

הערות לחקיקה

האם חסרי עבירות אנחנו?

על הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 13), תש"מ—1980

מאת

ד"ר מרדכי קרמניצר

א. מבוא. ב. איתור הערך המוגן על שום מה? ג. מהי תכלית האיסורים המוצעים?
ד. הערך החברתי המוגן עליידי עבירות השוחד לעובד ציבור. ה. חובת הנאמנות
שעובד חב למעבידו ושלוח לשולחו. ו. תקינות פעולתם של העסקים הפרטיים.
ז. הפגיעה האפשרית בצרכן או בלקוח. ח. שיקולים נוספים. ט. המיקום המוצע
לעבירות החדשות — משמעותו ופגמיו.

א. מבוא

על-פי ההצעה הנדונה¹ ייהפכו לעבירות מעשים של לקיחת "שוחד" של כל עובד או
שלוח ושל מתן "שוחד" ותיווך "בשוחד" של כל אדם לכל עובד או שלוח. אחרי סעיף
290 לחוק העונשין, תשל"ז—1977, יבוא סעיף 290א, וזו לשונו:

"290א (א) עובדו או שלוחו של אדם הלוקח שוחד בעד פעולה הקשורה בתפקידו
אצל מעבידו או שולחו או שיש בה גיצול אותו תפקיד או מעמד,
דינו — מאסר שלוש שנים.

(ב) לענין סעיף זה, "שוחד" — למעט דמי-שתיה כנהוג במקצועו של
העובד או השלוח."

כן יוכנסו שינויי התאמה בסעיפים 291 ו-295(ב) לחוק העונשין, שעניינם מתן שוחד
ותיווך בשוחד.

מטרת הרשימה לבחון אם יש הצדקה ליצירת עבירות חדשות אלה, ובמסגרת זו נבקש
תחילה להתחקות אחר הערך שעליו הן מגינות.

1 הצ"ח תש"מ 1439, עמ' 131 מיום י' באדר תש"מ. 27.2.1980.

ב. איתור הערך המוגן — על שום מה?

מטרתם הראשונה של דיני עונשין הוא להגן על האינטרסים או הערכים החיוניים לקיומה ולהתפתחותה של החברה: החיים, השלמות הגופנית, החירות, הרכוש, ביטחון המדינה, סדרי עשיית הצדק, תקינות פעולתו של המינהל הציבורי ועוד.

הפגיעה בערך חברתי מוגן היא אחד ממרכיביה של הגדרת מושג העבירה, ובתור שכזה היא מאפיין כללי של העבירות. מושג "הערך המוגן" ממלא חמישה ייעודים: הערך המוגן משמש מדריך למחוקק, כנקודת מוצא לעצם קיומה והגדרתה של העבירה. ראשית דבר וראשית חכמה, במלאכת יצירת האיסורים, על המחוקק להבחיר לעצמו מהו הערך החברתי-משפטי שהוא מבקש להגן עליו, לוודא שאמנם מדובר בערך חברתי הראוי להגנת המשפט הפלילי ולהגדיר לעצמו במדויק את טיבו של הערך המוגן. רק אחר-כך, ולאור תוצאות הבדיקה האמורה, ניתן לגשת להגדרת האיסור. משום שהערך המוגן מנחה ומכוון את המחוקק, מתבקש — וזהו ייעודו השני — שהוא ישמש גם את הפרשן, כקריטריון לפרשנות טלאולוגית, הקובע את תכלית האיסור, פירושו ומגמתו, ה"ratio legis" או ה" Sinn und Zweck" של העבירה, והשפעתם של אלה על תוכנה ועל משמעות הביטויים הכלולים בהגדרתה.

