

מעמד עובד ציבור בארגון שהופרט

בבית המשפט העליון
דנ"פ 24/08, דנ"פ 10987/07
דיון פלילי נוסף על פסק דינו של בית המשפט העליון ע"פ 766/07, ע"פ 867/07, תאריך הישיבה:
13.5.2008
בפני כב' הנשיאה דורית ביניש, המשנה לנשיאה א' ריבלין, וכב' השופטים א' פרוקציה, א' א' לוי,
א' גרוניס, מ' נאור, ע' ארבל, א' רובינשטיין, ס' גובראן

העותר:

משיב:

מדינת ישראל

בשם קו לעובד:

עו"ד ערן גולן, עו"ד עמית גורביץ'

בשם העותר בדנ"פ 24/08:

עו"ד אפרת ברזילי, עו"ד אוהד גורדון

בשם העותר בדנ"פ 10987/07:

עו"ד יאיר גולן, עו"ד נחשון שוחט

פסק הדין

הנשיאה ד' ביניש:

השאלה העומדת לדיון נוסף בשתי העתירות שבפנינו הינה כיצד יש לפרש את הגדרת המונח "עובד הציבור" בסעיפים 290-1 ו-290(ב) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), והאם יש להחיל איזו מהגדרות אלה ביחס לעובדים הממלאים תפקיד מטעם המדינה אך אינם מועסקים ישירות על ידי המדינה.

רקע עובדתי ופסק הדין נשוא הדיון הנוסף

1. נפרט תחילה את עובדות המקרה, שאינן שנויות במחלוקת, המצויות ברקע הדיון המשפטי. העותר בדנ"פ 24/08 (להלן: העותר) עבד בחברת האבטחה "מיקוד" כאחראי משמרת של צוות מאבטחים בלשכת מנהל האוכלוסין של משרד הפנים במזרח ירושלים. העותר, יחד עם מאבטח נוסף ועם אדם ששימש כמתווך קשרו לפיו יכניסו פונים ללשכה תוך עקיפת התור בתמורה לתשלום בסך של כ-500 ש"ח לאדם. נכונות הפונים לשאת בתשלום עבור עקיפת התור נבעה מהעומס הרב ששרר באותה עת בלשכה, שהביא לכך שמאות אנשים עמדו מדי יום בתור בכניסה ללשכה ולא כולם זכו לקבל שירות. העותר ושותפיו קיבלו תשלום עבור הכנסת פונים ללשכה תוך עקיפת התור בעשרות מקרים ובסך הכל שלשל העותר לכיסו סכום של 15,000 ש"ח לפחות. במקרה נוסף הבטיח העותר לסוכנת סמויה כי יכניסה ללא תור ללשכה לאחר שזו הביעה את הסכמתה לשכב עימו, אולם בסופו של דבר הוא הבטיח לה כי יאפשר לה להיכנס ללשכה ללא תור גם אם לא תשכב עימו. בנוסף ניצל

העותר את מעמדו במספר רב של מקרים נוספים כדי להכניס ללשכה אנשים ללא תור, וזאת בתמורה לתשלום כספי וטובות הנאה או לבקשת חברים. במקרים אחרים הכניס העותר נשים שהמתינו בתור בטרם הגיע תורן, ובתמורה הוא דרש מהן את מספר הטלפון שלהן ולאחר מכן הטריד אותן בטלפון. במקרים נוספים מנע העותר כניסת נשים ממתיונות שלא נענו לחיזוריו, והוא אף סילק מהתור אדם שהעיר לו על התנהגותו.

נגד העותר הוגש כתב אישום לבית המשפט המחוזי בירושלים בו יוחסו לו עבירות של לקיחת שוחד, ניסיון ללקיחת שוחד, הטרדה באמצעות מכשיר בזק ושימוש לרעה בכוח המשרה. במסגרת הסדר הטיעון שגובש הודה העותר במעשים המפורטים לעיל. עם זאת, טען העותר במסגרת ההליך בבית המשפט המחוזי כי נוכח היותו עובד של חברת "מיקוד" אין הוא נחשב מבחינה משפטית לעובד ציבור; ועל כן יש לזכותו מהעבירות של לקיחת שוחד, ניסיון ללקיחת שוחד ושימוש לרעה בכוח המשרה, שבהן היותו של הנאשם "עובד הציבור" הינה יסוד מן היסודות העובדתיים של העבירה. בית המשפט המחוזי דחה את טענותיו המשפטיות של העותר, הרשיעו בעבירות שיוחסו לו והטיל עליו עונש של שש שנות מאסר בפועל, שנה מאסר על תנאי, וקנס בסך 15,000 ש"ח או שישה חודשי מאסר תמורתו.

העותר הגיש ערעור על פסק דינו המרשיע של בית המשפט המחוזי ופסק הדין בערעור שהגיש העותר לבית משפט זה הוא נשוא הדיון הנוסף שבפנינו. בפסק הדין נשוא הדיון הנוסף נחלקו דעות השופטים בשאלת היותו של העותר "עובד הציבור", כהגדרתו של מונח זה בסעיפים 290 ו-34(ב) לחוק העונשין, ולפיכך הגיעו לתוצאות שונות באשר לעבירות בהן יש להרשיע את העותר.

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

"הגדרות

... 34 כד ...

'עובד הציבור' -

[תשי"ז]

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

(10) נושא משרה או תפקיד על פי חיקוק, בין במינוי, בין בבחירה ובין בהסכם, אף אם איננו אחד

מעובדי הציבור המנויים בפסקאות (1) עד (9)."

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

290. (א) "לקיחת שוחד עובד הציבור הלוקח שוחד בעד פעולה הקשורה בתפקידו, דינו - מאסר שבע

שנים או מאסר שבע שנים עם קנס עשרת אלפים לירות.

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

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

3. עמדתו של השופט א' גרוניס בפסק הדין נשוא הדיון הנוסף התבססה במידה רבה על הכלל הקבוע בסעיף 34כא לחוק העונשין בדבר אימוץ הפרשנות המקלה עם הנאשם. בהתחשב בכלל זה ובחשיבותו של עקרון החוקיות בפלילים קבע השופט גרוניס כי בתחום הפלילי יש לנקוט גישה פרשנית שונה מזו הנהוגת בשטחי משפט אחרים, וכי בפרשנותו של חוק פלילי יש ליתן משקל נכבד למשמעות הרגילה של מילותיו. על רקע גישה פרשנית זו קבע השופט גרוניס כי העותר אינו עונה להגדרה הכללית של המושג "עובד הציבור" בסעיף 34כד לחוק העונשין, או להגדרת המושג הקבועה בסעיף 290(ב) לחוק העונשין לצורך עבירת לקיחת השוחד. באשר לחלופות השונות הקבועות בסעיף 34כד לחוק העונשין קבע השופט גרוניס כי אין מתקיימת לגבי העותר חלופת "עובד המדינה", כיוון שאין קשר העסקה בינו לבין המדינה ומאחר ששירותי האבטחה, על אף חשיבותם וחיוניותם, אינם חלק מליבת עבודתה של לשכת מנהל האוכלוסין, בה עבד העותר. עוד קבע השופט גרוניס, כי אין מתקיימת לגבי חברת "מיקוד" החלופה הקבועה בסעיף 34כד(8) לחוק העונשין, העוסקת בגוף שהממשלה שותפה בהנהלתו. כן הוסיף השופט גרוניס, כי אין די בכך שהיבטים מסוימים של תפקיד המאבטח במוסד ציבורי מוסדרים בחוק להסדרת הביטחון בגופים ציבוריים, התשנ"ח-1998 (להלן: החוק להסדרת הביטחון), כדי להכניס את העותר לגדר החלופה הקבועה בסעיף 34כד(10) לחוק, שעניינה הוא ב"נושא משרה או תפקיד על פי חיקוק". זאת, משום שחלופה זו מייחדת את עצמה, לשיטת השופט גרוניס, לתפקיד אשר נוצר והוגדר על ידי החוק. בנוסף הגיע השופט גרוניס, כאמור, למסקנה כי העותר אינו עונה אף להגדרה המרחיבה יותר למונח "עובד הציבור", הקבועה בסעיף 290(ב) לחוק העונשין, המתייחסת ל"עובד של תאגיד המספק שירות לציבור". זאת, בהסתמך על המבחנים השונים שנקבעו בפסיקת בית משפט זה בסוגיה האמורה ובהתחשב בכלל הפרשני הקבוע בסעיף 34כא לחוק העונשין. עוד יצוין, כי פסק דינו של השופט גרוניס התבסס גם על ההלכה שנקבעה בע"פ 472/74 אבוטבול נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(2) 301 (1975) (להלן: עניין אבוטבול), לפיה חברת שמירה פרטית המספקת שירותי שמירה למדינה אינה נחשבת ל"תאגיד המספק שירות לציבור" לצורך עבירת השוחד. משמצא השופט גרוניס, כי אין מתקיימות בעניינו של העותר הגדרות המונח "עובד הציבור" הקבועות בסעיפים 34כד ו-290(ב) לחוק העונשין הוא הגיע לכלל מסקנה כי יש לזכות את העותר מן העבירות של לקיחת שוחד, ניסיון ללקיחת שוחד ושימוש לרעה בכוח המשרה. לעומת זאת, סבר השופט גרוניס כי בהתאם להוראת סעיף 216 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 יש להרשיע את העותר בעבירה של עושה לפי סעיף 431 לחוק העונשין, על אף שלא הואשם בה. השופט א' א' לוי בפסק דינו הגיע לכלל מסקנה, כי יש לראות בעותר עובד ציבור לצורך עבירת לקיחת השוחד; שכן, כך קבע השופט לוי, פרשנות תכליתית של המונח "תאגיד המספק שירות לציבור", המבוססת על מהות השירות שמספק התאגיד, מאפשרת לכלול במסגרת מונח זה גם את חברת "מיקוד", שעל ידיה הועסק העותר. בנוסף עמד השופט לוי בפסק דינו על ההבחנה בין הגדרת המונח "עובד הציבור" בסעיף 290(ב) לחוק העונשין ביחס לעבירת לקיחת השוחד להגדרתו הכללית בסעיף 34כד לחוק העונשין, שהיא ההגדרה הרלוונטית ביחס לעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה, שגם בה הורשע העותר בבית המשפט המחוזי. בהקשר זה הוסיף השופט לוי, כי אם עובד של "תאגיד המספק שירות לציבור" היה עונה גם להגדרה הכללית בסעיף 34כד ה"ל", הרי לא היה טעם בהגדרה הנוספת הקבועה בסעיף 290(ב) לחוק העונשין והיא הייתה הופכת לאות מתה. במקרה שלפנינו הסכים השופט לוי עם עמדתו של השופט גרוניס באשר לאי-התקיימותן ביחס לעותר של החלופות השונות הקבועות בסעיף 34כד לחוק העונשין להגדרת המונח "עובד הציבור"; ולפיכך קבע אף הוא כי יש לזכות את העותר מהעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה.

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

השוחד וניסיון ללקיחת שוחד, אלא גם בעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה.

סיכומו של דבר, בדעת רוב של השופטים לוי וארבל הורשע העותר בעבירות של לקיחת שוחד וניסיון ללקיחת שוחד לפי סעיף 290 לחוק העונשין, ובדעת רוב של השופטים לוי וגרוניס זוכה העותר מהעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה לפי סעיף 280 לחוק העונשין. כן הוחלט פה אחד להותיר על כנה את הרשעת העותר בעבירה של הטרדה באמצעות מכשיר בזק לפי סעיף 30 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982. עונש המאסר בפועל שהוטל על העותר הופחת בפסק הדין נשוא הדיון הנוסף משש שנות מאסר לארבע שנות מאסר.

4. הן העותר והן המדינה, שהיא העותרת בדנ"פ 10987/07, הגישו עתירות לקיום דיון נוסף ביחס לשאלות הפרשניות שהתעוררו במקרה שלפנינו. נוכח חשיבותן הציבורית והמשפטית של הסוגיות שהתעוררו בפסק הדין נשוא הדיון הנוסף, ובמיוחד בהתחשב במחלוקת שהתגלעה בין שופטי ההרכב, החלטתי על-פי הסמכות הנתונה לי בסעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 לקיים דיון נוסף בשתי העתירות בפני הרכב של תשעה משופטי בית משפט זה. ביום 13.5.08 נשמעו בפנינו טיעוני הצדדים בדיון שקיימנו בעתירות.

טענות הצדדים

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

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

טיעוני העותר מתמקדים בעיקרם בסוגיה של היקף שיקול הדעת הפרשני הנתון לבית המשפט בבואו לפרש הוראת חקיקה פלילית. השאלה הקונקרטית, שלטענת העותר מתעוררת בהקשר זה, היא באיזו מידה רשאי בית המשפט לנקוט בגישה פרשנית מרחיבה ותכליתית גם בנסיבות שבהן פרשנות לשונית של ההוראה הפלילית כפשוטה עלולה שלא לעלות בקנה אחד עם תכלית הוראת החקיקה הרלוונטית; ואפילו כאשר התוצאה עלולה להביא לזיכוי של נאשם באופן שאינו מתיישב עם שיקולי צדק במובנם הרחב. בסוגיה זו מבקש העותר להסתמך על פסק הדין בעניין אבוטבול, שבו הכירו השופטים ח' כהן ומ' לנדוי בקושי שנוצר כתוצאה מאי-החלת ההגדרה של "תאגיד המספק שירות לציבור" בנסיבות אותו מקרה; ואף-על-פי-כן לא נמנעו מלעשות כן נוכח לשון הוראת החוק הרלוונטית, שלא חל בה שינוי מאז ניתן פסק הדין בעניין אבוטבול ועד למקרה שלפנינו. לטענת העותר נוכח מהותו של הדין הפלילי והשלכותיו הפוגעניות הקשות לגבי הפרט קשה לקבל את הפיכתה של הלכה משפטית אך משום שבית המשפט אימץ גישה פרשנית שונה ובלא שחל שינוי בלשון הוראת החוק הרלוונטית, וזאת על אף שבית המשפט התריע בפני המחוקק כבר בשנת 1975, בעת שניתן פסק הדין בעניין אבוטבול, על הצורך בתיקון החקיקה. לטענת העותר, גישתה הפרשנית של המדינה, כפי שתפורט להלן, אינה מיישמת נכונה את גישת הפרשנות התכליתית במשפט הישראלי ואין בה כל ביטוי להבחנה בין המשפט הפלילי לבין תחומי משפט אחרים ביחס לאופן יישומה של הפרשנות התכליתית. גישתה הפרשנית של המדינה מבטאת, כך טוען העותר, תפיסה הדוגלת בהגשמה מקסימאלית של הערך המוגן שביסוד הנורמה הפלילית על אף הפגיעה בעקרון החוקיות בפלילים. גישה זו אף סותרת, לטענת העותר, את תכליתו של סעיף 34כא לחוק העונשין, לפיה במצב של ספק פרשני יש להחיל את הפירוש המקל עם הנאשם, ועלולה להביא להפיכתו של הכלל הפרשני המעוגן בסעיף לאות מתה. בכל הנוגע למהות העבירות בהן הואשם, טוען העותר כי המחוקק ביקש להגדיר איסורים מיוחדים נוספים ומחמירים ביחס לעובדי ציבור מעבר לדיני העונשין הכלליים, ולשם כך קבע חלופות שונות להגדרת המונח "עובד הציבור", אותן יש לראות כרשימה סגורה. עצם שינויה של המציאות החברתית וקיומה של מגמת הפרטה בשירות הציבורי אינו יכול

להביא, כך טוען העותר, להרחבה פרשנית של החלופות השונות שנקבעו על ידי המחוקק. לטענת העותר, הדרך הראויה להתמודדות עם השינויים הנובעים ממגמת ההפרטה היא באמצעות חקיקה מתאימה שעשויה לעורר דיון ציבורי בסוגיית ההפרטה ובמעמד של "עובדי ההפרטה". בהקשר זה מוסיף העותר וטוען, כי אין לאפשר למדינה להעסיק בעקיפין ציבור גדול של עובדים תוך שלילת מעמדם כעובדי ציבור במשפט האזרחי, אך לראותם כעובדי ציבור דווקא לצורך המשפט הפלילי. כן טוען העותר כי אין להתייחס לכלל "עובדי ההפרטה" כקבוצה הומוגנית, שכן בקבוצה זו נכללים עובדים הנושאים בתפקידים שונים, שזיקתם למערכת השלטון אינה אחידה.

באשר לחלופה הקבועה בסעיף 290(ב) לחוק העונשין, העוסקת כזכור ב"עובד של תאגיד המספק שירות לציבור", טוען העותר, בהסתמך על הלכת אבוטבול, כי חלופה זו מתמקדת בתאגיד ובמאפייניו ולא בתפקיד המיוחד שהוטל על עובד זה או אחר של התאגיד. בהקשר זה מדגיש העותר, כי חברת "מיקוד" שבה עבד הינה חברה פרטית לחלוטין, הרשאית לבחור את לקוחותיה לפי רצונה, וכי במסגרת ההתקשרות החוזית שלה עם משרד הפנים נכללו רק 35 מבין כ-2500 עובדיה. בהתאם לחוזה של החברה עם משרד הפנים סופקו שירותי החברה על בסיס קבלני כאשר בחברה עצמה, כך מציין העותר, אין ולא היה כל מימד ציבורי, ולא היה כל גורם ציבורי שהשתתף בהנהלתה. עוד מוסיף העותר וטוען, כי פסיקת בית משפט זה החילה עד כה את ההגדרה של "תאגיד המספק שירות לציבור" רק על גופים דו-מהותיים, שיש להם אופי ציבורי מובהק, כגון התעשייה האווירית, חברת-פי גלילות וקופת חולים; ואילו החלטה על חברת אבטחה פרטית הינה, לטענתו, מתיחת-יתר מלאכותית של ההגדרה. העותר ממשיך וטוען כי עמדתם של השופטים לוי וארבל בפסק הדין נשוא הדיון הנוסף, לפיה יש להתמקד במהות השירות הניתן על ידי התאגיד ולא ב"נפח" פעולתו במתן שירות לציבור, היא עמדה שפורצת לחלוטין את גבולות ההגדרה של "תאגיד המספק שירות לציבור" בסעיף 290(ב) לחוק העונשין. עמדה זו מביאה, כך לפי העותר, להעתקת מרכז הכובד של ההגדרה מאופי התאגיד לאופי התפקיד הנדון, וזאת בניגוד לגישה שנקטה עד כה בפסיקת בית משפט זה.

באשר לחלופות השונות להגדרת המונח "עובד הציבור", הקבועות בסעיף 34כד לחוק העונשין טוען העותר בתוקף נגד גישת המדינה (שתתואר להלן), לפיה יש להגדיר את המונח באמצעות מבחן מסגרת פונקציונאלי; שכן גישה זו מנוגדת, כך נטען, לדין הקיים ולעצם פירוטן של החלופות השונות להגדרת המונח בסעיף 34כד הנ"ל. בטיעונו מתייחס העותר גם לחלופות הקונקרטיות שנדונו על ידי בית משפט זה בפסק הדין נשוא הדיון הנוסף. בנוגע לחלופת "עובד המדינה", הקבועה בסעיף 34כד(1) לחוק העונשין, טוען העותר כי יש ליתן למונח "עובד המדינה" את משמעותו המקובלת והיומיומית ואין להחילו ביחס לכלל העובדים הפועלים בשירות המדינה. בנוגע לחלופת ה"חיקוק" בסעיף 34כד(10) לחוק העונשין טוען העותר, בהסתמכו על עמדתם של השופטים גרוניס ולוי בפסק הדין נשוא הדיון הנוסף, כי החלופה הנזכרת נוגעת לתפקיד שנוצר והוגדר על ידי החוק, וכי אין די בכך שמדובר בתפקיד שהיבטים מסוימים שלו מוסדרים על-פי חוק (במקרה דנן החוק להסדרת הביטחון).

7. המדינה טוענת בעתירתה כי העותר הינו "עובד הציבור" הן על-פי הגדרת המונח "עובד הציבור" בסעיף 290(ב) לחוק העונשין (החל על "עובד של תאגיד המספק שירות לציבור"), כפי שקבעו השופטים לוי וארבל, והן על-פי הגדרת המונח בסעיף 34כד(10) לחוק העונשין החל על "מי שנושא משרה או תפקיד על פי חיקוק", כפי שקבעה (בדעת מיעוט) השופטת ארבל. כן טוענת המדינה כי בניגוד לקביעתם של השופטים גרוניס ולוי מתקיימת בעותר גם החלופה של "עובד המדינה" הקבועה בסעיף 34כד(1) לחוק העונשין. לפיכך טוענת המדינה, כי יש להרשיע את העותר לא רק בעבירות של לקיחת שוחד וניסיון ללקיחת שוחד אלא גם בעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה. יצוין, כי עתירת המדינה נועדה להרחיב את הגדרת "עובד הציבור" בדרך פרשנית כדי לקבוע את תחולת הנורמות הפליליות על עובדים בתפקידים שונים הקשורים למתן שירות לציבור ב"עידן ההפרטה". עם זאת, יצוין כי המדינה אינה מבקשת להחמיר בעונשו של העותר. עתירת המדינה לדיון נוסף מתמקדת בפרשנותן של החלופות להגדרת המונח "עובד הציבור" בסעיף 34כד לחוק העונשין ולתחולתן במקרה דנן, בכל הנוגע גם לעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה. לטענת המדינה, הפרשנות שאימץ בית המשפט לחלופות הקבועות בסעיף 34כד הנ"ל היא פרשנות דווקנית ומצמצמת, שעלולה לפטור עובדים רבים, הממלאים תפקיד במסגרת המנגנון הציבורי אך אינם מועסקים ישירות על ידי המדינה, מציות לנורמות ההתנהגות הראויות לעובדי ציבור. בהקשר זה מצביעה המדינה על הצורך הקיים, לשיטתה, לקשר בין התכליות העומדות ביסוד העבירות החלות

על עובדי ציבור לפי חוק העונשין לבין תופעת הפרטה ומיקור החוץ של תחומי פעילות שונים של המנגנון הציבורי, שהביאה לכך שבשנים האחרונות נתח נכבד מפעילותו של מנגנון זה מופקד כיום בידי עובדים שאינם מועסקים ישירות על ידי המדינה. טענותיה של המדינה נוגעות בעיקרן לדחיית החלופה הקבועה בסעיף 34כד(1) לחוק העונשין שעניינה הוא ב"עובד המדינה" והחלופה הקבועה בסעיף 34כד(10) לחוק העונשין הנוגעת ל"נושא משרה או תפקיד על פי חיקוק". עוד טוענת המדינה כי "חלופת התאגיד" הקבועה בסעיף 290(ב) לחוק העונשין ביחס לעבירת לקיחת השוחד הינה מוגבלת בהיקפה ואינה מספקת "פתרון מלא" לעבירת השוחד, שכן עלולים להיות גילויי שוחד מצידם של "עובדי הפרטה", שאינם מועסקים על ידי תאגיד. כן טוענת המדינה כי ההלכה שנקבעה בפסק הדין נשוא הדיון הנוסף יוצרת קושי משפטי נוכח הפער בין הפרשנות התכליתית שניתנה ל"חלופת התאגיד" בסעיף 290(ב) ה"ל לפרשנות המצמצמת שניתנה לחלופות "עובד המדינה" וה"חיקוק" בסעיפים 34כד(1) ו-34כד(10) לחוק העונשין. לטענת המדינה, תוצאה זו מביאה ליצירתו של פער ניכר בין קבוצת העובדים שהנמנים עמה ייחשבו לעובדי ציבור לצורך עבירת השוחד לבין קבוצת העובדים שעליה יוחלו יתר העבירות הנוגעות לעובדי ציבור. נוכח האמור לעיל חולקת המדינה על הפרשנות שניתנה על ידי דעת הרוב בפסק הדין נשוא הדיון הנוסף (השופטים גרוניס ולוי) לפרשנות חלופת "עובד המדינה" וחלופת ה"חיקוק" בסעיף 34כד לחוק העונשין. לטענת המדינה יש לפרש את החלופות הנזכרות בפרשנות תכליתית, המבוססת על הערכים המוגנים בהגדרת המונח "עובד הציבור", המעגן מבחן מסגרת המשתלב בחלופות הקבועות בסעיף 34כד ה"ל. לשיטתה של המדינה בפרשנות המונח "עובד הציבור" יש לבצע בדיקה מהותית של מאפייני התפקיד שממלא העובד במסגרת הציבורית ושל צביונו הציבורי של התפקיד, תוך התמקדות בהיבטים הפונקציונליים של התפקיד ולא בזהות מעסיקו הישיר של העובד. כך, בנוגע לחלופת "עובד המדינה" בסעיף 34כד(1) לחוק העונשין טוענת המדינה כי ניתן וצריך לפרשו כמתייחס לעובדים הממלאים חלק אינטגרלי ממנגנון הפעולה באמצעותו פועלות המדינה ורשויותיה, גם אם אינם מקבלים את שכרם מקופת המדינה. באשר לחלופת ה"חיקוק" בסעיף 34כד(10) לחוק העונשין טוענת המדינה כי אין להגביל את תחולתה של חלופה זו רק לתפקידים שנוצרו בחוק, שהוא מובן מצמצם מאוד ומותיר מחוץ לגדרי החלופה תפקידים רבים, שלהם אופי ציבורי מובהק ואשר מוסדרים בחוק. עם זאת, המדינה מכירה בכך שאין די בעצם ההסדרה של העיסוק בתחום מסוים בחיקוק כדי להפוך את העוסקים באותו תחום לעובדי ציבור; ולפיכך היא גורסת שיש לבחון את אופיו הציבורי של התפקיד באמצעות בחינת האופן שבו הוא הוסדר בחוק. לשון החוק, כך טוענת המדינה, אינה מונעת פרשנות המגשימה את תכליות העבירה. כן טוענת המדינה כי הפרשנות המוצעת על ידה אינה סותרת את הכלל הפרשני הקבוע בסעיף 34כא לחוק העונשין או את עקרון החוקיות בפלילים.

