

קלון כאכיפה מנהלית – דוקטרינת איסור כהונה

מאת

איתן קידרון*

“קלון” הוא מושג עמום במשפט הישראלי. המחוקק השתמש בקלון כדי להגביל את העיסוק בתפקידים ציבוריים ובתחומי עיסוק רבים, אך לא טרח בהגדרתו. בית המשפט ניסה במשך השנים להגדיר את המושג “קלון” הגדרה קוהרנטית, ברם לבסוף נאלץ לקבוע כי המושג “עבירה שיש עמה קלון” הוא בגדר רקמה פתוחה, הנתונה לשינויים על פי השקפות החברה המשתנות. לאחרונה גברו הביקורות על עמימות המושג “קלון”, שמהן עולה שיש מחלוקת סביב כמה מהשאלות החשובות ביותר בנוגע לקלון, לרבות מהי “עבירה שיש עמה קלון”. האם קלון הוא עונש? האם ראוי שבית משפט יטיל קלון במסגרת גזר הדין? לפי הביקורות אפוא הקלון מוטל שרירותית, ובכך שוחק את עקרון החוקיות. המאמר מציע לראות בהטלת קלון כאכיפה מנהלית. המאמר מתבסס על פרדיגמה של האכיפה המנהלית כצדק מתקן, שלפיה ניתן להגביל עיסוק של אדם המכהן במוסד בעל חשיבות ציבורית, או מבקש לכהן בו, מפני שקיים סיכון להישנות התנהגותו העבריינית. ההצדקה מתיישרת חלקית בלבד עם החקיקה והפסיקה הנוהגת. לפיכך המאמר מסיק שיש לשנות את הדין הקיים בכמה מישורים, לרבות עילות הפעלת הדוקטרינה, סוגי הראיות הרלוונטיים להפעלתה, הגוף הראוי להוביל אותה והערכאה המשפטית שראויה לדרון בה. המאמר אף מציע לזנוח את השימוש במושג “קלון”, ותחתיו להשתמש במושג – “דוקטרינת איסור כהונה”.

מבוא. א. הביקורות על עמימות המושג קלון. ב. אכיפה מנהלית כצדק מתקן. 1. פורמליזם משפטי; 2. אכיפה פלילית כצדק מתקן; 3. אכיפה מנהלית כצדק מתקן. ג. קלון כאכיפה מנהלית – דוקטרינת איסור כהונה. 1. זכות הציבור, קלון ואיסור כהונה; 2. איסור כהונה וצדק מתקן; 3. מאפייני דוקטרינת איסור כהונה. ד. דוקטרינת איסור כהונה בראי הביקורות על הקלון. ה. סיכום.

מבוא

“קלון” הוא מושג עמום במשפט הישראלי.¹ ברמה הפשטנית ביותר ניתן לתאר את הקלון כמגבלה על עיסוק במוסדות בעלי חשיבות ציבורית. המחוקק הישראלי השתמש בקלון כדי

* ד"ר איתן קידרון מרצה מן החוג לדיני עונשין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב; שותף, מיתר עורכי דין. על הערות מועילות ברצוני להודות לענבר לוי, לנחשון שוחט, לשי קידר, לאיל רוזובסקי, ליובל ששון, לאלעד מן, לאדיר זלצר, לשי לביא ולשרון חנס. כמו כן אני מודה לחברי מערכת משפטים על הערות חשובות שסייעו לי מאוד.

1 ראו עש"מ 4123/95 אור נ' מדינת ישראל – נציב שירות המדינה, פ"ד מט(5) 184, 189 (1996); בג"ץ 103/96 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 309, 326 (1996) (“צירוף התיבות” עבירה שיש עמה

להגביל את העיסוק בקשר לתפקידים ציבוריים או תחומי עיסוק רבים, לרבות כהונה כשרים בממשלה, שופטים, ראשי עיר, עורכי דין, רואי חשבון ותפקידים נוספים.² אף על פי כן דברי החקיקה השונים העוסקים בקלון לא טרחו בהגדרתו.³ המחוקק הותיר מלאכה זו לבית המשפט או לגוף שדן בכך.⁴

בית המשפט שטח את תופעת העמימות של מושג ה"קלון" בפסקי הדין.⁵ השופט ברק קבע כי "הדיבור 'עבירה שיש עמה קלון' הוא דיבור עמום, שכן המלה 'קלון' יוצרת חוסר ודאות באשר לתחולתה על פרטים. פשיטא, שלא כל 'עבירה' יש בה קלון; יש עבירות שאין בהן קלון".⁶ במהלך השנים התחבט בית המשפט בקריטריונים לנסיבות שבהן יש להטיל קלון.⁷ אחד הפרמטרים שנקבעו בעבר היה שקלון יוטל רק במקרים של עבירות פליליות שיש בהן מחשבה פלילית. אלא שנמצא כי קריטריון זה הוא גם צר מדי וגם רחב מדי: הוא צר מדי שכן יש עבירות פליליות ללא מחשבה פלילית הראויות גם הן לקלון. למעשה, יש התנהגויות אשר אינן בבחינת עבירה פלילית, הראויות לקלון.⁸ מנגד, הוא רחב מדי שכן יש עבירות עם מחשבה פלילית אשר אינן ראויות לקלון.⁹

- קלון' הינו מושג מסגרת ובעל רקמה פתוחה"). כן ראו עמנואל גרוס "הקלון כרועץ לעקרון החוקיות: על פגיעת הקלון בעקרון החוקיות" עלי משפט יא 7, 9-10 (2014); מנחם (מריו) קליין ואביעד איגרא "מודל חדש לענישה משמעתית בעברות פליליות שיש בהן קלון" המשפט כ 145, 153-154 (2014).
- 2 בת"פ (שלום י-ם) 4063/06 מדינת ישראל נ' הנגבי, פס' 13 לפסק הדין (פורסם בנבו, 9.11.2010) (להלן: "עניין הנגבי-2010") בית המשפט קבע: "עיון בספר החוקים מלמד, כי ביחס לשורה ארוכה של תפקידים ציבוריים או תחומי עיסוק הציב המחוקק דרישות ותנאים שנועדו לגרום לכך, שבאותם תפקידים או תחומי עיסוק ישמשו אנשים ראויים, הגונים, נקיי כפיים, אשר לא דבק בהם רבב מוסרי". בפסק הדין, בית המשפט מפרט דוגמאות לאותם חוקים ותפקידים ציבוריים, לדוגמה, ס' 6 לחוק-יסוד: הממשלה; ס' 56 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969; ס' 120 לפקודת העיריות [נוסח חדש]; ס' 101 ו-101א לצו המועצות המקומיות, התשי"א-1950; ס' 10, 19, 119, 137, 137ה1 לצו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות), התשי"ח-1958; ס' 7 ו-18 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984; ס' 6א לחוק הדיינים, התשט"ו-1955; ס' 44, 75, 78 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961; ס' 12 לחוק רואי חשבון, התשט"ו-1955; ס' 21 לתקנות רואי חשבון, התשט"ו-1955 ועוד דברי חקיקה רבים נוספים (שם, פס' 13, ה"ש 59).
- 3 ע"פ 3295/15 מדינת ישראל נ' גפסו, פס' 42 לפסק הדין (פורסם בנבו, 31.3.2016) ("המושג 'קלון' לא הוגדר בחקיקה באופן מפורש [...]"). כן ראו גרוס, לעיל ה"ש 1, בעמ' 9-10.
- 4 בג"ץ 178/81 ג'אפר נ' ראש המועצה המקומית ג'לגוליה, פ"ד לו(1) 40, 50 (1981).
- 5 ראו לדוגמה על"ע 4/88 הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב-יפו נ' פלוני, פ"ד מג(3) 475, 480 (1989); ע"פ 7826/96 רייז נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 481, 496-497 (1997) ("הביטוי 'נסיבות אחרות' שבסעיף 80(א) לחוק העונשין הוא ביטוי עמום [...] הוא נמנה על משפחה של ביטויים עמומים, כמו צדק, מוסר, תקנת הציבור, סבירות, משמעת, קלון ועוד" (עמ' 481 לפסק הדין); ת"פ (שלום ת"א) 5461/06 מדינת ישראל נ' רמון, פס' 16 לפסק הדין (פורסם בנבו, 29.3.2007) ("מאחר ומושג 'הקלון' הינו מושג עמום [...]").
- 6 בג"ץ 251/88 עודה נ' ראש המועצה המקומית ג'לגוליה, פ"ד מב(4) 837, 839 (1989).
- 7 ראו עניין אור, לעיל ה"ש 1, בעמ' 189.
- 8 רות גביון "עבירה שיש עימה קלון כפסול לכהונה ציבורית" משפטים א 176, 177 (1968).
- 9 גם גביון גורסת כי יש לבחון אם נפל פגם מוסרי במעשה (שם, בעמ' 182).

בניסיון לקבוע מבחן כללי אשר יסווג את העבירות הפליליות כבנות קלון או לא, בית המשפט חילק את העבירות לשלושה סוגים: ¹⁰ סוג ראשון – עבירות שמטבע ברייתן יש עימן קלון, אך יכול שהנסיבות המקילות שבהן נעברה העבירה ישללו את פגם הקלון; ¹¹ סוג לדוגמה בית המשפט קבע בשעתו כי אין מנוס מלהמיט קלון בגין עבירת השוחד; ¹² סוג שני, עבירות שמטבע ברייתן אין עימן קלון, אך נסיבות מחמירות יהפכו עבירות אלה לעבירות שיש בהן קלון. לדוגמה, בעבר נקבע שהעבירות של "אחריות מוחלטת" יהיו בגדר קבוצה זו; ¹³ סוג שלישי, עבירות "ניטרליות" גבוליות שאין עימן קלון, אך יש שבנסיבות מיוחדות יהיה בהן משום קלון. ¹⁴ אלא שגם על חלוקה זו נמתחה ביקורת. לפי הביקורת, אין טעם בסיווג המוצע מפני שבסופו של דבר כל החלטה, בנוגע לכל סוג, תלויה בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. מכאן שהסיווג המוצע מיותר. ¹⁵

לבסוף, הפסיקה קבעה כי המושג "עבירה שיש עמה קלון" הוא בגדר רקמה פתוחה, הנתונה לשינויים על פי השקפות החברה המשתנות. ¹⁶ נקבע כי הקלון הוא מונח יחסי, אשר נבחן לפי הקשר הדברים ונסיבות המקרה, ¹⁷ לפי סוג העבירה, תדירותה, נתוני מבצעה והמדיניות המשפטית הראויה, ¹⁸ ולא רק לפי כותרת סעיף האישום. ¹⁹ בצד זאת טבעה הפסיקה את הכלל שלפיו דבק בעבירה קלון במקרה של פגם מוסרי חמור, ²⁰ עד שאין בעליו יכול לעמוד בקהל ישרים מפני שקלונו וכבודו אינם יכולים לדור בכפיפה אחת. ²¹

בשנים האחרונות כמה מלומדים מצאו לנכון לבקר את עמימות מושג ה"קלון" במשפט הישראלי. בית המשפט אומנם ניסה להגדיר קריטריונים שונים שמטרתם לסייע בהטלה של קלון, אך בית המשפט עצמו קבע כי אין בקריטריונים להיות תחליף להגדרה ממצה או מבחן ברור. ²² בהיעדר בהירות המושג "קלון" המבקרים טוענים כי הקלון מוטל שרירותית, ובכך

10 ראו שם, בעמ' 179; בג"ץ 436/66 בן אהרן נ' ראש המועצה המקומית פרדסיה, פ"ד (1) 561, 566 (1967); עניין ג'אפר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 50; גרוס, לעיל ה"ש 1, בעמ' 13.

11 שם.

12 ראו שם.

13 ראו שם; עניין בן אהרן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 566; עניין ג'אפר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 50; גביוון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 179.

14 גרוס, לעיל ה"ש 1.

15 שם; גביוון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 180.

16 עניין כהן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 327.

17 ער"מ 9449/06 זוזן נ' עיריית ירושלים, פס' 7 לפסק הדין (פורסם בנבו, 22.10.2007); בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550, פס' 30–31 לפסק דינו של השופט לוי (2008); בג"ץ 6748/13 אגבריה נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-20, פס' יב–טז לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (פורסם בנבו, 14.10.2013); עניין הנגבי-2010, לעיל ה"ש 2, בעמ' 23–24. כן ראו ש"ז פלר יסודות דיני עונשין כרך ג 32–35 (1992).

18 עניין רמון, לעיל ה"ש 5.

19 עניין פלונית (א'), לעיל ה"ש 17.

20 על"ע 11744/04 זיו נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל אביב, פס' 4 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 8.8.2005); עניין רמון, לעיל ה"ש 5.

21 עניין בן אהרן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 565; בג"ץ 11243/02 פייגלין נ' יושב ראש ועדת הבחירות, פ"ד נז(4) 145, 161 (2003); גרוס, לעיל ה"ש 1, בעמ' 8.

22 עניין אור, לעיל ה"ש 1, בעמ' 189.

שוחק את עקרון החוקיות ומטשטש את המסר האקספרסיבי של המשפט הפלילי. על אף ההסכמה העקרונית שיש עמימות מצאו עצמם המבקרים נבוכים וחלוקים סביב כמה מהשאלות החשובות ביותר בנוגע לסוגיית הקלון, לרבות אם קלון הוא עונש, ואם ראוי שבית משפט יטיל קלון במסגרת גזר הדין. המלומדים חלוקים אף בשאלה אם הקלון הוא בכלל חלק מן המשפט.

כדי להפיג את העמימות סביב המושג קלון אבקש להסביר את הקלון כאכיפה מנהלית. ההצעה מתבססת על פרדיגמה נורמטיבית חדשה להבנת הסנקציה המנהלית, פרדיגמה המכונה אכיפה מנהלית כצדק מתקן.²³ פרדיגמה זו מבוססת על גישה פורמליסטית למשפט שלפיה עבירה פלילית היא פגיעה רצונית ומפורשת ב"זכות הציבור" (בשונה מזכות הפרט),²⁴ והעונש הפלילי הוא תיקון הולם לפגיעה זו בנטילת חירות העברייין. לעומת זאת הפרה מנהלית היא סיכון מופרז לזכות הציבור, ואילו הסנקציה המנהלית מתקנת את הסיכון המופרז באמצעות הגבלת חירות המפר.

המאמר מיישם את הגישה של אכיפה מנהלית כצדק מתקן כדי לפצח את עמימות המושג "קלון". המאמר מוצא כי הטלת קלון נועדה להגן על המנגנונים המשפטיים המאפשרים את זכות הציבור. מדובר על מוסדות בעלי חשיבות ציבורית – מסגרות ציבוריות (כגון הכנסת, הממשלה, בית המשפט, עירייה וכו') וגופים מקצועיים (עורכי דין, רואי חשבון וכו') – אשר מאפשרים את קיומן של הזכויות לכל הפרטים.²⁵ הטלת הקלון משמשת להגנה על המוסדות הציבוריים מפני סיכון מופרז הנשקף מצידו של מפר מסוים. מפר בהקשר של קלון הוא אדם הממלא תפקיד, או מבקש למלא תפקיד, באותם מוסדות ציבוריים. בשל החשש להישנות התנהגותו העבריינית נשקף מן המפר סיכון למוסדות המאפשרים את זכות הציבור.

ההמשגה החדשה של מוסד הקלון גוררת שינוי שלו מן היסוד. המאמר יבחין בין הטלת קלון במישור הציבורי-מוסרי לבין הגבלת עיסוק במישור המשפטי ויבקש לקבוע את הסיבות להגבלת העיסוק בתחום המשפט. הטעם לכך הוא שעל פי הגישה של צדק מתקן אין קשר מחייב בין דופי מוסרי לבין הטלת קלון משפטי. הסיכון לזכות הציבור יכול לנבוע הן מהתנהגות בעלת דופי מוסרי והן מהתנהגות שאין בה דופי כזה. מנגד, לא כל התנהגות בעלת דופי מוסרי מצדיקה הגבלת כהונה וביזוי ציבורי. לכן יש לזנוח את המושג המוסרי "קלון" ולהשתמש במושג המשפטי – "איסור כהונה".