הייעוד השלישי הוא כלי ביקורת של האזרח על מעשי המחוקק, אמצעי להבחנה בין חקיקה שרירותית ובין חקיקה עניינית. לא ניתן להפריז בחשיבותו של ייעוד זה בהתחשב בטיבו הכפול והדיאלקטי של המשפט הפלילי: מטרתו — הגנה על הפרט מפני הרעות החמורות ביותר והמזיקות ביותר; ובהתאמה לכך, אופיה התקיף והנרחף של הגנה זו, המעניקה לשלטון את העוצמה הגדולה ביותר ואת יכולת הפגיעה הקשה ביותר בפרט. תפקידו של הערך המוגן בהקשר זה הוא בתפיסה, לפיה החזקה להטלת האיסור על-ידי המחוקק מותנית בכך שההתנהגות האסורה פוגעת בערך מוגן. במשמעותו זו, הערך המוגן הוא מושג שאינו תלוי במשפט הפוזיטיבי; הוא קודם לו או נמצא מעליו, ותכליתו להגביל את המחוקק עצמו. הערכים המוגנים מחארים מתד-גיסא את האינטרסים שהמשפט הפלילי מגן עליהם, ובתור שכאלה הם אלמנט יסוד (Grundelement) שעליו נבנות העבירות ובסיס להטלת איסורים על הפרט לשם התוויית התנהגותו. מאידך גיסא, הם יסוד מגביל (Grenzelement) המותח את הקו שמעבר לו אין ליצור עבירות, ובתור שכזה הוא ערובה לחירות הפרט.

הייעוד הרביעי הוא: הערך המוגן הוא הבסיס הראשון להקבצת העבירות בקבוצות ולארגון החלק הספציפי של חוק העונשין; וזאת משום שהוא משקף את המידע המסומנות ביותר על כל אחד מן האיסורים הפליליים.

הייעוד החמישי הוא: ההירארכיה של הערכים המוגנים מבחינת חשיבותם ומידת חיוניותם לחיים חברתיים תקינים מספקת מפתח חשוב לנושאים שונים, וביניהם: התאמת עונשים ראויים לעבירות השונות, ובכלל זה השוואת דין הניסיון לדין העבירה המושלמת כביטוי לחומרה מיוחדת של האיסור, היקף הפריסת של האחריות הפלילית, למשל בכל הנוגע להטלת איסורים על מעשי הכנה, על מעשים הנעשים מתוך רשלנות, על העמדה בסכנה וכו'.

זהו הטעם להתחקותנו אחר הערך המוגן על-ידי העבירות המוצעות במסגרת בחינת

ההצדקה ליצירתן. ועוד הבהרה כללית: הזכרנו כבר את אופיים של דיני העונשין כעוסקים בתופעות האנושיות השליליות ביותר, והמצמיהות את סוג האחריות החמור ביותר. גם עניין זה מחייב גישה זהירה וקפדנית לסוגיה של יצירת איסור עונשי. לפני שבאים להשתמש בשינויים החדות ביותר העומדות לרשות המשפט יש לבחון האם נחוזה הגנה של דיני העונשין דווקא על אותו אינטרס חברתי? האם לא ניתן להסתפק בהגנה שמעניקה דיסיפלינה משפטית אחרת, כאשר מוענקת הגנה כזו?

ג. מהי תכלית האיסורים המוצעים?

כל מה שנאמר בעניין זה בדברי ההסבר הוא: "המציאות מראה כי עבירות השחיתות אינן מיוחדות למגזר הציבורי והן משתרעות גם על המגזר הפרטי". לשיטתם של אלה הסוברים, שמוסר בתור שכזה איננו נמנה עם הערכים החיוניים לקיומה והתפתחותה של החברה, והמוגנים על-ידי המשפט, האופי המושחת או הבלתי מוסרי של המעשים כשלעצמו איננו מצדיק הטלת איסור פלילי עליהם. הטלת איסור זה תבוא בחשבון רק אם ניתן יהיה להצביע על אינטרס חברתי חיוני הנפגע עקב אותם מעשים. גם מי שסבור שהתנהגות בלתי מוסרית עשויה, כשלעצמה ובתור שכזו, להצדיק את איסורה כעבירה פלילית, צריך להצביע על טעם מיוחד המצדיק זאת ביחס לאותו מעשה, שכן אין גורס השוואה מלאה ומוחלטת בין "בלתי מוסרי" ובין "איסור על פי דיני העונשין". גם לורד דוולין, שהוא נציג מובהק של הגישה השנייה, מסכים שעניינו של החוק הוא במנימום ולא במקסימום וכי הסטנדרטים המוסריים נמצאים מעל לאלה המשפטיים.² חיפוש הטעם המיוחד המצדיק את הטלת האיסור עשוי לקרב את "הדווליניסט" אל "התאריטיסט".³ בדיקתנו תקיף את הערך המוגן על-ידי עבירת שוחד לעובד ציבור, חובת הנאמנות שחב עובד למעביד ושלוח לשולחו, תקינות פעולתם של העסקים הפרטיים ופגיעה אפשרית בצרכן או לקוח.