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

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

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

"הגדרות

... כד 34

'עובד הציבור' -

[תשי"ז]

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

(2) עובד רשות מקומית או רשות חינוך מקומית;

(3) עובד מועצה דתית;

(4) עובד המוסד לביטוח לאומי;

(5) עובד בנק ישראל;

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

(7) עובד לשכת שירות התעסוקה;

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

(9) בורר;

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

[תשל"ה]

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

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

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

היותו של הנאשם "עובד הציבור" הינה יסוד מהיסודות העובדתיים של שלוש מבין העבירות בהן הואשם העותר - העבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה לפי סעיף 280 לחוק העונשין והעבירות של לקיחת שוחד וניסיון ללקיחת שוחד לפי סעיף 290 לחוק העונשין. כאמור לעיל, אין חולק כי יתר היסודות של העבירות האמורות מתקיימים במקרה שלפנינו. כמו כן הכול מסכימים כי ביחס לעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה ההגדרה הרלוונטית למונח "עובד הציבור" היא זו הקבועה בסעיף 34כד לחוק העונשין (על החלופות השונות הקבועות בסעיף זה), וכי בנוגע לעבירת לקיחת השוחד ההגדרות האפשריות לצורך שכלול העבירה הן גם ההגדרה הכללית למונח "עובד הציבור" הקבועה בסעיף 34כד לחוק העונשין וגם ההגדרה המיוחדת הקבועה בסעיף 290(ב) לחוק העונשין. המחלוקת בעניינו של העותר הינה, אפוא, האם בהתחשב בעובדה שהוא לא הועסק ישירות על ידי המדינה אלא על ידי חברת שמירה פרטית, שסיפקה למדינה שירותי שמירה בלשכת מנהל האוכלוסין, ניתן לראותו כ"עובד הציבור" בהתאם לאחת משלוש ההגדרות הבאות: "עובד המדינה" לפי סעיף 34כד(1) לחוק העונשין; "נושא משרה או תפקיד על פי חיקוק" לפי סעיף 34כד(10) לחוק העונשין; ו"עובד של תאגיד המספק שירות לציבור" לפי סעיף 290(ב) לחוק העונשין.

פרשנות בפלילים - סעיף 34כא לחוק העונשין

9. שאלת המשמעות שתינתן למונח "עובד הציבור" בסעיפים 34כד ו-290(ב) לחוק העונשין הינה במהותה שאלה פרשנית ותשובתנו לשאלה נגזרת מעקרונות הפרשנות התכליתית הנקוטם בידינו והיא אף מביאה בחשבון את הכלל הפרשני הקבוע בסעיף 34כא לחוק העונשין ואת משמעותו ביחס ליתר העקרונות המשפיעים על פרשנות החוק. סעיף 34כא לחוק העונשין קובע לאמור:

"פרשנות

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

כלל הפרשנות המקלה עם הנאשם, הקבוע בסעיף 34כא לחוק העונשין, מבטא את הצורך להתחשב בפגיעה האינהרנטית בזכויות אדם הכרוכה בהפעלת הדין הפלילי והוא נגזר מעקרון החוקיות בפלילים (ראו: ע"פ 2597/04 רויטמן נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, [פורסם בנבו], 20.11.06) (להלן: עניין רויטמן), פסקה 7 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה)). עקרון החוקיות בפלילים קובע כי אין להטיל אחריות פלילית על אדם בלא שישודות העבירה והעונש הצפוי בגינה נקבעו בחוק או על-פיו (ראו ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין, 4-5 (כרך א, 1984)). עקרון החוקיות נגזר מהתפיסה, המתחייבת מעקרונות יסוד של צדק והגינות העומדים בבסיס שיטתנו המשפטית, לפיה "אין עונשין אלא אם כן מזהירין", והוא מחייב קביעת קו גבול ברור ככל הניתן בין ההתנהגות המותרת להתנהגות האסורה על-פי חוק, בד בבד עם הגדרה של עוצמת החומרה שמייחס המחוקק להתנהגות עבריינית מסוימת. עקרון החוקיות מעוגן כיום בסעיף 1 לחוק העונשין, הקובע כי אין ענישה אלא לפי חוק, ובסעיף 3 לחוק העונשין, הקובע כי אין עונשין למפרע; אולם עקרון החוקיות הוכר בפסיקתו של בית משפט זה עוד בטרם זכה לעיגון חקיקתי (ראו: ע"פ 205/73 רוס נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2) 365, 372 (1973)). כלל הפרשנות המקלה עם הנאשם הקבוע בסעיף 34כא לחוק העונשין הינו כלל פרשני המבטא, כאמור, תפיסה הנגזרת מעקרון החוקיות, לפיה יש לפרש את הדין הפלילי הן על-פי לשונו והן על-פי תכליתו. אולם, רק כאשר ההוראה העונשית ניתנת לכמה פירושים סבירים לפי תכליתה וכל אחד מהפירושים מגשים את תכלית הדין מופעלת התוצאה המקלה הקבועה בסעיף 34כא (ראו דנ"פ 1558/03 מדינת ישראל נ' אסד, פ"ד נח(5) 547, 558 (2004) (להלן: עניין אסד)). בניסיונות כאלה אין להשית על אדם אחריות פלילית בגין מעשה מסוים כאשר בין הפירושים האפשריים ללשון הוראת החוק הרלוונטית קיים פירוש סביר, העולה בקנה אחד עם תכלית אותה הוראה, ולפיו ניתן שלא להטיל אחריות פלילית (או להטיל אחריות פלילית ברמה מופחתת) בגין אותו מעשה.

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

10. בעקבות חבריי מבקשת אף אני להתחקות אחרי הפרשנות של הביטוי "עובד הציבור" לצורך בחינתן של שתי העתירות בהן מתעורר הצורך בפרשנות זו. נזכור תחילה מושכלות יסוד שהתגבשו בפסיקתנו בכל הנוגע לפרשנותו של ביטוי בחוק בכלל וביטוי בחוק פלילי בפרט. בדרך שהתווה הנשיא ברק וקנתה לה שביתה בשיטתנו המשפטית נתחיל כל מסע פרשני בלשון החוק ומבין המשמעויות האפשריות מבחינה לשונית נבחר בזו המגשימה במידה הרבה ביותר את תכלית החוק. מהלך פרשני זה אף עולה בקנה אחד עם פסיקתנו של בית משפט זה ביחס לפרשנותו של סעיף 34, ככא, בה נקבע כי הסעיף נועד לעגן בחוק את הפרשנות התכליתית בפלילים והוא מחייב את בית המשפט להפעילה (ראו: ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221, 310-311 (1996); עניין אסד, בעמ' 557). המהלך הפרשני שנקבע בסעיף 34 לחוק העונשין מורכב, אפוא, משני שלבים (ראו: ע"פ 8573/96 מרקדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 481, 500 (1997) (להלן: עניין מרקדו); עניין אסד, בעמ' 556).

כך נקבע כבר בפסיקתנו כי בשלב הראשון על הפרשן לבחון את לשונו ואת תכליתו של דבר החקיקה הרלוונטי ולקבוע האם לדבר החקיקה הנדון יש מספר פירושים אפשריים סבירים מבחינה לשונית, המגשימים את תכליתו. על תכלית דבר החקיקה ניתן ללמוד ממקורות שונים המוכרים במשפטנו ככלי עזר לפרשנות החוק. עם מקורות אלה נמנים, בין היתר, לשון דבר החקיקה, מיקומו בחוק והשתלבותו בהוראות חקיקתיות אחרות הנוגעות לעניין. על הפרשן להגדיר מהי התכלית הסובייקטיבית ומהי התכלית האובייקטיבית של דבר החקיקה הנדון ולאזן ביניהן. התכלית הסובייקטיבית משקפת את כוונת יוצר החוק והיא נלמדת במידה רבה מההיסטוריה החקיקתית של דבר החקיקה הרלוונטי (ראו בג"צ 4769/90 זידאן נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מז(2) 147, 160-161 (1993)). תכליתו האובייקטיבית של דבר החקיקה היא עניין נורמטיבי והיא משקפת את הערכים ועקרונות היסוד שבבסיס שיטת המשפט, שההנחה היא כי כל דבר חקיקה מבקש לקדם ולא לנגוד להם (ראו בג"צ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 329 (1988)). לאחר שהפרשן קובע את תכליתו של דבר חקיקה מסוים, עליו לבחור מבין הפירושים האפשריים הסבירים של לשון דבר החקיקה את המשמעות שמגשימה טוב יותר מכל משמעות אחרת את תכליתו של הדין. לפיכך, אם הפרשן מגיע למסקנה כי ישנו רק פירוש סביר אחד ללשון דבר החקיקה, המגשים את תכליתו, זהו הפירוש שלפיו יש לנהוג; שכן "אין לבחור במובן אפשרי שאינו מגשים את תכליתו של הדין" (ראו: עניין אסד, בעמ' 557; כן ראו ע"פ 6070/04 שיח נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(6) 76, 93 (2005)). זאת, בין אם אותו פירוש מחמיר עם הנאשם ובין אם הוא מקל עימו בהשוואה לפירושים

השלב השני במהלך הפרשני שנקבע בסעיף 34כא לחוק העונשין יוצא אל הפועל רק כאשר נמצא שלדבר חקיקה מסוים יש יותר מפירוש סביר אחד המגשים את תכליתו. בנסיבות אלה, בהן ישנן מספר אפשרויות פרשניות סבירות אשר עשויות להגשים את תכלית דבר החקיקה הנדון, יוחל הכלל הקבוע בסעיף 34כא לחוק העונשין ומבין אותן פרשנויות תיבחר הפרשנות המקלה יותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דבר חקיקה (ראו: עניין אסד, בעמ' 558; עניין מרקדון, בעמ' 500; ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 535, 549-550 (1998)). התנאי לבחירה בפרשנות המקלה עם הנאשם הינו, אפוא, שנבחנות האפשרויות הפרשניות הסבירות, שעולות בקנה אחד עם תכלית החקיקה, ונמצא כי כפות המאזניים הן מעוינות (ראו אהרן ברק "על פרשנותה של הוראה פלילית" מחקרי משפט יז 347, 351 (2002) (להלן: ברק - פרשנותה של הוראה פלילית)). בהקשר זה נאמר בפסק דין מפי השופטת א' פרוקצ'יה בזו הלשון: "כלל הפירוש בפלילים המקל עם הנאשם מוחל, איפוא, רק בתום התהליך הפרשני של החוק, לאחר שנבחנו הן לשונו והן תכליתו, ורק לאחר שמוצו כל האמצעים הפרשניים המאפשרים עמידה על תכליתו האמיתית. רק אם בסוף תהליך זה יעמדו שני פירושים שווי מעמד להוראת חוק פלילית, כי אז יש להעדיף את הפירוש המקל עם הנאשם." (ראו עניין רויטמן, פסקה 7 לפסק הדין).

מוכנה אני לקבל את עמדתו של חברי השופט גרוניס בפסק הדין נשוא הדיון הנוסף כי בפרשנותן של נורמות פליליות קיימת גם חזקת תכלית, הנגזרת מעקרון החוקיות, לפיה תכליתה של נורמה פלילית נלמדת מהמובן הטבעי והרגיל של לשון הנורמה (ראו ברק - פרשנותה של הוראה פלילית, בעמ' 350-351). חזקת תכלית זו מבטאת את יסוד האזהרה שבעקרון החוקיות ויש להתחשב בה בעת קביעת תכלית הנורמה הרלוונטית. עם זאת, בחזקת התכלית המתוארת אין כדי למצות את האופן בו נקבעת תכליתן של נורמות פליליות, שכן תיתכנה נסיבות בהן יידרש הפרשן לאזן בין חזקת התכלית האמורה לבין התכליות האחרות של הנורמה הפלילית הרלוונטית והערכים אותם היא נועדה להגשים, שעשויים לסתור את חזקת התכלית בדבר המשמעות הטבעית והרגילה של הלשון; והכול בשלב הראשון של המהלך הפרשני הקבוע בסעיף 34כא לחוק העונשין, בו נדרש הפרשן לקבוע את תכליתה של הנורמה הפלילית הנדונה. מקובלת עלי העמדה שמצאה ביטוי בפסיקתנו כי אף בתחום הפלילי אין מניעה לכך שהפירוש שניתן מבחינה לשונית להוראת החוק אינו בהכרח המובן הטבעי והרגיל של לשון הנורמה, ובלבד שבסוף המהלך הפרשני יינתן לנורמה פירוש שהוא אפשרי מבחינה לשונית. כך ייעשה בנסיבות בהן נמצא כי המובן הטבעי והרגיל של לשון הנורמה, כפשוטה, אינו מגשים את תכליתה; ובלבד שפרשנות זו אינה נסתרת על ידי מובנה האפשרי של לשון החוק (ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט (2003) 254; לביקורות על הגישה הפרשנית שאומצה בפסיקתנו של בית משפט זה ראו: מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "בית המשפט כמסייע לדבר חקיקה - על הסיוע לדבר עברה ועל הפרשנות בפלילים" מחקרי משפט יז (2002) 403; בועז סנג'רו "פרשנות מרחיבה בפלילים! האומנם אין מחוקק מבלעדי המחוקק ולו בלבד נתכנו עלילות החקיקה? על נשיא בית-המשפט העליון כמחוקק-על והספד לכלל הפרשנות המצמצמת" עלי משפט ג (2003) 165). על בסיס העקרונות הפרשניים עליהם עמדתי לעיל נפנה עתה לבחינת ההוראות נשוא המחלוקת בענייננו.

"עובד של תאגיד המספק שירות לציבור"

11. בהגדירו את מי שייחשב ל"עובד הציבור" לצורך עבירת לקיחת השוחד קובע סעיף 290(ב) לחוק העונשין בזו הלשון: "בסעיף זה: 'עובד הציבור' - לרבות עובד של תאגיד המספק שירות לציבור". אין חולק כי הגדרת הביטוי "עובד הציבור" בסעיף 290(ב) הנו"ל נועדה להוסיף על ההגדרה הכללית של הביטוי "עובד הציבור" בסעיף 34כא לחוק העונשין, שקובעת אחת-עשרה חלופות של בעלי תפקידים שונים, שייחשבו לעובדי ציבור לצורך חוק העונשין. על מנת לקבוע האם עובד, כדוגמת העותר, שאינו מועסק ישירות על ידי המדינה ייחשב, ל"עובד של תאגיד המספק שירות לציבור" עלינו לבחון האם פרשנות כזו היא אפשרית מבחינה לשונית והאם היא עולה בקנה אחד עם תכליות האיסור הפלילי על לקיחת שוחד. כמו כן, בהתאם לכלל הפרשני הקבוע בסעיף 34כא לחוק העונשין עלינו לבחון האם קיימת פרשנות אחרת לביטוי "עובד של תאגיד המספק שירות לציבור", המקלה יותר עם העותר, שהיא אפשרית מבחינה לשונית ומתיישבת אף היא עם תכלית הנורמה הקבועה בסעיף 290 לחוק העונשין.

מבחינת לשון החוק אין מניעה לראות גם בתאגיד פרטי לחלוטין, שעובדיו אינם מועסקים ישירות או בעקיפין על ידי המדינה "תאגיד המספק שירות לציבור". למעשה, כמעט כל תאגיד, המספק שירות ללקוחות כאלה או אחרים, יכול להיחשב לשונית ל"תאגיד המספק שירות לציבור". דא עקא, שתוצאה כזו היא בעייתית, שכן יש בה כדי להפוך את עצם ההגדרה של "עובד של תאגיד המספק שירות לציבור" למיותרת. בהקשר זה ציין השופט ח' כהן כבר לפני למעלה משלושים שנה כי: "...מן ההכרח הוא למצוא סייג וגדר לדיבור 'תאגיד המספק שירות לציבור'; שאם תאמר, כל תאגיד העשוי לספק אי-פעם שירות כלשהו לציבור כלשהו במשמע, לא השארת תאגיד בעולם שעובדיו אינם 'עובדי ציבור'. אילו היה בכוונת המחוקק... להחיל את החוק על עובדי כל התאגידים, היה מוותר על המונח 'עובד הציבור' בסעיף 1 (א), ולא היה לו צורך בהגדרה שבסעיף 1 (ב) [הכוונה היא לסעיפים בחוק לתיקון דיני העונשין (עבירות שוחד), תשי"ב-1952, שבו נקבעה ההגדרה של 'עובד של תאגיד המספק שירות לציבור', המופיעה כיום בסעיף 290(ב) לחוק העונשין - ד' ב'].". (ראו עניין אבוטבול, בעמ' 305).

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

12. פרשנותו של הביטוי "תאגיד המספק שירות לציבור" העסיקה את בתי המשפט ואת בית משפט זה במיוחד לא מעט במשך השנים. תיקון החוק על ידי הוספת ההגדרה הקבועה כיום בסעיף 290(ב) לחוק העונשין (ושנקבעה לראשונה בחוק לתיקון דיני העונשין (עבירות שוחד) (תיקון מס' 4), תש"ל-1970 (להלן: תיקון מס' 4)) נבע מהצורך להחיל את האיסורים על מתן שוחד ולקחתו גם על עובדים המספקים שירות לציבור באמצעות תאגידים שונים שאינם נכנסים בגדר החלופות השונות הקבועות בהגדרה הכללית של המונח "עובד הציבור". צורך זה הלך והתרחב עם השנים ככל שהתרחב השירות הניתן לציבור באמצעות עובדי תאגידים חוץ ממשלתיים שונים. מסקירת הפסיקה ניתן להסיק כי בית משפט זה נהג לפרש את הביטוי "תאגיד המספק שירות לציבור" בהתאם לתכליות של עבירת השוחד, וכי פרשנות זו התפתחה באופן מתמיד בד בבד עם השינויים החברתיים והכלכליים על מנת לתת מענה לצורך בהחלת האיסורים הפליליים על מתן שוחד ולקחתו על תאגידים מסוגים שונים. בפסק הדין בעניין אבוטבול הביע השופט כהן את העמדה (שאותה הגביל לנסיבות העניין שבפניו), כי כדי שתאגיד ייחשב ל"תאגיד המספק שירות לציבור" לצורך עבירת השוחד עליו להיות "תאגיד שנוצר לשם שירות הציבור, ושירות זה הוא עיקר תכליתו ועיסוקו" (ראו עניין אבוטבול, בעמ' 305). זאת, להבדיל מתאגידים המספקים שירותים ליחידים. כדוגמאות לתאגידים המספקים שירות לציבור הביא השופט כהן את חברת החשמל ואת הקואופרטיבים של התחבורה. מאפיין נוסף של תאגידים המספקים שירות לציבור לשיטת השופט כהן הוא שהם חייבים לספק את שירותם לכל דורש ושהם אינם רשאים לבחור את מקבלי השירות כרצונם. על בסיס עמדה זו הגיע השופט כהן למסקנה כי אין לראות את חברת השמירה הפרטית, שסיפקה שירותי שמירה בנמל אשדוד ושלגביה התעוררה הסוגיה בעניין אבוטבול, כ"תאגיד המספק שירות לציבור"; שכן אותה חברה לא סיפקה שירותים לכלל הציבור אלא לבעלי חוזיה בלבד, שהממשלה הייתה ביניהם. השופט לנדוי הצטרף למסקנתו של השופט כהן, אולם הוא הביע את העמדה כי ההגדרה של "תאגיד המספק שירות לציבור" אינה מחייבת כי אותו תאגיד יספק שירות לציבור כתפקידו העיקרי דווקא; אלא כי מדובר יהיה בתאגיד המספק שירות לציבור במישרין ולא בעקיפין (ראו עניין אבוטבול, בעמ' 308). לפיכך, לשיטתו של השופט לנדוי לא היה מקום לראות את חברת השמירה שעניינה נדון באותו מקרה כ"תאגיד המספק שירות לציבור", משום שהיא סיפקה את שירותי השמירה להנהלת המכס, ואילו השירות שלה לציבור נעשה רק בעקיפין.

בשנים שחלפו מאז ניתן פסק הדין בעניין אבוטבול שבה והתעוררה בפסיקתו של בית משפט זה שאלת האופן בו יש לפרש את הביטוי "תאגיד המספק שירות לציבור" בסעיף 290(ב) לחוק העונשין. למרות שהפסיקה המשיכה להתמקד בבחינת טיבו של התאגיד הנדון, הרי המבחנים שיושמו לבחינת אופי התאגיד הלכו והתגמשו, והגישה שאומצה בפסיקה הייתה כי אין לקבוע קריטריונים נוקשים לעניין זה. כך למשל, בע"פ 624/81 וינטראוב נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 376 (1982) (להלן: עניין

וינטראוב), קבעה השופטת מ' בן פורת כי יש לראות את חברת "פי גלילות בע"מ", שקרוב למחצית הונה הוחזק על ידי חברה ממשלתית ושיתר הונה הוחזק על ידי שלוש חברות הדלק שהיו במדינה באותה עת, כ"תאגיד המספק שירות לציבור". זאת, נוכח העובדה שהחברה הוקמה על מנת להקים צינור דלק ולאחסן דלק עבור שלוש חברות הדלק שהיו הצרכניות היחידות של החברה, ובכך ביצעה - גם אם בעקיפין - שירות שהביא תועלת לציבור. בהקשר זה ציינה השופטת בן פורת כי: "סיכמו של דבר, השאלה הקארדינאלית היא, מה טיבו של התאגיד, שהעסיק את הנאשם, שעה שנטל את השלמונים בעד פעולה הקשורה בתפקידו, ואין לקבוע מסמרות בדבר כלי העזר, שבאמצעותם יגיע בית המשפט למסקנה בבואו לחשוף את אופי התאגיד לאשורו" (עניין וינטראוב, בעמ' 381).

עוד הוסיפה השופטת בן פורת כי בהחילו את דיני השוחד על "תאגיד המספק שירות לציבור" ביטא המחוקק את רצונו "להחיל אותם דינים על כל גוף, אשר מעצם טיבו ומהות תפקידו מעניק שירות לציבור" (ראו עניין וינטראוב, בעמ' 382). גישה דומה נקטה השופטת בן פורת גם בפסק הדין בע"פ 288/81 קישלס נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 617 (1983) (להלן: עניין קישלס), שבו נקבע כי התעשייה האווירית לישראל בע"מ היא "תאגיד המספק שירות לציבור" לצורך עבירת השוחד (אם כי הסוגיה העיקרית שנדונה בעניין קישלס הייתה האם ניתן לראות במערער באותה פרשה - מזכיר ועד העובדים של התעשייה האווירית - עובד של התעשייה האווירית, ולא האם התעשייה האווירית היא תאגיד המספק שירות לציבור). עוד נקבע במהלך השנים בפסיקת בית משפט זה כי ניתן לראות עובד של ההסתדרות הכללית כ"עובד של תאגיד המספק שירות לציבור" (ראו ד"נ 35/79 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 197 (1979); כמו גם בעובד של קופת חולים (ראו ע"פ 477/89 בן יצחק נ' מדינת ישראל (לא פורסם, [פורסם בנבו], 4.4.90)).