דוקטרינת איסור הכהונה אפוא פועלת על פי ההיגיון של הצדק המתקן. הגבלת העיסוק מונעת את הסיכון למוסדות הציבוריים בהגבילה את זכויות המפירים. הגבלת זכויות המפירים נעשית באמצעות הגבלה של עיסוק מפר מסוים, במוסדות ציבוריים מסוימים,

23 ראו Eithan Y. Kidron, *Understanding Administrative Sanctioning as Corrective Justice*, 51 U. MICH. J.L. REFORM 313, 313–355 (2018).

24 בע"פ 478/72 פנקס נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2) 617, 626 (1973). הבהיר השופט זוסמן את ההבדל בין פגיעה בזכות הפרט לזכות הציבור בנוזקין ובפלילים, בהתאמה ("אדם יכול למחול לזולת על חבותו בנוזקין הואיל ועל זכותו שלו הוא מוותר. אך אין אדם יכול למחול על אחריות הזולת בפלילים, הואיל והאישום הפלילי אינו בא לאכוף את זכותו אלא את זכות הציבור, ואין אדם יכול למחול על מה שאין לו").

25 ראו והשוו, לגבי החלוקה לשתי הקבוצות, קליין ואיגרא, לעיל ה"ש 1, בעמ' 150–151.

לתקופה מסוימת. מניעת מילוי תפקידים במוסדות הציבוריים מסייעת בשמירה על טוהר השלטון ומחזקת את אמון הציבור במוסדות אלה.

חשיבות המשגת הקלון נובעת בראש ובראשונה מהביקורות שהוטחו בעמימותו. ככל שעמימות המושג גורמת להטלתו שרירותית, שוחקת את עקרון החוקיות ומטשטשת את המסר האקספרסיבי של המשפט הפלילי, כן יש נחיצות רבה בהמשגתו. הטלת קלון היא כלי מרכזי במלחמה בשחיתות, ומכאן הצורך במסגרת נורמטיבית ברורה אשר תאפשר יישום עקיב וקוהרנטי של הטלת סנקציה זו. המשגת הקלון כחלק מהמשפט, ובייחוד כחלק מהמשפט המנהלי, מרסנת אותו מניה וביה ומגינה טוב יותר על עקרון החוקיות ועל ייחודו של המשפט הפלילי בצד ההגנה על זכויות המפירים.

המאמר ימשיך כך: בפרק א אתאר את הביקורות בנות-זמננו על עמימות מושג ה"קלון"; בפרק ב אציג בקצרה את הגישות של משפט פלילי כצדק מתקן ואכיפה מנהלית כצדק מתקן. תיאור שני כלי האכיפה, בהדגשת ההבחנה ביניהם, יבהיר על נקלה כי הקלון שייך למשפחת כלי האכיפה המנהליים. בפרק ג אישש את הפרדיגמה של האכיפה המנהלית כצדק מתקן במושג ה"קלון" ואפתח את הדוקטרינה החדשה של איסור כהונה. היישום של הפרדיגמה יראה כי במובנים רבים ההמשגה הנורמטיבית עולה בקנה אחד עם המצב הפוזיטיבי. אך במובנים אחרים יש פער בין הראוי למצוי, המצדיק עיון מחודש בחקיקה ובפסיקה הקיימת. בפרק ד אתאר את האופן שבו הדוקטרינה החדשה מתגברת על הביקורות שהופנו נגד מושג ה"קלון". פרק ה יסכם.

א. הביקורות על עמימות המושג "קלון"

בשנים האחרונות גבר העיסוק בעמימות המושג "קלון". קנת מן ועמנואל גרוס, בשתי רשימות נפרדות, מצאו לנכון לבקר את עמימות המושג במשפט הישראלי. על פי הביקורות, עמימות המושג גורמת להטלתו שרירותית, שוחקת את עקרון החוקיות ומטשטשת את המסר האקספרסיבי של המשפט הפלילי. להלן אסקור אפוא בתמצית את הביקורות על עמימות המושג "קלון" ואת ביטוייה במשפט המשווה. בהמשך אערוך דיון אם אכן עמימות המושג היא בעיה. לבסוף אנסה לרדת לשורש התופעה ולהבין את הסיבות לעמימות המושג במשפט הישראלי.

קנת מן טוען כי עמימות המושג קלון גורמת להטלתו שרירותית. לדבריו, בעבר היה הקלון חלק מן העונש הפלילי. במהלך השנים הוסיפו מדינות רבות לקודקס הפלילי עבירות שאין בהן יסוד חמור של פגם מוסרי. כך נוצרה הפרדה במשפט הפלילי שלפיה חלק מהעבירות נושאות עימן קלון וחלקן לא.²⁶ לשיטת מן, הבעיה היא שאין מוסכמה חברתית או שיפוטית באשר להגדרה של עבירה שיש עימה קלון. מן גורס כי "קשה לחשוב על שאלה בתחום המשפט הפלילי המודרני שיש לגביה יותר חילוקי דעות משאלת הקלון".²⁷

26 ראו קנת מן "הסמכות לקבוע קלון – לא לשאול את בית המשפט" עורך הדין 9, 26 (2010) (להלן: מן "הסמכות לקבוע קלון").

27 שם, בעמ' 27–28.

לשיטתו, מצב דברים זה פוגע בעקרונות משפט בסיסיים של שוויון ואחידות הדין, ולמעשה מוביל להפעלה שרירותית של הדין.²⁸

ביקורת נוספת של מן היא שעמימות המושג "קלון" מטשטשת את המסר האקספרסיבי של המשפט הפלילי:²⁹ "אם אין בהרשעה בעבירה פלילית משום קלון, מה יש בה? אין כלל צורך להניע את ההליך הפלילי אם יוחלט שאין בעבירה משום קלון".³⁰ במילים אחרות, עמימות המושג מקשה על הציבור הרחב להבין את הקשר בין העבירה לבין הטלת הקלון, ובייחוד במצבים שבהם נקבע כי אין קלון. לדברי מן יש דיסוננס במצב שבו אדם הורשע בעבירה פלילית ונקבע שהעבירה אינה נושאת עימה קלון. מצב דברים כזה שולח מסר מבלבל לנאשם ולציבור. המסר שלפיו אין בעבירה קלון עומד סותר את קביעתו של בית המשפט שאותו אדם עבר עבירה פלילית.

עמנואל גרוס סבור שעמימות המושג "קלון" שוחקת את עקרון החוקיות.³¹ לדברי גרוס, עקרון החוקיות, שהוא מעקרונות היסוד של המשפט הפלילי, כולל קריטריונים המהווים בסיס למערכת המשפט הפלילי. לפיכך כל ענישה פלילית על פי חוק חייבת לקיים שלושה קריטריונים: הראשון, שהחוק התקבל כדין; השני, שהחוק נהיר וברור כפועל יוצא של הכלל: "אין עונשין, אלא אם כן מזהירין"; השלישי, שהחוק פורסם והוא נגיש לציבור.³² לשיטתו של גרוס:

אמנם כל החוקים שבהם מופיע מושג זה עברו את המבחן, אך ההגדרה עצמה לא עברה תחת ידה של הכנסת, ולפיכך אין למעשה עמידה במבחן זה. במבחן המהותי – לא כל שכן, הואיל וכל עברה יכולה להיות נושאת קלון, ולמעשה אי אפשר לצפות בגין איזו פעולה ימיט בית המשפט קלון ובגין איזו לאו. עובדה זו מערערת את הוודאות בקרב מבצע העברה. בנוסף, אין משוגרת אזהרה ראויה הואיל והגדרת הקלון אינה מפורסמת כלל.³³

גרוס מוסיף כי הטלת הקלון פוגעת בעקרון החוקיות בהיותה ענישה רטרואקטיבית. לפי עקרון החוקיות, עבירה יכולה לחול רק מרגע חיקוקה ואילך. לדבריו, בשל חוסר הבהירות, הקלון מפתיע את נמעניו בהופעתו לאחר מעשה, ולפיכך הוא בבחינת חקיקה או ענישה למפרע.³⁴

גרוס חקר את שאלת עמימות הקלון בהשוואה לארצות הברית ולאנגליה. לדבריו, הקונגרס האמריקני מעולם לא הגדיר את המושג "קלון". בהיעדר קביעה של המחוקק חילקה הפסיקה האמריקנית במקרים רבים את ההתנהגות "שיש עימה קלון" לשתי תת-קטגוריות: עבירות מרמה ועבירות בעלות יסוד מוסרי פוגעני במיוחד, קרי חסר מוסר,

28 שם.

29 שם, בעמ' 27.

30 שם.

31 גרוס, לעיל ה"ש 1, בעמ' 8.

32 שם, בעמ' 32–33.

33 שם, בעמ' 33.

34 שם, בעמ' 34–35.

שפל או ירוד. לדברי גרוס, תת־הקטגוריה השנייה היא בעייתית בשל עמימותה, שכן הקביעה אם מדובר בהתנהגות חסרת מוסר, שפלה או ירודה, היא בלתי צפויה. "משמעות המושגים הללו תלויה במי, מה, מתי, היכן וכיצד משתמשים בהם. למרבה הצער, המבחנים הקטגוריאליים הקצרים שבתי המשפט אימצו לזיהוי עברה שיש עמה קלון יוצרים אכיפה שרירותית ומפלה ותוצאות שאי אפשר לחזותן מראש".³⁵ לפיכך השימוש בקלון ספג ביקורת רבה עוד מראשיתו בשל עמימות המושג.³⁶

לדברי גרוס, גם המשפט האנגלי חוטא בעמימות בקשר למושג "קלון". לשם הדגמה, גרוס מתאר את הליך ההדחה של חבר פרלמנט בבית הלורדים. הליך ההדחה יכול שיתבצע בעקבות ביצוע "עבירה בת הדחה", היכולה להיות בין היתר עבירת קלון. לדבריו, חרף ניסיונות רבים כשל המשפט האנגלי ולא הגדיר מהי "עברה בת הדחה".³⁷

לא הכול מסכימים שעמימות מושגים משפטיים היא שלילית,³⁸ ובייחוד המושג "קלון". למעשה, בית המשפט העליון מצא את מצב אי־ההגדרה – כמצב רצוי.³⁹ כך למשל לדברי השופט זמיר:

ייתכן שאי־אפשר אחרת, ואולי אף עדיף כך. ידוע כי בתחיקה מפורזים מושגים עמומים, כמו צדק ותום־לב, שאין זה ראוי להקים סביבם חומה נוקשה של הגדרה, גם אם הדבר אפשרי. עדיף להשאיר בהם קצוות פתוחים, כדי שניתן יהיה להכניס דרכם גם נסיבות מיוחדות של מקרים בלתי צפויים. וכך אף לגבי מושג הקלון.⁴⁰

במקום אחר הוסיף השופט יצחק זמיר על משפחת המושגים הללו כי "העמימות של ביטויים אלה היא טעם החיים שלהם".⁴¹ במילים אחרות, יש הטוענים כי עמימות המושג "קלון" היא רצויה ואף מחויבת המציאות. היא מאפשרת לבית המשפט גמישות ביישום הכללים ובהתאמתם לנסיבות המשתנות של התיקים ושל הזמן.

המלומדים מן וגרוס נחושים שעמימות הקלון היא בעיה שיש לפתור אותה. לפיכך הציע מן שהיועץ המשפטי לממשלה ונציבות שירות המדינה יפרסמו כללים מחייבים בדבר העבירות והנסיבות אשר צריכות למנוע מאדם לכהן בתפקיד ציבורי.⁴² גרוס, כמחזר מחזיק

35 שם, בעמ' 16–18.

36 שם.

37 שם, בעמ' 27–29.

38 ספרות המחקר מתארת יתרונות לעמימות של הדין במישור הפלילי, לרבות גמישות ומהירות של ההכרעה, התאמה למציאות משתנה, היכולת להתמקד במושאי האכיפה המושפעים במידה רבה מהמדיניות ושימוש יעיל יותר במשאבים מוגבלים ליצירת הרתעה. ראו למשל, ROBERT BALDWIN, RULES AND GOVERNMENT 27–28 (1995); Tom Baker, Alon Harel & Tamar Kugler, *The Virtues of Uncertainty in Law: An Experimental Approach*, 89 IOWA L. REV. 443 (2003); Michal Shur-Ofry & Ofer Tur-Sinai, *Constructive Ambiguity: IP Licenses as a Case Study*, 48 U. MICH. J.L. REFORM 391 (2015).

39 גרוס, לעיל ה"ש 1, בעמ' 9–10.

40 עניין אור, לעיל ה"ש 1, בעמ' 189.

41 עניין רייש, לעיל ה"ש 5, בעמ' 496–497.

42 מן "הסמכות לקבוע קלון", לעיל ה"ש 26, בעמ' 29.

אחריו, הציע לנסח כללים ברורים, לרבות פירוט העבירות שיש עימן קלון, וקביעת הקלון כעונש חובה, ומנגד ליצור חזקה של היעדר קלון כאשר יש ספק.⁴³ עד להסדרה המיוחדת מציעים מן וגרוס להטיל קלון במשורה כדי לצמצם את הפגיעה בעקרון החוקיות ובזכויות הנאשמים.⁴⁴

דומה כי הכול מסכימים שהמושג "קלון" הוא עמום. ברם יש חילוקי דעות בספרות המחקר בשאלה מדוע המושג הזה עמום. רות גביון לדוגמה סבורה שהמושג שייך לתחום המוסר. מכאן נובעת לדידה עמימות המושג. לדבריה, מטבע הדברים, עמדות מוסריות משתנות מזמן לזמן וממקום למקום, ושונות הן מאדם לאדם ומשופט לשופט. לכן גם המושג "קלון" עמום.⁴⁵ בכך שונה הקלון מהמושג "עבירה" השאוב מעולם המשפט. אומנם בין שני התחומים, המשפט והמוסר, יש הפריה הדדית, והמשפט מאמץ כללי מוסר כאלה ואחרים. ברם במקרים אלה ההתנהגות היא הן עבירה פלילית והן הפרה של כלל של מוסר, אך האחד אינו תלוי באחר. העובדה שהתנהגות מסוימת היא עבירה פלילית אינה קובעת כי בהכרח מדובר בהתנהגות שיש עימה קלון, ולהפך.⁴⁶ לדוגמה, כעיקרון המושג המשפטי "עבירה פלילית" אדיש למניע של המבצע.⁴⁷ לעומת זאת עולם המוסר בוודאי יתעניין במניעים הרעים או הטובים של התנהגותו של פלוני.⁴⁸ גביון סבורה אפוא ש"יתכן כי היה מקום לקבוע את הסיבות לפסלות בתחום המשפט, ולא בתחום המוסר".⁴⁹

ש"ז פלר סבור שעבירה שיש עימה קלון היא "מושג ערכי-מוסרי שדפוסיו נתחמים על ידי תודעת הציבור בהתאם לכל אירוע עברייני בנפרד, על טיבו, עושהו ונסיבותיו".⁵⁰ פלר אינו מסכים שהסיבה לעמימות המושג "קלון" נובעת מהעובדה שהוא נשאב מתחומי הגות אחרים, דאונטולוגיים או סוציולוגיים. לדבריו, בקודקס הפלילי קיימים מושגים רבים שנשאבו מתחומי הגות אחרים והוגדרו מחדש הגדרה נורמטיבית.⁵¹ לדידו, הסיבה לעמימות טמונה בהיות הקלון מושג "קזואיסטי", בלתי ניתן להכללה, אשר נגזר מנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה.⁵² בשל תכונות אלו אי אפשר להגדיר בחיקוק אילו עבירות ייכללו בהגדרה "עבירה שיש עמה קלון" ואילו לא. לדברי פלר, אין "עבירה שיש עמה קלון", אלא יש "אירועים עבריינים שיש עימם קלון".⁵³ לכן בשל יחסיותו הקונקרטית לא ניתן המושג

- 43 גרוס, לעיל ה"ש 1, בעמ' 47.
- 44 ראו שם; מן "הסמכות לקבוע קלון", לעיל ה"ש 26, בעמ' 29.
- 45 גביון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 176–177.
- 46 שם, בעמ' 180.
- 47 יצויין שיש לעיקרון זה יוצאים מהכלל, ובהם מניע רלוונטי לשאלת האחריות. כך לדוגמה, מניע של גזענות הוא נסיבה מחמירה לעבירת הרצח, לפי ס' 301א(4) לחוק העונשין, התשל"ז–1977, ולעבירה של הסתה לגזענות לפי ס' 144א(א) לחוק העונשין.
- 48 גביון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 176–177.
- 49 שם, בעמ' 194.
- 50 פלר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 35.
- 51 שם, בעמ' 50.
- 52 שם, בעמ' 37.
- 53 שם, בעמ' 50.

