

עד היכן תתרחב עוד עבירת השוחד

בעקבות ע"פ 8573/96 *

מאת

מרדכי קרמניצר**, ליאת לבנון***

א. העובדות. ב. פסק־הדין. ג. תחום הפריסה של עבירת השוחד; 1. לשון החוק – משמעותו הפשוטה של המושג "שוחד"; 2. הערך העומד מאחורי עבירת השוחד; 3. סוג ההתקפות על הערך שמפניהן מגן האיסור; 4. נפקותן של כוונותיו או של יוזמתו של הצד השלישי. ד. דינו של האזרח המסייע. ה. התוצאה הנכונה של פסק־הדין.

א. העובדות

המעוררים בעניין מרקדו – רובם עובדים בבנק דיסקונט או בחברת אילנות דיסקונט, המנהלת קרנות נאמנות – הורשעו בגין פרשיות של הרצת מניות ואיגרות חוב בעזרת מממנים חיצוניים. האחרונים היו רוכשים ניירות ערך לפי הוראת המעוררים, ואלה היו מזרימים אחר כך לבורסה ביקושים לאותם ניירות ערך מחשבונות לקוחותיהם. בעקבות הביקושים עלו מחירי ניירות הערך, ובעיתוי זה מכרו אותם המממנים, במקביל להמשך הזרמות הביקושים. ברווח התחלקו העובדים והמממנים. אחת השאלות בערעור הייתה אם בביצוע מעשים אלה עברו עובדי הבנק את עבירת השוחד. למרבה הפליאה, אף־על־פי שעובדי הבנק לא היטו את שיקול־דעתם לטובת המממנים, אלא רק הסתייעו בהם, השיב בית־המשפט לשאלה בחיוב.

* ע"פ 8573/96 מרקדו נ' מ"י, פ"ד נא(5) 481 (להלן – פס"ד מרקדו).

** פרופסור מן המניין בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית, ירושלים ומרצה במכללה האקדמית למשפטים.

*** תלמידה לתואר ראשון בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית, ירושלים.

ב. פסק־הדין

המהלך שהוביל את השופט גולדברג להרשעה בשוחד הוא המהלך הזה: לדידו של השופט גולדברג, עבירת השוחד אוסרת על הימצאות של עובד ציבור במצב של ניגוד עניינים¹. ניגודי העניינים האפשריים מתחלקים לסוגים אחדים, לפי התפקיד שנוטל "הצד השלישי" לעבירה (האזרח המעורב במתן השוחד): המקרים המובהקים הנכנסים לגדר איסור השוחד הם אלה שבמסגרתם "הצד השלישי הוא שיוצר את ניגוד העניינים, במובן זה שבלעדיו לא יכול להיווצר כלל מצב זה"². המקרים המובהקים היוצאים מגדר האיסור הם אלה שבהם "האינטרס האישי נובע מביצוע לא נאות של התפקיד, בלי תלות בקיומו של צד שלישי"³. השופט מתלבט באשר לסוג שלישי של מקרים, הסוג ששאלת סיווגו כשוחד היא שעלתה בפסק־הדין, שבו "האינטרס האישי הנוגד הוא 'עצמי', במובן זה שהוא נובע מקבלת טובת הנאה... עקב ביצוע בלתי נאות של התפקיד, אלא שבמסגרת מימוש האינטרס העצמי הנוגד, רק מסתייע עובד הציבור בצד שלישי"⁴ (כל ההדגשות הוספו). מאחר שלדעתו ההגנה על אמון הציבור במינהל היא שעומדת ביסוד עבירת השוחד, וזו נפגעת בכל פעם שעובד הציבור פועל מתוך ניגוד עניינים, הרי שהצד השלישי הוא רק "סימפטום לקיומה" של ה"מחלה", ואין בו כדי להוסיף חומרה על חומרה⁵. חיזוק לעמדה זו מוצא השופט גולדברג בפסיקה שלפיה עבירת השוחד אינה מותנית בהדדיות כוונות של הנותן והלוקח, וכן בקביעה כי העבירה נעברת גם אם היוזמה לקבלת טובת הנאה היא של עובד הציבור⁶. מכאן שהסתייעות בצד שלישי לשם הפקת רווחים המופקים על־ידי מעילה בתפקיד גם היא בגדר קבלת שוחד.

ג. תחום הפריסה של עבירת השוחד

המסקנה שאליה מגיע בית־המשפט אינה מובנת הן לנוכח לשון האיסור, הן לנוכח הערך האמיתי העומד מאחורי האיסור והן לנוכח סוג הפגיעה בערך המוגן שמפניה בא

1 פס"ד מרקדו, עמ' 501.

2 פס"ד מרקדו, עמ' 503.

3 שם.

4 פס"ד מרקדו, עמ' 504.

5 פס"ד מרקדו, עמ' 506.

6 שם.

האיסור להגן. הפסיקה באשר ליסוד הנפשי של הצד השלישי וליוזמתו, אשר משמשת את בית-המשפט בהנמקתו, אף היא אינה מנביעה את המסקנה האמורה.