פסק דין נוסף, שבו נדונה השאלה מהו "תאגיד המספק שירות לציבור" לפי סעיף 290(ב) לחוק העונשין, הוא פסק דינו של השופט (כתוארו אז) ש' לוין בע"פ 247/84 דידי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 9.8.84). בפסק דין זה עמד השופט לוין על הבעייתיות שמעוררת ההגדרה הקבועה בסעיף 290(ב) לחוק העונשין וציין בהקשר זה כי: "ההגדרה המרחיבה של 'עובד הציבור' בסעיף 290(ב) מעוררת בעיות לא קלות. מחד גיסא אין ההגדרה האמורה מגבילה את הוראות הסעיף לתאגיד בשליטה ציבורית ואדם עשוי להיחשב 'עובד הציבור' גם כשהוא עובדו של תאגיד שהוא בבעלות פרטית מובהקת, כמו ארגון וולנטרי פרטי המואגד בתאגיד; מאידך גיסא לא יבוא תאגיד בשערי ההגדרה אלא אם כן הוא (ולא העובד) מספק שירות ולא לכל דיכפין אלא לציבור דווקא. אכן בתי המשפט נזהרו מלקבוע הגדרה כוללת של המקרים הבאים בתחומו של סעיף 290".

יחד עם זאת, התייחס השופט לוין בפסק דינו למאפיינים אפשריים של תאגיד שייחשב ל"תאגיד המספק שירות לציבור" לפי סעיף 290(ב) לחוק העונשין:

"גם אני כקודמי אמנע מלקבוע הגדרות כוללת לדיבור 'תאגיד המספק שירות לציבור'; נוכח מגוון המצבים העשויים להתעורר, שנסיבותיהם אינן ניתנות לחיזוי, הדבר אינו נחוץ ואינו רצוי. מסכים אני לדברי השופטת בן-פורת שבכל מקרה קונקרטי עלינו לחפש במסכת העובדות את טיבו של התאגיד שבו מדובר; השאלה בידי מי הבעלות או השליטה על התאגיד יכולה לשמש כאינדיקטור יחד עם אינדיקטורים אחרים, למהותו של התאגיד ממש כפי שניתן להביא בחשבון כלי עזר אחרים כגון היקף השירות וטיבו, הזכות לבחור את הלקוחות, הסיבסוד הניתן לתאגיד מכספי הציבור ומידת הפיקוח הציבורי על פעילותו של התאגיד. השאלה אם יש להרשיע נאשם בעבירה לפי סעיף 290(א), לפי ההגדרה המורחבת שבפסקה (ב), תיפתר לאחר שקילת כל הראיות, האינדיקטורים וכלי העזר והשאלה שבית המשפט צריך להשיב עליה היא האם קיימת הצדקה עניינית להשוות מבחינת האחריות הפלילית את עובד התאגיד הנאשם לעובדי הציבור האחרים הנזכרים בסעיף 2 לחוק [בו היו מפורטות באותה עת החלופות השונות להגדרת 'עובד הציבור', הקבועות כיום בסעיף 34כד לחוק העונשין - ד' ב']. מגמת ההגמשה של המבחנים להחלת דיני השוחד על תאגידי פרטיים באה לידי ביטוי מובהק בפסק דינו של בית משפט זה בע"פ 122/84 מנצור נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(4) 94 (1984). בפסק דין זה, שניתן מפי השופטת ט' שטרסברג-כהן, נקבע שניתן לראות בבנק "תאגיד המספק שירות לציבור", על אף שמדובר בגוף מסחרי שנושא עניו לרווחים. למסקנה זו הגיעה השופטת שטרסברג-כהן נוכח התפקיד המרכזי שממלאים הבנקים במשק הלאומי, העובדה שהם נותנים שירות חיוני במישרין לכלל הציבור והפיקוח הממשלתי החמור שמוטל עליהם. מגמה זו באה לידי ביטוי מובהק אף יותר בפסק הדין בעניין מרקדו, שניתן מפי השופט א' גולדברג, שבו התעוררה השאלה האם ניתן לראות בקרן נאמנות "תאגיד המספק שירות לציבור" לפי סעיף 290(ב) לחוק העונשין. בפסק דינו הממצה והמעמיק עמד השופט א' גולדברג על הרציונלים העומדים

בבסיס החלתם של דיני השוחד על תאגידי המספקים שירות לציבור: "סעיף זה [סעיף 290(ב) לחוק העונשין ד' ב' הרחיב את עבירת השוחד, בכך שהחילה גם על תאגידי פרטיים המספקים שירות לציבור. ביסוד הרחבה זו מובלעת ההנחה שקיימים תאגידי 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'... יש הסוברים כי התמורות החלות במבנה המשק הישראלי, המתבטאות בהפרטת שירותים ציבוריים, יטשטשו בעתיד את הגבול שבין המשפט הציבורי והמשפט הפרטי... בתי המשפט, שנדרשו עד כה להכריע אם גוף הוא 'תאגיד המספק שירות לציבור', נמנעו מלקבוע הגדרה נוקשה למקרים הבאים בתחומו של סעיף 290(ב) לחוק. שכן, 'נוכח מגוון המצבים העשויים להתעורר שניסיונותיהם אינן ניתנות לחיזוי, הדבר אינו נחוץ ואינו רצוי'... אכן, אין לכלוא את הפרשנות לרכיב הנסיבתי 'תאגיד המספק שירות לציבור' בכלל נוקשה, ואין לקבוע רשימה סגורה של מבחני עזר. עם זאת, יש מקום לקבוע את הבסיס הרעיוני להרחבה... 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 שנוולד הצורך בהגנה מוגברת על תקינות פעולתם של תאגידי פרטיים, עד לקביעת תוצאות עונשיות לפעולות המסכנות את תקינות פעולתם... 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". (ראו עניין מרקדו, בעמ' 510-511).

בפסק דינו הדגיש, אפוא, השופט א' גולדברג כי חיוניות השירות וצמצום מרחב הבחירה של הפרט הם שני היסודות עליהם יש לבסס את הקביעה האם תאגיד מסוים צריך להיחשב ל"תאגיד המספק שירות לציבור". בנוגע ליסוד החיוניות הצביע השופט א' גולדברג על אינדיקציות שונות לקביעה כי השירות שמספק התאגיד לציבור הוא חיוני, ובהן: מטרת הקמתו של התאגיד, טיב השירות שהוא מספק; טיב הסמכויות המוקנות לו; מידת מעורבות המדינה בהנהלתו; הגבלת זכות התאגיד לבחור את לקוחותיו; קבלת תמיכה מכספי הציבור; ומידת הפיקוח הציבורי על פעולות התאגיד (ראו עניין מרקדו, בעמ' 512). באשר ליסוד של גבולות מרחב הבחירה של הפרט ציין השופט א' גולדברג כי יש לבחון בראש ובראשונה את מספר הגופים המספקים את השירות הנדון וכן את יכולתו של האזרח לבחור "בחירה מדעת" בין התאגידי השונים המספקים אותו שירות (ראו עניין מרקדו, בעמ' 513-512). השופט א' גולדברג המשיך וקבע כי יש להתייחס לקרנות נאמנות כ"תאגיד המספק שירות לציבור". זאת, הן משום שהשירות שמספקות קרנות הנאמנות, שהן אפיק מרכזי להשקעה בשוק ההון, הוא שירות חיוני לציבור, והן משום שבפועל היכולת של המשקיעים לממש את מרחב הבחירה בין קרנות הנאמנות השונות היא מוגבלת, שכן למשקיע מן השורה חסרים כלים להעריך את טיב השירות המסופק (ראו עניין מרקדו, בעמ' 559-560).

הגישה הגמישה לפרשנות המונח "תאגיד המספק שירות לציבור" באה לידי ביטוי גם בפסק דינה של השופטת מ' נאור בע"פ 10735/04 גולדמן נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, [פורסם בנבו], 20.2.06) (להלן: עניין גולדמן). בפסק דין זה, שבו התעוררה השאלה האם ניתן לראות בחבר ועד של אגודה שיתופית בישוב קהילתי "עובד של תאגיד המספק שירות לציבור", ציינה השופטת נאור כי: "בית משפט זה הציב קריטריונים לבחינה האם תאגיד נכלל בגדר סעיף 290(ב) לחוק, אולם נוכח ריבוי המצבים ומגוון האפשרויות, הוא נמנע מלקבוע מסמרות בהגדרת המונח. בין שאר האינדיקציות, יש לבחון את הבעלות, השליטה ומידת הפיקוח על התאגיד; טיב השירות שניתן והיקפו; דרך מימון התאגיד; חופש הפעולה של התאגיד לברור את לקוחותיו, ומנגד, חופש הפעולה של הכלל לפנות לתאגיד - והכל, בכפוף לנסיבות העניין" (ראו עניין גולדמן, פסקה 8 לפסק הדין). בנסיבות אותו מקרה קבעה השופטת נאור, כי נוכח הקשר בין האגודה השיתופית ליישוב ובהתחשב בתפקידי שמילאה האגודה השיתופית ניתן לראות באגודה השיתופית "תאגיד המספק שירות לציבור" לצורך עבירת לקיחת השוחד.

13. מן האמור לעיל עולה, אפוא, כי בפסיקת בית משפט זה ננקטה במהלך השנים מאז ניתן פסק הדין בעניין אבוטבול גישה מרחיבה לפרשנות הביטוי "תאגיד המספק שירות לציבור", שהביאה להחלת עבירות השוחד על מגוון גדל והולך של תאגידי. בהקשר זה התפתחו, כמתואר לעיל, קריטריונים שונים שאינם קשיחים לצורך הקביעה האם יש לראות בתאגיד זה או אחר "תאגיד המספק שירות

לציבור" לצורך עבירות השוחד. בין אותם קריטריונים, שאינם בגדר רשימה סגורה, ניתן למנות את חיוניות השירות שמספק התאגיד, טיב השירות, זהות בעלי התאגיד, מידת הפיקוח הממשלתי על פעילות התאגיד, אופן מימון פעילות התאגיד ומידת סבסודו מכספי הציבור, מידת שיקול הדעת הנתון לתאגיד בבחירת לקוחותיו ויכולתם של הפרטים מקרב הציבור לבחור בחירה מדעת בין התאגידים השונים המספקים את אותו שירות. בד בבד עם השימוש בקריטריונים הנזכרים יש לפרש את המונח "תאגיד המספק שירות לציבור" בהתאם לתכליותיה של עבירת לקיחת השוחד, שבמסגרתה נקבע מונח זה.

14. עבירות השוחד הן חלק משורה של עבירות הקבועות בחוק העונשין, שנועדו להנהיג נורמות התנהגות ראויות בקרב עובדי ציבור ולמנוע גילויי שחיתות מצידם. בפסיקתנו הוכרו שלושה ערכים עיקריים שעליהם נועדו האיסורים הפליליים על מתן שוחד ולקיחתו להגן: טוהר המידות של פקידי הציבור, שנועד להבטיח כי האנשים שבידם מופקדים כוחות וסמכויות לפעול בשם הרשות ושחבים חובת נאמנות לציבור יפעלו ביושר ובהגינות; פעילות התקינה של המינהל, שעלולה להשתבש אם עובדי ציבור שנתון להם שיקול דעת ישקלו שיקולים זרים בשל שוחד שניתן להם; ואמון הציבור במערכת השלטונית, שהוא חיוני לקיום חיים דמוקרטיים תקינים ושעלול להיפגע אם השירות הציבורי ייתפס בעיני הציבור כמושחת וכמי שעובדיו נוהגים לקבל שוחד (ראו: רע"פ 5905/98 רונן נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 728, 734-735 (1999); ע"פ 1877/99 מדינת ישראל נ' בן עטר, פ"ד נג(4) 695, 709-710 (1999); ע"פ 8027/04 אלגריסי נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (טרם פורסם, [פורסם בנבו], 23.2.06)). על רקע התכליות הנזכרות של עבירות השוחד יש לבחון מהם אותם התאגידים, שתכליותיהן של עבירות השוחד חלות לגביהם ושהערכים, עליהם נועדו האיסורים הפליליים על מתן שוחד ולקיחתו להגן, רלוונטיים לגביהם. לעניין זה יפים דברים שאמרה השופטת בן-פורת בזו הלשון:

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

נסיבות המקרה שלפנינו מהוות דוגמה ל"עידן ההפרטה" בו אנו מצויים כיום, שבו תפקידים רבים במנגנון הציבורי שבוצעו בעבר על ידי עובדים של המדינה או של גוף ציבורי אחר, מבוצעים על ידי עובדי תאגידים פרטיים. ככל שתהליך זה מביא לשינויים במציאות העובדתית והמשפטית הנוהגת במנגנון הציבורי, ומבלי לנקוט עמדה באשר לחיוב או לשלילה בתהליך זה לגופו של עניין, אין זה ראוי כי בית משפט זה יתעלם מהשינויים המתרחשים במציאות שסביבו. כדי להגשים את תכליותיה של עבירת השוחד במציאות הנוכחית נראה כי בד בבד עם המבחנים, שעוצבו במהלך השנים בפסיקתנו לאפיון תאגידים המשרתים את הציבור, כמפורט בפסקה 12 לעיל, מן הראוי להשתמש לשם כך בשני מבחנים נוספים הקשורים זה לזה: האחד, מהות התפקיד שממלא התאגיד במסגרת פעילות המנגנון הציבורי; והאחר, היקף שיקול הדעת והסמכויות המוקנים לעובדי התאגיד והמופועלים על ידם כלפי הציבור. להשקפתי, ככל שתאגיד מסוים ממלא תפקיד משמעותי יותר במסגרת פעילות המנגנון הציבורי; ככל שבמסגרת מילוי תפקיד זה מפעילים עובדי התאגיד סמכויות משמעותיות כלפי הציבור עימו הם באים במגע; ככל שבמסגרת פעילותם הם משמשים מעין זרוע ארוכה של רשויות המדינה; וככל שנתון לאותם עובדים שיקול דעת רחב יותר בפעילותם אל מול הציבור הנזקק לשירות, כך תגבר הנטייה לראות בעובדי תאגיד זה כעובדים של "תאגיד המספק שירות לציבור" לצורך עבירות השוחד. זאת, משום שלקיחת שוחד על ידי עובדי תאגיד בעל מאפיינים אלה פוגעת בערכים המוגנים על ידי עבירות השוחד - טוהר המידות של המחזיקים בתפקידים ציבוריים, תקינות פעולת המינהל בהפעלתן השוויונית של הסמכויות השלטוניות ואמון הציבור ברשויות השלטון - במידה שאינה פחותה בהכרח מלקיחת שוחד על ידי עובדים המועסקים ישירות על ידי המדינה. לבחינת מהות התפקיד שממלא תאגיד מסוים במסגרת המנגנון הציבורי, לאופי השירות שעובדיו מעניקים לציבור, כמו גם להיקף הסמכויות ושיקול הדעת המוקנים לעובדיו, יש, אם כן, חשיבות מיוחדת על רקע תופעת ההפרטה ומיקור החוץ של פונקציות שונות במסגרת המנגנון הציבורי.

15. אכן, אין חולק כי בעקבות תהליכי ההפרטה ומיקור החוץ שעובר השירות הציבורי בעשרים השנים האחרונות ישנו מספר גדל והולך של תפקידים במסגרת המנגנון הציבורי, שבניגוד למצב בעבר מבוצעים כיום על ידי עובדים שאינם מועסקים ישירות על ידי המדינה או על ידי גוף ציבורי כלשהו (ראו: דפנה ברק-ארז "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים נורמות ואתגרים" עיוני משפט ל

461, 472-473 (2008); יואב דותן וברק מדינה "חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים" משפטים לז 287, 293-294 (2007)). בין התפקידים במנגנון הציבורי ש"הופרטו" ניתן למנות גם תפקידים הכרוכים במידה בלתי מבוטלת של שיקול דעת ושל הפעלת סמכות כופה כלפי הציבור כגון: ייצוג המדינה בהליכים פליליים (ראו בג"ץ 1783/00 חיפה כימיקלים בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(3) 652 (2003)); הפעלת בית סוהר באמצעות תאגיד פרטי (ראו פרק ג'2 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971, שעתיירה לגבי חוקתיותו תלויה ועומדת כיום בפני בית משפט זה); והפיקוח על נאשמים המשוחררים ממעצר בתנאים שונים, לרבות איזוק אלקטרוני. תהליכים אלה מביאים לכך שהגבולות בין עובדים המועסקים על ידי המדינה לעובדים המועסקים על ידי תאגידים פרטיים הולכים ומטשטשים. בנסיבות אלה הציבור הרחב, שנזקק באופן יומיומי לשירותי רשויות המינהל, אינו יודע פעמים רבות האם עובד זה או אחר עימו הוא בא במגע מועסק על ידי המדינה או רשות ציבורית כלשהי; או שמא מועסק אותו עובד על ידי תאגיד פרטי כלשהו. פעמים רבות עשויים חלק מן העובדים במשרד ממשלתי מסוים להיות מועסקים ישירות על ידי המדינה, ואילו עובדים אחרים, העובדים באותו משרד ממשלתי וממלאים אף הם תפקידים שונים במסגרת המנגנון הציבורי, עשויים להיות מועסקים על ידי מעסיק פרטי (ראו מיכל טביביאן מזרחי "העסקת עובדי קבלן ונותני שירותים מן החוץ במשרדי הממשלה" מרכז המחקר והמידע של הכנסת (2007)). מכל מקום, תהא מסגרת העיסוק אשר תהא, כלפי הציבור מדובר בעובדים מטעם רשויות המדינה. לפיכך, בכל הנוגע לתכליותיהן של עבירות השוחד והערכים עליהן הן נועדו להגן - ומבלי לנקוט עמדה באשר לתחומי משפט אחרים בהם מתעוררת סוגיה זו - איני רואה מה טעם יש להבחין בין עובד הממלא תפקיד במסגרת המנגנון הציבורי, שמעסיקו היא המדינה, לבין עובד הממלא תפקיד זהה, שמעסיקו הוא תאגיד פרטי. ביחס לשני סוגי העובדים יש להבטיח כי יפעילו את הסמכויות ה"ציבוריות" המוקנות להם ביושר ובהגינות תוך שמירה על טוהר מידות. ביחס לשני סוגי העובדים תביא שקילת שיקולים זרים על ידם בשל שוחד שניתן להם לפגיעה בתפקודו התקין של המינהל הציבורי. ביחס לשני סוגי העובדים תביא לקיחת שוחד על ידי העובד לפגיעה באמון הציבור ברשויות השלטון.

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

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

16. בפסק הדין נשוא הדיון הנוסף שלפנינו הביע השופט גרוניס את העמדה כי בד בבד עם יתר המבחנים שפותחו בפסיקת בית משפט לפרשנות המונח "תאגיד המספק שירות לציבור" יש לבחון גם איזה "נפח" תופסת פעילות התאגיד במנגנון הציבורי מתוך סך הפעילות של התאגיד, וכי בהגבלת הבחינה למקטע בו פועל התאגיד במנגנון הציבורי יש משום ויתור מוחלט על שלב בחינת אופיו של התאגיד. העותר בטענותיו גורס אף הוא כי ביישום ההגדרה "תאגיד המספק שירות לציבור" יש לבחון את

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

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

מן הטעמים שפורטו לעיל איני סבורה כי ניתן כיום לקבוע את היקף או "נפח" פעילותו של התאגיד במגזר הציבורי כמבחן בלעדי. "נפח" הפעילות של התאגיד בהקשר זה הוא שיקול בין שיקולים וכמובן שההגדרה שבסעיף 290(ב) תחול על גוף שכל פעילותו או עיקר פעילותו הם לספק שירות שהוא במהותו "שירות לציבור" בהתאם למבחנים שהותו בסוגיה זו במהלך השנים בפסיקת בית משפט זה. אולם, בנסיבות מתאימות מחייבת תכלית החקיקה ליתן משקל לא רק להיקף ונפח הפעילות של התאגיד אלא גם למהות התפקיד שממלאים עובדיו באותו מגזר בו הוא מספק שירות לציבור.

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

גם הפרשנות לפיה ההגדרה של "תאגיד המספק שירות לציבור" חלה רק על גופים דו-מהותיים להבדיל מגופים שאינם דו-מהותיים היא פרשנות שאינה נותנת מענה מספק לשאלה הטעונה הכרעה בעניין זה. בהקשר זה לא למותר לציין כי ככל שכוונת המחוקק שניסח את ההגדרה בחוק משמשת כאמת מידה לפרשנותה, הרי ניתן לומר כי ספק אם כוונת המחוקק בקובעו את ההגדרה של "תאגיד המספק שירות לציבור" ביחס לעבירת השוחד, במסגרת תיקון מס' 4, הייתה כי עבירת השוחד תוחל רק על אותם תאגידים ש(מאוחר יותר) הוכרו בפסיקה כ"גופים דו-מהותיים". אינדיקציה חשובה לכך היא ההיסטוריה החקיקתית של תיקון מס' 4, שמלמדת כי מגבלות מסוימות שהיו בהצעת החוק בדבר סוג השירותים אותם יספק התאגיד, כמו גם ההצעה לקבוע רשימה סגורה של גופים עליהם תחול ההגדרה, לא נתקבלו בנוסח הסופי של החוק שמסתפק בהגדרה הכללית של "תאגיד המספק שירות לציבור" בנוסחה כיום (ראו בהקשר זה, עניין וינטראוב, בעמ' 382). אכן, קשה לחלוק על כך שכאשר מדובר בגוף דו מהותי מובהק כגון חברת החשמל או חברה קדישא, המספק שירות חיוני לציבור, נושא בסמכויות בעלות אופי שלטוני, וממלא תפקיד בעל אופי ציבורי משמעותי, הרי בדרך כלל יתקיימו לגבי גוף מעין זה תכליותיה של עבירת השוחד, ומן הראוי יהיה להכיר בו

כ"תאגיד המספק שירות לציבור" לפי סעיף 290(ב) לחוק העונשין (ראו למשל: בג"ץ 731/86 מיקרודף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 449 (1987); ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א 'קהילת ירושלים' נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992)). עם זאת, אין בהכרח מקום לחפיפה בין ההגדרה של גוף דו-מהותי לצורך תחולת עקרונות היסוד של המשפט הציבורי לבין ההגדרה של "תאגיד המספק שירות לציבור" לצורך החלת עבירות השוחד. בהקשר זה נזכור כי בפסיקתנו נקבע כבר כי ההגדרה של "תאגיד המספק שירות לציבור" בסעיף 290(ב) הנ"ל תחול גם על גופים כגון התעשייה האווירית, בנקים ואף קרנות נאמנות, שספק האם יש לראות בהם גופים דו-מהותיים לצורך תחולת כללי המשפט הציבורי. נראה, אפוא, כי בגדרי המונח "תאגיד המספק שירות לציבור", אף אם הוא חל ככלל לגבי אותם גופים שיש לראותם כגופים דו-מהותיים מבחינת המשפט הציבורי, עשויים להיכלל גם תאגידים שלא ייחשבו לגופים דו-מהותיים מבחינת המשפט הציבורי; שכן תכליתיה של עבירת השוחד עשויות להיות רלוונטיות לגבי אותם תאגידים, גם מבלי שהם יהיו כפופים לכללי המשפט הציבורי.

מן המקובץ עולה, כי פרשנות של המונח "תאגיד המספק שירות לציבור", המבוססת על בדיקת "נפח" פעילות התאגיד במסגרת המנגנון הציבורי מתוך כלל פעילות התאגיד או על ההבחנה בין גופים דו-מהותיים לגופים שאינם דו-מהותיים (להבדיל מהשימוש בהבחנה זו כאינדיקציה נוספת לזיהויים של תאגידים המספקים שירות לציבור), הינה פרשנות המצמצמת את ההגדרה יתר על המידה ביחס לתכליתה של הוראת החוק. כדי להגשים את התכליות העומדות בבסיס ההרחבה של תחולת עבירות השוחד לתאגידים חוץ ממשלתיים יש, אם כן, להתמקד, בין היתר, במהות התפקיד אותו ממלא התאגיד במסגרת פעילותו במנגנון הציבורי ולא רק באופי התאגיד בכללותו. אלמלא כן עלולים עובדי תאגידים שונים שממלאים בחלק מפעילותם העסקית פונקציות ציבוריות מובהקות להיות פטורים מתחולתן של עבירות השוחד אך משום שבמקביל לאותן פונקציות ציבוריות יש לאותו תאגיד גם פעילות עסקית "רגילה" במסגרת המגזר הפרטי. זאת ועוד, הבחנה מעין זו עלולה להביא אף לפגיעה בעקרון של שוויון בפני החוק, שכן לפי הגיונה של גישה פרשנית זו ייתכן מצב שבו על שני עובדים של תאגידים הממלאים תפקידים דומים מטעם המנגנון הציבורי יחולו נורמות פליליות שונות, אך משום שפעילותו של תאגיד אחד מתמקדת במגזר הציבורי ואילו פעילותו של התאגיד האחר הינה בעיקרה במגזר הפרטי.