"קלון" להגדרה נורמטיבית. מדובר במבחן ציבורי גרידא אשר ראוי שיפעילו הרשויות המנהליות הרלוונטיות בהשגחתה של הרשות השופטת.⁵⁴

מן סבור שהמושג "קלון" לקוח מתורת המוסר ומהסוציולוגיה של המשפט. מן כאמור טוען כי עמימות המושג נובעת מההפרדה ההיסטורית במשפט הפלילי בין עבירות שיש בהן מחשבה פלילית לבין אלו שאין בהן.⁵⁵ בעת הנוכחית, לדבריו, הקלון הוא תגובתה החברתית השלילית הקשה ביותר של חברה על הפרת מוסכמותיה. "הסוציולוגיה רואה במושג קלון 'דבק חברתי' – תגובה חברתית שלילית כלפי אדם שפגע בחברה, המחזקת את ערכיה של החברה ואת הסולידריות החברתית הנחוצה לה ביחס לעבריינים המסכנים אותה".⁵⁶ מן סבור אפוא שהסמנים החברתיים של המושג "קלון" הם שהחברה מרחיקה אדם מקרבה, וחבריה מגנים אותו ומקצים אותו מחמת התנהגותו הפוגענית.⁵⁷ מן מנתק את המושג "קלון" מן המשפט הפלילי. לשיטתו, הדיון על הקלון אינו צריך להיות חלק מהדיון על העונש. יתרה מזאת, הוא אף אינו צריך להיות באחריות בית המשפט הדן בפלילים.⁵⁸ הסמכות לקבוע בעניינים מוסריים-חברתיים צריכה להיות שמורה לרשות המבצעת. היא שצריכה להחליט אם אדם אינו יכול למלא תפקיד ציבורי. גם איגודים מקצועיים צריכים לקבוע קריטריונים לשאלה זו. לדידו, מערכת בתי המשפט יכולה להתערב בהחלטות המתקבלות בנושאים אלה, אך ראוי שהסמכות תהיה של בית המשפט לעניינים מנהליים.⁵⁹

עמנואל גרוס סבור כי הקלון הוא מושג מהמשפט הפלילי. לדברי גרוס, הקלון הוא מושג "שנועד לערוך הבחנה בין אירועים עברייניים שונים ולמדוד את מידת אי-המוסריות שלהם".⁶⁰ יתרה מזאת, גרוס רואה בקלון חלק מרכיבי הענישה. לכן גרוס מאשים את המחוקק בפגיעה בעקרון החוקיות – באי-בהירות המושג, באי-פרסומו ובענישה רטרואקטיבית ("אין עונשין, אלא אם כן מזהירין"). גרוס דורש מהמחוקק לנסח את המושג בבהירות ולפרסמו ברבים.⁶¹ בניגוד לפלר ולמן, גרוס סבור שההחלטה על קלון צריכה להישמר לבית המשפט. לשיטתו, בית המשפט, שלא כרשויות אחרות, הוא חסר פניות. יתר על כן, שאלת הקלון היא שאלה משפטית. לכן ראוי שבית המשפט יישם את הכללים שיקבע המחוקק, שהרי בית המשפט הוא המומחה בשאלות משפטיות.⁶²

לסיכום, המלומדים מסכימים שהמושג "קלון" הוא עמום, וכי עמימות זו היא בעיה. יש מחלוקת באשר לאופי הפתרון, אשר נובעת בין היתר מהיעדר הסכמה על תורת המשפט של המושג "קלון". למעשה, חלק מהמלומדים שעסקו בסוגיה בישראל אינם מוכנים לקבל את המושג הזה כמושג משפטי. לכן פשיטא שלא ייחסו לו תורת משפט. לפיכך בניסיון להפיג

54 שם, בעמ' 50–51.

55 מן "הסמכות לקבוע קלון", לעיל ה"ש 26, בעמ' 26.

56 שם.

57 שם.

58 שם, בעמ' 28.

59 שם, בעמ' 29.

60 עניין פלוגית (א'), לעיל ה"ש 17; גרוס, לעיל ה"ש 1, בעמ' 9.

61 שם, בעמ' 47.

62 שם.

את העמימות סביב המושג, אבקש להציע לו תורת משפט ולהסביר את הקלון כאכיפה מנהלית.

ב. אכיפה מנהלית כצדק מתקן

כדי להפיג את העמימות סביב מושג ה"קלון" ולהסביר מדוע מדובר באכיפה מנהלית, שומה להבהיר מהי בכלל אכיפה מנהלית. כדי לעשות זאת אתאר את האכיפה המנהלית על דרך ההבחנה מהמשפט הפלילי. אך ראשית יש לתאר מהם היסודות התורת-משפטיים שעליהם נבנה המבנה הנורמטיבי שאני מציע. אתחיל אפוא מהיסודות – בפורמליזם המשפטי.

1. פורמליזם משפטי

הפורמליזם המשפטי הוכה שוב ושוב במהלך שתי המאות האחרונות אך סירב לגווע. ידוע כי הפורמליזם טוען להפרדה בין המשפט לפוליטיקה, אך טענה זו גורמת לפורמליזם להיראות, במקרה הטוב, כניסיון לבריחה מאחריות חברתית, ובמקרה הרע, כהסוואה אכזרית של מציאות יחסי הכוחות. ארנסט ויינריב (Weinrib) טוען כי טענות אלה נובעות במידה רבה מאי-הבנה של הפורמליזם המשפטי.⁶³ לכן כדאי להקדיש כמה שורות לתיאור נכון של גישה זו מפי אחד מהמלומדים המובילים אותה כיום.

ויינריב מתאר את הפורמליזם המשפטי כמציע אפשרות להיגיון-נורמטיבי-פנימי. המאפיינים המרכזיים של הפורמליזם הם אפוא שלושה: הראשון, למשפט יש היגיון ייחודי השונה מהצדקה פוליטית. ההיגיון הפנימי של המשפט בנוי על שתי צורות הצדק של אריסטו (Aristotle):⁶⁴ צדק מתקן, המכונן את ההיגיון הפנימי של מערכת היחסים בין פועל לסובל; צדק חלוקתי, המכונן את ההיגיון הפנימי של מערכות היחסים בין בני אדם ובין בני אדם לבין דברים. אלו שני מבני היגיון נפרדים, שאינם ניתנים לצמצום אחד לאחר. הצדקות אשר מערבבות רכיבים של שתי צורות אלה הן בהכרח שגויות.⁶⁵

המאפיין השני של המשפט הוא שלהיגיון הייחודי יש גם כוח נורמטיבי, המבוסס על מושג הזכות של עמנואל קאנט (Kant). כידוע, על פי קאנט, בני אדם מוסריים חייבים להתקשר אחד עם האחר התקשרות שתתאים למעמד השווה שלהם כבני אדם: הפעולות שלהם, כפעולות של יצורים חופשיים, חייבות לאפשר קיום משותף עם החירות של כולם, כלומר: שהפעולות של בני האדם לא תפגענה בקיומן של יתר החירויות.⁶⁶ כוחם הנורמטיבי

63 ראו Ernest J. Weinrib, *Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law*, 97 YALE L.J. 949, 950–951 (1987) (להלן: Weinrib, *Legal Formalism*).

64 שם, בעמ' 977. ויינריב (Weinrib) מפנה במאמרו ל- ARISTOTLE, NICOMACHEAN ETHICS 115–123 (M. Ostwald trans., 1962).

65 Weinrib, *Legal Formalism*, לעיל ה"ש 63, בעמ' 950–957, 982–1012.

66 שם, בעמ' 995–999.

של מבני הצדק נובע אפוא ממושג ה"זכות" של קאנט כרעיון המושל על מערכת יחסים בין ישויות חופשיות.⁶⁷

המאפיין השלישי של המשפט הוא שניתן להבין ולפתח את תוכנו מבפנים. נקודת המבט הפנימית למשפט היא הפרשנות של צורתו ושל תוכנו. הצורה היא מכלול המאפיינים אשר מכונן את העניין הנדון כעניין הזהה לעניינים אחרים מאותו סוג ומובחן מעניינים מסוג אחר. צורה אינה נפרדת מתוכן אלא היא מכלול המאפיינים המזהים את התוכן כקבוע מראש, ולפיכך מזהים את התוכן כתוכן.⁶⁸ צורה ותוכן משפטיים מקיימים אותה מערכת יחסים.⁶⁹ לדוגמה, משפט פרטי הוא צורה משפטית. המשפט הפרטי מאופיין בתכניו, לרבות הקשר הישיר בין תובע מסוים לנתבע מסוים, פעולתו של התובע נגד הנתבע, התהליך של ביורר משפטי, הכרעה שיפוטית המאששת רטרואקטיבית את הזכויות והחובות של הצדדים והזכאות לסעד מסוים או לפיצויים בגין הפרת הזכות או החובה. אלו הם תכניו של המשפט הפרטי אשר מאפשרים לנו להבין אותו כמשפט פרטי.⁷⁰

בין ההיגיון, הנורמטיביות והפנימיות המאפיינים את הפורמליזם קיים קשר הדדי, שכן לפורמליסט, המשפט אינו רק היגיון ונורמטיבי ופנימי אלא יש לו כל אחד מהמאפיינים הללו רק מפני שיש לו גם שני האחרים.⁷¹

ויינריב יוצא נגד הגישות הפונקציונליות בנות זמננו, המבינות את המשפט דרך תכליתו והמתמקדות במטרות שהמשפט יכול להשיג. הוא טוען כי על אף הפופולריות העכשווית של ההבנה התכליתית של המשפט מדובר בטעות, וכי יש להבין את המשפט מניה וביה ולא כהתגלמות משפטית של מטרות חיצוניות. ניתן לדבריו להבין את המשפט דרך עצמו באמצעות הפורמליזם המשפטי.⁷²

כאמור, הנטייה הדומיננטית כיום היא להביט על תוכנו של המשפט מנקודת מבט של אידיאל חיצוני כלשהו. בולט במחקר בן זמננו הוא הרעיון שהמשפט מכיל, או ראוי שיכיל, מטרה מסוימת או ריבוי מטרות (מקסום הרווחה, הרתעה, חירות, יעילות, סולידריות וכו') שניתן לנסחן בנפרד מהמשפט והיכולות לשמש אמת מידה שעל פיה יש לבחון את המשפט. לפיכך היחס למשפט הוא כאל כלי לקידום מטרה או מטרות עצמאיות הניתנות לו מבחון. הפורמליזם תוקף הנחה זו חזיתית כאשר הוא מפרש את המשפט כהיגיון פנימי מוסרי. בהבנה הפורמליסטית, למשפט יש תוכן שאינו מיובא מבחוץ אלא מורחב מבפנים.⁷³

כפי שציינתי בפרק המבוא, הפתרון שאבקש להציע לעמימותו של המושג "קלון" כרוך בהבחנה בין הפורום הפלילי למנהלי. כדי למתוח הבחנות מהסוג האמור, המאמר מאמץ גישה פורמליסטית שבליבה מושגי הזכות, החירות והצדק, המניחה את קיומו של היגיון פנימי של המשפט בכלל ושל הפורום הפלילי והמנהלי בפרט. גישה זו תנחה את המאמר

67 ראו ERNEST J. WEINRIB, THE IDEA OF PRIVATE LAW 18–21 (2013) (להלן: WEINRIB, THE IDEA).

68 Weinrib, *Legal Formalism*, לעיל ה"ש 63, בעמ' 958–965, 966–1012.

69 שם, בעמ' 957–958, 974.

70 WEINRIB, THE IDEA, לעיל ה"ש 67, בעמ' 8–14.

71 Weinrib, *Legal Formalism*, לעיל ה"ש 63, בעמ' 950–957.

72 WEINRIB, THE IDEA, לעיל ה"ש 67, בעמ' 1–8, 17–18.

73 Weinrib, *Legal Formalism*, לעיל ה"ש 63, בעמ' 953–957.

במציאת הצדקה סדורה לשימוש בקלון. יובהר כי הגישה הפורמליסטית אינה מתיימרת להפיג עמימות במובן של ודאות לכתחילה בתוצאה של כל מקרה ומקרה. ברם היא דורשת מההנמקה המשפטית קוהרנטיות ושיטתיות אשר מפיגות את העמימות בדיעבד. המשימה הראשונה היא להבין את האכיפה הפלילית מנקודת המבט הפנימית של הפורמליזם המשפטי. נקודת המבט הפנימית תבחן כאמור את שלושת המאפיינים של הפורמליזם המשפטי – ההיגיון הנורמטיבי הפנימי – והגשמתם באכיפה הפלילית.

2. אכיפה פלילית כצדק מתקן

לפי המסורת הפורמליסטית, המשפט הפלילי עוסק בפגיעה בזכויות (חיים, שלמות הגוף, קניין או במגננונים המשפטיים המאפשרים את קיומן ומימושן). אך לעומת המשפט הפרטי, שבו הפגיעה היא בזכות הפרט, במשפט הפלילי הפגיעה היא במערך זכויות הכלל.⁷⁴ כדי לאפשר את מימוש הזכויות הפרטיות שומה להגן עליהן הגנה ציבורית.⁷⁵ זכויות פרט הן חסרות משמעות בעולם הנעדר הגנה ציבורית – מצב שקאנט כינה "מצב הטבע". לפיכך הכול חייבים להיות כפופים למצב שקאנט כינה "זכות הציבור" (public right), כלומר מצב שבו החוק מגן על זכויות הכלל.⁷⁶ במילים אחרות, המשפט הפלילי אינו עוסק בפגיעה בזכות של אדם פרטי. הפגיעה שאליה מתייחס המשפט הפלילי היא פגיעה במערך החוקי שבמסגרתו מעוגנת זכות זו.⁷⁷ לדוגמה, את הפעולה של תקיפה ניתן לפרש בשני רבדים: במשפט הפרטי תקיפה היא פגיעה בזכות לשלמות גופו של פלוני. במשפט הפלילי תקיפה היא פגיעה בזכות הציבור לשלמות גופם של כל הפרטים.

פגיעה בזכות הציבור מתרחשת בשני תנאים עקרוניים: התנאי הראשון הוא שהעברייין יצא נגד החוק מרצונו. זיהוי מעשה כעבירה מסמן את העברייין כאחד שהוציא עצמו מהדרישות של זכות הציבור. אם המעשה היה לא רצוני, אין היגיון בעניין של המדינה להעניש את הנאשם.⁷⁸ במילים אחרות, התנאי הראשון הוא שהפגיעה צריכה להיעשות במחשבה פלילית, מתוך מודעות לאפשרות של הפרת זכות הציבור. התנאי השני הוא שהפגיעה בזכות הציבור תהיה מפורשת. כלומר, היותה של הפגיעה רצונית צריך להיות ניכר במפורש במעשה הפלילי. אין די בדברים שבלב.⁷⁹ מעשה עבירה הוא הכחשה רצונית ומפורשת של זכות הציבור.⁸⁰ העברייין מפגין בפעולתו את היעדרן של זכויות כלל או את אמונתו שלקורבן מסוים אין זכויות, או שהקורבן שייך לקבוצה שחבריה חסרי זכויות, או שלקח סיכון מודע לפגיעה בזכות של הקורבן, או שנקט פעולות שלא עלו עד כדי פגיעה

74 שי לביא "צדק מתקן בפלילים – עיון מחודש ביחס שבין דיני עונשין ומשפט חוקתי" מגמות בפלילים: לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 511, 520–523 (2010).