1. לשון החוק – משמעותו הפשוטה של המושג "שוחד"

לבטיו של השופט באשר לקטגוריה השלישית המתוארת על-ידי אינם מובנים, שכן האפשרות הפרשנית שלפיה מדובר במעשה שוחד, אשר למרבה ההפתעה היא שמאומצת בסופו של דבר על-ידי בית-המשפט, אינה מתקבלת על הדעת לנוכח מילות החוק. סעיף 290 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 קובע: "עובד ציבור הלוקח שוחד בעד פעולה הקשורה בתפקידו, דינו...". במונח "שוחד", כפי שהוא מובן לכל אדם, צד ג' הוא יסוד מיסודות העבירה לא פחות מטובת ההנאה. שוחד הוא טובת הנאה שניתנת לעובד ציבור על-ידי אזרח בתמורה לקידום ענייניו, ואין לו דבר וחצי דבר עם טובת הנאה שעובד הציבור משיג כתוצאה ישירה של מעילה בתפקידו, גם אם זו נעשית בסיוע של אזרח ללא יצירת סכנה של הטיית שיקול-הדעת לטובתו. כך עולה מלשון החוק, וכך היו מבינים זאת רוב האנשים. הפרשנות שנותן השופט גולדברג לעבירת השוחד חורגת מגבולות המשמעות המקובלת של המילה, ולכן מפקיעה מן החוק את תכליתו המניעתית המדריכה ופוגעת בעקרון החוקיות.⁷

העבודה בשירות הציבור אינה הופכת את איש הציבור לקדוש, האמור לנחש שמסגרת האיסור רחבה בהרבה מן האמור בו, ולהימנע גם מכל מעשה שנמצא סביב למילות האיסור, אך לא בגדרן. אם המשמעות הרגילה של שוחד כוללת כמה יסודות מוגדרים וברורים, עובד הציבור אינו אמור להניח כי בית-המשפט ירחיב את האיסור על-ידי התעלמות מחלקם. כאשר עובד ציבור גונב מן הקופה הציבורית תוך הסתייעות באדם שלישי, אשר אין לו כל עניין בתפקידו הציבורי של הגונב, אלא בעצם הגניבה בלבד, הוא אינו אמור להניח שיש בגניבה זו גם קבלת שוחד. אין להסיק נכונות לעבור עבירה אחת (בייחוד עבירה שיש עמה קלון מיוחד) מתוך נכונות לעבור עבירה אחרת. במסגרת המשפט הפלילי, האיסורים המיוחדים החלים על עובד ציבור הם אלה המוגדרים בחוק, ולא יותר מהם, וכל אחד מן האיסורים הללו משתרע על תחום המעשים המוגדר על-ידי מילותיו, ולא יותר ממנו. המשפט חייב לנהוג בהגינות עם עובד הציבור, בדיוק אותה הגינות שבה הוא חייב לנהוג עם כל אזרח, ולא להכתימו בסטיגמה חמורה מזו המגיעה לו בגין מעשיו.

2. הערך העומד מאחורי עבירת השוחד

M. Kremnitzer, "Forty Years of Criminal Law – Further Comments (In response to Dr. Gur- 7
Arye)" 24 *Isr. L. Rev.* (1990) 580, at p. 585

בנוגע לערך המוגן על-ידי עבירת השוחד, נקודת המוצא המקובלת על השופט גולדברג הינה כי המטרה הראשונה של העבירה היא הבטחת עצם פעולתו התקינה של המינהל, וכי רק בגלל חשיבותה של מטרה אחרונה זו מוגנת על-ידי העבירה גם יוקרתו של המינהל בעיני הציבור כתנאי הכרחי לפעולתו⁸. אולם לדעתו, הגדרה זו של הערך המוגן אינה מספקת, שכן חובת הנאמנות של עובדי הציבור (כלומר, החובה שעמידה בה מבטיחה עבודה מינהלית תקינה) היא רחבה מתחום התפרסותה של עבירת השוחד. עבירת השוחד אינה באה למנוע כל הפרה של חובת הנאמנות (כלומר, כל פגיעה בתקינות המינהל), או כדברי בית-המשפט: "עבירת השוחד, על אף היקף התפרסותה הניכר, אינה 'עבירת סל' לכל ההפרות האפשריות של כללי מנהל תקין"⁹. ועל כך ניתן לומר רק: אמן ואמן!

המהלך מנקודה זו הוא מהלך של ניפוי ההפרות של כללי המינהל אשר אינם מכוננות שוחד. בשלב הראשון עדיין לא נזקק השופט להגדרה פרטנית ומדויקת של הערך המוגן על-ידי עבירת השוחד, אלא משתמש הוא במילות הסעיף כדי לנפות את האיסורים הנובעים מחובת הנאמנות אך אינם נופלים לגדר עבירת השוחד: מן המילים "בעד פעולה הקשורה בתפקידו"¹⁰ הוא לומד כי עבירת השוחד באה לאסור רק על הימצאות בניגוד עניינים¹¹. אך גם לא כל סוג של ניגוד עניינים מכונן שוחד¹², ועתה יש לנפות את כל סוגי ניגודי העניינים אשר אינם נכנסים לגדרי העבירה. לשם כך כבר לא מספיקות מילות החוק, והשופט שב להידרש לערך המוגן על-ידי עבירת השוחד מתוך מגמה לברר מהו בדיוק ובפרטנות. הציפייה היא, כמובן, שהערך יוגדר עתה בצמצום רב יותר מכפי שהוגדר בראשית הדיון, שכן הבעיה בהגדרה הראשונית הייתה, כזכור, רוחבו המוגזם (והוא שהביא לצורך בניפוי). אך לפתע קובע השופט, בניגוד מוחלט ומתמיה למהלך הדברים, כי הערך המרכזי המוגן על-ידי עבירת השוחד רחב מן הערך שהוגדר בראשית הדיון – הערך המוגן הוא אמון הציבור בתקינות פעולת המינהל (להבדיל מתקינות פעולת המינהל). מאחר שאמון הציבור נפגע בכל פעם שיש ניגוד עניינים, הרי שליסוד של הצד השלישי אין חשיבות רבה, ועבירת השוחד אוסרת הימצאות בניגוד עניינים גם כאשר הוא ממלא תפקיד מצומצם ביותר של סיוע.