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

לדעתי, ניתן לקבוע כי נוכח ההתפתחויות שחלו במציאות הכלכלית והחברתית בישראל מאז ניתן פסק הדין בעניין אבוטבול, שעסק בנסיבות עובדתיות דומות לפרשה שלפנינו, אין עוד מקום לאמץ את המבחנים שניתנו באותו פסק דין לביטוי "תאגיד המספק שירות לציבור" כמבחנים בלעדיים. אף אם על-פי מבחנים אלה הייתה הפרשנות של הדין במועד בו ניתן פסק הדין בעניין אבוטבול סבירה - ובסוגיה זו איני נדרשת להביע עמדה - הרי להשקפתי, כיום אין ניתן לראות בפרשנות זו פרשנות סבירה של הוראת סעיף 290(ב) לחוק העונשין לפי תכליתה. בעידן שבו שירותים ציבוריים רבים מופעלים על ידי תאגידים חוץ ממשלתיים, אין לומר שמבחני אבוטבול מבטאים את תכליתה של הוראת סעיף 290(ב) הנ"ל. כמובן, שלא היה מקום לאמץ הפרשנות המרחיבה יותר להוראת סעיף 290(ב) לחוק העונשין - גם אם היה בכך כדי לאפשר הגשמה טובה יותר של תכליות ההוראה - אם הדבר היה בלתי אפשרי מבחינת לשון הסעיף; אלא שאיני רואה כל מניעה לשונית מלפרש את הביטוי "תאגיד המספק שירות לציבור" באופן שיגשים את תכליתו. זאת ועוד, אין להתעלם מכך שמאז ניתן פסק הדין בעניין אבוטבול בשנת 1975 ננקטה בפועל בפסיקת בית משפט זה גישה פרשנית תכליתית למונח "תאגיד המספק שירות לציבור"; גישה שהתרחקה מהלכת אבוטבול והחילה, כאמור, את ההגדרה הקבועה בסעיף 290(ב) לחוק העונשין על מגוון גדל והולך של תאגידים. ואכן, במספר פסקי דין שניתנו בבית משפט זה בנוגע לסוגיה של פרשנות המונח "תאגיד המספק שירות לציבור" לצורך עבירת השוחד אומצה גישה פרשנית גמישה ביחס למונח זה תוך דחיית הטענות בדבר הצורך לאמץ פרשנות מצמצמת להוראות הדין הפלילי (ראו: עניין וינטראוב, בעמ' 382; עניין קישלס, בעמ' 624; עניין מנצור, בעמ' 102).

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

מיהו "עובד הציבור" לפי סעיף 34 לחוק העונשין?

20. כזכור, המדינה טוענת כי יש להרשיע את העותר גם בעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה לפי סעיף 280 לחוק העונשין. אך בעבירה זו היותו של מבצע העבירה "עובד הציבור" הינה חלק מן היסוד העובדתי של העבירה. הכול מסכימים כי ביחס לעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה ההגדרה הרלוונטית למונח "עובד הציבור" היא ההגדרה הכללית הקבועה בסעיף 34 לחוק העונשין, המונה אחת-עשרה חלופות שונות שנכללות בהגדרה. מבין אותן חלופות ישנן, כך טוענת המדינה, שתי חלופות שהן רלוונטיות לענייננו, שאותן יש לפרש כחלק ממבחן המסגרת הכללי המעוגן במונח "עובד הציבור". החלופה האחת לה טוענת המדינה היא החלופה של "עובד המדינה", הקבועה בסעיף 34(1) לחוק העונשין. החלופה האחרת היא החלופה של "נושא משרה או תפקיד על פי חיקוק", הקבועה בסעיף 34(10) לחוק העונשין. בכל הנוגע לחלופת "עובד המדינה" השאלה שלגביה חלוקים הצדדים היא האם ניתן לראות אדם כעובד המדינה לצורך הדין הפלילי, מבלי שמעסיקתו הישירה תהיה המדינה. טענת המדינה בהקשר זה היא כי אין להתמקד בזהות מעסיקו הישיר של העובד, אלא יש להבין את החלופה כמתייחסת לעובדים הפועלים בשירות המדינה ומהווים בפעילותם חלק אינטגרלי ממנגנון הפעולה של המדינה. חלופה זו חלה, כך טוענת המדינה, בעניינו של העותר נוכח היקף סמכויותיו כאחראי משמרת של צוות מאבטחים ובהתחשב בחיוניות מערך האבטחה בלשכת משרד הפנים במסגרת פעילות לשכת מנהל האוכלוסין. באשר לחלופה של "נושא משרה על פי חיקוק" טוענת המדינה כי אין להגביל את תחולתה של החלופה רק למצבים בהם עסקינן בתפקיד שנוצר בחוק, כפי שקבעו השופטים גרוניס ולוי, אלא גם למצבים בהם מדובר בתפקיד שמוסדר בחוק, ובלבד שאופן הסדרת התפקיד בחוק או לפיו מלמד על אופיו הציבורי. בעניינו הספציפי של העותר טוענת המדינה, בהסתמך על דעתה של השופטת ארבל בסוגיה זו, כי הסדרתו של תפקיד המאבטח במוסד ציבורי בחוק להסדרת הביטחון מלמדת על אופיו וחשיבותו הציבוריים של התפקיד.

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

22. מבחינה לשונית נראה כי אין קושי לכלול בהגדרת המונח "עובד המדינה" גם עובד שאינו מועסק ישירות על ידי המדינה אלא רק ממלא תפקיד זה או אחר במסגרת המנגנון הציבורי של המדינה. היינו, הן הפרשנות לפיה כל עובד בשירות המדינה ייחשב ל"עובד המדינה" לפי סעיף 34(1) והן הפרשנות לפיה רק עובד שמועסק ישירות על ידי המדינה ייחשב ל"עובד המדינה" הן אפשריות מבחינה לשונית. פרשנות נוספת למונח שאף היא אפשרית מבחינת לשונית היא פרשנות "ביניים", שתחיל אמנם את חלופת "עובד המדינה" גם על עובדים בשירות המדינה שאינם מועסקים ישירות על ידי המדינה; אולם לא על כלל העובדים הללו אלא רק על אלה מביניהם שממלאים תפקידים בעלי מאפיינים מסוימים המצדיקים לראותם כעובדי מדינה לצורך הדין הפלילי. הבחירה בין האפשרויות הפרשניות השונות צריכה, אפוא, להיעשות בהתאם לתכליתו של סעיף 34 לחוק העונשין, הקובע כזכור את החלופות השונות להגדרת "עובד הציבור" בחוק העונשין. בהקשר זה יש לציין כי בפסיקתנו כבר נקבע, כי אין בהכרח זהות בין הגדרת המונח "עובד" לצורך דיני העבודה לבין הגדרת מונח בענפי משפט אחרים, לרבות הדין הפלילי (ראו: עניין קישלס, בעמ' 623-624; דנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817, 828-829 (1998) (להלן: עניין סרוסי)).

ככלל נראה כי תכליתו העיקרית של סעיף 34 היא לקבוע מי הם אותם עובדים עליהם יחולו הנורמות המיוחדות המתייחסות לעובדי ציבור לפי חוק העונשין. זאת, מתוך תפיסה לפיה תפקיד עובד הציבור הוא תפקיד בעל מאפיינים מיוחדים, המצדיקים הטלתן של נורמות התנהגות מחמירות יותר על עובדי ציבור בהשוואה לאזרחים מן השורה; מאידך מביאים אותם מאפיינים לקביעת נורמות פליליות מיוחדות המבטאות את החומרה שבביצוע עבירות מסוימות דווקא כלפי עובדי הציבור. בין העבירות שמבטאות את הדרישות הנורמטיביות הגבוהות יותר המוטלות על התנהגותם של עובדי ציבור ניתן למנות את העבירות של גילוי בהפרת חובה והסתרת מידע בידי עובד הציבור הקבועות בסעיפים 117 ו-117א לחוק העונשין, הוצאת מסמך ממשורת על ידי עובד ציבור לפי סעיף 267(ב) לחוק העונשין ועבירות נוספות כגון שימוש לרעה בכוח המישרה לפי סעיף 280 לחוק העונשין, מירמה והפרת אמונים לפי סעיף 284 לחוק העונשין וזיוף בידי עובד הציבור לפי סעיף 421 לחוק העונשין. ההיבט של החומרה שמייחס המחוקק לפגיעה בעובדי ציבור בא לידי ביטוי בעבירות של העלבת עובד הציבור לפי סעיף 288 לחוק העונשין, הפרעה לעובד הציבור לפי סעיף 288 לחוק העונשין ותקיפת עובד ציבור לפי סעיף 381(ב) לחוק העונשין (ראו רע"פ 2660/05 אונגרפלד נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, [פורסם בנבו], 13.8.08), פסקאות 21-27 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה). להשקפתי שני המאפיינים העיקריים בתפקידיהם של עובדי הציבור, המצדיקים את ההתייחסות הנורמטיבית המיוחדת כלפיהם בחוק העונשין (בשני ההיבטים שתוארו לעיל), הם היותם של עובדי הציבור נאמני הציבור, הממלאים את תפקידיהם השונים בשליחות הציבור ועל מנת להגשים אינטרסים ציבוריים כאלה ואחרים; ובנוסף לכך העובדה שאותם עובדים הם אלה שמייצגים בעיני

הציבור הרחב את הגוף הציבורי בו הם עובדים, ועל כן הן התנהגותם שלהם והן ההתנהגות כלפיהם עשויות להשפיע על אמון הציבור באותו גוף בפרט ובשירות הציבורי בכלל.

23. בכל הנוגע לחלופת "עובד המדינה" יש, אפוא, לקבוע מיהם אותם עובדים בשירות המדינה לגביהם מתקיימות התכליות המתוארות לעיל של הגדרת "עובד הציבור" בסעיף 34כד לחוק העונשין. ברי כי תכליות אלה מתקיימות ביחס לעובדים המועסקים ישירות על ידי המדינה וביחס לאותם עובדים אף מתקיימת חזקת התכלית אליה התייחסו בפיסקה 10 לעיל, לפיה תכלית של נורמה פלילית נלמדת מהמובן הטבעי והרגיל של לשון הנורמה. לפיכך, ברי כי בפרשנות המונח "עובד המדינה" בסעיף 34כד יש לייחס משקל רב לשאלה האם אדם מסוים מועסק ישירות על ידי המדינה אם לאו. אולם, מבחן זהות המעסיק הישיר, על אף חשיבותו, אינו ממצה את ההגדרה של "עובד המדינה" לצורך הדין הפלילי. הגדרה זו עשויה, כאמור, מבחינה לשונית לכלול גם את מי שאינו מועסק ישירות על ידי המדינה אלא ממלא תפקיד זה או אחר בשירות המדינה. על כן יש לבחון האם תכליותיה הנזכרות של ההגדרה הקבועה בסעיף 34כד לחוק העונשין מתקיימות אף ביחס למי שאינם מועסקים ישירות על ידי המדינה. על שאלה זו יש להשקפתי לענות בחיוב.

תכליותיה של הגדרת "עובד הציבור" בכלל ושל חלופת "עובד המדינה" בפרט - הן בפן הקובע נורמות מחמירות להתנהגותם של עובדי ציבור והן בפן המטיל אחריות פלילית על ביצוע עבירות מסוימות כלפי עובדי ציבור - מתקיימות ביחס למי שממלא תפקיד שמשתלב בתחומי העיסוק העיקריים של היחידה בשירות המדינה במסגרתה הוא עובד; אף אם אינו מועסק ישירות על ידי המדינה. ביחס לאדם כזה ישנה הצדקה להחיל את הנורמות הפליליות המחמירות החלות על עובדי המדינה, המבוססות על כך שעובדי המדינה הם נאמני הציבור ושהתנהגות בלתי ראויה מצדם עלולה לפגוע באמון הציבור ברשויות המדינה. בהקשר זה מקובלת עליי גישתו של השופט גרוניס בפסק הדין נשוא הדין הנוסף, לפיה "ככל שהתחום בו מועסק העובד קרוב יותר לליבת העבודה הנעשית ביחידה של שירות המדינה אליה הוא קשור כך יגבר הסיכוי שהוא יוכר כעובד המדינה". אכן, ככל שתפקידו של עובד מסוים, הממלא תפקיד בשירות המדינה על אף שאינו מועסק ישירות על ידי המדינה, מרוחק יותר מליבת העבודה הנעשית ביחידה המסוימת של שירות המדינה במסגרתה הוא מועסק, כך הולכת ופוחתת ההצדקה להכיר בו כ"עובד המדינה" לפי סעיף 34כד(1) לחוק העונשין. זאת, כיוון שביחס לתפקיד מעין זה, המצוי ב"שוליים" של התחום העיקרי בו עוסקת אותה יחידה בשירות המדינה, מידת הרלוונטיות של תכליותיה הנזכרות של חלופת "עובד המדינה" היא מועטה יחסית. כך למשל, ביחס לפעילות משרדי הממשלה השונים נראה, כי כאשר עסקינן בעובדים המעניקים ישירות שירות לציבור במסגרת תחומי האחריות עליהם מופקד אותו משרד, או כאשר מדובר בעובדים, שמקונה להם שיקול דעת במסגרת תחומי הפעילות להם אחראי המשרד, ייחשבו אותם עובדים כעובדי המדינה לצורך הדין הפלילי; גם אם אינם מועסקים ישירות על ידי המדינה, אלא עובדים עבור המדינה במסגרת כזו או אחרת של מיקור חוץ. לעומת זאת, כאשר עסקינן בעובדים שאינם מועסקים ישירות על ידי המדינה וממלאים פונקציות עזר שונות בשירות המדינה, שאינן חלק מתחומי העיסוק העיקריים של המשרד הממשלתי הרלוונטי, כגון אבטחה, ניקיון ושירותים טכניים שונים, לא יהיה מקום להכיר בהם כעובדי המדינה לצורך הדין הפלילי.

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

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

בעניינו של העותר אין לומר כי התפקיד אותו הוא מילא כאחראי משמרת אבטחה בלשכת מנהל אוכלוסין של משרד הפנים, אך אם יש לו צביון ציבורי מהטעמים שפירטנו, הוא תפקיד שמשתלב בתחומי הפעילות העיקריים של משרד הפנים. אכן, מדובר בתפקיד בעל חשיבות מעשית רבה שאף עשויות להיות לו, כעולה מנסיבות המקרה דנו, השלכות בלתי מבוטלות על הציבור הנזקק לשירותי משרד הפנים. עם זאת, מדובר בסופו של יום בתפקיד הנמצא בשולי תחומי הפעילות המרכזיים של משרד הפנים ועל כן אין הצדקה, בהתאם למבחנים שהתוונו לעיל, לראות את מי שממלא תפקיד זה כ"עובד המדינה" לפי סעיף 34כא(1) לחוק העונשין.

חלופת ה"חיקוק"

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

באשר לפרשנות חלופת ה"חיקוק" מקובל עליו כי אף אם מבחינה לשונית ניתן לטעון כי כל עיסוק שמוסדר על פי חיקוק נכלל בגדר "חלופת החיקוק", ברי כי פרשנות זו היא רחבה ביותר, שכן היא מביאה להחלת הנורמות הפליליות המיוחדות החלות על עובדי הציבור על שורה שלמה של עיסוקים לרבות עיסוקים פרטיים, שאף אם הסדרתם בחוק היא חשובה, הרי החלת תכליותיהן של אותן נורמות עליהם היא מרחיקת לכת. כך למשל, דומה שקשה לחלוק על כך שאין הצדקה להחלת מלוא הנורמות הפליליות להן כפופים עובדי הציבור על כלל המקצועות המוסדרים בחקיקה. החלה נרחבת כזו אינה נראית, אפוא, כעולה בקנה אחד עם תכליותיה של קביעת חלופת ה"חיקוק" כאחת מחלופות להגדרת המונח "עובד הציבור" בסעיף 34כא לחוק העונשין. אזכיר עוד, כי שאלת פרשנות חלופת ה"חיקוק" הועלתה בפסק הדין בעניין גולדמן, אך נותרה בצריך עיון. עם זאת ציינה השופטת מ' נאור בפסק הדין האמור כי:

"גם מקצועות פרטיים רבים מוגדרים ומוסדרים בחקיקה, ובפרוט - האם אף בעלי מקצוע אלו ייחשבו לעובדי ציבור, שכן תפקידים הוא 'על-פי' חיקוק? גישת בית המשפט קמא לפיה די שתפקיד יוגדר בחיקוק כדי שהוא ייחשב לעובד ציבור לצורך הרשעה בעבירת השוחד מביאה, לדעתי, להרחבה יתרה של עבירה זו, ובניגוד לכוונת המחוקק. נראה, כי סעיף 34כא(10) כוון לחול על גדר מקרים מצומצם יותר..." (ראו עניין גולדמן, פיסקה 7 לפסק הדין).

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

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

סיכומי של דבר, נראה כי נדרשת פרשנות מצמצמת יותר ל"חלופת החיקוק" מהפרשנות המוצעת על ידי המדינה; פרשנות שתעלה בקנה אחד עם התכליות של קביעת נורמות פליליות מיוחדות המתייחסות לעובדי הציבור. הפרשנות שהוצעה על ידי השופטים גרוניס ולוי, לפיה החלופה מתייחסת לתפקידים או משרות שנוצרו על-פי חוק מקובלת, כאמור, גם עליו. זאת, כיוון שנראה כי ככלל אותם תפקידים או משרות שנדרש חיקוק על מנת ליצור אותם יהיו כאלה, שהתכליות הנזכרות של העבירות המתייחסות לעובדי הציבור יחולו עליהם. דוגמה מובהקת בפסיקתנו היא תפקיד חבר הכנסת (ראו רע"פ 1941/98 בן גביר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, [פורסם בנבו], 8.4.98)). לפיכך לדעתי, המסקנה המתבקשת מן האמור לעיל היא שאף חלופת ה"חיקוק" להגדרת "עובד הציבור", הקבועה בסעיף 34כד(10) לחוק העונשין, אינה חלה בעניינו של העותר, שכן אין די בהסדרת תפקיד המאבטח בגוף ציבורי בחוק להסדרת הביטחון כדי להפוך את מי שממלא תפקיד זה ל"נושא משרה או תפקיד על-פי חיקוק".

סיכום

25. מצאנו, אפוא, כי בעוד שניתן לראות את העותר כנכלל בהגדרה של "עובד של תאגיד המספק שירות לציבור" לצורך עבירת לקיחת השוחד בסעיף 290 לחוק העונשין אין הוא נכלל בחלופות השונות להגדרת "עובד הציבור" בסעיף 34כד לחוק העונשין, שהיא ההגדרה הרלוונטית לעניין העבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה לפי סעיף 280 לחוק העונשין, שאף בה הואשם העותר. אין לכחד כי תוצאה זו נראית על פניה בעייתית, שכן היא מבחינה בין קבוצת העובדים לגביה יחולו עבירות השוחד לבין הקבוצה המצומצמת יותר של עובדים לגביה יחולו יתר העבירות המתייחסות לעובדי הציבור בחוק העונשין. עם זאת, אין להתעלם מכך שמקורה של בעייתיות זו הוא בבחירתו של המחוקק להתייחס בחומרה יתרה דווקא לעבירות השוחד, להחיל את ההגדרה המרחיבה המתייחסת ל"עובד של תאגיד המספק שירות לציבור" רק ביחס לעבירות אלה ולא להוסיף אפשרות זו כאחת החלופות הנכללות בהגדרה הכללית למונח "עובד הציבור" בסעיף 34כד לחוק העונשין. בהקשר זה יש להעיר, כי כבר לפני למעלה משלושים שנה הצביע השופט מ' לנדוי בחוות דעתו בעניין אבוטבול (שם, בעמ' 307-308) על הבעייתיות הטמונה בהגדרה של "עובד של תאגיד המספק שירות לציבור";

אולם, המחוקק לא פעל לשינוי ההגדרה. מכל מקום, דומה שאין חולק בינינו שנוכח ההתפתחויות שעברו על השירות הציבורי בישראל בכלל ועל שירות המדינה בפרט בשנים שחלפו מאז ניתן פסק הדין בעניין אבוטבול מן הראוי כי המחוקק יפעל להסדרה בהירה וקוהרנטית של הגדרת המונח "עובד הציבור" בחוק העונשין. עד שהמחוקק יאמר את דברו איני רואה מנוס מהתוצאה אליה הגענו, ונמשיך לצעוד בעניין זה על-פי בחינה פרטנית מעניין לעניין כדי ליתן פרשנות להגדרה של "עובד הציבור" הקבועה בחוק כיום.

בטרם נסיים את פסק דינו זה, אתייחס בתכלית הקיצור לטענות שהועלו בפנינו על ידי האגודה לזכויות האזרח ועמותת קו לעובד (להלן: המבקשות), שביקשו להצטרף להליך שבפנינו במעמד של "ידיד בית המשפט". המבקשות ציינו בבקשתן כי לפסק הדין שיינתן על ידינו עשויות להיות השלכות רחבות היקף על מעמדן של כלל "עובדי הפרטה", ועיקר טענותיהן נוגע לתהליכי ההפרטה של השירות הציבורי בישראל בשנים האחרונות וליחס שצריך להתקיים לטענתן בין זכויותיהם של "עובדי הפרטה" בשירות הציבורי לבין החובות המוטלות על אותם עובדים בדין הפלילי. בהקשר זה טוענות המבקשות, כי אין הצדקה לכך שהמדינה מסרבת להכיר ב"עובדי הפרטה" כעובדי מדינה בתחום דיני העבודה, אך לצורך הדין הפלילי דורשת להטיל עליהם אחריות כעובדי מדינה לכל דבר ועניין. לא ראינו להעתר לבקשת ההצטרפות של המבקשות, וזאת לאחר שנתנו דעתנו לטענותיהן בכתב ובעל-פה לפנינו. שאלת מתן זכויות ומעמד לעובדי קבלן ועובדי הפרטה היא שאלה נכבדה וראויה לתשומת לב מיוחדת אך אין לכרוך בין סוגית תנאי עבודתם של עובדים אלה לבין נורמות ההתנהגות במישור הפלילי. הצורך הנטען להיטיב עם עובדים אלה במישור יחסי העבודה והזכויות בעבודה אינו מקים תמונה סימטרית לעניין נורמות התנהגותם כלפי הציבור, ובמיוחד, כמו במקרה שלפנינו, כאשר מדובר ביחס בינם לבין קבוצות חלשות אחרות שדיני העונשין נועדו להגן עליהן. העקרון של אי-הטלת אחריות על "עובדי הפרטה" כלפי הציבור הנזקק להם, כיוון שהם מקופחים בתנאי עבודתם, כמוהו כתיקון עוול בעוול; וכבר נקבע בפסיקתנו בעבר כי לא הרי "עובד הציבור" על-פי מבחנם של דיני העבודה כ"עובד הציבור" לעניין קביעת נורמות ההתנהגות החלות עליו בפלילים (ראו: עניין קישלס, בעמ' 623-624; כן השוו דנג"ץ 4601/95 עניין סרוסי, בעמ' 828-829). המבקשות ביקשו להפנות זרקור לבעיה כאובה בחברה הישראלית, אלא שבעניין שהובא להכרעתנו אין לראות זירה מתאימה להכרעה באותן סוגיות. תכליותיהם השונות של כל אחד מענפי המשפט הרלוונטיים מחייבת התייחסות שונה לדיני העונשין ולשאלת זכויות העובדים במישור יחסי העבודה.