75 ARTHUR RIPSTEIN, FORCE AND FREEDOM: KANT'S LEGAL AND POLITICAL PHILOSOPHY 145 (2009).

76 ERNEST J. WEINRIB, CORRECTIVE JUSTICE 172–174 (2012).

77 ראו לביא, לעיל ה"ש 74, בעמ' 523–520. לדבריו טיעון זה מוסבר לעומק אצל הגל. ראו GEORG WILHELM FREDRICH HEGEL, HEGEL: ELEMENTS OF THE PHILOSOPHY OF RIGHT (1991).

78 WEINRIB, CORRECTIVE JUSTICE, לעיל ה"ש 76, בעמ' 172–174.

79 לביא, לעיל ה"ש 74, בעמ' 523–520.

80 ALAN BRUDNER, PUNISHMENT AND FREEDOM 38–45 (2009).

בזכות אך ביטאו כוונה לפגוע בזכויות.⁸¹ המשפט הפלילי עוסק אפוא בפגיעה רצונית ומפורשת בזכות הציבור.

ההיגיון של המשפט הפלילי הוא ההיגיון של הצדק המתקן. משפט פלילי נופל בהגדרה של צדק מתקן, שכן הוא מניח מראש את הקורלציה הדו-צדדית בין פועל לסובל.⁸² ניתן לראות זאת באמצעות השוואה לאופן שבו פועל הצדק המתקן במשפט הפרטי. כזכור, המשפט הפרטי עוסק בפגיעה בזכות הפרט. פירושו של צדק מתקן במשפט הפרטי הוא להשיב את מצב הדברים לקדמותו עובר להפרת הזכות. השבת מצב הדברים לקדמותו אינה פיזית, שהרי התוקף איננו יכול לתקן את הפגיעה הפיזית שנגרמה לגופו של הקורבן. בכוחו של התוקף לפצות את הקורבן רק על הנזקים שנגרמו לו, כלומר השבת המצב לקדמותו היא אינה פיזית אלא משפטית. הצדק המתקן משיב את השוויון בין שני הצדדים לקדמותו באמצעות הפיצוי שיפצה התוקף את הקורבן.⁸³ היגיון זה פועל גם במשפט הפלילי, אך יש הבדל יסודי בין המשפט הפלילי למשפט הפרטי. כאמור, האיסור הפלילי איננו על פגיעה בזכות פרטית של אדם אחר אלא על פגיעה בזכות הציבור. התוקף שמפר את החוק הפלילי אינו פוגע רק בקורבן העבירה אלא גם בעיקרון הכללי של הזכויות המעוגן בחוק האוסר על תקיפה. לפיכך גם תיקון הפגיעה בחוק צריך להיעשות בנוגע לחוק שהופר. יישום הגיון זה של הצדק המתקן במשפט הפלילי משמעו להשיב את השוויון על כנו ביחסים שבין העברייני ובין זכות הציבור. התיקון איננו פיזי אלא משפטי. באמצעות הענישה החוק שהופר חוזר ומאשש את תוקפו המחייב, והשוויון חוזר לקדמותו. זהו למעשה יישומו של עקרון הקורלטיביות במשפט הפלילי.⁸⁴

ההיגיון המתקן של המשפט הפלילי מכונה "צדק גמולי". צדק גמולי מחזיר את הצדדים לעבירה, העברייני והקורבן, למצב השוויון ההתחלתי, שבו לכל הפרטים זכויות שוות.⁸⁵ התאוריה של צדק מתקן בפלילים מכונה אפוא גמול משפטי קלאסי. היא קלאסית במובן זה שהיא עולה מהכתבים של הפילוסופים הגדולים, שבעת הולדת שלטון החוק הליברלי נוסחו לראשונה היסודות התאורטיים שלה. הכוונה היא כמובן לדוקטרינה של הזכות של קאנט

81 שם.

82 Weinrib, *Legal Formalism*, לעיל ה"ש 63, בעמ' 982–983 ה"ש 73. כן ראו Weinrib, *Corrective Justice*, לעיל ה"ש 76, בעמ' 172–174.83 לביא (לעיל ה"ש 74) מסתמך על הדיון של ויינריב על הקורלטיביות במשפט, ומפנה ל-Weinrib 1995. לגרסה המעודכנת של הספר, ראו Weinrib, *The Idea*, לעיל ה"ש 67, בעמ' 114–144, ובפרט בעמ' 117.

84 לביא, לעיל ה"ש 74, בעמ' 523–529.

85 Brudner, לעיל ה"ש 80, בעמ' 38–45. עמדה זו לכאורה עולה עם הגיון הצדק המתקן האריסטוטלי. ברם ברודנר מוסיף וטוען בהערת שוליים כי צדק מתקן משיב את הצדדים למצב הדברים ההתחלתי, ואילו צדק גמולי מחזיר את העברייני אחורה ממצב הדברים ההתחלתי כדי להפגין את תוקפו. כלומר, צדק גמולי אינו מסתפק בהשבת המצב לקדמותו אלא הולך רחוק יותר בנטילת החירות של העברייני. לפיכך, ממשיך ברודנר, צדק גמולי אינו עוד צורה של צדק מתקן. יש להתייחס לצדק גמולי כסוג אחר של צדק, ולכן אריסטו טעה, ולמעשה יש שלושה סוגים של צדק: מתקן, חלוקתי וגמולי (שם, בעמ' 47, ה"ש 32).

ולפילוסופיה של הזכות של הגל (Hegel). היא משפטית בכך שהיא מצדיקה ענישה שיפוטית כאישוש סמכות החוק, להבדיל מלתת לרוע כגמולו.⁸⁶

התוכן הייחודי של המשפט הפלילי מאפשר לנו להבין אותו כצורה – משפט פלילי. ניתן לחלק את תוכנו של המשפט הפלילי לחמישה מישורים: הגדרת ההתנהגות המצדיקה תיקון, תכלית הסנקציה, הגוף המניע את הסנקציה, סוג הסנקציה ומהות הפרוצדורה אשר מהווה מסגרת להטלת הסנקציה.⁸⁷ נדון במישורים השונים כסדרם.

ראשית, סוגיית הגדרת ההתנהגות המצדיקה תיקון. עבירה פלילית היא פגיעה רצונית ומפורשת בזכות הציבור. הדרישה של רצונית ומפורשת העבירה באה לידי ביטוי בתוכן המשפט הפלילי בשני יסודות העבירה – היסוד העובדתי והיסוד הנפשי. ואומנם, אחד המישורים שכעניין שבמסורת בידל את המשפט הפלילי ממשפט פרטי הוא הגדרת ההתנהגות שבעקבותיה מוטלת אחריות: במשפט אזרחי האחריות מוטלת על בסיס רשלנות, ואין הכרח במודעות. לעומת זאת במשפט פלילי האחריות מוטלת עקרונית בגין התנהגות הנובעת מיסוד נפשי סובייקטיבי של מודעות.⁸⁸ היסוד הנפשי של מחשבה פלילית הוא אפוא הרכיב המייחד את ההתנהגות שבה עוסק המשפט הפלילי.⁸⁹

שנית, תכלית הסנקציה. על פי הגישה של צדק מתקן בפלילים, תכליתו של העונש הפלילי היא מידת התיקון, מידת התרופה, הדרושה בשל פגיעה בזכות הציבור. בית המשפט מתבונן על המעשה שנעשה בעבר, ושאותו יש לתקן. לכן הענישה היא רטרופרספקטיבית, צופה פני עבר.⁹⁰ על התיקון להיעשות בנוגע ל"נזק" לחוק. זהו יישומו של עקרון הקורלטיביות במשפט הפלילי, ומשמעו השבת הצדק על כנו ביחסים שבין העבריין לבין זכות הציבור. כך עושה המשפט הפלילי צדק עם זכות הציבור שהופרה ועם העבריין בעת ובעונה אחת.⁹¹

שלישית, זהות הגוף המניע את הסנקציה. במשפט הפרטי הזכות הנפגעת היא פרטית, ומשום כך גם יש תובע פרטי. לעומת זאת במשפט הפלילי הפגיעה היא בזכות הציבור, היא כללית ואיננה נוגעת לזכות של אדם פרטי שהופרה. היות שהעבירה היא סטייה מזכות הציבור, זיכוייה מונח לפתחה של המדינה כנציגה הרשמית של זכות הציבור ולא לפתחו של בעל זכות מסוים.⁹² לכן כעיקרון התובעת במשפט הפלילי היא המדינה.⁹³ המדינה, הפועלת

86 שם, בעמ' 38–45.

87 החלוקה היא בעקבות קנת מן "סנקציות אזרחיות עונשיות" עיוני משפט טז 243, 246 (1991).

88 שם, בעמ' 245–261. כידוע, הדין הפלילי מכיר גם באחריות על בסיס יסוד נפשי של רשלנות, ברם יסוד זה נתפס כחריג. על מעמדה של של הרשלנות כצורת אחריות חריגה בתחום הפלילי ראו מרדכי קרמניצר

"על הרשלנות בפלילים – יסוד נפשי, יסוד עובדתי או שניהם גם יחד" משפטים כד 71, 72–74 (1994).

89 מרים גור-אריה "אחריות מוחלטת לעבירות של 'תקנת ציבור' – קריאה להוצאתה מהמשפט הפלילי ולהעברתה אל המשפט המנהלי" גבורות לשמעון אגרנט 241, 247–248, 250–253 (אהרן ברק ואח' עורכים, 1987) (להלן: גור-אריה "אחריות מוחלטת") (גור אריה גורסת ש"האשמה היא האלמנט המייחד את המשפט הפלילי"); מרים גור-אריה "סטיות מעקרון האשמה" מחקרי משפט יג 129 (1996).

90 ראו WEINRIB, THE IDEA, לעיל ה"ש 67, בעמ' 114–144; לביא, לעיל ה"ש 74, בעמ' 523–529.

91 שם.

92 ראו Weinrib, Legal Formalism, לעיל ה"ש 63, בעמ' 982–983, ה"ש 73; WEINRIB, CORRECTIVE, לעיל ה"ש 76, בעמ' 172–174.

באמצעות התובעים הציבוריים, היא בעלת התפקיד של ניהול ההליכים הקובעים את האשמה ובהמשך את עונשו של העבריין. התביעה המדינתית, כנציגה של זכות הציבור, מתקנת את הפגיעה בשוויון באמצעות הענישה ומשיבה את המצב לקדמותו.⁹⁴ אומנם המדינה, על רשויותיה המנהליות, פועלת במישור של החקירה והתביעה, אך בהקשר הפלילי, לפחות מבחינה עקרונית, לבית המשפט יש סמכות בלעדית להעניש.

רביעית, סוג הסנקציה. משמעותה של הסנקציה הפלילית היא תיקון הכחשה של זכות הציבור באמצעות הכחשה של זכות (חירותו של העבריין).⁹⁵ עונש מאסר הוא האמצעי המקובל במשפט המערבי מאז שלהי המאה השמונה-עשרה לנטילת חירותו של עבריין.⁹⁶ עונש המאסר במשפט הפלילי הוא המקבילה המשפטית הראויה לפיצוי הכספי במשפט הפרטי. יכולתו של עונש המאסר לתקן את זכות הציבור שנפגעה דומה ליכולתו של כסף לתקן את זכות הפרט שנפגעה. התיקון איננו פיזי אלא משפטי. מעשה עבירה הוא הכחשה של זכות הציבור. בענישה, הכחשת זכות הציבור מתוקנת באמצעות הכחשה של זכות הפרט. הצדק הגמולי בדמות עונש המאסר מחזיר את הצדדים לעבירה, העבריין והמדינה, למצב השוויון ההתחלתי, שבו לכל הפרטים זכויות שוות. כך החוק חוזר ומאשש את קיומו ואת קיום זכות הציבור.⁹⁷

חמישית, מהות הפרוצדורה אשר מהווה מסגרת להטלת הסנקציה. במשפט הפלילי נהוג רף הוכחה גבוה המכונה "למעלה מספק סביר", לעומת ההליך האזרחי הדורש כעיקרון רף נמוך יותר של "מאזן הסתברויות".⁹⁸ לפי גישה של צדק מתקן בפלילים, רף ההוכחה הגבוה

93 ס' 11 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982. אף על פי כן, החוק מאפשר גם לאדם פרטי להגיש תביעה פלילית בהליך של קובלנה (שם, בס' 68), אך בסייגים רבים ובכפוף להחלטת המדינה שלא לנהל את התביעה בעצמה (שם, בס' 69-73).

94 ראו Weinrib, Legal Formalism, לעיל ה"ש 63, בעמ' 982-983, ה"ש 73; Weinrib, CORRECTIVE JUSTICE, לעיל ה"ש 76, בעמ' 172-174.

95 HEDEL, לעיל ה"ש 77, בעמ' 160-161.

96 MICHEL FOUCAULT, DISCIPLINE AND PUNISH: THE BIRTH OF THE PRISON (1977).

97 BRUDNER, לעיל ה"ש 80, בעמ' 38-45; לביא, לעיל ה"ש 74, בעמ' 530-534.

98 ס' 34(א) לחוק העונשין. כן ראו יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין 1002-959 (2010); יניב ואקי מעבר לספק סביר: גמישות ההוכחה בדין ישראלי 371-372 (2013). בספרות המחקר ובפסיקה יש כמה הסברים להבדל שבין הרף הפלילי לאזרחי. כך למשל, העמדה הרווחת היא תועלתנית – ולפיה מקור ההבחנה בין הרף הפלילי לאזרחי משקף את הרצון לחלוקה יעילה של סיכוני המשגה בין הצדדים להתדיינות. ראו שם, בעמ' 373; יששכר רוזן-צבי וטליה פישר "מעבר לפלילי ואזרחי – סדר דין חדש לסדרי הדין" משפטים לח 489, 496-498 (2008); ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 221, 644-645 (1993) (בית המשפט קבע כי משמעויות ההרשעה בפלילים חמורות מתוצאותיה של התדיינות אזרחית, ו"לכן נקבעו במשפט הפלילי קריטריונים ייחודיים ומחמירים בעניין חובת ההוכחה ומידתה"). הטענה האגליטרית מתמקדת בהבדלי הכוח בין הצדדים להתדיינות (שם, בעמ' 498-500). טענה נוספת, אקספרסיבית, גורסת שמקור ההבחנה בין הרף הפלילי לאזרחי נובע מההבדל בין התוצאות השונות של ההליכים השונים, כלומר מלבד הסנקציה, הענישה הפלילית מובילה להקעה מוסרית של העבריין בקרב קהילתו (שם, בעמ' 500-502). לבסוף, יש טענות אשר מציבות את המדינה במוקד ההבדל בין הפלילי לאזרחי, ולפיהן ההבדל נועד להגביל ולצמצם את יכולת המדינה להשתמש לרעה בהליכים פליליים, או להגביל ולצמצם את התערבות המדינה באוטונומיה של הפרט (שם, בעמ' 502-504). רוזן-צבי ופישר מבקרים באפקטיביות את כל הגישות הללו (שם, בעמ' 504-521).