8 פס"ד מרקדו, עמ' 500, תוך ציטוט בהסכמה של מ' קרמניצר, "האם חסרי עבירות אנחנו?", משפטים יג (תשמ"ג) 159, 161-162.

9 פס"ד מרקדו, עמ' 500.

10 סעיף 290 לחוק העונשין, תשל"ז 1977 - (להלן – חוק העונשין).

11 פס"ד מרקדו, עמ' 501.

12 כאמור לעיל, השופט גולדברג מסכים כי ניגוד עניינים שאין לו כל תלות בקיומו של צד שלישי אינו נכנס לגדרי עבירת השוחד.

טוהר ההליך המינהלי או אמון הציבור בו?

אמון הציבור הוא בוודאי לא הערך המרכזי מאחורי עבירת השוחד, וספק אם הוא בכלל אחד הערכים שעליהם אמורה העבירה להגן. העבירות הפליליות אינן אמורות להגן על כל מרחב ההתפרסות של הערכים החברתיים, אלא רק על מקטעים של הערכים החשובים ביותר מפני ההתקפות הקשות ביותר. עבירת השוחד נועדה להגן על הפעילות התקינה של המינהל מפני עיוות שיקול-הדעת של פקידי עקב קבלת טובות הנאה. הסכנה המרכזית אינה פקפוק של הציבור בטוהר ההליך המינהלי, אלא קיומו של בסיס לפקפוק כזה. החשש הוא מיצירת סכנה של ניצול כוחם של עובדי הציבור על-מנת להיטיב עם מי ששילם להם, שכן כידוע "השוחד יעזור עיני חכמים ויסלף דברי צדיקים"¹³. יצירת סכנה של הטיית שיקול-הדעת של עובדי הציבור עלולה להביא לפגיעה קשה בקריטריונים שקובע החוק לעשיית הפעולות המינהליות ובשיקולים העומדים מאחוריהם – שיקולים המבטאים את רצון המדינה¹⁴. זאת, תוך בזבוז כספי הציבור שלא למטרה שלשמה נועדו או אף למטרה נוגדת. יתרה מזו, הסכנה של הטיית שיקול-הדעת משמעה סכנה של הפיכת זכויותיו של האזרח העומדות אל מול חובות המינהל למצרך הנרכש בכסף, ולכן זמין לבעלי הממון בלבד¹⁵. היא עלולה לפגוע באופן אינדיווידואלי במי שזכאי שהפעולות המיטיבות ייעשו עמו (או שלא ייעשו עם אחר) לפי אותם הקריטריונים החוקיים, ולכן כרוכה בסכנת קיפוח קשה של אזרחי המדינה הנוהגים כשורה ואינם משלמים שוחד. הכוח שבו אווזים עובדי הציבור הוא רב ועצום – כוחו של הריבון (האזרחים), המצוי בידם כנאמנים. מכאן המשמעות מרחיקת הלכת בהיקפה ובעוצמתה של סכנת השימוש בו לרעה.

במסגרת זו, אמון הציבור הוא לכל היותר כלי בלבד, אמצעי להשגת המטרה של שמירת טוהר ההליך המינהלי. ככזה יש להגן עליו רק מפני פגיעה כזו באמון הציבור, שמשפיעה על עבודת המינהל. תקינות ההליך המינהלי עלולה להיפגם רק אם אמון הציבור ייפגע באופן העמוק ביותר, עד כדי אובדן מוחלט שלו, שמשמעותו היא כי הדרך שתיתפס כדרך הרגילה למימוש זכויות היא דרך הכיס, והציבור יאמין ששחיתות פשתה במינהל כולו, אין עוד חלקה טובה, הפקידים כולם רודפי ממון וחסרי בושה ומורא, ועל כן אין דרך לבד מהשוחד. תוצאתה של מציאות כזו (ורק של מציאות כזו) תהא הגדלה ניכרת במספר הצעות השוחד, ולכן גם במספר המתפתים מקרב עובדי הציבור להטות את שיקול-דעתם תמורת שלמונים. רק כשהצעות רבות מאוד והופכות לעניין שבשגרה, על הטריויאליזציה של השוחד הכרוכה בכך, גדל הפיתוי להיענות

13 דברים טז, יט.

14 קרמניצר (לעיל, הערה 8), עמ' 161-162.

