער של נייר הערך".

42. סיכומם של דברים, כאשר פעולה במסחר נחזית על פניה להיות כשרה, דברים שבלבו של העושה הם שהופכים אותה לאסורה. השתתפות במסחר שנעשית במטרה להשפיע על שער נייר-ערך כתכלית העומדת בפני עצמה, ובלי שתשקף ביקוש או היצע כנים, היא פסולה, בעוד שאותה פעולה ממש, אילו נעשתה שלא מתוך אותה מטרה, לא היתה נחשבת לפסולה. במקרים בהם ההשפעה על השער נעשית באמצעות השתתפות במסחר, אשמתו המוסרית של העושה היא שמשמשת לאיתור ההתנהגות האסורה (ראה לעניין זה גם את הנאמר ב- **The 46 "Market Manipulation and the Securities Exchange Act" Comment** : **Yale Law J.** (1937) 624, 634 "It is the subjective difference in the primary objective : (that constitutes the line, often a tenuous one, dividing the legal from the illegal").

43. משמעותה של השפעה פסולה על תנודות השער של נייר-ערך היא, ששער נייר-הערך "התנהג" אחרת מהדרך שהיה "מתנהג" בה אלמלא נעשתה הפעולה הפסולה. אולם השפעה על תנודות השער אין פירושה בהכרח השפעה על השער שנקבע לנייר-הערך בסוף יום המסחר. היא עשויה ללוש צורות שונות. מנגנוני חישוב השער בבורסה פועלים מתוך שאיפה להגיע לאיזון בין ההיצע והביקוש לכל נייר-ערך. חלק ממנגנונים אלה פועלים בדרך של שינוי מדורג בשער במהלך המסחר, או תוך קביעת "שערי-ביניים", המשמשים כתחנות בנתיב המוביל לשער הסופי, בו מתקיים האיזון. יש לפרש, על כן, את סעיף 54(א)(2) כחל גם במקרה של השפעה על "התנהגותו" של השער לאורך יום המסחר.

פרשנות זו של הסעיף יסודה בשני טעמים. ראשית, היא מבוססת על ההנחה שהחלטותיהם של המשקיעים מושפעות לעתים מהחלטותיהם של משקיעים אחרים, בעיקר הגדולים שבהם. הנתונים המתפרסמים במהלך יום המסחר חושפים מגמות של המשקיעים, להן עשויות להיות השפעה על קבלת ההחלטות אצל משקיעים אחרים במהלך יום המסחר. תאור אותנטי לתופעה זו מצוי במקרה שלפנינו בדברי המערער מרקדו בחקירתו ברשות לניירות-ערך:

"לא בעיה לעשות לובי בבורסה. היינו מחליטים לקנות מניה ולא משנה איזה, כשאני קונה מניה הולכים אחרינו. אני לא מתכוון בחשבון אלא בדרך כלל. היינו מחליטים לקנות מניה לחשבון שלנו, היה נוצר לובי, כשאני אומר בבורסה שאני קונה משהו בתור מבצע של דיסקונט, והכוונה לאו דווקא אלי, אז יש לזה אפקט בשוק, זה לא כמו שמישהו אחר, חבר קטן, קונה וגם במכירה זה אותו דבר. ... כמו שאני שומע שמניה טובה אז גם אני אומר איזה מניה טובה. לא צריך להגיד לאנשים ספציפיים, זה מתפשט כמו אש".

ובמקום אחר:

"כלומר אחרי שרכשנו מניה מסוימת למשל מניה כמו פריין, מספיק שצועקים פעם אחת בזירה, נניח שההוראות הן לקנות עד 100.5 אז אני דואג שישמעו שאני צועק ואז כולם היו קונים אחרינו".

יצחק כהן אמר בעדותו:

"היתה אז תיזה בשוק שאם נייר עולה היום 3% הרי גם מחר הוא יעלה ואנשים יחסו לזה חשיבות שזה גוף מסודר כי זה משדר אמינות ולמחרת יהיה הצע בנייר והוא יקלוט גם מחר. כשהודו ומיקי הכריזו עבור הקופות - אם רוצים לפעול באופן אגרסיבי - צועקים כמויות גדולות ועולים בשער - זו טכניקה רגילה, אפשר להעלות ולא לחכות לתגובה" (עמ' 893 לפרוטוקול).

שנית, פרשנות זו תואמת גם את תכליתו של החוק. שכן, לא נועד סעיף 54(א)(2) להגן רק על שעריהם של ניירות-הערך בסוף יום המסחר, אלא גם להגן על תקינות המסחר ועל קיומם של כללי משחק הוגנים במשך כל מהלך המסחר.

44. התביעה מבקשת לקבוע, כי גם אם לפנינו עבירת תוצאה, הרי שכל פקודת קנייה ומכירה המשתתפת במסחר משפיעה בהכרח על מנגנון קביעת השער. המסחר בבורסה הומשל בסיכומיה להצבעה בבחירות. על אף שתוצאות הבחירות אינן תלויות בקול בודד, הרי שהן נקבעות על-ידי שקלול כל קולות הבוחרים, בחינת "מי שמצביע - משפיע". הוא הדין - כך נטען - גם במסחר בבורסה. ההתנהגות, כשלעצמה, מקיימת את התוצאה.

מאחר ששערם של ניירות-ערך נקבע על פי היחס שבין ההיצע והביקוש, היה מקום לומר כי כל אימת שהוכחה מניפולציה באמצעות השתתפות במסחר, תרמה זו לעלייה, או לירידה, של שער ניירות-הערך. אולם יש להיזהר מהכללות אינטואיטיביות. בבורסה לניירות-ערך בתל-אביב נוהגות שיטות מסחר שונות, והשאלה אם היתה השפעה לביקוש ולהיצע על תנודות השער של ניירות-הערך תלויה במנגנון קביעת השער בכל שיטה. אם ניזקק לדוגמה שהביאה התביעה, הרי שבבחירות ניתן לומר שכל קול משפיע על תוצאתן. זאת עקב כך שהתוצאה נקבעת על יסוד סיכום הקולות וכי כל קול מובא בסיכום. לא כך במסחר בבורסה, בו מנגנון חישוב השער מורכב יותר. השאלה אם פקודות קנייה ומכירה של ניירות-ערך הנמסרות לבורסה משפיעות על שעריהם תלויה במשתנים שונים. ההשפעה עשויה להיות תלויה במחיר הנקב בפקודה (משקיע יכול להתנות את העיסקה בשער הידוע של הנייר או בטווח שערים מוגבל, והוא יכול להסכים לסחור בכל שער); היא תלויה בפקודות של המשקיעים האחרים וכן במשתנים נוספים, הכל לפי שיטת המסחר. לפיכך אין להקיש מדוגמת הבחירות לכנסת, ואין מנוס מהתייחסות לשיטת המסחר לגופה. על התביעה להראות כיצד התקיימה ההשפעה בהתייחס לשיטת המסחר המסויימת אשר בה נטען כי השפעה זו התקיימה.

מנגד, אין כל בסיס לטענה כי על התביעה להוכיח כי ניירות-הערך הגיעו לשערים בלתי כלכליים. שער "כלכלי" של נייר-ערך הוא שער שנקבע על סמך ביקוש והיצע חופשיים מהשפעות מניפולטיביות, ואין לו שיעור אובייקטיבי.

45. עמדתה של התביעה כי כל פקודת קנייה או מכירה המשתתפת במסחר משפיעה על תנודות השער נכונה, למשל, במסחר בשיטת "המשתנים", שהשלב העיקרי בה הוא של מסחר דו-צדדי. בשיטה זו עורכים חברי הבורסה עסקאות בניירות-ערך בפומבי, כאשר כל עיסקה נעשית בשער משלה, הנקבע בהסכמת הצדדים, בלי תלות בשערי עסקאות אחרות. בשיטה זו יש מקום להנחה, שאיננה חלוטה, שעצם עריכת עיסקה בה, משפיעה על עריכתן של עסקאות אחרות, ובכלל זה על תנודות השער של המניה. כבר עמדנו על כך שהשפעה על תנודות השער עשויה להתבטא בהשפעה על השערים המשתנים לאורך יום המסחר. פרשנות זו, באה לידי ביטוי מובהק בשיטת "המשתנים" (אשר כשמה כן היא), כיוון שאין לנתק את העסקאות הבודדות מההתרחשויות בשוק בכללותו. לעסקאות הפומביות נוצר הד, המשפיע על החלטותיהם של המשקיעים והפעילים בעריכת עסקאות אחרות, כעולה מהראיות שהובאו בענייננו וצוטטו לעיל (ואכן, נאמרו הדברים ביחס לשיטת "המשתנים"). בשיטת "המשתנים" נקבע בסוף יום המסחר שער ממוצע לכל מניה (ממוצע של לפחות שלוש העסקאות האחרונות, בהתאם להיקפי המסחר), המשמש בין היתר כשער בסיס ליום המסחר שלמחרת, ולהערכת השווי של תיקי ניירות-ערך. יהא זה נכון להניח שלעסקאות שנעשו במהלך המסחר, השלכה גם על שער זה, אף אם לא הובאו בחישוב הממוצע. אומנם קשה במקרים רבים להצביע על עיסקה נתונה ולתאר את ההשפעה שהיתה לה על שער המניה הנקבע בסופו של היום, אלא אם כן הובאה בחישוב הממוצע. אך קושי זה אינו מונע פרשנות לפיה השפעה על תנודות השער במניות "המשתנים" עשויה להתגבש במהלך יום המסחר. דומה, כי בכך מצויה גם התשובה לטענת המערער מרקדו שבהעדר שער יחיד בשיטת "המשתנים" לא ניתן כלל לדבר על השפעה על תנודות השער בשיטה זו. טענה זו מתעלמת מהאפשרות לראות בשערים המשתנים במהלך יום המסחר, כנתונים להשפעה. האבחנה שביקש הסניגור לערוך בין שיטת "המשתנים" לשיטות האחרות היא במקומה, אך המסקנה הנובעת ממנה היא שונה.

46. לעומת השיטה של מסחר דו-צדדי, נהוגות בבורסה גם שיטות של מסחר רב-צדדי. המאפיין הבולט בשיטות אלה הוא, שבכל יום של מסחר נקבע לכל נייר-ערך שער אחד. בשער זה נסלקות כל העסקאות באותו יום.

השיטות של מסחר רב-צדדי, כפי שהיו נהוגות בתקופה הרלבנטית, נחלקות לכמה שלבים. מדי יום אספו חברי הבורסה את פקודות הקנייה והמכירה של לקוחותיהם. בשלב הראשון במסחר, "שלב הלידר", רוכזו

בבורסה הפקודות שהתקבלו מכל חברי הבורסה, אשר עונות לקריטריונים הבאים: פקודות קנייה נלקחו בחשבון אם המחיר הנקוב בהן היה כשער הבסיס או גבוה ממנו; פקודות מכירה נלקחו בחשבון אם המחיר הנקוב בהן היה כשער הבסיס או נמוך ממנו.

בסוף "שלב הלידר" התקבלה מגמת המסחר ביחס לכל נייר-ערך, דהיינו, אם קיים לנייר-הערך עודף בביקוש או עודף בהיצע. בשלבים הבאים פעלה הבורסה במטרה למצוא את השער שבו יתאזנו הביקוש וההיצע. על-כן, אם קיים עודף בביקוש, עולה השער באופן הדרגתי, ואם קיים עודף בהיצע, יורד השער באופן הדרגתי. תוך כדי כך התקבלו מחברי הבורסה פקודות נגד המגמה (אם באמצעות מסירת פקודות חדשות ואם באמצעות נסיגה מפקודות שנמסרו בשלב הלידר), עד למציאת שער האיזון, שהוא השער הקובע בכל העסקאות.

47. לא הובאו ראיות על פיהן ניתן לקבוע כלל לגבי שיטות המסחר הרב-צדדי, או למצער חזקה עובדתית, שכל פקודה משפיעה על תנודות השער (כך למשל, כאשר נמסרת פקודת קנייה אך המסחר מתחיל בעודף היצע אין הפקודה משפיעה בהכרח על השער; גם כאשר הפקודה כוללת הגבלת שער ופקודות אחרות מוגבלות פחות, היא עשויה שלא להשפיע). אין לשלול את האפשרות כי ימצא כלל שבאמצעותו ניתן יהיה ביתר פשטות להוכיח השפעה, אך כל עוד לא הוכח כלל כזה, מוטל על התביעה להוכיח את ההשפעה תוך ירידה לפרטי המסחר בכל יום.

ההשפעה עשויה ללוש צורות שונות. כך, למשל, אם נמצא שהמסחר החל בעודף ביקוש שהביא לעליה בשער, ופקודת קנייה מניפולטיבית שנמסרה ב"שלב הלידר" היתה גדולה מעודף הביקוש, מוכחת השפעה על השער. זאת משום שבמקרה כזה גרמה הפקודה להיפוך המגמה. אלמלא אותה פקודה היה המסחר נפתח בעודף היצע ועליית שער היתה בלתי אפשרית. תתכנה כמובן גם השפעות מסוגים אחרים. כל אלה על התביעה להוכיח.

48. בסעיף 54(א)(2) לא נקבע מהו היסוד הנפשי הנדרש להרשעה בעבירה. לכאורה, מדובר, איפוא, בעבירה הדורשת מחשבה פלילית. דהיינו, יש להראות כי העושה מודע לטיב הפיסי של התנהגותו (פעולה בדרכי תרמית). אשר לתוצאה (השפעה על תנודות השער), הכלל הוא שבהעדר דרישה לכוונה לגרום לתוצאה, ניתן להסתפק בפזיזות.

אכן, הצבענו על כך שבמקרים של מניפולציה באמצעות השתתפות במסחר, הכוונה להשפיע באופן מלאכותי על השער, היא שמגבשת את העבירה. הכוונה היא אשר יוצרת במקרים כאלה את האבחנה בין פעולות כשרות ואסורות. אולם אין ללמוד מכך, והדבר אינו מצריך הכרעה בעניינו, כי הרכיב החפצי של כוונה מצוי בהגדרת העבירה, והוא נדרש גם במקרים אחרים של השפעה על תנודות השער, כגון אלה בהם מפרסם אדם ברבים מצגי-שווא.

49. נטען בפנינו כי אין להרשיע בהשפעה בדרכי תרמית על תנודות השער של ניירות-ערך, ככל שמדובר באגרות-חוב ממשלתיות.

טעם אחד לטענה זו, הוא בלשונו של החוק. סעיף 1 לחוק ניירות-ערך ממעט מהגדרת "ניירות-ערך" "ניירות-ערך המונפקים על ידי הממשלה...", שבכללן אגרות-חוב ממשלתיות. סעיף 54(ב), המרחיב את האיסור שבסעיף 54(א) גם על "ניירות-ערך שאינם כלולים בהגדרה שבסעיף 1", אינו מתייחס, על פי הטענה, לאגרות-חוב ממשלתיות, שהרי אלה כלולות בהגדרה שבסעיף 1, והן מזכרות בה על דרך השלילה. לחלופין טוען הוא, כי ההרחבה, המתייחסת לניירות-ערך, אינה חלה על אגרות-חוב ממשלתיות, משום שאלה כלל אינן בגדר ניירות-ערך. לביסוס טענה זו מפנה הסניגור להגדרת "ניירות-ערך" בחוק השקעות משותפות בנאמנות, תשנ"ד-1994, שם מדבר הכתוב ב"ניירות-ערך - כמשמעותם בחוק ניירות-ערך, לרבות ניירות-ערך שהוצאו בידי המדינה". מהצורך לציין במפורש בסיפא של ההגדרה את ניירות-הערך המוצאים בידי המדינה, למד הסניגור המלומד שניירות-ערך אלה אינם כלולים ברישא שלה, משמע, שהם אינם "ניירות-ערך כמשמעותם בחוק ניירות-ערך".

יסודו של הטעם השני שבטענה, באבחנות מהותיות בין אגרות-חוב ממשלתיות ובין ניירות-ערך אחרים. באלה מנה בא-כוחו של קוצ'ינסקי את דרך הנפקתן של אגרות-החוב הממשלתיות, את נהלי המסחר בהן, את התרת רכישתן על-ידי גורמים האסורים לסחור במניות, ועוד. כן התעכב הסניגור על פעולות לייצוב שערן של אגרות-החוב שעורך בנק ישראל, ואשר מעידות על כך שפעולות המכוונות להשפיע על שערן של אגרות-החוב אינן נחשבות לעבירה על החוק.

50. בייחוד עמד בא-כוחם של המערערים החדשטיין ווינמן על כך כי מצג שווא יכול להיות עקב כך שמשקיעים עשויים לחשוב שבידי הרוכש מידע סמוי על נייר-הערך שהוא רוכש. אולם רציונל זה אינו מתקיים באגרות-חוב ממשלתיות. באלה (שלא כבמניות), כל הנתונים המשפיעים על תוחלת הרווח מהשקעה בהן (הקצן והריבית, מועד ההחזר ושער הבורסה, אשר לפיהם מחושבת התשואה של אגרת-החוב) - גלויים

יודעים. הכנסת ביקושים לאגרת-חוב פלונית אינה יכולה, על כן, לטענתו, ליצור מצג שווא כי בידי הרוכש מידע סמוי כלשהו.

51. טענות אלו הועלו בפני בית-המשפט קמא, ובדין נדחו. החוק דיבר בלשון בני-אדם, ואין למצוא עוגן בניסוח סעיף 54(ב) לכך שהרחבת הסעיף, באופן שיחול גם על ניירות-ערך שאינם כלולים בסעיף 1, אינה כוללת גם אגרות-חוב ממשלתיות. בהבדלים שבין אגרות-חוב ממשלתיות ובין ניירות-ערך אחרים יש כדי להסביר את העדר תחולתן של הוראות אחרות שבחוק ניירות-ערך על אגרות-חוב ממשלתיות, אך לא זו בלבד שאין כל הסבר לכך שהמחוקק התיר מניפולציה בהן, אלא שחזקה עליו כי אסר לעשות בהן פעולות אשר כאלה. אין גם לקבל את הטענה שאם תוכר תחולת סעיף 54 על אגרות-חוב ממשלתיות אזי גם פעולות הייצוב שמבצע בנק ישראל במסחר באגרות-חוב נוגדות את החוק. נושא מיוחד זה הנוגע לכשרות פעולותיו של בנק ישראל אינו עומד לבחינה בעניינו.

52. מקובלת עלי עמדתן של באות-כוחה של התביעה, כי אין הצדקה לאבחנה בין אגרות-חוב ממשלתיות ובין ניירות-ערך אחרים, בכל הנוגע לאיסור על מניפולציה. באגרות-החוב הממשלתיות מתקיים מסחר ומתקיימת תחרות על המחירים, הן בשוק הראשוני (במרכז על ההנפקה שעורך בנק ישראל) והן בשוק המישיני. הרווח למשקיע באגרות-חוב - כפי שמעידה פרשה זו ממש - עשוי לנבוע מהפרש בין שער הקנייה ושער המכירה, כאשר אלה נקבעים על-פי הביקוש וההיצע, ואינם ידועים מראש. השפעות פסולות במסחר עשויות לפגוע במשקיעים, גם כשאינם טועים לחשוב כי בידי המניפולטור מידע נסתר.

יתר על כן, גם משקיעים באגרות-חוב עלולים לחשוב כי יש בידו של המניפולטור מידע נסתר. אמנם, חלק מהסיכונים המאפיינים את ההשקעה באגרות-חוב של חברות מסחריות, ואשר משפיעים על החלטות המשקיעים, אינם מאפיינים את ההשקעה באגרות-חוב ממשלתיות. כך הוא בעיקר ביחס לסיכון חדלות הפרעון של הלווה. אולם להשקעה באגרות-חוב ממשלתיות נלווים סיכונים אחרים, דוגמת שינויים בשער הריבית ובערך הכסף (מ' בן-חורין שוק ההון וניירות הערך (1996) 368-372). עוד יש לזכור, כי כדאיות ההשקעה באגרות-חוב ממשלתיות תלויה גם באפיקי ההשקעה החלופיים. ביחס לאלה יכול גם יכול הציבור לחשוב כי בידי המשקיעים המוסדיים מידע - או הערכות - המגבירים את הביקוש או את ההיצע, לאגרות חוב ממשלתיות.

53. מכאן לשאלה אם הוכחה השפעה על תנודת שער ניירות הערך בכל אחד מן האישומים נשוא ערעור זה.

בסכמו את המצב העובדתי, קבע בית המשפט קמא כי המערערים ביצעו את המעשים המיוחסים להם בכתב האישום (למעט קוצ'ינסקי, שזוכה מאישומים 1 ו-2). משמעות קביעה זו לגבי האישומים השונים היא:

אישומים 2-4, 10, 13 ו-15- עניינם פעילות של המערערים הרלבנטיים לאישומים אלה (להלן: מערערי האג"ח) באגרות-חוב ממשלתיות. כל אישום סב על מכרז להנפקת אגרות-חוב שערך בנק ישראל, סך הכל ששה מכרזים. יציין, כי גם אישומים 1, 12, ו-14 סבו על מכרזים להנפקת אגרות-חוב של בנק ישראל, אלא שבהם לא הואשמו מערערי האג"ח בעבירה לפי סעיף 54(א)(2) לחוק ניירות-ערך.

כך, למשל, התרחשו הדברים במכרז שנערך בתאריך 26.8.93, הוא המכרז נשוא אישום מס' 2. במכרז זה הוצעו לציבור אגרות-חוב "שגיא" 4247 בשיעור של 30 מליון ש"ח ערך נקוב.

עובר לעריכת המכרז הודיע הלהדשטיין לכהן על סכום הכסף העומד לרשותו בחשבון רשות הנמלים, על סוג אגרות-החוב המבוקש, ועל טווח ההשקעה הרצוי. כהן העביר את האינפורמציה לוינמן. וינמן הציע לכהן להזמין במכרז אגרות-חוב בסך 20 מליון ש"ח ערך נקוב בשער של 98 נקודות. לאחר שאישר הלהדשטיין את התוכנית, העביר כהן לאדלר את הנתונים. אדלר פעל לפי התכנית, והזמין את אגרות-החוב לחשבונו בבנק למסחר. השער שנקבע במכרז היה 98 נקודות. ביום 27.8.93 קיבל אדלר אגרות-חוב בכ-5.3 מליון ש"ח ערך נקוב מתוך הכמות שהזמין.

מערערי האג"ח תכננו למכור את אגרות-החוב לרשות הנמלים בעסקה מחוץ לבורסה ביום 29.8.93. הואיל וביום זה החל המסחר בעודף היצע שעלול היה לגרום לירידת שער אגרות-החוב, מסר הלהדשטיין באמצעות כהן פקודת קנייה לכל עודף ההיצע, לחשבונו של רשות הנמלים. המסחר באגרות-החוב הסתיים ללא שינוי בשערן, שעמד על 99 נקודות.

לאחר סיום המסחר רכש הלהדשטיין מאדלר, עבור רשות הנמלים, את כל אגרות-החוב שרכש האחרון במכרז, בעסקה מחוץ לבורסה. העסקה התבצעה באמצעות כהן. שער אגרות-החוב בעסקה היה זה שנקבע בתום יום המסחר - 99 נקודות. מאחר שאדלר רכש את אגרות-החוב בשער של 98 נקודות, נוצר בחשבונו רווח בסכום של כ-70 אלף ש"ח. רווח זה חולק בין כל המעורבים בפרשה, על-פי המפתח עליו הסכימו.

54. באופן דומה התנהלו הדברים במכרזים נשוא אישומים 3, 4, 10, 13 ו-15. מכרזים אלה נערכו בתאריכים 1.9.1993 (הנפקת אג"ח "כפיר" 1390 א'), 9.9.1993 (הנפקת אג"ח "גליל" 5417), 28.10.1993 (הנפקת אג"ח "גליל" 5418), 9.12.1993 (הנפקת אג"ח "גליל" 5418 ט') ו-6.1.1994 (הנפקת אג"ח "גליל" 5419). במכרזים הוזרמו ביקושים במהלך המסחר שהתקיים בין מועד המכרז ובין מכירת אגרות-החוב לרשות הנמלים בעיסקה מחוץ לבורסה. בתקופה זו עלה שערן של אגרות-החוב. ביקושים אלה (למעט במכרז האחרון) הזרימו גם וינמן וקוצ'ינסקי עבור קרנות הנאמנות של אילנות. באישום מס' 13 היתה הזרמת הביקושים רק על ידי וינמן וקוצ'ינסקי. באישום מס' 3 היתה הזרמת הביקושים גם על ידי אדלר. באישום מספר 15, היו המממנים מיכאל אורון ובתו רינת אורון (שהואשמו אף הם בכתב האישום וזוכו) וטדי שגיא (שהורשע על סמך הודאתו ונדון בנפרד). הם שרכשו את אגרות-החוב במכרז, ולאחר עליית השער, מכרו את אגרות-החוב שרכשו להלדשטיין, בעיסקה מחוץ לבורסה, לחשבונותיהן של רשות הנמלים, של קרן "מקפת" ושל קרן "נדבכים". עיסקה זו נעשתה באמצעות כהן, קוצ'ינסקי ושגיא. יצוין, כי לא כל פקודות הקנייה שנמסרו הבשילו לידי עסקאות. בחלק מהמקרים נסוגו מערערי האג"ח מהפקודות שמסרו בתחילת המסחר, וזאת, כדי להמנע ממצב בו מוכרז שער של "קונים בלבד", שהיה בו כדי לעורר תשומת-לב וחשדות.

55. גם אישום מס' 11 עוסק במסחר באגרות-חוב ממשלתיות, אך המעשים נעשו על ידי מערערי האג"ח בתבנית שונה. ביוזעם שב-17.11.1993 תחדלנה אג"ח "גליל" 5418 להיסחר לפי שער, ותחלנה להיסחר בקבוצת אג"ח "גליל" ק-437 יחד עם אגרות-חוב אחרות לפי תשואה משותפת, ומתוך הערכה של וינמן כי העברה זו תביא לעליית שער אגרות-החוב, עשו מערערי האג"ח את המעשים הבאים: יום לפני השינוי המתוכנן מכר הלדשטיין לאדלר באמצעות כהן, בעיסקה מחוץ לבורסה, אגרות-חוב "גליל" 5418 בהן החזיקה רשות הנמלים. מכירה זו היתה מתוך כוונה שמאוחר יותר ימכור אדלר אותן אגרות-חוב ברווח לאילנות. ב-17.11.1993 הזרימו וינמן וקוצ'ינסקי ביקושים לקבוצת אג"ח "גליל" ק-437 מטעם אילנות. כך עשה גם כהן, מטעם קופות הגמל של הבנק. לאחר תום המסחר מכר אדלר באמצעות כהן לוינמן ולקוצ'ינסקי את אגרות-החוב שרכש קודם לכן מהלדשטיין, עבור אילנות.

56. אישומים 5-9 עניינם פעילות של מערערי האג"ח באגרות-חוב קונצרניות, המונפקות על-ידי חברות ציבוריות. המעשים באישומים אלה דומים באופיים למעשים שבפרשת אגרות-החוב הממשלתיות.