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

ה נ ש י א ה

השופטת מ' נאור:

1. אני מסכימה למסקנתה של חברתי הנשיאה, לפיה יש להשאיר על כנה את תוצאת פסק הדין נשוא הדיון הנוסף. אוסיף רק מספר מילים משלי לשם הבהרת היקף ההסכמה.

2. לעניין העבירות של לקיחת שוחד וניסיון ללקיחת שוחד: גם אני סבורה, כמו הנשיאה, כי עקרונות הפרשנות בפלילים כפי שסוכמו בפסיקתו המחייבת של בית משפט זה בפרשת אסד ובעקבותיה בפרשת רויטמן (דנ"פ 1558/03 מדינת ישראל נ' אסד, ב"ד נח(5) 547, 556 (2004); (ע"פ 2597/04

רויטמן נ' מדינת ישראל, פסקה 7 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (טרם פורסם, [פורסם בנבו]),
2006.11.20)). מביאים למסקנה כי התאגיד בו הועסק העותר הוא "תאגיד המספק שירות לציבור"
כאמור בסעיף 290(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). ואולם, יש לשים לב:
לא כל עובד של "תאגיד המספק שירות לציבור" הוא גם "עובד ציבור" לעניין עבירת השוחד. כפי
שהזכירה הנשיאה העותר טוען כי רק חלק קטן מעובדיה הרבים של חברת "מיקוד" סיפק שירותים
למשרד הפנים. אכן, החברה היא (בין השאר, אך לא רק) תאגיד המספק שירות לציבור. מבין עובדיה
של מיקוד לא כולם הם עובדי ציבור. רק אלה המוצבים בשירות הציבור כמו העותר שלפנינו, עשויים
להיות מואשמים בעבירת שוחד.

3. אשר לחלופת "עובד המדינה": מקובל עלי שהעותר עצמו איננו "עובד המדינה". חברתי הנשיאה
קובעת עם זאת כי ייתכנו נסיבות בהן בשל מהות התפקיד שממלא אדם מטעם המדינה ניתן יהיה
לראותו כ"עובד המדינה" לפי סעיף 34 כא לחוק העונשין ובד בבד לראותו כ"עובד של תאגיד המספק
שירות לציבור" לפי סעיף 290(ב) לחוק העונשין. כשלעצמי מבקשת אני להשאיר עניין זה בצריך עיון.
לדעתי אין הכרח להכריע בדבר כיוון שהעותר, גם לשיטת חברתי, איננו עובד מדינה. חברתי צופה,
מן הסתם, פני הבאות, ורואה מול עיניה סיטואציות שונות הכרוכות בתהליך ההפרטה. כמו חברתי
גם אני סבורה שנוכח תהליך ההפרטה ראוי הוא שהמחוקק יאמר את דברו. עורכת הדין ברזילי,
שטענה לפנינו למדינה, ציינה כי אכן עולה השאלה מדוע, נוכח צרכי השעה, לא תפנה הפרקליטות
למחוקק. היא העלתה (למשל) את האפשרות שהחוק יתוקן כך שבמקום "עובד מדינה" ייאמר בחוק
"עובד בשירות המדינה" או ביטוי דומה. עם זאת, כך הסבירה, המחשבה היתה שאין הצדקה לפנות
למחוקק כיוון שבידי בית המשפט הכלים המביאים לתוצאה הנכונה לפי כללי הפרשנות. דבריה של
חברתי, שאותם מבקשת אני להשאיר כאמור בצריך עיון, יש בהם, לדעתי, כדי לעודד את המחוקק
שלא לאמר את דברו, משום שלא יהיה הכרח בדבר. על כן מעדיפה אני להשאיר שאלה זו בצריך עיון,
וכשנגיע לגשר, אם נגיע אליו, נחצה אותו.

4. בעניין "חלופת החיקוק" דעתי כדעת הנשיאה.

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

6. כאמור, עמדתי היא כעמדת הנשיאה שיש להשאיר את תוצאת פסק הדין על כנו.

מצטרף אני לעמדתה של חברתי הנשיאה ד' ביניש, כפי שזו בוטאה בחוות דעתה המקיפה, לפיה יש להותיר את תוצאת פסק הדין נשוא הדיון הנוסף על כנו.

נדמה שאין צורך להכביר מילים על הסכנות הטמונות בשחיתות ובהשחתת המידות הציבוריות. מטבעם של נגעים אלו לכרסם באמון הציבור בשלטון החוק ולערער את יסודותיה של המדינה כמדינה דמוקרטית. מכאן גם עולה הצורך במלחמת חורמה בכל ביטוי של שחיתות ציבורית, בין אם הוא מופיע בצמרת ההיררכיה השלטונית ובין אם ביטויו הינו ברמת השטח הנמוכה ביותר, אשר על פי רוב הינה המקום בו פוגשים מרבית האזרחים את פועלה של הרשות הציבורית. ברוח זו יש להבין את התכלית המונחת בבסיס החקיקה העונשית המכוונת להפלתה של התנהגות הנגועה בשחיתות. משכך, הדגש אינו מושם דווקא על יחסי הגומלין בין מבצע העבירה לכאורה ובין המדינה, אלא על מהות מעשיו והיחס בינם ובין השחתת המידות והשחיתות השלטונית. אכן, כפי שצינו חבריי, עוסקים אנו בדיני העונשין, בהם מצויים אנו לכללי פרשנות השונים מכללי הפרשנות הרגילים. ייחודם של אלו נעוץ בהוראה המופיעה בסעיף 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), לפיה משניתן לפרש הוראה פלילית במספר דרכים סבירות, תינתן עדיפות לפרשנות הנוטה להקל עם הנאשם. אלא שכפי שנקבע בפסיקתו של בית משפט זה, תחולתה של הוראה זו נעשית בצורה דו שלבית. בשלב הראשון תיבחן פרשנותה של ההוראה על פי כללי הפרשנות התכליתית המקובלים במשפט הישראלי הכללי, לשם מציאת הפרשנויות המגשימות את תכליתה של ההוראה. רק באם תימצאנה מספר פרשנויות המגשימות את תכלית החקיקה בצורה סבירה באותה מידה, תיבחר מביניהן בשלב השני הפרשנות המקילה עם הנאשם (ראו ע"פ 8573/96 מרקדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 481, 500 (1997); ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 535, 550 (1997); דנ"פ 1558/03 מדינת ישראל נ' אסד, פ"ד נח(5) 547, 558-556 (2004); ע"פ 2597/04 רויטמן נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, [פורסם בנבו], 20.11.2006); ע"פ 7894/03 ג'אבר נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, [פורסם בנבו], 18.2.2008)). בענייננו, פרשנות המוציאה את מקרהו של העותר בדנ"פ 24/08 (להלן: העותר) מגדרי עבירת השוחד נופלת בסבירותה מהאפשרות ההפוכה, בהיותה פרשנות הניצבת בניגוד לתכלית הנמצאת בבסיס הסעיף, ועל כן אין פרשנות זו נכנסת כלל לגדרי סעיף 34 לחוק העונשין. מתוקף עבודתו בחברת השמירה אשר העניקה שירותי שמירה לסניף משרד הפנים במזרח ירושלים, נמצא העותר בעמדה אשר אפשרה לו, בצורה סדורה ושיטתית, לדרוש ולקבל טובות הנאה מהציבור אשר ביקש לעשות שימוש בשירותים הציבוריים-שלטוניים אותם מעניק משרד הפנים. יתרה מכך, כפי שעולה מפסק דינו של בית המשפט המחוזי, אפשרות זו מצויה הייתה בידי העותר בשל שיקול הדעת שניתן לו מתוקף מעמדו בחברה זו כאחראי משמרת לאפשר את כניסתם של אזרחים במקרים מיוחדים לסניף תוך "עקיפת" התור (עמוד 2 לפסק הדין). בנסיבות אלו, ומיתר נימוקיה של חברתי הנשיאה, ברי בעיני כי יש לראות בעותר "עובד ציבור", לענין עבירת השוחד, על פי החלופה המנויה בסעיף 290(ב) לחוק העונשין.

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

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

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

שופט

השופטת ע' ארבל:

1. קראתי בעיון את חוות דעתה המקיפה של חברתי, הנשיאה ד' ביניש, ולה אני שותפה בכל האמור לניתוח המונח "תאגיד המספק שירות לציבור" הנכלל בהגדרת "עובד ציבור" שבעבירת השוחד. בחוות-דעתה פרשה הנשיאה יריעה רחבה במסגרתה עמדה על תכליותיה של עבירת השוחד ושל עבירות נוספות הייחודיות לעובדי ציבור, ועל הפרשנות שיש ליתן לכל אחת מהגדרות המונח "עובד ציבור" שבחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). רבות מקביעותיה מקובלות עלי, אולם, כשלעצמי מבקשת אני, כפי שהבהרתי בדיון הראשון, להעניק פרשנות רחבה יותר להגדרת "עובד ציבור" המופיעה בסעיפים 34כד(1) ו-10 לחוק העונשין, שעניינם בעובד המדינה ובנושא משרה או תפקיד על-פי חיקוק. פרשנות זו מבקשת המדינה מבית המשפט להעניק בדיון נוסף זה, ולטעמי יש ממש בעתירתה זו.
2. בפסק הדין נשוא הדין הנוסף הבעתי את דעתי כי בחינת לשון סעיף 290(ב) לחוק העונשין, המגדיר את המונח "עובד הציבור" לצורך הרשעה בעבירת השוחד, לאור תכליתה של עבירת השוחד במציאות ימינו אנו, מביאה למסקנה כי יש לראות במערער באותו פסק דין (להלן: העותר) עובד של "תאגיד המספק שירות לציבור" ולפיכך להרשיעו בעבירת השוחד. הזכרתי כי תכליתה של עבירת השוחד היא להגן על שני אינטרסים השלובים זה בזה: האחד, הבטחת פעולתו התקינה של המינהל כך שיהיה מודרך על ידי שיקולים ענייניים בלבד; והשני, שמירת אמון הציבור במערכת השלטונית. כן עמדתי על ההתפתחויות בגישת בית משפט זה בהתייחס לעבירת השוחד ולהגדרת המונח "עובד ציבור" הנכלל בה, התפתחויות אשר לטעמי כרסמו בהלכת אבוטבול (ע"פ 472/74 אבוטבול נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(2) 301 (1975) (להלן: עניין אבוטבול)). ציינתי כי מגמת כרסום זו מובנת "על רקע תהליכים הולכים וגוברים של הפרטה, המאפיינים את השירות הציבורי בישראל בשנים האחרונות", ומכך הסקתי כי "על מנת שלא תסוכל תכלית החוק, מחייבים תהליכים אלו את בית המשפט לנקוט בפרשנות דינאמית חיה ונושמת, שיהיה בה כדי להתאים לשינויי העיתים, לרוח התקופה ולנסיבות השונות שהמציאות מזמנת" (ע"פ 766/07, [פורסם בנבו], פסקה 4 לחוות דעתי).

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

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

3. לצד זאת, הבעתי את עמדתי (בדעת מיעוט) כי אף ההגדרה של עובד ציבור המופיעה בסעיף 34כד(10) לחוק העונשין, שעניינה בנושא משרה או תפקיד על-פי חיקוק, חלה בענייניו של העותר, ולפיכך יש להרשיעו גם בעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה בהתאם לסעיף 280 לחוק העונשין. מסקנה זו ביססתי על החוק להסדרת הבטחון בגופים ציבוריים, התשנ"ח-1998 (להלן: החוק להסדרת הבטחון) אשר קובע שורה של הסדרים הנוגעים להעסקתם של מאבטחים בגופים ציבוריים. גישתי היתה כי הגדרת תפקידו של המאבטח בגוף ציבורי והסדרתו בחוק, לצד הצביון הציבורי הגלום בתפקידו של המאבטח, מצדיקים את החלת ההגדרה האמורה בסעיף 34כד(10) לחוק העונשין. סברתי כי אף בחינה תכליתית תומכת בעמדה זו, שכן העבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה "נועדה אף היא לסייע במאבק לשמירה על ניקיון פועלו של השירות הציבורי ועל אמון הציבור בו. ביסודה של העבירה עומד הרצון להגן על הפרט מפני הפעלת שירות לב על-ידי עובדי הציבור אשר לשירותיהם הוא נזקק" (ע"פ 766/07, פסקה 6 לחוות דעתי).

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

ביישום על עובדות המקרה הנידון סברה הנשיאה כי למאבטחים בלשכת מנהל האוכלוסין של משרד הפנים במזרח ירושלים הוענק כוח רב כלפי הציבור שנדרש לשירותי הלשכה, ונוצרה תלות מוחלטת בין הנזקקים לקבלת שירותים בלשכת מרשם האוכלוסין לבין המאבטחים בלשכה. תכליותיה של עבירת השוחד, כך סבורה הנשיאה, מתקיימות ביחס לחברת "מיקוד" אשר העסיקה את העותר ולפיכך העותר הינו עובד של "תאגיד המספק שירות לציבור" ויש להרשיעו בעבירת השוחד. לדברים אלו אני מצטרפת, כמובן, בהתאם לעמדתי כפי שהבעתי אותה בפסק הדין נשוא הדיון הנוסף.

5. מכאן נפנתה הנשיאה לבחון את פרשנותו של המונח "עובד ציבור" כפי שהוא מופיע בסעיף 34כד

לחוק העונשין. הדברים פורטו בהרחבה בחוות-דעתה של הנשיאה. למען נוחות הדיון אחזור עליהם בקצרה. ראשית, בחנה הנשיאה את החלופה בס"ק (1) שעניינה ב"עובד המדינה". מבחינה לשונית סברה הנשיאה כי אין קושי לכלול בהגדרה זו גם עובדים שאינם מועסקים ישירות על ידי המדינה. במסגרת הבחינה התכליתית קבעה הנשיאה כי ישנם שני מאפיינים עיקריים של עובדי הציבור המצדיקים את ההתייחסות הנורמטיבית המיוחדת כלפיהם בחוק העונשין: היותם של עובדי הציבור נאמני הציבור הממלאים תפקידים בשליחות הציבור ועל מנת להגשים אינטרסים ציבוריים; והיותם של אותם עובדים מייצגים בעיני הציבור הרחב את הגוף הציבורי בו הם עובדים, ועל כן התנהגותם עשויה להשפיע על אמון הציבור בשירות הציבורי. תכליות אלו, קבעה הנשיאה, ודאי מתקיימות ככל שמדובר בעובדי ציבור המועסקים ישירות על ידי המדינה, אך הן מתקיימות גם כשמדובר בעובדי ציבור שאינם מועסקים ישירות על ידי המדינה אך הם ממלאים תפקיד שמשתלב בתחומי העיסוק העיקריים של היחידה בשירות המדינה במסגרתה הם עובדים. בעניינו של העותר נקבע כי תפקידו נמצא בשולי תחומי הפעילות המרכזיים של משרד הפנים, ולפיכך אין לומר כי הוא עובד מדינה בהתאם לסעיף 34כד(1) לחוק העונשין.

לאחר מכן בחנה הנשיאה את פרשנותה של החלופה האמורה בסעיף 34כד(10) שעניינה בנושא משרה או תפקיד על-פי חיקוק. גם בנוגע לחלופה זו הביעה הנשיאה את דעתה כי לשון הסעיף סובלת אך פרשנות לפיה כל עיסוק המוסדר לפי חיקוק ייכלל בהגדרה. עם זאת, לטעם הנשיאה מדובר בפרשנות רחבה מדי שכן היא עלולה להביא להחלת הנורמות הפליליות המיוחדות החלות על עובדי ציבור על שורה של בעלי עיסוקים לרבות עיסוקים פרטיים. לדעת הנשיאה אין גישת המדינה, הדורשת בנוסף להסדרת התפקיד בחיקוק אך צביון ציבורי מובהק של התפקיד, אינה יכולה להתקבל מכיוון שהיא אינה מתווה קו גבול ברור דיו בין העובדים שיחשבו לעובדי הציבור לבין אלה שלא ייחשבו כאלה, והיא עלולה להביא להחלתן של נורמות פליליות על עובדים שנורמות אלו אינן רלוונטיות לגביהם. לבסוף בחרה הנשיאה בפרשנות החלופה שהוצעה על-ידי השופטים לוי וגרוניס, לפיה רק תפקידים או משרות שנדרש חיקוק על מנת ליצור אותם יכללו תחת כנפי חלופה זו. בעניינו של העותר, מאחר שתפקיד המאבטח לא נוצר על-ידי חיקוק, הרי שסברה הנשיאה כי יש לזכות את העותר מהעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה.

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

"עובד הציבור" לפי סעיף 34כד לחוק העונשין

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

7. הנשיאה סוקרת את העבירות הייחודיות לעובדי ציבור, בהן העבירות של גילוי בהפרת חובה והסתרת מידע בידי עובדי הציבור, הוצאת מסמך ממשמורת על-ידי עובד ציבור, שימוש לרעה בכוח המשרה, מרמה והפרת אמונים וזיוף בידי עובד הציבור; וכן את העבירות המבטאות את החומרה שמייחס המחוקק לפגיעה בעובדי ציבור, ובהן העלבת עובד הציבור, הפרעה לעובד הציבור ותקיפת עובד ציבור. עם הצגת תכליותיו העיקריות של סעיף 34כד על-ידי הנשיאה לא נותר לי אלא להסכים. כפי שקבעה הנשיאה – "נראה כי תכליתו העיקרית של סעיף 34כד היא לקבוע מי הם אותם עובדים עליהם יחולו הנורמות המיוחדות המתייחסות לעובדי ציבור לפי חוק העונשין. זאת, מתוך תפיסה לפיה תפקיד עובד הציבור הוא תפקיד בעל מאפיינים מיוחדים, המצדיקים הטלתן של נורמות

התנהגות מחמירות יותר על עובדי ציבור בהשוואה לאזרחים מן השורה; מאידך מביאים אותם מאפיינים לקביעת נורמות פליליות מיוחדות המבטאות את החומרה שבביצוע עבירות מסוימות דווקא כלפי עובדי הציבור" (פסקה 22).

ובהמשך-

"שני המאפיינים העיקריים בתפקידיהם של עובדי הציבור, המצדיקים את התייחסות הנורמטיבית המיוחדת כלפיהם בחוק העונשין... הם היותם של עובדי הציבור נאמני הציבור, הממלאים את תפקידיהם השונים בשליחות הציבור ועל מנת להגשים אינטרסים ציבוריים כאלה ואחרים; ובנוסף לכך העובדה שאותם עובדים הם אלה שמייצגים בעיני הציבור הרחב את הגוף הציבורי בו הם עובדים, ועל כן הן התנהגותם שלהם והן ההתנהגות כלפיהם עשויות להשפיע על אמון הציבור באותו גוף בפרט ובשירות הציבורי בכלל" (פסקה 22).

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

"אמון הציבור בעובדי הציבור ובנבחריו הוא תנאי מתחייב לפעולתו של הציבור הציבורי ושל מוסדות השלטון. השרות הציבורי על כל זרועותיו בנוי על אמון הציבור הנשען לא רק על יכולותיהם התיפקודיות של עובדיו ונבחריו אלא גם, ובעיקר, על רמתם המוסרית והאנושית, על טוהר מידותיהם ונקיון כפיהם. בלא אמון זה, לא יוכל הציבור לבצע את משימתו ברמה הנדרשת לאורך זמן" (בג"צ 5853/07 אמונה-תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה (לא פורסם), [פורסם בנבו], 6.12.07), פסקה 14 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

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

פרשנויות אלו הן מרחיבות אמנם אך הן גם בעלות גבולות, ולטעמי יש בהן כדי להגשים באופן מלא יותר אחר התכליות הנזכרות בחוות-דעתה של הנשיאה. ישנם עובדים, אשר אף אם אינם ממלאים אחר ליבת העבודה באותה יחידה ציבורית, ואף אם תפקידם אינו נוצר על-ידי חיקוק, אך הוא בעל צביון ציבורי, יכולים לפגוע באינטרסים ציבוריים חשובים בדרכים שונות, בין היתר באמצעות נגישותם למידע ציבורי רגיש, באמצעות הכוח שניתן להם כלפי הציבור מקבל השירות וכיוצא בזאת. בנוסף, עובדים אלו נתפסים בעיני הציבור כעובדי ציבור לכל דבר ועניין וכמי שמייצגים את השירות הציבורי. חריגה של עובדים אלו מנורמות ההתנהגות המחוייבות פוגעת אפוא באמון הציבור בשירות הציבורי באותה מידה כזו המבוצעת על-ידי עובד ציבור במובנו הקלאסי. המקרה שבפנינו מהווה דוגמא טובה להמחשת טענתי, והוא בוודאי אינו הדוגמא היחידה לכך.

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

10. השופט לוי, בחוות-דעתו בערעור, סבר כי הפרשנות המצמצמת, המתחייבת לטעמו מן הפרשנות הלשונית שיש ליתן להגדרת "עובד ציבור", מעוררת קשיים. השופט לוי מציין כי-

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

אף הנשיאה עמדה בחוות-דעתה על הקשיים שעולים מהפרשנות המצמצמת לסעיף 34כד, באומרה: "אין לחדד כי תוצאה זו נראית על פניה בעייתית, שכן היא מבחינה בין קבוצת העובדים לגביה יחולו עבירות השוחד לבין הקבוצה המצומצמת יותר של עובדים לגביה יחולו יתר העבירות המתייחסות לעובדי הציבור בחוק העונשין" (פסקה 25).

הנשיאה סבורה כי קושי זה מקורו בבחירתו של המחוקק לייחס חומרה רבה יותר לעבירת השוחד. אכן, הגדרת עובד ציבור בעבירת השוחד רחבה יותר וכוללת אף "תאגיד המספק שירות לציבור". עם זאת, תכליותיהן של עבירות השוחד ושל יתר העבירות הייחודיות לעובדי הציבור דומות הן, כפי שמדגישה אף המדינה בטיעונה, ואינן מצדיקות לטעמי פער כה משמעותי בין קבוצות העובדים עליהם תחול עבירת השוחד בלבד לבין קבוצת העובדים עליהם תחולנה בנוסף גם יתר העבירות. הפרשנות המוצעת על-ידי אינה יוצרת פער ניכר ובלתי מוצדק בין עבירות אלו, אלא שומרת על ההבחנה הראויה ביניהן. כך למשל, כאשר מדובר בגוף דו-מהותי, עובדיו, אשר תפקידם אינו מוסדר על-ידי חיקוק ונושא צביון ציבורי ברור, יכנסו תחת תחולת עבירת השוחד, שכן הם עובדי תאגיד המספק שירות לציבור (ראו עניין אבוטבול, בעמ' 305; ע"פ 8573/96 מרקדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 481 (1997)), אך לא תחולנה עליהן יתר העבירות הייחודיות לעובדי הציבור, שכן הם אינם מועסקים בשירות המדינה.

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

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

מן הכלל אל הפרט

12. לאור האמור לעיל נותרתי בדעתי, אותה הבעתי בפסק הדין נשוא הדיון הנוסף, כי יש להרשיע את העותר אף בעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה. הסדרת תפקידו של העותר בחוק להסדרת הבטחון, יחד עם המאפיינים הציבוריים שניתנו לתפקידו ואשר אפשרו לו להפעיל את כוחו וסמכותו לקבוע את תור הפונים ללשכה עמוסה באופן חריג, ויחד עם העובדה כי הוא מילא את תפקידו באחד מהמוסדות הציבוריים המובהקים ביותר, כל אלו מצדיקים לראות בו עובד ציבור על-פי סעיף 34כד, הן בחלופה הראשונה והן בחלופה העשירית. איני סבורה כי ישנו חשש שהעותר ביצע את מעשיו מבלי שידע כי טבועה בהם פליליות כלשהי. ראשית, אף בהתאם לפרשנות המצמצמת יותר של הנשיאה והשופט לוי קיבלו מעשיו של העותר גוון פלילי בעצם הרשעתו בעבירת השוחד. שנית, אין ספק לטעמי כי העותר, אותם אנשים כלפיהם חטא, וכך גם כל אדם מן היישוב, היו רואים במעשיו דבר אסור שהדין הפלילי חל עליהם. לסיכום, אם תישמע דעתי, הייתי מרשיעה את העותר הן בעבירת השוחד והן בעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה.