15 J.T. Noonan *Bribes* (1984), 704-703

להן עד כדי סכנה כי עובדי הציבור ייכנעו לו, וטוהר ההליך המינהלי יהפוך לטומאתו. פגיעה אנושה כזו אינה נגרמת על-ידי כל אי-תקינות. לכו של הציבור גס יותר מכפי שבית-המשפט נוטה לתאר¹⁶, וחריגות שאינן קשות מאוד ואינטנסיביות מבחינת תדירותן לא ישנו באופן משמעותי את עמדותיו. אבדן האמון ייגרם רק על-ידי ריבוי סיטוני של נטילות שוחד לכל רוחבו של השירות הציבורי, עד כדי מגפה.

הדרך הטובה ביותר אפוא להגן על אמון הציבור בתקינות דמותו של השירות הציבורי היא על-ידי עשייה להבטחת **תקינות** הפעולה ובכלל זה אכיפת איסור השוחד. בהיעדר מעשי שוחד יישמר אמון הציבור בשירות הציבורי, בעוד שבהינתן אמון מוחלט בשירות הציבורי, אין כל ביטחון בכך שלא ייתרחשו מעשי שוחד.

מעבר לכך, העמדת אמון הציבור כערך מרכזי משמעה הורדת הערך של טוהר ההליך המינהלי למדרגה משנית. אם בין שתי השאלות – כיצד הציבור רואה את המציאות, ומהו מצב הדברים לאשורו – הראשונה היא העיקרית, הרי שלשנייה חשיבות פחותה ומשנית בעיני מערכת המשפט. המסקנה היא שחומרת העבירה נמדדת לפי המידה שבה המעשים ידועים לציבור (ועל כן – פוגעים באמונו) – מה שהציבור אינו יודע, לא יזיק לו. מכאן גם פתח למסר המשונה שלפיו על עובד הציבור לנסות לפעול בצורה החשאית ביותר.

לעומת זאת הדין האמריקני מדרג את הערכים באופן הרצוי: עונש של 15 שנות מאסר צמוד לעבירת השוחד, שיש בה יסוד אמיתי של "זה תמורת זה"¹⁷, בעוד שעונש של 2 שנות מאסר בלבד צמוד לעבירה של קבלת מתת בתמורה למעשה שנעשה, בלי שהייתה הטיה של שיקול-הדעת¹⁸. בדין הגרמני קיימת מחלוקת, שבמסגרתה העמדה המצמצמת היא שאיסור השוחד מיועד למנוע סילוף רצונה האמיתי של המדינה (כלומר, אמון הציבור כלל אינו ערך המוגן על-ידי עבירת השוחד), ואפילו העמדה המרחיבה, הגורסת כי יש מקום להגן על הערך של אמון הציבור, רואה בו אמצעי לשמירת יכולת התפקוד של המינהל, ולא ערך העומד בפני עצמו¹⁹.

16 ראו ח' כהן, "הרהורים על טוהר המידות" **משפט וממשל** ב (תשנ"ה), 403, 439-440.
17 עבירת השוחד, המעוגנת ב- 18 U.S.C sec. 201(b) (1988), חלה על הבטחה לבצע מעשה או להימנע ממעשה בתמורה לטובת הנאה אישית או מתן רכוש בתמורה לטובת הנאה אסורה. היא כוללת יסוד של כוונה וציפייה למעשה מסוים ויסוד של שחיתות, כלומר: תחולתה היא על המקרים המובהקים ביותר של שוחד. בפסק-הדין *U.S. v. Johnson*, 621 F2d 1073, 1076 נפסק כי מעשה של "שלח לחמך על פני המים" אינו בא בגדר שוחד.

18 העבירה של קבלת תשורה המעוגנת ב- 201(c) sec. חלה על המקרים שבהם אין יסוד של הטיית שיקול-הדעת.

19 ראו מ' קרמניצר, "מאפיינים אחדים של המשפט הפלילי הגרמני" **גבורות לשמעון אגרנט** (ירושלים, תשמ"ז), 325, 327-328.

האם ראוי להקנות הגנה כלשהי לאמון הציבור במינהל

אמון הציבור במינהל אינו מן הערכים החשובים והעדינים, שכל פגיעה בהם עלולה לפגוע באושיות החברה, ועל כן הם ראויים להגנה בעזרת המשפט הפלילי. הנזק שייגרם על-ידי פגיעה מסוימת באמון הציבור במינהל אינו חמור מספיק כדי להצדיק שימוש בכלים האימתניים ביותר (עבירה חמורה כעבירת השוחד) של האמצעי המשפטי הכופה ביותר על-מנת למנועו.

אך מעבר לכך, יש מקום לתהות אם אמון הציבור הוא ערך שראוי לתת לו הגנה כלשהי בחברה דמוקרטית. דמוקרטיה אינה רק משטר; היא הלך מחשבה, חינוך להשתתפות, לאכפתיות כלפי איכות השלטון, לחשדנות או לפקפוק מתמידים שיביאו לחשיפת שחיתויות, לעמידה על זכויות שתביא לשיפור הטיפול המינהלי באזרחים. "שלטון-העם" כולל פעילות יומיומית של האזרח להבטחת תקינות התרגום של הבחירה בקלפי למעשים שלטוניים. אמון מלא גורר אדישות, הפסקת שאלת השאלות, וסופן של אלה – ירידת התמריץ של המינהל לשמור על טוהר המידות, ועל כן גם שחיתות גואה. הרעיון של טיפוח אמון הציבור כערך מרכזי אפיין משטרים אפלים, אשר אל לה למדינת ישראל להידמות להם ולו במעט. דווקא הרצון לטפל בנגע השחיתות משמיע צורך לשמר רמה מסוימת של חשדנות באופן מתמיד. על אחת כמה וכמה נכון הדבר בעבירת השוחד, אשר אינה מותרת עקבות, והיודעים עליה הם שניים נשכרים בלבד. אין בכוחה של המדינה לבער שחיתות כזו, אך יש בכוחם של האזרחים הערניים, המונעים על-ידי רצון להגן על קדימות האינטרסים שלהם מפני נותני שוחד, לתרום לצמצומה.