ד. הערך החברתי המוגן על-ידי עבירות השוחד לעובד הציבור

הערך החברתי המוגן באמצעות העבירות שעניינן שוחד לעובד ציבור הוא עצם פעולתו התקינה של המינהל הציבורי. המטרה הראשונה היא להבטיח שפעולתו של המינהל הציבורי תשקף את רצונה האמיתי של המדינה, כלומר תהיה מכוונת להגשמת האינטרסים והמטרות של המדינה תוך הבאה בחשבון של שיקולים ענייניים ושל שיקולים ענייניים בלבד. אין צורך להרבות מלים על חשיבות האינטרס החברתי המתבטא בכך שמי שנמנים עם הגוף המחוקק לא יושפעו בפעולת החקיקה מטובות הנאה שתכליתן להשפיע על החלטותיהם והצבעותיהם, ולא יעדיפו, למשל, את טובתו של גוף כלכלי כזה או

2 ראה: P. Devlin *The Enforcement of Morals* (London, 1965) 9.
3 ואין בכוחנו להכניס את ראשו בין שני הזרמים הגבוהים המייצגים את שתי הגישות — הארט ודוולין, אם כי דעתנו כדעת הארט.

אחר (תעשיית הטבק, חברות ביטוח) על-פני טובת הציבור המחייבת, לאחר שקלול כל האינטרסים הנוגעים לעניין, פעולת חקיקה הפוגעת בגוף כזה; שהשופט לא יזכה את הגאשם האשם או יקל בדינו מעבר למידה בשל טובת הנאה שקיבל ממנו; ששר בממשלה או עובד ציבור אחר לא יחליט לרכוש עבור הצבא מטוס שאיכותו ירודה משום שקיבל טובת הנאה מהחברה המייצרת את המטוס; או שבוטח הנהיגה לא יעביר את מבחן הרישוי מי שאינו כשיר לנהיגה לאחר שקיבל ממנו טובת הנאה. חשיבות פעולתו של המינהל הציבורי היא גדולה, שכן בלעדיו לא ייתכנו חיים חברתיים מסודרים, ולפיכך מגינים באמצעות עבירות השוחד לא רק על תקינות פעולתו של המינהל הציבורי, אלא גם על יוקרתו של המינהל בעיני הציבור ועל האמון שהציבור רחש לו כתנאים הכרחיים לפעולתו.⁴ ברור, כי ל"שיחוד" עובדים ושלוחים שאינם עובדי הציבור אין כל זיקה לתקינות פעולתו של המינהל הציבורי וליוקרתו.

ה. חובת הנאמנות שעובד חב למעבידו ושלוח לשולחו

גם אם ניתן לראות בחובת הנאמנות שעובד חב למעבידו ושלוח לשולחו, שהיא אחד מהיבטיו המובהקים של היחס "עובד—מעביד", "שולח—שולח"⁵, אינטרס חברתי חיוני, יש לבחון האם מידת ועוצמת הפגיעה בחברה מצדיקה את הפעלת כלי ההתגוננות העז ביותר שברשותה.⁶ אחד הנתונים החשובים במכלול השיקולים שיש להביא בחשבון בטרם מחליטים על יצירת עבירה פלילית הוא האופי הסובסדיארי המובהק של דיני העונשין, שהוא פועל יוצא של חומרתה המוחדת של התגובה החברתית הצמודה לעבירה.⁷ רק כאשר לא ניתן להתמודד עם מפגע חברתי בדרכים ובאמצעים אחרים יהיה זה מוצדק לפנות אל התחום הפלילי, והרי בענייננו קיים אמצעי אחר, טבעי, יעיל ומובהק, פיטורי העובד או הפסקת יחסי השליחות. האם חובת הנאמנות האמורה היא כה חשובה עד שאין מקום להסתפק בטיפול בהפרה במסגרת היחס שבין הצדדים ויש להעתיקו אל הזירה הציבורית על כל הכרוך בכך? אם מבקשים להגן על חובת הנאמנות, מדוע אין מתנים את העבירה בכך שלקחת השוחד נעשית ללא הסכמתו של המעביד או השולח, כפי שהדבר נעשה בקודקס הפלילי הצרפתי,⁸ בחוק השליחות⁹

4 ראה: F. Loos, "Zum Rechtsgut der Bestechungsdelikte" *Festschrift für H. Welzel* (Berlin, 1974) 879.