באישום מס' 5 הורו הלדשטיין, וינמן, קוצ'ינסקי ויעקב לכהן להדריך את אדלר לרכוש מאת קופות הגמל של בנק המזרחי, בעיסקה מחוץ לבורסה, אגרות-חוב פועלים הנפקות 17 בכמות של 1,500,000 ש"ח ערך נקוב, וזאת לפני תחילת המסחר בהן ב-27.9.93. העיסקה בוצעה כמתוכנן, ואגרות-החוב נרכשו לחשבונו

של אדלר בבוקר יום 27.9.93 בשער שנקבע להן ביום המסחר הקודם. כוונתם של המערערי האג"ח היתה למכור אותן אגרות-חוב בסוף יום המסחר לחשבונה של רשות הנמלים, שוב בעיסקה מחוץ לבורסה. אך עוד קודם לכן, במטרה להעלות את שער אגרות-החוב, רכש ה"דשטיין, במהלך המסחר, 200,000 ש"ח ערך נקוב מאגרת-החוב עבור רשות הנמלים. שער אגרת-החוב עלה. לאחר תום המסחר, נערכה כמתוכנן ובאמצעות כהן העיסקה מחוץ לבורסה, בה נמכרו לרשות הנמלים כל אגרות-החוב שרכש אדלר בבוקר אותו יום. אגרות-החוב נמכרו בשער שנקבע במסחר, ועל-כן נוצר בחשבונו של אדלר רווח של 80,600 ש"ח.

באותו יום, כאמור באישום מס' 6, בוצעה אותה פעולה עם אגרות-חוב "אשנב" 24. באישום מס' 7 היתה פעולה זהה באגרות חוב "נכסי אזורים"; הביקושים שנועדו להעלות את שערן הוזרמו ב-28.9.93, הן על-ידי ה"דשטיין (עבור רשות הנמלים ועבור קרן "נדבכים") והן על-ידי וינמן וקוצ'ינסקי (עבור אילנות). שלושתם נסוגו בשלב מסוים מהביקוש לאחר עליית שער מסויימת, והשער עלה מבלי שהתקיים בפועל מסחר באגרות-החוב.

באישומים 8 ו-9 נעשו פעולות על-ידי מערערי האג"ח בקשר לאגרות-חוב "פועלים הנפקות" 20 ו"פועלים הנפקות" 21 בהתאמה, בתאריכים 18 עד 20 באוקטובר 1993. הרכישה נעשתה על-ידי אדלר ב-18.10.93, הפעם במסחר עצמו ולא בעיסקה מחוץ לבורסה. במקביל הורו וינמן וקוצ'ינסקי למכור אגרות-חוב מחשבונה של אילנות, בכמות זהה לכמות שקנה אדלר.

בשני ימי המסחר שלאחר מכן, הזרים ה"דשטיין ביקושים לאגרות-החוב עבור רשות הנמלים. שערן של אגרות-החוב עלה. ב-20.10.93, לאחר תום המסחר, נערכה בתאום כהן עיסקה מחוץ לבורסה, בה מכר אדלר לרשות הנמלים את כל אגרות-החוב שהיו ברשותו, בשער גבוה משער הרכישה.

57. באישומים מס' 16-20 מדובר בפעולות של "הרצת" מניות שביצעו יעקב ומרקדו בתוקף תפקידם בבנק. המתכונת הכללית של פעולות אלה, היתה כדלקמן: מרקדו ויעקב ידעו מתוקף תפקידם אילו מניות החליטו לרכוש קופות הגמל של הבנק במסגרת מדיניות ההשקעות שלהן. הם שיתפו את כהן במידע זה. כהן הורה לאדלר לרכוש לחשבונו הפרטי אותן מניות. לאחר שרכש אדלר את המניות, הזרימו מרקדו ויעקב ביקושים לאותן מניות עבור קופות הגמל, במטרה להביא לעליית שערן של המניות. משעלה השער, מכר אדלר במשך מספר ימי מסחר עוקבים את המניות שרכש ואילו מרקדו ויעקב רכשו אותן עבור קופות הגמל.

כך, למשל, על-פי האמור באישום מס' 16, פעלו המערערים הרלבנטיים (להלן: מערערי המניות) במתכונת זו במניות "אלקטרה מוצרי צריכה בע"מ". בתאריכים 25.10.93-27.10.93 רכש אדלר במהלך המסחר מניות אלה בסך של 55,000 ש"ח ערך נקוב. בתאריכים 28.10.93-4.11.93 רכשו קופות הגמל, בהוראתם של מרקדו ויעקב, מניות בסך של 50,906 ש"ח ערך נקוב. שער המניה עלה בימים אלה מ-2161-נקודות ל-2491 נקודות. בתאריכים 7.11.93-11.11.93 מכר אדלר את מניותיו. במקביל, רכשו קופות הגמל מניות בסך 186,791 ש"ח ערך נקוב. בחשבונו של אדלר נוצר רווח בסך של 180,746 ש"ח.

באישום מס' 17 מתוארת פעילות כזו במניות "ישרס חברה להשקעות בע"מ" בתאריכים 8.12.93-17.11.93. אישום מס' 18 דן ב"הרצת" מניות "פריון חברת נאמנות להשקעות בע"מ" בתאריכים 10.1.94-27.12.93. אישום מס' 19 - ב"הרצת" מניות "תדאה פיתוח טכנולוגי ואוטומציה בע"מ" בתאריכים 10.1.94-29.12.93. באישום מס' 20, היתה "הרצה" של מניות "אוסם השקעות בע"מ" בתאריכים 16.1.94-7.2.94.

אישום מס' 22 אינו נבדל מהאישומים האחרים בטיב המעשים המתוארים בו, אלא בדמויות שנטלו בהם חלק, ועל כך כבר עמדנו לעיל.

58. כאמור, קבע בית-המשפט קמא, כי המערערים ביצעו את המעשים שיוחסו להם בכתב האישום. הם החליטו על רכישת ניירות-ערך לחשבונו של המממן החיצוני. לאחר הרכישה, הם השתמשו בסמכותם על מנת למסור לבורסה פקודות קנייה לאותם ניירות-ערך. הם עשו זאת מתוך מטרה לגרום לעליית שעריהם של ניירות-הערך שרכש המממן. בית המשפט קמא מצא כי ערכם של הניירות הללו עלה, וכי כתוצאה מכך גרפו המערערים רווחים.

קביעותיו של בית המשפט התבססו על הודאותיהם של המערערים בחקירתם, על עדותו של כהן ועל המסמכים המתייחסים לרכישת ניירות-הערך ומכירתם (עמ' 113 להכרעת הדין). בית המשפט גם אימץ אל פסק-דינו סיכום שהכינה התביעה ושב מתואר המסחר בניירות-הערך אשר לגביו מתייחסים האישומים, ובכלל זה פעולותיהם של המערערים.

על יסוד כל זאת פסק בית-המשפט קמא כי "נתמלאו והוכחו יסודות העבירה של תרמית בניירות-ערך לפי סעיף 54(א)(2) לחוק ניירות-ערך, התשכ"ח-1968" (עמ' 144 להכרעת הדין), ולפיכך הרשיע את המערערים בעבירה זו בכל האישומים בהם הואשמו בכך (למעט קוצ'ינסקי, שזוכה מאישומים 1 ו-2).

59. נאמן לגישתו כי ההרשעה בעבירה בסעיף 54(א)(2) לחוק ניירות-ערך איננה דורשת הוכחת השפעה על תנודות השער, לא קבע בית-המשפט קמא ממצאים עובדתיים בשאלה זו. מסקנתנו השונה בדבר ניתוח יסודות העבירה, מחייבת לבדוק אם הוכח הרכיב התוצאתי בכל אחד מן האישומים. בחינה זו היא בהישג יד, משום שלמרות עמדתה העקרונית של התביעה כי אין צורך להוכיח השפעה בפועל על תנודות השער, הובאו על ידה ראיות להוכחת קיומן של השפעות אלה. לשם כך העידה התביעה במשפט את רואה החשבון יהודה מוטרו (להלן: מוטרו), אשר גם הגיש חוות-דעת כתובה. כמו כן, הגישה התביעה לבית המשפט את גליונות המסחר ואת דו"חות הבורסה המתייחסים למסחר בניירות-הערך עליהן סבו האישומים.

בחוות-דעתו ביקש מוטרו לבדוק אם הפקודות שנמסרו מטעם המערערים אכן השפיעו בפועל על תנודות השער של ניירות-הערך, בכך ש"ניטרל" פקודות אלה. לאמור, חוות-הדעת בדקה אילו שערים היו נקבעים לניירות-הערך אלמלא נמסרו אותן פקודות. בכל האישומים מצא מוטרו כי הפקודות שהזרימו המערערים אכן השפיעו על תנודות השערים.

60. בבית-המשפט קמא היו למערערים טענות קשות נגד חוות-דעתו של מוטרו. הם חזרו על טענות אלה בפנינו. בא כוחם של הלהשטיין ווינמן, לא תקף את המבחן שקבע מוטרו לבדיקת השפעת הפעולות על תנודות השערים, אלא את הפעלתו של המבחן, שלטענתו היתה שגויה. בא-כוחו של מרקדו הגיש לבית המשפט חוות דעת נגדית שנערכה אף היא על-ידי רואה חשבון, מר בועז יפעת (להלן: יפעת), ובאמצעותה ביקש לסתור את ממצאיו של מוטרו, ככל שהם נוגעים לפרשת המניות. כאמור, לא ראה בית-המשפט קמא עצמו נזקק לקבוע ממצאים עובדתיים בשאלת ההשפעה בפועל.

61. סבורני, כי חוות-דעתו של מוטרו, עדותו בבית-המשפט בחקירה הראשית ובחקירה הנגדית, והמסמכים עליהם התבסס, כל אלה מלמדים כי דבריו מבססים היטב את ההשפעה שהיתה לפעולותיהם של המערערים הרלבנטיים על תנודות השער של ניירות-הערך נשוא האישומים. חוות הדעת של יפעת עוסקת רק באישומים הנוגעים לפרשת המניות. מכאן שאין כל ראייה לסתור את ממצאיו של מוטרו בפרשת האג"ח. גם בפרשת המניות יש להבחין בין המניות שנסחרו בשיטת "המשתנים" ובין המניות שנסחרו בשיטת הכר"ם (כרוז ממוחשב). לגבי מניות "המשתנים" ציין יפעת כי לא תתכן כל השפעה על שעריהן. אולם דעה זו אינה עולה בקנה אחד עם מסקנתנו כי ניתן להשפיע (במובן סעיף 54(א)(2)) גם על שערי מניות "המשתנים" (מסקנה הנתמכת, בין היתר, באמירות של כמה מן המערערים). השגותיו של יפעת על הניתוח שערך מוטרו ביחס למניות "המשתנים", אינן מסייעות למערערי המניות, גם כיוון שהן מנסות לסתור את קיומה של השפעה על השער בסוף יום המסחר, ומתעלמות מהשפעה אפשרית על השערים המשתנים במהלך יום המסחר.

גדר המחלוקת נותר, איפוא, לגבי מניות הכר"ם (אישומים 16, 17 ו-19). מוטרו העיד במשפט בשאלה אחת ויחידה, והיא: אם השפיעו פקודות הקנייה על שערם של ניירות-הערך. חוות-הדעת של יפעת, ביקשה בעיקר להראות, שפקודות הקנייה שלגביהן מתייחס כתב האישום אינן שונות באפיוניהן מפקודות שניתנו על-ידי קופות הגמל במניות אחרות ובמועדים אחרים, ושגם משקיעים אחרים ערכו רכישות עם מאפיינים דומים. כמו כן נטען בה כי המניות נרכשו בהתאם להוראות ועדת ההשקעות של קופות הגמל. אך אפילו נכונים דברים אלה, הם אינם מחלישים את מסקנותיו של מוטרו. גם הביקורת אשר מופנית בחוות-הדעת הנגדית כלפי המבחינים בהם השתמש מוטרו לבחינת ההשפעה על תנודות השער, לא רק שאינה פוגעת בממצאיו, אלא אף מחזקת אותם. שכן, חוות-הדעת הנגדית גורסת, שעל-פי המבחינים שהציג מוטרו, הדבר היחיד שיכול היה למנוע השפעה של הפקודות על תנודות השער היה המנעות ממסירתן (ראה, למשל, עמ' 26 לחוות-הדעת), ובדברים אלה יש למעשה אישור לכך שמתן הפקודות השפיע על תנודות השער. גם המבחן האלטרנטיבי שבחוות הדעת, לבדוק אם הפקודות שמסרו מערערי המניות עברו בכמות המניות שהוזמנה בהן את הכמות המותרת על-ידי הבורסה ("פקודה חריגה") אינו יכול להתקבל. ברור, כי ניתן להשפיע על תנודות השערים גם באמצעות פקודות שאינן חריגות, והדבר אף מתבקש כאשר המניפולטור מעוניין שהפקודות תשתתפנה במסחר ולא תעוררנה חשד. ההוראה האוסרת קבלת פקודה חריגה לביצוע, נועדה להקטין מראש את האפשרות להרצה, אך אין היא חוסמת נקיטת סנקציה פלילית מכוח הדין, בנסיבות בהן לא ניתן היה למנוע את ההרצה מראש. נראה, כי לא באה חוות הדעת הנגדית אלא כדי לשלול את היסוד הנפשי אצל מרקדו, כשבדיונו על הוכחת ההשפעה אין לכך כל נפקות.

62. כיצד הוכיח מוטרו כי פקודות הקנייה שמסרו המערערים השפיעו על שעריהם של אגרות-החוב?

אגרות-החוב נסחרות בבורסה בשיטה של מסחר רב-צדדי. בתקופה הרלבנטית נחלק המסחר באגרות-החוב לשני חלקים: "שלב הלידר", ולאחריו שלב המסחר הפומבי. שלב המסחר הפומבי נערך בזירת המסחר, בנוכחות מבצעים מטעם חברי הבורסה. המסחר נוהל על-ידי הכרוז, שהיה עובר מאגרת-חוב אחת לרעותה באופן סדרתי, עד לסיום המסחר בכל אגרות-החוב שנסחרו בזירה. בפני הכרוז הונח גליון מסחר, ובו נרשמו הביקושים וההיצעים לאגרת החוב, שהתקבלו ב"שלב הלידר". הכרוז היה מעלה או מוריד את שער אגרת-החוב בהתאם לעודף הביקוש או עודף ההיצע שנוצר ב"שלב הלידר". באופן טבעי, הוביל שינוי השער למסירת פקודות נגד המגמה. העלאת השער יכלה להביא לנסיגה של חברי בורסה מפקודות קנייה שמסרו ב"שלב הלידר", או למסירת פקודות מכירה נוספות. כל זאת, עד שנוצר איזון בין הביקוש וההיצע היומיים.

בנקודת האיזון נקבע שיערה היומי של אגרת-החוב, הוא שער הסגירה, ובשער זה נערכו כל העסקאות באותו יום מסחר.

חלק מאגרות-החוב הממשלתיות לא נסחרו על-פי שער, אלא על-פי תשואה. המסחר לפי תשואה זה בעיקרו למסחר לפי שער, אלא שבמקום להעלות או להוריד את השער, העלה או הוריד הכרוז את התשואה של אגרת-החוב, ואחר-כך תורגם השינוי בתשואה לשינוי בשער.

63. חוות-דעתו של מוטרו מראה כיצד השפיעו פקודות קנייה שנמסרו מטעם מערערי האג"ח על תנודות השער, בכל אישום ואישום. ההשפעה לבשה פנים שונות, שעיקרה בפעולות של הבנק ומיעוטה בפעולות של אילנות.

הדוגמא המובהקת ביותר להשפעה שהיתה לפקודות הקנייה היא בהיפוך מגמת המסחר. דהיינו שהמסחר הפומבי נפתח בעודף ביקוש, ואלמלא נמסרו אותן פקודות הוא היה נפתח בעודף היצע. כך היה ב-20.10.93 באג"ח "פועלים הנפקות" 20 ו"פועלים הנפקות" 21 (אישומים מס' 8 ו-9). שערן של אגרות-החוב עלה בעקבות עודף הביקוש. אך מובן, שעליית השער לא היתה מתאפשרת לו נפתח המסחר בעודף היצע. בדומה, ב-28.9.93 נמסרו לאג"ח "נכסי אזורים" (אישום מס' 7) פקודות קנייה על-ידי הבנק ואילנות בלבד, ולא נמסרו כל פקודות מכירה. שער אגרות-החוב עלה, המבצעים של הבנק ושל אילנות נסוגו מהפקודות, ובפועל לא התקיימה כל עיסקה. אלמלא נמסרו פקודות הקנייה, היה נותר השער ללא שינוי.

במקרים אחרים, היה נוצר עודף ביקוש גם אלמלא פקודות הקנייה, אך אלה גרמו לעליית שער בשיעור גבוה יותר מזה שהיה נוצר בלעדיו. כדי לתאר השפעה זו יש להזכיר כי בשלב המסחר הפומבי היה הכרוז מעלה את שער אגרת-החוב כל עוד היה עודף בביקוש, במגבלות העליה המרבית המותרת. עודף הביקוש היה קטן כשנמסרו פקודות מכירה, או כשמשיקעים שמסרו פקודות קנייה ב"שלב הלידר" נסוגו מהן בשלב המסחר הפומבי. חוות-הדעת של מוטרו מראה, כי בכמה מקרים נותר בתוקף ביקוש שמקורו בפקודות של הבנק, גם לאחר שהיתה נסיגה מכל הפקודות האחרות, והשער המשיך לעלות. כלומר, ברור כי השער המשיך לעלות אך ורק עקב הפקודות שנמסרו מטעם מערערי האג"ח. כך היה ב-27.9.93 באג"ח "פועלים הנפקות" 17 (אישום מס' 5) ובאג"ח "אשנב" 24 (אישום מס' 6), ב-19.10.93 באג"ח "פועלים הנפקות" 20 ו"פועלים הנפקות" 21 (אישומים מס' 8 ו-9) ב-31.10.93 באג"ח "גליל" 5418 (אישום מס' 10) וב-10.1.94 באג"ח "גליל" 5419 (אישום מס' 15). השפעה אחרת על השער ניכרת כאשר עודף הביקוש אozן באמצעות הצטרפות פקודות מכירה שלא השתתפו ב"שלב הלידר". במקרים כאלה הראתה חוות-הדעת כי אותן פקודות

מכירה היו מביאות לאיזון הביקוש וההיצע בעליית שער מתונה יותר, אלמלא הפקודות שנמסרו מטעם הבנק ואילנות. כך היה ב-12.9.93 בקבוצת אג"ח "גליל" 437- (אישום מס' 4), ב-19.10.93 באג"ח "פועלים הנפקות" 20 ו"פועלים הנפקות" 21 (אישומים מס' 8 ו-9) וב-31.10.93 באג"ח "גליל" 5418 (אישום מס' 10). ברור כי שני ביטויים אלה להשפעה עשויים להתרחש באותו יום מסחר.

64. ההשפעה שיוחסה למערערי האג"ח באישום מס' 3 התבטאה בכך שחלק מהביקוש שהכניס הבנק נותר בעינו עד לתום המסחר בעליית שער מירבית. מערערי האג"ח טענו שלצד הפקודה של הבנק עמדה בעינה גם פקודה אחרת, של בנק כללי. בכך, לטענתם, נשלל הקשר הסיבתי, במובן של גורם בלעדיו אין, בין מעשיהם ובין ההשפעה, שכן גם בנק כללי השפיע על השער.

שאלת הוכחתה של הסיבתיות נדונה בהקשר לתופעה בה גורמים מצטברים, שאינם תלויים זה בזה, גורמים במקביל לתוצאה אסורה. כדי למנוע תוצאה אבסורדית לפיה לא ניתן לומר על אף אחד מהגורמים כי מתקיימת זיקה סיבתית בינו ובין התוצאה שהתרחשה, נסוג המבחן של הסיבה בלעדית אין, ובמקומו הועדף מבחן דיות הפעולה על פניו (לעניין זה ראה י' לוי וא' לדרמן עיקרים באחריות פלילית (תשמ"א) 319-322). מבחן זה ראוי שיאומץ בנסיבות כגון אלה שבאישום מס' 3. שתי הפקודות - זו של הבנק וזו של בנק כללי - הביאו במקביל לעליית השער, אולם די היה בפעולה המניפולטיבית כשלעצמה להביא לאותה עליה.

65. השפעה על תנודות השער של האג"ח היתה גם לפקודות קנייה אשר מנעו את ירידת השער, או לפחות מיתנו את שיעור הירידה. כך היה ב-29.8.93 באג"ח "שגיא" 4247 (אישום מס' 2). המסחר הפומבי החל בעודף היצע, שאמור היה להביא להורדת שער אגרת-החוב. אלא שמיד בפתיחת המסחר מסר המבצע של הבנק פקודת קנייה למלוא עודף ההיצע, ובכך נמנעה ירידת השער. כך היה גם ב-9.12.93 בקבוצת אג"ח 437- (אישום מס' 13). עודף ההיצע בפתיחת המסחר הפומבי אוזן בפקודות שנמסרו על-ידי מבצעים שונים, כאשר אחת הפקודות הגדולות מתוך אלה נמסרה מטעם אילנות. ב-17.11.93 מיתנו הבנק ואילנות את ירידת השער של קבוצת אג"ח 437- (אישום מס' 11). זאת בכך שפקודת קנייה שמסרה אילנות ב"שלב הלידר" הקטינה את עודף ההיצע שנוצר; וכן בכך שאילנות והבנק קלטו כמות גדולה של אג"ח, חלקה מיד בפתיחת המסחר הפומבי, ושאריתה לאחר העלאת תשואת אגרת-החוב (שמשמעה ירידת השער) במדרגה הראשונה.

66. ראוי לעמוד על כך, שהעובדה שפקודות הקנייה שנמסרו על-ידי מערערי האג"ח לא נענו בקלות, איננה רק פרי המקרה. כעולה מעדותו של כהן, הרי שלפחות בחלק מהמקרים דאגו מערערים אלה לבחור באגרות-חוב שאפשר היה לרכוש מהן בהנפקה כמויות גדולות במיוחד (באגרות החוב הממשלתיות), או

שהסחירות בהן היתה נמוכה (באגרות החוב הקונצרניות). באמצעות "השתלטות" כזו על המסחר, הבטיחו שלא יהיו היצעים שיסכלו את תכניתם (ראה עמודים 881, 885, 887 לפרוטוקול). בייחוד בולט הדבר באישום מס' 15, בו נרכשה במסגרת התכנית כמעט כל הכמות שהונפקה.

67. כדי לעמוד על ההשפעה שהיתה למעשיהם של מערערי המניות על תנודות השער של המניות, נדרשת אבחנה בין שיטות המסחר שבהן נסחרו המניות. מניות "פריז" ו"אוסם" (נשוא אישומים מס' 18 ו-20) נסחרו בשיטת "המשתנים". מניות "אלקטרה", "ישרס" ו"תדאה" (נשוא אישומים מס' 16, 17 ו-19) נסחרו בשיטת הכר"ם.

את דבר קיומה של השפעה על תנודות השער של מניות הנסחרות בשיטת "המשתנים", ניתן להניח על בסיס עצם הביצוע של עסקאות במניות (כמוסבר לעיל בפיסקה 45).

אכן ניתן לומר, כי הוכח עקרונית כי בתאריכים 9.1.94-4.1.94 נרכשו עבור קופת הגמל "תמר" של הבנק, מניות "פריז". כן הוכח עקרונית כי בתאריכים 6.2.94-17.1.94 נרכשו עבור קופות הגמל "תמר" ו"גפן" מניות "אוסם". הנחת ההשפעה מתחזקת במקרה דנן נוכח הדרך בה בוצעו הרכישות על ידי מערערי המניות, שעיקרה איתות למשקיעים אחרים כי משקיע מוסדי גדול עומד מאחורי הרכישות (כמפורט בהמשך).

68. שיטת הכר"ם היא שיטה של מסחר רב-צדדי. את תפקיד הכרוז, המעלה או מוריד את השער בהתאם למגמת המסחר, ממלא המחשב. המסחר במניות נחלק לשלושה שלבים. השלב האחד הוא "שלב הלידר", שבסופו מתפרסמים הנתונים בדבר עודף ביקוש או עודף היצע בכל נייר-ערך. בשלב השני מגיבים המשקיעים לנתונים באמצעות נסיגה מפקודות שמסרו ב"שלב הלידר", או באמצעות מסירת פקודות נגד המגמה, במטרה לאזן את העודף. על-כן נקרא שלב זה "מאזנות 1". לאחר שמתקבלות הפקודות המאזנות, קובע מחשב הבורסה שער חדש בו מאוזן העודף. אם לא ניתן לקבוע זאת, כי אז נקבע שער ביניים ונערך סיבוב נוסף, המכונה "מאזנות 2".

בתום המסחר נקבע השער הקובע לכל נייר-ערך, ובו מתבצעות כל העסקאות של אותו יום.

69. חוות-הדעת של מוטרו מראה, כי הפעולות שנעשו במניות השפיעו על תנודות השער של המניות שנסחרו בשיטת הכר"ם. השפעה זו נעשתה באמצעות מסירת פקודות קנייה מטעם קופות הגמל "תמר", "גפן" "קופה כללית לפיצויים" ו"שקמה".

היו ימים בהם פקודות קנייה שנמסרו ב"שלב הלידר" גרמו למגמת מסחר הפוכה מזו שהיתה אלמלא הפקודות. כך גרמו לעליית שער, מקום בו התבקשה ירידת שער, או לכל היותר אי-שינוי בשער. כך היה ביום 7.11.93 במניית "אלקטרה" ובימים 23.11.93, 29.11.93 ו-1.12.93 במניית "ישרס". במקרים אחרים לא גרמו הפקודות להיפוך המגמה, אך גרמו לכך שהעודפים יאוזנו בשער גבוה יותר, ואף יצריכו מעבר משלב "מאזנות 1" לשלב "מאזנות 2", שלא היה מתבקש אלמלא הפקודות, והגדיל, כמובן, את שיעור עליית השער. כך היה ביום 4.11.93 במניית "אלקטרה", בימים 30.11.93, 5.12.93 במניית "ישרס", וביום 3.1.94 במניית "תדאה".

היו מקרים בהם תרמו פקודות הקנייה שנמסרו ב"שלב הלידר" להקטנת עודפי היצע שנוצרו בו. כך מיתנו את ירידת השער המתבקשת, או אף מנעו אותה לחלוטין. כך היה בימים 8.11.93 ו-11.11.93 במניית "אלקטרה" ובימים 28.11.93, 2.12.93, 7.12.93 ו-8.12.93 במניית "ישרס". במקרים אחרים, צמצמו פקודות קנייה שנמסרו בשלבי המאזנות את עודף ההיצע שנוצר ב"שלב הלידר", ובכך מיתנו את ירידת השער או אף מנעו מעבר משלב "מאזנות 1" לשלב "מאזנות 2", שבו היה השער ממשיך לרדת. כך היה בימים 8.11.93, 10.11.93, 11.11.93 במניית "אלקטרה", בימים 28.11.93, 2.12.93 ו-8.12.93 במניית "ישרס", ובימים 4.1.94 ו-6.1.94 במניית "תדאה".

70. העולה מן האמור, כי ניירות-הערך שמדובר בהם נרכשו במטרה להעלות את שעריהם, לשם יצירת רווח בחשבונם של המממן, וכי פקודות הקנייה אכן השפיעו על תנודות השער של אותם ניירות-ערך. בכך הוכחו יסודותיה של העבירה שבסעיף 54(א)(2) לחוק ניירות-ערך.

