



מרמה והפרת אמונים

בחינה ביקורתית והמלצות לשיפור החקיקה

מרדכי קרמניצר, דורון נבות, נאוה בן־אור, עמיר פוקס, גיא ורטהים

**הספרייה
לדמוקרטיה**

פרק שישי

הפרת אמונים: סיכום והמלצות

א. כללי

גם כיום, יותר משלוש שנים לאחר פרסום פסק הדין בדיון הנוסף בעניינו של שבס,¹ עברת מרמה והפרת אמונים – אחת העברות החשובות במאבק הפלילי נגד שחיתות והתנהגויות פסולות נוספות של עובדי הציבור – עודנה עברה עמומה למדי. כפי שפורט בהרחבה בפרק השלישי, בתי המשפט בישראל לא מצאו אל נכון את הערך המוגן על ידי האיסור. אין הדרכה ברורה בשאלת האיסור הפלילי לעובדי הציבור, למשטרה, לפרקליטות ולבתי המשפט, ואי אפשר לדעת מראש אילו פעולות שלטוניות פסולות נכנסות בגדר העברה. מצב זה פוגע בעקרון החוקיות מזה וביעילותו של המאבק בשחיתות מזה, ויש לעשות את כל המאמצים במסגרת החוק כדי לשפרו.

ב. סיכום קצר למשפט המשווה

המשותף לשיטות המשפט שנבחנו הוא התלבטויותיהן באשר לעברת הפרת האמונים, אולם הפתרונות שניתנו להתלבטויות אלו שונים זה מזה. ניסינו למצוא מגמות וקווי דמיון משותפים לכמה מדינות ולשים דגש על מגמות של שינוי.

1. עברת סל

כמו בישראל, במדינות שבהן עברת הפרת האמונים היא 'עברת סל' שאינה מוגדרת בפירוט נעשו פיתוח העברה והגדרתה באמצעות הפסיקה. מרבית המערכות המשפטיות שנבחנו מצאו לנכון לצמצם את היקף העברה ולהוסיף ליסודותיה רכיבים שאינם מופיעים בחוק הכתוב. הרכיב השכיח ביותר שהוסף היה 'מניע מושחת' של עובד הציבור,² אם כי בחלק מהמדינות חל כרסום ניכר בדרישה זו.

* אנו מודים לעו"ד מאור אבר'חן מפרקליטות המדינה על הערותיו לפרק זה.

1 דנ"פ 1397/03 מ"י נ' שבס, פ"ד נו(4) 385 (2004).

2 המונח 'מניע מושחת', שהופיע לא אחת בפסיקה, לא הוגדר במדויק. ככלל, מונח זה עוסק באחת משתיים: כוונה של עובד הציבור להפיק טובת הנאה אישית מהפעולה

באנגליה ראו פסקי הדין מהמאות השמונה עשרה והתשע עשרה באי־יושר ובשחיתות תנאי להרשעה בעברה, אך בפסקי דין מאוחרים – *Llewellyn-Jones*³, *Dytham*⁴ ו־*Attorney General's Reference (No. 3 of 2003)*⁵ – חל כרסום ניכר בדרישה זו. יש לציין שעדיין נדרשת מודעות או לפחות עצימת עיניים באשר ל**אי־חוקיות** של המעשה, ולפיכך יסוד כלשהו של חוסר יושר עדיין נותר בעברה.

בקנדה הובהר בעניין *Pilarinos*⁶ כי מדובר בעברה של מחשבה פלילית (general intent), עם יסוד נפשי סובייקטיבי הכולל פזיזות ועצימת עיניים; לא נדרש להראות שהנאשם התכוון להפר אמונים או לפעול בחוסר יושר. בד בבד, מבחינת היסוד העובדתי, צומצמה העברה כך שהוגדרו בה יסודות שאינם נדרשים בישראל: יש להוכיח שעובד הציבור עשה מעשה או מחדל בניגוד לחובה המוטלת עליו בחוק, בתקנה, בחוזה ההעסקה שלו או בצו מנהלי (דירקטיבה)⁷, וכן יש להראות שהמעשה נתן לעובד הציבור רווח אישי במישרין או בעקיפין.⁸

ביולי 2006 הפך בית המשפט העליון בקנדה את ההלכה בעניין *Boulanger*⁹ וקבע כי היסוד הנפשי בעברה כולל כוונה של איש הציבור להשתמש במעמדו למטרה שונה מאינטרס הציבור ובדרך כלל כרוך בכך מניע מושחת או יסוד של אי־יושר. בית המשפט הבהיר שלא תיתפס בגדרי העברה פעולה שעובד הציבור מודע לכך שהיא תניב לו רווח אישי כל עוד הוא פועל בתום לב ובלי כוונה לפגוע באינטרס הציבור. בכך למעשה הוצאה מגדרה של העברה פעולה בניגוד עניינים הנעשית בנסיבות שבהן אין ראיות לשיקולים זרים או להטיה בשיקול הדעת.

השלטונית בשעה שעליו להימנע משיקולים אישיים ולהימנע מניסיון לקדם את טובתו הפרטית במילוי תפקידו; וכוונה לפגוע באזרח באמצעות פעולה שלטונית או באמצעות שימוש שרירותי בכוח השלטוני לסיפוק דחפים ותשוקות.

R. v. Llewellyn-Jones, [1968] 1 Q.B. 429 3

R. v. Dytham, [1979] 2 Q.B. 722 4

[2005] Q.B. 73 5

R. v. Pilarinos (2002), 168 C.C.C. (3d) 548 6

שם, בעמ' 571. 7

שם, שם. כן ראו בהרחבה לעיל בפרק השני. 8

R. v. Boulanger, 2006 SCC 32 9

בהונג קונג נשארה הדרישה למניע פסול:¹⁰ הדוגמאות להוכחה של מניע כזה מתרכזות בעיקר בעשיית רווח לעובד הציבור או לאחר או גרימת נזק לאחר.

2. עברות מפורטות

במדינות רבות שבהן הוגדרה בחוק עברה 'מודרנית' בצורה מפורטת (כמו בכמה מדינות בארצות הברית וכן באוסטרליה ובדרום אפריקה), היא הוגדרה באופן מצמצם ונדרשו בה כוונה להשגת רווח או נזק לאחר ועל פי רוב גם מניע של אי-ישר או של שחיתות. מבחינת היסוד העובדתי, רכיבים שחוזרים פעמים רבות (מעבר להגדרה כללית של מעשה או מחדל של עובד הציבור במטרה להשגת רווח או נזק לאחר) הם שימוש במידע שהגיע לידי עובד הציבור מתוקף תפקידו, תרמית ודיווחים כוזבים.