זאת ועוד, כאמור, דווקא כשמדובר בעבירת השוחד ברור שבהיעדר קרבן אינדיווידואלי מתקיימת רמה מסוימת, לא מבוטלת, של פעילות עבריינית שאיננה נחשפת. האם מעוניינים להסתיר עובדה זו מעיני הציבור? ברור כי אמון הציבור בעובדי הציבור כמי שאינם לוקחי שוחד חייב להיות מסויג. לנגד עיני הציבור צריכה לעמוד המציאות כהווייתה, ללא כחל וסרק. יצירת גן עדן של שוטים מבטאת זלזול באזרחים, בזכותם לדעת וביכולתם להתמודד מתוך פיקחון.

האם איסור השוחד הישראלי בא ללמד אחרת

הוראות החוק: אמנם אפשר ואף מקובל לפרש את איסור השוחד הישראלי כמגן גם על אמון הציבור במינהל כערך משני, אולם ניתן, ובמחשבה שנייה²⁰ נראה שגם רצוי, להבינו כמגן על הערך של תקינות פעילות המינהל בלבד. הוראות החוק אינן באות ללמד אחרת, ואף עולות בקנה אחד עם שאיפה חזקה להגן על טוהר ההליך המינהלי.

20 השוו לעמדה שהובעה שם.

כך, ההוראה המיוחדת הקובעת את ענישות הניסיונות לקבל או לתת שוחד²¹ אינה באה אלא ללמד על חשיבותו העליונה של ערך זה בעיני המחוקק, אשר מצדיקה השוואת ענישת הניסיון לענישת הביצוע המושלם, והראיה תמצא בהוראות דומות המצויות בפרקים המגנים על הערכים החשובים ביותר. למשל הפרק שעניינו ביטחון המדינה, יחסי חוץ²², גם הסימן המגן מפני שיבוש עשיית משפט משופע בהוראות המשוות את ענישת הניסיון לענישת הביצוע²³, וכך נהג המחוקק גם בהגנה מפני זיוף מטבעות²⁴. בסיסה של ענישת שוחד תמורת פעולה שעובד הציבור היה חייב לעשותה²⁵ הוא בכך שגם אם עובד הציבור היה חייב לעשות את הפעולה, אין זאת אומרת שהיה חייב לעשותה באותו עיתוי ובאותה דחיפות שבהם נעשתה, ועל כן אין בחובת העשייה כדי לשלול סטייה של עובד הציבור מן השורה (על-ידי זירוז ההליכים). יתרה מזו, השוחד שניתן בתמורה לפעולה אשר הייתה חובה לעשותה עלול להשפיע גם על ביצוע פעולות עתידיות, שאין חובה לעשותן, למען האזרח נותן השוחד מתוך ציפייה לקבלת טובות הנאה נוספות בתמורה לקידום ענייניו.

האיסור לקבל שוחד גם ללא כוונה של המקבל לעשות את הפעולה²⁶ קיים מכיוון שהיעדר כוונה בעת הפעולה אינו שולל אפשרות של שינוי גישה ופיתוח כוונה בשלב מאוחר יותר. בנוסף, האיסור בא למנוע הטיית שיקול-הדעת לכיוון ההפוך, נגד נותן השוחד, מתוך שאיפה של המקבל להראות לעצמו ולאחרים שהמתן לא השפיע עליו. כן משרתת הוראה זו את פתרון הקושי הכרוך בהוכחת כוונה בעבירה הנעשית בין שניים, ללא תיעוד, לפעמים מתוך "הבנה" וללא הרבה מילים, כאשר לשניהם יש אינטרס להסתיר אותה. גישת המחוקק היא להקל על הוכחת העבירה, בשים לב לנדירות המקרים שבהם היא מגיעה בכלל לחקירה ולקשיי ההוכחה לגבי עיסקה דו-צדדית הנעשית בצנעה, כדי למנוע התחמקות בטענות מטענות שונות.

21 סעיפים 294(א), 294(ב) לחוק העונשין.

22 סעיף 92 לחוק העונשין.

23 סימן א' לפרק ט' לחוק העונשין, וראו למשל סעיף 245(ב) (הדחה בחקירה), הקובע: "המניע או מנסה להניע... דינו מאסר שבע שנים"; סעיף 246(ב) (הדחה בעדות), הקובע הוראה דומה; סעיף 253(א) (חיפוי) הקובע: "המקבל או מנסה לקבל טובת הנאה לעצמו או לזולתו... דינו – מאסר שלוש שנים" וסעיף 253(ב) הקובע הוראה דומה; סעיף 259 (הברחת אדם), הקובע: "המבריח או מנסה להבריח אדם ממשמורת חוקית, דינו...".