5 ראה: חוק השליחות תשכ"ה—1965, סעיף 8; הצעת חוק תזוה עבודה, תשכ"ה—1968 (הצ"ח תשכ"ח 791, עמ' 384 מיום טו באלול תשכ"ח, 9.9.1968, סעיף 5 (א)).

6 ולענין זה מן הראוי להבחין בין הצדקה לעבירה ובין הצדקה לנסיבה מתמירה המצטרפת לעבירה קיימת. כך, למשל, ניתן לגרוס שקיום היחס עובד—מעביד מצדיק החמרה במקרה של גניבת עובד ממעבידו (סעיף 291 לחוק העונשין); ועם זאת, לאחוז בדעה שההגנה על יחס זה איננה מצדיקה יצירת עבירה שזו תכליתה.

7 ראה: A. Kaufmann, "Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht" *Festschrift für H. Henkel* (Berlin, 1974) 89.

8 הקודקס הפלילי הצרפתי משנת 1810, סעיף 177.

9 סעיף 8 (4).

ובהצעת חוק חווה עבודה, תשכ"ח—1968? ¹⁰ ואם יוצאים נגד מי שהפר חובת נאמנות המוטלת עליו, האם מוצדק לייחס עבירה גם לנותן שאינו חב חובת נאמנות?

ו. תקינות פעולתם של העסקים הפרטיים

קיים הבדל משמעותי וניכר בין המינהל הציבורי במתכונתו הרחבה במדינת רווחה ולאור היקף ההגדרה הרחבה של "עובד הציבור" אצלנו ¹¹ ובין תחום העשייה הפרטית מבחינת משקלן וחשיבותן של ההחלטות המתקבלות והפעולות הגעשות בכל אחד מהם. מעשיהם ופעולותיהם של עובדי הציבור הם, לעתים, בעלי אופי כללי מובהק (חקיקת חוק, קביעת מדיניות כללית) וברוב המקרים האחרים נודעת להם השלכה ישירה או עקיפה על כלל הציבור. (למשל, כאשר מוצא רישיון נהיגה למי שאיננו כשיר לנהוג או רישיון להחזקת כלי ירייה לעברייני). במדינה הופשית, עצם המעורבות של השלטון בתחום כלשהו — ותחום הרישוי הוא דוגמה מובהקת — הוא, לכאורה, ביטוי להכרעה בדבר החשיבות של הפעילות באותו תחום לכלל החברה או בדבר סכנה לציבור הכרוכה באותה פעילות; ובמדינה הרווחה המודרנית אין השלטון נמנע, ככלל, ממעורבות, כאשר יש מקום למעורבות כזו, כפי שהוסבר לעיל. לכן אין דומה האינטרס החברתי בתקינות פעולתו של הראשון (כפי שהדבר בא לידי ביטוי בסדרה של איסורי עבירה שתכליתם להגן עליו המצויים בפרק ט', סימנים ד' וה' לחוק העונשין ¹²) לאינטרס החברתי בתקינות פעולתה של השנייה. בולט גם הבדל חשוב נוסף בין העבירות המוצעות ובין עבירות השוחד הקיימות: כאשר מדובר במינהל הציבורי — במקרה הרגיל והטיפוסי אין האזרה יכול לבחור לו מינהל אחר והוא "שבוי" של זה, האחד, הקיים. ככלל, שונה הדבר בתכלית כאשר מדובר בעסקים פרטיים: כאן עומד לרשותו של הפרט מבחר לבחירה וה"סנקציה" הטבעית, כאשר פנייה אל המעביד או השולח אינה יעילה או מועילה, היא פנייה לבית עסק או נותן שירות אחר. ואם יש מונופולים שאינם נכנסים להגדרה העכשווית של "עובד הציבור" ניתן להרחיבה לפחות לעניין עבירות השוחד, כפי שהדבר נעשה ביחס לשוחד בתחרויות ספורט ¹³.