קבלת דבר במירמה

71. הערך החברתי "עליו באה להגן עבירת המירמה הוא חופש הרצון, חופש הפעולה וחופש הבחירה של המרומה" (ע"פ 752/90 ברזל נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 564). העבירה של קבלת דבר במירמה הינה עבירה תוצאתית. רכיבה ההתנהגותי הוא הצגת טענה כוזבת, רכיבה הנסיבתי הוא "דבר", ורכיבה התוצאתי הוא "קבלה". התוצאה "בעבירה זו הינה תוצאה מסוג מיוחד, שכן היא מקפלת בתוכה מרכיב התנהגותי הוא קבלת הדבר" (ע"פ 6350, 6391/93 גולדין נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 1, 34). ככלל עבירת תוצאה נדרש קשר סיבתי בין ההתנהגות (מצג כוזב) לבין התוצאה (קבלת ה"דבר"). המחשבה הפלילית הנדרשת לצורך גיבוש העבירה הינה מחשבה פלילית רגילה של מודעות להתקיימות יסודותיה העובדתיים של העבירה - היותו

של המצג כוזב, אפשרות התרחשות התוצאה האסורה, ורכיב הסיבתיות שבין המצג הכוזב והתוצאה. עמדה על כך השופטת שטרסברג-כהן בע"פ 5734/91 (מדינת ישראל נ' לאומי ושות' בנק להשקעות, פ"ד מט(2) 4, 22):

"במישור היסוד הנפשי יסוד המרמה משמעו 'הלך נפש של ידיעה' שאותה טענה אינה אמת או הלך נפש של 'אי-אימון' באמיתות הטענה המלווה את הצגת הטענה הכוזבת' (י. קדמי, על הדין בפלילים חלק ראשון, דיונון 1994 עמ' 405). בנוסף מחייבת עבירת המרמה כי המציג יהיה מודע לאפשרות התרחשותה של התוצאה המזיקה כפועל יוצא מן המצג. קרי נדרשת מודעות לרכיב התוצאתי ולרכיב הסיבתיות. כוונה במובן רצון בקרות ההתרחשות אינה נדרשת לענין העבירה המושלמת של קבלת דבר במרמה (ראו פרשת ברזל בעמ' 565, תוך שבית המשפט מאזכר בהסכמה את ע"פ 839/78 מדינת ישראל נ' אבני ואח', פ"ד לג(3) 821).

(כן ראה ע"פ 4325, 4055/93 אסמר נ' מדינת ישראל, סעיף 10 לפסק הדין).

72. הרכיב ההתנהגותי בעבירה הוא, כאמור, יצירת מצג כוזב. סעיף 414 לחוק מגדיר את יסוד המרמה בצורה רחבה מאוד. רוחב ההגדרה מתבטא הן בתוכן המצג והן בדרכי יצירתו. מבחינת תוכן המצג, קובע סעיף 414 כי כל "טענת עובדה בענין שבעבר, בהווה או בעתיד" עלולה להוות מצג שווא. מבחינת דרך יצירת המצג קובע הסעיף כי כל טענה הנטענת "בכתב, בעל פה או בהתנהגות" עלולה להוות מצג שווא.

נוכח הוראתו המפורשת של סעיף 414 לחוק, יכול מצג שווא להיווצר גם בדרכי של התנהגות (ע"פ 233/88 לארי נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 11, 19). מכאן, כי בגדר "מצג", נכנס גם מצג אותו יוצר נאמן כלפי הנהנה, כי הנאמנות מתנהלת על ידו ללא דופי, גם אם מצג זה נוצר רק מכח התנהגות הנאמן.

הרכיב הנסיבתי בעבירה הוא, כאמור, "דבר". גם רכיב זה מוגדר בצורה רחבה בסעיף 414 לחוק, והוא כולל "מקרקעין, מיטלטלין, זכות וטובת הנאה".

73. אין באינטרס המוגן על ידי העבירה של קבלת דבר במרמה כדי לצמצם את תחולתה רק ל"דבר" שכבר היה קיים במציאות עובר ליצירת המצג, כשגם "דבר" שנוצר עקב המרמה, מספק את דרישת הרכיב הנסיבתי "דבר". אין גם הצדקה עניינית לצמצם את פרשנות הרכיב הנסיבתי רק ל"דבר" המצוי בחזקת המרומה. פגיעה בחופש הרצון של המרומה, אותה באה עבירת המרמה למנוע, יכולה להתקיים גם במקרים בהם ה"דבר" לא היה עובר למרמה בחזקת המרומה, ונמסר למרמה מידי צד שלישי, ואף כשה"דבר" שנמסר למרמה עקב המרמה שייך מבחינה משפטית למרומה, ועקב המרמה הוא לא היה מודע לזכותו.

74. במקרה דנן נטען בכתב האישום כי מצג השווא שהנאמנות מתנהלת כשורה, זיכה את יוצריו של המצג, בשני סוגים של טובות הנאה ("דברים"). ה"דבר" הראשון הוא הזכות לפעול בכספי הנאמנות, ו"הדבר" השני הם הרווחים שהופקו כתוצאה מהשימוש בכספי רשות הנמלים וקופות הגמל.

בע"פ 6350,6391/93 הנ"ל נקבע כי תיחום העבירה של קבלת דבר במירמה ביחס לעבירת הגניבה לפי סעיף 383(א)(2), הדין בגניבה על דרך של שליחת יד בנכס הנמצא "בפקדון או בבעלות חלקית", הינו לפי עיתוי התגבשותה של ההחלטה לנהוג בנכס מנהג בעלים:

"העיתוי להתגבשות ההחלטה של מקבל הנכס לנהוג בו מנהג בעלים הוא שתחום את היקף עבירת הגניבה לפי סעיף 383(א)(2) ביחס להיקף עבירת המרמה. אם התגבשה הכוונה לנהוג בנכס מנהג בעלים לאחר שהושגה החזקה בו, כי אז תהיה גניבה לפי סעיף 383(א)(2), אם לא יהיה ספק בדבר חוקיות החזקה בנכס. פשיטא, כי במקרה כזה גם לא נעברה עבירה של קבלת דבר במרמה. שכן, אם בעת קבלת החזקה בנכס טרם גמלה בלב עושה העבירה ההחלטה לנהוג בו מנהג בעלים, הרי שאין לומר כי מסירת הנכס אליו נעשתה על יסוד מצג שוא. מקרה הפוך בו התגבשה הכוונה לנהוג בנכס מנהג בעלים עובר לקבלת החזקה בנכס אינו יכול לבוא, כאמור לעיל, בגדרו של סעיף 383(א)(2), המותנה בחוקיות החזקה (בענין זה ראה א' לדרמן, "דיני עונשין" ספר השנה בישראל (תשנ"ג) 469, 473 ואילך). המסקנה העולה מן האמור היא כי אם מדובר בנפגע אחד, אין עבירת המרמה, העומדת ביסוד מסירת הנכס, דרה בכפיפה אחת עם עבירת הגניבה המנויה בסעיף 383(א)(2) (בעמ' 29).

בענינו, התקבלה הזכות לפעול בשם קופות הגמל ורשות הנמלים טרם שנתגבשה החלטתם של מי מהמעורבים לבצע את העבירות נשוא כתב האישום, על ידי שימוש בנכסי הנאמנות לטובתם האישית. לפיכך לא ניתן לראות באותה זכות משום "דבר" שנתקבל במירמה.

טעם שני לדחית הטענה כי הזכות לפעול בנכסי הנאמנות הינה "דבר" שנתקבל במירמה, והוא העיקר בעיני, נעוץ בכך שהכרה באותה זכות כ"דבר" שנתקבל במירמה עקב מצג שווא של קיום חובת הנאמנות, תרחיב יתר על המידה את הנורמה הפלילית הקבועה בעבירה הנ"ל. אם נראה "דבר" בזכות להמשיך ולפעול כנאמן, כי אז כל מצג שווא של נאמנות, היינו, כל הפרה של חובת הנאמנות, תהווה עבירה של קבלת דבר במירמה. בעוד שבחינת הפרה של חובת הנאמנות באמצעות סעיף 383(א)(2) לחוק תהפוך למעשה פלילי רק הפרת חובת נאמנות שיש בה משום "שליחת יד" בנכסי הנאמנות.

לעומת זאת, נתקבלו הרווחים שהוצאו במירמה מרשות הנמלים וקופות הגמל, לאחר הפרת חובת הנאמנות, ולכן אין מניעה לסווגם במסגרת העבירה של קבלת דבר במירמה.

75. יש לציין כי גם באישומים בהם לא נעברה עבירה של תרמית בניירות-ערך, אין להסיק בהכרח שלא היו רווחים. ואף אם לא נגרם נזק חומרי למרומה, כתוצאה מקבלת הרווחים, אין בכך בלבד לשלול את תחולת העבירה. בהקשר זה נאמר בע"פ 752/90 הנ"ל (בעמ' 563), כי:

"כשם שטובת ההנאה שמקבל המרמה אינה חייבת להתבטא ביתרון או הישג חומריים, כך אין לראות כתנאי בל יעבור כי נגרמו למרומה, בעטית של המרמה, נזק או הפסד מוחשיים. חזות הכל בעבירה של קבלת דבר במירמה הנה ביתרון או בהישג למרמה, ולא בחסר למרומה ...

בע"פ 817/76 (דנינו נ. מדינת ישראל, פד"י ל"א(3) 645, 648), הביעה אמנם השופטת (כתוארה אז) בן-פורת, את דעתה כי "קבלת דבר במרמה" פירושה... קבלת אותו דבר (על דרך המירמה) אשר למקבל הוא בגדר של הישג או יתרון ואילו לנותן הוא בגדר נזק או הפסד. אולם הפסד למרומה יכול שיתבטא רק בעצם הפגיעה שנפגע בחופש השיקול וההכרעה שלו, כתוצאה מן המירמה. שכן האינטרס החברתי עליו באה עבירת המירמה להגן הוא חופש הרצון, חופש הפעולה וחופש הבחירה של המרומה. פגיעה בחופש זה אשר באה כתוצאה ממעשה המירמה, ואשר הביאה למרמה יתרון או הישג, הם שעומדים ביסודותיה של העבירה שבסעיף 415 לחוק".

הדוגמא המובאת בע"פ 752/90 הנ"ל (בעמ' 593) ממחישה את ההצדקה להחלת עבירת המירמה

גם אם לא נגרם למרומה נזק או הפסד מוחשי:

"טול, לדוגמא, מקרה, בו בעל עסק מוכר את מוצריו לחוג קונים מסויים בלבד, בין אם על-פי דין ובין אם מרצונו. האם ניתן לומר, כי מי שהציג עצמו כמשתתף לאותו חוג, וכך רכש את המוצר, לא קיבל דבר במירמה, אף-על-פי שלמוכר לא נגרם כל נזק או הפסד ממוני?".

76. בכך שלא צמצמנו את הרכיב הנסיבתי ל"דבר" שיש בו לגרום נזק או הפסד מוחשי למרומה, לא ייתרנו את הצורך בקיומה של פגיעה בחופש הרצון של המרומה, כשמשמעותה של פגיעה זו היא "שאם היו נפרשות בפני המרומה כל העובדות לאשורן, אפשר שהיה פועל, או שחייב היה לפעול ... אחרת מכפי שפעל" (ע"פ 752/90 הנ"ל בעמ' 546). ניתן, איפוא, לומר כי מרכז הכובד של הפגיעה בערך המוגן בעבירה, הוא חופש הרצון, אינו מצוי ברכיב הנסיבתי "דבר", אלא בקיומו של קשר סיבתי בין המירמה לבין קבלת ה"דבר".

77. כאן אנו מגיעים ליסוד העובדתי האחרון, הוא הדרישה לזיקה סיבתית בין ההתנהגות (מצג השווא של נאמנות) לבין התוצאה (קבלת "דבר").

הזיקה הסיבתית בין מצג השווא לבין קבלת ה"דבר" שביטוי ברווחים, הינה ברורה. הרווחים בכל העסקאות נבעו כתוצאה ישירה ומידית מהפרת חובת הנאמנות - בין אם הפרת חובת הנאמנות גרמה נזק לנהנה (בעסקאות בהן נרכשו ניירות-ערך לחשבונות רשות הנמלים וקופות הגמל לאחר הרצה) ובין אם לאו (בעסקאות בהן נרכשו לחשבונות הנהנים ניירות-ערך במחיר השוק, ללא הרצה).

78. העבירות של קבלת דבר במירמה בוצעו במקרה שלפנינו בנסיבות מחמירות. בע"פ 399/88 (בלאס נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(4) 705, 742) נאמר כי:

"לצורך האבחנה בין הרישא לבין הסיפא של הסעיף 415 האמור עשויים להשפיע הצורה בה מבוצעת המירמה, השיטה, התכנון, התייחסותם, ההיקף וכדומה גורמים".

וסיכם את ההלכה י. קדמי בספרו על הדין בפלילים (חלק ראשון, (תשנ"ד) 414):

"ה'נסיבות המחמירות' יכול ותהיינה נעוצות: בתייחסותם של המירמה; או - בהיקפה וממדיה; או - בהיותה פרי מאמץ מתוכנן, שיטתי וממושך; או - במעמדו המיוחד של העבריין כלפי קורבנו (מעמד המקנה לו 'אמינות'); או - בהיות המירמה כרוכה בביצועה של עבירה אחרת, המכשירה את הקרקע להצלחתה; וכיוצ"ב נסיבות הקשורות באופיה של ה'מירמה', להבדיל מהנסיבות הקשורות ב'אישיותו' של העבריין".

נקל לראות שהמירמה במקרה דנן עומדת בכל הסממנים המקובלים בפסיקה לגיבוש נסיבות מחמירות. מדובר במעשי מירמה מתוככמים, רחבי היקף, מתוכננים, תוך ניצול מעמדו של המרמה כנאמן של המרומה (ראה ע"פ 130/88 גרוסמן נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(4) 599, 608; ע"פ 618/88 בן-עמי נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(3) 227, 231).

עבירת הקשר

79. טענה העולה אצל חלק מהמעוררים, הינה שלאור ביטול עיקרון האחריות הסולידרית של קושרים בתיקון מספר 39 לחוק, לא היה מקום להרשיעם בנוסף לעבירת הקשר, גם בעבירות האחרות. לשיטתם, הטיל בית המשפט קמא עליהם אחריות פלילית גם לעבירות שלא היו צד לביצועם, רק מכוח חברותם בקשר הפלילי.

ולא היא. בית המשפט קמא ציין במפורש כי הוא רואה את המערערים מבצעים בצוואת של אותן עבירות בהן הואשמו, ומטעם זה הרשיעם. לדבריו:

"במקרה דנן, מלבד עצם קשירת הקשר בין כל הנאשמים, הוכח בבירור כי הם היו צדדים לעשייתן של העבירות המושלמות, בין אם המעשים נעשו בצוואת חדא ובין אם בנפרד ע"י מי מבין הנאשמים האחרים, **בידיעתם ובהסכמתם** של כל השותפים גם יחד. דעתי היא, כי הוכחה אחריותם של הנאשמים כולם לעבירות שנעברו בתיק זה, וזאת מכח דיני השותפות, גם אם הם לא ביצעו פיסית ואישית כל פעולה ופעולה הקשורה למעשים שהיוו את יסודות העבירה" (עמ' 157 לפסק הדין).

80. טענה נפרדת לגבי עבירת הקשר היתה, כי לא היה מקום להרשיע את המערערים במספר עבירות קשר נפרדות כמספר האישומים, אלא בעבירת קשר אחת בלבד.

השאלה בדבר פיצול התרחיש העובדתי של העשייה העבריינית למספר עבירות נפרדות, נדונה בע"פ 104/89 (דרורי נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 843), שם הסביר בית המשפט כי אין תשובה אנליטית סדורה וברורה לשאלת אפשרות הפיצול. לשיטתו של פרופ' פלר (בספרו **יסודות דיני עונשין** (כרך ג', תשנ"ב) בעמ' 287), יש לבחון אם העבירה רבת-הפרטים, כלשוננו, הינה "רצף גלובאלי אחד במתכונת אירוע עברייני מלוכד מבחינה נפשית ועובדתית". המושג "הצטברות עבירות", בנוי, לדעתו, על "ריבוי עבירות, אשר כל מרכיב שבו הוא אירוע עברייני, שיחידתו אינה עוד שנויה בחלוקת" (שם, בעמ' 297). במילים אחרות, האם מדובר בעבירות אשר כולן יוצרות מקשה אחת, מעין "עבירת שרשרת" שחוליותיה הדוקות זו בזו, ו"בכל חוליה התנהגותית של השרשרת טמון יחס מנטאלי אחיד של העושה וכי אותו יחס חובק את תיאורה המעשי של כל חוליה על תנאי מימושה וכן על זיקתה לחוליות הנותרות ולשרשרת כולה, כמתכונת מימוש של משימה קונקרטית אחת ומשותפת, בשיטה מחושבת מראש" (פלר, שם, בעמ' 234). או שאין מדובר באירוע עברייני מונוליטי, וניתן לראות כל ארוע וארוע כעומד בפני עצמו, הן מהצד העובדתי והן מהצד המנטאלי (ראה ע"פ 1377/94 משולם נ' מדינת ישראל, שטרם פורסם).

81. בענינו מדובר בעבירת קשר "מסגרתית" שהיתה חסרה פרטים ספציפיים, אשר לאחריה התקיימה סידרה של עבירות קשר, כאשר כל אחת מהן עמדה בפני עצמה, והתייחסה למקרה ספציפי. במצב דברים זה לא היתה מניעה להרשיע בעבירת קשר בכל אחד מן האישומים.

עבירת הקשר ויחסה לדיני השותפות

82. סעיף 499(א) לחוק קובע כי:

"הקושר קשר יישא באחריות פלילית גם על עבירה שלשמה נקשר הקשר או עבירה לשם קידום מטרתו, רק אם היה צד לעשייתה לפי סימן ב לפרק ה".

הוראה זו, שהוספה בתיקון 39 לחוק, באה לשנות את ההלכה בדבר האחריות הסולידרית של קושרים. דהיינו, כי כל קושר אחראי לכל עבירה שנעברה בידי כל אחד מהקושרים האחרים לשם קידום מטרת הקשר, אפילו נעברה בלי השתתפותו וללא ידיעתו. תמצית הביקורת על הלכה זו היתה, כי "כל זמן שאדם נמנה עם חבר-קושרים, הנחה היא שמכוננת בליבו הכוונה שמשימת הקשר תתגשם. ברם, בדיוק על כוונה זו - ועליה בלבד מדובר משלא ניגש בעצמו להגשמה כאמור - מבוססת האחריות בגין קשירת הקשר, כמובן בתנאי שיצטרף אל כוונה זו מעשה כנ"ל, בבחינת actus reus של העבירה של קשירת קשר. אולם, הטלת אחריות פלילית על אותו קושר שלא עשה מאומה בזמן קיום הקשר ולשם קידומו, בשל עבירה שנעברה לשם כך על ידי חברו לקשר, פירושה בתכלית הפשטות, ייחוס עבירה ללא מעשה והטלת אחריות פלילית על הכוונה המקורית גרידא" (ש"ז פלר, "אחריות פלילית ללא מעשה, על סמך מה" הפרקליט כ"ט(2) 19, 22).

סעיף 499(א) אינו מטיל, אם כן, אחריות פלילית ללא מעשה, והוא קובע את העיקרון ש"אחריותו הפלילית של קושר - מעבר לאחריות לעצם עבירת הקשר - תיקבע על פי דיני השותפות הרגילים" (ע"פ 2796/95 פלוני נ' מדינת ישראל, שטרם פורסם). משמעות העיקרון האמור היא, כי:

"מלבד אחריותו הפלילית של קושר לעבירת הקשר שעבר, עליו לשאת באחריות על עבירה שלשמה נקשר הקשר או שנעברה לשם קידום מטרתו של הקשר רק אם היה צד לעשייתה ולפי תפקידו בעשייתה. כלומר: אחריות לתרומתו האישית בלבד, ולפי מהותה בלבד, ואין עוד אחריות סולידרית של קושרים..." (ש"ז פלר, "האם עוד קיים 'דין קשר' נוסף על דין הקשר?" משפטים כ"ז(3) 631, 633).

אמור מעתה, קשירת קשר כשלעצמה אינה מחייבת את המסקנה כי הקושרים הינם מבצעים עיקריים של העבירה שלשמה נקשר הקשר. יש מקום לבחון את מעמדו של הקושר בעבירה זו "בהתאם להוראות

הרגילות, המבחינות, בין **הקטגוריות השונות**, האפשריות, של 'צדדים לעבירה' רבת-משתתפים לפי תפקידיהם - 'מבצע', 'משדל', 'מסייע' - בעשייתה" (פלר, שם, עמ' 633).

83. תיקון מספר 39 לחוק שינה את ההגדרות הנוגעות לצדדים לדבר עבירה. סעיף 29(ב) לחוק מגדיר את המבצעים בצוותא:

"המשתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה, הם מבצעים בצוותא, ואין נפקה מינה אם כל המעשים נעשו ביחד, או אם נעשו מקצתם בידי אחד ומקצתם בידי אחר".

וסעיף 31 לחוק מגדיר את המסייע:

"מי אשר, לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה, עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאבטח אותו, או למנוע את תפיסת המבצע, גילוי העבירה או שללה, או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם עשיית העבירה, הוא מסייע".

הבחנה זו קיבלה משנה תוקף וחשיבות מעשית, עקב ההבחנה בעונשו של המסייע לעומת עונשו של המבצע בצוותא (סעיף 32 לחוק).

84. טרם שנפרט את מבחני העזר להבחנה בין מבצע בצוותא למסייע, ראוי שנעמוד על הבסיס הרעיוני להבחנה. סקירה זו חשובה לפיתוח מבחני העזר ויישומם.

התנהגות עבריינית היא זו הפוגעת בערכים חברתיים או מסכנת אותם. מידת "האנטי-חברתיות" הפליליות של מעשה עברייני עשויה להשתנות לא רק בהתאם לחשיבותו של הערך המוגן, אלא גם לפי עוצמת הפגיעה שיש במעשהו של העברייני בערך המוגן. כדברי פרופ' פלר:

"מבחן אחר להגדרת טיב צורות השותפות יכול להיות המשקל הסגולי, מבחינה אנטי-חברתית, של חלקה של כל צורה של שותפות באירוע עברייני רב-משתתפים" (ש"ז פלר, **יסודות בדיני עונשין** (כרך ב', תשמ"ז) 186).

מידת ה"אנטי-חברתיות" שבפגיעה בערך מוגן מסוים היא שקלול של מרכיבים שונים: עוצמת הסכנה לערך המוגן כתוצאה מהמעשה העברייני; הפסול המוסרי הטמון בהתנהגות, דהיינו, נכונותו של עושה העבירה

לפגוע בערך המוגן; ומידת הקירבה - הפיסית והנפשית - של עושה העבירה למסכת העבריינית. בביקורתו על המצב המשפטי ששרר לפני תיקון 39 לחוק, כשלא היתה הבחנה בתוצאות העונשיות בין מסייע למבצע בצוותא, בעוד שהיתה הבחנה בתוצאות העונשיות בין ניסיון לעבור עבירה לבין ביצועה המושלם, אמר פרופ' פלר:

"... יש מקום להבחין הבחנה נורמטיבית כללית בין גבולות העונש בגין סיוע לדבר עבירה, בהשוואה לגבולותיו בגין הביצוע העיקרי. גישה זו בהחלט מובנית יותר ומוצדקת יותר מהבחנה דומה, הנהוגה לגבי הנסיון לדבר עבירה בהשוואה לביצועה המושלם; המנסה עשה כברת דרך במהלך ביצוע העבירה גופה, רצה להשלים את העבירה, והדבר לא עלה בידו, בניגוד לשאיפתו. ואילו המגיש סיוע, בוחר בכך בלבד, ולא בביצוע העיקרי והישיר של העבירה. יש משמעות לדבר, והיא צריכה לבוא לידי ביטוי גם במדיניות הענישה המוכרזת והמוצהרת של החוק" (פלר, שם, עמ' 345).

תיקון 39 לחוק מבטא את ההכרה שהאשמה המוסרית, והמסוכנות הסובייקטיבית והאובייקטיבית שבסיוע, פחותות מאלה שבביצוע בצוותא. פער זה הוא שעומד ביסוד האבחנה בתוצאות העונשיות בין מבצע בצוותא למסייע, והוא שגם צריך להנחות אותנו בקביעת המבחנים המשמשים לאבחנה בין מבצע עיקרי למסייע.

85. ההבחנה בין מבצע בצוותא "טיפוסי" לבין מסייע "טיפוסי" מצויה ביסוד העובדתי וביסוד הנפשי. במסגרת היסוד העובדתי הובהר כי איכות תרומתו של המסייע לביצוע העבירה פחותה מאיכות תרומתו של המבצע העיקרי. עמד על כך השופט קדמי באחד מפסקי הדין הראשונים שדנו בסוגיה, וכך אמר:

"מבצע בצוותא הוא - על פי ההגדרה שבסעיף 29(ב) לחוק - מי שנוטל חלק ב'ביצוע' העבירה, על ידי עשיית 'מעשה' המצוי, על פי טיבו, במעגל ה'פנימי' של ביצוע העבירה; כשלמושג 'ביצוע' לענין זה, יש משמעות רחבה מעבר לעשיית מעשה המבטא את הרכיב ההתנהגותי של הגדרת העבירה. לעומתו, 'המסייע' - הינו זה ה'תורם' בהתנהגותו לביצועה של העבירה, אך תרומתו אינה מהווה 'מעשה-של-ביצוע' כאמור, והיא נותרת 'חיצונית' למעגל 'ביצוע' העבירה. (ראה: דיני עונשין, פרופ' ש.ז. פלר, חלק שני פסקאות 264-269; ועיין גם - 'שותפות ולא סיבתיות, ביצוע עיקרי ולא סיוע', פרופ' גור-אריה, משפטים י"א, תשמ"א, עמ' 518) (ע"פ 2652/95 רז נ' מדינת ישראל, שטרם פורסם).

בע"פ 4497/93 (מרדכי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 239) חזר הנשיא ברק על ההבחנה ביסוד

העובדתי בין המבצע העיקרי למסייע. המאפיין את הביצוע בצוותא ביסוד העובדתי הוא:

"... לעניין הביצוע בצוותא תתכן חלוקת עבודה בין העבריינים, באופן שהם יפעלו במקומות שונים ובזמנים שונים, ומבלי שכל אחד מהם מיצה את העבירה, ובלבד שחלקו הוא מהותי להגשמת התכנית

המשותפת. אחדות המקום והזמן אינה חיונית, ובלבד שחלקו של כל אחד מהם הוא חלק פנימי של המשימה העבריינית..." (עמ' 250).

אשר ליסוד העובדתי המאפיין את המסייע, הבהיר הנשיא ברק באותו ענין כי:

"המסייע - בדומה למשדל - הוא שותף עקיף ומשני. הוא מסייע ביצירת התנאים לביצוע העבירה על ידי העבריין העיקרי (או העבריינים העיקריים המבצעים בצוותא) (סעיף 31 לחוק העונשין). תרומתו של המסייע היא חיצונית. אין הוא חלק פנימי של המשימה העבריינית עצמה. אין הוא היוזם, אין הוא המחליט על הביצוע ואין הוא שולט על הביצוע. אין הוא אדון לביצוע. הוא מבצע מעשי-עזר הנפרדים מביצוע העבירה על ידי העבריין העיקרי, ושיש בהם 'כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאבטח אותו' (סעיף 31 לחוק העונשין). 'מי שחלקו בהתהוות העבירה התבטא בפעולות עזר נושא באחריות פלילית כמסייע ... המסייע אינו משתתף איפוא בביצוע העבירה עצמה, אלא חלקו מתבטא בפעולות החיצוניות לעבירה' (השופט דורנר בע"פ 1632/95 הנ"ל בעמ' 554). טול את ראובן ושמעון המתכננים ביצוע שוד, תוך חלוקת תפקידים ביניהם. הם זקוקים לאדם שיסיע אותם למקום השוד. הם מבקשים מלוי להסיעם, והוא עושה כן. לוי הוא מסייע לראובן ושמעון, שהינם עבריינים עיקריים בצוותא" (עמ' 251).