24 סעיפים 471 ו-472 לחוק העונשין.

25 סעיף 293(7) לחוק העונשין.

26 סעיף 294(ד)(2) לחוק העונשין.

כך גם הוויתור על יסוד הכוונה לתת שוחד במסגרת האיסור על תיווך לשוחד²⁷ נועד לעקוף את המוקש ההוכחתי, הבלתי עביר כמעט, של הוכחת כוונה לשחד. ובאותו אופן, שוחד בדיעבד²⁸ ניתן פעמים רבות בעקבות "הבנות" מוקדמות, קשות מאוד להוכחה. יתרה מזו, פעמים רבות הנותן שוחד בדיעבד עושה זאת גם מתוך צפיית פני עתיד, בבחינת שלח לחמך על פני המים.

עקרון הפרשנות המצמצמת: אם עוד נותר ספק בלב, יכריע עקרון הפרשנות המצמצמת לטובת הבנת הערך המוגן כמצומצם לתקינות ההליך המינהלי. הגדרת השוחד הישראלית היא ללא ספק רחבה מן הרצוי, או כדברי השופט ויתקון בעניין **חייט**²⁹:

"אם נחיל הוראות אלו באופן מילולי, נגיע לפעמים לידי אבסורד. יש כאן, במעשה חיקוק זה, מה שקרא לא מכבר השופט הלורד וילברפורס 'מידה רבה של overkill'³⁰.

החלת עבירת השוחד בהתאם לרוחב ההשתרעות המלא שלה, ועל אחת כמה וכמה תוך הרחבתו כפי שנעשה בפסק-הדין, עלולה לפעול לשני כיוונים, שניהם חמורים: היא תעשה עוול למי שמורשע בעבירה חמורה כעבירת השוחד, אף שמעשהו אינו נגוע במאפיינים המיוחדים המקנים לעבירת השוחד את חומרתה³¹, ובמקביל – תביא לשחיקת החומרה המיוחדת של עבירת השוחד. גם השופט גולדברג ער לכך, וקובע כי:

"נוכח רוחב יריעתן של הוראות החוק, על בית-המשפט להיזהר שלא יילכד ברשת מי שהדין אינו חל עליו... סכנתה של לכידה עודפת כזאת היא כי יורשע בעבירת שוחד מי שמעשיו אינם שקולים לקלון שבלקחת שוחד"³².

המסקנה המתבקשת, הזועקת מדברים אלו, היא כי מוטל על הפסיקה לעשות למען צמצום תחולת העבירה. כלל הפרשנות המצמצמת בפלילים, אשר לחשיבותו ער גם השופט גולדברג³³, חייב להיות מופעל כאן, וביתר שאת. אם קיימות שתי אפשרויות

27 סעיף 295(א) לחוק העונשין.

28 סעיף 293(5) לחוק העונשין.

29 ע"פ 794/77 **חייט נ' מ"י**, פ"ד לב(2) 127.

30 **שם**, עמ' 132.

31 וראו גם קרמניצר (לעיל, הערה 8), עמ' 166-167.

32 פס"ד **מורקדו**, בעמ' 499, תוך ציטוט מתוך ע"פ 521/87 **מ"י נ' עינב**, פ"ד מה(1) 418, 425.

33 **שם**.

להבנת תחום הערכים המוגנים שעליהם פורסת העבירה את כנפיה, יש לבחור באפשרות המצמצמת, זו הרואה בערך של טוהר ההליך המינהלי את הערך המוגן היחיד. מעבר לכך, למותר להזכיר כי בכל פעם שישנה קטגוריית מעשים, המביאה את השופט לידי לבטים ביחס לתחולת ההוראה עליה (אם בגלל קושי באיתור הערך המוגן ואם מסיבה אחרת), עליו לבחור להותירה מחוץ לתחולת האיסור, ולא בגדריו כפי שנעשה בפסק-הדין. אם השופט אינו בטוח שהמעשה הוא שוחד, כיצד ניתן לדרוש מן האזרח שיהיה בטוח בכך עובר להחלטה לבצע? ולאן נעלמו עקרונות הוודאות והאזהרה המספקת של המשפט הפלילי? זאת ועוד, אפשר שאין מקום כלל להגיע לכלל הפרשנות המצמצמת, שכן הוא אמור לחול על מצב דברים שבו "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו"³⁴. העמדת אמון הציבור בבסיס איסור השוחד כערך המרכזי המוגן על-ידיה היא פירוש בלתי סביר בעליל. לכל היותר היה ניתן לטעון באופן סביר כי אמון הציבור מוגן על-ידי האיסור כערך משני, כאמצעי להגנת הערך של טוהר ההליך המינהלי.