3. קודיפיקציה של הפרות אמונים ספציפיות

מגמה אחרת באה לידי ביטוי בתחום הספציפי של ניגוד עניינים וקבלת טובות הנאה: במערכת הפדרלית בארצות הברית נחקק סעיף 208 ל-USC, האוסר על פעולה בניגוד עניינים כשיש לעובד הציבור אינטרס כלכלי; בקנדה נחקק סעיף 121(c) לחוק הפלילי הקנדי האוסר על איש ציבור לקבל מתנות מאדם הנמצא במגע עם המדינה (כשאינן מדובר במקרה הכלול בעברת השוחד). הפרשנות הפסיקתית שניתנה לעברות השאירה אותן רחבות, וכמעט לא הוכנסו אלמנטים מצמצמים. בקנדה צומצם הסעיף כך שיחול רק בקשר למגעים עסקיים עם המדינה ובמקרה שהמתנה עלולה להשפיע על אותם מגעים. עדיין מדובר בדרישות אובייקטיביות, ולא נדרש מניע מושחת או מודעות לכך שהמתנה ניתנה בשל המשרה כאמור.

אף שסעיפים אלו עוסקים בחלק מסוים של עברת הפרת האמונים (ניגוד אינטרסים וקבלת מתנות אסורות), משותף להם האיזון בין הגדרה מרחיבה מבחינת היסוד הנפשי (ללא כוונה או שחיתות, ללא סטייה מן השורה או נזק לציבור), לבין 'מסלול המילוט' מהאיסור – פרוצדורה פשוטה של אישור הפעולה בניגוד עניינים או קבלת המתנה מבעוד מועד על ידי גורם ממונה.

Shum Kwok Sher v. HKSAR, [2002] 3 HKC 117, 139 10

ג. האם לישראל מתאימה עברת סל או עברה מפורטת?

בימים אלו, כאשר הפרת האמונים והשחיתות נתפסות כ'מכת מדינה'¹¹, דומה כי אין גרוע מהמצב המשפטי הנוכחי:¹² העברה עמומה, ולגבי חלק מהפעולות אין לדעת עד פסיקת בית המשפט אם ייחשבו להפרת אמונים אם לאו. זאת ועוד: אותן התנהגויות חדשות לכאורה שמכניס בית המשפט לגדרה של העברה בדרך של פרשנות הן התנהגויות שאפשר וראוי לאסור אותן מראש בסעיפים פרטניים. מפאת החשש לפגיעה בעקרון החוקיות ובזכויות עובדי הציבור, עברת הסל מונעת העמדה לדין של עובדי ציבור שסרחו. ולא זו בלבד אלא שהיא מעניקה תירוץ למחוקק להימנע מעשיית מלאכתו ומקביעת איסורים פרטניים בחוק; כך, לדוגמה, היא מעניקה תירוץ לכאורה להימנע מקביעת איסור על פעולה בניגוד עניינים. אם כן, נוסח העברה אינו משרת את המאבק בשחיתות ופוגע בעקרון החוקיות ובזכויותיהם של עובדי הציבור.

די בניסיון שצברנו בישראל גם בלי להיזקק למשפט משווה ולהיווכח במבוכה שבה נתונות שיטות משפט המוסיפות לשמר את עברת הסל – בניסיונותיהן להגדירה שוב ושוב, בפגיעה בנאשמים ובעקרון החוקיות מחד גיסא (בשל ההגדרה שבאה בדיעבד) ובאינטרס הציבורי מאידך גיסא (בשל הזיכויים שבאים עקב הבעייתיות הקיימת בהגדרת החוק העמומה). כפי שפורט בהרחבה בפרק הראשון, בתי המשפט בישראל שינו והפכו את הגדרת העברה פעמים רבות, והכניסו שינויים ביסוד העובדתי (פגיעה בציבור כתוצאה או כנסיבה, ניגוד עניינים כמספיק לקיום היסוד העובדתי והדרישה לפגיעה המהותית בערך המוגן) וביסוד הנפשי (יסוד השחיתות, מעבר מכוונה ומניע מושחת למודעות לרכיבים הפיזיים של ההתנהגות כפי שפורט). כאמור, גם כיום, בעקבות דנ"פ **שבס**, אין הדרכה ברורה לעובד הציבור מתי מעשיו הם בגדר 'הפרת אמונים', וזאת בעיקר בשל דרישת הפגיעה המהותית בערך המוגן, שהיא עמומה ביותר. נוסף על כך, גם למשטרה, לפרקליטות ולבתי

11 אף כי אין דרך מדעית לקבוע את היקפי השחיתות בישראל ולא ברור אם היקפיה כיום גדולים מבעבר, אין ספק כי השחיתות השלטונית אינה תופעה שולית. בשנים האחרונות נחשפו פרשיות רבות שבהן עובדי ציבור בכירים, נבחרים וממונים, עשו שימוש בלתי הולם בתפקידם כדי לנסות לקדם אינטרסים פרטיים. כידוע, במקצת המקרים אף נפתחה חקירה פלילית שהסתיימה בהרשעה.

12 לאחר דנ"פ **שבס**, לעיל ה"ש 1.

המשפט אין הדרכה ברורה באשר ליסודות העברה. נוצר מצב שבו עד שתיק מסוים יגיע להכרעה בבית המשפט העליון (לפעמים יותר מפעם אחת, כפי שקרה בענין שבס) אי־אפשר לדעת אם פעולה מסוימת אכן תיכנס לגדר עברה אם לאו. לטעמנו, מצב זה אינו נסבל.

ראשית, הוא אינו מספק הדרכה לעובדי ציבור נקיי כפיים המתלבטים לעתים בדבר מצבי גבול, ולכן הוא עלול לגרור הן הרתעת יתר הן הרשעת עובדים שפעלו בתום לב אך מבחינת השיפוט הנורמטיבי (שמתקיים בדיעבד בבית המשפט) קיימו את יסודות העברה. **שנית**, הוא אינו מייצר הרתעה מספקת לעובדי ציבור שאינם נקיי כפיים, שכן הם מודעים לעמימות העברה ולאפשרות שיעלה בידם לחמוק מאחריות פלילית על רקע זה (למשל, כתוצאה מפירוש מצמצם של המושג 'פגיעה מהותית'). **שלישית**, המצב היום יוצר בלבול ומערים קשיים מיותרים על רשויות האכיפה, והן מתלבטות לגבי תיקים רבים ומתקשות למצוא הדרכה באשר למקרים שיש לחקור ולהגיש בגינם כתבי אישום – מצב שעלול להביא לאכיפה כמ־שרירותית שקשה לתקנה בביקורת בבג"ץ (כפי שעלה מבג"צ יהב¹³).

1. האם עברה מפורטת תפתור את הקשיים?

מובן כי גם המונחים שייכללו בעברה מפורטת טעונים פרשנות. עם זה, ככל שתוגדר העברה במונחים בהירים יותר כך יצומצם מרווח הפרשנות והאי־ודאות. יתר על כן, גם אם יש כמה פרשנויות למונחים שיעשה בהם שימוש, אין מצב זה דומה למצב כיום, שבו יסודות העברה עצמם אינם כתובים אלא נוצרו מתוך פרשנות הפסיקה. לטעמנו, חקיקה מפורטת אכן תפתור את מרבית הבעיות שפורטו, תתרום להדרכה של עובדי הציבור, של אנשי האכיפה ושל בני המשפט, וכן תתרום להרתעה יעילה בעקבות אכיפה יעילה יותר ומיצוי הדין עם עובדי הציבור שסרחו.