הנהוג במשפט הפלילי נובע מהצורך לחשוף את האמת הסובייקטיבית של הרצונות בהכחשת זכות הציבור. במשפט האזרחי, כאמור, היסוד הנפשי נמדד אובייקטיבית ואין הכרח במודעות. לכן צד במשפט אזרחי לא נדרש אלא לשכנע יותר מהצד האחר באשר לאמת האובייקטיבית. לעומת זאת במשפט הפלילי האחריות מוטלת בגין התנהגות הנובעת מיסוד נפשי סובייקטיבי של מודעות. במשפט הפלילי יש לחשוף את האמת הסובייקטיבית. בתי המשפט כינו את הודאת הנאשם "מלכת הראיות"⁹⁹ מפני שמי אם לא הנאשם יכול להעיד על היסוד הנפשי הסובייקטיבי. מכל מקום, בשל הצורך להוכיח את הממד הסובייקטיבי ראוי שבתי המשפט ידרשו ראיות מובהקות כהוכחה לכך שאומנם העברין הכחיש מרצונו את זכות הציבור.¹⁰⁰

לסיכום, עבירה פלילית היא הכחשה רצונית ומפורשת של זכות הציבור. המשפט הפלילי מפעיל היגיון של צדק מתקן, שמשמעו תיקון הפגיעה של העברין בזכות הציבור והשבת השוויון בין כל הפרטים בציבור לקדמותו. התיקון אינו נעשה מבחינה עובדתית אלא משפטית. בענישה הפגיעה בזכות הציבור מתוקנת באמצעות נטילה של זכות הפרט. מכלול המאפיינים אשר מכונן את האכיפה הפלילית ככזו הוא זה: מעשה פלילי ומחשבה פלילית, תכלית של גמול צופה פני עבר המגן על תוקפו המחייב של החוק, תביעה על ידי המדינה, סנקציה של מאסר ורף הוכחה גבוה.

3. אכיפה מנהלית כצדק מתקן

השלב הבא בהבנת הקלון הוא הבנתה של האכיפה המנהלית. בקליפת אגוז, לעומת עבירה פלילית, שהיא הכחשה רצונית של זכות הציבור, ובענישה – הכחשת זכות הציבור מתוקנת באמצעות נטילה של זכות הפרט, הפרה מנהלית היא סיכון מופרז לזכות הציבור, ובאכיפה המנהלית הסיכון לזכות הציבור מתוקן באמצעות הגבלה של זכות הפרט. בשורות הבאות ארחיב מעט על הפרדיגמה של אכיפה מנהלית כצדק מתקן.¹⁰¹

האכיפה המנהלית עוסקת במניעה צופה פני עתיד. כזכור, כדי לאפשר את מימוש הזכויות הפרטיות שומה להגן עליהן הגנה ציבורית. אין משמעות לזכויות פרטיות במצב הטבע, לפיכך יש להגן על זכויות הכלל – על זכות הציבור.¹⁰² חובה זו של המדינה פועלת הן בדיעבד לתקן עוולות עבר והן לכתחילה בציפייה להתנהגות פסולה.¹⁰³ ואומנם, לפי המסורת של המשפט המקובל, האכיפה הפלילית המתינה עד לגרימת "נזק" בטרם השתת

⁹⁹ ראו למשל ע"פ 6679/04 סטקלר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.5.2006); ע"פ 7939/10 זדורוב נ' מדינת ישראל, פס' 126–127 לפסק דינו של השופט דנציגר, פס' 6–7 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 23.12.2015).

¹⁰⁰ לכן, לגישתי, בהליכים פליליים העוסקים בעבירות רשלנות רף ההוכחה צריך להיות כמו במשפט האזרחי. רוזן-צבי ופישר (לעיל ה"ש 98) מציעים הצעה אחרת. לשיטתם, ראוי שרף הוכחה ראוי יביא בחשבון את האיוון בין עוצמת המתדיינים לעוצמת הסנקציה הצפויה (שם, בעמ' 544–577).

¹⁰¹ להרחבה ראו Kidron, לעיל ה"ש 23.

¹⁰² Weinrib, *Corrective Justice*, לעיל ה"ש 76, בעמ' 172–174.

¹⁰³ מבטה של התפיסה של קאנט אינו קבוע רק בעבר – במעשים שכבר בוצעו – אלא גם בעתיד. ראו Weinrib, *The Idea*, לעיל ה"ש 67, בעמ' 107–108.

העונש, ואילו האכיפה המנהלית עסקה במניעת "נזק".¹⁰⁴ לפי מסורת זו, העיסוק של רשויות המדינה במניעת ה"נזק" היא אכיפה מנהלית.

טיפול של אכיפה מנהלית ב"נזק" שונה מזה של הפלילית. עבירות פליליות אסורות בגלל רצונו של העבריין לפגוע בזכות הציבור. לעומת זאת הפרות מנהליות מסכנות את זכות הציבור גם בהיעדר רצונו. כלומר, יש הפרדה בין עצם הדאגה לאכיפת כללי הזהירות בתחומים ציבוריים ובין התגובה במקרים שבהם הפרת כללים אלה ראויה לגינוי חברתי. הפרה של כללי הזהירות בתחומים ציבוריים ראויה לגינוי חברתי במקרים שבהם יש אשמה, או במילים אחרות, מקרים שבהם יש מחשבה פלילית – אלו העבירות הפליליות.¹⁰⁵ לעומת זאת הפרות מנהליות עוסקות במקרים שבהם אין אשמה, אך בכל זאת מבטאות את הדאגה לאכיפה של כללי הזהירות בתחומים הציבוריים.

המדינה מחויבת אפוא לפעול בשני מסלולים: האחד, באמצעות אכיפה פלילית, לאחר שעברייני יצא נגד זכות הציבור מרצונו. מסלול זה צופה פני עבר לפגיעה שכבר התרחשה; המסלול השני, באמצעות אכיפה מנהלית, שנועדה למנוע סיכונים מופרזים לזכות הציבור. מסלול זה צופה פני עתיד ומקדם פני סיכון קיים או עתיד. לדוגמה, את הפעולה של תקיפה פירשתי קודם לכן בשני רבדים: ברובד של המשפט הפרטי תקיפה היא פגיעה בזכות לשלמות גופו של פלוני, וברובד של המשפט הפלילי תקיפה היא פגיעה בזכות הציבור לשלמות גופם של כל הפרטים, אך עתה ניתן להוסיף רובד שלישי. ברובד של אכיפה מנהלית תקיפה מעידה על מסוכנות לזכות הציבור (תקיפה נוספת, הימלטות מהדין ושיבוש ראיות). לכן בשל המסוכנות ניתן להפעיל את הסמכות המנהלית של מעצר ולעצור את אותו אדם שביצע עבירה של תקיפה.

בהקשר של אכיפה מנהלית, כמו במשפט הפרטי, על המדינה למנוע סיכונים מוגזמים בלבד.¹⁰⁶ במשפט הפרטי יש לקורבן של עוולה נזיקית זכות לפיצוי בגין נזקים הנובעים מסיכונים לא הודיים. מקרים של אחריות הם אלה שבהם הנאשם מייצר סיכון לא מידתי ומופרז לנזק ביחס לפעילות יצירת הסיכון של הקורבן.¹⁰⁷ כך ניתן להבחין בין המקרה של שני טייסים אשר מטילים על הנמצאים מתחת לנתיב הטיסה של המטוס סיכון לא הודי לנזק, ובין המקרה של שני טייסים הטסים באותו אזור ומטילים זה על זה סיכון לתאונה אווירית.¹⁰⁸ אותו עיקרון חל בהקשר של סיכונים לזכות הציבור. אל למדינה להתערב בסיכונים רגילים שאנשים מטילים זה על זה. סוג זה של סיכון אינו מהווה איום על זכות הציבור. לעומת זאת על המדינה להתערב ולהסדיר את התנהגותם או פעילותם של יחידים

104 ראו BRUDNER, לעיל ה"ש 80, בעמ' 170. ברודנר מציג את ההבחנה בפסיקה של המשפט המקובל וכן את הביקורות עליה בספרות. ראו למשל JEREMY BENTHAM, ESSAY ON THE INFLUENCE OF TIME AND PLACE IN MATTERS OF LEGISLATION 193 (1843); JEROME HALL, GENERAL PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 337–342 (1947).

105 ראו גור-אריה "אחריות מוחלטת", לעיל ה"ש 89; גור-אריה "סטיות מעקרון האשמה", לעיל ה"ש 89. יש לציין כי העמדות מעלה את השאלה של מקומן של עבירות הרשלנות (לרבות אחריות קפידה) בגדר הדין הפלילי, אך לא יהיה אפשר להיכנס לעובי הקורה של דיון חשוב זה במסגרת המאמר הזה.

106 ראו George P. Fletcher, *Fairness and Utility in Tort Theory*, 85 HARV. L. REV. 537 (1972).

107 שם, בעמ' 542.

108 שם.

היוצרים סיכונים לא רגילים ומופרזים על אחרים, כגון הסיכון שמטוסים מטילים על כלל הציבור.¹⁰⁹

מטעם זה לא כל סיכון לזכות הפרט הוא גם סיכון לזכות הציבור ולהפך. יש מקרים של סיכון לזכות הפרט ללא ממד ציבורי. לדוגמה, נניח שאדם העובד במפעל לעיבוד טבק לקה באסתמה ברונכיאלית בשל שאיפת כמויות גדולות של אבק טבק במהלך עבודתו. לפי עקרון הגולגולת הדקה, יש כאן סיכון לזכות הפרט לשלמות הגוף, שאף יכול להצדיק פיצויים לניזוק. מנגד, ייתכן שחברת הטבק שמרה על תנאי עבודה סבירים, ושכמות האבק אינה מהווה סכנה לבריאותו של אדם רגיל, כלומר אין סיכון לזכות הציבור לשלמות הגוף.¹¹⁰ כמו כן ייתכנו מקרים שבהם שני שחקנים פרטיים יחליטו להעמיד זה את זה בסיכון מופרז לזכות הציבור אך ללא ממד פרטי. למשל, שני גברים המאתגרים אחד את האחר למרוץ מכונית. לדברי פלטר, אם אחד יפגע בחברו, זו לא תהיה עוולה. עם זאת התנהגות כזו אכן מהווה סיכון מופרז לזכות הציבור. סיכון זה מצדיק את התערבות המשטרה במניעת המרוץ.¹¹¹

ההיגיון של אכיפת ההפרות המנהליות – כמו ההיגיון של אכיפת העבירות הפליליות – הוא ההיגיון של הצדק המתקן. פירושו של הצדק המתקן באכיפת ההפרות המנהליות הוא השבת מצב הדברים לקדמותו עובר ליצירת הסיכון לזכות הציבור. השבת מצב הדברים לקדמותו היא על דרך המניעה. הצדק המתקן מונע את הסיכון המופרז לזכות הציבור באמצעות הגבלה של זכויות המפר. באמצעות האכיפה המדינה מגינה על זכות הציבור. ההיגיון של האכיפה המנהלית נופל בהגדרה של צדק מתקן, שכן הוא מתבסס על הרעיון שמשטר של חבות מתקן את אי-הצדק שמטיל המפר על זכות הציבור במערכת יחסים דו-צדדית ביניהם, תוך קיום עקרון הקורלטיביות (עקרון ההתאמה). ראשית, קיימת מערכת יחסים דו-צדדית בין מפר לבין זכות הציבור לעניין ההפרה. דרישת הציבור לתיקון הנזק אינה כלפי כולי עלמא אלא כלפי מפר מסוים. האירוע המהווה הפרה יצר מערכת יחסים ייחודית בין מפר מסוים לבין זכות הציבור, והיא שמקימה חובת תיקון.¹¹² כך, אין למדינה, המייצגת את זכות הציבור, טענת תביעה נגד כלל הציבור במסגרת רעיונית זו, וכך גם לא ניתן להקים חובת תיקון על מפר ללא סיכון לזכות ציבור מסוימת שעומדת מולו. למשל, הסכנה הנשקפת מגל צונמי אינה מהווה הפרה של פרט מסוים, ולכן אינה נכללת במסגרת הרעיונית של צדק מתקן.

109 הסיכון לזכות הציבור אינו חייב להיות מדי בני אדם דווקא. הוא יכול לנבוע גם מרכוש או מהטבע, כגון סכנה הנשקפת מרעידות אדמה או מבעלי חיים.

110 הדוגמה נלקחה מע"א 630/68 כהן נ' עלי טבק בע"מ, פ"ד כג(1) 707 (1969). כידוע, עקרון הגולגולת הדקה הוא חריג לדרישת הצפיית בדין האזרחי. לפי העיקרון, אם סוג הנזק צפוי, אז תוטל אחריות בגינו אף אם היקפו לא היה צפוי (ראו למשל אריאל פורת נזיקין 149–153 (2013)). אשר למקרה המתואר, ניתן לטעון כי בעלי המפעל אחראים בנזיקין כי הם ידעו על הסכנה של הניזוק המסוים שהיה רגיש לאבק, ולכן היו צריכים לנקוט אמצעי הגנה מוגברים, ברם הרגולטור יכול להסתפק בקביעה של רף נמוך יותר של אמצעי הגנה כדי לא לגרור הוצאות מיותרות לכלל המעסיקים.

111 ראו Fletcher, לעיל ה"ש 106, בעמ' 542.

112 Weinrib, Corrective Justice, לעיל ה"ש 76, בעמ' 17.

שנית, יש קורלציה בין המפר לבין זכות הציבור גם לעניין הסעד. פירושו של הצדק המתקן באכיפה המנהלית הוא השבת מצב הדברים לקדמותו עובר ליצירת הסיכון המופרז לזכות הציבור. השבת מצב הדברים לקדמותו היא על דרך המניעה באמצעות הגבלה של זכויות המפר. כך, באמצעות האכיפה מגינה המדינה על זכות הציבור. יישומו של עקרון הקורלטיביות לאכיפת ההפרות המנהליות מנחה כי על התיקון להיות במידה השקולה לסיכון. במילים אחרות, המניעה צריכה להיות במידה שאינה עולה על הנדרש כדי לאיין את הסיכון המסוים. לדוגמה, ביצוע עבירה של תקיפה מלמדת על סיכון מופרז לזכות הציבור לשלמות הגוף. בשל החשיבות שהחברה שבה אנו חיים מייחסת לשלמות הגוף, סיכון שכזה מחייב במקרים רבים תיקון שיתבטא בהגבלת חירות. לכן שוטר שיש לו יסוד סביר לחשד שאדם עבר עבירה מסוג תקיפה מוסמך לעצור את התוקף.¹¹³ לעומת זאת אימתן זכות קדימה להולך רגל במעבר חצייה בתוך כדי סיכון הולך רגל מלמד גם הוא על סיכון מופרז לזכות הציבור לשלמות הגוף. אלא שהסיכון הנשקף ממנה ניתן למניעה באמצעות שלילת רישיון נהיגה בלבד, ללא הגבלות נוספות על החירות. לכן שוטר שיש לו יסוד להניח כי נהג עבר לנגד עיניו עבירה של אימתן זכות קדימה להולך רגל במעבר חצייה מוסמך ליטול את רישיון הנהיגה של אותו נהג.¹¹⁴ בשני המקרים יש סיכון לזכות לשלמות הגוף, אך הסעד הוא שונה וקורלטיבי לנסיבות הסיכון.

אפשר שתישמע הטענה כי מניעה של סיכון עתידי אינה עולה בקנה אחד עם צדק מתקן, מפני שסעד מניעתי נגד הפרות עתידיות חל במקום שבו עדיין אין הפרה לתקן. אך הניתוח של אריסטו את מבנה הצדק המתקן עוסק במבנה המיוחד שבו סעד הוא התגובה ההגיונית לביצוע ההפרה ("הגיונית" במובן של ההיגיון של הצדק המתקן). לכן מבחינת הצדק המתקן, החשיבות היא במבנה המושגי של מערכת היחסים בין המפר לבין זכות הציבור. הניתוח של אריסטו אינו דורש שאומנם בוצעה הפרה או שאומנם הסעד ניתן. ניתוחו ישים לעונש פלילי המתקן עבירה בדיעבד, בדיוק כמו לצו מניעה אזרחי שמוטל כדי למנוע סיכון קיים או עתידי לזכות הפרט לכתחילה.¹¹⁵ לפי ההיגיון של צדק מתקן, מערכת היחסים של אכיפה מנהלית בנויה קורלטיבית. הסעד המניעתי יוצר מבנה זה באמצעות הצדקת זכותה של המדינה כנגד הפרת החובה הקורלטיבית של המפר. לא הקשר בזמן בין ההפרה למניעה חשוב אלא מבנה ההפרה והסעד שבא בעקבותיה.¹¹⁶ צדק מתקן אפוא מאפשר לאמצעי האכיפה המנהליים למנוע סיכונים מופרזים לזכות הציבור (כמו שהוא מאפשר לעונשים לבטל פגיעה רצונית בזכות הציבור).¹¹⁷ כפי שמציין השופט עוזי פוגלמן בנוגע למעצר מנהלי, באמצעות האכיפה המדינה מגינה על זכות הציבור: "תכלית המעצר המינהלי, כפי שצינתי אך לאחרונה, איננה עונשית. מטרתו של מעצר זה היא מניעת הסכנה הצפויה לביטחון המדינה או לביטחון הציבור ממאן שהוא בעתיד".¹¹⁸

113 ס' 23 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996.