3. סוג ההתקפות על הערך שמפניהן מגן האיסור

מכיוון שהמשפט הפלילי הוא האמצעי בעל הכוח הכופה הרב ביותר, ההגנה על ערכים על-ידי עולם אינה כוללת, אלא מצטמצמת להגנה מפני ההתקפות החמורות והמזיקות ביותר. אין להטיל סטיגמה חמורה ועונש כבד על מי שהתקיף את הערך המוגן בהתקפה שאינה חזיתית וקשה. הקשר בין הרצת מניות תוך הסתייעות באחר לבין התקפה מן הסוג שאוסרת עבירת השוחד אינו אפילו מקרי – הוא פשוט אינו קיים. ההתקפה על הערך של טוהר ההליך המינהלי שאותה בא איסור השוחד למנוע היא התקפה מן הסוג של קבלת טובת הנאה היוצרת סכנה של הטיית שיקול-הדעת. נדרשת עבירה חמורה כעבירת השוחד רק לצורך התמודדות עם התקפה מסוג זה, שהיא מיוחדת בפוגענותה, שכן היא המעמידה פיתוי בלתי רגיל לפוגע הפוטנציאלי: הרווח לשני הצדדים ניכר, ולעתים עצום, והמעשה כמעט שאינו ניתן לגילוי, מכיוון שהוא מתמצה ביצירת סכנה של הטיית שיקול הדעת, כלומר – בבחירה שנעשתה בראשו של עובד הציבור, וניתן תמיד לנמקה כלפי חוץ בטעמים שאינם קשורים בשלמונים. העבודה בשירות הציבור אינה מזמנת בדרך-כלל ניגוד עניינים שבצד מימושו רווח ניכר כל כך, אלא במצבים שבהם מקור הרווח הוא בגורם חיצוני המוכן לשלם בעבור השירותים. ודאי שסיכון אפסי להיתפס אינו מתקיים כשלמעשה האסור יש ביטוי חיצוני (זיוף, למשל), או כאשר הסכנה להטיית שיקול-הדעת היא לטובת עובד הציבור עצמו, שאז היא ברורה על פני הדברים. על כן מימוש ניגוד עניינים כזה תוך הסתייעות באחר, שחלקו מתמצה בתרומה למימוש, אינו שקול, ואף אינו קרוב לשקילות, למצב שבו

34 סעיף 34כא לחוק העונשין.

האחר הוא שיוצר את ניגוד העניינים. החומרה המיוחדת של עבירת השוחד נעוצה גם בשיתוף הפעולה של עובד הציבור עם האזרח הנגוע בשאיפה להשחית את השירות הציבורי, יסוד שאינו קיים כאשר בעיני האזרח המסייע אין משמעות לכך ש"מקבל השוחד" הוא עובד ציבור.

על כן ניתן לשאול: האם המעשים אינם כה שונים זה מזה, עד כי אין מקום לשכן את שניהם תחת תחולת אותה הוראה? הצמדת סטיגמה שמשקפת את חומרת המעשה היא בראש ובראשונה תביעה של ההגנות והצדק כלפי העושה, וחריגה ממנה על-ידי הטלת כתם מופרז של שוחד בגין מעשה שאין בו את החומרה המיוחדת של מעשה שוחד משמעה עשיית עוול; היא מעוותת את הדירוג העונשי המבטא את עקרון המידתיות, דירוג שלפיו רק ההתקפות הקשות ביותר על תקינות פעולת המינהל יטופלו על-ידי העבירה החמורה ביותר מבין העבירות בשירות הציבורי וכלפיו, היא עבירת השוחד. כאשר התנהגויות שונות נתפסות כבעלות דרגה שונה של אנטי-חברתיות, על החוק הפלילי לשקף את ההבדל³⁵. בנוסף, הצמדת סטיגמה מתאימה משמשת אמצעי חינוכי והצהרתי חשוב המחזק את התפיסות המוסריות של הציבור³⁶ – רצוי לשמר את עבירת השוחד למקרים החמורים שבהם נוצרה סכנה של הטיית שיקול-הדעת בתמורה לשלמונים.

על אותו בסיס היה ניתן לפקפק בנכונות התוצאה של פסק-הדין גם אילו הערך המוגן שביסוד האיסור היה אמון הציבור במינהל. הפגיעה המיוחדת באמון הציבור אשר מפניה בא האיסור להגן, לפי גישה זו, היא פגיעה על-ידי התקפה מן הסוג של יצירת תחושה של העדפת משלמי שלמונים. זו אינה ההתקפה על הערך אשר גרמו מעשי הנאשמים. יתרה מזו, חריגה מסוג ההתקפות הזה על-ידי הרחבה מלאכותית של האיסור, כך שיחול על התקפות מכל סוג שהוא על הערך של אמון הציבור במינהל, כפי שנעשה בפסק-הדין, עלולה לפעול פעולה הפוכה מבחינת אמון הציבור. היא עלולה ליצור תחושה שעובדי הציבור נרדפים לשווא, או לפחות שהדרישות של המשפט כלפיהם אינן סבירות. מכאן לא ארוכה הדרך להתפתחות של אמון-יתר כלפי עובדי הציבור. ואם באמון הציבור עסקינן, מן הראוי לשקול את השפעתה של פרשנות שהיא מנותקת מלשון החוק ובלתי מובנת לאזרח על אמון הציבור במשפט הפלילי ובכתיב המשפט. זאת ועוד, תוצאת פסק-הדין מרחיבה את עבירת השוחד עד אבסורד, שכן כל עבירה מסימן ד' (עבירות בשירות הציבורי וכלפיו), אשר נעשתה בסיוע אזרח, נופלת בגדרה, שהרי עובד הציבור מצפה תמיד לתועלת אישית מן הביצוע. עבירת השוחד הופכת

35 על עקרון התיוג ההוגן ראו A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (3rd ed., Oxford, 1999) 93-90.