ז. הפגיעה האפשרית בצרכן או בלקוח

ניתן להבחין בין שני מצבים: מצב שבו יש רק צרכן או לקוח הנהנה או העשוי ליהנות עקב מתן טובת ההנאה לעובד או לשלוח ואין צרכן או לקוח אחר העלול להיפגע; מצב שבו קיימת פגיעה — ממשית או פוטנציאלית — בצרכן או בלקוח אחר.

¹⁰ סעיף 5 (ג).

¹¹ אנו ערים לכך שרוחב ההגדרה של "עובד הציבור" עלול לשטש את ההבחנה בין עובד ציבור ובין עובד סתם וכי בעטיה חלה התקרבות בין השניים. ואולם, לדעתנו, קיומם של קו גבול ביניהם ושטח ספר או הפקר משני עבריו אינה שוללת את עצם ההבדל בין עובד סתם ובין עובד ציבור ואת קיומם של תחומי אמצע או מרכז המקיימים את ההבחנה.

¹² לא כל העבירות בסימנים אלה מגינות על תקינות המינהל הציבורי.

¹³ ראה סעיף 292 לחוק העונשין.

בסיטואציה הראשונה ניתן לשאול: אם הנותן הוא קורבנה היחיד של התופעה השלילית ואם עליז מבקשים להגן באמצעות האיסור, מדוע הופכים גם אותו לעבריין ואין מסתפקים בהטלת איסור רק על קבלת ה"שוחד", כמו בעבירה של בעילת קטינה, שבה רק הבעל נושא באחריות פלילית, בעוד שהתנהגות הקורבן הקטינה איננה כלולה בהגדרת העבירה ואין היא הופכת להיות התנהגות עבריינית מכוח דיני השותפות. ואכן, מה הזיגיון ומה הטעם להפוך לעבריין אדם אשר סבלנותו פוקעת גזת האיטיות שבה עובד או שלוח מעניק לו שירות או עושה עבורו עבודה, וכדי להביא להחשת העשייה הוא מציע לאותו עובד או שלוח טובת הנאה.

ביחס ללקוח האחר — לעתים, למשל, כאשר הוא הבא בתורה, הוא נהנה דווקא או לפחות עשוי ליהנות ואינו נפגע כלל מן העובדה שקודמו בתור הביא להחשת ביצוע השירות או עשיית העבודה עבור עצמו. כאשר מצרפים נתון זה לניתוח הקודם שהתייחס לנותן השוחד, נעלמת ההצדקה להטלת איסור על הנותן בשל השיקול של פגיעה בצרכן. וכבר הצבענו, קודם לכן, על כך שההצדקה להטלת אחריות פלילית על הנותן מכוח הטעם הראשון (הפגיעה בחובת הנאמנות ביחס "עובד—מעביד", "שולח—שולח") איננה חזקה.

במקרה האחר, שבו עקב מתן טובת הנאה משתבשת השורה, הלקוח האחר אמנם נפגע, אולם ניתן לשאול אם הדגש ומרכז הכובד במקרה זה אינו מוסב על הפגיעה גופה ולא על מה שגרם לה. כלומר, מה שמעניין את הלקוח ואת כלל החברה (ואין אני אומר שעניין זה הוא בגדר אינטרס חברתי חיוני) הוא קבלת יחס ראוי ושונה, בלתי מפלה ובלתי מקפח. כאשר קבלת טובת הנאה איננה מולידה יחס כזה היא אינה מצדיקה, מבחינת השיקול הזה, תגובה חברתית. ואולם, לפי ההצעה התגובה החברתית העונשית איננה מותנית בתולדה כזו. ולעומת זאת, התופעה השלילית מתבטאת בעצם היחס של איפה ואיפה, תהא סיבתו אשר תהיה, ומבחינת המקופח, ואולי גם כלל החברה, אין נפקא מינה אם קופח משום שאחר נתן טובת הנאה או משום שאותו אחר נהנה מיחס של העדפה מכל סיבה אחרת (פרוטקציוניזם לסוגיו) או משום שהוא עצמו סובל מיחס בלתי אוהד מצד אותו עובד או שלוח.