שופטת

השופטת א' פרוקצ'יה:

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

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

3. הפרשנות התכליתית של מעשה חקיקה צופה מעצם טיבה את פני העתיד, ומעגנת אל תוכה את הצורך המובנה להתאים את ההסדר החקיקתי לעיתות הזמן המשתנות, ולצרכים החברתיים המתהווים מעת לעת, הכל במסגרת המטרה שאותה מבקש החוק להשיג. שילובם של הצרכים המשתנים במסגרת תכלית החוק איננו רק מתיישב עם מטרת החוק. הוא מובנה בליבת התכלית עצמה, והוא עצם מעצמיה. ניתוק התכלית מהצרכים המשתנים ומהדינמיקה המשתנה של החיים מקפיא את המטרה בנקודת זמן היסטורית, שההיצמדות אליה עלולה לפגוע בהשגת מטרת החוק, ולהביא להחטאת היעד אותו התכוון מעשה החקיקה להשיג. במסגרת האופציות הלשוניות האפשריות של נוסח הכתוב, כך יש וראוי ליישם את תכלית החוק כדי להגשים באופן אמיתי ומלא את יעדיו.

התכלית

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

5. השגת התכלית המהותית הטמונה בהטלת נורמות פליליות מיוחדות על בעלי תפקידים ציבוריים, שנילווה להם שימוש בכח שלטוני, אינה מותנית בהכרח בקיום קשר של העסקה בין המדינה לבין ממלא התפקיד, ובקיום יחסי עובד ומעביד ביניהם. ישנן מתכונות העסקה שונות למילוי תפקיד ציבורי שנילווה לו כח שלטוני שאינן כרוכות בהכרח בקיום יחסי עובד ומעביד בין המדינה כמעסיק לבין ממלא התפקיד כמועסק. מתכונות ההעסקה הפורמלית של ממלא התפקיד אינה יסוד מהותי בגדר תכלית האיסורים הפליליים החלים על עובד ציבור, תכלית שעיקרה בהחלת נורמות התנהגות

מיוחדות על מי שממלא תפקיד בעל אופי ציבורי, שנילוויים לו סממנים של כח שלטוני, תהא אשר תהא המסגרת הפורמלית של העסקתו.

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

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

הנוסח המילולי

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

8. נפתח לצורך כך בהגדרת "עובד ציבור" על פי סעיף 34כד(1) לחוק העונשין, הישימה לצורך ענייננו לעבירת שימוש לרעה בכוח המשרה, בה הואשם העותר. הוראה זו מגדירה "עובד ציבור" כ"עובד המדינה, לרבות חייל, כמשמעותו בחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955". ענייננו מתמקד במושג "עובד מדינה" ובפרשנותו המילולית האפשרית. במיתחם האפשרויות המילוליות, ניתן לפרש "עובד מדינה" במובנו השגור ביותר כמי שמועסק כעובד בידי המדינה, וחל עליו חוק שירות המדינה (מינויים) התשי"ט-1959. מושג זה במובנו המילולי האמור, שם את הדגש על מסגרת ההעסקה הפורמלית של עובד המדינה, ומדבר בקיום יחסי עובד ומעביד בין המועסק לבין המדינה. אולם משמעות מילולית זו אינה היחידה האפשרית. למושג "עובד מדינה" בהגדרה בסעיף 34כד(1) לחוק לא שוייך תוכן פורמלי המצמיד אותו בהכרח למושג הטכני של "עובד מדינה" המקובל בחקיקה של שירות המדינה והחל על מי שמועסק על ידי המדינה במסגרת יחסי עובד ומעביד. שלא בדומה להגדרת "חייל" המופיעה אף היא בסק (1), והקושרת מושג זה במישרין עם חוק השיפוט הצבאי, המושג "עובד המדינה" נותר במילות הסעיף פתוח ובלתי מוגדר, והוא מאפשר, על כן, מרחב פרשנות מילולי נרחב וגמיש יותר, שאינו מחייב בהכרח קיום יחסי עובד ומעביד בין המדינה לבין המועסק. פירוש גמיש זה מתמקד במאפיין הפונקציונלי של התפקיד, על פי מהותו וטיבו. פרשנות מילולית אפשרית של המושג "עובד מדינה" בסעיף 34ד(1) לחוק מאפשרת, אפוא, את הרחבתו ופרישתו גם על מי שאיננו מועסק ישירות על ידי המדינה, ובלבד שהוא ממלא תפקיד בעל אופי ציבורי מובהק שנילוויים לו סממנים של כח שלטוני האופייני לתפקיד בשירות המדינה.

9. האופציה הלשונית המאפשרת פרשנות רחבה וגמישה יותר של המושג "עובד מדינה" לצורך הנורמות הפליליות הנוגעות לעובדי ציבור משתלבת ומתיישבת עם התכלית הטמונה ביסוד אותן נורמות, והיא - ליצור מנגנון הרתעה פלילי מפני שימוש פסול בכח שלטוני ושררה שלטונית המצויים בידיהם של ממלאי תפקידים ציבוריים, שהאזרח והציבור תלוים בהם. משמעות הדבר היא כי ניתן וראוי לפרש את המושג "עובד מדינה" על פי סעיף 34כד(1) כמתפרש לא רק על עובד המועסק

במישרין על ידי המדינה, אלא גם על מי שמועסק על ידי מעסיק שאינו המדינה, ובלבד שהוא ממלא תפקיד בעל אופי ציבורי מובהק שנילווים לו סממנים של כח שלטוני, שביצועו מוטל, דרך כלל, על המדינה. פרשנות זו מתיישבת ואינה סותרת את עקרון החוקיות והוודאות בדיון הפלילי.

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

10. אשר להגדרת "עובד ציבור" בהקשר לעבירות השוחד על פי סעיף 290 לחוק העונשין: הגדרה זו מעגנת אל תוכה את התוכן הכללי של מושג זה על פי סעיף 34כד לחוק העונשין, ומתווסף לתוכן כללי זה גם "עובד תאגיד המספק שירות לציבור". הגדרה מרבה זו נדרשה בשעתו, כאשר עיקר תפקידי המדינה בוצעו במסגרת שירות המדינה ובידי עובדי מדינה מן השורה, ומתן שירותים ציבוריים בידי תאגידים חיצוניים למדינה לא היה חזיון נפרץ. כיום, עם תהליך ההפרטה, ונוכח העברתם ההולכת וגוברת של פונקציות שלטוניות לידיים פרטיות, מטשטשת האבחנה בין ההגדרה הכללית של "עובד ציבור" על פי סעיף 34כד(1) לחוק, הכוללת גם "עובד מדינה" במשמעותו הרחבה והמהותית, לבין ההגדרה המרבה של "עובד ציבור" לצורך עבירת השוחד, הכוללת במפורש גם עובד תאגיד המספק שירות לציבור. הפרשנות התכליתית הרחבה של מושג "עובד מדינה" בסעיף 34כד(1) לחוק העונשין, המתבקשת עקב שינויי העיתים, עשויה לבלוע אל קרבה במצבים מסוימים את ההגדרה המרחיבה של "עובד ציבור" בסעיף 290(ב) לחוק העונשין לצורך עבירות השוחד, וההגדרות הללו עשויות לעיתים להתמזג ולחפוף זו את זו. עולה מהאמור, כי מכלול הנורמות הפליליות החלות על עובד ציבור - ועבירות השוחד בכלל זה - עשויות לחול על מי שממלא תפקיד בעל אופי ציבורי מובהק שיש בו סממנים של כח שלטוני, בין אם הוא מועסק במישרין בידי המדינה, ובין אם לאו.

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

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

שופטת

השופט א' א' לוי:

את דעתי באשר לסוגיה שהועמדה לבחינה הבעתי בפסק-הדין בע"פ 766/07, 867/07. גם לאחר שעיניתי בחוות הדעת של חברי למותב בדיון הנוסף, לא מצאתי מקום או צורך להוסיף דבר על האמור בחוות דעתי המקורית.

שופט

השופט א' רובינשטיין:

פתח דבר

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

ב. חברתנו הנשיאה פרסה יריעה רחבה, שבה הקיפה את השאלות הנדונות מכל צדיהן, ובסופו של עיון תמכה בתוצאת פסק הדין שבערעור. שאר חברינו הוסיפו איש כעטו הטוב וכנדבת רוחו. לא יתכן חולק באשר לתחולתה של תורת הפרשנות התכליתית בתחום דנא, כעולה מפורשות מלשון סעיף 34 לחוק, קרי, "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין" (הדגשה הוספה - א"ר); וראו גם דברי ח"כ דן מרידור בהבאת החוק לקריאה שניה ושלישית, דברי הכנסת י"ז באב תשנ"ד - 25.7.94, עמ' 9825 כי "המפרש צריך לראות לנגד עיניו את התכלית שלשמה נחקק החוק". השופט גרוניס נותר בעמדת יחיד באשר לנושא השוחד, ונקט דרך פרשנית שהיא "קלאסית" במובן השגור על פינא מאז הוינא טליא, מאז ימים רחוקים של לימודים בפקולטה למשפטים, קרי, שהחוק הפלילי מתפרש בצמצום, וגם כאמירה השגורה בעקבות חכמינו, כי אין עונשין אלא אם מזהירין תחילה. משמעה - של זו - ועוד אשוב לכך - כי יידע אדם אל נכון, אם ירצה בכך, מה תהא תגובת החוק הפלילי למעשיו ולמחדליו. שאר שופטי ההרכב, ואני בתוכם, הולכים בדרך הפרשנות התכליתית שנדרשה להכרעה כאן, אף כי נחלקו באשר למידת התפרסותה הספציפית במקרה דנא.

העובדות והשלכתן

ג. אם כל קושי בתיק זה נעוצה, כמובן, במצב עובדתי כפול העוטף את ליבת הפרשה, שיש ליתן עליו את הדעת כדי לגבש את הדעה המשפטית. איננו מדברים אך בתיאוריה המשפטית כשלעצמה, אלא במיוחד ביישומה לחוק הנוהג ולחיי המעשה. עסקינן במי - העותר - שניצל לרעה, כפי שפירטה הנשיאה, מעמד שקיבל כראש משמרת אבטחה, מטעם חברה פרטית שנשכרה לשם כך. בלשכת מינהל האוכלוסין במזרח ירושלים. המדובר במקום בעל רגישות גבוהה ומורכבות רבת שנים, שכבר היה נושא להליכים פליליים ומינהליים בבית משפט זה בשנות התשעים והאלפיים (ראו ע"פ 1877/99

מדינת ישראל נ' בן עטר, פ"ד נג(4) 695, 698 (השופט זמיר) ובג"צ 6884/01 עתיק נ' שר הפנים, פ"ד נז(1) 695, 702 (השופט - כתארה אז - ביניש)).

ד. כתב האישום המתוקן בשנית בו הודה העותר (ראו הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי מיום 13.6.06, מפי השופט רביד) מתאר את המצב בלשכת המינהל במזרח ירושלים כרקע כללי לאישומים כלהלן:

"הלשכה מטפלת בפניותיהם של כ-240 אלף תושבי מזרח ירושלים בענייני מינהל אוכלוסין, ובכללן בקשות מיוחדות ומורכבות בענייני תעודות מעבר, בקשות לאיחוד משפחה, בקשות לרישום ילדים, רשיונות ביקור בישראל, ענייני אזרחות ועוד.

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

בתור ללשכה ממתינים מדי יום מאות פונים, הנאלצים להמתין שעות רבות ברחוב מחוץ ללשכה תחת כיפת השמיים. התור הארוך יצר מצב בו העדיפו פונים רבים ללון ברחוב בסמוך לכניסה ללשכה כדי לתפוס מקום בתחילת התור, ותופעות אחרות של "מוכרי תור" בעלי זרוע. בעקבות חשדות ומקרי שחיתות קודמים קבע מנהל הלשכה, כי מאבטחים לא יורשו לחלק מספרים ולקבוע מי ייכנס ללשכה, ויתרכזו בבדיקה ביטחונית בלבד, ורק פקידי הלשכה יחלקו את מספרי התורים. לפיכך, על מאבטחי הלשכה הוטל לעמוד בסמוך לשער הלשכה, כדי לבדוק את הנכנסים בבדיקה ביטחונית, שלאחריה עולים הפונים לבניין הלשכה, שם הם מקבלים שירות מפקידי הלשכה."

הידהד בי, למקרא הדברים, שירו של נתן אלתרמן "כוחו של מתושלח" (הטור השביעי א' 217) בו דיבר באירוניה של אנטי-בירוקרט על ימיו של מתושלח, זקן בני אדם (969 שנים חי) (עמ' 218): "היתה הברוקרטיה חזיון רגיל, אבל על מי היתה היא אז לטורח? היתה שהות, היה אזרח אותו הדור נכנס אלי משרד במין חיוך אפילו. ששים-שבעים שנה חיכה הוא בפרוזדור, אבל ידע: חייו עוד רק התחילו. לא כן כעת. ... כעת בחששות כבדים האיש במסדרון ממתין. פחדיו טומן הוא... שונה הזמן... האיש במין מבט חודר לחתימה על טופס מחכה מתוח, ואחרי שנה-שנתיים לא יותר, הוא כבר מראה אותות של קוצר רוח."

ה. למצב עובדתי קשה זה נכנס העותר ב-2003 בנצלו פירצה - וכך סיכם חברי השופט גרוניס את מעללי העותר ושותפיו:

"בתקופה בה עוסק כתב האישום, עבד כהן בחברת האבטחה 'מיקוד' כאחראי משמרת של צוות מאבטחים בלשכה. המערער בע"פ 867/07 (להלן - חיג'אזי) היה בעל משרד הממוקם סמוך ללשכה, אשר הציע שירותי הדפסה וצילומי דרכון עבור ציבור הפונים. על פי האישום הראשון, המערער ומאבטח נוסף קשרו קשר לפיו יכניסו פונים ללשכת מינהל האוכלוסין ללא תור וזאת תמורת תשלום של כ-500 ש"ח לאדם. שיטת הפעולה שלהם הייתה זו: חיג'אזי היה פונה לאנשים שהגיעו לחנותו ומציע להכניסם ללשכה ללא תור תמורת תשלום. לאחר קבלת התשלום היה חיג'אזי מעביר את שם הפונה לכהן שדאג להכניסו תוך עקיפת התור. שיטת פעולה זו מומשה בעשרות מקרים וכל אחד מהמערערים שילשל לכיסו בסך הכל לפחות 15,000 ש"ח. על פי האישום השני, ביום 13.8.03

הגיעה סוכנת סמויה למשרדו של חיג'אזי והציגה עצמה כאחת מהמתנינים בתור ללשכה שלא הצליחו להיכנס. חיג'אזי הציע את עזרתו תמורת 500 ש"ח, וכאשר הסוכנת החלה 'להתמקח' על המחיר הציע להכניסה ללא תור וללא תשלום אם תסכים 'לצאת' עם אחד המאבטחים. הסוכנת הביעה את הסכמתה להצעה. חיג'אזי התקשר לכהן והלה הגיע למשרד, הביט בסוכנת ויצא. לאחר מכן התקשר חיג'אזי לכהן והאחרון אמר, כי הסוכנת 'מתאימה לו'. כהן השיג מפתחות של דירה בירושלים והוא והסוכנת נסעו לשם יחד. במהלך הנסיעה הבהירה הסוכנת לכהן כי היא נשואה והיא מסכימה לשכב עימו רק בגלל הבטחתו לעזור לה בעניין התור ללשכה. הסוכנת ביקשה מכהן שישמור את דבר הפגישה בסוד ואף הביעה חשש כי יתכחש להבטחתו. כהן הרגיע את הסוכנת, הבטיח שיעמוד בדיבורו והוסיף כי אם היא חוששת הוא מוכן לסדר לה כניסה ללשכה ללא תור גם אם לא תשכב עימו. בכניסה לדירה נעצר כהן על ידי המשטרה. האישום השלישי מיוחס לכהן בלבד. על פי פרטי האישום, במספר רב נוסף של מקרים ניצל כהן את מעמדו על מנת להכניס ללשכה אנשים ללא תור וזאת תמורת תשלום כספי, טובות הנאה או לבקשת חברים. במקרים אחרים, הכניס כהן נשים שהמתינו בטרם הגיע תורן, דרש מהן בתמורה את מספר הטלפון שלהן והטריד אותן אחר כך בטלפון. במקרים נוספים מנע כהן כניסת נשים ממתנינות שלא נענו לחיזוריו. כמו כן, סילק כהן מהתור אדם שהעיר לו על התנהגותו".

1. על מעללי העותר הרעים בניצול מעמדו להנאותיו אין מחלוקת. ברי כי כשעסקינן בנזקקים לשירותי הלשכה, עניין לנו באוכלוסיה שאיננה אזרחי ישראל, ורובה ככולה ערביי מזרח ירושלים, הבאים במגע לא פשוט עם הרשויות, ואשר בעבורם אלה המקבלים את פניהם מטעם הרשות, יהיו אשר יהיו, ובהם אנשי אבטחה, שעמם הקשר הראשוני, הם הם הרשות.

על ההפרטה

2. הנדבך העובדתי השני הוא היות האבטחה בלשכת מינהל האוכלוסין במזרח העיר - כאמור - מופרטת בעת הפרשה. אין חולק כי במובן של יחסי עובד-מעביד היה העותר עובדה של חברת אבטחה, המדינה - שם ובמקומות אחרים - הפריטה את שירות האבטחה. ברי כי הסבך המשפטי בענייננו יסודו במידה לא מבוטלת בתהליך ההפרטה, שהביא לכך שהעותר ושכמותו, המועסקים על-ידי גופים פרטיים, ממלאים בפועל תפקידים ציבוריים שמימים ימימה מולאו בידי עובדי המדינה (ראו למשל אלעד פינקלשטיין, המשטר המשפטי של הליך הגישור 56-70 (2007); וכן מאמרו "הפרטה ורגולציה של הליך הגישור", עיוני משפט (3) 623 (2008); זאת, בעוד שבהקשרים שונים לא מיהר המחוקק להתאים לכך את מערכות החקיקה, ועל כן נדרשת הפרשנות בה אנו עוסקים. עוד ראו זאב סגל ולילך ליטור, אקטיביזם ופסיביזם שיפוטי (2008), 251, 252.

ח. במאמרו "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית", משפט ועסקים ב' (תשס"ה-2005), 67 נדרש פרופ' יצחק זמיר (עמ' 80 ואילך) ל"מדינה מופרטת", ומתאר את תהליך ההפרטה שעבר על המינהל הציבורי, מטעמים שונים ומשונים, כך ששירותים שונים הועברו אל המשק הפרטי, ככל שהיה להם גם אופי עסקי; התהליך נכרך לשיטתו לא רק בפרקטיקה אלא באידאולוגיה, אשר "נובעת מתפיסה אינדיווידואליסטית של החברה, להבדיל מתפיסה קולקטיביסטית. בניסוח קיצוני, תמציתה של התפיסה הקולקטיביסטית היא שהפרט צריך לשרת את הכלל, ואילו תמציתה של התפיסה האינדיווידואליסטית היא שהכלל צריך לשרת את הפרט" (עמ' 83-84). להלן נדרש המחבר לפיקוח על הפעילות הפרטית, שהיעדרה כדבעי הביאנו עד הלום גם בתיק זה.

ט. ראו גם אבישי בניש, "מיקור חוץ בראי המשפט הציבורי: הפרטת תכניות 'מרווחה לעבודה' ובעיות כשלי הפיקוח", משפטים לח (תשס"ח-2008) 283, ותיאור השינוי הדרמטי בתחום זה (עמ' 284) וכן ראו האסמכתאות דשם; ד' ברק ארז "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" עיוני משפט ל' 461 (2008), שלדבריה "ההפרטה תמשיך כנראה להיות תופעה מרכזית בחיי הכלכלה והחברה בישראל, כמו גם במדינות מערביות אחרות" (עמ' 515). הדיון האקדמי בנושאים אלה נדרש גם לתצורות הפרטה של חלק מן השירותים המשפטיים של המדינה (ראו טליה פישר, "הפרטת המשפט", עיוני משפט (3), 517 (2008)).

י. מושג ההפרטה, שהוא בן כשני עשורים בישראל, חדר לאולמו של בית משפט זה בשנות התשעים. נדגים ככלל ראה בית המשפט את תפקידו בהקשר זה באופן מוגבל, שכן הנושא נתפס ביסודו כמדיניות, אשר בשכמותה ממעט בית המשפט להתערב. למשל, בבג"צ 5167/00 וייס נ' ראש

הממשלה, פ"ד נה(2) 455, 471 ציין הנשיא ברק כי "בית המשפט לא יורה לראש ממשלה ולחברי ממשלתו אם לנהוג במדיניות של הפרטה או במדיניות של הלאמה במסגרת סמכותה של הממשלה, עניין הוא לראש הממשלה ולשריו ולא לבית המשפט להחליט בו"; עוד לפני כן, בבג"צ 7198/93 מיטראל נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מח(2) 854, 844 נאמרו דברים ברוח דומה מפי השופט זמיר, ועוד ראו דברי הנשיא ברק בבג"צ 1064/94 קומפיוטסט ראשל"צ נ' שר התחבורה, פ"ד מט(4) 808, 820; ודברי השופטת שטרסברג-כהן. בע"א 975/97 המועצה המקומית עילבון נ' מקורות, פ"ד נד(2) 433, 447, בדבר "ניתוק" בין המדינה לגופים המופרטים.

י"א. כך מתחילה. ואולם, דומה שעם השנים נתברר כי ההפרטה אינה עניין חד-כיווני צופן ברכה אלא עמוסה היא בעיות מסוגים שונים. הרוח הגדולה שבאה, שכביכול נועדה למצוא מזור לאזרח מתחלואי הבריורקטיה הישנה, הכבדה והיקרה, הביאה עמה גם תופעות בעייתיות, בראש ובראשונה במובן של זכויות אדם, זכויותיהם של חלקים חלשים בחברה ובהם עובדים, אך גם תוך אפשרות פגיעה בנכסי הציבור ביום הפרטה (ראו דברי בבר"מ 1106/04 הועדה המקומית לתכנון ובניה חיפה נ' חברת החשמל, [פורסם בנבו] (2006); מאמרי "מקרקעי ישראל - מבט משפטי, תחיה לדורות - או בכיה לדורות", קרקע, 52 (2001), 21 וכן "קרקעות המדינה: משפט, צדק ומינהל תקין", קרקע 60 (2005), 9, 14, 30-31. ראו גם פרופ' י' אלתרמן, "ההפרטה הזוחלת בתחום החכירה טובה למשק, אבל לא צריך להמשיך אותה", קרקע, 52 (2001), 48. בע"מ 4011/05 דגש (סחר חוץ) ספנות נ' רשות הנמלים (פסקה ה'), לא פורסם [פורסם בנבו] (2008), נזדמן לי לעסוק ב"מולך ההפרטה", וחזרתי על הסתייגות משכבר מהפרטת-יתר, במקור בעניין המוביל הארצי, בביטוי "את אמא אין מוכרים"; ראו גם בג"צ 10104/04 שלום עכשיו נ' הממונה על הישובים היהודיים ביהודה ושומרון, פסקה ע"ז (לא פורסם, [פורסם בנבו], 6.4.05). כשלעצמי סברתי מזה זמן איפוא, כי אפשר שהמדינה הרחיקה לכת יתר על המידה בהפרטות למיניהן, וכאותה מטוטלת שנעה מקצה לקצה, ראוי לה שתנוח במקומה הראוי, באמצע. נזדמן לי לכתוב (רע"פ 228/05 יאגודייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 518, 520, כלהלן: "הרמב"ם בהקדמתו הנודעת לפירוש המשניות שלו למסכת אבות, הקרויה 'שמונה פרקים', בפרק הרביעי שכותרתו 'ברפואות חולי הנפש', מגדיר את המעשים הטובים כמעשים 'השווים הממוצעים בין שתי קצוות ששתייהן רע'; ולשיטתו מי שנטה לאחד הקצוות באופן מוגזם, הדרך להביאו לדרך האמצע היא להביאו תחילה לקצה האחר, 'נראה על איזה צד נטה ונעמוד כנגדו בהפכו עד שישב אל השווי, וכשישתוה נסלק ידינו מן ההפוך, ונשוב לעשות לו מה שיעמידנו על שוויו' (תרגום ר' שמואל אבן תיבון)".

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

י"ב. הרלבנטיות של כל אלה לענייננו היא בפתיחת הצוהר למשמעויות הבעייתיות של תהליך ההפרטה, שתיק זה נדרש אליהן בתחום הפלילי.