לחובקת כול, כזו השולחת את זרועותיה לעבר כל העבירות בשירות הציבור, במקום שתהיה, כפי שנועדה להיות, עבירה המיועדת ללכוד את ההתנהגויות החמורות ביותר של עובד ציבור ככזה, ואותן בלבד.

4. נפקותן של כוונותיו או של יוזמתו של הצד השלישי

נדבך נוסף בהנמקת בית-המשפט נסמך על הפסיקה המאיינת כל נפקות של כוונות הצד השלישי או של יוזמתו בכל הנוגע לשאלת אשמתו של מקבל השוחד³⁷. השאלה היא מה לסוגיית חשיבות כוונות הצד השלישי או היעדרן (אשר היא שכבר נדונה בפסיקה) ולסוגיית חשיבותו של הצד השלישי כיסוד נסיבתי של העבירה, אשר מעוררת סכנה של עיוות שיקול-הדעת לטובתו (היא הסוגיה שעולה בפסק-דין מרקדו). כוונות הצד השלישי אינן משנות לצורך גיבוש העבירה משום שברגע שעובד הציבור (ולאו דווקא גם הצד השלישי) סבור שהוא מקבל טובות הנאה, או חמור מכך – מבקש טובות הנאה – מאזרח, בתמורה להטיית שיקול-דעתו, נוצרת הסכנה של עיוות שיקול-הדעת, אשר אותה מבקש איסור השוחד למנוע. שאלת מודעותו או יוזמתו של האזרח אינה מקרינה על היווצרות הסכנה, ולכן היא אינה יסוד מיסודות העבירה כלל. זו, ורק זו, משמעות הפסיקה המובאת בפסק-הדין. לעומת זאת, לעצם קיומו של הצד השלישי כיסוד נסיבתי אשר לטובתו עלול שיקול-הדעת להיות מוטא (להבדיל ממודעותו או מיוזמתו), חשיבות מכרעת לשאלת התגבשות העבירה, שכן בלעדיו אין נוצרת הסכנה המיוחדת שהאיסור בא למנוע – סכנת משוא פנים לטובת אותו צד שלישי המספק טובת הנאה.

ד. דינו של האזרח המסייע

לכאורה עולה מתוצאת פסק-הדין, כי אין מניעה להרשיע את האזרח המסייע בביצוע עיקרי של עבירת מתן שוחד, שכן לדברי בית-המשפט "במקרה כזה מדובר בשותפים, המסתייעים זה בזה"³⁸. ואכן, אם מקבלים את הנחת בית-המשפט שלפיה עובד הציבור שאחר הזרים ביקושים למענו קיבל שוחד, בהיעדר בעיה ביסוד הנפשי של מזרימי הביקושים לא אמור להיות קושי בהרשעתם במתן שוחד. אף-על-פי-כן מציין בית-המשפט כי "במסגרת מימוש האינטרס העצמי הנוגד, רק מסתייע עובד הציבור בצד

37 פס"ד מרקדו, עמ' 506.

38 פס"ד מרקדו, עמ' 504.

שלישי", וכן כי "בקטגוריה השלישית רק תורם הוא למימוש ניגוד עניינים עצמי"³⁹. כלומר, חלקו בביצוע של עבירת השוחד, לדידו של בית-המשפט, אינו עולה כדי ביצוע. זאת אף שבית-המשפט לא נרתע כלל מהרשעת מזרימי הביקושים בביצוע בצוותא של יתר העבירות שהתכוננו על-ידי עשיית המעשים⁴⁰. נראה שבית-המשפט שותף לתחושה כי אין כאן ביצוע של מעשה שוחד, תחושה המתחדדת כאשר בוחנים את מעשיו של מזרים הביקושים. המסייע, כאמור, אינו נגוע באינטרס המיוחד והמסוכן לעשות פעולה שתביא למימוש ניגוד עניינים בשירות הציבורי דווקא (היה מסייע לזיוף, בין שמדובר בשירות הציבורי ובין שלא), ועל כן אין כאן אירוע של מתן (או קבלת) שוחד.

39 ש.ם.

40 פס"ד מרקדו, עמ' 550-551.

ה. התוצאה הנכונה של פסק־הדין

לא מעטות הן העבירות אשר התהוו מן המעשה שעשו מריצי ניירות הערך ומזרימי הביקושים, ובית־המשפט אף הרשיע אותם בהן: מרמה בקשר לניירות ערך⁴¹, קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות⁴², מרמה והפרת אמונים בתאגיד⁴³. עבירות אלה מגנות על הערכים שנפגעו מן המעשה מפני פגיעות מסוגו של המעשה – פגיעות על־ידי מרמה. תחולתן של העבירות על מקרים כדוגמת המקרה הנדון עולה בבירור מלשונן ותואמת את הגיון. הסטיגמה הנלווית אליהן פחותה מזו הנלווית לעבירת השוחד, ומתאימה לחומרת המעשים שבוצעו. אלה העבירות שלהן בלבד היה צריך בית־המשפט להיזקק, ולא עבירת השוחד.

41 סעיף 54 לחוק ניירות ערך, תשכ"ח 1968.-

42 סעיף 415 לחוק העונשין.

43 סעיף 425 לחוק העונשין.