התפקיד המישיני שיש למעשיו של המסייע בביצוע העבירה, מתיישב עם הפחתת אחריותו הפלילית.

שכן, תרומת מעשיו של המסייע לפגיעה בערך המוגן בעבירה הינה פחותה.

86. ההבחנה בין המבצע בצוותא לבין המסייע יכולה, כאמור, לבוא לידי ביטוי גם ביסוד הנפשי. דהיינו,

ביחס החפצי כלפי ביצוע העבירה. יחסו הנפשי של המסייע חלש מזה של המבצע העיקרי. אחד מסממניו של

היחס החפצי הוא במידת המודעות לפרטים הנוגעים לביצועה של העבירה.

על דרגת המודעות הנדרשת מן המסייע, נאמר בע"פ 5544/91 (אבנר מויאל נ' מדינת ישראל,

שטרם פורסם):

"כדי שיחשב הנותן למסייע, צריכה הנתינה להיות מלווה בכוונה לסייע לאותה עבירה שבוצעה, ולא לעבירה כלשהי (ע"פ 20,21/49 האדי נ' היועץ המשפטי, פ"ד ג 49, 13; ע"פ 426/67 בארי ובכר נ' מדינת ישראל, פ"ד כב (2) 481,477). אם כי, אין על הנותן להיות מודע לעבירה על כל פרטיה, כפי שנעברה על ידי המבצע, ו'רק טבעי הוא שתישאר מידה מסויימת של שיקול דעת אצל המבצע העיקרי... מתחייבת גמישות כלשהי לגבי הסיווג הנורמאטיבי של העבירה... אין ספק שמתחייבת גמישות מסויימת מבחינת מיקום העבירה ועיתותיה... בדרך כלל, גמישות מסויימת עשויה להיות טבעית לגבי זהות הקרבן... מכל מקום, מידת הגמישות בגבול התחתון אינה יכולה לבטל את הדרישה הבסיסית לפיה הסיוע לדבר עבירה היא שותפות לעבירה

מסויימת, בעלת מערכת מינימאלית של נתונים קונקרטיים, כפי שהיא עומדת להתבצע בעולם המעשה' (פלר, שם, בעמ' 248).

לא כן דרגת המודעות המאפיינת את המבצע העיקרי. זו אינה מצטמצמת בידיעת המסגרת הכללית של המעשה, אלא במודעות לפרטיו, המעידה על מעורבות נפשית גבוהה. הטעם לדרגת מודעות גבוהה זו הוא בכך כי:

"המבצע בצוואת תורם את תרומתו לאירוע העברייני רב-משתתפים מתוך יחס נפשי של יוצר העבירה ANIMO AUCTORIS. הוא רואה את עשיית העבירה כעניינו הוא, ולא של אחר' (פלר, בספרו הנ"ל, בעמ' 196). למבצע בצוואת שליטה פונקציונלית, יחד עם האחרים, על העשייה העבריינית והתפתחותה. הוא אדונה (ראה מ' קרמניצר, 'המבצע בדיני העונשין - קווים לדמותו', פלילים א' (תש"ן) 65). הוא חלק מתבניתה המשותפת (ראה דברי ההסבר לסעיף 29 להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, בעמ' 129-130)" (ע"פ 4497/93 הנ"ל, בעמ' 251).

87. בספרות הוצעה הבחנה נוספת בין המבצע בצוואת לבין המסייע המתבטאת בשליטה על מהלך ביצוע העבירה (מ' קרמניצר, "המבצע בדיני העונשין - קווים לדמותו" **פלילים** (תש"ן) 65). על מידת השליטה המאפיינת את המבצע העיקרי עמד הנשיא ברק בע"פ 2796/95 הנ"ל, באומרו:

"המאפיין את המבצע בצוואת שהוא אדון לפעילות העבריינית. בידיו השליטה הפונקציונלית-מהותית, יחד עם המבצעים בצוואת האחרים, על העשייה העבריינית. הוא חלק מהחלטה משותפת לביצוע העבירה. הוא חלק מהתוכנית הכוללת להגשמת הפעולה העבריינית. הוא חלק מהחלטה משותפת לביצוע העבירה. הוא פועל יחד עם המבצעים בצוואת האחרים, כך שכל אחד מהם שולט - ביחד עם אחרים - על הפעילות כולה".

לא כן המסייע, אשר בדרך כלל, אינו מתאפיין בשליטה מהותית על מהלך הביצוע.

נראה, כי הבחנה זו אכן יכולה להיות מבחן עזר בשקילת מידת התרומה הפיסית והיסוד הנפשי של המעורב בדבר העבירה. שהרי תרומה ניכרת לביצוע העבירה במישור העובדתי מצביעה על שליטה על מהלך ביצוע העבירה, וכן גם מצביעה תפישת עושה העבירה את עצמו כ"אדון העבירה" במישור הנפשי.

88. עמדנו על מרכיבי ההבחנה בין המבצע בצוואת לבין המסייע. מבחן העזר הראשון מצוי במישור העובדתי, ביטוי באיכות התרומה הפיסית של עושה העבירה. המבחן השני מצוי במישור הנפשי, הוא המבחן העומד על היחס החפצי בביצועה של העבירה.

סיווג מעמדו של הנאשם כמבצע בצוותא או כמסייע, מתקבל כתוצאה מסינטיזה של שני המבחנים הנ"ל, שהלא נאמר כבר כי "בין היסוד הנפשי (קרי: הנכונות לתרום לפגיעה משותפת בערך חברתי מסוים) לבין היסוד העובדתי הקבוע בעבירה קיימת זיקת גומלין" (ע"פ 4188/93 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(1) 539, 550). מדובר, איפוא, במבחן משולב.

על הצורך במבחן משולב עמד פרופ' פלר, באומרו:

"נדמה כי אין די, אם במבחן האובייקטיבי כאמור ואם בזה הסובייקטיבי, כמבחנים בלעדיים, כדי לפתור את הבעיה העומדת לפנינו. זאת, לו גם מן הטעם בלבד שמדובר בתיחום בין תופעות - בין צורות השותפות העקיפה לבין הצורה הישירה של השותפות - בעלות מבנה מורכב, אובייקטיבי - סובייקטיבי. שהרי לא יעלה על הדעת לנתח את הביצוע העיקרי ואת השידול והסיוע לביצוע, כתופעות עברייניות, מבלי להתייחס בהכרח ליסוד הנפשי האופייני שבכל אחת מהן, ליסוד העובדתי המיוחד שבכל אחת מהן, ולדרך שבה יסודות אלה משתלבים זה בזה, כדי, ליצור, כסינטיזה, את התופעה עצמה. ... טעם זה בלבד, כרוך במהות התופעות, שאת תחימתן מבקשים, ובמבנה הפנימי שלהן, והוא מחייב **מבחן משולב**, אובייקטיבי-סובייקטיבי, המצריך התחשבות גם ב- corpus וגם ב-animus כאחד; רק שקלול ביניהן נותן ביטוי למעמד האמיתי של חלקו של כל אחד מן המעורבים באירוע העברייני, בו הם השתתפו ואותו הם הניבו" (ש"ז פלר **יסודות דיני עונשין** (כרך ב', תשמ"ז) 197).

המבחן המשולב כמוהו כמקבילית כוחות. ככל שהיסוד הנפשי של עושה העבירה (מבחינת מידת הענין שלו בביצועה) רב יותר, יש מקום להסתפק בדרגה נמוכה יותר של היסוד העובדתי. ברוח זו כבר נאמר כי "משהוכח יסוד 'נפשי' זה (המודעות - א.ג.) אין עוד חשיבות לחלוקת התפקידים בין המעורבים בארוע" (ע"פ 4188/95 הנ"ל, בעמ' 550). ולהיפך, ככל שמידתו של היסוד העובדתי אצל עושה העבירה, מבחינת איכות תרומתו לביצועה, רבה יותר, כן ניתן להסתפק בדרגה נמוכה יותר של היסוד הנפשי.

89. במאמר מוסגר נציין, כי ניתן לטעון שלא כל תרומה פיסית, מינימלית ככל שתהא, די בה כדי "להפעיל" את מקבילית הכוחות. מי שתרומתו הפיסית לביצוע העבירה לא עברה רף איכותי מינימלי, אינו ראוי כלל להיקרא "מבצע" של אותה עבירה, זאת גם אם מבחינת היסוד הנפשי הוא שאף כי העבירה תבוצע. ההגיון העומד מאחורי סינון המקדמי של התרומות הפיסיות הוא, כי מידת האנטי-חברתיות שאוצרת תרומה מינימלית לעבירה אינה מספיקה להטלת האחריות החמורה של מבצע בצוותא. יוצא, איפוא, כי תנאי מקדמי לבחינת המרכיב הנפשי שבמקבילית הכוחות, הוא תרומה פיסית בת-ערך לביצועה של העבירה. נראה כי בנסיבות המקרה שלפנינו ההכרעה בשאלה אם קיים רף מינימלי כזה אינה חיונית, ולכן נשאיר רעיון זה בצריך עיון.

90. כזכור, נדרשנו לפירוט המבחנים לסיוע בין מבצע בצוותא למסייע, במסגרת ליבון מעמדו של קושר ביחס לעבירה שלשמה נקשר הקשר. ברור הוא כי עצם קשירת הקשר אינה מחייבת כיום את המסקנה המשפטית כי כל הקושרים הם מבצעים עיקריים של העבירה שלשמה נקשר הקשר. הרשעה בעבירה שלשמה נקשר הקשר, בין כמסייע ובין כמבצע בצוותא, מחייבת תרומה פיסית.

העובדה שטרם ביצע העבירה נקשר קשר פלילי (להבדיל מביצוע ספונטני) אינה מצדיקה סטייה מהמבחן המשולב שתואר לעיל. נהפוך הוא, במסגרת יישומו של מבחן זה, יש ביסוד הנפשי שהביא לקשירת הקשר, כשלעצמו, כדי להסגיר, לפחות לכאורה, את הענין של הקושר בביצוע העבירה. עמד על כך פרופ' פלר, באומרו:

"קשירת קשר בין שני אנשים, או יותר, לביצוע עבירה פלילית, טומנת בחובה גיבוש **מחשבה** פלילית משותפת למימוש **מטרת הקשר** - כל אחד במעמד עתידי של **מבצע ישיר**, ברוח יצירת *animo auctoris*" (פלר, שם, עמ' 636).

מכאן, כי תוצאת הפעלתו של המבחן המשולב, במקרה בו קדם קשר פלילי לביצוע העבירה, תהא, כי כל אחד מהקושרים שתורם תרומה פיסית בת-ערך לביצוע העבירה, יורשע (במרבית המקרים), כמבצע בצוותא של העבירה שלשמה נקשר הקשר.

כל זאת בלי להתעלם מכך כי יהיו נסיבות בהן לא תתקיים ההנחה הבסיסית בדבר הענין שיש לקושר בביצוע העבירה, חרף קשירת הקשר. מבלי להתיימר למצות נסיבות אלה נציין, כי כך הם פני הדברים כאשר לאחר קשירת הקשר חל מפנה ביחסו החפצי של הקושר בביצוע העבירה.

91. במוקד העבירה של תרמית בניירות-ערך מצויה המניפולציה, שבוצעה בענינו תוך תאום בין השותפים לה. מדובר, איפוא, במזימה מורכבת בה היתה לכל אחד מהשותפים תרומת בת-ערך. כל אחד תרם מכשרונו ויכולתו להגשמת התוכנית הפלילית. זה כמממן, זה כמזרים ביקושים, זה כמחלץ, ועוד. אין, על כן, לנתק את תפקידו של כל אחד מהשותפים מן התוכנית הכללית, והרשעתו של כל אחד מהם בעבירה זו כמבצע בצוותא בדין יסודה.

92. גם העבירה של קבלת דבר במרמה אינה מעוררת קושי מיוחד. אמנם, הרכיב ההתנהגותי בעבירה, הוא יצירת מצג השווא, וספק אם ניתן לומר כי כל המערערים כאחד תרמו תרומה בת-ערך לקיומו. לא כן לגבי

הרכיב התוצאתי, שהוא קבלת ה"דבר", המתייחס לכל המערערים. אפשר, כי לא תמיד די בקטיפת פירותיה של המירמה, כשלעצמה, כדי לספק את הדרישה לתרומה בת-ערך למהלך ביצוע העבירה. אולם יש לזכור כי בענינו נוצרו הרווחים בחשבונותיהם של המממנים גם בזכות תרומתם של המערערים שלא יצרו בעצמם את מצג השווא. רווחים אלה היו תולדה של פער בין מחיר הקנייה למחיר המכירה של ניירות-הערך. פער זה היה יעדה של המזימה. ניתן, על כן, לומר כי כל מי שהיה שותף למזימה ותרם תרומה בת-ערך להתקיימות הרכיב הנסיבתי "דבר", תרם לביצוע העבירה. מכאן, שאף אם יהיו מקרים בהם לא ניתן לראות כמבצע מי שרק הביא להיווצרותם של הרכיבים הנסיבתיים של העבירה, בלי שנטל חלק בהתנהגות האסורה, יהיו מקרים אחרים בהם מקופל ברכיב הנסיבתי, כגון "דבר", גם אלמנט התנהגותי. במקרים אלה, ניתן לייחס תרומה פיסית, ובכך אחריות פלילית, גם למי שקשרו עם המרמה ליצור את ה"דבר" אותו הם מתעתדים לקבל במירמה.

העולה מן האמור הוא כי סיווגם של המערערים שרק תרמו ליצירת הרווחים, בכל הנוגע לעבירה של קבלת דבר במירמה, תלויה בסיווגם בעבירה של תרומת בניירות-ערך. מאחר שכל המערערים סווגו כמבצעים בצוותא של עבירות התרומת בניירות-ערך, יש עוגן בדין לסיווגם גם כמבצעים בצוותא בעבירות של קבלת דבר במירמה.

93. על יסוד הניתוח המשפטי של העבירות בהן הורשעו המערערים, נעבור לדיון הפרטני לגבי כל אחד מהם. נציין, כי גם במסגרת זו תהא התייחסותנו לטענה הנוגעת גם למערערים אחרים, כאילו נאמרה לגבי כל אחד ואחד מהם.

הלדשטיין

94. טענותיו של הלדשטיין מצויות הן במישור המשפטי והן במישור העובדתי. נפתח בבחינת טענותיו המשפטיות בנוגע לעבירת השוחד.

הלדשטיין הורשע בקבלת שוחד באישומים 1-15. הוא לא חלק על היותו "עובד ציבור", כמשמעו בסעיף 290(ב) לחוק. שכן, כבר נקבעה הלכה בע"פ 122/84 הנ"ל כי בנק הוא תאגיד המספק שירות לציבור.

בע"א 5893/91 (טפחות בנק למשכנתאות נ' צבאח, שטרם פורסם), הודגש כי:

"אין להסיק מדברים אלה כי חובתו של הבנק ללקוח זהה בכל מקרה ומקרה. היקף החובה ו'רמת הנאמנות' הנדרשים מהבנק מעל לרמה הבסיסית הכללית משתנים ממקרה למקרה ומושפעים מטיב היחסים בין הבנק ללקוח, ממידת מעורבותו של הבנק במערכת יחסים זו ומגורמים משתנים נוספים, שכן במערכת היחסים שבין הבנק ללקוח מתבצעות פעולות רבות ומגוונות, לאורן משתנה גם היקף חובתו של הבנק".

(בענין זה ראה גם ר' בן-אוליאל דיני בנקאות (תשנ"ו) 102 ואילך).

אולם השאלה אם סיווגו של גוף כ"תאגיד המספק שירות לציבור" יכול להשתנות בהתאם לטיב השירות שהוא מספק, כשהשירותים שהוא מספק אינם עשויים מיקשה אחת, אינה מתעוררת בענייננו. די כי נאמר כי ייעוץ בהשקעות וניהול תיקי השקעות, הם "שירות לציבור", כמשמעו בסעיף 290(ב) לחוק, כפי שיוסבר להלן.

95. ה"פעולה הקשורה בתפקידו" של הלדשטיין, המהווה הפרת חובת הנאמנות, התבטאה במרבית האישומים בשתי פעולות. הפעולה האחת היא הזרמת ביקושים לנייר-הערך שהיה בידי המממן החיצוני, כשביקוש זה נועד להעלות את שער, והפעולה השניה היא "חילוץ" של המממן על ידי רכישתם של ניירות-הערך שברשותו. לצד אישומים אלה קיימים מספר אישומים בהם לא קדמה ל"חילוץ" ניירות הערך העלאה מלאכותית של שער. אולם גם באישומים אלה פעל הלדשטיין תוך ניגוד ענינים, כשמול חובת הנאמנות שחב ללקוחות הבנק ולבנק, עמד האינטרס האישי שלו.

המממן החיצוני תרם למימוש ניגוד ענינים "עצמי" של הלהדשטיין ולא הוא שיצר אותו. אישום מס' 22 הוא ראייה טובה לכך. באישום זה סופק ההון על ידי אביו של הלהדשטיין. הון זה נתפש בעיני הפרקליטות כהון של הלהדשטיין, ולפיכך, לא היתה האשמה באישום זה בעבירת שוחד. אולם העובדה שלהלהדשטיין היה אינטרס עצמאי למעול באמון שניתן בו, והמממן החיצוני רק תרם למימוש ניגוד הענינים (בכך שהעמיד את הון), אינה מונעת מלסווג את מתן טובת ההנאה כשוחד. שכן עמדנו על כך כי חומרת מעשה זה, שקולה לחומרה היתרה המאפיינת את עבירת השוחד. אין לכחד, כי הדעת אינה נוחה מן הפער בתוצאות העונשיות בין אישום מס' 22 לבין יתר האישומים, למרות שחומרת המעשים זהה. אולם החסר בעבירה כללית של הימצאות במצב של ניגוד ענינים "עצמי", אינו מחייב זיכוי מעבירת השוחד באישומים 1-15, בהם היה מעורב צד שלישי.

96. מבחינת היסוד הנפשי, אין ספק כי הלהדשטיין היה מודע לכך כי המימון שהעמיד אדלר לרשותו הוא בבחינת טובת הנאה, וכי המימון הועמד לרשותו כדי שינצל את סמכויותיו להפקת טובת הנאה. אפשר שהלהדשטיין לא העלה על דעתו כי בכך עובר הוא עבירת שוחד. אולם סיווג מוטעה של טובת ההנאה אינו מלמד כי היסוד הנפשי בעבירה לא נתקיים. כפי שנאמר בע"פ 763/77 (בריגה נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 824, 826):

"אשר לכוונה הפלילית של המקבל הלכה פסוקה היא כי עובד הציבור היודע שטובת ההנאה שהוא מקבל ניתנה בעד פעולה הקשורה בתפקידו, הוא בעל הכוונה הפלילית הדרושה בעבירת לקיחת השוחד, גם אם הוא חושב לתומו שאין במעשהו כל עבירה" (ההדגשות שלי-א.ג.).

על הלכה זו עמד לאחרונה הנשיא ברק בע"פ 5046/93 הנ"ל, באומרו:

"לא נדרש כי עובד הציבור יהא מודע לכך שהוא מקבל שוחד. המודעות צריכה להיות מכוונת לרכיבים העובדתיים של העבירה (ראה ע"פ 763/77 בריגה נ' מדינת ישראל...)" (ההדגשות שלי-א.ג.).

97. לא למותר לציין, כי לעיתים החמירה הפסיקה בדרישת היסוד הנפשי בעבירת השוחד. דוגמא להחמרה זו מצויה בע"פ 205/84 הנ"ל, בו נאמר:

"רק אם נתכוון מבקש טובת ההנאה לגמול לנותנה במסגרת תפקידו הציבורי, ניתן לראות כבעל הידיעה הפלילית הדרושה בעבירה של בקשת שוחד. שכן מטרה זו של המבקש היא שמטביעה בבקשה את חותם העבירה (עמ' 96).

אולם הטעם שעמד ביסוד ההחמרה אינו מתקיים במקרה דנן. כבר הוסבר, כי עבירת השוחד מותנית בהימצאות במצב של ניגוד ענינים, וכי אין הכרח כי ניגוד הענינים יצא מן הכוח אל הפועל. העובדה שמתן טובת הנאה בעד משוא פנים דרך כלל, מהווה שוחד - היא הראיה הטובה ביותר לכך. במצבים אלה אין לניגוד הענינים גילוי חיצוני במציאות האובייקטיבית, ולכן עולה אז הצורך לבחון אם העובד תפס עצמו מחוייב לנותן טובת ההנאה. כלומר, ההחמרה ביסוד הנפשי במצבים אלה באה ליצור ערובה לכך כי עובד הציבור אכן היה נתון במצב של ניגוד ענינים. אולם כאשר ניגוד הענינים התממש, והוא בא לידי ביטוי חיצוני וגלוי בפעולותיו של עובד הציבור, אין הכרח להחמיר ביסוד הנפשי. במצב דברים זה ניתן להסתפק במודעות לרכיביה העובדתיים של העבירה. במקרה שבפנינו התממש ניגוד הענינים, ולכן לא עומד הטעם ביסוד ההחמרה ביסוד הנפשי.

העולה מן האמור, כי מתקיים בהלדשטיין היסוד הנפשי הדרוש להרשעה בשוחד, גם אם לא היה מודע לכך שבנטילת טובת ההנאה הוא מבצע עבירת שוחד. את הרשעתו ניתן להשתית על המודעות לכך שטובת ההנאה ניתנה בעד פעולה הקשורה בתפקידו.

98. כפי שכבר הוסבר, לא נטמעת עבירת השוחד בעבירת המירמה, שגם בה - כפי שיובהר להלן - היתה הרשעתו של הלדשטיין כדין.

עבירת המירמה נועדה להגן על חופש הרצון של הפרט, ועבירת השוחד נועדה למנוע מעובד ציבור להימצא במצב של ניגוד ענינים. מרכז הכובד בכל אחת מן העבירות שונה. עבירת המירמה מתמקדת באינטרס הרכושי, ואין בה ביטוי לפגיעה בטוהר המידות של עובד הציבור. ואילו עבירת השוחד מתמקדת בטוהר המידות של עובד הציבור, והיא לא נותנת ביטוי לפגיעה באינטרס הרכושי. בנסיבות המקרה שלפנינו נשמר הגבול הרעיוני, המפריד בין העבירות, ואין לטשטשו על ידי מיזוגן.

מכאן שבדין הורשע הלדשטיין בעבירת השוחד.

99. הלדשטיין לא העלה טענות משפטיות בנוגע להרשעתו בעבירה של תרמית בניירות-ערך מעבר לאלה שנידונו בניתוח הפרק המשפטי. בניתוח זה הובהר כי הוכחה כדבעי השפעה על תנודת שער נייר-הערך בכל אחד מן האישומים. הלדשטיין קיים את הרכיב ההתנהגותי של העבירה, בכך שהזרים ביקושים לניירות-הערך

באמצעות הונה של רשות הנמלים. יצויין כי - לאור עדותו של כהן - אין מקום לספק כי הביקושים הוזרמו על מנת להשפיע בדרכי תרמית על שער נייר-הערך. לפיכך, בדיון הורשע הלהשטיין בעבירה של תרמית בניירות-ערך.

100. טענותיו של הלהשטיין כלפי ההרשעה בעבירה של קבלת דבר במירמה מופנות כלפי אישומים 1-15 בלבד. הלהשטיין מודה כי הוא שימש חבר בוועדת ההשקעות המשותפת של הבנק ושל רשות הנמלים, וכי הוא מונה כנציג הבנק לטפל בתיק הרשות לבצע את מדיניות ההשקעה שקבעה ועדת ההשקעות. על היות הלהשטיין הדמות הדומיננטית בעיצוב מדיניות ההשקעה של רשות הנמלים, למדנו מעדותה של שוש קמחי, מנהלת מדור חברות באגף ניירות-ערך (עמ' 401, וכן ראה הודעתו של עו"ד בן חיים ת30). הלהשטיין, חב חובת נאמנות כלפי רשות הנמלים, והוא יצר מצג שווא של נאמנות, בכך שהסתיר את ניגוד הענינים בו היה נתון. הלהשטיין סיפק, איפוא, את דרישת היסוד ההתנהגותי בעבירה.

עוד טען הלהשטיין כי לא קיים קשר סיבתי בין מצג השווא לרווחים, שכן חופש הרצון של רשות הנמלים לא נפגע. טענה זו נסמכת על פרוטוקול פגישה שנתקיימה בין נציגי רשות הנמלים לבין נציגי הבנק (ת106). אולם ביטוי בולט לפגיעה בחופש הרצון נמצא בעדותו של משה ליכט, עובד רשות הנמלים, שהעיד:

"התובעת: האם ידעת שאותן אג"ח המפורטות כאן שנרכשו לרשות בשער המסוים, נרכשו יום או יומים לפני כן בחשבון של אחר. העד: התשובה היא לא. אני עד היום לא יודע מיהו אדלר. לו ידענו על זה, לדעתי היינו מפסיקים את ההתקשרות עם בנק דיסקונט" (עמ' 457).

העולה מן האמור, כי דין טענותיו של הלהשטיין כלפי ההרשעה בעבירה של קבלת דבר במירמה - להידחות.

101. הלהשטיין גם טען כי לא היה מקום להרשיעו בעבירה של מירמה והפרת אמונים בתאגיד בפרשיות האג"ח, שכן "לא הוכחה הפגיעה בבנק דיסקונט באישומים אלה ומכל מקום לא ניתנה למערער 1 הזדמנות ראויה להתגונן כנגד טענת הפגיעה באישומים אלה". אולם אין לראות כתנאי בל יעבור בעבירה לפי סעיף 425 לחוק, כי יגרם בפועל נזק או הפסד כלכליים לתאגיד. ואף אם "הגנה על תדמיתו של התאגיד בעיני הציבור ועל האמון שרוחש הציבור לתקינות פעולותיו - אין מקום לעניין סעיף זה" (ע"פ 121/88 מדינת ישראל נ' דרוויש, פ"ד מה(2) 663, 692), לא כן הוא כשמדובר ב"תאגיד המספק שירות לציבור". לגבי תאגיד כזה בוודאי שיש בפגיעה בתדמיתו, משום פגיעה לעניין סעיף 425 לחוק. שכן, מדובר בהספקת שירות חיוני, וחיוניות השירות הופכת את אמון הציבור בתאגיד לערך הראוי להגנה עצמאית, כפי שהגנה זו ניתנת לגופים ציבוריים.

גם בטענה כי לא ניתנה להלדשטיין הזדמנות ראויה להתגונן, איני מוצא ממש.

102. הלדשטיין לא כפר במעורבותו מבחינה עובדתית במרבית האישומים, ואת טענותיו העובדתיות הפנה כלפי אישומים: 6, 7, 11 ו- 14 בלבד. לגבי טענות אלה נחזור ונציין כי בית המשפט קמא סמך ידיו על עדותו של כהן ונתן בה אמון מלא, ובלתי מסוייג, ובכך אין מקום שנתערב.