י"ג. ואכן, השלכותיה של ההפרטה על דיני העונשין דומה שטרם נדונו בבית משפט זה, אשר דן בהפרטה בהקשר המינהלי; ראו עם זאת אסף הראל, גופים דו-מהותיים: גופים פרטיים במשפט המינהלי (תשס"ח-2008), 128-129, 152-153. ומנגד שם 266-267. אך לדידי לקחיו של התיק עניינם עמידה על המשמר, בכל הנוגע לשירות הציבורי בתצורתו המופרטת, באשר לאמון הציבור במערכות המשרתות אותו. במסגרת זו עלינו, לדעתי, לשמר את אחריותם כלפי הציבור, לרבות בתחום הפלילי, של הממלאים תפקידים בעלי צביון ציבורי; תפקידים אלה הם לדעתי חלק מובהק מן השירות הציבורי במובן המהותי, ובגדרי דו-מהותיות יש ליתן ביטוי גם לפן הפלילי. עלינו לתת דעתנו לכך,

שהרי ייתכנו שאלות הקשורות - למשל - בבעלי מקצוע המועסקים על-ידי גופים פרטיים במובן של יחסי עובד-מעביד, אך נותנים שירות שבדומה לו ניתן על-ידי רופאים עובדי המדינה, למשל, רופאים בבתי סוהר, שחלקם אינם קציני שירות בתי הסוהר אך פועלים במסגרת השירות; וכמובן הדברים נאמרים כהדגמה בלבד ובלא חלילה פגיעה בפלוני. באשר לזכויות העובדים, כבר נאמרו דברים קצרים מעלה. ומנגד, השמירה על איכות השירות לציבור בעידן של הפרטה צריכה להיעשות במגוון אפיקים - ובהם בפיקוח מוגבר, ולטעמי, באמצעות החלת נורמות שמקורן במשפט הציבורי על גופים מעין פרטיים (ראו ד' ברק ארז, "הוראות המשפט המינהלי: בין חוקתיות להפרטה", עיוני משפט (כה) 503 (2001); איל פלג, ההפרטה כהצברה (2005); אסף הראל שם, 353; אמנון רובינשטיין וערן דויד "המדינה היא לא עסק פרטי", ספר דניאל (לכבוד פרופ' ד' פרידמן, נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים), 855 (2008)). כעולה מן התיק דנא, גם למשפט הפלילי תפקיד נכבד בתחום זה (ראו גם אסף הראל שם), בהחלת נורמות ואיסורים הראויים למשרתי ציבור גם על מי שלא נתפסו ככאלה בעבר, בעידן טרום ההפרטה; אולם ידוע ידעו היטב - או צריכים היו לדעת - כי הציבור שהם אמורים לשרת רואה אותם כשליחי המדינה, ואמון הציבור מוטל בכף. עתה עלינו לבחון, האם החלת הנורמות של המשפט הפלילי במקרה דנן היא חוקית והוגנת.

על החוקיות

י"ד. (1) טענה עיקרית העולה לאורך כל החזית בהליך דנא היא עקרון החוקיות, קרי, שאין להטיל עונש שלא על פי איסור חוקי הולם, ביסודו עומדת חובת ההגינות, שלפיה "אין עונשין אלא אם כן מזהירין", והיא מעוגנת בסעיפים 1, 3 ו-34 לחוק העונשין; וכדברי השופט גרוניס בערעור הפלילי נשוא הדיון הנוסף, כי "הגיונו של עקרון החוקיות תקף בעיקר כאשר מדובר בחוק פלילי המשרטט את הגבולות בין התנהגות אסורה ומותרת"; ראו גם ע"פ 4654/03 וליד נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (לא פורסם, [פורסם בנבו], 26.6.06); כן ראו דנ"פ 1558/03 מדינת ישראל נ' אסד, פ"ד נח(5) 547. מובן כי על המחוקק להקפיד על ניסוח נורמות פליליות בהירות ככל שהיד התחיקתית מגעת (ועל בית המשפט להקפיד עמו על כך). ואולם, אין עקרון החוקיות מונע הרשעה - ואם גם בגדרי פרשנות תכליתית - כאשר ברור שהנאשם היה מודע לחומרת מעשיו ולאיסור שבהם; "עם נבר תתבר ועם עקש תתפל" (שמואל ב' כ"ב, 27); המשפט הפלילי אינו כסוי עיניים, ועקרון החוקיות אין פירושו עקרון החסיד השוטה. אכן, יש דבר שובה לב ומעוגן ברגשי אנוש באמירה המקובלת, כי את המשפט הפלילי יש לפרש באורח דווקני, על פי סעיף 34 לחוק העונשין, שלפיו "ניתן דין לפירושים סבירים אחרים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין". אלא שכפי שהציגה חברתי הנשיאה, בסעיף שנחקק הוספו מעבר להצעת החוק המלים "לפי תכליתו" (ההדגשה הוספה "א"ר). ההיגיון אומר, כי יש לפרש סעיף זה (שכבר פורש בעבר בדנ"פ אסד הנזכר, למשל), במהותו כדאגה לעקרון החוקיות, לזכויות החשוד והנאשם, שאל מולם ניצבת מערכת האכיפה החזקה, וכמבטא שאיפה לבהירות מקום שבו מועמד אדם בסכנה של שלילת חרותו או סנקציה כבדה אחרת. אך בפרשנו את החוק מצוים אנו לזכור, עם זאת, גם את זכויות החברה והקרבנות להגנה ראויה של המשפט הפלילי, שלשמה נועד במידה רבה. זאת, כל עוד לא שב המחוקק להידרש לחקיקה בהקשר דנא עם תמורות העתים - מה שרצוי שייעשה, כפי שכתבה חברתי השופטת נאור והצטרף אליה חברי המשנה לנשיאה השופט ריבלין; דברים אלה יפה כוחם במיוחד נוכח התוצאה שאליה הגיע פסק דינו, המוכרע כמובן כדעת הרוב.

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

ט"ו. חברתי השופטת ארבל, עם שציינה בערעור הפלילי נשוא הדיון הנוסף - בהסכמה לדברי השופט גרוניס בערעור הפלילי - את חשיבות בהירותה של הוראת החוק הפלילי, הוסיפה כי

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

מנגד ציין השופט גרוניס בחוות דעתו בערעור הפלילי, כי בהירות הדין הפלילי "תושג על-ידי הימנעות ממתן פרשנות מחמירה אשר סוטה מן המובן הטבעי של הלשון כפי שזה נקלט בציבור - פוק, חזי מאי עמא דבר (צא וראה מה דובר [צ"ל נוהג - א"ר] העם) - תלמוד בבלי, עירובין י"ד, ע"ב".

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

ט"ז. כנודע, הנשיא ברק, בדרכו בפרשנות תכליתית, כלל בכך גם את הטקסט הפלילי. לשיטתו, אכן "משקל כבד יש ליתן לעקרון החוקיות בפלילים ולחזקות הנגזרות ממנו" (על פרשנותה של הוראה פלילית, מחקרי משפט י"ז (תשס"ב-2002), 347, 351), אך "המקום הגיאומטרי של הוראות סעיף 34כא, קרי, הפרשנות המקלה, הוא "מקום שכפות המאזניים מאוינות (צ"ל מעוינות - א"ר)... לאחר שהפרשן אמד את התכליות השונות, עימת ביניהן, והגיע למצב של חוסר הכרעה" (שם). ולהלן "ודוק: אין ההוראה קובעת כי יש לפרש דין פלילי לטובת הנאשם. ההוראה קובעת כי מקום שתכליתו של הדין מולידה פירושים נוגדים, יש להכריע במחלוקת על פי פירוש שמקל יותר עם מי שאמור לשאת באחריות הפלילית" (שם, 352); ראו דבריו בדנ"פ אסד הנזכר, 21; וכן רע"פ 228/05 יאגודייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 518, 520.

י"ז. אכן, ביקרו מלומדים את שיטתו של הנשיא ברק. המלומדים מ' קרמניצר ול' לבנון, "בית המשפט כמסייע לדבר חקיקה", מחקרי משפט י"ז (תשס"ב-2002) 403 מציינים (עמ' 411) כי "לפי עמדתנו, הכללים הפרשניים הרצויים הם הכללים שמכתיב עקרון החוקיות, ולפיו אין ענישה ללא אזהרה ברורה בחוק תחילה, ועל כן הגבול האחרון של האיסור הוא הגבול שקובעת המשמעות המקובלת של מלותיו. לכן, אין ללכת בעקבות תכלית ספציפית של איסור, כאשר זו תוחמת את האיסור בגבולות רחבים מאלה שמכתיבות המלים". לדידם, לעניין הדיבור "לפי תכליתו" שבסעיף 34כא, "השימוש בתכליות הספציפיות ייעשה אם כשלה הלשון, ואינה מספקת תשובה ברורה אחת, או ייעשה לשם צמצום תחום השתרעות האיסור הספציפי לפי לשון החוק" (שם). המלומד ב' סנג'רו כותב, ברוח דומה, "לעקרון החוקיות כמה הסברים עיקריים, המצטברים זה לזה. האחד - מתן אזהרה הוגנת לפרט - כרוך בחרות הפעולה של היחיד, המבוססת על ידיעה בזמן הפעולה של התחום האסור. שהרי, תפקיד מרכזי של דיני העונשין הוא הדרכה, הכוונה ואזהרה לשם מניעת עבירות ו(לא יצירת עבריינים וענישתם לאחר מכן; 'אין עונשין אלא אם כן מזהירין' "פרשנות מרחיבה בפלילים!?" עלי משפט ג' 165, 166 (2003)).

י"ח. גם המלומדים י' רבין וי' ואקו, דיני עונשין (תשס"ט-2008) מתארים (עמ' 76-74) את הביקורת על דרך יישומה של שיטת הפרשנות התכליתית במשפט הפלילי, ומבין השיטין עולה - דומני - הסכמה מסוימת של המחברים עם הביקורת האמורה; והם מייחסים לחוות דעתו של השופט גרוניס בערעור הפלילי נשוא הדיון הנוסף דנא (עמ' 77) "נסיגה זהירה מההחלה הבלתי מתפשרת של תורת הפרשנות התכליתית על פרשנותה של הוראה פלילית".

י"ט. מנגד נוקט המלומד ד"ר גבריאל הלוי, תורת דיני העונשין א' (תשס"ט-2009) בגישה התכליתית. הוא מטעים (עמ' 524) את תוספת המלים "לפי תכליתו" בסעיף 34כא, בשונה מן הנוסח שבהצעת החוק במקורה, ומתאר (עמ' 525) את מודל הפרשנות של הנורמה הפלילית בתרשים זרימה, לפי התרשים, ראשית הדברים ב"פרשנות דווקנית של ההיגיון המילולי... בנורמה הפלילית"; רק בהיעדר התאמה בין ההיגיון המילולי להיגיון המשפטי של הנורמה תיעשה - "פרשנות תכליתית של ההיגיון המשפטי... בנורמה הפלילית"; רק "אם הפרשנות התכליתית מניבה יותר מפירוש אחד להיגיון המשפטי של הנורמה הפלילית" - תבוא "בחירת הפרשנות המקלה עם הפרט". ואכן זהו המבנה בפסיקה, כגון בדנ"פ 1558/03 מדינת ישראל נ' אסד הנזכר, שם מצטט הנשיא ברק (עמ' 557) את השופט א' גולדברג, שאמר כי "סעיף זה מעגן בחוק את הפרשנות התכליתית בפלילים, והוא חייב את בית המשפט להפעילה" (ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221, 311 - ההדגשה במקור). המלומד ג' לוי מצייין (עמ' 526-525), כי "מבנה תלת שלבי זה של פרשנות ויישום הנורמה הפלילית הוכר בפועל בישראל ובעולם. בארצות הברית הוכר במסגרת זו, כי כלל הפרשנות המקלה לא נועד לסכל את תכליתה של הנורמה הפלילית לפגוע בהיגיון המשפטי של הנורמה הפלילית, וכי ההגעה לשלב זה של יישום כלל הפרשנות המקלה אינה בגדר חובה בכל מקרה ומקרה אלא לאחר מעבר שני השלבים הקודמים בלבד, לאחר שאלה לא הניבו את הפרשנות ההולמת"; דברים אלה מוסיפים שלב פרשני שלישי לאשר נקבע בע"פ 8578/96 מרקדו נ' מדינת ישראל, נא(5) 481, 500 וכן ע"פ 6696/92 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 535, 550, שניהם מפי השופט א' גולדברג, שם הותוותה נקבעה דו-שלביות - ראשית, קביעה אילו מן הפרשנויות המוצעות מגשימות את תכלית הנורמה הפלילית האוסרת; ושנית, מבין הפרשנויות נבררת זו המקלה עם הנאשם.

כ. אזכיר כי המלומדים יובל לוי ואליעזר לדרמן בספרם עיקרים באחריות פלילית (תשמ"א-1981), שנכתב אמנם בטרם נחקק סעיף 34כא, נדרשו לעקרון החוקיות (פרק ד, עמ' 62 ואילך), ומזכירים הם, הוא מיוסד על "המודעות לעוצמה האדירה שהענף הפלילי מקנה לאחראים על גיבושו ועיצובו, והחשש כי במסוה הגנה, כביכול, על ביטחון הציבור וטובתו ייעשה בה שימוש שרירותי, ותכליתם שמירת איזון בין כוחו של השלטון לבין חירות הפרט" (עמ' 62). עיקרון זה מתבטא, בין השאר, בדרישה כי החקיקה תנוסח בלשון ברורה וחד-משמעית. ובכך שעל בית המשפט להימנע מקביעת איסורים "על דרך היקש, גזירה שוה, או מכוח קל וחומר" (עמ' 67). עם זאת מציינים המחברים, כי דרגת בהירותו של חיקוק נבחנת לגופה, גם מתוך הכרה "שהדיון בנושאים מסוימים מחייב לפרקים שימוש בלשון חובקת יותר, ומטבע הדברים פסקנית פחות. שימוש במונח כולל או אפילו בביטוי בעל כפל משמעות לא גררו פסילת הוראה, אם משמעותה נותרה מובנת" (עמ' 70). ועוד הוסיפו, כי "המהפך במדיניות הענישה, גרר תפנית בגישת בתי המשפט לפרשנות חוקים פליליים. אין מערכת המשפט נוטה לאמץ כיום, כבדרך שיגרה, את דרך הפירוש המצמצם, ומניחה לכוונת המחוקק המפורשת או המשתמעת להכריע, אפילו תוליד זו לפירוש המרחיב את גבולות האיסור" (עמ' 77); ולהלן שם "... אין מהססים כיום ליתן פירוש מרחיב לחוקים פליליים שעה שהפירוש הולם בניסיונות העניין את כוונת המחוקק, וזאת תוך נטישת ההלכה בדבר פירוש מצמצם לחוקים אלה...". כאמור, דברים אלה נכתבו משכבר הימים, אך דומני כי תואמים הם את הדיבור "לפי תכליתו" שבסעיף 34כא לחוק.

על עקרון החוקיות במשפט העברי

כ"א. לעקרון החוקיות שורשים עמוקים במסורת המשפט העברי, וזאת בשני מישורים. תחילה, במישור של עיצוב הנורמה הפלילית: בניגוד לחוק העונשין הישראלי, למשל, בו מוגדרות העבירות על ידי ציון העונש המוטל בגינו (העושה כך וכך דינו כך וכך), בדין העברי הכלל הוא כי "לא ענש הכתוב אלא אם כן הזהיר" ראו מדרש אגדה בובר בראשית, כ'; בבלי יומא פא, א; בבלי כריתות ג, ב; ראו גם אנציקלופדיה תלמודית, א', ערך "אין מזהירין מן הדין" תרמ"ט; קרי, לעולם נקבע בדין הן "איסור" והן "עונש". ובלשון הרמב"ם: "כמו חילול שבת ועבודה זרה שאמר 'לא תעשה כל מלאכה' ו'לא תעבדם' ואחרי כן חייב סקילה למי שעשה מלאכה או למי שעבד... אי אפשר מבלתי היות אזהרה לכל מה שהתחייב עליו עונש" (ספר המצוות, הקדמה למניין המצוות; שם, לא תעשה קצה). בפירוש

המשניות מכות ג', א' אומר הרמב"ם, "... והוא מה שאנו אומרים, לא ענש הכתוב אלא אם כן הזהיר, ולפיכך אין אנו מוציאים לפועל שום עונש מן העונשין שלא אחר התראה"; ראו גם אליהו שוורץ "לא תקרבו לגלות ערוה": אכיפת מוסר במערכת המשפט פרשת השבוע 118 (א' הכהן ומ' ויגודה, עורכים); וכדברי אנציקלופדיה תלמודית (כרך א', ערך אזהרה טור תט"ו) "האזהרה היא תנאי מוקדם לכל חיוב עונש שבתורה...". עוד ראו המקורות המגוונים המובאים על-ידי יעקב שפירא, ממנה במחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים, בחוות דעתו "מרמה והפרת אמונים של עובדי ציבור", תשס"ט-2008. בע"פ 6070/04 שיח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(6) 76 נזדמן לי לומר כלהלן: "אגב דרכנו נעיר, כי את הוראת סעיף 34 אפשר לדמות במידה מסוימת לכלל התלמודי 'אין מזהירין מן הדין', קרי - אין לומדים אזהרת לאו (לא תעשה) מקל וחומר;

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

כ"ב. מישור נוסף, הקרוב במהותו לענייננו במיוחד, הוא מישור ענישת הפרט. כאן קובע המשפט העברי, כי תנאי לענישה (במיתה ובמלקות) הוא התראה בעברין עובר לביצוע העבירה: "מתרין בו: 'הוי יודע שאתה מזהיר על כך, והתורה אמרה שאתה חייב מיתה'; והוא אומר: 'יודע אני ועל מנת כן אני עושה'" (רש"י לבבלי חולין מא, א, ד"ה מאי; תוספתא סנהדרין יא, א; משנה סנהדרין ה, א; בבלי סנהדרין מ, ב; רמב"ם, סנהדרין יב, ב, טז, ד; רמב"ם, ספר המצוות, לא תעשה סא; רמב"ם, פירוש המשניות, מכות ג, א).

אשר ליסודה של ההתראה, "לא ניתנה התראה אלא להבחין בין שוגג למזיד" (בבלי סנהדרין ח, ב, עב, ב; בבלי מכות ו, ב, ט, ב; רמב"ם, סנהדרין יב, ב; ספר החינוך לב); דהיינו, ההתראה נועדה לוודא שהעברין מודע הן לכך שהוא עומד בפני איסור, והן לעונש הקבוע בצידו. משום כך, סבר רבי יוסי בר יהודה ש"חבר [תלמיד חכם] אין צריך התראה" (בבלי סנהדרין ח, ב, עב, ב; בבלי מכות ו, ב, ט, ב; שו"ת הרשב"ש ר' שלמה בן שמעון דוראן, אלג'ר, המאה הט"ו, ריג), שכן ניתן להניח ש"חבר" מודע לאיסור ולעונש. ברוח דומה, על "הבא במחותרת" - פורץ הבא בהחבא - נאמר, שאין צריך התראה, שכן "מחותרת זו היא התראתו" (בבלי כתובות לד, ב; בבלי סנהדרין עב, ב); קרי, ההתגבבות בסתר מעידה על מודעותו של הגנב לאיסור ולמחיר העשוי להשתלם אם יבקש בעל הנכס לעמוד על ממונו (ראו ערך "התראה" אנציקלופדיה תלמודית כרך יא, מ"ח; גלעד בארי "עד שיראוהו טעמו של דבר" - בין אזהרה להתראה" דף קשר 1018 (ישיבת הר עציון, מסעי תשס"ה)). יש איפוא, במשפט העברי, מי שמוחזקים כיודעים לפני מה הם עומדים בקשר לעבריינות פוטנציאלית. ועוד, נחלקו תנאים אם יש צורך להודיע למותרה רק שהוא עלול להתחייב במיתת בית דין, או אף באיזו מיתה ממש (בבלי סנהדרין פ', ב', ב'), ונפסק להלן (רמב"ם סנהדרין י"ב, ב') כי די בהתראה במיתה בכלל (ראו גם א' קירשנבאום, הרשעה עצמית במשפט העברי, תשס"ה, 228). כותב הרב ש"ז אורבך בעל שו"ת מנחת שלמה א', פ"א לגבי האזהרה, "דאפשר שרק מידה היא בתורה שלא ענש הכתוב אלא אם כן הזהיר, אבל לאחר שהכתוב הזהיר, אין זה הכרח שהעונש תלוי דווקא בכל תנאי האזהרה".

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

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

העבירות במקרה דנא: השוחד

כ"ה. נבוא עתה אל העבירות שעבר העותר. אין בידי להוסיף על נימוקי חברתי הנשיאה, להם אני מצטרף, בעניין עבירת השוחד בהקשר דנא, קרי, פרשנות המשנה - בהמשך לפסיקה קודמת ומתפתחת - את הלכת ע"פ 472/74 אבוטבול נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(2) 30. חיים אנו בעולם אחר לחלוטין מאשר לפני שלושים וארבע שנים ועל כך לא יתכן חולק. כדברי הנשיאה, אין מניעה לאמץ גישה פרשנית למונח "תאגיד המספק שירות לציבור" באופן שיגשים את תכליתו. ניתן איפוא לראות את החברה שמטעמה הוצב העותר ללשכת מינהל האוכלוסין כ"תאגיד המספק שירות לציבור" בגדרי התפקיד שמילאה במערך האבטחה של משרד הפנים, ולכן אין מניעה לראות בעותר "עובד של תאגיד המספק שירות לציבור" לפי סעיף 290(ב) לחוק העונשין, ולהרשיעו בלקיחת שוחד וניסיון ללקיחת שוחד.

העבירות במקרה דנא: שימוש לרעה בכוח המשרה

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

כ"ז. נבחן לעניין זה את עיסוקו של העותר בגדרי הוראות החוק. העותר עמד בראש משמרת של צוות מאבטחים בלשכת מינהל האוכלוסין במזרח ירושלים, והוא ומאבטח אחר עמו וכן מתווך "פתחו עסק" של עקיפת התור - בלשכה שהיתה נודעת בתוריה, כאמור - תמורת תשלום, וכן טובות הנאה אחרות, לרבות עניינים שבתחום המיני. היש מי שיוכל לומר ברצינות כי בעיני אוכלוסיית הפונים ללשכה זו, ואוכלוסיה זו במיוחד, לא נתפס העותר כעובד המדינה? העובר בנמל התעופה או במחסום, כלום יש עמו ספק כי מאבטח המצוי שם, יהיו הבגדים או המדים שהוא לובש אשר יהיו, מדי משטרה או מדי חברת אבטחה או כל בגד אחר, הוא "מייצג מדינת ישראל"? והלא כל מי שהיו נכונים לשלם לעותר כספים, למשל, עשו כן מפני שהוא היה בעיניהם איש שירות המדינה, ובידו להניע את הגלגלים ולקרב את השירות. הלא אילולא סמכות שנטל העותר לקבוע סדרים כאלה ואחרים בלשכת מינהל האוכלוסין - אף אם היתה נחזית, לא היו הפונים נענים למשאלותיו, והאין זה שימוש ברעה בסמכות על-ידי עובד הציבור - שהרי רק כעובד הציבור היתה האפשרות לנטילת הסמכות, ואם כן הוא הוא, בגדרי השכל הישר, שימוש לרעה בסמכות, בכוח המשרה.