114 ס' 47 לפקודת התעבורה [נוסח חדש].

115 WEINRIB, THE IDEA, לעיל ה"ש 67, בעמ' 56-57.

116 WEINRIB, CORRECTIVE JUSTICE, לעיל ה"ש 76, בעמ' 94.

117 WEINRIB, THE IDEA, לעיל ה"ש 67, בעמ' 144, ה"ש 41.

118 עמ"מ 7094/15 פלונית נ' מדינת ישראל, פס" 9 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 3.11.2015).

בדין המצוי ניתן למצוא עמדות שלפיהן הטלת סנקציה מנהלית היא כלי ענישה חלופי לאכיפה הפלילית. למעשה קיימת מגמה ההולכת וגוברת בדין הישראלי להעברת הטיפול בהפרות מסוימות של הוראות חוק מן ההליך הפלילי אל אכיפה מנהלית באמצעות מנגנוני אכיפה חלופיים, כמו המנגנונים של חוק העבירות המנהליות (לפי חוק העבירות המנהליות, התשמ"ו-1985) ומנגנון העיצום הכספי (המצוי כיום בחוקים רבים).¹¹⁹ העברת הטיפול לאכיפה חלופית נעשה משני טעמים מרכזיים: הראשון, הענישה הפלילית נתפסת כסנקציה חמורה ולא מידתית במקרים רבים. על פי טעם זה, מלכתחילה אותו מעשה לא היה ראוי להיות עבירה פלילית; השני, האכיפה הפלילית נתפסת כמורכבת, יקרה ואיטית. על פי טעם זה, ניתן למעשה להעניש על עבירות פליליות באמצעים חלופיים, משיקולי יעילות.¹²⁰ לדוגמה, מטרתו של חוק ייעול הליכי האכיפה ברשות ניירות ערך הייתה מיגור אי-התאמה ואי-היעילות בתחום באמצעות הוספת מנגנון הליך האכיפה המנהלי חלף המנגנון הפלילי.¹²¹

לפי גישת הצדק המתקן, העמדה בדין המצוי הרואה באכיפה המנהלית כלי ענישה חלופי לכלי הפלילי היא שגויה. ייתכן שראוי להשתמש באכיפה מנהלית במקרים שבהם מלכתחילה מעשה לא היה ראוי להיות פלילי. אך שימוש באכיפה מנהלית חלף אכיפה פלילית משיקולי יעילות אינו צודק ולכן אינו ראוי. לא צודק להשתמש בכלי המנהלי בנסיבות פליליות מפני שהוא אינו הכלי המתאים לתקן את סוג הנזק הייחודי שנגרם בעת ביצועה של עבירה פלילית. חוסר התאמה של הכלי המנהלי לדיני העונשין בא לידי ביטוי גם בפסיקה. כך לדוגמה בדיון על שאלת "הסיכון הכפול"¹²² נטה בית המשפט לקבוע כי אכיפה מנהלית אינה בבחינת ענישה פלילית.¹²³ על הבחנה זו עמד גם השופט סולברג עת

119 בג"ץ 93/06 ד.ג. כל גדר בע"מ נ' שר התעשייה, המסחר והתעסוקה, פס' 15–23 לפסק הדין (פורסם בנבו, 2.8.2011); רע"פ 3515/12 מדינת ישראל נ' שבתאי, פס' 24–29 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 10.9.2013).

120 שם.

121 דברי ההסבר להצעת חוק ייעול הליכי האכיפה ברשות ניירות ערך (תיקוני חקיקה), התש"ע-2010, ה"ח 489; עת"מ (כלכלית) 37447-10-13 אפריקה ישראל תעשיות בע"מ נ' רשות ניירות ערך, פס' 31 לפסק הדין (פורסם בנבו, 28.1.2015).

122 על פי ההגנה של "סיכון כפול" (Double Jeopardy) – אין להעמיד אדם לדין פעמיים בסכנה של הרשעה בגין עבירה מסוימת גם אם ההליך הראשון לא הסתיים בהרשעה או בזיכוי, אלא נקטע מטעמים שמקורם בתביעה או בבית המשפט (ראו בג"ץ 20/50 שוורץ נ' נשיאות בית הדין הצבאי העליון, פ"ד 185, 192–193 (1950); ישגב נקדימון הגנה מן הצדק 321 (2009)). הגנה זו מבוססת על עקרון ההליך ההוגן – עיקרון זה בא למנוע אי-הגינות מצד התביעה כלפי הנאשם, בין היתר אגב ניצול לרעה את כוחה, כשהיה אפשר למצות את הדין נגדו ללא גרימת עינוי הדין הכרוך בעצם ההליכים הפליליים (לרבות הוצאות כלכליות נוספות, מבוכה ותחושה מתמשכת של חרדה וחוסר ביטחון). ראו ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221, 372 (1996); משה שלגי כפל הדין הפלילי 32–44, 47–49 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור במשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים, 1969).

123 ראו למשל ע"א 1497/01 הובר נ' הממונה האזורי מע"מ חיפה, פ"ד נ(5) 947 (2003). בעניין הובר קבע השופט מצא כי רק הקנס הפלילי הוא סנקציה בגין ביצועה של עבירה פלילית, ואילו הקנס האזרחי או המנהלי הוא אמצעי אכיפה אזרחי או מנהלי לאכיפת החוק (שם, בעמ' 955). שאלת אופיין של סנקציות עונשיות-אזרחיות במשפט הישראלי נדונה בר"ע 277/82 נירוסטה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 826 (1983), שם הואשם הנישום בעבירה לפי ס' 219 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] בגין אי-העברת

דן בשאלה אם יש להחיל על העיצומים הכספיים של הרשות לניירות ערך את כללי הפרשנות של הדין הפלילי וקבע: "[...] שמדובר בהליך מנהלי, בלי סממנים פליליים כלשהם [...] הדגש בהליך המנהלי הוא על מניעת הסכנה לציבור, בעוד הדגש בהליך הפלילי הוא על האשמה הנלווית להתנהגות".¹²⁴ במילים אחרות, בדין המצוי ניתן למצוא טשטוש של ההבחנות המושגיות בין ענישה פלילית למנהלית משיקולי יעילות, ברם כאשר ענישה מנהלית זו מצויה במתח עם דוקטרינות פליליות מוכרות, בית המשפט ממחר לחזור להבחנות המושגיות המוכרות. על פי גישה של צדק מתקן, יש לדבוק בהבחנות המושגיות גם בענישה, ומכאן שלא ראוי להשתמש בכלי המנהלי לענישה.

סיכומו של דבר, האכיפה המנהלית מתקנת סיכון מופרז לזכות הציבור באמצעות מניעה מידתית. באכיפה המנהלית מופעל היגיון של צדק מתקן. התיקון של הסיכון (המניעה) נעשה ביחס ישיר לסיכון, ובמערכת היחסים שבין הגורם המסכן לבין הנציגה המשפטית של זכות הציבור, קרי המדינה.

התוכן הייחודי של האכיפה המנהלית מאפשר לנו להבין אותה כצורה – אכיפה מנהלית – בשונה מהצורה – אכיפה פלילית. גם את תוכנה של אכיפה מנהלית ניתן לחלק לחמישה מישורים: הגדרת ההתנהגות המצדיקה תיקון, תכלית הסנקציה, הגוף המניע את הסנקציה, סוג הסנקציה ומהות הפרוצדורה אשר מהווה מסגרת להטלת הסנקציה. נדון במישורי התוכן המנהלי, בהבחנה מהתוכן הפלילי.

מישור אחד המבדל את ההפרה המנהלית מעבירה פלילית הוא הגדרת ההתנהגות שמצדיקה הטלת אחריות: בעבירה הפלילית האחריות מוטלת בגין התנהגות הנובעת מיסוד נפשי סובייקטיבי של מודעות גבוהה. לעומת זאת בהפרה המנהלית הסיכון נמדד אובייקטיבית, ואין הכרח במודעות סובייקטיבית. בדומה לעבירות הפליליות, הזכות שבה עוסקות ההפרות המנהליות היא זכות הציבור. לעומת זאת בדומה למשפט הפרטי, הרכיב הנפשי הדרוש להפרה המנהלית הוא רשלנות לכל היותר. הסיבה לכך היא שקימו של יסוד

ניכוי מס, לאחר ששילם קנס על פי ס' 190(ב) לפקודה, בשיעור של אחוז וחצי לכל חמישה-עשר ימים. אחת מטענות המערערים הייתה כי בהטלת הקנס לפי ס' 190(ב) לפקודה גזרה עליהם המדינה עונש, ובכך נשללה סמכותה להטיל עליהם עונש נוסף בהליך פלילי. בדחותו טענה זו, קבע השופט ברק כי הקנסות הקבועים בס' 190(ב) לפקודה "אינם קנסות פליליים, אשר מטרתם ענישה, אלא מהווים הם קנס אזהרה, אשר מטרתו אכיפה. יש להבחין בין 'קנס פלילי' לבין 'קנס אזהרה'. הראשון מהווה סנקציה בגין ביצועה של עבירה פלילית. האחרון מהווה אמצעי אזהרה או מינהלי לאכיפת החוק" (שם, בעמ' 832). לעומת זאת, במסגרת פרשת *Grand Stevens* השיתה הרשות לניירות ערך האיטלקית, Consob, סנקציות מנהליות כבדות על החברה שבבעלותה חברת פיאט, על חלק ממנהליה וחלק מיועציה, בעקבות אירועים של שימוש במידע פנים ותרמיות על השוק. לאחר מכן, בגין אותן נסיבות, נפתחה גם חקירה פלילית. בעקבות זאת עתרו הצדדים לבית המשפט האיטלקי אך נדחו. בעקבות הדחייה עתרו הצדדים לבית הדין לזכויות אדם (ECHR), שנאלץ גם הוא להתמודד עם השאלה המטרידה – אימתי סנקציה מנהלית מהווה, הלכה למעשה, סנקציה פלילית. בית הדין לזכויות אדם קבע בהחלטה דרמטית כי בשל חומרת הסנקציות ובשל האפשרות לנטילת תעסוקה ופגיעה בכבוד יש לראות בסנקציות המנהליות – "פליליות". ראו, *Grande Stevens v. Italy*, App. No. 18640/10 (Eur. Ct. H.R. 2014), <https://tinyurl.com/vh54984>.

124 עת"מ (מינהליים י-ם) 1092/09 קבוצת ברן בע"מ נ' רשות ניירות ערך, פס' 5 לפסק הדין (פורסם בנבו, 28.7.2009).

נפשי של מודעות יעיד על פגיעה בזכות הציבור בשונה מיצירת סיכון מופרז בלבד. ההבדל נעוץ בכך שהעבירה הפלילית מתייחסת כאמור לפגיעה בזכות הציבור המגינה על מערך הזכויות במישור הציבורי. הפגיעה בזכות הציבור היא סובייקטיבית, שכן העברייין פועל במחשבה פלילית כאשר הוא מכחיש את תחולת החוק עליו. לעומת זאת הפרה מנהלית מתייחסת לחשיפת זכות הציבור לסכנה מופרזת. הפגיעה היא אובייקטיבית בלבד, שכן די שהמפר פועל ברשלנות כדי ליצור את הסיכון. אומנם המפר אינו מכחיש סובייקטיבית את תחולת החוק עליו, אך הוא בכל זאת מסכן אותו אובייקטיבית. לכן זו התנהגות שיש למנוע. לדוגמה, פקודת בריאות העם, 1940, קובעת בסעיף 53 הוראות בנוגע למפגעים שיש בהם לסכן את בריאות הציבור (זכות הציבור), ושיצירת מפגעים אלו תהווה הפרה מנהלית. בסעיף 54(1-3) קובעת הפקודה כי רשות מקומית רשאית לדרוש מהאחראי למפגע להסיר אותו כדי למנוע את הסכנה לזכות הציבור. בסעיף 54(4) נקבע כי אם האחראי למפגע לא פעל כדרישת הרשות המקומית להסרתו, אזי הוא מוחזק כמי שעבר עבירה פלילית. כלומר, בשלב הראשון מוחזק האחראי כאחד שגרם לסכנה ברשלנות, ולכן תופעל אכיפה מנהלית כדי להגן על זכות הציבור לנוכח הסכנה הקיימת לבריאות הציבור. בשלב השני האחראי כבר מודע לסכנה שהוא מסב. לפיכך אם הוא יסרב לפעול להסרת המפגע, הרי שזו פגיעה רצונית בזכות הציבור, כלומר עבירה פלילית. אינדיקציה נוספת להבדל זה ניתן לראות בסעיף 286 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. סעיף זה קובע כי מי שמפר "במזיד" הוראה של "חיקוק" (כלומר חוק, תקנה או הוראת מנהל) עובר עבירה פלילית. היסוד הנפשי של מודעות ("מזיד") מהווה את ההבדל הפוזיטיבי שבין שני סוגי העבירות. מבחינה מהותית אפוא הפרה מנהלית היא יצירת סיכון מופרז לזכות הציבור. לכן הבדל מרכזי בינה ובין עבירה פלילית הוא שהפרה מנהלית מסתפקת ביסוד נפשי של רשלנות.

המישור השני עוסק במטרת הסנקציות, ומטרת הסנקציות המנהליות היא תיקון הסיכון לזכות הציבור. היות שמדובר בסיכון, קיים או עתיד, התיקון לסיכון הוא פרוספקטיבי, צופה פני עתיד. על התיקון להיעשות בנוגע לסיכון לזכות הציבור, שכן זהו יישומו של עקרון הקורלטיביות באכיפה של הפרות מנהליות – ומשמעו שמירה על קשר בין הסיכון לזכות הציבור לבין ההגבלה על החירות. ענישה פלילית היא תיקון הכחשה של זכות הציבור באמצעות נטילה של זכות הפרט (חירותו של העברייין). הענישה בגין העבירות הפליליות שוללת את חירותו של העברייין ביחס ישיר לנזק שגרם לזכות הציבור. לעומת זאת אכיפה מנהלית היא תיקון של סיכון מופרז לזכות הציבור באמצעות הגבלת זכות הפרט (חירותו של המפר). האכיפה של הפרה מנהלית אפוא מגבילה את זכותו של המפר ביחס ישיר לסיכון.

כאשר דנים בסיכון, יש להביא בחשבון הן את עוצמתו והן את הסיכוי שהסיכון יתממש. לכן ההגבלה היא למעשה ביחס ישיר לתוחלת הסיכון – המכפלה של הסיכוי להתרחשות הסיכון בעוצמתו של הסיכון. כאשר יש סיכון גבוה לפגיעה בעוצמה גבוהה בציבור, הגבלת החירות תהיה חריפה, למשל בדמות מעצר. לעומת זאת כאשר הסיכוי להתממשות הסיכון נמוך יותר, או כאשר עוצמת הסיכון נמוכה יותר, ייתכן שיהיה אפשר להסתפק בהגבלות חריפות פחות, כגון מעצר בית. ייתכן דמיון פיזי-עובדתי בין שני סוגי הסנקציות, הפלילית והמנהלית. כך לדוגמה קיים דמיון פיזי-עובדתי בין מאסר למעצר כסנקציות על חירות

התנועה, אך מלבד ההבדל הלשוני בין "מאסר" ל"מעצר", יש ביניהם גם הבדל משפטי חשוב הנובע מתכליתם השונה. תכלית המאסר היא נטילת חירות, ואילו תכלית המעצר היא הגבלת חירות. השוני בתכלית בא לידי ביטוי גם במאפיינים של שני סוגי הסנקציות על החירות. המאסר נועד לתקן פגיעה בזכות הציבור שכבר התרחשה בעבר, לכן המאסר הוא בעל אופי קבוע, שכן הוא נגזר מפגיעה שגודלה כבר ידוע והוכח. תקופת המאסר תהיה אפוא קצובה מראש. לעומת זאת תכלית הסנקציה בגין הפרה מנהלית היא תיקון לסיכון לזכות הציבור. מטבעה היא צופה פני עתיד, לכן תקופת המעצר היא בעלת אופי דינמי ויכולה להשתנות באופייה (להפוך ממעצר מלא למעצר בית למשל) ובמשכה (להתארך או להתקצר), לפי אופיו המשתנה של הסיכון. ההבדל בתכלית בא לידי ביטוי גם בחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק היסוד מבחין בין שני סוגי הסנקציות על החירות מבחינה לשונית: על פי סעיף 5, מאסר "נוטל" חירות ומעצר "מגביל" חירות. הבחנה זו עולה בקנה אחד עם ההבחנה בתכליות השונות בין המאסר למעצר.