כהן ערך הסדר טיעון עם התביעה, שבעקבותיו הועמד לדין, הורשע, ונגזר דינו. בית המשפט קמא נטה שלא לראות בכהן עד מדינה, שכן "הוא לא זכה לפטור מוחלט מהעמדה לדין, תמורת מסירת עדות כנגד חבריו, או להקלה בעונש". עם זאת, ציין כי "גם אם מהבחינה המשפטית, המדובר בעד מדינה שעדותו טעונה סיוע, כאמור בסעיף 54א(א) לפקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א 1971 - סיוע שנמצא למכביר בתיק זה, בין בהודאותיהם של הנאשמים עצמם ובין בראיות נוספות" (עמ' 22 להכרעת הדין). בהקשר זה נוסף מיד כי לא תמיד נדרש סיוע נפרד לכל אישום ואישום (ראה ע"פ 396/78 זכאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 587). כאשר הדוקה זיקתם של מעשי העבירה, יכולה ראיית סיוע אחת לחבוק אישומים רבים. ואכן, בעניינו מדובר במעשי עבירה דומים, שחזרו על עצמם במועדים שונים.

לעניין זה נאמר בע"פ 242/85 (חזן נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 512, 519):

"...חייבת העדות המסייעת להתייחס לכל אחד מהנאשמים בנפרד, אך לעומת זאת אין העדות המסייעת חייבת לכסות כל אחת מכמה עבירות דומות המיוחסות לאותו נאשם. אם מוסר העד, שעדותו טעונה סיוע, שהוא ביצע מספר עבירות מאותו סוג ביחד עם הנאשם, והנאשם מתכחש באופן גורף לקיום הקשר הפלילי עם אותו עד, אזי מספיקה עדות מסייעת ביחס לאחד או לאחדים מתוך אותם מעשי עבירה כדי לספק את דרישת הסיוע לגבי כל העבירות המיוחסות לנאשם (ראה בעניין זה: ע"פ 361/70 ג'ובארה נ' מדינת ישראל, פ"ד כד(2) 747; ע"פ 679/79 כהן נ' מדינת ישראל, לד(1) 480; ע"פ 638, 591 אסיאס נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 253, בעמ' 261)".

הלדשטיין כפר, כאמור, במעורבותו באישומים 6, 7, 11 ו-14, אולם לא מצאתי ממש בהכחשתו, כשכהן קשר אותו במפורש לאישומים אלה (עמ' 886-887).

103. יישום הפרשנות המשפטית שניתנה לעיל לכל אחת מן העבירות בהן הואשם הלדשטיין, על העובדות שקבע בית המשפט קמא, מלמד כי בדין הורשע מערער זה בכל אותן עבירות.

וינמן

104. טענותיו של וינמן מצויות במישור המשפטי והעובדתי. נפתח בליבון טענותיו המשפטיות כלפי התקיימות עבירת השוחד. טענות אלה מופנות כלפי התקיימות הרכיב הנסיבתי "תאגיד המספק שירות לציבור", והרכיב הנסיבתי "בעד פעולה הקשורה בתפקידו".

לטענת בא כוחו המלומד של וינמן אין לראות באילנות "תאגיד המספק שירות לציבור", כמשמעו בסעיף 290(ב) לחוק, כשהרציו שעמד ביסוד הפסיקה כי בנק הוא תאגיד המספק שירות לציבור, לא תופש לגביה. זאת לאור מאפייני פעילותן של קרנות הנאמנות. לטענתו:

"אילנות אינה נותנת שירותים לציבור. לאילנות אין לקוחות המקיימים עימה קשר במישרין. מחזיקי היחידות אינם בבחינת לקוחות ואינם מקבלים במישרין שירות מאילנות. היחסים בין מנהל קרנות הנאמנות לבין מחזיקי היחידות דומים יותר ליחסי בעל מניות בחברה עם הנהלתה מאשר ליחסי לקוח-נותן שירות. אילנות, כמו כל מנהל קרנות, מנהלת קרנות נאמנות לפי שיקול דעתה על פי תשקיף של הקרן וזאת בלי קשר לשאלה מיהם מחזיקי היחידות (אשר אינם בגדר לקוחות) ואף בלי לדעת את זהותם. מובן כי איש ממחזיקי היחידות לא מקבל מאילנות שירותים אלא הוא נהנה מיכולת הניהול של אילנות שאינה תלויה כלל במחזיקי המניות ואינה נעשית עבור מי מהם... עבירת השוחד נועדה להגן על האפשרות שתהיה סטייה מן השורה ביחס לפלוני כתוצאה משוחד ששילם. מנהל קרן נאמנות מכח הגדרתו אינה יכול אינו יכול להפלות מחזיק יחידה לעומת חברו... מנהל הקרן אדיש לזהות מחזיקי היחידות וכלל לא יודע עליהם".

טענה זו אין בידי לקבל. עבירת השוחד נועדה, כאמור, למנוע מעובד ציבור, כמשמעו בסעיף 290(ב) לחוק, להימצא במצב של ניגוד ענינים. האפשרות להימצא במצב כזה קיימת גם כאשר השירות אינו מחייב קשר ישיר ואישי בין מנהל הקרן לבין הלקוחות, וגם כאשר אין בידי עובד הציבור להעדיף טובת לקוח אחד על פני לקוח אחר. ראייה טובה לכך שדרך פעולתן של קרנות הנאמנות אינה מפיגה את החשש לניגוד ענינים, היא בהוראת סעיף 18(6) לחוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד-1994. סעיף זה קובע כי:

"תפקידו של דירקטוריון מנהל קרן יהיה בין השאר:

...

(6) לדון בעסקה ששר האוצר קבע בתקנות... כי היא מסוג העסקאות שעלול להיות בהן ניגוד ענינים:

לענין סעיף זה ... 'ניגוד ענינים' - בין ענינים של בעלי היחידות לבין ענינו של אחד או יותר מאלה: בעלי יחידות בקרן אחרת שבניהולו של מנהל הקרן, מנהל הקרן, בעל ענין במנהל הקרן וחברה בשליטת בעל ענין כאמור".

לא למותר לציין, כי מכוח סעיף 18(6) הנ"ל הותקנו תקנות השקעות משותפות בנאמנות (עסקאות שעלול להיות בהן ניגוד ענינים ועסקאות מהותיות), התשנ"ה-1995.

הערך החברתי, שעליו באה עבירת השוחד להגן, נותר, אם כן, זקוק להגנתה של עבירה זו. לפיכך, אין לשלול את תחולת העבירה בשל העדר קשר ישיר בין מנהל הקרן והלקוח, ויש לבחון לגופו של ענין אם קרנות נאמנות - ובכלל זה אילנות - הן "תאגיד המספק שירות לציבור".

105. אילנות מספקת "שירותי ניהול לפי כללי השקעה שניתנו בקרן מראש" (עדויותו של שמעון אלקבץ מנכ"ל אילנות, עמ' 982). שירות זה ניתן לפרטים מסוימים מקרב הציבור הנהנים מן השירות, הלא הם המשקיעים. לפיכך, כדי שתקום הנחת התלות, יש מקום לבחון את חיוניות השירות - מזה, ומרחב הבחירה של הפרטים בבחירת תאגידים המספקים אותו שירות - מזה.

לגבי בנק נקבע בע"פ 122/84 הנ"ל, כי הוא "תאגיד המספק שירות לציבור", למרות שהוקם לצורך הפקת רווחים. הנימוק שעמד, בין היתר, ביסוד קביעה זו היה כי:

"הבנקים בישראל הם חלק מהמערכת הפינאנסית הלאומית, ויש להם תפקיד מרכזי בהרצת המשק הלאומי. האוצר ובנק ישראל משתמשים בבנקים המסחריים כשליחיהם לעניין תוכניות החיסכון השונות, שמציעה המדינה לתושביה כחלק מהניסיון להילחם באינפלציה השוררת במדינה. הבנקים כגופים פינאנסיים מהווים חלק אינטגרלי מהמערכת, הפועלת לעיצוב המשק והכלכלה... אכן, מעורבותם של הבנקים בחיים הפינאנסיים של כל פרט ופרט במדינה היא כה עמוקה ומקפת, עד כי לא ניתן כיום לתאר אפשרות ניהול עניניו הפינאנסיים של הפרט כפרט ללא הבנקים" (עמ' 100-101).

אכן, לא ניתן לומר כי דרגת מעורבותן של קרנות הנאמנות בחיים הפינאנסיים של הפרט, שווה בהיקפה לזו של הבנקים. אולם מכך לא מתחייבת המסקנה כי השירות שמספקות קרנות הנאמנות אינו חיוני לציבור. במקרה זה נלמדת חיוניות השירות ממהותו.

106. אין צורך להרחיב את הדיבור על כך שתפקידו של שוק ההון הוא "תיעול החיסכון במשק להשקעות יצרניות תוך הקצאה נכונה של החיסכון להשקעות היצרניות המבטיחות ביותר", וכי תהליך זה "הוא תנאי

ומפתח לצמיחה כלכלית" (מ' בן-חורין, **שוק ההון ונירות הערך בישראל** (1996) 56). ההכרה בחשיבות שוק ההון עמדה ביסוד חקיקה המסדירה את פעילותו (דוגמת חוק ניירות-ערך), והיא שעמדה ביסוד חקיקה המפקחת על הגורמים הפעילים בשוק (דוגמת חוק השקעות משותפות בנאמנות, תשנ"ד-1994, וחוק הסדרת העיסוק ביעוץ השקעות, תשנ"ה-1995).

חלק הארי ממעבר הכספים בשוק ההון נעשה בתיווך של מוסדות תיווך פיננסיים, דוגמת בנקים מסחריים, קופות גמל, קרנות פנסיה, בנקים ייעודיים, וכיצא באלה. על חשיבותם הכללית של מוסדות התיווך הפיננסיים עמד פרופ' בן חורין (שם, בעמ' 58), באומרו:

"חשיבות מוסדות התיווך היא בכך שמוסדות אלה משיגים:

1. יתרונות לגדל עקב היקף העסקים שלהם
2. יתרונות בריכוז מידע (בנושאי חיסכון, השקעה פיננסית, שוק ההון בכלל ונושאי התמחות ספציפיים)
3. יכולת ניתוח מקצועי של המידע וניהול מקצועי של המקורות הפיננסיים
4. הגברת זילות שוק ההון, בין היתר על-ידי פיזור גיאוגרפי המגביר את נגישות הציבור הרחב לשוק ההון
5. היקף העסקים הגדול מאפשר למוסדות התיווך ליצור הגמשה והתאמה של החיסכון להשקעה...."

107. סעיף 7 של חוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד-1994, קובע כי:

"(א) הסכם הקרן וכל שינוי בו יהיו תקפים עם אישורם בידי הממונה לאחר התייעצות עם יושב ראש הרשות...
(ב) באישור הסכם הקרן רשאי הממונה לשקול את הענינים הבאים:

(1) **המדיניות הכלכלית של הממשלה.**

...."

וסעיף 24(ב) לחוק מסדיר את דרך הצעת היחידות לציבור, וקובע כי:

"שר האוצר רשאי לסרב לתת אישור לפי סעיף קטן (א) אם ראה שההצעה, תנאיה או עיתוייה **נוגדים את המדיניות הכלכלית של הממשלה.**"

ניתן, איפוא, לומר כי השקעה בשוק ההון היא אינטרס חיוני לציבור בכללותו, ולכל פרט ופרט מתוכו. קרנות הנאמנות הן אפיק השקעה מרכזי בשוק ההון, והן חלק מהמערכת הפיננסית. יש להן השפעה על דמותו של המשק ועל הכלכלה הישראלית. השירות שמספקות קרנות הנאמנות, ובכלל זה אילנות, הוא, אם כן, חיוני לציבור.

האם היסוד השני ב"תאגיד המספק שירות לציבור", שהוא מרחב בחירה מוגבל, מתקיים באילנות?

בפני המשקיע בשוק ההון באמצעות קרנות נאמנות, עומד אמנם כר נרחב של אפשרויות. אולם כבר עמדנו על כך (בסעיף 29 לעיל) כי קיומו של היצע רב למתן השירות, אינו שולל בהכרח את יסוד התלות. ביסוד הדברים עומד קושי להכתיר בחירה של הפרט בתאגיד המספק לציבור שירות הדורש ידע מיוחד ומומחיות מקצועית, כ"בחירה מדעת", והנזקק לאותו שירות תלוי בנאמנותו של התאגיד.

קרנות הנאמנות - בדומה לבנקים - מספקות שירות הדורש ידע מיוחד ומומחיות מקצועית, וברשותן מידע שאינו נגיש לציבור הרחב. מכאן, שחרף ריבוי האפשרויות להשקעה בקרנות הנאמנות, נותר המשקיע מן השורה תלוי בנאמנותן. קרנות הנאמנות כשמן כן הן. הן חבות נאמנות לציבור המשקיעים, וחובה זו מצויה בבסיס תפקידן. עוצמתה של חובת הנאמנות באה לידי ביטוי בפרק ז' לחוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד-1994- המגדיר את "עיקרי הנאמנות". סעיף 74 פותח פרק זה בקביעה כי:

"נאמן ומנהל קרן ימלאו את תפקידיהם וישתמשו בסמכויותיהם לטובת בעלי היחידות בלבד".

חובת הנאמנות משתקפת גם בסעיף 104, הקובע כי "היה יושב ראש הרשות סבור... כי אירעו נסיבות שבהן טובת בעלי היחידות היא פירוק הקרן, רשאי הוא להגיש לבית המשפט בקשה לפירוקה".

ניתן, איפוא, לסכם ולומר, כי גם אם למראית עין לא מוגבל מרחב הבחירה של המשקיעים בקרנות הנאמנות, הרי שבפועל מוגבלת היכולת לממש את מרחב הבחירה. למשקיע מן השורה חסרים כלים להעריך את טיב השירות המסופק, והוא מצוי במצב בו הוא תלוי בנאמנותה של קרן הנאמנות.

היותן של קרנות הנאמנות מספקות שירות חיוני לציבור; הקושי העומד בפני המשקיע מן השורה להעריך את טיב השירות המסופק; ועוצמתה המוגברת של חובת הנאמנות שחבות קרנות הנאמנות,

למשקיעים, כעולה מהוראות החוק - כל אלה מביאים למסקנה כי יש לראות באילנות "תאגיד המספק שירות לציבור", כמשמעו בסעיף 290(ב) לחוק.

108. לאחר שקבענו כי יש הצדקה עניינית לסווג את אילנות כ"תאגיד המספק שירות לציבור", נפנה לבחון אם סיווג זה נשלל נוכח הוראת סעיף 81(ג) לחוק השקעות משותפות בנאמנות. כלומר, האם הוראה זו נועדה לתפוש את טובות ההנאה האסורות הנכללות במעגל טובות ההנאה הראשון (הוא המעגל של מקרי השוחד), על פי "המיפוי" שעשינו לעיל, (בסעיפים 31 ו-32), או את המקרים הנכללים במעגל השני, שאינם בגדר שוחד?

סבורני, כי עניינה של ההוראה שבסעיף 81(ג) במקרים הנכללים במעגל השני, והיא לא באה לשלול את תחולת עבירת השוחד.

הטעם הראשון לכך נסמך על השוני הלשוני בין סעיף 81(ג) הנ"ל לסעיף 290 לחוק. סעיף 81(ג) אוסר על קבלת טובת הנאה "בקשר עם ניהול הקרן", ואילו סעיף 290(א) אוסר על עובד הציבור לקבל טובת הנאה "בעד פעולה הקשורה בתפקידו". השוני הלשוני בין שני הסעיפים מבטא שוני בעוצמת הקשר בין התפקיד הציבורי לבין טובת ההנאה, כשעוצמת הקשר הנדרשת בסעיף 81(ג) פחותה מזו הנדרשת בסעיף 290 לחוק. מטעם זה אין לומר כי סעיף 81(ג) הוא חליפו של סעיף 290 לחוק, ויש לראותו כבא להרחיב את האחריות הפלילית מעבר לזו הקבועה בסעיף 290 לחוק.

הטעם השני, נסמך על הגבלת זהותו של נותן טובת ההנאה המותרת (מנהל הקרן). בהקשר זה מקשה המשיבה, ובצדק, "אילו היתה הכוונה לאסור טובת הנאה במובן של שוחד, האם העובדה שטובת ההנאה נתקבלה ממנהל הקרן היתה פוטרת את הדיקטור או העובד מאחריות? ניטול, לדוגמא, בעל שליטה במנהל הקרן שהוא גם בעל שליטה בחברה מסוימת. הוא מבטיח לדיקטורים חברי ועדת ההשקעות בקרן להגדיל את משכורתם, המשולמת להם על ידי הקרן, בתמורה להמלצה על רכישת מניות אותה חברה. האם יעלה על הדעת כי העובדה שטובת ההנאה התקבלה ממנהל הקרן דווקא, תשלול את היותה טובת הנאה פסולה ומושחתת, המהווה שוחד?"

הטעם השלישי, נסמך על הרקע לחקיקת סעיף 81(ג). עד לאחרונה התאפיין שוק ההון הישראלי בריכוזיות, כשמרבית תפקידי התיווך הפיננסי רוכזו בידי הבנקים (כגון: קרנות הנאמנות, קופות הגמל, וכיוצא באלה). לאחרונה, עדים אנו למאמץ להקטין את הריכוזיות של הבנקים, על ידי הטלת מגבלות על פעילותם ובעלותם בחברות פיננסיות - מזה, והגברת העצמאות הניהולית של המתווכים הפיננסיים האחרים (ובכלל זה

קרנות הנאמנות) - מזה (ראה בן חורין, שם, עמ' 58). סעיף 81 - על כל חלופותיו - בא להבטיח את העצמאות הניהולית של קרנות הנאמנות ואת מראיתה. הסעיף בא, אם כן, לאסור קבלת כל טובת הנאה, אף אם מבחינת היסוד הנפשי או העובדתי היא אינה מגעת לכדי שוחד.

109. טענה נוספת שהעלה בא כוחו המלומד של וינמן נוגעת להתקיימות הרכיב הנסיבתי "בעד פעולה הקשורה בתפקידו". ה"פעולה" שיוחסה לוינמן בכתב האישום לבשה צורות שונות. בחלק מהמקרים היא התבטאה בהשפעה על השער על ידי הזרמת ביקושים עבור קרנות הנאמנות שבניהול אילנות. בחלק אחר מן המקרים היא התבטאה ברכישת אגרות חוב עבור קרנות הנאמנות במהלך המסחר בבורסה, על ידי מתן פקודות קנייה מאזנות, וזאת כדי למנוע ירידת השער בימים בהם היה עודף היצע ב"שלב הלידר". במקרים אחרים היא התבטאה במכירת אג"ח מחשבונות הקרנות שבניהול אילנות, כנגד קניות מתואמות של המממן. לטענת בא כוחו המלומד של וינמן התבטאה הפעולה באישומים 1-4, 10-15, בקביעת סוג האג"ח שרכוש המממן; את המכרז אליו ייגש המממן; ואת השער שיציע המממן בהזמנתו. טענת וינמן מופנית אך ורק כלפי הקביעה כי הייעוץ באישומים הנ"ל, הוא "פעולה הקשורה לתפקידו". לטענתו אין לראות בייעוץ זה פעולה שהתמורה לה היא שוחד. שכן:

"המומחיות עניינה חישובי תשואות של אגרות חוב ואין היא כוללת בחובה כל ידע שיש או אין לעובד אילנות. במקום קבלת ההכשרה אין בכדי ליצור את הזיקה הנדרשת בין מתן היעוץ לתפקידו. פעם שנרכשה המיומנות יכול המערער לעשות בה שימוש בין כעובד ובין מחוץ לעבודתו ולכן שימוש במיומנותיו אינה בגדר פעולה הקשורה בתפקידו".

לטענת באות כוחה המלומדות של המשיבה, אין יסוד עובדתי ומשפטי לטענותיו של וינמן. במישור

המשפטי טענתו היא כי:

"עצם מתן טובת הנאה לעובד הציבור, שבידו נתונים וסמכויות 'ציבוריים' מגלה על פניה את הכוונה של שני הצדדים - הנותן והלוקח - לנצל את הנתונים והסמכויות האמורים, תוך עצימת עיניים כלפי הזיקה שבין העבודה הפרטית לבין התפקיד הציבורי".

כמו כן, מבקשות הן להדוף את טענותיו של וינמן באמצעות ההלכות שנקבעו בע"פ 621/78 (אסא נ'

מדינת ישראל, פ"ד לג(1) 75; ע"פ 574/81 (מדינת ישראל נ' שדמי, פ"ד לו(4) 702); וע"פ 6857/93 (מדינת ישראל נ' מוזס, שטרם פורסם).

110. השאלה אם מתן עבודה פרטית לעובד הציבור מספקת את דרישת הרכיב הנסיבתי "שיוחד", שבמוקדו מצויה טובת ההנאה, היא שעלתה לדיון בפסיקה. גדר הספק היה אם ניתן לראות ברווח שמרוויח עובד הציבור בזיעת אפו, משום טובת הנאה. על שאלה זו השיבה הפסיקה בחיוב, בהדגישה כי "אין נפקא מינה שעובד הציבור עשה עבודה של ממש בעבור המעביד הפרטי שלו, כי עצם קבלת העבודה מאת המעביד היא היא, טובת הנאה" (ע"פ 621/78 הנ"ל בעמ' 78). פסקי דין אלה שניתנו בקשר לפרשנות הרכיב הנסיבתי "שיוחד", אינם יכולים לשמש יסוד לפרשנות לפיה כולל הרכיב הנסיבתי "בעד פעולה הקשורה בתפקידו" גם עבודה פרטית.

111. טענה נוספת שהעלתה, כאמור, המשיבה במישור המשפטי היתה כי מתן עבודה פרטית לעובד ציבור מגלה על פניה כוונה לנצל את הסמכויות הציבוריות המופקדות בידיו של עובד הציבור, ולכן נעברת עבירת השוחד. טענה זו אין בידי לקבל באופן גורף. יש מקום להבחנה בין מקרה בו הפעולה הקשורה בתפקידו של עובד הציבור היא משוא פנים דרך כלל, לבין מקרה בו הפעולה המצופה מעובד הציבור היא פעולה מסויימת. כאשר הפעולה המצופה מעובד הציבור היא משוא פנים דרך כלל, יש במתן עבודה פרטית לעובד הציבור משום "שלח לחמך על פני המים". שכן, יש אז מקום להנחה כי העבודה הפרטית ניתנה על מנת שעובד הציבור יטה בעתיד, במסגרת תפקידו הציבורי, חסד למעבידו הפרטי. שונים הם פני הדברים כאשר ניתן להצמיד את העבודה הפרטית לפעולה ספציפית מוגדרת וברורה, אשר יצאה מן הכוח אל הפועל, בלי שעלה צורך (בפועל או בכוח) מצד עובד הציבור לנצל את סמכויותיו. במצב דברים זה אין מקום להיזקק להנחה כי העבודה הפרטית ניתנה "בעד פעולה הקשורה בתפקידו" של עובד הציבור.

112. סלע המחלוקת בין המשיבה לוינמן נגע לאופי הפעולה שזיכתה אותו בחלק מהרווחים. לטענתו, הזכות לקבל חלק מהרווחים קמה לו עקב השימוש בכישוריו האישיים בשוק ההון, ולטענת המשיבה רכש וינמן את הזכות לרווחים עקב ניצול תפקידו הציבורי.

בית המשפט קמא קבע כי:

"הנני דוחה מכל וכל את גרסת ה'ראש הקטן' של הנאשם, שלפיה הוא רק 'בא עם דף ורוד והוא (כהן) בחר את סוג האג"ח', וכי כהן קיבל ממנו 'יעוץ רק לגבי המחיר', כטענותיו המיתממות בעדותו בבית המשפט.

מחומר הראיות עולה כי הנאשם היה פעיל ונטל חלק מכריע בהתייעצויות לגבי סוג האג"ח שיש לקנות, קביעת מחירו, ומכירתו בהמשך האירועים, לאחר שצבר רווחים נאים".

וינמן מסר בחקירתו בנוגע לאג"ח שנסחרו בשוק המשני, כי יש קשר הדוק בין המידע שמסר לבין

תפקידו באילנות לדבריו:

"בקטע של אילנות מסרתי אינפורמציה לג'מיל (יצחק כהן) שמתאימה למדיניות ההשקעות של אילנות והיתה לו אפשרות להקדים או להשתתף באותו קו של קניות שתאמו את המדיניות של אילנות. זאת אומרת שכאשר קבלנו החלטה באילנות להגדיל את כמות האחזקות בקרנות של אג"ח וקרנות מעורבות, ג'מיל קיבל את האינפורמציה, וכאשר היה משהו מעניין לקניה כנגד השוק, הוא ביצע את הקניה והקדים בכך את האירוע. לדוגמא: כאשר הופיע הצע לאג"ח כפיר אטרקטיבי ג'מיל קיבל את הייעוץ ממני כיצד לקנות אותו, כלומר נתתי לג'מיל את המידע בדבר הרכב הלידר של אילנות ליום מסוים באותו אג"ח כפיר, ובכך נתתי לו הזדמנות ראשונה לרכוש את האג"ח".

תמונה דומה מצטיירת גם מעדותו של כהן בבית המשפט, וכך מסר:

"אם הוא היה מחוץ למערכת הוא לא יכול היה לתת לי את המחר. צריך להיות בתוך המערכת כדי לדעת מה קורה. אם באים לקנות הנפקה קיימת והתשואה חריגה והתשואה חריגה והשער גבוה מהמחר, ווינמן יודע שאילנות במגמת מכירות בנייר זה, אין הגיון שהוא יגיד שנעשה עיסקה בנייר זה" (עמ' 904).

לא למותר לציין כי בחקירה הנגדית נשאל כהן אם דבריו מתייחסים רק להנפקה קיימת, שכן,

לכאורה, בהנפקה חדשה אין משמעות למדיניות ההשקעה של אילנות. על כך השיב:

"ש. בהנפקה חדשה - אין צורך למכור נייר כי עוד אין. ת. כן. נכון. הגדולה של וינמן לא רק בהנפקות חדשות, הוא היה מומחה גם בישנות. אני לא יכול לקבוע אם יש צורך באותה מומחיות בהנפקה חדשה או ישנה. גם בהנפקה חדשה יש התייחסות לסדרה קודמת שנסחרת, למדדים שמצטרפים - הרי כך נעשה החישוב" (עמ' 904).

מהודאתו של וינמן (המתייחסת לאג"ח "כפיר") ומעדותו של כהן עולה בבירור כי התמונה שביקש

וינמן לצייר בערעורו, רחוקה מלשקף את המציאות. במציאות - עליה למדנו מפיו - המלצותיו התבססו על

החלטותיה של אילנות. אפשר, כי וינמן "עיבד" ידיעות שהגיעו לידי עקב תפקידו הציבורי, טרם שמסר אותן

למממן החיצוני, באמצעות כהן, אולם בכך אין לטהר מסירה אסורה.