והעיקר, אם מבקשים למנוע פגיעה אפשרית בצרכן או בלקוח, אין הצדקה להגביל את האיסור רק לעובד או לשלוח המקבלים טובת הנאה. מבחינת הצרכן או הלקוח הנפגע אין נפקא מינה מי פוגע בו: עובד או מעביד, שלוח או שולח. הגבלת האיסור לעובד ולשלוח מעידה שלא ההגנה על צרכן או לקוח עמדה לנגד עיני מציעי ההצעה.

ה. שיקולים נוספים

העבירות המוצעות מעוררות גם שאלה בדבר הצדקת האיסורים המוצעים בהשוואה להתנהגויות אחרות שאינן עברייניות לפי הדין הקיים ואשר לא מוצע להופכן

14 ראה: ע"פ 319/79 אשיאס ג' מ. י. פ"ד לר (2), 484, 491-493. ובמשפט הגרמני, ראה: W. Sauer, *Allgemeine Strafrechtslehre* (Berlin, 1955) 224; H. H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil* (Berlin, 3rd. ed., 1978) 567-568.

לעברייניות. אם מגינים על יחס הנאמנות שעובד חב למעבידו ושלוה לשולחו, מדוע להגן רק על אחד הביטויים של הפרת אותה חובה, המתבטא בקבלת טובת הנאה, ולא להגן על היחס האמור גם מפני תופעות אחרות של הפרת החובה, העשויות להתבטא, למשל, בניגוד אינטרסים (גם בתחום זה מצויה בדין הקיים עבירה החלה על עובד הציבור שיש לו זיקה פרטית — סעיף 278 לחוק העונשין)¹⁵, ב"גניבת הזדמנות" מן המעביד או אף בפעילות של העובד או השלוח שכל תכליתה הכשלת מעבידו או שולחו או פגיעה בהם, על-ידי יצירת עבירה שעניינה הפרת אמונים הפוגעת במעביד או בשולח, כדוגמת העבירה לפי סעיף 284 לחוק העונשין, שעניינה מעשה מרמה או הפרת אמונים הפוגע בציבור? ואחרי ככלות הכל, יחסי מעביד-עובד ושולח-שלוה והחובות הנובעים מהם מקורם ביחסים חוויים. מדובר אפוא בהצעה להטיל סנקציה פלילית בגין הפרת חוזה. אם הופכים הפרה ספציפית של חוזה אלה לעבירה פלילית, מדוע דווקא בסוגים אלה של חוזה ורק בהם? האם, למשל, הפרת חוזה על-ידי מי שהתחייב לספק אספקה הנחוצה לכוחות המזוינים לפחות בשעת מלחמה¹⁶ או הפרת חוזה שיש בה כדי לסכן חיי אדם, או לפגוע בשירות חיוני לציבור, אינן ראויות להיות עבירות פליליות לפני שהופכים לעבירה את אחת ההפרות של חובת הנאמנות על-ידי חוזה עבודה או שליחות? אין כוונת הדברים להזמין איסורים מעין אלה, אלא רק להראות לאן עלולים להגיע כאשר חוצים את הגבולות הלגיטימיים של דיני העונשין.

העובדה, שעבירה מעין זו המוצעת מצויה בדין הפלילי של מספר מדינות (צרפת¹⁷, בריטניה¹⁸ וקנדה¹⁹), כפי שצוין בדברי ההסבר להצעת החוק, איננה, כשלעצמה, הצדקה לאימוצה אצלנו, כשם שקיומה של עבירת ניאוף בקודקסים הפליליים של מספר מדינות²⁰ אינו מצדיק את הפיכת הניאוף לעבירה פלילית גם במשפטנו. זאת ועוד, אין מדובר בעבירה המצויה במספר גדול של מדינות. נהפוך הוא: מרוב הקודקסים הפליליים

15 ראה גם חוק השליחות, סעיף 8 (2) (3) ר-5.