2. חסרונותיה של עברה מפורטת

אין ספק שלעברה מפורטת יש גם חיסרון משמעותי – היא 'גמישה' פחות מעברת הסל, ולכן קשה להתאימה להתנהגויות העלולות להופיע עם הזמן ואינן מכוסות בהגדרה המפורטת.

13 בג"צ 2534/97 יהב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1 (1997).

נימוק זה אולי היה מכריע את הכף בעד עברת סל, לשיטתם של מי שאינם מחויבים לעקרון החוקיות – אילו הייתה לעברת הסל יכולת מוכחת לקיים את ייעודה. כפי שפורט לעיל, עברת הסל אינה מקיימת את ייעודה בהווה, ועל כן סביר להניח שלא תקיים את ייעודה בעתיד. נדמה כי יתרונותיה של העברה המפורטת בהתמודדות עם מעשי הפרת האמונים, כפי שאנו מכירים אותם היום, גוברים על חסרון הגמישות, ועמו יהיה אפשר להתמודד בעתיד, אם יתעורר צורך כזה, באמצעות הוספת הוראות לאיסור על הפרת האמונים. ראוי לזכור שאיסור עונשי הוא מטבעו בעל אופי מקוטע וחלקי. הוא לא נועד לכסות במלואן את כל ההתנהגויות האנטי-חברתיות; תכליתו לתפוס את המעשים האנטי-חברתיים שיש להם חומרה מיוחדת. בדיני העונשין עקרון החוקיות הוא ראש וראשון לעקרונות, ולפי עקרון זה, בין שמא לברי יועדף הברי, ובין העמום והבלתי ברור לבין המוגדר והברור – יועדף המוגדר והברור.

ד. הערך המוגן של העברה

כפי שפורט בהרחבה בפרק השלישי שעסק בהלכת **שבס**, אנו מציעים לראות בערך המוגן של עברת הפרת האמונים כ'ישרה ציבורית' של עובד ציבור. ערך זה נגזר מראייה פונקציונלית של חובת הנאמנות שחב עובד הציבור לציבור. תכליתה של חובת הנאמנות להבטיח שהפעולה השלטונית תקדם את טובת הציבור. לכן שני המקרים המובהקים של הפרת החובה יהיו פעולה במודע הנוגדת את האינטרס הציבורי כפי שזו הוגדרה בחוק, וכן פעולה במודע היוצרת סכנה של ממש לפגיעה באינטרס הציבורי. בשל הקשיים הניכרים בהוכחת המקרה הראשון ישתייכו רוב המקרים לקטגוריה השנייה – פעולה תוך הימצאות בניגוד עניינים, דיווח כוזב ומרמה בפני גוף ציבורי.

ה. מקרים טיפוסיים של הפרות אמונים

בטרם נסביר את המלצתנו באשר לעברה הרצויה של הפרת האמונים נתבונן במקרים טיפוסיים של הפרת אמונים כדי לאפיין התנהגויות שיש לכסות במסגרת העברה המוצעת. אף שקשה למיין כל מקרה ומקרה לקטגוריה ספציפית, אפשר בכל זאת לנסות ולהצביע על מקרים טיפוסיים של מעשי הפרת אמונים. נפתח בפירוט מקרים של הפרות אמונים שנדונו בפסיקה הישראלית, ובהמשך נסקור גם מקרים שנדונו במשפט המשווה.

1. פעולה בניגוד לאינטרס הציבור

פעולה בניגוד לאינטרס הציבור היא מקרה מובהק של הפרת אמונים. כך למשל, כשבוחן נהיגה 'מעביר' אדם שאינו כשיר לנהוג או כשממנים מקורב לתפקיד ציבורי תוך מודעות לכך שהוא אינו מתאים לתפקיד. יש מקרים שבהם פעולה בניגוד לאינטרס הציבור מלווה גם בהפרת הנחיות או כללים החלים על עובד הציבור או בחריגה מסמכות, אולם זה אינו עיקר העניין וגם לא המצב ההכרחי. אי-אפשר לתפוס באמצעות כללים את כל המקרים המגוונים של פגיעה באינטרס הציבור.

הדבר בא לידי ביטוי בפסק דין **איתן**,¹⁴ שם דובר בממלא מקומו של ראש עירייה שהורה לשחרר ערבות שהפקיד קבלן המקורב אליו עסקית במסגרת סכסוך משפטי בין הקבלן לעירייה. אף שמבחינה מהותית אפשר לסווג את המעשה כפעולה בניגוד עניינים, בזמן שניתן פסק הדין טרם התפתחה דוקטרינה זו, והנמקת בית המשפט הגדירה אותו כמעשה ש'כשהוא לעצמו אסור לפי תנאי האמון שרחשו לפקיד הציבורי',¹⁵ וכן 'היה עלול להזיק לענייני הציבור'.¹⁶

בעניין **ציוני**¹⁷ ניהל רבה של עפולה את לשכת הרבנות בביתו והשתמש בחלק מכספי האגרות שגבה לצרכים אישיים. בית המשפט, בדעת רוב, הרשיע את הנאשם בהפרת אמונים 'כמי שמעל באמון שניתן בו כי יעביר את האגרות שהוא גובה לתעודתו'.¹⁸ לטעמנו, זו עוד דוגמה למצב שבו עובד ציבור פוגע באינטרס הציבור (משתמש בכספי ציבור לצרכיו).

2. דיווחים כוזבים ומרמה

קטגוריה זו כוללת מקרים שבהם עובד הציבור מדווח דיווחים כוזבים או יוצר מצג שווא לפני גופים ציבוריים. לעתים מדובר במקרה הקרוב לעברה של קבלת דבר במרמה או לפחות לניסיון לקבלת דבר במרמה, אך אין הכרח שאכן היה ניסיון לקבל 'דבר' או שהתקבל דבר שכזה.

14 ת"פ (ת"א) 363/54 **היועמ"ש נ' איתן**, פ"מ י 186 (1954).

15 **שם**, בעמ' 191.

16 **שם**, בעמ' 200.

17 ע"פ 7318/95 **ציוני נ' מ"י**, פ"ד (3) 793 (1996).

18 **שם**, בעמ' 805.