113. כאשר הידיעה שהגיעה לעובד הציבור מכוח תפקידו אינה נחלת הרבים, וחובה עליו שלא לגלותה,

נוצר ניגוד ענינים אסור בין המחוייבות לתפקיד הציבורי, לבין האינטרס האישי, המתבטא בצפייה לרווח עקב

מסירת הידיעה. במקרה אשר כזה, בו מצוי עובד הציבור במצב של ניגוד ענינים, נפגע הערך המוגן באמצעות

עבירת השוחד. תמורה הניתנת לו בעד מסירת ידיעה כזאת - כזאת מהווה שוחד. ואילו כשחובת הנאמנות

אינה כוללת חובת סודיות אין חשש להפרתה עקב מסירת המידע. אכן, גם במקרה האחרון יש טעם לפגם בהתניית מסירת המידע בתשלום, אולם מכך לא מתחייבת המסקנה כי התמורה הניתנת מהווה שוחד (ראה ע"פ 205/84 הנ"ל; ע"פ 276/70 מדינת ישראל נ' חראזי, פ"ד כד(2) 85; ע"פ 265/70 מדינת ישראל נ' לטין, פ"ד כד(2) 677).

אין צורך להכביר מלים על הטעמים לקיומה של חובת הסודיות בקרב גורמים הפעילים בשוק ההון. מכאן, שאין מקום לספק שבמסירת הידיעות אודות מדיניות ההשקעה של אילנות, בין שהידיעות היו גולמיות ובין שהיו מעובדות, העמיד וינמן את האינטרס האישי שלו לפני האינטרס של אילנות. מכאן כי בדין הורשע בעבירת השוחד.

114. כעת נפנה לבחון את ההרשעות שהורשע וינמן בעבירה של תרמית בניירות-ערך. דרגת התקיימות היסוד הנפשי אצל וינמן היתה גבוהה, במובן זה שהוא חפץ בהתקיימות העבירות. מסקנה זו עולה מהעובדה שלביצוע העבירות קדם קשר פלילי, והיסוד הנפשי שהביא לקשירת הקשר, הוא כשלעצמו מסגיר, לפחות לכאורה, את הענין שהיה לוינמן בביצוע העבירות. בנוסף לכך נזכיר, כי היסוד הנפשי הדרוש להרשעה בעבירה של תרמית בניירות-ערך, במקרה בו מדובר במניפולציה, הוא הכוונה הפסולה. נוכח עדותו של כהן מתבקשת המסקנה כי נתקיים בוינמן היסוד הנפשי הנדרש.

באישומים 3, 4, 7, 10, 11, ו-13 בהם הוזרמו ביקושים עבור אילנות, אין צורך להיזקק לניתוח דיני השותפות, שכן הזרמת הביקושים, כשלעצמה, מספקת את דרישת היסוד ההתנהגותי בעבירה. השאלה נוגעת לאישומים בהם התמצה תפקידו של וינמן בקביעת סוג נייר-הערך ושער רכישתו. האם במקרה זה ניתן להרשיעו כשותף מכוח דיני השותפות? כאמור, המבחן הראוי לסיווג מעמדו של שותף הוא המבחן המשולב, עליו עמדנו (בסעיפים 88-90 לעיל). יישומו של מבחן זה לגבי וינמן מוביל למסקנה שניתן להסתפק במקרה זה ביסוד עובדתי מוחלט, כשהיסוד הנפשי - כפי שהובהר לעיל - מוגבר. קביעת סוג נייר-הערך ושער רכישתו היא תרומה בת-ערך להתהוות העבירה של תרמית בניירות-ערך, וככזו היא מספיקה (בצירוף היסוד הנפשי המוגבר) לסיווגו של וינמן כמבצע בצוותא של העבירה.

מן הקביעה כי וינמן הוא מבצע בצוותא של העבירה של תרמית בניירות-ערך, מתחייבת המסקנה כי הוא גם מבצע בצוותא של העבירה של קבלת דבר במרמה, כמוסבר בסעיף 92 לעיל.

115. עד כאן טענותיו העקרוניות של וינמן בנוגע להתקיימות יסודות העבירות בהן הורשע. עליהן הוסיף וינמן טענות עובדתיות, כגון: כי לא נתן יעוץ באישומים 5, 6, 7, 11-, וכי אינו זוכר אם באישומים 3, 4, 10- נתן יעוץ, אך הוא זוכר שלא קיבל תמורה; כי אין להרשיעו באישומים 8 ו-9- כיוון ש"מכר את הניירות בלידר לטובת אילנות ולנוכח צרכיה לאור פדיונות אותו יום (דבר שאושר בעדויות רמי שלום ושמעון אלקבץ), וכי לא ידע מי רוכש את האג"ח (דבר שלא נסתר)... [הוא] עצמו לא היה פעיל בזירה שכן זו זירה קונצרנית"; וכי לגבי אישום מס' 11 "הרכישה לאילנות מ- I.B.I. היתה לטובת אילנות (דבר שאושר בעדות רמי שלום) ללא קשר למעורבים וכי ככל הנראה כהן, שהיה עד לעסקה ניצל את הביקוש התמים של רשתי כדי לעשות רווחים לעצמו. לא היתה... [לוינמן] מעורבות בענין זה".

איני רואה מקום, מהטעמים שכבר פורטו, להתייחס לטענות שכל כולן נועדו לפגוע במהימנות דבריו של כהן, אשר בית המשפט קמא אימץ ומצא להם תימוכין. המסקנה בעניינו של וינמן היא, על כן, כי ניתוח הפן המשפטי של העבירות בהן הורשע, ויישומן של העובדות הנוגעות אליו, מחייבים את דחיית ערעורו על ההרשעה.

קוצ'ינסקי

116. לטענת בא כוחו המלומד של קוצ'ינסקי, "שומה היה על כב' בימ"ש קמא, להכבד **ולהכנס לדיון ונתוח כל אישום בפני עצמו**, על מנת להוכיח אם תרם המערער לקידום וקיום הקשר, ולקידום העבירות הנובעות מהקשר, בכל אישום ספציפי בפני עצמו".

אין חולק על נכונותה של טענה זו. אולם בית המשפט קמא היה ער לכך, ולכן אף זיכה - מטעם זה בדיוק - את קוצ'ינסקי מהעבירות שיוחסו לו באישומים 1 ו-2:

"משנודע לנאשם על שתי העסקאות הראשונות רק **בדיעבד** ומשלא הוכח כי הוא נטל חלק כלשהו, בין פעיל ובין סביל בעסקאות אלה, אינני רואה כיצד ניתן לייחס לו אחריות משפטית לעבירות, נשוא אישומים אלה; וזאת, אך ורק משום שקיבל כספים מוינמן בגין שתי העסקאות הללו, לאחר השלמתן" (עמ' 67 לפסק הדין).

מההנמקה לזיכוי של קוצ'ינסקי מהעבירות שבאישומים 1 ו-2, ברורה גם הסיבה להרשעתו בעבירות האחרות. בית המשפט קמא מצא ראיות למכביר הקושרות את קוצ'ינסקי לפעילות הפלילית בכל יתר האישומים

בהם הואשם, החל מהודעותיו עצמו בפני הרשות לניירות-ערך, דרך עדותו בבית המשפט, וכלה בהודעותיהם של וינמן וכהן (ראה עמ' 58-64 לפסק הדין).

גם ניסיונו של קוצ'ינסקי להראות כי לא יכול היה להיות נוכח בעת הפגישות עליהן העיד כהן, בשל אילוצי תפקידו, דינו להידחות. כפי שמסבירים כהן ווינמן בעדויותיהם, לא היה בתפקידו של קוצ'ינסקי למנוע ממנו להעדר לזמן קצר מהמקום בו עבד לצורך קיום הפגישות.

117. לטענת קוצ'ינסקי "באישומים 5, 6, 12, לא היתה כל מעורבות של אילנות דיסקונט וממילא, לא היתה כל מעורבות שלו". טענה זו מקבילה לטענתו בהמשך הדברים כי "המערער לא חתום על כל לידר באישומים אלו, ולא פעל בבורסה בזירת האג"ח (אישומים 3, 4, 7, 10, 11, 13)".

תרומתו של קוצ'ינסקי לאישומי האג"ח התבטאה, בין היתר, במעורבותו הפעילה בקביעת האג"ח לרכישה, כמותו ומחירו. באישומים 14 ו-15 התבטאה מעורבותו גם בהיותו צינור הקשר מול המממן, טדי שגיא. לפיכך אין בעובדה שלא הזרים, באישומים מסויימים, ביקושים לניירות-הערך שנרכשו על ידי אדלר, כדי לשלול את תרומתו הפיסית לעבירות שיוחסו לו.

118. עוד טוען בא כוחו המלומד של קוצ'ינסקי, כי לא הוכח באג"ח הקונצרניות (אישומים 5-9), כי היתה מעורבות פיסית כלשהי של קוצ'ינסקי בביצוע העבירות.

שיטת הפעולה באותם אישומים שונה היתה משיטת הפעולה באישומי אג"ח המדינה. "הרצת" האג"ח באישומים 5 ו-6 בוצעה ביום 27.9.1993, ובאישום מס' 7 ביום 28.9.1993. על פי כתב האישום, רכש אדלר בבוקר יום 27.9.1993, לפני תחילת המסחר בבורסה, שלושה סוגים של אגרות-חוב מקופות הגמל של בנק המזרחי (כל סוג אג"ח הוביל לאישום נפרד). במהלך יום המסחר "הורצו" אותם אג"ח, אשר רכש אדלר קודם לכן. באישומים 5 ו-6 ה"הרצה" בוצעה על ידי הלדשטיין בלבד, באמצעות רשות הנמלים, ובאישום מס' 7, על ידי הלדשטיין וגם על ידי וינמן וקוצ'ינסקי, באמצעות אילנות. בתום יום המסחר "חילץ" הלדשטיין, באמצעות רשות הנמלים, את ניירות-הערך אותם רכש אדלר. כתוצאה מכך נוצרו רווחים נאים. ה"הרצה" המתוארת באישומים 8 ו-9, אשר בוצעה בימים 19.10.93 ו-20.10.93, נעשתה במתכונת דומה, אולם רכישת האג"ח הקונצרני על ידי אדלר, טרם ה"הרצה", נעשתה מאילנות ולא מקופות הגמל של בנק המזרחי. ה"הרצה" וה"חילוץ" נעשו, בדומה לאישומים 5 ו-6, על ידי הלדשטיין בלבד, באמצעות רשות הנמלים.

מסקירה זו עולה, לכאורה, כי לא היתה תרומה פיסית של קוצ'ינסקי לביצוע העבירות פרי הקשר המתואר באישומים 5 ו-6. באישומים אלה רכש אדלר את האג"ח מבנק המזרחי, האג"ח "הורץ" על ידי החדשטיין, ואחר כך "חולץ" בעיסקה בין החדשטיין לאדלר בתיווכו של כהן. לפיכך, טוען בא כוחו של קוצ'ינסקי, כי בהעדר מעורבות אין להטיל על קוצ'ינסקי אחריות פלילית לביצוע העבירות. לעזרתו מגייס בא כוחו של קוצ'ינסקי גם את עדותו של כהן (בעמ' 885 לפרוטוקול) על אופן ביצוע אישומים 5-7:

"ש: תראה את הנייר המתייחס לנייר 6 ולנייר 7 - (ת97) - נכסי אזורים (האג"ח נשוא אישום 7 - א.ג.), אשנב (האג"ח נשוא אישום 6 - א.ג.) ופועלים הנפקות 17 (האג"ח נשוא אישום 5 - א.ג.) - מי הביא את העיסקאות ?

ת: וינמן הביא את הניירות האלה. הוא הביא רשימה של ניירות (מבנק - א.ג.) מזרחי, והוא אמר שאפשר להשיג ניירות אלה. בקונצרנים, להשיג סחורה בכמויות כאלה זה היה נדיר מאד, כי הסחירות בניירות אלה מאד נמוכה, ואפשר לאחר מכן להכניס ביקושים קטנים ולהעלות את הניירות. קיבלתי מוינמן את הרשימה, שכללה עוד ניירות שלא אושרו על ידי עופר. הרשימה היתה אצלי מערב כיפור. נסעתי לעופר שהתגורר אז במלון רמת אביב, כי הוא עשה בביתו שיפוצים. הוא לא היה, והשארתי לו את זה במעטפה בקבלה. ולמחרת הוא פסל כמה ניירות, ואישר שלושה ניירות. אז נעשתה עיסקה מחוץ לבורסה לחשבון של אדלר, ולאחר מכן, וכך באופן כללי, הוכנסו ביקושים מהחשבונות של עופר, כדי להעלות את הניירות, ואח"כ בוצעה עיסקה חזרה (הכונה ל"חילוך" - א.ג.) (עמ' 885).

יוצא איפוא, לכאורה, מתיאורו של כהן עצמו, כי קוצ'ינסקי לא היה מעורב באישומים הנ"ל. וינמן היה יוזם הרעיון "להריץ" אג"ח קונצרניים, וה"הרצה" וה"חילוך" בוצעו על ידי החדשטיין בלבד.

119. אכן, בהעדר מעורבות כזו לעבירה, אין בשותפות לקשר לביצוע העבירה, כדי להרשיע את הקושר באותה עבירה, וכפי שאמר בית המשפט קמא, בהקשר לאישומים 1 ו-2, לא ניתן לייחס לקוצ'ינסקי "אחריות משפטית לעבירות, נשוא אישומים אלה; וזאת, אך ורק משום שקיבל כספים מוינמן בגין שתי העיסקאות הללו, לאחר השלמתן" (עמ' 67 לפסק הדין). אולם, עיון מעמיק יותר בעדותו של כהן מלמדנו כי גם באישומים הנוגעים לאג"ח הקונצרניים, אשר הובלו על ידי וינמן, עדיין הקפידו מערערי האג"ח להתייעץ ביניהם טרם ביצוע ההחלטה על האג"ח המיועד ל"הרצה". מעיד על כך כהן, בחקירתו הנגדית על ידי בא כוחו של קוצ'ינסקי:

"אמרתי שהיו שני מקרים בהם קיבלתי רשימות: פעם אחת העיסקה 5, 6, 7, לכתב האישום, ופעם שניה - אישומים 8 ו-9. לגבי אישומים 5, 6, 7, קיבלתי רשימה בכתב מוינמן, ואותה העברתי לעופר. לגבי אישומים 8 ו-9, קיבלתי אולי רשימה בעל-פה או בכתב, שהלכתי למשרד של עופר.

לדברך שיוצא שבחמישה אישומים אלה לא היו התייעצות, אני אומר שכן היו דיבורים, למרות שהיתה רשימה. היה דיבור אם כדאי לעשות ואיך. קיבלתי רשימה, ואחרי התייעצות עם כולם פניתי לעופר. גם במקרים שבהם קיבלתי רשימה היתה התייעצות. כך בכל אופן ברוב המקרים. אולי היה מקרה ספציפי שמישהו היה חסר או הגיע מאוחר יותר או קיבל דיווח מאוחר. גם במקרים שבהם קיבלתי רשימה היו דיבורים. הרשימה לא הועברה ללא דיבורים. בודאי שהיו דיבורים" (עמ' 925).

יוצא איפוא, כי שלב התכנון המשותף וההכרעה בדבר אופן הביצוע התקיים גם באג"ח הקונצרניים, ובהשתתפותו של קוצ'ינסקי באותם מפגשים תרם הוא את תרומתו הפיסית לביצוע ה"הרצה" של האג"ח הקונצרניים.

120. קוצ'ינסקי היה "שחקן" בעל תפקיד בעבירה המרכזית של תרמית בניירות-ערך, לה תרם בהתייעצויות המשותפות שנערכו טרם ביצוע המעשים המתוארים בכל אישום ואישום. כן תרם בחלק מהאישומים לעצם ה"הרצה", ובאחרים אף היווה איש קשר בלעדי עם המממן. יוצא, כי קוצ'ינסקי היה גם שותף לעבירה של קשירת קשר לביצוע פשע בכל אישום ואישום בו היה מעורב, וגם היה מבצע בצוותא של העבירה נשוא הקשר, היא התרמית בניירות-ערך. מכך נגזר גם מעמדו של קוצ'ינסקי ביחס לעבירה של קבלת דבר במרמה.

במרבית האישומים פעל קוצ'ינסקי, באופן אישי וישיר, תוך ניגוד ענינים בין תפקידו לאינטרס הפרטי שלו, וזאת תוך ציפיה לקבלת טובות הנאה מאדלר. באותם מקרים בהם מעורבותו לא היתה כרוכה בניגוד ענינים לתפקידו (אישומים 5 ו-6), הרי שאחריותו לעבירת השוחד נובעת מדיני השותפות, כאשר שותפו - ה"לדשטיין" - היה זה שמעל בתפקידו הציבורי, והוא (קוצ'ינסקי) תרם לכך תרומה בת-ערך.

יעקב

121. לאחר שקילת הראיות פסק בית המשפט קמא באופן נחרץ לגבי יעקב:

"לאחר ששמעתי את העדויות בבית המשפט והתרשמתי מהן מכלי ראשון, החלטתי להעדיף - ללא כל היסוס או פקפוק - את עדויותיהם של העדים השונים שהעידו בפני, כמפורט לעיל (ושמרביתם היו עדי הגנה, קרי יתר הנאשמים), על פני עדותו הכוזבת והבלתי מהימנה לחלוטין של זה הנאשם.

טענתו החוזרת ונשנית של הסניגור המלומד, עו"ד י' שטיין, לפיה העלילו העדים, וביניהם הנאשמים עצמם, עלילת שווא על נאשם 4 וזאת 'עקב חשדם של אלו כי הוא הסגירם לידי הרשות והביא למפלתם' וכי

המדובר כאן ב'סגירת חשבון עם מי שנחשב כמסגיר לרשות' (עמ' 2 ו-9 לסיכומים בכתב) - אין לה כל בסיס במציאות, והיא אינה משכנעת, כלל ועיקר" (עמ' 73 לפסק הדין).

122. ערעורו של יעקב מופנה רק כנגד הרשעתו באישומים 1-15, הם אישומי האג"ח. אין הוא מערער על הקביעה כי ביצע את המעשים נשוא אישומים 16-20, וכן אינו מערער על הרשעתו בעבירה של קבלת דבר במרמה. לטענת יעקב, לא ניתן להסיק מעדויותיהם של המעורבים בפרשה על מעורבותו גם באישומי האג"ח.

על פי הנטען, עולה מעדותו של כהן, כשלעצמה, כי יעקב לא היה מעורב באופן ממשי בפרשת

האג"ח. לדברי בא כוחו המלומד של יעקב:

"אפילו לדברי העד יצחק כהן, היוצא מגדרו ע"מ להפיל את המערער ולסבכו ככל הניתן תוך שהוא חורג מרחק רב מהדברים שסיפר בחקירתו ברשות לניירות-ערך, לא היה המערער דמות מרכזית או בעל תפקיד מוגדר בעסקאות האג"חים.

יצחק כהן מתאר שותפות בקשר הכללי שקדם לביצוע כל עבירה וכך גם בקבלת כספים לאחר ביצוע העבירות (למעט אישום 14), אך בכל הקשור לשלב ביצוע העבירות לגופו אין הוא קושר את המערער לעבירה מסוימת ולאישום מסוים אלא מתאר את המערער כמסייע, ואף מגדיר את תפקידו כמי שאמור לסייע לו".

סבורני, כי דברים אלה אינם משקפים את עדותו של כהן על מעורבותו של יעקב באישומי האג"ח, הן

מבחינת התרומה הפיסית, והן מבחינת רמת המודעות לטיב המעשים. כך אומר כהן, בהעידו על פרשיית

האג"ח:

"בשלב מסוים בשנת 1993 כשהבורסה היתה בפעילות ערה מאד בכל התחומים, נוצר ביני ובין וינמן קשר, בקיוסק מול הבורסה, ואז הועלה רעיון שאפשר לבצע פעילות כלשהי באג"חים. וינמן הוא שהעלה את הרעיון ... הרעיון המקורי היה לקנות אג"ח של בנק ישראל ... הוא אמר לי שצריך למצוא מישהו שיממן את העסקאות האלו ומישהו שיקלוט את הסחורה ... אולי וינמן ואולי אני העלנו את השם אדלר. אולי אהוד יעקב העלה את השם אדלר. אחרי שוינמן העלה את הרעיון דובר על כך שנשיג מישהו, אולי אריה אדלר, לא זכור לי אם בפגישה זו או אחרת, אז התרחב הצוות ואהוד יעקב נכנס לתמונה כי עבדנו יחד, ואולי הייתי צריך גיבוי כדי לא לעשות את זה לבד, ולכן פניתי לאהוד ... אחרי העסקה הראשונה חילקנו את הרווחים לפי - אני, עופר, אדלר, אהוד, דוד וינמן" (עמ' 879-880 לפרוטוקול).

"ההחלטה איזה נייר לקנות ובאיזה מחיר - החלטה של וינמן והיינו שותפים לה קוצ'ינסקי, אני ואהוד יעקב" (עמ' 882).

"עם שאר הכסף - פיזית הייתי מגיע עם האוטו לחניון של הבורסה, אהוד היה יורד או שהייתי עולה למעלה ונותן להם בחדר העישון" (עמ' 883).

"ש: מה הקשר של אהוד יעקב לפרשיות?
ת: אהוד יעקב היה חבר. היינו יחד לאורך כל הדרך. כשנכנסתי לעסקאות אלה, מיד הכנסתי אותו לענינים, ועשינו (את) כל העסקאות לאורך כל הדרך ביחד. לפעמים הייתי צריך אותו לגיבוי. לפעמים הייתי צריך שהוא ירחיק את מרקדו מהזירה שלא יראה שאנו עושים דברים חריגים ... היו מקרים שהייתי במילואים ואהוד היה מתקשר לאדלר, ומזדהה בשם חיים, ומעביר הוראות, מתאם ביני ובין קוצ'ינסקי. אהוד היה חלק אינטגרלי מהענין" (עמ' 888-889).

"כל פעולה שנעשתה [קיבלה] אישור של כל המשתתפים. כל המשתתפים ידעו על כל עסקה ועסקה, וכל אחד חיווה את דעתו אם כדאי לעשות אותה או לא, וכל אחד נתן את נימוקיו ושיקוליו, ואם הרווח כדאי או לא. בד"כ כל הטלפונים היו נעשים מזירה ג', מאחד הטלפונים של נשואה או להק - משם התקשרנו לאדלר או לעופר. היינו עומדים שם כולם - קוצ'ינסקי, אהוד, דוד ואני. היינו נפגשים שם יום יום, והיינו מתקשרים לשם" (עמ' 889).

"אהוד ידע על כולם - גם על עופר" (עמ' 890).

"תוך כדי הענין של האג"ח עלה גם ענין המניות ... זה היה רעיון של אהוד" (עמ' 890).

בהמשך הדברים הסביר כהן כי שיחותיו של יעקב, תחת השם "חיים", עם אדלר, נעשו רק בהקשר לאישומי המניות (עמ' 932). אולם גם כך רואים אנו כי מעורבותו של יעקב באישומי האג"ח - לפי עדותו של כהן - לא היתה מעורבות שולית כלל ועיקר, וכי הוא היה שותף מלא ליתר הקושרים. מאחר שבית המשפט קמא ייחס מהימנות מלאה לעדותו של כהן ודחה את "עדותו הכוזבת והבלתי מהימנה לחלוטין" של יעקב, אין אלא לדחות את טענתו של יעקב לגבי עדותו של כהן. נסיונו לקעקע את מהימנות עדותו של כהן, אינו מחייב התייחסות, ואין לנו אלא להפנות לקביעתו של בית המשפט קמא, כי:

"הוכח כי הנאשמים התכנסו והחליטו ביניהם לגבי רכישת כל נייר-ערך בנפרד, כמפורט ב-20 האישומים שבכתב האישום, וזאת בכל פעם מחדש. בין אם היתה ההתכנסות של כל הנאשמים או של חלקם, ובין אם היא נעשתה פיזית או בטלפון או מכח הסכמה כללית בעת יצירת הקשר הכללי - בתחילת הפרשה בחודש אבג' 93" (עמ' 116 להכרעת הדין).

123. בנוסף לניסיונותיו למצוא פירוט בעדותו של כהן, פנה יעקב למציאת אמירות של יתר המערערים, המטהרות אותו ממעורבות בפרשת האג"ח. כך, למשל, הביא אימרה של אדלר מחקירתו ברשות לניירות-ערך לפיה:

"איציק אמר לי כמה פעמים לא לדבר ליד המבצעים האחרים - מרקדו ואהוד - על האג"ח, כי על האג"ח הם לא יודעים".

אולם, קריאת דבריו של אדלר בהקשר הכללי שבו נאמרו (ראה ת148/ עמ' 3), מלמדת כי כל כוונתו היתה להדגים כיצד מודר הוא מהמעורבים האחרים בפרשה. אין לייחס לדבריו יותר ממה שיש בהם, והם מכוונים לכך שכהן ניסה למנוע מאדלר להיוודע לזהות יתר המעורבים בפרשה, ולא כבאים לומר לאדלר כי יעקב איננו מעורב בפרשת האג"ח. מעדותו של אדלר רואים אנו כי כך גם הוא הבין את דבריו של כהן אליו:

"אתה מפנה אותי להודעה שניה ת148/ עמ' 3 שורה 21 - אמרתי שהוא הסביר לי שאהוד ומיקי על האג"ח לא יודעים. לא הבנתי שעל המניות כן יודעים. בשאלה הזאת מיכל (החוקרת - א.ג.) אומרת לי: 'תגיד שידעת עם מי'. אמרתי שאני לא ידעתי, והוא החביא ממני הכל. היא הכניסה את זה לפה. אני לא ידעתי עליהם. אם יצחק אמר לי לא לדבר על אנשים מסויימים בבנק דיסקונט, הוא אמר לי אך ורק שהיועץ לא ייחשף, כי פחד שאדע מי זה. אני לא זוכר שאמרתי שעל האג"ח הם לא יודעים" (עמ' 1434-1433).

גם בקטעים מעדותו של וינמן בבית המשפט קמא, אותם מביא יעקב, אין כדי לסייע לו. בית המשפט קמא לא ייחס אמון לעדותו של וינמן בפניו (עמ' 53 להכרעת הדין). לעומת זאת בהודעותיו ברשות לניירות-ערך (ת222/ עמ' 4) תיאר וינמן את חלקו המשמעותי של יעקב במסגרת פרשיית האג"ח.

124. העולה מהמקובץ, כי דין טענותיו של יעקב במישור העובדתי להידחות, כשמעדותו של כהן ברורה מעורבותו הישירה גם באישומי האג"ח. לעדותו של כהן יש סיוע למכביר בעדויותיהם של קוצ'ינסקי, מרקדו, אדלר ווינמן. לכך ניתן להוסיף את שקריו של יעקב בבית המשפט קמא ביחס לאישומי המניות, אשר גם הם היוו ראיות סיוע לתמיכה בראיות התביעה. יעקב היה חלק אינטגרלי מהקושרים, ידע היטב את המתוכנן לגבי כל עיסקה ועיסקה, אף אם תרומתו לביצוע העבירות באג"ח לא היתה מכרעת, וכן נטל את חלקו ברווחים. בכל אלה יש כדי להעמידו כמבצע בצוותא של כל העבירות בהן הואשם.