כ"ח. ועוד: בנידון דידן, במהות, אין בלבי "חשש שהעותר ביצע את מעשיו מבלי שידע כי טבועה בהם פליליות כלשהי... אין ספק לטעמי, כי העותר, אותם אנשים כלפיהם חטא, וכך גם כל אדם מן היישוב, היו רואים במעשיו דבר אסור שהדין הפלילי חל עליהם" (כדברי השופטת ארבל, פסקה 12 לחוות דעתה בדיון הנוסף). כלום ניתן להעלות על הדעת שהעותר חשב שמעשיו הם כדין? ואם כן אין עומדת כל עיקר שאלה של אזהרה מראש. הפרשנות הניתנת לדיון, ולענייננו להגדרת "עובד ציבור" שבסעיף 34, חייבת לחיות את רוח הזמן, זו שגם העבריינים חיים בתוכה, ויודעים הם בעליל את משמעות מעשיהם כעבירה; עלינו לשקלל גם את הבנתו של האדם מן היישוב, לא זה שבבועה, לנורמה. הקהל הבא ללשכת מינהל האוכלוסין ורואה את העותר עומד ו"מסדר את העניינים", מחלק מספרים ונוהג מנהג בעל בית, ברצותו יעכב וברצותו יאפשר לעקוף את התור, ברי לו בתודעתו שהמדובר בשלוח המדינה. אין הוא יכול וצריך לדקדק בשאלה אם המדובר בעובד קבוע של משרד הפנים, בעובד ארעי, בעובד מופרט או בעובד חברת אבטחה. האיש האומר לו ימינה פנה, שמאלה פנה, המתן, לך לאשנב כך וכך, הוא משרד הפנים, הוא "עובד הציבור", ואף העותר (וכאן עיקר) הנוהג מנהג בעל בית ויוצר מצג אשר כזה, חושף לדעתי עצמו לחוק הפלילי גם בגדרי שימוש לרעה בכוח המשרה. אילולא כן, סבורני כי ייפגם בהקשר זה עד מאוד האמון שכולנו מדברים בו, במשרדי הממשלה ובעובדי הציבור; גם אם נניח כי יתכנו מאבטחים מסוגים שונים, ואכן הפכה במובנים אלה הארץ המובטחת ל"ארץ המאובטחת", המקרה דנא מבליט את האדנות ומנהג בעל הבית שנהג העותר, ושוברו בצדו, בהתאם.

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

ל'. אשר לחלופת "עובד המדינה", אודה כי התלבטתי בעניין זה תחילה, אך לאחר העיון באתי לכלל מסקנה כי ניתן להחיל חלופה זו, מטעמיהן של חברותי השופטות ארבל ופרוקצ'יה. לדידי, בכל הכבוד, ניתן להכליל מקרה זה גם במבחנים ששירטטה חברתי הנשיאה בפסקה 23 לחוות דעתה לעניין ראייתו של מי שאינו עובד פורמלי של המדינה, תוך קביעה כי הפרשנות המגשימה "במידה רבה ביותר את תכליתה של חלופת עובד המדינה" היא זו שלפיה תחול ההגדרה "אף על עובדים שאינם מועסקים בשירות על ידי המדינה; ובלבד שהתפקיד... משתלב בתחומי הפעולה העיקריים של היחידה הרלבנטית בשירות המדינה"; קרי, התפקיד הוא "בעל מאפיינים מסוימים שהופכים את תכליותיהן של אותן נורמות (של הדין הפלילי - א"ר) לרלוונטיות לגביו...". אכן, פשוט יותר מקרה שבו - למשל, כפי שגם אירע - בלשכה משפטית של משרד ממשלתי מועסקים חלק מן העובדים, מטעמי תקינה ותקציב, כעובדי עמותה, כך גם רופאי בית הסוהר כאמור, אך לטעמי גם המקרה דנא בכלל, כפי שאפרט להלן.

ל"א. כידוע הגדרת עובד - בתחומי משפט שונים - עשויה להשתנות במקרים שונים, וראו ע"פ 288/81 קישלס נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 617 (השופטת כתארה אז - בן-פורת); בג"צ 1583/94 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט(3) 469, (השופטת שטרסברג-כהן). נזכיר עוד, כי המחוקק, בסעיף 34כד, ביקש "ללכוד" לצורך הגדרת עובד הציבור תפקידים מתפקידים שונים, במוסדות המדינה ובמוסדות הקשורים עמה באופן כזה או אחר, אם ברשויות מקומיות ובמועצות הדתיות, אם בבנק ישראל ובשירות התעסוקה, ואם בהסתדרות הציונית ובסוכנות היהודית; אבל גם בשוליים רחוקים יותר, כמו גופים שהממשלה משתתפת בהנהלתם וחברות ממשלתיות, ואפילו בורר. "סל" רחב זה, המדבר בעדו, מצדיק לעניות דעתי פרשנות ההולמת אותו, והרי אף לשיטת חברתי הנשיאה, התפקיד שמילא העותר הוא "בעל חשיבות מעשית רבה שאף עשויות (להיות) לו, כעולה מנסיבות המקרה דנן, השלכות בלתי מבוטלות על הציבור הנזקק לשירותי משרד הפנים". חרף זאת סברה חברתי הנשיאה, כי מדובר בסופו של יום בתפקיד הנמצא בשולי תחומי הפעילות המרכזית של משרד הפנים, וכך גם סבר חברי השופט ג'ובראן. אכן, על פני הדברים עסקינן בתפקיד שאינו מרכזי; אילו מילא העותר אך ורק את משימות האבטחה, בדיקת הבאים וחפציהם וכדומה, אולי ניתן היה לראותו כמצוי בשוליים; אך בנסיבות המיוחדות של המקום - לשכת מינהל האוכלוסין במזרח ירושלים - כפי שתוארו מעלה, ובעיני הקהל הנזקק לשירותיה של הלשכה, מי שקובע את סדר הכניסה הוא פניו של משרד הפנים, הוא פניה של המדינה - פנים מכוערות, כפי שציין השופט רביד בבית המשפט המחוזי. השוליות מיטשטשת איפוא וצומחת "מעין מרכזיות", באופן שבאותו מקום ובאותו תפקיד משול היה העותר בעיני הנזקקים ללשכה לעובד המדינה. בגדרי "הפרשנות השלבית", משנמצא - גם לדעת חברתי הנשיאה - כי הפרשנות המילולית סובלת את הפירוש התכליתי, איננו עוסקים עוד בביררה "מקלה" אלא ביישום לעובדות המקרה, ודעתי כאמור שלענייננו היה מקום לראות את העותר כעובד המדינה.

ל"ב. אשר לחלופת ה"חיקוק" - נוכח כל האמור מעלה באשר לסעיף 34כד ותכליתו, הגעתי בסופו של יום, ולא בלי התלבטות, למסקנה - כחברתי השופטת ארבל - כי הסדרתו של מאבטח בחוק להסדרת הביטחון עולה כדי היותו "נושא משרה או תפקיד על פי חיקוק". סבורני כי במציאות הישראלית בתחום הבטחוני, משטח המחוקק והסדיר את סמכויות האבטחה בגופים הציבוריים, וזו חלה על מאבטחים ושומרים, ולא אחזור על אשר כבר נכתב בידי חברתי השופטת ארבל. יש לראות את

הפועלים בתחום האבטחה כפועלים על פי חיקוק. בנסיבות אלה, אין בידי להצטרף לדעה כי חלופה זו מצומצמת לתפקידים שנוצרו על-ידי החוק.

ל"ג. ועוד, לדידי, יש להתחשב בפרמטרים נוספים בשאלה אם בעל תפקיד מסוים הוא "עובד הציבור" לעניין חלופה זו. בין היתר, ומבלי לקבוע מסמרות, יש להביא בחשבון את ממדי הסדרת התפקיד בחוק, וכן את מידת "ציבוריותה" של הסדרה זו - קרי, עד כמה נטועים דברי החקיקה המסדירים את התפקיד בתפיסתו כבעל צביון "ציבורי". לטעמי, אכן תומכים הקריטריונים הללו במקרה דנא במסקנה שיש לראות בעותר "עובד ציבור" (ראו פסקה 6 לפסק דינה של השופטת ארבל בערעור הפלילי, והתייחסותה בין השאר להיסטוריה החקיקתית הרלבנטית). אומר כדי להפיס דעת חברתי הנשיאה, כי אינני סבור שכל עיסוק המוסדר על פי חיקוק - למשל רופא, עורך דין וכדומה - הופך בהכרח עובד ציבור; עיינתי גם בפסק הדין בע"פ 10735/04 גולדמן נ' מדינת ישראל (לא פורסם) [פורסם בנבו] ובדברי חברותי השופטות נאור וארבל שם, ומסכים אני כי לא עצם נשיאת תפקיד בתאגיד כלשהו הופך את נושא התפקיד לעובד ציבור. לטעמי אמת מידה חשובה היא גם מקום העבודה של בעל התפקיד ולעניינינו המאבטח. אכן, אין זה פשוט לערוך הבחנה בין מאבטח למשנהו, ואף אני רואה קושי בהטבעת חותם עובד הציבור על מאבטח בחברות תקשורת וספנות, כעולה מן התוספות לחוק, שבהן עירב המחוקק בין משרדי ממשלה או הקרובים להם לגופים פרטיים בתכלית, כמו חברות תעופה וספנות. כשלעצמי גם איני בטוח אם לא היה המחוקק מיטיב אילו ערך הבחנה בין אלה בהוראות החוק ובתוספות. אך בסופו של יום, אמת המידה האמורה היא הרלבנטית: מאבטח הפועל על פי חיקוק, שכן חוק הסדרת הביטחון חייב (סעיף 13) מינוי מאבטח, והוא מצוי במקום שירות שעובדיו הם עובדי ציבור, יהא לצורך העניין עובד ציבור. לא אכחד, תיתכן טענה, כי יתכן שהיום תציב חברת האבטחה את המאבטח במקום פלוני ומחר במקום אלמוני, ופעם ייחשב לעובד הציבור ופעם אחרת לא; אף על פי כן, משהקנה המחוקק למאבטחים סמכויות שלטוניות בחוק להסדרת הביטחון, ומשהוצב אדם ביחידה בשירות המדינה כמאבטח, יש לראות לכאורה כממלא משרה גם על פי "חלופת החיקוק".

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

שׁוֹפֵט

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

1. מסכים אני למסקנתה של חברתי הנשיאה ד' ביניש לפיה תעמוד בעינה תוצאת פסק-הדין נשוא הדיון הנוסף. כמוה, גם אני סבור כי נכון היה להרשיע את העותר בדנ"פ 24/08 (כהן) בעבירות של לקיחת שוחד וניסיון ללקיחת שוחד ולזכותו מהעבירה של שימוש לרעה בכוח המשרה. אסביר את עמדתי בתמצית בלבד.

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

3. עם זאת, בעניין המבחן המתאים ביותר לעניין פרשנות המונח "עובד המדינה", איני סבור כי נכון יהיה לאמץ את אותו מבחן מוצע (מבחן "ליבת העבודה"), אשר בוחן את מידת הקרבה שבין התחום בו מועסק העובד לבין ליבת העבודה הנעשית באותו גוף ציבורי, כמבחן מנחה. אימוץ מבחן שכזה עלול לעורר קשיים רבים (אף מעבר לאלו הקיימים) באופן כללי, ובפרט באשר לפגיעה בעיקרון החוקיות ובוודאות המשפטית ביחס לפרשנותן של הוראות החוק הפליליות בהן אנו עוסקים. באופן דומה, לשיטתי, לא ניתן לפרש את המונח "עובד המדינה" ככזה שפירושו "עובד בשירות המדינה" (פס' 7 לחוות דעתה של הנשיאה וכן פס' 3 לחוות דעתה של השופטת מ' נאור), או ככזה הכולל בחובו כל אדם הממלא "תפקיד בעל אופי ציבורי מובהק שנלווים לו סממנים של כח שלטוני, שביצועו מוטל, דרך כלל, על המדינה" (פס' 9 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה). עמדה זו היא למעשה עמדת המדינה - אשר חברתי השופטת ע' ארבל מאמצת (פס' 8 לחוות דעתה) - הסבורה כי על בית המשפט להרחיב את הגדרת "עובד הציבור" בדרך פרשנית בכדי לקבוע את תחולת הנורמות הפליליות על עובדים בתפקידים שונים הקשורים למתן שירות לציבור "בעידן ההפרטה". לדעתי, אין לקבל עמדה זו, אף כי יתכן שהדבר תואם את התכלית שאותה בא הסעיף להגשים. כל המבחנים האמורים נוצרו על מנת לגשר על הפער שבין לשון החוק, תכליתו והמציאות של ימינו והם כולם מעלים שאלות. דעתי בעניין, כאמור, היא שהמונח "עובד המדינה", פשוטו כמשמעו, נועד לתפוס בחובו רק את אותם עובדים שבינם לבין המדינה קיים קשר העסקה מובהק - הנופל אך במעט מקשרי העסקה ישירים. הדגש צריך שיהיה על מערכת היחסים שבין המדינה לבין העובד ולא דווקא על אופי ומהות התפקיד שהוא ממלא (או קרבתו לגרעין פעילותו של הגוף הציבורי). כך, למשל, ניתן להעלות על הדעת מקרים שבהם יהיה מוצדק לכלול בהגדרה האמורה גם עובד המועסק בתפקיד שולי לתפקידו של הגוף הציבורי שבו הוא מועסק, ושאינו בעל סממנים של כוח שלטוני; זאת אם מתקיים קשר העסקה מובהק בין המדינה לבינו.

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

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

במשקל הרב שיש ליתן לעיקרון החוקיות (על נגזרותיו השונות). אכן, כפי שציין חברי השופט א' גרוניס, מלשון ההגדרה עולה כי המוקד הוא בתאגיד עצמו ולא בעובד. אלא שלדעתי, מרכז הבחינה הוא בשירות שנותן התאגיד בנקודת הזמן והמקום הרלבנטיים. כך נלמד מתוך לשון החוק עצמה וגם מתכליתו. בענייננו, אין ספק, לדעתי, כי התאגיד, באמצעות כהן, סיפק במועד הרלבנטי שירות לציבור – כך נראה עובד התאגיד בעיני הציבור שנזקק לשרותיו וכך פעל התאגיד באותה נקודת זמן. כיוון שכך, אני מבקש להותיר בצריך עיון את המבחנים הנוספים שמציעה חברתי הנשיאה מעבר למבחני העזר שנקבעו זה מכבר בפסיקה.

6. המקרה שלפנינו הוא אכן מקרה חמור של עובד המנצל את תפקידו לשם השגת טובות הנאה פסולות וניצול לרעה של כוח שלטוני שהופקד בידי. מתן כוח וסמכויות שלטוניות בידי פרטים וחברות פרטיות מעורר שאלות סבוכות בעלות משמעויות ציבוריות רחבות החורגות מגדרו של המקרה הפרטני של העותר. משהועבר הכוח השלטוני לידי "עובדי הציבור", אין חולק שהדבר מחייב ריסון ופיקוח על הפעלתו. עם זאת, יש להבטיח שהרתעתם של אותם העובדים על ידי הדין הפלילי תעלה בקנה אחד עם עקרונות העל של הוראותיו של החוק הפלילי ואופן פרשנותו. אין חולק שהמעשים שבוצעו הם נתעבים ויש להוקיעם ולשרשם מן השירות הציבורי ובכלל. אין חולק גם כי ראוי שעל מעשים דוגמת אלו שעשה העותר יחולו ההוראות המחמירות החלות על עובד הציבור ואין ספק כי הערכים שעליהם מבקש החוק הפלילי להגן אכן נפגעו על ידי מעשיו של העותר. יחד עם זאת, המחוקק לא השכיל להגדיר את "עובד הציבור" לצורך החלופות שבסעיף 34כד לחוק העונשין באופן שיכלול ויבטיח הגנה מלאה לערכים החשובים והחיוניים הללו; זאת במיוחד נוכח השינוי המשמעותי שעבר המגזר הציבורי, שהוביל לכך שבפועל ישנם עובדים רבים אשר אינם נכללים כיום בהגדרה אף שנכון יהיה לראותם כ"עובדי ציבור" (השוו לדין האמריקאי: 18 U.S.C. § 201(a); וגם לדין דומה בהקשר לעבירת השוחד (1984) 465 U.S. 482 (Dixson v. U.S.)). נושא זה והסוגיות העולות בהקשר זה מחייבים, לדידי, ליבון ציבורי ולו רק משום שנודעת להם השפעה רחבת היקף על החברה והמדינה. הדברים הללו נכונים בהתייחס לכלל ההגדרות שנידונו בפסק הדין נשוא הדיון הנוסף. כמו חברי השופטים א' א' לוי ו-ע' ארבל אני סבור שיש להרשיע את כהן בעבירות השוחד.

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

המשנה לנשיאה

השופט א' גרוניס:

1. את עמדתי בסוגיות שעלו בדיון הנוסף הבעתי בדעת המיעוט שלי בפסק הדין העומד לדיון נוסף (ע"פ 766/07 וע"פ 867/07). עמדתי הובאה שם בהרחבה. איני רואה כל טעם לחזור על הדברים. נותרתי בדעתי, שהינה דעת מיעוט אף בדיון הנוסף. אקדיש מילים קצרות למחלוקת העקרונית שבין חברותי וחברי לביני. לא אתייחס שוב לשאלה הקונקרטי של הגדרת המושג "עובד הציבור" או "תאגיד המספק שירות לציבור".

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

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

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

3. גישתם של חברותי וחברי אינה נותנת משקל ראוי, לטעמי, לעיקרון החוקיות, ומביאה למעשה לאיזון של סעיף 34כא לחוק העונשין. סעיף זה מורה, כי כאשר דין ניתן "לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו" תיפול ההכרעה על פי הפירוש המקל עם הנאשם. משמע, הבחירה של הפירוש המקל מותנית בכך שקיים יותר מפירוש סביר אחד להוראה הפלילית העומדת לבחינה. הדרך בה הולכים שופטי הרוב מביאה לכך כי לעיתים נדירות ביותר, ימצא שקיים יותר מפירוש סביר אחד. אזכיר, כי לפני למעלה משלושים שנה עמד בית משפט זה בפני דילמה פרשנית דומה מאוד לזו שעלתה במקרה הנוכחי (ע"פ 472/74 אבוטובול נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(2) 301 (1975)). אף שם מדובר היה במאבטח שהועסק על ידי חברת שמירה פרטית שעבדה בשירות גוף ממשלתי (שם הועסקה חברת השמירה על ידי המכס או רשות הנמלים). המאבטח הואשם בשוחד. בית המשפט העליון החליט לזכותו, משמצא כי אין הוא בא בגדר הדיבור "עובד הציבור" או עובד של "תאגיד המספק שירות לציבור" שבחוק העונשין (מדובר היה בדין שחל באותה עת; בהגדרות הרלוונטיות לא חל שינוי מאז). האם ניתן לומר כי הפרשנות שניתנה למושג "עובד ציבור" לפני שלושה עשורים ויותר אינה בגדר פרשנות סבירה? אם נאמר כך יסתתמו טענותי. דומני, כי אין מנוס מן הקביעה כי הפרשנות שניתנה אז בהחלט סבירה היא. אם כך, האם אין חייבים אנו להפעיל את כלל ההכרעה המורה לנו שבמקרה כזה יש לבחור בפירוש המקל עם הנאשם? תשובתי לשאלה זו הינה ברורה מאליה. הן הפרשנות שניתנה בבית משפט זה בעבר הינה סבירה והן הפרשנות שניתנה על ידי שופטי הרוב בעניין דנא סבירה היא. משכך, חובה עלינו לבחור בפרשנות המקלה. אכן, בחירה זו קשה משום שעלולה היא להוביל במקרים מסוימים לזיכוי של אדם שביצע מעשים מכוערים ובלתי מוסריים. ברם, אין להימלט מכך, על פי שיטתי, אם רוצים אנו לקיים את העקרונות הבסיסיים ביותר של המשפט הפלילי. מכל מקום, וכפי שיוסבר בהמשך (פיסקה 6 להלן), במקרה הנוכחי לא יצא העותר פטור בלא כלום משום שלדעתי יש להרשיעו בעבירה של עושק.

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

5. ניתן לטעון כי אין לקבל את גישתי הפרשנית במקרה דנא, שכן היא מובילה לתוצאה לפיה יזוכה אדם, אשר לכל הדעות ביצע מעשים פסולים. ניתן להוסיף, כי לכל אדם ברור שאסור לעשות את מה שעשה העותר. כזכור, הארועים נשוא האישומים נולדו עקב מצב הדברים העגום בלשכת משרד הפנים בירושלים. מידי יום צבאו אנשים רבים על דלתות הלשכה, ולא כולם הצליחו לקבל את השירות לו הם נזקקו. נסיבות אלה גרמו לכך שבעלי זרוע תפסו מקומות בתור ומכרו אותם. העותר שימש כאחראי משמרת של צוות מאבטחים בלשכה. העותר, שפעל במשותף עם אחרים, דאג להכניס אנשים ללשכה ללא תור תמורת תשלום. במקרה מסוים דרש העותר טובת הנאה מינית מאשה שנזקקה לשירותיו של משרד הפנים. מסכים אני שכל אדם שהיה ממלא את תפקידו של העותר, גם אם אינו מכיר את דיני העונשין, היה יודע בתוך תוכו שמעשים מעין אלה שביצע העותר אסורים הם בתכלית האיסור. ניתן להוסיף ולטעון כנגדי, כי אם כך הדבר, אין כל חשש לפגיעה בהיבטים מסוימים של עיקרון החוקיות. אם הנחתנו היא שכל אדם יודע שמדובר במעשים אסורים, אין חשש שאדם ימצא אשם בשל מעשה שלא ידע מראש כי הוא אסור.

6. הטיעון האמור, שאין ספק כי מבחינה עקרונית הוא בעל משקל רב, מתעלם מכך שמעשיו של העותר יכולים לבוא תחת עבירה אחרת הקיימת בדין הפלילי, היא עבירת העושה (כאמור בסעיף 431 לחוק העונשין), ולא דווקא תחת עבירת השוחד. עניין זה הוסבר על ידי בדעת המיעוט בערעור נשוא הדיון הנוסף (ע"פ 766/07, ע"פ 867/07, פסקה 25 ואילך). העונש המירבי שניתן לגזור בגין עבירת עושה הוא מאסר של שנה אחת. לעומת זאת, העונש בשל עבירה של שוחד, כאמור בסעיף 290(א) לחוק העונשין, הוא שבע שנות מאסר. הפער בין העונשים, על רקע הנסיבות, מצדיק היזקקות לכלל ההכרעה הפרשנית שבסעיף 34 לחוק העונשין מנקודת מבט שונה מזו שהצגנו עד כה. נמצאים אנו בסיטואציה בה מעשים מסויימים באים בוודאי תחת העבירה של עושה. דרכם של חברותי וחברי להרשעה בעבירת שוחד מצריכה מאמץ פרשני עילאי. על כן, יש לטעמי לומר כי לכל היותר ספק אם מעשיו של העותר באים בחובה של עבירת השוחד. כלומר, נמצאים אנו במצב בו ברי כי המעשים מהווים עבירה של עושה, היא העבירה הקלה יחסית, בעוד שספק אם נכנסים הם תחת כנפיה של עבירת השוחד, החמורה יותר. משכך, עלינו להפעיל את הכלל לפיו יש לבחור בפרשנות המקלה עם הנאשם, כאמור בסעיף 34 לחוק העונשין. מכאן, שאין יסוד לחשש המובלע בדעת הרוב שמא אדם דוגמת העותר, שביצע מעשים חמורים וקשים, לא יענש בשל מעשיו. אדם כזה בהחלט ימצא אשם ויצטרך לשאת בעונש. אולם, לאור הגישה הפרשנית השונה המתחייבת, לטעמי, בדין הפלילי, נמצא אותו אשם בעבירה קלה מזו של שוחד.

7. לסיכום, על פי גישתי, יש להחיל בתחום הפלילי כללי פרשנות שונים מאלה הקיימים בתחומי המשפט האחרים. כך עולה מעיקרון החוקיות ומן הכלל לפיו יש לבחור את הפירוש המקל עם הנאשם. כאשר מצרפים יחדיו את העקרונות הכלליים עליהם הצבעתי - עיקרון החוקיות וכלל הפרשנות המקלה - לעובדת קיומו של קודכס בתחום המשפט הפלילי, מתחייבת לידי המסקנה כי אין לראות בעותר "עובד הציבור" או עובד של "תאגיד המספק שירות לציבור". מכאן מסקנתי שאין להרשיע את העותר בעבירה של שוחד. לעומת זאת, יש להרשיעו בעבירה של עושה. הכלל הפרשני הנזכר אף מוביל למסקנה שכאשר נמצאות בפנינו שתי החלופות, החמורה יותר של שוחד והקלה הימנה של עושה, עלינו לבחור בזו הקלה יותר. זאת, מאחר שהראשונה היא בבחינת שמא ואילו האחרת בגדר ברי. לפיכך, אילו נתקבלה דעתי היינו דוחים את עתירת המדינה ומקבלים את עתירתו של העותר.

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

ניתן היום, ו' באדר התשס"ט (02.03.2009).

ה נ ש י א ה	המשנה לנשיאה	ש ו פ פ ת
ש ו פ פ ת	ש ו פ פ ת	ש ו פ פ ת
ש ו פ פ ת	ש ו פ פ ת	ש ו פ פ ת