בעניין פניץ¹⁹ הורה הנאשם, מנהל עבודה במפעלי ים המלח, על רישום כוזב של שעות העבודה של אחד מנהגי ההובלה שעבודתם הייתה נתונה לפיקוחו. בלשון השופט ברק: 'עובד הציבור המבצע בעצמו, או המורה לזולתו לבצע, רישום שאינו אמת מועל באמון שניתן בו ומפר בכך אמונים'.²⁰

בעניין אבו-חצירא²¹ נדון עניינו של ראש עיריית רמלה שעמד בראש עמותה שתוקצבה באמצעות העירייה. ראש העירייה לא דיווח לחברי המועצה על כך שעמד בראש העמותה, ובכך ניצל אותם להגשת בקשות רבות לתקצוב העמותה שניהל. נוסף על כך השתמש ראש העירייה בכספים לצרכיו הפרטיים ולחלוקה למקורביו. בהתייחסות לעניין מצג השווא קבע בית המשפט כדלקמן:

ראש עיר, המוסר הסברים לחברי המועצה בנושאים העומדים סדר היום, חייב להציג לפנייהם מידע מלא ומהימן, שהרי ציפיית חבריו ואמונתם הן, שהוא ינחה אותם וידריך בעבודות המלאות הדרושות לעניין, למען יוכלו לקבוע עמדתם הנכונה והשקולה. מסירת מידע סלקטיבי ומקוטע, על אחת כמה וכמה מידע כוזב, בעניינים חשובים אלה, היא בגדר הפרת אמון ברורה וחמורה.²²

עוד מקרה המייצג קטגוריה זו עולה מהתנהגותו של צחי הנגבי, שר המשפטים בזמן הפרשה שכונתה 'בר-און-חברון'. ואלה העובדות כפי שפורטו בבג"צ התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל²³ וצוטטו מתוך חוות הדעת של פרקליטת המדינה שבה הוחלט שלא להגיש כתב אישום נגד הנגבי וראש הממשלה:

שר המשפטים שמע מפיו של הנשיא ברק דברים שיש בהם לפסול את מועמדותו של בר-און לתפקיד, או לפחות מחייבים את שקילתם.

19 ע"פ 645/81 פניץ נ' מ"י, פ"ד לו(3) 67 (1882).

20 שם, בעמ' 69.

21 ע"פ 281/82 אבו-חצירא נ' מ"י, פ"ד לו(3) 673 (1883).

22 שם, בעמ' 710. ראו גם פרשת הוכמן, ע"פ 5046/93 מ"י נ' הוכמן, פ"ד נ(1) 2 (1996). במקרה זה אחת מפעולותיו של הוכמן הייתה שהטעה את מועצת העירייה באשר לעובדה כי אשתו תיסע עמו ליפן על חשבון החברה היפנית, וכן לא דיווח על כך בדיעבד.

23 בג"צ 2533/97 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3) 46 (1997).

הוא לא הביא את הדברים במלוא חריפותם לראש הממשלה, ודיווח לממשלה כי הנשיא ברק יודע על המינוי. אופן זה יכול היה להביא את השומע מן הצד למסקנה, כי לנשיא ברק לא היה כלל מה לומר על המינוי, ואולי הוא אף על דעתו, על אף שהאמת, כידוע, אחרת.

אף כי הנגבי לא הועמד לדין ובג"ץ בחר שלא להתערב בקביעה זו,²⁴ לדעתנו, שר שאינו מביא לידיעת הממשלה עובדות רלוונטיות ביותר להחלטה חשובה כמינוי של יועץ משפטי מקיים את לב-לבה של קטגוריה זו בעברת הפרת האמונים – מצג שווה לפני גוף ציבורי.

3. פעולה בניגוד עניינים

מקרים רבים בפסיקה יכולים להיכנס לקטגוריה זו, אף שלעתים לא מדובר בדוגמאות 'טהורות', שכן על ניגוד העניינים נוסף יסוד כגון החלטה המנוגדת לאינטרס הציבורי, קבלת טובת הנאה או מתן טובות הנאה לאחר. המקרה ה'נקי' ביותר – לפחות לפי העובדות שהגדיר בית המשפט – היה עניין **שבס**, שבו נקבע כי שבס לא פעל בניגוד לאינטרס הציבורי וכל הרשעתו התבססה על כך שפעל במצב של ניגוד עניינים.

בפרשת אחרת²⁵ הואשם אריה דרעי כי בעת ששימש עוזר לשר הפנים ולאחר מכן מנכ"ל המשרד קידם את ענייניהם של עמותות משתכני הר שמואל ושל רוכשי המגרשים בהר שמואל. לדרעי היו בעמותה אינטרסים מובהקים: הוא ואשתו היו בעלי שני מגרשים בהר שמואל. גם כאן התמקדה העברה הפלילית בכך שעובד הציבור פעל בניגוד עניינים ולא בכך שפעל בניגוד לאינטרס הציבורי.

4. עוד טיפוסים מקרים העולים מהמשפט המשווה

(א) **שימוש במידע שהגיע לידי עובד הציבור**. מופיע בחוקים מפורטים במספר מדינות בארצות הברית ובאוסטרליה.

(ב) **קבלת טובות הנאה אסורות**. סעיף 121(c) לחוק הפלילי הקנדי קובע איסור על קבלת טובת הנאה על ידי עובד ציבור מאת אדם הנמצא במגע עם עסקיים עם המדינה, כשטובת ההנאה עלולה להשפיע על אותם מגעים. יש לשים לב שאין מדובר בשוחד: לא רק שלא מדובר

24 בג"צ יהב, לעיל ה"ש 13.

25 ע"פ 99/3575 דרעי נ' מ"י, פ"ד נד(2) 721 (2000).

ב'דבר תמורת דבר', אפילו אין דרישה למודעות מצד עובד הציבור לכך שטובת ההנאה ניתנה לו משום שהוא עובד ציבור (ואף לא לאפשרות שמדובר בשוחד מסוג 'שלח לחמך', כמופיע אצלנו בסעיף 293(3) לחוק העונשין).

1. היסוד הנפשי

לטעמנו, יש להבחין באשר ליסוד הנפשי הנדרש בכל אחת מחלופות ההתנהגות בעברה, ונתייחס לכך להלן בפירוט הסעיפים בהצעת החוק. עם זה יש כמה קווים מנחים כלליים באשר ליסוד הנפשי בהצעת החקיקה: בשום סעיף מסעיפי ההגדרה הבסיסית להפרת אמונים לא יידרשו כוונה להשגת רווח, כוונה לפגיעה בציבור, חוסר יושר, מודעות לפסול, שחיתות וכיוצא באלה. מאחורי החלטה זו עומדות כמה הנמקות:

(א) לגבי כל אחד מהמקרים שפורטו ביסוד העובדתי, לטעמנו, מי שעושה את הפעולה ביודעין (במחשבה פלילית רגילה) נושא באשמה שדי בה לשם הרשעתו בפלילים, אף שלא התכוון להשיג רווחים ולא עשה את מעשהו מתוך מטרה לפגוע בציבור או במטרה מושחתת אחרת. האנטי־חברתיות שביסוד העובדתי היא כזאת שמי שמודע לרכיבי היסוד העובדתי מודע לטיבו האנטי־חברתי של המעשה. זאת משום שההוראות האוסרות ברורות יותר מעברת הסל ויש בהן מעשים טיפוסיים מובהקים של הפרת אמונים.

עם זה, בחלופה של הפרת אמונים בנסיבות חמורות הוכנסו סעיפים ובהם יסוד נפשי של כוונה לקדם אינטרס אישי זר. סעיפים אלו מבטאים מצבים חמורים ומידה רבה יותר של אנטי־חברתיות מסעיפי הפרת האמונים של עברת הבסיס.

(ב) כפי שנאמר לעיל, בישראל הולך וגובר הצורך להיאבק בשחיתות השלטונית באמצעות המשפט הפלילי. צמצום עברת הפרת האמונים בדרך של הוספת מניע מושחת או כוונה להרע יקשה על רשויות האכיפה לתבוע ולהביא להרשעות, שכן לא קל למצוא ראיות לכוונה מיוחדת כזאת.