מרקדו

125. מרקדו הורשע בכל חמשת האישומים הנוגעים לפרשת המניות. על-פי קביעותיו של בית-המשפט קמא, פעל מרקדו יחד עם יעקב וכהן לעשיית רווחים פרטיים באמצעות חשבון ניירות-הערך של אדלר, תוך ניצול תפקידו בבנק. פעילות זו תוארה בכתב האישום ובהכרעת הדין כדלקמן:

מרקדו, כאחראי על המבצעים בבנק, ויעקב כסגנו, היו מופקדים על רכישתן ומכירתן של מניות בבורסה עבור קופות הגמל של הבנק. השניים ידעו מהן המניות בהן משקיעות קופות הגמל. הם קיבלו מדי יום הנחיות ממנהלי קופות הגמל על המסחר בבורסה באותו יום. הנחיות אלה כללו את רשימת המניות המאושרת להשקעה; את הסכום הכספי הכולל להשקעה באותו יום; והגבלות ביחס לעליית שערים מירבית (לימיט) ברכישה. חשוב לציין, כי רשימת המניות המאושרות להשקעה לא היתה מתחלפת בכל יום, וכאשר הוחלט בקופות הגמל על רכישת מניה מסויימת, היתה המניה מופיעה ברשימה משך תקופה מסויימת, עד לרכישת מלוא הכמות שהוחלט עליה.

ביוזעם מהן המניות שבהן משקיעות קופות הגמל, החליטו מרקדו, יעקב וכהן על רכישת מניה מתוך הרשימה, לחשבונו הפרטי של אדלר, שהיה המממן (מעדונו של כהן עולה כי הבחירה במניה תואמה גם עם גורמים אחרים מחוץ לבנק, שהיו גם הם מעורבים במזימה, אלא שמרקדו לא היה מודע לכך). משקיבל אדלר את המידע, הוא רכש את המניה לחשבונו, דרך-כלל בכמה ימי מסחר.

לאחר שאדלר סיים את הרכישה לחשבונו הפרטי, החלו השלושה - מרקדו, יעקב וכהן - להגביר את הביקושים למניה מטעם קופות הגמל, במטרה להביא לעליית שערה. הגברת הביקושים לאותה מניה שחפצו ביקרה ובייקורה, התאפשרה כיוון שלמרקדו וליעקב היה שיקול דעת להחליט אילו מהמניות, מתוך רשימת המניות המאושרות להשקעה, יש לרכוש בכל יום נתון, ובאילו כמויות לרכוש. לאחר מספר ימים של עליית שערים, החליטו על מכירת המניה מחשבונו של אדלר. בימים בהם נמכרה המניה מהחשבון, המשיכו המבצעים לשמור על רמת ביקוש גבוהה מטעם קופות הגמל, במטרה למנוע ירידה של השער. ברווח שנוצר בחשבונו של אדלר התחלקו מערערי המניות על-פי מפתח שנקבע.

126. בערעורו טען מרקדו כי יש לזכותו מכל האישומים בהם הורשע. ייאמר, כי מרקדו לא חלק על כך שידע כי אדלר מנהל חשבון פרטי בניירות-ערך; כי השתתף יחד עם יעקב וכהן בקבלת ההחלטות בדבר קנייה ומכירה של מניות בחשבון; וכי קיבל כספים שמקורם ברווחים שנוצרו בחשבון. חזית המחלוקת היא ביחס לקביעות עובדתיות אחרות שעמדו ביסוד ההרשעה. המחלוקת נוגעת בעיקר לשאלת מעורבותו של מרקדו במניות נשוא כתב האישום, ולשאלה אם פקודות הקנייה שמסר מטעם קופות הגמל, נעשו במטרה להעלות את שערי המניות שנרכשו לחשבונו של אדלר.

ואלה טענותיו המרכזיות של מרקדו:

(א) מעורבותו בפעילות בחשבון הבנק של אדלר לא היתה בחמשת המניות נשוא כתב האישום, אלא במניות אחרות, והיא פסקה לפני התקופה אליה מתייחס כתב האישום.

(ב) לא הוכח כי מרקדו ויעקב היו היחידים שמסרו פקודות קנייה מטעם קופות הגמל, לא במסחר הממוכן ולא במסחר הפומבי בזירות "המשתנים". על-כן, אין לזהות את העסקאות שביצעו קופות הגמל עם מעשיהם.

(ג) מעורבותו של מרקדו לא התבטאה ב"הרצת" המניות לאחר שנרכשו לחשבוננו של אדלר, כיוון שפעל בהנחיית הנהלת קופות הגמל ללא שיקול דעת עצמאי רב. מעורבותו התבטאה רק ב"לקיחת טרמפ" על ההשקעות של קופות הגמל (שממילא היו מתבצעות), ומכאן הכספים שקיבל.

127. רוב טענותיו של מרקדו מתמקדות בממצאים עובדיתיים. נוסף על עדותו של כהן שבית-המשפט קמא נתן בה אמון מלא, מבוססים הממצאים המרשיעים נגד מרקדו על הודאותיו ברשות לניירות-ערך, אשר התקבלו לאחר משפט זוטא, ושתוכן היה מהימן על בית-המשפט קמא ללא סייג (עמ' 75 להכרעת הדין). כן עומדות נגד מרקדו גם עדויותיהם של אנשי הנהלת קופות הגמל, ועדויות נוספות.

בית-המשפט קמא ציטט אמירה מפורשת של כהן שלפיה היה מרקדו מעורב בכל אחת מחמש המניות. בית המשפט גם דחה את טענתו של מרקדו כי הפסיק את מעורבותו בפעילות בחשבון, ואף פנה לכהן בבקשה לחדול מהפעילות (עמ' 84, 86 להכרעת הדין). קביעתו של בית-המשפט קמא היתה כי רכישת המניות לחשבוננו של אדלר היתה בהתאם לתכנית ההשקעה של קופות הגמל, ולא, כפי שניסה מרקדו לטעון, על יסוד הערכה כלכלית של המניה בלבד (עמ' 80 להכרעת הדין). כן קבע בית המשפט קמא כי ההנחיות שנתנו קופות הגמל למרקדו וליעקב בכל הנוגע לרכישת מניות, התייחסו אך ורק לרשימה של המניות, ולסכום הכספי הכולל של ההשקעה ולהגבלת השער, וכי מעבר לכך ניתן להם שיקול דעת רחב להחליט באילו מניות להשקיע בכל יום, ובאילו סכומים (עמ' 80, 87 להכרעת הדין).

128. התשתית העובדתית המונחת בבסיס הרשעתו של מרקדו, הינה, איפוא, זו: הוא נטל חלק פעיל בתוכנית ליצור רווחים בחשבון הפרטי של אדלר; הוא היה מעורב בכל אחת מחמש המניות המצוינות בכתב האישום; הוא היה שותף להחלטה איזו מניה לרכוש ומתי, וכן מתי למכרה; הוא עשה זאת תוך ניצול תפקידו כמבצע מטעם קופות הגמל ועם זיקה ישירה לתכנית ההשקעה של הקופות; המניות שאותן הוחלט לרכוש נרכשו לחשבון של אדלר בידיעה שקופות הגמל רוכשות אותן בבורסה ובגלל עובדה זו; היה בידיו שיקול דעת

להחליט אילו מניות לרכוש עבור קופות הגמל, ובאילו סכומים; הוא קיבל חלק מהרווחים שנוצרו בחשבוננו של אדלר.

129. האם טעה בית המשפט קמא כאשר קבע שברכישת המניות עבור קופות הגמל הנחה את מרקדו הרצון לגרום לעלייה בשערן של המניות? כמשתמע מדברי סניגורו המלומד, טענתו היא שמרקדו ניתק לחלוטין את פעולותיו בחשבון מפעולותיו כמבצע. הוא אמנם ידע באילו מניות משקיעות קופות הגמל, ואף היה שותף להעברת מידע זה לאדלר. ברם, עובדה זו לא השפיעה כלל על הרכישות שערך עבור הקופות. מה גם שלטענתו כלל לא יכול היה לפעול באופן שמיוחס לו, הואיל וברכישות עליהן הורה, הוא רק ביצע את הוראותיה של הנהלת קופות הגמל.

בתמיכה לטענתו הביא בא-כוחו המלומד של מרקדו קטעים מעדותו של כהן, שאין אליהם התייחסות בהכרעת הדין. על פי אמירות אלה ניצלו אנשים שונים בבורסה מידע על השקעות של גופים גדולים במניות מסויימות, והשקיעו באותן מניות לשם עשיית רווחים לעצמם. שימוש במידע באופן כזה אינו מחייב שהקונים גם ישפיעו על שערן של המניות, וכך, לטענת הסניגור, יש לאפיין את התנהגותו של מרקדו. לדברי כהן, מרקדו ידע על הקנייה תוך ניצול המידע, אך לא ידע על ה"הרצה". כהן הוסיף ואמר שהוא ויעקב העלימו חלק ממעשיהם בפרשת המניות (וכן את פרשת האג"ח כולה) ממרקדו, מתוך ידיעה שהוא לא יסכים למעשים אלה. כך, למשל, אמר כהן, שכאשר עזב מרקדו את זירת המסחר ב"משתנים", נהגו הוא ויעקב "לדחוף את הנייר למעלה" בצורה שמרקדו לא היה נותן ידו לה. לעתים הרחיק יעקב את מרקדו מהזירה על מנת שלא יראה כיצד הוא וכהן "עושים דברים חריגים".

130. סבורני, כי יש לדחות את טענתו של מרקדו, בוודאי ככל שהיא נוגעת למניות שנסחרו בשיטת "המשתנים". בענין זה אקדים לציין כי לא היו אחרים, זולת יעקב ומרקדו, שהחליטו על רכישת מניות לקופות הגמל (ראה דברי מרקדו ברשות לניירות-ערך, הודעה 8ב, גליון 5, שורות 30-33, גליון 6, שורות 11-24; עדותה של מנהלת מדור החברות באגף לניירות-ערך בבנק, עמ' 409; ועדותה של עובדת המדור, עמ' 394, 399, 400).

טעם אחד לדחיית הטענה נעוץ בראיות שהובאו בפני בית-המשפט קמא, והיו מהימנות עליו, לפיהן נהגו מרקדו, יעקב וכהן, לאחר שאדלר רכש לחשבוננו מניה שנסחרה בשיטת "המשתנים", לרכוש אותה מניה עבור קופות הגמל במסחר הפומבי באופן חריג. מטרתם היתה לאותת למבצעים האחרים, שמשקיע גדול עומד מאחורי הרכישות ובכך לעודדם להשקיע באותן מניות ולהביא לעליית שערין. השיטה (שכונתה): "קניות

אגרסיביות", "לעורר את הנייר" או "לובינג") היתה להכריז באופן בולט על הנכונות לקנות את המניה בעליית-שער; להעלות את מחיר הקנייה אף בלי לחכות להצעות מוכרים במחיר נמוך יותר; ולהכריז על הכמויות שבכוונתם לקנות. ההכרזה על הכמות היתה משמעותית, שכן כאשר משקיעים רוכשים מניות בשיטת המשתנים בכמויות קטנות, אין המבצעים נוהגים לציין את כמות המניות בהצעת הקנייה, להבדיל מהמחיר. ציון כמות המניות מעידה על כך שמאחורי ההצעה שמכריז המבצע עומד משקיע גדול.

על המאפיינים החריגים של התנהגות מערערי המניות, כמו גם על האפקטיביות של השיטה, העידו מספר עדים שנכחו בזירת המסחר.

ראשון לעדים היה כהן, שהעיד כי -

"ההשתתפות שלנו בזירת המשתנים - כשאהוד או מיקי קנו, כשמבצע מגיע לזירה הוא בכיר כמו אהוד או מיקי והקניות לא נעשות ברישום או בטפסים, אלא בהכרזה והשוק היה אז מאד ער, מאד מהר זיהו שהקניות נעשו לגוף מוסדי כמו הקופות. היתה אז תיזה בשוק שאם נייר עולה היום 3% הרי גם מחר הוא יעלה ואנשים יחסו לזה חשיבות שזה גוף מסודר כי זה משדר אמינות ולמחרת יהיה הצע בנייר והוא יקלוט אותו גם מחר. כשאהוד ומיקי הכריזו עבור הקופות - אם רוצים לפעול באופן אגרסיבי - צועקים כמויות גדולות ועולים בשער - זו טכניקה רגילה, אפשר להעלות ולא לחכות לתגובה".

קוצ'ינסקי, שלא היה שותף לפרשת המניות, סיפר בחקירתו ברשות לניירות-ערך כי ראה כיצד המבצעים של הבנק "קונים אגרסיבית במשתנים", "שדיסקונט קונה בעוצמה", ולכן העריך שמדובר בפעולה שמטרתה עשיית רווחים פרטיים.

אילנה כהן, שהיתה מבצעת של הבנק העידה:

"מהירות שחרור המידע לגבי הכמות - השתדלתי לא להסגיר את הכמות שאני רוצה לקנות, לא להראות שאני קונה גדולה ומשתדלת לפעול בהתאם למסחר.

...

אשר לפעילות של אהוד ומרקדו - היו מניות שהתנהל בהם מסחר רגיל ורגוע והיו מניות שבהן התנהל המסחר בצורה מהירה יותר וקולנית יותר.

... בחלק מהמקרים הם היו מכריזים באופן סביר ובחלק מהמקרים היתה הכרזה מהירה מדי. כלומר פקודות צפופות בלי מתן שהות להגיב, עליה חדה מעבר לסביר לגבי, לפחות." (עמ' 974-975).

ומעל הכל, מעורבותו של מרקדו בקניות האגרסיביות, עולה מדבריו הוא בחקירות ברשות לניירות-

ערך, וכך אמר:

"לא בעיה לעשות לובי בבורסה. היינו מחליטים לקנות מניה ולא משנה איזה, כשאני קונה מניה הולכים אחרינו. אני לא מתכוון בחשבון אלא בדרך כלל. היינו מחליטים לקנות מניה לחשבון שלנו, היה נוצר לובי, כשאני אומר בבורסה שאני קונה משהו בתור מבצע של דיסקונט, והכוונה לאו דווקא אלי אז יש לזה אפקט בשוק זה לא כמו שמישהו אחר, חבר קטן, קונה וגם במכירה זה אותו הדבר. ברוב המקרים קנינו אני איציק ואהוד בגלל שחשבנו שמניה טובה. מבחינה כלכלית, מניות שהיו IN בבורסה. ... אבל לא היינו הולכים על מניות בלי בסיס כלכלי זבל. על זה התבססנו כמו שאני שומע שמניה טובה אז גם אני אומר איזה מניה טובה. לא צריך להגיד לאנשים ספציפים זה מתפשט כמו אש. אני חושב שברוב המקרים יצאנו כשחשבנו שהבורסה או הנייר מוצא את עצמו נקודתית כלומר מכרנו ניירות-ערך כאשר חשבנו שהם הגיעו לשיא השער שיכולים להגיע אותה נקודת זמן. כשאמרתי לובי התכוונתי לעשות את הנייר IN כלומר לדבר על הנייר לא עם מישהו ספציפי אלא על ה-FLOOR. אני לא יודע שאהוד היה מתקשר לאדלר אני יודע שאיציק היה מתקשר לאדלר ואומר לו או לקנות או למכור נייר מסוים, אני לא יודע על קשר אחר, ואז היו עוברים חברה מהבורסה ושואלים על אותו נייר ואז גם אם לא הייתי מכחיש זה היה מספיק.

...

ש. לאחר שקניתם מניה מה עשיתם על מנת ששערה יעלה?

ת. אם קנינו בזמן לא צריך לעשות כלום. אני לא יושב בזירות פיזית. אבל אם איציק אמר לך שהוא עשה דבר מסוים זה הגיוני. הקניות נעשו באגרסיביות יותר. כלומר אחרי שרכשנו מניה מסוימת למשל מניה כמו פריון מספיק שצועקים פעם אחת בזירה, נניח שההוראות הן לקנות עד 100.5 אז אני דואג שישמעו שאני צועק ואז כולם היו קונים אחרינו.

...

ש. לפי החשד שלנו אתם משכתם את השערים במניות שרכשתם לחשבונכם הפרטי.

ת. על ידי זה שאני עושה את האגרסיוויות הזאת בקניה של המניה זה שקונים את המניה זה עושה את הגלים. עשינו גלים.

...

ש. תאר את אופן הקניות שלך בתוקף תפקידך כמבצע של דיסקונט במניות בהן אתה משקיע גם בחשבונכם הפרטי אצל אדלר.

ת. ההכרזה, ולא דווקא שלי היא יכולה להיות של מבצע אחר, תהיה של השער ההתחלתי 100 עם כמות כדי להדגיש את הרצון לקנות. כלומר כאשר אני קונה עבור בנק דיסקונט מניות אשר יש לי מהן בחשבון הפרטי שלנו אצל אדלר ההכרזה שלי במסחר תהיה אם כי תמיד במסגרת ההנחיות כלומר הלימיט שניתן לי והכמות. זה שונה שאני צועק קונה במאה מאשר כשאני צועק קונה במאה כמות של עשר. זה שונה כי זה מראה על זה שאני רוצה לקנות ואז זה גורם לזה שעוד גורמים יהיו מעוניינים לקנות את הנייר הזה אם כי לא תמיד. זה שאני אומר את הכמות לאו דווקא 10, 5 למשל זה לא לקוח רגיל זה לקוח גדול. אני דיסקונט אני גוף. כאשר אני לא מכריז כמות אלא רק שער יכולים לחשוב

שזה או קופות או לקוח קטן שיכול לבקש לקנות אפילו יחידה אחת אבל כאשר אני מכריז כמות נניח 5 או 10 אז יודעים שמדובר בקניה של הקופות של דיסקונט או לקוח גדול אחר וזה גורם לזה שיש קניות בשוק וזה גורם בדרך כלל לעליות בשערים של אותה מניה. וזה גורם לכך שנוצרים רווחים בחשבון הפרטי שלנו אצל אדלר כי השערים של המניות שקנינו בו עולים אבל לא תמיד כי הרבה פעמים אני צועק קונה 10 ומקבל ואז זה דווקא גורם לירידת שער זה חלק מהסיכון ואז אכלנו אותה וזה קורה. בלימיטים יכולת המשחק שלי לא גדולה אני יכול להיות גמיש בנושא של הכרזת הכמויות בזה אני יכול להיות גמיש.... את ההכרזות כאשר צעקתי 10 כדי לעשות את ההכרזה כדי לעורר את הנייר או כדי לנסות לעורר את הנייר היינו עושים אני או איציק כהן או אהוד יעקב.

ש. למה באותם מקרים בהם לדברייך רציתם לעורר את מניה באמצעות הכרזת הכמות כאשר אותה מניה היתה גם בחשבונכם הפרטי אצל אדלר, פעלתם רק אתם ולא מבצעים אחרים שהיו כפופים לך?

ת. אני רוצה להבהיר שיכול היה גם מבצע אחר לבצע אבל לפי ההנחיות שלי או של אהוד כלומר אני מתכוון שההוראות למבצעים של דיסקונט, כלומר שאר המבצעים, ניתנות רק על ידי ועל ידי אהוד. באותם מקרים יכול להיות שמבצע אחר צעק במסחר קונה בציון כמות, לפי ההנחיות שלנו, אבל גם אז היתה לזה אותה השפעה. ההכרזות בבורסה, הנוסח המדויק שלהם כלומר אם מכריזים גם כמות או לא הם בתחום הסמכות שלי. ...

ש. הסבר את ההשפעה האפשרית שהיתה לדעתך להכרזה שלך בציון כמות בקניה של מניה.

ת. כבר אמרתי, בזירה זה נראה כקונה גדול או רציני דבר שגורם לכך שהמסחר באותה מניה מתעורר וכתוצאה מכך אנחנו מקווים שזה יגרום לעליה בשער, שלא קורית תמיד. ובמקרה של עליה זה גורם לרווח בחשבון הפרטי שלנו אצל אדלר.

סניגורו המלומד של מרקדו לא חסך מאמצים בנסיונו לתת לדבריו של מרקדו פירוש בלתי מפליל, אך

נראה כי הם מדברים בעד עצמם.

130. טעם שני לדחיית הטענה לפיה לא הושפע שיקול דעתו של מרקדו בקניית המניות עבור הקופות מרכישתן לחשבונו הפרטי של אדלר, הוא בכך שטענה זו בלתי סבירה. אף אם סוחרים בשוק ההון נהגו להשתמש במידע שהשיגו אודות השקעות של גופים גדולים כדי ליהנות מרווחים פרטיים ללא "הרצת המניות", הרי שמרקדו מתאפיין בכך כי לא רק שידע על מדיניות ההשקעות של קופות הגמל, אלא שהוא היה מופקד על ביצועה. נשוב ונזכיר, כי מרקדו **ידע** שאדלר מחזיק במניה מסויימת מתוך שאיפה למכרה כעבור ימים ספורים ברווח; **שציפה** לקבל חלק מאותם רווחים; **שידע כי** ככל שירבו קופות הגמל לקנות אותה מניה כך יגדלו הרווחים בחשבונו של אדלר, ובכלל זה חלקו; **וכי בסמכותו היה להחליט** על הכמות שתרכושנה קופות הגמל מאותה מניה. נוכח תשתית עובדתית זו, נראית הטענה כי החלטותיו של מרקדו ומעשיו לא הושפעו כלל מהרצון לגרום לעליית השער כבלתי הגיונית.

מוכן אני לקבל את דבריו של מרקדו כי החלטותיו לא חרגו מההנחיות של הקופות (ואם היו חריגות כאלה, הן נעשו שלא בידיעתו), וכי השקיע רק במניות של חברות שמצבן הכלכלי טוב. דומה, כי הציר המרכזי סביבו נבנתה הגנתו היתה כי במעשיו לא חרג מההנחיות שקיבל. אולם גם במסגרת הנחיות אלה נותר כר נרחב למניפולציה בבורסה. מרקדו נהג לרכוש עבור קופות הגמל מניות במועדים, בכמויות, בסכומים ובצורה שנועדו לגרום לעליית-שערן, במטרה ליצור רווחים בחשבון הפרטי שמפירותיו נהנה.

131. אשר למניות שנסחרו בשיטת הכר"ם (אישומים 16, 17 ו-19). כאן לא הובאו בפני בית-המשפט קמא ראיות הקושרות במישרין את מרקדו לרכישה מוגברת של אותן מניות עבור קופות הגמל בתקופה שבה הוחזקו מניות אלה בידי אדלר, אולם ישנן ראיות נסיבתיות לביצוע העבירות גם באישומים אלה, כמוסבר לעיל (בפיסקה 130). אכן, העיד כהן כי נודע למרקדו רק בדיעבד על הקניות שחרגו מההנחיות קופות הגמל במניית "תדאה", שהיא אחת משלוש המניות שנרכשו בשיטת הכר"ם, וייחס את החריגה ליעקב (בעמ' 893). אולם עובדה זו, אינה שוללת את מעורבותו במניפולציה במסגרת ההנחיות.

יש, על כן, לאשר את הרשעתו של מרקדו בעבירות בהן הורשע.

אדלר

132. תפקידו של אדלר במזימה שנרקמה בין המעורבים בפרשה, מוגדר וברור. הוא היה המממן אשר איפשר את גריפת הרווחים באמצעות המניפולציות בניירות-הערך. אדלר השקיע סכומי כסף גדולים ברכישת ניירות-הערך לפי ההוראות שקיבל. לאחר הרצה מכר אדלר את נייר-הערך ל"מחלצים" - לרשות הנמלים וקופות הגמל של הבנק. את הרווח שנצבר כתוצאה מהמכירה במחיר ה"מנופח", חילק אדלר בינו ובין יתר השותפים.

133. בית המשפט קמא דחה מכל וכל את עדותו "הפאתטית עד מאד", כלשונו, של אדלר, ואימץ את הודעותיו בפני הרשות לניירות-הערך, מהן עולה כי הוא היה מודע לתפקידו ברשת התרמית.

134. טענתו המרכזית של אדלר היא כי היה חסר את המחשבה הפלילית הנדרשת להרשעתו בעבירות בהן הורשע. לטענתו, לא הוכח כי ידע על קיומו של "מחלץ", אשר פעל תוך הפרת אמון בכספים שהופקדו בידיו. הוא סבר כי ה"חילוץ" נעשה במהלך העסקים הרגיל, ואינו כרוך בעבירה. הוא עצמו לא הזרים ביקושים לשם העלאת השער של ניירות-הערך. אין הוא מכחיש כי ידע ש"החילוץ" נעשה באמצעות עובד בבנק. אבל לטענתו

לא ידע, באופן קונקרטי, כי ניירות-הערך נמכרים למישהו בבנק, המשתמש בכספי לקוחות הבנק תוך מעילה באמונם. הוא רשאי היה לסבור כי ה"מחלץ" הינו לקוח של הבנק, הנותן הוראות קנייה באמצעות הבנק. אכן, העיד כהן כי:

"נתתי לו (לאדלר - א.ג.) להבין שיש מי שידאג לנייר, ויקח את הנייר, והוא לא יפסיד. אמרתי לו שיש גופים מוסדיים בבנק שיקחו את זה".

אולם את דבריו של כהן על "גופים מוסדיים בבנק" לא היה עליו לפרש בהכרח כמתייחסים לגורמים בבנק הפועלים בדרך של מעילה באמון המשקיעים, והיה בידו להבין כי המדובר בגוף גדול, אשר אמור ל"חלץ" את ניירות-הערך מידי. בחקירתו ברשות לניירות-ערך אמר כי שאל את כהן מי ה"מחלץ", וזה סרב להשיב לו. בכך פיתח לכל היותר "חשדות כלליים, השערות וספקולציות", אך באלה אין די כדי להוכיח מודעות פלילית. הוא גם הודה בחקירה כי חשד שמשהו אינו כשורה בעסקאות, אולם גם באמירות אלה אין כדי לבסס את המודעות הנדרשת. כן הביע בחקירתו צער על מעורבותו בפרשה, אך אין לראות בכך (כפי שראה בית המשפט קמא) תחליף למודעות.

טענה נוספת של אדלר המתייחסת להעדר מחשבה פלילית, נוגעת לסידרת עסקאות קודמות שעשה באמצעות כהן. בית המשפט קמא סירב לקבוע אם עסקאות אלה כשרות הן או פליליות, ולא נזקק להן לצורך הכרעתו. בית המשפט קמא לא ראה לקבל את טענת אדלר כי העובדה שעשה בעבר עסקאות במתכונת דומה עם כהן, מעידה כי גם לגבי העסקאות הנדונות לא היתה לו מודעות על מעשיהם של יתר המערערים. לדעת באי כוחו של אדלר היה על בית המשפט להתייחס לעסקאות אלה, ולבחון אם ניתן ללמוד מהם לגבי כוונתו הפלילית של אדלר בעסקאות נשוא כתב האישום.

135. טעם ראשון לדחיית טענותיו של אדלר הוא טעם שבהגיון. קבלת התיזה שהעלה מחייבת את המסקנה בדבר קיומו של "מחלץ", אשר פעל תוך שימוש בכספו הוא לרכישת ניירות-הערך, לאחר "ניפוח" שערם. שהרי עמדתו של אדלר היא כי:

"המערער אינו מכחיש כי היה מודע לכך שניירות הערך נמכרים למישהו בבנק דיסקונט או באמצעותו. אלא שטענתו היא כי לא ידע באופן קונקרטי שניירות הערך נמכרים דווקא לעובד הבנק, המשתמש בכספי פקדונות של לקוחותיו, והמועל בתפקידו ובאמון לקוחותיו. המישהו בבנק דיסקונט יכול, לפי הבנתו, להיות מוסד או אדם פרטי, שהוא לקוח של הבנק, הנותן הוראות קנייה באמצעות הבנק והמבצע מטעמו בבורסה" (ההדגשה הוספה).