בשל השוני התכליתי בין שני ההליכים, הפלילי והמנהלי, אין מניעה לפעול בשני ההליכים בעת ובעונה אחת. כך למשל, במהלך חקיקת חוק ייעול הליכי אכיפה בניירות ערך הועלה חשש שיהיה אפשר לפעול בשני האפיקים בעת ובעונה אחת ואף להקדים הליך מנהלי להליך פלילי. אפשרות זו דמתה ל"סיכון כפול" או לעונש כפול.¹²⁵ לפיכך יצר המחוקק מנגנון של "חסינות עסקה", המעניק למפר הגנה רחבה מאוד כנגד הליך פלילי, על מנת שלא לחשוף את המפר לסיכון כפול.¹²⁶ לפי גישת הצדק המתקן יוצא שסעיף הסיכון הכפול אינו דרוש – להפך: הגבלת יכולת התמרון בין שני ההליכים – הפלילי והמנהלי – אינה ראויה. יש לאפשר לרשויות להפעיל את הכלים השונים בד בבד ככל שהדבר דרוש, על פי תכליתם, לפי הנסיבות המסוימות של העניין. לדוגמה, הליכי מעצר, שהם הליכים מנהליים, אינם סותרים את ההליך הפלילי העיקרי. הליך המעצר צופה פני עתיד, למניעת סיכון קיים או עתידי לזכות הציבור. ההליך הפלילי העיקרי צופה פני עבר, לתיקון הנזק לזכות הציבור. העובדה שבסוף ההליך העיקרי ניתן לקזז את ימי המעצר מסך העונש אינה סותרת את העובדה שלשני ההליכים תכלית שונה. הבעיה היא שבשנים האחרונות נפוץ הנהוג לנקוט את ההליך המנהלי ככלי "אכיפה חלופי" לכלי הפלילי, המשרת תכליות עונשיות.¹²⁷ מנקודת המבט של הצדק המתקן אין זה הליך מנהלי אלא הליך פלילי, לכן

125 ראו פרוטוקול ישיבת ועדת הכספים, הכנסת ה-18, 7–8 (29.6.2010), שבו מועלה החשש מפני "מעין סיכון כפול" ו"ענישה כפולה". כן ראו במהלך הדיון בהצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 14) (עיצום כספי), התשע"ב–2011, בעניין הליכי אכיפה מנהליים ברשות התחרות (הגבלים עסקיים), עלה נושא איסור המעבר בין הליך מנהלי להליך פלילי אגב השוואה לחוק ניירות ערך, מתוך חשש ל"סיכון כפול" (ראו פרוטוקול ישיבת ועדת הכלכלה, הכנסת ה-18, 25–29 (2.4.2012)).

126 להבחנה בין חסינות עסקה לחסינות שימוש ראו צבי גבאי **אכיפה מנהלית בדיני ניירות ערך** 388–391 (2012); קנת מן וניצן ולקן "סמכויות החקירה אל מול הזכות להימנע מהפללה עצמית בהליך האכיפה המינהלי ברשות ניירות ערך" **תאגידים** ח(1) 3, 5–6 (2011). לגבי ההבחנה בין מול חסינות העסקה ומודל חסינות השימוש ראו גם בג"ץ 11339/05 **מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי באר שבע**, פ"ד סא(3) 93, פס' 30–32 לפסק דינו של השופט לוי (2006); עניין יפת, לעיל ה"ש 122, בעמ' 292–296.

127 ראו לדוגמה "משך הזמן בהליכי אכיפה חלופית [עיצומים כספיים]" **הנחיות היועץ המשפטי לממשלה** 1.0003 (התשע"ט) ("בשנים האחרונות גדל באופן משמעותי מספר החוקים המסמיכים רשויות מנהליות לנקוט הליכי אכיפה חלופית, בעיקר על דרך של הטלת עיצומים כספיים, בגין הפרת הוראות וגולציה

בנסיבות אלה ודאי שאין לנקוט את שני סוגי ההליכים, הפלילי והמנהלי, בד בבד. ראוי אפוא ששימוש בהליך המנהלי לתכליות של ענישה יחסום הליך פלילי בקשר לאותו עניין, בשל "סיכון כפול".

המישור השלישי עוסק בגוף המניע את הסנקציה, ובשני ההליכים, הפלילי והמנהלי, הגוף המניע את הסנקציה הוא המדינה. באכיפה הפלילית כמו גם באכיפה המנהלית הפגיעה היא כללית, ציבורית, ונוגעת לזכות הציבור שנפגעה – בשונה מזכות של אדם פרטי. היות שהמדינה היא הנציגה של זכות הציבור, היא הגוף המניע את הסנקציה בשני סוגי ההליכים. ואומנם, המדינה – באמצעות המשטרה, הפרקליטות ורשת רחבה של רגולטורים – אוכפת את החוק, הן במישור של עבירות פליליות והן במישור של הפרות מנהליות. אך שלא כמו ההליך הפלילי, שבו הסמכות הבלעדית להטלה של סנקציות הוא בית המשפט, בהליך המנהלי מרב הסנקציות המנהליות מוטלות על ידי הרשויות המנהליות. רק לעיתים בית המשפט משותף גם הוא בהטלת סנקציות מנהליות.¹²⁸

שאלה שעולה תדיר בהקשר של אכיפה מנהלית היא בדבר הפרדת הרשויות. לדוגמה, במהלך חקיקת חוק ייעול הליכי אכיפה בניירות ערך הופנתה נגד הרשות הטענה שהפעלת האכיפה המנהלית על ידי הרשות מהווה פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות, שכן הרגולטור הוא גם החוקר, גם התובע וגם השופט.¹²⁹ אך מנקודת המבט הרואה ברשות המנהלית את בעלת התפקיד של מניעת סיכון מופרז לזכות הציבור, אין כאן בעיה של הפרדת רשויות כלל. תפקידה של המדינה על רשויות המנהליות הוא לתת פתרון מיידי ומידתי לסיכון המופרז הנשקף לזכות הציבור באמצעות כלי המניעה שלרשותה (ראו להלן דיון בנושא הסנקציות בפסקה הבאה).¹³⁰ כך לדוגמה אנו מצפים ששוטר יעצור מרוץ מכוניות מחתרתי כאשר הוא עד לו. אנו מצפים שהרשות לניירות ערך תדרוש תיקון מיידי של דיווחים לבורסה. אנו מצפים שמפקח יורה על הפסקה של הזרמת שפכים אסורה על אתר. אם הרשויות המנהליות הללו לא יפעלו מייד למנוע את הסיכון, הם יחטאו לתפקידם להגן על זכות הציבור. הבעיה של הפרדת רשויות עולה בכל זאת כאשר ננקטת האכיפה המנהלית לתכליות עונשיות; כאשר המדינה, על רשויות המנהליות, נוקטת סנקציות מנהליות לתכלית של ענישה מבלי לתת לנאשם את כל ההגנות שהוא זכאי להן בהליך הפלילי, ומבלי

בתחומים שונים [...] אחת התכליות המובהקות שכלי האכיפה החלופית נועד להגשים היא יצירת מנגנון מרתיע שהפעלתו מהירה, המהווה חלופה להליך הפלילי [...]; משרד המשפטים עיגון אכיפה חלופית בחקיקה – עקרונות מנחים 4 (2018), <https://bit.ly/3ayAyK8> ("בשנים האחרונות גובר השימוש במנגנוני אכיפה מינהליים, ובראשם הטלת עיצומים כספיים, ככלים חלופיים למשפט הפלילי (להלן: 'אכיפה חלופית')").

128 כך לדוגמה, לפי ס' 52נו(א) לחוק ניירות ערך, התשכ"ח–1968, יש לוועדת האכיפה המנהלית סמכות להטיל סנקציה מנהלית של איסור לכהן כנושא משרה בכירה בגוף מפקח על מי שנמצא לא ראוי לכך, במשך תקופה שלא תעלה על שנה אחת. אך אם הרשות מעוניינת להטיל סנקציה ממושכת יותר, עליה לבקש את אישור בית המשפט, או אז ניתן להגביל את הכהונה עד חמש שנים.

129 ראו גבאי, לעיל ה"ש 126, בעמ' 138; דניאל רימון "אכיפה הסכמית בשוק ההון" תאגידים י(3) 29 (2013).

130 ראו עמדתו הדומה של מרקו ונטורוזו במאמר Marco Ventoruzzo, *When Market Abuse Rules Violate Human Rights: Grande Stevens v. Italy and the Different Approaches to Double Jeopardy in Europe and the US*, 16 EUR. BUS. ORGAN. L. REV. 145 (2015).

שהענישה תוטל על ידי הגוף היחיד בעל הסמכות להעניש – בית המשפט. לפיכך בנסיבות של שימוש בסנקציות מנהליות חלף הליך פלילי קיימת בהחלט בעיה של הפרדת רשויות. מישור רביעי המבדיל בין שני הליכי האכיפה הוא סוג הסנקציה. על פי גישת הצדק המתקן, מטרת הסנקציות המנהליות היא תיקון הסיכון לזכות הציבור. היות שמדובר בסיכון קיים או עתידי, התיקון לסיכון הוא פרוספקטיבי ובעל אופי זמני ודינמי. לכן לפי המסורת שנהגה, צו מניעה היה הכלי המרכזי של הרשויות הרגולטוריות. גם כיום יש לרגולטורים מגוון צווי מניעה, לרבות צו לנקיטת פעולות לתיקון הפרה ומניעת הישנותה, התליית רישיון, הפסקת העסקה לזמן קצוב ועוד.¹³¹ העיצום הכספי, סנקציה נפוצה מאוד בקרב רגולטורים כיום, יוצר אתגר לגישת המניעה. התאמתו של העיצום הכספי לאכיפה המנהלית מעלה תהיות, שכן על פני הדברים זהו כלי של נטילת זכות ולא של הגבלת זכות, שכן יש לו אופי קבוע, ובכך הוא דומה למאסר וקנס יותר משהוא דומה לצו מניעה בעל האופי הזמני והדינמי, המשתנה ואף מסתיים לפי תוחלת הסיכון. אנשי הניתוח הכלכלי בוודאי יסברו אחרת, ויטענו כי עיצום כספי יכול להרתיע מפירים פוטנציאליים מיצירת סיכון, ובכך למנוע את הסיכון. אלא שלפחות על פי הגישה הפורמליסטית, השתה של עיצום כספי על פלוני לשם הרתעת אחרים, משמעה שימוש בפלוני כאמצעי.¹³²

מישור אחרון המבחין בין שני ההליכים הוא רף ההוכחה. רף ההוכחה בהליכים מנהליים אינו ברור ואינו אחיד. הפסיקה תיארה את רף ההוכחה בהליכים מנהליים כנע בין הכרעות שדרשו הוכחה ברמה של "מאזן הסתברויות"¹³³ ועד מבחן ראייתי נוקשה יותר, לעיתים אף

131 ראו למשל בחוק ניירות ערך – ביטול או התליה של רישיון, אישור או היתר – במגבלות זמן קבועות (ס' 52 לחוק); איסור כהונה כנושא משרה בכירה בגוף מפקח – במגבלות זמן קבועות (ס' 52 לחוק); נקיטת פעולות לתיקון ההפרה ומניעת הישנותה (ס' 52 לחוק).

132 אף על פי כן, ניתן אולי להצדיק בכל זאת את העיצום הכספי בדרכים אחרות. דרך אחת היא לקבוע שהעיצום הכספי הוא החזר עלויות אכיפה. בעניין נירוסטה (לעיל ה"ש 123), לדוגמה, קבע בית המשפט העליון כי ייתכן "שהקנס [המנהלי] לא בא אלא כדי לכסות את הוצאותיה של המדינה בגין טיפולה המיוחד באזרח" (שם, בעמ' 830). על מנת לבסס את תכלית השבת הוצאות האכיפה, מפנה השופט ברק לפסק הדין האמריקני בעניין Helvering v. Commissioner, 296 U.S. 85 (1938). ראו גם ת"א (שלום ק"ש) 635/97 רחמים נ' מדינת ישראל – משרד החקלאות, פס' 6 לפסק הדין (פורסם בנבו, 13.2.2003); ע"מ (מינהליים ח"י) 972-07-11 א.י. אביבים נכסים והשקעות בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף חיפה, פס' 14-16 להחלטה (פורסם בנבו, 23.4.2012); בש"א (מינהליים ח"י) 10598/07 וולך מטאלס בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף ומס קנייה בע"מ, פס' 7-12 להחלטה (פורסם בנבו, 3.3.2008). דרך אחרת להצדיק את העיצום הכספי, היא לקבוע שאומנם מדובר בקנס פלילי בגין פגיעה רצונית בזכות הציבור. במילים אחרות, ניתן לקבוע שהפורום המנהלי אינו עוסק רק באכיפה מנהלית אלא גם באכיפה אזרחית ובאכיפה פלילית (ואומנם, לדוגמה, בצד אמצעי האכיפה המונעים העומדים לרשות הוועדה המנהלית של הרשות לניירות ערך ניתן למצוא גם אמצעי אכיפה אזרחי של תשלום לנפגע ההפרה (ס' 52 לחוק ניירות ערך)). כאשר הרגולטור מזהה הפרה המלווה במחשבה פלילית – אפילו שמדובר בפורום מנהלי – הוא יכול להטיל קנס פלילי. אך אם אומנם כך היא, יש לפעול לפי הפרוצדורה הפלילית ולא לפי הפרוצדורה המנהלית.

133 עת"מ (כלכלית) 37447-10-13 אפריקה ישראל תעשיות בע"מ נ' רשות ניירות ערך, פס' 77 לפסק הדין (פורסם בנבו, 2.8.2014) (להלן: עניין אפריקה ישראל-2014).