(ג) כפי שיפורט להלן, לשני סעיפים בהצעת החוק – שעתידים להיות העיקר המעשי (טובות הנאה אסורות ופעולה שלטונית בניגוד עניינים) – יש 'גזר' עם ה'מקל', היינו: האפשרות שגורם מוסמך יאשר מראש את הפעולה. בכך ניתנת לעובדי הציבור הזדמנות נוחה למלט את עצמם מהאפיק הפלילי. כמו כן יש בכך כדי לגרוע מתוקפה של

טענה בדבר היעדר מודעות לפסול: מי שמודע לעצם קיומו של מצב של ניגוד עניינים ומבקש בכל זאת לפעול, מופנה אל היועץ המשפטי לממשלה.

(ד) יש בכך כדי להסיר מעמסה גדולה מבית המשפט. הכוונה איננה רק לחיסכון בזמן של הוכחת מניעים, כוונות, מודעות לפסול או לאי-חוקיות החשוב כשלעצמו, אלא למעמסה הקשה של קביעה עובדתית כי עובד ציבור פלוני הוא עובד מושחת, עובד שרצה ברעת הציבור וכדומה. במקרים רבים דומה כי בתי המשפט בחרו להקל ו'להניח' לטובת עובד הציבור כי היה תם לב או שעשה מה שעשה לטובת הציבור, וזאת למרות הראיות הרבות שעמדו כנגד הנחות אלו. לטעמנו, חוק שיכלול מונחים כאלה, המטילים כתמים כבדים על עובדי הציבור, עלול לגרור זיכויים רבים (שאינם בהכרח מוצדקים), וזאת עקב נטייתם של בתי המשפט להקל עם עובדי ציבור באשר לקביעות עובדתיות מחמירות לגבי מניעיהם. יש לציין (כפי שהודגש גם בפרק השלישי שעסק בהלכת **שבס**), שאם תישאר העברה במתכונתה הנוכחית – 'עברת סל' עמומה ולא מוגדרת – לא תהיה בררה אלא להוסיף לה יסוד נפשי חמור בדבר מודעות של עובד הציבור לפסול שבמעשיו, שאם לא כן עלולה להיווצר סכנה של הרשעת חפים מאשמה.

ז. הסברים לכל החלופות וההגנות

ראשית יש לציין כי לטעמנו, בעתיד יש מקום לייחד פרק בחוק העונשין שיאגד עברות של מלחמה בשחיתות ושמירה על ישרת השלטון, ובכללן שוחד והפרת אמונים. לטעמנו יהיה בכך מסר באשר לגינוי ולקלון הכרוכים בעברת הפרת האמונים, שהיא במקרים רבים עברה משלימה להתנהגויות שאינן עולות כדי שוחד אך שייכות במהותן לאותה משפחה של התנהגויות. להלן יפורטו סעיפי ההצעה המפורטת, בלויית דברי הסבר:

הפרת אמונים

1. עובד ציבור המפר אמונים בקשר למילוי תפקידו דינו מאסר שלוש שנים.
2. לעניין חוק זה, 'הפרת אמונים':
 - (א) פעולה שלטונית בניגוד עניינים עשיית פעולה שלטונית במצב של ניגוד עניינים.

לעניין ס"ק זה, 'ניגוד עניינים', אחד מאלה:

אדם נמצא בניגוד עניינים כאשר לו, לבן משפחתו, לתאגיד שבו הוא חבר, מתעתד להיות חבר בו או מקורב אליו, או לאדם הקרוב אליו אישית או עסקית – יש אינטרס כלכלי נקודתי שעלול להיות מושפע ישירות מהפעולה השלטונית.

לעניין ס"ק זה, 'קרוב אליו אישית' – לרבות אדם שעובד הציבור קשור אליו קשר רגשי או תלוי בו תלות מקצועית או פוליטית, או אדם שנתן לעובד הציבור טובת הנאה החורגת ממתנה מקובלת.

סעיף קטן זה, המבוסס על סעיף 208 ל-USC בחוק הפדרלי האמריקני, הוא בעצם לב-לבה של הצעת החוק, ואמור לכסות את רוב מעשי הפרת האמונים על ידי הפללה של פעולה שלטונית בניגוד עניינים. הרעיון הכללי הוא הפללה של פעולה בניגוד עניינים כלכלי כשהאינטרס הכלכלי הנוסף עלול להיות מושפע ישירות מאותה פעולה שלטונית. הגדרה כזאת מאגדת כמעט את כל המקרים של ניגוד העניינים: מכרזים, התערבות לגבי רישוי עסקים, תכנון ובנייה, מינויים, תקציבים, ועוד מקרים רבים שבהם עובד הציבור לוקח חלק בפעולה שלטונית המשפיעה על אינטרס כלכלי זה. בהגדרה נכללו הביטויים 'נקודתי' וכן 'מושפע ישירות' כדי להבהיר שאין מדובר בהשפעה של מדיניות על אינטרס של עובד הציבור או מקורב אליו מתוקף היותם אזרחים כשאר האזרחים המושפעים מן ההחלטה השלטונית, או מתוקף שייכותם לקבוצה גדולה ולא מסוימת של אנשים, אלא בהשפעה ישירה על אינטרס כלכלי נקודתי של עובד הציבור או של מקורבו.

אשר להגדרת הקרבה של בעל האינטרס הכלכלי הנוסף: למען הסר ספק, נוסף על מקרים של קרבה עסקית לעובד הציבור (כגון שותף עסקי של עובד הציבור או עורך דין המייצג אותו דרך קבע) נכללו בגדר 'קרוב אליו אישית' גם מקרים שבהם האדם קשור לעובד הציבור קשר רגשי, עובד הציבור תלוי בו תלות מקצועית או פוליטית (למשל משום שהוא משתייך לגוף הקובע את עתידו הפוליטי של עובד הציבור), וכן אדם שנתן לעובד הציבור טובת הנאה החורגת ממתנה מקובלת (כגון אדם שתרם סכומים ניכרים לקמפיין הבחירות של עובד הציבור).

(ב) טובת הנאה אסורה

קבלת טובת הנאה מגורם הנמצא במגע עם עסקיים עם המדינה או מגורם הנדרש לשירות שלטוני מעובד הציבור בהווה או בעתיד, הניתנת לעובד הציבור או לבן משפחתו על שום המגעים העסקיים

או הצורך בשירות השלטוני, כאשר עובד הציבור מן היישוב היה יכול להיות מודע לכך שטובת ההנאה ניתנה לו על שום המגעים העסקיים או הצורך בשירות השלטוני.