"הבנה" זו, לה טוען אדלר, איננה סבירה כלל ועיקר, ולא ניתן לייחס אותה לאדם המעיד על עצמו כמי שמעורה בהילכות שוק ההון והבורסה. שהרי "מחלץ" המוציא את כספו הוא, לרכישת ניירות-ערך לאחר "הרצתם", פועל בניגוד לאינטרס העצמי שלו. לא זו בלבד, אלא שאותו "מחלץ" דורש לקבל עבור שירותיו חלק מהרווחים שנוצרו בחשבונם של המממן בגין ה"חילוץ". כלומר, לשיטתו של אדלר, מעוניין ה"מחלץ" להפסיד את כספו על ידי רכישת ניירות-ערך במחיר גבוה, אבל עומד הוא על כך שיקבל חזרה חלק מהרווחים שהפיק המממן בגין העסקאות. כלומר - אוהב הוא להפסיד, אך רק מעט. חוששני, כי "סוחר" כזה אינו בנמצא.

136. טעם שני לדחיית טענותיו של אדלר הוא, כי גם אם היה מקום להניח לטובתו, כי לא היה מודע לפליליות של מעשה ה"חילוץ", הרי שלא ניתן לחלוק על כך כי היה מודע לפליליות של שלב ה"הרצה". אדלר אינו מכחיש את העובדה כי ידע כי את הביקושים מזרימים אנשי הבנק (ראה ת147/1, עמ' 18; ת149/1, עמ' 5). ביקושים אלו נעשו תוך הפרת חובת האמון של אנשי הבנק כלפי לקוחותיהם. הללו מצפים מעובדי הבנק שבידיהם הפקידו את כספם, כי ישקיעו אותו על פי שיקולים ענייניים, ולא מתוך מטרה "להריץ" את ניירות-הערך, אותם רכש המממן לפני כן. לפיכך, די במודעות זו, המלווה בשותפות הפיסית לביצוע המזימה הפלילית, כדי להטיל על אדלר את האחריות הפלילית בגינה.

137. טעם שלישי להטלת האחריות הפלילית על אדלר הינו משפטי. אדלר עצמו, מודה בהודעותיו, כי חשד בכשרותה של המזימה לה נתן את ידו. כך מסכמים באי כוחו המלומדים את טעונם:

"המערער אינו מכחיש כי בשלב כלשהוא בהתקשרותו עם כהן התעורר בליבו החשד שמשוהו בעסקאות אינו כשר. אולם המערער יטען, כי לא דיבר על כך עם כהן, וכהן מיוזמתו לא סיפר לו - והוא נשאר בתחושה הכללית שמשוהו לא בסדר, מבלי לדעת מה בדיוק לא בסדר. תחושה כללית רעה, כאמור, אינה יכולה לשמש ראיה עצמאית להוכחת המודעות הסצפית הנדרשת מצד המערער לעבירות ולנסיבותיהן".

נראה, כי בכך מסכימים באי כוחו של אדלר, גם אם לא במלים מפורשות, כי אדלר עצם את עיניו מלראות את הקשר הפלילי הפסול שנרקם בין כל המעורבים בפרשה, לה נתן את ידו. לאדלר היתה "תחושה כללית רעה", והתעורר בו חשד ש"משוהו אינו כשר". לעיתים אף "התמלא חרדה לנוכח הסכומים הגדולים" (עדותו של כהן, עמ' 890). באחד הימים התקשר לכהן, ואמר לו, בלשונו (של אדלר): "איציק תשמע, זה מסריח הענין הזה, ובסוף יהיה מזה משוהו רע ... אמרתי לו שאני פוחד - שזה לא נראה לי" (ת147/1, עמ' 10). אלא כדברי אדלר הוא פשוט לא רצה לדעת מה קורה (ת147/1, עמ' 6, עמ' 11): "הבנתי שיש פה משוהו ... אבל לא

שאלתי שאלות" (ת147/ ע' 8). אדלר אינו מכחיש כי קיבל מראש מכהן את נתוני ניירות-הערך בהם תהיה "הרצה", אין הוא מכחיש כי עקב אחר עליית שערם כתוצאה מה"הרצה", ואין הוא מכחיש כי הובטח לו שקיים "מחלף" אשר ידאג להוציא מידיו את ניירות-הערך, לאחר "הרצתם". הנה כי כן, אין מדובר בחשד בעלמא לקיומה של קונספירציה פלילית, כי אם "עצימת עיניים" ברורה למשמעותן הפלילית של הנסיבות, המהווה תחליף למודעות בפועל (סעיף 20 לחוק).

138. בית המשפט קמא הטיל את האחריות על אדלר על פי העובדות, ואלה אכן הצדיקו את מסקנתו. מקריאת הודעותיו של אדלר בפני הרשות לניירות-ערך עולה כי היה ברור לו טיבו ומהותו של הקשר הפלילי, על כל שלביו. נביא, לשם ההמחשה, חלק מאימרותיו, ותחילה תיאורו את שלב רכישת ניירות-הערך, שנעשה על פי הנחיותיו של כהן:

"תראי - אני את ג'מיל (כהן - א.ג.) מכיר הרבה זמן מהבורסה. יודעים שאני בן-אדם עם הרבה ממון, ושבבנק יתנו לי הרבה אשראי ... אז הוא ידע את זה איציק, כנראה, וניגש אלי ואמר שבאג"ח יש אפשרות משחק טובה, ושאיני אזמין בהנפקה" (ת147/ עמ' 8).

על שלב ה"הרצה" אמר:

"אני הבנתי שהם מעלים את השער, כי הם לא עשו את כל התרגיל בשביל הפער הקטנטן שבין השער שאני קניתי להם מתחת לשער הבורסה לשער הבורסה. מה - זה ברור שהם עוד הכניסו ביקוש בשביל להעלות את השער, כדי שהכל יהיה כדאי. גם ראיתי שהם הכניסו ביקושים למחרת, או שדאגו שמישהו יכניס ביקושים והשער יעלה. הם לא אמרו לי את זה, אבל אני לא טמבל - הבנתי את זה. אחרת כל הענין לא כדאי להם" (ת147/ עמ' 18; כן ראה - ת149/ עמ' 4).

ועל השלב האחרון, הוא שלב ה"חילוץ" אמר:

"איציק היה מצלצל אלי, ואומר לי לשלוח את המבצע של מסחר אליהם. הוא אמר לי, שהם יגידו לו, שיחשבו על זה, וככה הם היו עושים - אומרים לו שיחשבו על זה, ושיחזרו עוד חמש דקות, ואז הם היו אומרים לו שהם מעוניינים, והוא היה חוזר אלי, והייתי אומר לו שימכור" (ת147/ עמ' 8).

"הוא (כהן - א.ג.) היה מתקשר אלי אחרי המסחר, ואומר לי - 'תלך ותמכור בשער שנסגר. תגיד למבצע שלך, שיגש אלינו (המבצעים של דיסקונט), וישאל אם אנחנו מעוניינים'" (ת147/ עמ' 12).

בחקירתו גם מבהיר אדלר את מודעותו להכרח שבהפעלת אנשי פנים של הבנק, לשם הצלחת

המזימה:

"הלוואי והיה לי את היכולת או הכח ליזום - אז לא הייתי צריך אותם. אבל אני לא מכיר אותם. כלומר אני מכיר שם עוד מבצעים בדיסקונט, אבל איציק תמיד היה אומר לי: 'אל תדבר מילה ליד המבצעים האחרים על האג"חים, אם ישאלו - אתה לא יודע מכלום'" (ת147/9, עמ' 9).

אין ספק, כי ממכלול הודעותיו, עולה מודעותו הברורה למזימה לה נתן הוא את ידו. זאת גם בלי להיזקק לעדותו המפלילה של כהן, ולשקרו של אדלר בבית המשפט.

139. על פי ניתוחנו את עבירת השוחד יש לראות באדלר כנותן שוחד בהיותו המממן. הוא היה שותף למניפולציות שנעשו בניירות-הערך, כשם שהיה שותף לקבלת דבר במירמה (ראה סעיף 92 לעיל). כל זאת בעקבות הקשר שקשר עם שותפיו לעבירות. אין, על כן, כל יסוד להתערבותו בהרשעתו, כפי שקבע בית-המשפט קמא.

לעונש

140. בית המשפט קמא גזר על הלהדשטיין שמונה שנות מאסר, מהן שש בפועל, והיתרה על תנאי. כן גזר עליו קנס בסך 4 מליון ש"ח, או שנתיים מאסר תמורתו.

על וינמן גזר בית המשפט קמא שש שנות מאסר, מהן ארבע בפועל, והיתרה על תנאי. כן גזר עליו קנס בסך מליון ש"ח, או שנה מאסר תמורתו.

על קוצ'ינסקי נגזרו חמש שנות מאסר, מהן שלוש בפועל, והיתרה על תנאי, וקנס בסך 750,000 ש"ח, או שנה תמורתו.

יעקב נדון לשש שנות מאסר, מהן ארבע בפועל, והיתרה על תנאי, ולקנס בסך 1.5 מליון ש"ח, או שנה וחצי מאסר תמורתו.

מרקדו נדון לארבע שנות מאסר, מהן שנתיים בפועל, והיתרה על תנאי, ולקנס בסך 300,000 ש"ח, או שמונה חודשי מאסר תמורתו.

על אדלר נגזר עונש מאסר של חמש שנים, מהן שלוש שנים וחצי בפועל, והיתרה על תנאי, וכן קנס בסך 1.5 מליון ש"ח, או שנה וחצי מאסר תמורתו.

141. בגזר דינו ציין השופט המלומד כי "כתוצאה ממעשי המירמה וההונאה של הנאשמים והעלאת שערי ניירות הערך, הן אגרות החוב והן המניות, הם שילשלו לכיסם סכום כולל של כחמישה מליון ש"ח, שחולק ביניהם". בחלוקה קיבל הלהשטיין כ-30 עד 40 אחוז מהרווחים, ואילו כל אחד מהמערערים האחרים קיבל כ-12.5 עד 15 אחוז מהרווחים שנוצרו בעסקה הספציפית בה היה מעורב, "בעוד שליש מהרווחים הועבר, ככל הנראה, לאדם אחר".

הלהשטיין קיבל בסך הכל כ-2.2 מליון ש"ח (כולל הרווחים הנוגעים לאישום מס' 22); וינמן קיבל כחצי מליון ש"ח מהרווחים; קוצ'נסקי קיבל כ-200,000 ש"ח; יעקב קיבל כ-650,000 ש"ח; מרקדו קיבל כ-160,000 ש"ח; ורווחיו של אדלר הסתכמו בחצי מליון ש"ח, בקירוב.

142. בגזר דינו עמד בית המשפט קמא "על החומרה היתרה בה יש לראות את העבירות שביצעו הנאשמים בפרשה זו, תוך מעילה קשה באמון הבנק בו עבדו שנים רבות, כמו גם באמון הציבור בכללותו, המשקיע את כספו בבורסה בתום-לב. במעשיהם הפליליים, שבוצעו בשיטתיות, בעקביות ובתחכום מרובים, גרמו הנאשמים נזק בל יכופר לאמון הציבור במוסד הבורסה לניירות-ערך. הנאשמים הפכו את הבורסה ממוסד חשוב ורב ערך שמטרתו ותכליתו לגייס הון מן הציבור, וזאת בדרך של מסחר תקין והוגן, ל'קזינו לאומי' לצורך הפקת רווחים קלים ובלתי חוקיים מעיקרם. במעשיהם הנלוזים גרמו הנאשמים 1, 4 ו-5 (הלהשטיין, יעקב ומרקדו) אף נזק כבד לבנק דיסקונט בו עבדו, אשר נאלץ לשלם פיצויים בסכומים גבוהים וללקוחות שנפגעו ממעשיהם אלה, ועדיין תלויות ועומדות כנגדו תביעות כספיות נוספות".

מאידך גיסא, הביא בית המשפט קמא בחשבון את חלקו של כל אחד מהמערערים בפרשה, את שיעור טובת ההנאה שהשיג כתוצאה מן העבירות, וכן את הנסיבות האישיות.

143. אין ספק כי במעשיהם השחיתו המערערים את המערכת הפיננסית, הם ערערו את אמון הציבור בבורסה, וכך פגעו במערך שוק ההון. הם (למעט אדלר) ניצלו לרעה את תפקידיהם וסמכויותיהם, כדי להתעשר

מכספי לקוחות שהופקדו בידיהם הנאמנות, ופגעו באמון הלקוחות והציבור כולו בגופים בהם עבדו. חומרה יתרה, אשר יש לתת לה משקל ממשי בעונש, נובעת מכך שמדובר בעובדים שאינם זוטרים, אלא בעלי תפקידים בכירים, אשר נהנו ממידה גבוהה של אמון, בו מעלו בלי נקיפת מצפון. לא מצוקה כספית היא שעמדה בבסיס מעשיהם, אלא השאיפה להתעשרות קלה והרדיפה אחר בצע כסף. לא במעידה חד-פעמית מדובר, ולא בדחף רגעי, אלא במעשים מתוכננים חוזרים ונשנים. מהות העבירות, היקפן, ושיעור הרווחים שהפיקו המערערים מהן, חייבה הטלת מאסר לתקופה משמעותית שתהלוך את החומרה הרבה שבמעשיהם ותמחיש אותה, על אף הנסיבות האישיות של כל אחד מהם. ואכן, קבע בית המשפט קמא מדרג הולם של עונשי מאסר, על פי מידתו וחלקו של כל אחד מן המערערים. זאת בשמירת פרופורציה לעונש שנגזר על כהן בהסדר טיעון, תוך הבחנה בינו לבין יתר המערערים, כדי ליישם את עיקרון אחידות הענישה. לפיכך, איני רואה סיבה להקל בעונשי המאסר שנגזרו על המערערים.

144. בנוסף למאסר, גזר, כאמור, בית המשפט קמא על כל אחד מן המערערים קנס בגובה כפל טובת ההנאה שצמחה לו מן העבירות. זאת מכוח סמכותו שבסעיף 63(א) לחוק, לפיו רשאי בית המשפט להטיל על נאשם קנס פי ארבעה משווייה של טובת ההנאה שהושגה על ידי העבירה. ואכן, ראוי סעיף זה שיוחל במיוחד בעבירות כלכליות, בנוסף לשלילת חירותו של הנאשם. זאת, כדי שחוטא לא יצא נשכר משללו, והעבירה תהפך לבלתי משתלמת גם מההיבט הכלכלי. אולם על אף שיקול זה על בית המשפט לקבוע את שיעור הקנס בהנחה כי בידי הנאשם לשלמו, כשמשמעות אי-תשלום הקנס היא תוספת מאסר על המאסר. והרי לא בא הקנס להגדיל בעקיפין את תקופת המאסר. כיוון שנתעורר ספק בעיני אם בידי הלהדשטיין לשלם את הקנס בסך ארבעה מליון ש"ח שהושת עליו, והוא הדין לגבי יעקב שנדון לקנס בסך 1.5 מליון ש"ח, יש מקום להפחית את הקנסות לגבי מערערים אלה. אשר לאדלר, כפל טובת ההנאה שצמחה לו מגיע כדי מליון ש"ח, ובהתאם לכך יש להעמיד את שיעור הקנס, על פי אמת המידה שקבע בית המשפט קמא.

145. העולה מן המקובץ, כי יש להשאיר על כן את הרשעותיהם של המערערים ולדחות את ערעוריהם על ההרשעה.

עונשי המאסר שנגזרו על המערערים יעמדו בעינם.

הקנסות שנגזרו על וינמן, קוצ'ינסקי ומרקדו יעמדו בעינם, בכפוף לכך כי תקופת המאסר בגין אי תשלום הקנס על ידי קוצ'ינסקי, תעמוד על 8 חודשים, ולגבי מרקדו על 4 חודשים. הקנס שעל הלהדשטיין לשלם

יעמוד על 2.5 מליון ש"ח או 15 חודשי מאסר תמורתו; הקנס שעל יעקב לשלם יעמוד על 800.000 ש"ח או 8 חודשי מאסר תמורתו; הקנס שעל אדלר לשלם יעמוד על מליון ש"ח או שנה מאסר תמורתו.

תשלום הקנס שנגזר על כל אחד מן המערערים, למעט מרקדו, נדחה עד 15.3.98. מרקדו נשא תחילה, כבקשתו, את המאסר בשל אי תשלום הקנס, ולפיכך תיזקף כל תקופת מאסר שנשא עקב אי תשלום הקנס ככל שהיא עולה על 4 חודשים, לחשבון המאסר בפועל שעליו לשאת.

ש ו פ ט

השופט ט' שטרסברג-כהן:

מסכימה אני עם פסק-דינו של חברי השופט א' גולדברג ומבקשת להתייחס להיבטים מסויימים בשתי סוגיות: האחת, עבירת השוחד; השניה, עבירת תרמית בקשר לניירות ערך.

עבירת השוחד

1. אזרח ועובד ציבור, חברו יחד לבצוע עבירה וכל אחד תורם משלו כדי לבצעה בצוותא. מפירותיה נהנים שניהם. האם ניתן לראות בכך מתן שוחד על ידי האזרח וקבלת שוחד על ידי איש הציבור? השאלה אינה קלה וחברי עשה דרך ארוכה של ניתוח משפטי, לוגי, ואנליטי, כדי להגיע למסקנה, שאכן כך הוא.

שתי משוכות היה עלי לעבור בדרכי למסקנה כי עובדות אלה מהוות עבירת שוחד: הראשונה, התחושה האינטואיטיבית. השניה, עקרון החוקיות. שני אלה תופסים מקום נכבד במלאכת הפרשנות של חוק בכלל ושל חוק פלילי בפרט ואייחד מספר מילים לכל אחד מהם.

התחושה האינטואיטיבית

2. נדמן לי לתת דעתי לנושא זה בע"א 5847/96 חברה ישראלית לקירור והספקה בע"מ נ' מוחמד

סובח, דינים עליון, מד, 761 סעיף 5, שם אמרתי:

"סבורה אני... כי המבחנים השונים שהובילו להוצאת מעלית מגדר 'רכב', מונחים - בראש ובראשונה וכןקודת מוצא - על ידי אינטואיציה ותחושה משפטית בדבר המשמעות הסבירה ההגיונית והיומיומית של המושגים.. תחושתו האינטואיטיבית של הפרשן אינו דבר "אסור" או בלתי לגיטימי. נהפוך הוא: תחושה אינטואיטיבית זו היא חלק מההבנה המוקדמת שלנו. לא רק שהיא לגיטימית אלא היא טבעית ואין בלעדיה. (א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ראשון, עמודים 97-98)

"האינטואיציה איננה אקראית. היא נובעת ממטען פנימי של ידע, שכל ישר וניסיון. היא מבטאת תגובה אינסטינקטיבית של האדם הרגיל... עם זאת אין האינטואיציה חזות הכל ולא די בה, שכן, אין היא מבטיחה רציונליות ואובייקטיביות של הכרעה. לבד ממנה יש להיזקק להנמקות לוגיות כדי להבהיר לעצמנו את האינטואיציה. זאת נעשה על ידי הנמקה משפטית הנעשית בעזרת כללי הפרשנות המקובלים. כאשר הנמקה זו מאשרת את התחושה האינטואיטיבית, מה טוב; כאשר היא מובילה לתוצאה שונה מזו האינטואיטיבית, גוברת ההנמקה המשפטית".

אודה, כי מלכתחילה הייתה תחושת האינטואיטיבית לנוכח העובדות הנ"ל, כי הכנסתן תחת קורת גגה של עבירת השוחד, מהווה מתיחת גבולותיה של עבירה זו מעבר לגבולותיה הטבעיים. אולם, בדיקה מקפת ומעמיקה, הובילתני להצטרף להנמקתו המשפטית של חברי, השופט גולדברג, שהובילה לתוצאה שונה מזו האינטואיטיבית, תוצאה המושתתת על יסודות משפטיים איתנים. על כך אמר השופט ברק:

"מה שנדרש מהפרשן הוא להיות נכון לשנות את הבנתו המוקדמת לתקנה ולשפרה תוך התהליך הפרשני" (שם, בעמ' 98).

עקרון החוקיות

3. עבירת השוחד אינה מגדירה את המונח 'שוחד'. עמימות מונח זה מותירה מקום לאי בהירות, לדו-משמעות או לרב-משמעות והיא עלולה להתנגש עם עקרון החוקיות. אומר על כך פרופ' ש"ז פלר:

"...לנורמה המשפטית, שמגדירה איסור פלילי וקובעת את תגובת החברה על הפרתו, נועד התפקיד הראשון במעלה, של חינוך, הזהרה והרתעה כלליים, של הציבור כולו. תפקיד זה, במידה שהוא ניתן למילוי - והמידה עולה על המשוער לכאורה - מחייב, בין השאר, חד משמעות לא רק לעניין הגדרת האיסור, אלא גם לעניין העונש הצפוי בשל הפרתו כאמת מידה למשקל האנטי-חברתי המיוחס לאיסור על ידי החברה באמצעות החוק...

"עקרון החוקיות נועד במידה לא פחותה גם לשמירה הקפידה על זכויות היסוד של הפרט, תוך מניעה, בתחום הפלילי, של היות הפרט נתון לשרירות הלב, אם לחומרא ואם לקולא... של הרשויות". (ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (כרך ג, התשנ"ב - 1992), בעמ' 347 - 348).

דבקות בעקרון החוקיות, יכולה להוביל לעיתים לאי מיצוי הדין עם המהלך על הסף. אלא שבכך הוא נבחן. פרופ' א' לדרמן מתייחס לסכנות האורבות לעקרון החוקיות מאימוץ פרשנות תכליתית המבקשת למתוח ולהרחיב את גבולות לשון החוק, וכך הוא אומר:

"... יש לזכור שעקרון החוקיות יכול להוביל, בנסיבות מסויימות, לתוצאות שיש בהן, בעיני הלא משפטן, מידה מסויימת של אי-מיצוי הצדק, במובן היומיומי של המונח. אך זהו מחיר הכרחי לעקרון, הקנאי לא רק לזכותו של תמים-הדרך, שלא התקרב לתחום האסור, אלא אף ואולי בראש ובראשונה לזכותו של המהלך על הסף, אפילו ביודעין, בנסיבות שהאינסטינקט הראשוני ואף ערכי המוסר אינם צופנים לו אהדה רבה. דווקא המהלך על הסף הוא המעמיד במבחן הרציני את עקרון החוקיות ומעניק נפקות אמיתית לביטוי שהקודקס הפלילי הוא המגנה כרטא של העברייין (א' לדרמן "דיני עונשין" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג (א' רוזן-צבי עורך, תשנ"ד) 469, 532)

אומר על כך ח' ה' כהן בספרו **המשפט** (מהדורה שניה מתוקנת ומורחבת, תשנ"ז - 1996),
בעמ' 664-665:

"אין עונשין לא מקל-וחומר ולא מגזירה שווה ולא מהיקש או אנלוגיה, לא ממנהג ולא מנוהג, לא מפוליטיקה ולא מאידאולוגיה, לא מצורכי השעה ולא משיקולי הכרח - רק מן החוק הכתוב והחקוק שבו נעשה מעשה פלוני, על מרכיביו המוגדרים, לעבירה פלילית. מה שלא עשה החוק בלשון ברורה ומפורשת, שום פרשנות ושום היגיון אינם יכולים לעשות." (ההדגשות הוספו)

תפיסה זו מקובלת עלי ומבטאת את גישתי, לפיה, יש להימנע מלהרחיב את גבולות לשון החוק בדיני העונשין באופן ש"מה שלא עשה החוק בלשון ברורה ומפורשת, שום פרשנות ושום היגיון אינם יכולים לעשות." (דברי ה' ח' כהן, שם).

4. מונחית על ידי כל אלה, הפכתי והפכתי בסוגיה שלפנינו ולא מצאתי - לא בטעוני ב"כ המערערים ולא בבדיקתי העצמאית - תשובה ראויה לניתוח המשפטי שעשה חברי השופט גולדברג, ושהובילו - צעד אחר צעד - לתוצאה לפיה נתפסים המעשים בהם הורשעו המערערים, במלתעות עבירת שוחד. מעשים אלה מתחברים זה לזה, מעשה פסיפס, לרכיבי עבירת השוחד, לא רק על ידי פרשנות נכונה, אלא גם כמדיניות ראויה, המעמידה רף נורמטיבי גבוה לשם שמירה על טוהר מידותיהם וניקיון כפיהם של עובדי ציבור.

לעבירת תרמית בקשר לניירות ערך (סעיף 54(א)(2) לחוק ניירות ערך)

5. חברי השופט גולדברג מצא, שעבירה זו היא עבירה תוצאתית ולא עבירה התנהגותית וכי התוצאה הושגה על ידי כך שפקודות הקניה השפיעו על תנודות השער של אותם ניירות ערך.

מאחר ואני שותפה לדיעה כי במקרה דנן אכן הייתה השפעה כאמור ובכך הושגה התוצאה, אין אני מוצאת להכריע בשאלה אם העבירה היא אכן תוצאתית או התנהגותית ואני משאירה אותה בצריך עיון.

ש ו פ ט ת

השופט י' טירקל:

1. קראתי את הניתוח המקיף והיסודי שניתח חברי הנכבד, השופט א' גולדברג, את הסוגיות שהונחו לפנינו ואני מסכים לכל דבריו. חברתי הנכבדה, השופטת ט' שטרסברג-כהן, הציגה בראש חוות דעתה את השאלה אם ניתן לראות בהנאה המשותפת שבאה לאזרח ולעובד הציבור ממעשי העבירה שעשו בצוותא עבירה של מתן שוחד וקבלתו ותארה את המשוכות שעברה בדרכה. גם לדבריה אני מסכים, למעט ההערה לגבי השאלה אם עבירת תרמית בקשר לניירות ערך היא עבירה תוצאתית או התנהגותית. ספיקותיה היו גם מנת חלקי, לכל אורך מהלכו של הדיון ואחרי שנסתיים, עד שאימצתי את המסקנות המקובלות עתה עלינו. אוסיף שתי הערות קצרות.

2. בתחילה "הערת אזהרה". גם אחר הדברים האלה אין להתעלם - בדיון בסוגיית עבירת השוחד כמו בעבירות אחרות - מאמות המידה שמתווה לנו השכל הישר, ואין להניח אותו בקרן זווית של חשיבתנו המשפטית. (ע"פ 205/84 צדיק נ' מדינת ישראל, פ"ד מ (3) 85, 98, שצוטט). אשר לאינטואיציה מקובלים עלי דברי חבריי, וכן הדברים שהביאו ממקורות אחרים לביסוס גישתם, אלא שבעיני האינטואיציה איננה רק בגדר "ניצוץ". לפי השקפתי יש מקרים שבהם ההכרעה איננה רק תולדה של אנליזה משפטית אלא גם של אינטואיציה ושל תחושה פנימית ואף מותר לה שתהיה כזאת (סעיף 11 לחוות דעתי בדנ"א 2401/95 (ע"א 5587/93) רותי נחמני נ' דניאל נחמני ואח', תקדין עליון כרך 96 (3) עמ' 522; כמו כן עיין בפסקה בדבר "פרשנות ואינטואיציה" אצל א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד, כרך א) 93).

למותר להוסיף דברים על ההתייחסות הראויה לעבירת השוחד, לעניין הפרשנות ולעניין המדיניות הראויה. חז"ל אמרו "השוחד למה הוא דומה? לאבן - בכל מקום שנופלת שוברת" (מדרש תנחומא, פרשת תולדות, סימן ח'). דומה שבכך מתמצה הכל.

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט גולדברג.

ניתן היום, י"ט בכסלו תשנ"ח (18.12.97).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

שמריהו כהן - מזכיר ראשי
D07.96085730