16 ראה, למשל, הקודקסים הפליליים של טורקיה (משנת 1926), סעיף 130; יוון (משנת 1950), סעיף 145; קוריאה (משנת 1953), סעיף 103 (1); נורווגיה (משנת 1902), סעיף 88. אנו ערים לאמור בסעיף 108 לחוק העונשין בדבר מי שסיכן בודון או ברשלנות את האספקה לכוחות המזוינים, ואולם לא סביר, לדעתנו, שבהוראה זו התכוון המחוקק לתפוס את מפר החוזה, ונאת בשים לב לכך שהעבירה אינה מסויגת לתקופת מלחמה. בניגוד לעבירות המקבילות בקודקסים אחרים, ולכך שהיא כוללת גם ביצוע מתוך רשלנות. "אספקה לכוחות המזוינים", פירושה — אספקה הנמצאת ברשות הכוחות המזוינים או הנמצאת בדרך אליהם. "סיכון האספקה" משמע סיכון פיזי, כלומר לקיום הפיזי של האספקה.

17 ראה לעיל, הערת 8.

18 Prevention of Corruption Act, 1906 (6 Edw. 7 c. 34), § 1; Prevention

of Corruption Act, 1916 (6 and 7 Geo. 5c. 64), § 1

19 סעיף 383 ב' Criminal Code, 1953—1954. וראויה לציון העובדה, שבחוק הפלילי הקנדי מצויה עבירה נוספת שעניינה הפרת חוזה פלילית: סעיף 380.

20 פינלנד (משנת 1889), פרק 19, סעיף 6 סיפה; ספרד (משנת 1928), סעיף 449; יוון (משנת 1950), סעיף 357; איטליה (משנת 1930), סעיף 559; הולנד (משנת 1881), סעיף 241; פורטוגל (משנת 1886), סעיף 401; קוריאה (משנת 1953), סעיף 241; ארגנטינה (משנת 1922), סעיף 118; בלגיה (משנת 1867), סעיפים 387, 388; שווייץ (משנת 1937), סעיף 214; טורקיה (משנת 1926), סעיף 440.

נפקד מקומה²¹; כך שלא ניתן לסמוך כאן על תודעה משפטית או חברתית כללית אוניברסלית.

ט. המיקום המוצע לעבירות החדשות — משמעותו ופגמיו

גם אם יש מקום ליצירת העבירות המוצעות, המתכונת המוצעת היא פגומה בתכלית. שילובן של העבירות החדשות במסגרת עבירות השוחד הוא, כאמור, עירוב מין בשאינו מינו מבחינת האינטרסים השונים המוגנים. מיקומן בסימן "עבירות שוחד", בפרק של "פגיעות בסדרי השלטון והמשפט" משבש את המבנה הראציונלי של החוק, המחייב התאמה מלאה בין כותרת הפרק ובין העבירות הכלולות בו — הן כדי לאפשר התמצאות טובה בחוק והן כדי שהכותרת תוכל למלא את ייעודה הפרשני כתחמת גבולות ומסגרת.

הליקוי היסודי הזה גורר בעקבותיו, כתוצאה טבעית, התייחסות בלתי נאותה אל העבירות המוצעות, שכן במקום להתייחס אליהן ביחס הראוי לעבירות המצויות באיזור הספר של דיגי העונשין, הן מועלות בסולם ההיירארכיה של העבירות למעלה של ייחוס וחשיבות ההולמת עבירות המגינות של אינטרס חיוני כמו פעולת האדמיניסטרציה הציבורית, שהן אינן זכאיות לה. החומרה המיוחדת, שבה ראה המחוקק את עבירות השוחד הקיימות וההגנה שהוא פורש לא רק על תקינות פעולתו של המינהל אלא גם על אמון הציבור ביושרם של עובדי הציבור²² — עתידות לדבוק עקב כך, ללא כל הצדקה, בעבירות שהקשר ביניהן ובין עבירות השוחד הוא מקרי בהחלט²³. חומרה זו מתבטאת, למשל, במתכונת עבירות השוחד שאינן מותנות כלל בנקיטת פעולה בלתי תקינה על-ידי המקבל, בהרחבת השוחד גם על שוחד כדי להטות משוא פנים בדרך כלל (סעיף 293 (3)), על מתן וקבלה של שוחד בדיעבד (סעיף 293 (5))²⁴, על לוקח שלא התכוון או לא היה מוסמך או רשאי לעשות את הפעולה (סעיף 294 (ד)), על מתווך בשוחד שלא התכוון להעבירו ליעדו (סעיף 295 (א)), בהגדרת ממלא תפקיד כתופסת גם מועמד לתפקיד (סעיף 294 (ג)), בהצעה לכלול בעבירת השוחד גם שוחד