סעיף זה בא למנוע מקרה פרטי וחמור של מצב על קו התפר שבין קבלת שוחד לבין ניגוד עניינים חריף, העלול, בדומה לשוחד, להשחית את עובד הציבור ואת השירות הציבורי. ניסוחו של סעיף זה דומה לפרשנות שנתנה הפסיקה הקנדית לסעיף 121(c) לחוק הפלילי הקנדי. עם זה, החוק הקנדי (וכך גם הפסיקה²⁶) אינו דורש שום יסוד נפשי בקשר לכך שטובת ההנאה ניתנה בשל המגעים העסקיים או הצורך בשירות השלטוני, ואילו אנו מציעים להוסיף יסוד נפשי של רשלנות כדי לצמצם את העברה למקרים שבהם עובד הציבור אכן אמור היה לדעת זאת. למעשה מדובר בעברה רחבה מעט יותר מעברת השוחד בישראל, שכידוע אינה דורשת 'דבר תמורת דבר' אלא כוללת גם שוחד שהוא 'שלח לחמד', כאמור בסעיף 31392 לחוק העונשין: 'אין נפקא מינא בשוחד – אם היה בעד פעולה מסוימת או כדי להטות למשוא פנים בדרך כלל'.

ניסוח הסעיף המוצע דורש מהתביעה להוכיח אך ורק מודעות בפועל של העושה ליסודות הפיזיים – קבלת טובת ההנאה והימצאות של הנותן ביחסים עסקיים עם המדינה או היזקקות שלו לשירות שלטוני מעובד הציבור. הדרישה הנוספת – רשלנות לגבי הסיבה שבגינה ניתנה טובת ההנאה – נועדה לצמצם את תחולת הסעיף כך שלא יחול על מצבים שבהם ברור לאדם סביר שאין קשר בין מתנה שניתנה לבין מגעיו העסקיים של הנותן. אילו היינו דורשים מודעות בפועל לכך שטובת ההנאה ניתנה בשל המגעים העסקיים או השירות השלטוני, היה הסעיף מתייטר, שכן הייתה נוצרת חפיפה רבה בינו לבין שוחד מסוג 'שלח לחמד', כאמור לעיל; כלומר: כדי להקים את העברה אין צורך שהמתת תהיה עבור מילוי התפקיד, וכמובן אין צורך במודעות לכך שהמתת ניתנה בעבור מילוי התפקיד.

יש לציין שהעונש הנקוב בסעיף (שלוש שנות מאסר) קל בהרבה מהעונש בעברת השוחד (שבע שנות מאסר), ולכן עברה זו תהיה עברת קולא למצבים שבהם יהיה קשה להוכיח את עברת השוחד: כשלא ברור מדוע ניתנה המתת (אך יהיה ברור שהיא לא ניתנה בגין חברות), וכשאי אפשר להוכיח את היסוד הנפשי של עובד הציבור.

26 דעת הרוב בפסק הדין בעניין *R. v. Hinchey* (1996), 111 C.C.C. (3d) 353, 381

כן יש לשים לב לכך שבד בבד עם ההרחבה וההקפדה על עניין טובת ההנאה שהחוק מבטא, הוא ייתן תשובה גם לעובד ציבור המתלבט באשר לכשרותן של מתנות או טובות הנאה מסוימות, שכן הצעת החוק מוסיפה פרוצדורה לאישור מראש של קבלת המתנות או טובות ההנאה, ועל כך יפורט להלן בסעיף 4(א) לחוק.

(ג) מרמה ציבורית

(1) יצירת מצג שווא לפני עובד ציבור; או
 (2) הסתרת מידע רלוונטי שאינו חסוי מפני עובד ציבור שיש בה כדי להשפיע על שיקול דעתו של עובד ציבור בעשיית פעולה שלטונית.

סעיף זה מתמודד עם דיווחים כוזבים ומעשי תרמית של עובדי ציבור. נוסף על זיופים ותרמיות פשוטים הוא מתמודד גם עם פעולות כגון הסתרת מידע או הצגת מצג שווא לפני גופים מחליטים כמו מועצות עירייה והממשלה. נוסף על הוכחת היסוד העובדתי יש להוכיח מודעות של עובד הציבור לכך שהוא מציג מצג שווא, וכן לכך שמצג השווא עלול להשפיע על עובד ציבור בביצוע פעולה שלטונית כלשהי.

האיסור **אינו** מוגבל למקרים שבהם נגרמה פגיעה באינטרס הציבורי כתוצאה מהסתרת המידע או למקרים שבהם עובד הציבור התכוון לפגוע בציבור באמצעות הסתרת מידע וכדומה. כלומר: הסעיף כולל גם מצגי שווא שלפי השקפת עולמו של העושה ישפיעו **לטובה** על שיקול דעתם של עובדי הציבור. כל גישה אחרת הייתה חושפת את השירות הציבורי ואת המערכת השלטונית לדיווחים כוזבים בהתקיים מוטיבציה חיובית; אי-אפשר לבסס פעילות שלטונית תקינה על מצגי שווא ושקרים, תהיה המוטיבציה שביסודם אשר תהיה.

(ד) שימוש פסול במידע שלטוני

שימוש, לרבות העברתו לאחר, במידע חסוי או במידע שעדיין לא פורסם לציבור, בין שהמידע עתיד להתפרסם ובין שלא, לשם הפקת טובות הנאה כלכליות לעובד הציבור או לאחר.

סעיף זה, המופיע כאמור בחוקים רבים של מדינות בעלות חוק מפורט בדבר הפרת אמונים, מתמודד עם עובד ציבור המפיק טובת הנאה כלכלית ממידע חסוי או ממידע שטרם התפרסם. לצורך הבהרת האיסור נביא דוגמה של בעל תפקיד ביטחוני בכיר שבעקבות מידע שטרם פורסם לציבור בדבר אפשרות של הידרדרות ביטחונית שמשמעותה ירידת שערים

בבורסה משתמש במידע זה, מוכר את השקעותיו ומונע מעצמו נזק כספי.²⁷ לפי הצעתנו, יש מקום לאסור על סוג כזה של שימוש במידע שלא פורסם לציבור; כלומר: התנהגות כזאת היא שימוש פסול במידע שלטוני להפקת טובת הנאה כלכלית, ובהיותה כזאת היא סוג של הפרת אמונים שאיננה רק פגיעה באמון הציבור או במראית עין. דא עקא, משום שהאיסור הפלילי בחוק ניירות ערך באשר לשימוש במידע פנים אינו מכסה התנהגות כזאת – מאחר שבעל התפקיד הביטחוני איננו 'איש פנים' ואף לא קיבל את המידע מ'איש פנים' כמוגדר בחוק²⁸ – הסעיף לעיל בהצעת החוק יכול לשמש במצבים דומים בעתיד.

(ה) פעולה בניגוד לאינטרס הציבורי

(1) פעולה בניגוד לאינטרס הציבורי או הימנעות מלפעול בהתאם לאינטרס הציבורי.