21 כמו למשל, ארגנטינה, קולומביה, נורווגיה, הולנד, פורטוגל, דנמרק, אתיופיה, גרמניה, שווייץ, שוודיה, טורקיה, קוריאה, יוון ואיטליה.

22 הרהכת ההגנה גם על האמון שהציבור רוחש כלפי המינהל הציבורי מסבירה, למשל, את השתרעות העבירה גם על שוחד בדיעבד ועל הלוקח שלא התכוון או לא היה מוסמך או רשאי לעשות את הפעולה.

23 עבירת השוחד חלה גם על מתנה קטנה ועל תשורת חג. האם יש הצדקה לכך כאשר מדובר בעובד שאינו עובד הציבור? עבירת השוחד תופסת גם עובד ציבור המקבל טובת הנאה — לאו דווקא ממונית — כאשר הוא חושד שהיא ניתנת לו בקשר עם תפקידו. האם יש מקום להטיל אחריות סלילית עקב התנהגות כזו של עובד סתם?

24 אין אנו מתעלמים מן העובדה שלטי ההצעה "דמי שתיה כנהוג במקצועו של העובד או השלוח" אינם בגדר שוחד, אולם מתן וקבלה של שלמונים בדיעבד, כאשר אין מדובר בדמי שתיה הנהוגים במקצועו של העובד או השלוח, נחשבים שוחד.

בעד פעולה שיש בה ניצול אותו תפקיד או מעמד²⁵ ובהשוואת דין הניסיון לדין העבירה המושלמת (סעיף 294 (א) ו-(ב)).

אמנם, העונשים בצד העבירות המוצעות הם כמחצית העונשים בגין עבירות השוחד המצויות כפי שהודגש בדברי ההסבר להצעת החוק, אולם יש מקום לחשש שגם החומרה המהותית הכרוכה בעבירות השוחד האמיתיות, למשל מבחינת הקלון שהן עוסות על העושה²⁶, תדבק בעבירות המוצעות. ואפשר שיש גם לחשוש מפני סילוף משמעות העבירה עקב כך שהיא עלולה להיתפס, על-פי מיקומה, כעבירה הפוגעת בסדרי השלטון והמשפט. ושוב, אין כוונת הדברים להציע שינויים במתכונתן של העבירות המוצעות על מנת "להכשירן" ולהופכן ל"עבירות ראויות", אלא להדגים את המתרחש כאשר ניגשים ליצירת עבירה ללא בחינה יסודית של שתי שאלות מקדמיות: על מה בדיוק רוצים להגן באמצעות איסור העבירה? האם היעד או התכלית לפי התשובה לשאלה הראשונה מתייבים הטלת איסור פלילי? התשובה שאנו מציעים לשאלה השנייה היא שלילית.

25. הצעה זו כלולה בסעיף 1 להצעת החוק הנדונה והיא מרחיקת לכת ביותר, שכן לשיה קבלת טובת הנאה עליידי עובדי ציבור. בתמורה לסיוע לעבירה מצדם (השארית דלת פתוחה, כסיוע לגניבה) תהיה בגדר קבלת שוחד.

26. בדברי בית המשפט העליון, מפי השופט שמגר: "העבירה של נטילת שוחד כרוכה על פניה בהמסת קלון על עובר המדינה שהתחייב בה וקשה להעלות על הדעת נסיבות, בהן נטילת שוחד על ידי עובר מדינה איננה מוליכה למסקנה האחת והיחידה, כי בעובר, שהוא שם בעבירה, דבק הכתם האמור". ע"מ 4/81 אוהיון נ' מ. י., פ"ד לה (4), 494, 499.