סעיף קטן זה מתמודד עם סטייה מן השורה במובן של פעולה במודע בניגוד לאינטרס הציבורי. ייתכן שבמבט ראשון סעיף זה נראה רחב ביותר, אך יש לשים לב שנטל ההוכחה על התביעה איננו קל: עליה להוכיח מבחינה עובדתית שאכן הייתה פגיעה באינטרס הציבורי. יתר על כן, החלטה בניגוד לאינטרס הציבורי שנעשתה בטעות או בהיסח הדעת, ואפילו ברשלנות, לא תספיק לצורך הרשעה, משום שיש להוכיח מודעות בפועל של עובד הציבור לכך שהוא פועל בניגוד לאינטרס הציבורי. עם זה יש להבהיר שהמודעות כנ"ל איננה חייבת להיות למושג המופשט של 'האינטרס הציבורי' אלא לנתונים העובדתיים ולהשלכותיהם, היוצרים את הפגיעה באינטרס הציבורי. כך למשל, יהיה אפשר להפיל עובד ציבור שהחליט על רכישת מטוס לשימוש ביטחוני, שלפי דעתו שלו אינו המתאים ביותר מכל האפשרויות, אף אם במוחו לא עולה במפורש הפגיעה המופשטת באינטרס הציבורי. עם זה הסעיף אינו מבקש להפיל את מי שבחר במטוס מסוים שלדעתו עדיף בהיבטים מסוימים, שהם המכריעים לטעמו, ולא במטוסים אחרים, אף אם החלטתו אינה סבירה מבחינה עובדתית.

27 אירוע זה מבוסס על פרסומים בתקשורת על הרמטכ"ל דן חלוץ, שלפיהם נטען כי הוא מכר את מניותיו בצהרי היום שבו החלה ההידרדרות הביטחונית בצפון הארץ לפני מלחמת לבנון בקיץ 2006. הרמטכ"ל הכחיש קשר בין מכירת המניות לבין המידע שהיה ברשותו. השימוש בדוגמה נעשה על סמך פרסומי התקשורת והוא היפותטי בלבד, ואין בו משום קביעת עמדה באשר לנכונות הפרסומים.

28 סעיף 52א, 52ג, 52ד לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968.

נוסף על מקרים פשוטים (אף אם הם עשויים להיות נדירים) של מעשים הפוגעים באינטרס הציבורי ללא שום אינטרס או מניע נוסף – כמו בוחן נהיגה שמחליט להעניק רישיון נהיגה לאנשים שנכשלו בהרבה טסטים בעבר בלי קשר לאיכות הנהיגה שלהם בבחינה – הסעיף נועד גם למקרים שבהם ניתנה תמורה לשוחד או ננקטה פעולה בניגוד עניינים, אך אי-אפשר להוכיח את השוחד או את ניגוד העניינים או שעובד הציבור שלח לחמו על פני המים כדי למצאו ביום מן הימים אצל בעל הון ('שוחד הפוך'). פעולה בניגוד לאינטרס הציבורי, כמו הענקת רישיון נהיגה לאדם שלא ברור אם הוא כשיר לנהוג, מלווה לעתים בקבלת טובות הנאה מידי אותו אדם והופכת את האירוע לשוחד, ואם אותו אדם מקורב לעובד הציבור – מדובר בפעולה בניגוד עניינים. במצב זה אם לא יהיו ראיות באשר לטיב היחסים או למתן טובות הנאה, יהיה אפשר להסתפק בפעולה עצמה של מתן הרישיון ובהוכחת מודעות של עובד הציבור לכך שהוא מעניק רישיון לאדם שאינו כשיר לנהוג ובכך מסכן את הציבור.

הצדקה מהותית תאורטית לקיומו של הסעיף יכולה להילמד גם מקל וחומר מהאיסור על שוחד ועל ניגוד עניינים. איסורים אלו נועדו להגן מפני **הסכנה** בפעולה הנוגדת את האינטרס הציבורי, ולכן ברור שיש להפליל גם את הפעולה הנוגדת את האינטרס הציבורי עצמה.

(2) לא תיפתח חקירת משטרה בחשד לעברה על סעיף קטן זה, אלא באישורו של היועץ המשפטי לממשלה.

מאחר שאנו מודעים לאפשרות שהאיסור עלול לשמש כלי לניגוח של פוליטיקאים על החלטות שנויות במחלוקת או משיקולים פוליטיים, אנו ממליצים על הוראה זו, שמטרתה לחסום ניסיונות כאלה ולהעניק שיקול דעת ליועץ המשפטי לממשלה לאפשר חקירת משטרה רק במצבים שאכן קיים חשד אמתי לפעולה של עובד הציבור בניגוד לאינטרס הציבורי, כאשר הוא מודע לכך.

(3) הפרת אמונים חמורה

(א) עובד ציבור המפר אמונים בקשר למילוי תפקידו בנסיבות מחמירות, דינו 5 שנות מאסר.
לענין ס"ק זה, 'בנסיבות מחמירות':

- (1) כאשר עובד הציבור פועל פעולה שלטונית כאמור בס"ק
- 2(א), במטרה לקדם את האינטרס הכלכלי, כאמור בס"ק
- (2)(א).

(2) כאשר עובד ציבור הכניס עצמו למצב של ניגוד עניינים כאמור בס"ק 2(א), במטרה לנצל מצב זה לטובת האינטרס הכלכלי הנוסף.
(3) כאשר עובד הציבור פועל כאמור בס"ק 2(ה)(1) במטרה לקדם אינטרס אישי זר שלו או של בן משפחתו.

מטרתו של סעיף זה לבטא חומרה יתרה בכמה מצבים. במצב הראשון, שעמו מתמודד ס"ק 1(1), עובד הציבור פעל במצב של ניגוד עניינים – אבל גם פעל פעולה שלטונית במטרה לקדם את אותו אינטרס כלכלי (וממילא האינטרס הציבורי לא היה היחיד שהניע את עובד הציבור). לטעמנו, מצב זה חמור במידה ניכרת ומצביע על מידת אשמה גבוהה מפעולה במצב של ניגוד עניינים, שלא ברור אם השפיע (מבחינה עובדתית) על שיקול דעתו של עובד הציבור – למשל כפי העובדות שקבע בית המשפט בעניין **שבס**. במצב השני שעמו מתמודד ס"ק 2(2) מדובר בעובד ציבור שניגוד העניינים לא נכפה עליו או נבע מגורמים שאינם תלויים בו, אלא הוא שיצר את ניגוד העניינים במטרה לנצל את מצבו לקידום האינטרס הכלכלי הזר, ועל כן מידת אשמתו גדולה מזו של מי שמצא את עצמו במצב של ניגוד עניינים ולא השתחרר ממנו. במצב השלישי, המתואר בס"ק 3(ג), עובד הציבור פועל בניגוד לאינטרס הציבור במטרה לקדם אינטרס אישי זר שלו. מצב זה חמור יותר מפעולה בניגוד לאינטרס הציבור, כשאי אפשר להוכיח אינטרס אישי זר שכזה והמניע לפעולה בניגוד לאינטרס הציבורי נשאר עלום.

(ב) עובד ציבור אשר בקשר למילוי תפקידו חורג מסמכותו או פועל בניגוד לדין, במטרה לקדם אינטרס אישי זר שלו או של בן משפחתו – דינו 5 שנות מאסר.

הוראה זו יוצאת דופן במסגרת הפרת האמונים החמורה, שכן יש בה יסוד עובדתי שלא קיים בעברת הבסיס. סעיף זה מתמודד עם מצבים שבהם עובדי ציבור חורגים מסמכותם או פועלים בניגוד לדין במטרה לקדם אינטרס אישי זר. אף שלדעתנו חריגה מסמכות או פעולה בניגוד לדין כלשעצמה איננה די חמורה כדי להיכלל בעברת הבסיס בהגדרת 'הפרת אמונים' (ככל שלא מתקיימת שום חלופה אחרת), השילוב של פעולה כזאת עם מניע לקידום אינטרס אישי זר מציב את התנהגותו של עובד הציבור בדרגת אשמה גבוהה, בדומה להתנהגויות החמורות האחרות שבסעיף 3, בשל היסוד הנפשי החמור

המלמד על מידה גדולה של אנטי-חברתיות – ולכן סווג סעיף זה במסגרת 'הפרת אמונים חמורה'.

(4) הגנה לס"ק 2(א) ו-2(ב)

(א) אישור מראש

מי שעשה פעולה שלטונית כאמור בס"ק 2(א) או שקיבל טובת הנאה כאמור בס"ק 2(ב), לאחר שקיבל אישור בכתב ומראש מהיועץ המשפטי לממשלה או מטעמו לעשותה, לא יישא באחריות בשל כך.

העילות שלפיהן ייענה היועמ"ש לבקשת אישור לפעולה על אף ניגוד עניינים יהיו:

(1) מדובר בניגוד עניינים שאיננו מעמיד בסכנה ממשית את שיקול הדעת של עובד הציבור.

(2) מאופי הפעולה השלטונית כאמור בס"ק 2(א), הסכנה לפגיעה באינטרס הציבורי היא סכנה מזערית.

(3) אינטרס הציבור מחייב את ביצוע הפעולה למרות ניגוד העניינים.

(ב) אישור בהיעדר תגובה

מי שביקש בכתב את אישור היועץ המשפטי לעשיית פעולה או לקבלת טובת הנאה כאמור ומסר את מלוא המידע הרלוונטי ולא נענה בתוך חודש ימים, לצורך החוק ייחשב כמי שקיבל את אישור היועמ"ש. במידה ולאחר חלוף המועד קיבל המבקש תשובה שלילית, יחול הפטור רק על פעולות שנעשו לפני שהתקבלה התשובה.

(ג) אישור גורף

היועץ המשפטי לממשלה או גורם שהיועץ המשפטי לממשלה אצל לו את סמכותו לפי חוק זה רשאי לפרסם רשימה מפורטת של אינטרסים כלכליים אשר לטעמו אין בהם כדי להשפיע על שיקול דעתו של עובד הציבור בעת ביצוע הפעולה כאמור בס"ק 2(א); פעל עובד הציבור פעולה שלטונית כאמור בס"ק 2(א), והאינטרס הכלכלי כאמור נמנה ברשימה שפרסם היועץ המשפטי לממשלה, לא יישא באחריות בשל כך.

הגנה זו היא ה'גזר' המאזן את ה'מקל' שקבעה ההרחבה בעניין פעולה בניגוד עניינים וקבלת טובת הנאה אסורות. לפי הצעת החוק, במקרים ראויים

יוכל עובד הציבור לקבל אישור מוקדם לפעולתו, ואישור זה ישמש הגנה לכל דבר בלי להיזקק להגנת הטעות במצב המשפטי.²⁹ לפי ההצעה, היועץ המשפטי או מי שהיועץ המשפטי יסמך, יוכל לאשר מראש קבלת טובות הנאה על יסוד עילות המנויות בהצעה.

לטעמנו, זהו נדבך חשוב בחוק, ומשעה שיופנם בקרב עובדי הציבור יוכל לצמצם חששות מפני הרתעת יתר הקיימים היום במקרים מסוימים. זאת, כאמור, בד בבד עם הרתעה אפקטיבית יותר במקרים שבהם מתקיימת פעולה בניגוד עניינים אך לא ניתן אישור מראש. עצם האפשרות של הליך האישור ימזער טענות מסוג 'פעלתי לטובת האינטרס הציבורי' או 'לא ידעתי שמדובר במעשה פסול'. עצם קיומו של הליך כזה מאפשר לעובד הציבור שומר החוק לעמוד מראש על מצב הדברים לאשורו ולפעול מתוך הנחיה מוסמכת לפי הכלל: 'יש ספק – הסר ספק'.

ס"ק (ב) נועד לשמש תמריץ לבדיקת הפניות במהירות, כדי שלא תיווצר הקפאה ממושכת של פעילות שלטונית.

ס"ק (ג) נועד לייעל את עבודתו של היועץ המשפטי לממשלה ולאפשר לו לפרסם אישור גורף לפעולה על אף קיומם של אינטרסים מסוימים, שלטעמו אין בהם כדי להשפיע על שיקול דעת עובד הציבור. בכך יתייטר במצבים אלו הצורך להיזקק להגנה של זוטי דברים; כך, למשל, במצבים של אינטרסים כלכליים קלי ערך יוכל היועץ המשפטי לממשלה להעניק פטור גורף מהעברה, ובכך לחסוך פניות ספציפיות אליו וכן אפשרות של חקירה וחשדות במצבים של אינטרס קל ערך. יש לציין כי בארצות הברית רשאי המשרד לאתיקה ממשלתית לפרסם, באופן כללי, כי אינטרסים כלכליים מסוימים לא ייחשבו לכאלה לצורך הסעיף, שכן הם מרוחקים מכדי להשפיע על הגינותם של פקידי הציבור.³⁰ המשרד לאתיקה ממשלתית אכן השתמש בסמכותו ופרסם הנחיות רבות ומפורטות בדבר מצבים שבהם לא ייחשבו אינטרסים כלכליים לכאלה לצורך הסעיף האוסר על פעולה בניגוד עניינים.

(5) הגנה לס"ק 2(א) בלבד: פעולה מידית

אם יוכיח הנאשם כי לא היה אפשר באורח סביר להשתחרר מניגוד העניינים בשל דחיפות העניין או לא היה אפשר לאשר מראש כאמור בס"ק 4 ועדיין להגשים את אינטרס הציבור, לא יישא באחריות בשל הפעולה.

29 סעיף 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

30 18 U.S.C. §208(b)(2)

הגנה זו, שהנטל להוכיחה יוטל על הנאשם, מבקשת להתמודד עם מצבים שבהם לא היה עובד הציבור יכול באורח סביר שלא לקבל את ההחלטה או לא היה יכול לחכות עד לאישורה, שכן מדובר בהחלטה מיידית שאם לא תתקבל עלול להיפגע אינטרס הציבור. לדוגמה, כאשר הרמטכ"ל מחליט החלטה או ממליץ המלצה בעניין צבאי מידי, וזו עשויה להועיל לענייניו הכספיים, או ממליץ להימנע מפעולה צבאית וזו עלולה לפגוע בענייניו הכספיים – מטבע הדברים אין אפשרות מעשית לחכות או לאשר פעולות כאלה מראש.

(6) הגדרות

לעניין חוק זה:

'בן משפחה' – בן זוג, הורה, הורה של בן זוג, ילד, אח, סב נכד וכן ילד או בן זוג של כל אחד מאלה ולרבות מי שהיה אפוטרופוס או מי ששימש משפחה אומנת של עובד הציבור או שעובד הציבור היה אפוטרופוסו או שימש משפחה אומנת שלו.