של "למעלה מספק סביר".¹³⁴ לפי ההיגיון של גישת הצדק המתקן, הרף הראוי בהליכים מנהליים הוא ראיות ברורות ומשכנעות שלפיהן יש סיכוי סביר שהסיכון יתממש. כאמור, לפי גישה של צדק מתקן בפלילים, רף ההוכחה הגבוה הנהוג במשפט הפלילי נובע מהצורך לחשוף את האמת הסובייקטיבית של הרצונות בהכחשת זכות הציבור. לעומת זאת בהליך האכיפה של ההפרות המנהליות אין צורך לחשוף אמת סובייקטיבית מפני שהסיכון הוא אובייקטיבי. לכן אין אלא לשכנע את השופט או את הרגולטור בקיומו. לשם כך ראוי לקבוע רף של ראיות ברורות ומשכנעות.¹³⁵ רף זה אינו שונה מהרף האזרחי של "מאזן הסתברות", אלא בעניין אחד.¹³⁶ בעניין אזרחי תמיד יהיו שני צדדים (או יותר) אשר ינסו לשכנע את בית המשפט, ואילו בעניין מנהלי לעיתים יהיה רק צד אחד (דיון במעמד צד אחד). לכן לדעתי הדיבור "ראיות ברורות ומשכנעות" בא לבטא הבדל זה, אף על פי שבסופו של דבר מדובר על אותו רף הוכחה. ואומנם, יש פסיקה המצדדת בקביעתו של רף זה במשפט המנהלי. לדוגמה, השופטת עדנה ארבל קבעה כי "לצורך קבלת ההחלטה המנהלית [...] די בראיות מנהליות משכנעות [...] מדובר בראיות אשר כל אדם סביר היה רואה בהן ערך הוכחתי וסומך עליהן במידה כזו או אחרת [...] דהיינו, המבחן לקבלתה של ראיה מנהלית הינו מבחן של סבירות".¹³⁷ מובן שלעיתים הוכחתו של הסיכון תדרוש מאמץ ראייתי ניכר מצד התביעה. לדוגמה, ייתכן שפסילת כהונתו של אדם בטרם הורשע תדרוש מאמץ שכזה לעומת מצב שבו אותו אדם כבר הורשע בפסק דין חלוט (ארחיב על כך בהמשך). אך אין בכך כדי לשנות את הרף העקרוני הנדרש להוכחה בהליכים מנהליים. גם במישורים הפליליים והאזרחיים יש תיקים קלים להוכחה ותיקים קשים להוכחה, ואין בכך כדי לשנות את הרף הראייתי העקרוני הדרוש בהם.

לסיכום, הפרה מנהלית היא יצירת סיכון מופרז לזכות הציבור. האכיפה המנהלית מפעילה היגיון של צדק מתקן, שמשמעו מניעת הסיכון המופרז לזכות הציבור. התיקון של

134 ראו בג"ץ 7542/05 פורטמן נ' שטרית, פס' 23 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 11.2.2007); בג"ץ 987/94 יורונט קורי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 424-426 (1994). בפסיקה הישראלית ניתן אף למצוא מקרים שבהם נדרשו ראיות מנהליות לעמוד ברף ראייתי גבוה ביותר, ולעיתים אף להימנע מפעולה מקום שבו קיים ספק סביר בדבר נכונות הממצא העובדתי המהווה בסיס להחלטה המנהלית. ראו בג"ץ 159/84 שאהין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה, פ"ד לט(1) 309, 327 (1984); בג"ץ 237/81 דעבול נ' עיריית פתח תקוה – רשות הרישוי, פ"ד לו(3) 377, 365 (1982). כן ראו ברוך ברכה ההליך המנהלי חלק ב' 150-151, 305-307 (1996).

135 John C. Jr. Coffee, *Paradigms Lost: The Blurring of the Criminal and Civil Law Models* – And What Can be Done about It, 101 YALE L.J. 1875, 1890-1893 (1991).

136 ראו עניין אפריקה ישראל-2014, לעיל ה"ש 133, פס' 75-76 לפסק הדין (השופטת רות רונן מסבירה את הרף הייחודי שקיים לעוולת התרמית: "אחד הטעמים לכך שבהתייחס לעוולת התרמית נדרש מהתובע האזרחי לעמוד בנטל מחמיר יותר מהנטל האזרחי הרגיל של מאזן ההסתברויות, הוא העובדה כי מדובר בעוולה שכרוך בה יסוד של כוונה [...] כלומר, מדובר בעוולה שאחד מיסודותיה הוא כוונה שהמוטעה יפעל על פי מצג שהמציג יודע שהוא אינו נכון (או שלא אכפת לו אם מדובר במצג אמיתי או לא), כשהמצג מכווון להטעות את התובע. קביעה של בית-המשפט לפיה הנתבע ביצע את עוולת התרמית כרוכה אס-כן בקביעה לפיה הנתבע פעל בצורה מכוונת כדי להונות, לרמות ולהטעות").

137 ראו עניין פורטמן, לעיל ה"ש 134, פס' 23 לפסק דינה של השופטת ארבל; בג"ץ 442/71 לנסקי נ' שר הפנים, פ"ד כו(2) 337, 352-359 (1972); בג"ץ 1227/98 מלבסקי נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 690, 715 (1998). כן ראו ברכה, לעיל ה"ש 134, בעמ' 286.

הסיכון נעשה ביחס ישיר לסיכון ובמערכת היחסים שבין הגורם המסכן ובין הנציגה המשפטית של זכות הציבור, קרי המדינה. מכלול המאפיינים אשר מכונן את האכיפה המנהלית כאכיפה מנהלית הוא יצירת סיכון מופרז, יסוד נפשי אובייקטיבי של רשלנות, סנקציה לתכלית של מניעה, צופה פני עתיד ומשתנה לפי נסיבות הסיכון, אכיפה על ידי המדינה, סנקציה של צו מניעה ורף הוכחה המסתפק בראיות ברורות ומשכנעות להתקיימות הסיכון.

ג. קלון כאכיפה מנהלית – דוקטרינת איסור כהונה

על רקע ההבנה של האכיפה המנהלית כצדק מתקן ניתן להבין על נקלה גם את המושג "קלון" כדוקטרינה של הגבלת עיסוק. הבנה זו מתיישבת חלקית בלבד עם החקיקה והפסיקה הנוהגת. אדון להלן על הדין הראוי לזכות הציבור שעליה מגינה הדוקטרינה; על דרך פעולתה כצדק מתקן; על תוכנה הייחודי, המאפשר לנו להבין אותה כאכיפה מנהלית. בד בבד אתאר את המקומות שבהם הדין הראוי אינו עולה בקנה אחד עם זה המצוי.

1. זכות הציבור, קלון ואיסור כהונה

הקלון נועד להגן על זכות הציבור. כאמור, ההגנה על זכות הציבור כוללת מניה וביה גם את ההגנה על המנגנונים המשפטיים המאפשרים את קיומן ומימושן של הזכויות הפרטיות. אפשר לחלק את המנגנונים לשני סוגים: הראשון, מסגרות ציבוריות, כגון הכנסת, הממשלה, בית המשפט, רשויות עירוניות ומקומיות וכו'; השני, גופים מקצועיים למיניהם, כגון רופאים, עורכי דין, רואי חשבון וכו'. כך לדוגמה המנגנון המשפטי של "בית המשפט" מאפשר בין היתר את זכות הציבור לקניין בהכרעה בסכסוכים בין פרטים שונים. לכן עלינו להגן על המנגנון של בית המשפט, למשל באמצעות איסור על שיבוש עשיית משפט.¹³⁸ בדומה לזה, גם המנגנון המשפטי של "רופאים" מאפשר בין היתר את זכות הציבור לחיים ולשלמות גוף. לכן יש להגן עליו, למשל באמצעות איסור על התחזות.¹³⁹ המדינה מגינה על המנגנונים המשפטיים המאפשרים את זכות הציבור בדיעבד ולכתחילה. המדינה מגינה בדיעבד, באמצעות המשפט הפלילי, בד בבד המדינה מגינה גם על המוסדות הללו לכתחילה, באמצעות הטלת קלון.¹⁴⁰

על פי הדין הנוהג, קיימים שני סוגי סיכון מרכזיים המצדיקים הטלת קלון: ראשית, הסיכון התדמיתי העלול להיגרם למוסד מכך שאותו אדם יימנה עם שורותיו; שנית, הסיכון העלול להיגרם למוסדות מכך שאותו אדם ישוב על מעשיו.¹⁴¹ לדוגמה, נוהל השעיה והעברה זמנית לעבודה אחרת על ידי נציב שירות המדינה קובע כי לפי החוק, "נציב שירות המדינה רשאי להשעות עובד מדינה שהוגשה נגדו קובלנה על עבירת משמעת או שהתחילה

138 ראו פרק ט', סימן א' לחוק העונשין: שיבוש עשיית משפט, אשר כולל מגוון של איסורים כגון עדות שקר, בידוי ראיות, שיבוש מהלכי משפט וכו'.

139 ס' 48 לפקודת הרופאים [נוסח חדש], התשל"ז-1976.

140 ראו עניין כהן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 326; עניין הנגבי-2010, לעיל ה"ש 2, בעמ' 5.

141 שם, בעמ' 42.

נגדו חקירה פלילית של המשטרה בעבירה שלדעת הנציב יש עמה קלון". המטרה העיקרית של ההשעיה היא "לשמור על תדמית שירות המדינה בעיני הציבור, ועל אמון הציבור בשירות המדינה ובעובדיו. בנוסף, מטרת ההשעיה או ההעברה היא למנוע מן העובד, החשוד בביצוע עבירת משמעת, לחזור על מעשיו או להשפיע לרעה על המשמעת בשירות המדינה עד לסיום ההליכים המשמעתיים המתנהלים נגדו".¹⁴² הגישה של צדק מתקן באכיפה מנהלית יכולה לקבל את עמדת הדין הנוהג באשר לסיכון השני אך לא באשר לסיכון הראשון.

הגישה של צדק מתקן באכיפה מנהלית יכולה לקבל את עמדת הפסיקה הנוהגת באשר למניעת הסיכון העלול להיגרם למוסדות מכך שאותו אדם ישוב על מעשיו, ויבצע עבירות דומות. לדוגמה, כאשר מורה חשוד בעבירות מין בילדים, קיימת סכנה שאם ישוב לעבודתו הוא יסכן את זכותם לשלמות גופם ולכבודם של ילדי בית הספר שבו הוא מלמד בביצוע עבירות מין דומות לאלה בהן הוא חשוד. דוגמה נוספת היא ראש עיר החשוד בקבלת שוחד, אך דוגמה זו דורשת מעט יותר הפשטה. כאמור, ההגנה על זכות הציבור כוללת גם את ההגנה על המנגנונים המשפטיים המאפשרים את קיומן ומימושן של הזכויות הפרטיות. כאשר בעל תפקיד באחד המנגנונים הללו מבצע עבירה פלילית במסגרת עבודתו, זכות הציבור נפגעת, שכן הוא מחבל במנגנון המשפטי המאפשר את זכות הציבור ומשחית אותו. לכן כאשר יש סיכון שבעל כהונה יבצע עבירה במסגרת כהונתו, אשר תסכן את מימוש זכות הציבור – יש להגביל את זכות העיסוק. אם נחזור לדוגמה של ראש עיר, הרי שרשות עירונית אמונה בין היתר על זכות הציבור לקניין, למשל באמצעות מתן היתרי בנייה. לכן כאשר קיים חשש שראש עיר יטה מכרז, הרי מדובר בסיכון למנגנון המאפשר את זכות הציבור לקניין. לעומת זאת אם יש חשש שראש העיר יבצע עבירה של ריבוי נישואין, אין בכך, כשלעצמו, כדי לסכן זכות ציבור כלשהי. לכל היותר תיתכן פגיעה באינטרס של אמון הציבור בעירייה. אך אדרבה, כאן בדיוק מצוי הגבול בין מה שראוי להיות עילה להגבלת עיסוק לבין מה שלא.

"שיקול אמון הציבור" אינו ראוי להיות רלוונטי להגבלת עיסוק. מניעת מילוי תפקידים במוסדות הציבוריים מסייעת בשמירה על טוהר השלטון ומחזקת את אמון הציבור במוסדות אלה. חיזוקו ושימורו של אמון הציבור במוסדות הציבוריים הוא אינטרס חשוב, אך יש להבחין בין הגנה על זכות הציבור לבין הגנה על אינטרס הציבור. תכלית הגבלת העיסוק היא מניעת הסיכון לזכות הציבור העלול להיגרם מכך שאותו אדם ישוב על מעשיו. לעומת זאת מניעת הסיכון התדמיתי העלול להיגרם למוסד מכך שאותו אדם ימנה עם שורותיו, היא אינטרס הציבור בלבד.¹⁴³ לכן לא ראוי להצדיק בשם אינטרס זה את הגבלת חופש העיסוק

142 נציבות שירות המדינה "נוהל השעיה והעברה זמנית לעבודה אחרת על ידי נציב שירות המדינה" 1 (להלן: "נוהל השעיה על ידי נציב שירות המדינה").

143 לפי הגישה הקאנטיאנית, שיקול "אמון הציבור" הוא אינטרס הציבור ולא זכות הציבור, שהרי לו היה "אמון הציבור" זכות, הייתה כנגדו גם חובה קורלטיבית (ראו למשל WEINRIB, CORRECTIVE JUSTICE, לעיל ה"ש 76, בעמ' 19–20, 152, הדן בכך בהקשר של המשפט הפרטי). ראוי שהמוסדות המשפטיים יפעלו באופן שישיא את אמון הציבור בהם, וזה אכן אינטרס של הציבור, אך אין עליהם חובה לעשות כן. כך לדוגמה ראוי שבית המשפט יפעל באופן שישיא את אמון הציבור בו, אך הוא חייב לפסוק על פי הדין גם אם פסק הדין אינו נושא חן בעיני הציבור ועלול לפגוע באמון הציבור בו (כך למשל בפרשת זדורוב,

של המפר.¹⁴⁴ נוסף על זה, יישומו של שיקול "אמון הציבור" יכול להוביל לקשיים נוספים הנובעים מעמימותו. ראשית, לא ברור כלל מהו אותו "ציבור" שאת אמונו צריך לשמר – האם מדובר על כלל הציבור או על ציבור מסוים? שהרי יש מגזרים שמאמינים יותר במערכות מסוימות ופחות במערכות אחרות; שנית, קיים קושי לכמת את מידת ה"אמון" שהציבור רוכש למוסד מסוים, שהרי אין מקבלים החלטות משפטיות לפי סקרי דעת קהל, ואף אין אמת מידה ברורה לכימות "אמון"; שלישית, מידת ה"אמון" הראויה גם היא נתונה לוויכוח. מהו רף האמון שאליו יש לחתור (100% אמון? 51% אמון? רף גמיש?); רביעית, יש מוסדות שלציבור (או לציבור מסוים) אין אמון רב בהם ממילא, ויהיה קושי להצדיק פגיעה בזכות על בסיס "פגיעה" בדבר שממילא קיים באופן דל; חמישית, קיים קושי לצפות את הנזק ל"אמון הציבור" במוסד מסוים בשל אי-הגבלת עיסוקו של אדם מסוים. לאור האמור, הגבלת עיסוק מחשש לפגיעה באמון הציבור כרוכה בשיקול דעת רחב מאוד למי שמחליט בסוגיה, שכן מדובר על מושג עמום במיוחד. שיקול הדעת הרחב הוא כשלעצמו מהווה סכנה לאמון הציבור במערכת המשפט, שכן הוא חושף את ההליך של הגבלת העיסוק לטעויות, לאפליה ולשימוש לרעה בכוח. נוצר אפוא פרדוקס שלפיו דווקא החלטה על הגבלת עיסוק שתכליתה להשיא את אמון הציבור במוסד מסוים יכולה לפגוע באמון הציבור במערכת המשפט.

ראוי שתכלית הגבלת העיסוק תהא אפוא אחת – מניעת הסיכון העלול להיגרם למוסדות הציבוריים המאפשרים את זכות הציבור מכך שאותו מפר ישוב על מעשיו. כך, לפי הגיון הצדק המתקן, הגבלת העיסוק מתקנת את הסיכון למוסדות הציבוריים ומשיבה את השוויון לקדמותו ביחסים הקורלטיביים בין המפר לבין זכות הציבור. יש להניח שכאשר הגבלה זו תיושם בבהירות ובשוויון, אמון הציבור באותו מוסד יתוקן גם הוא.

הובהר כי: "גם היותה של סוגיה בעלת תהודה ציבורית או תקשורתית אינה בגדר עילה משפטית לקיום דיון נוסף. יש להבחין בענייננו בין העניין הציבורי לבין דרישות הדין. בית המשפט לא יורה על קיום דיון נוסף מקום שאין הצדקה משפטית לעשות כן, יהיה העניין הציבורי רב ככל שיהיה" (ראו דנ"פ 1329/16 זדורוב נ' מדינת ישראל, פס' 34 להחלטה (פורסם בנבו, 5.7.2016)). אף על פי כן, הדעת נותנת כי אם בית המשפט ישפוט בעקביות לפי הדין (ולא לפי גחמה של ציבור כזה או אחר בכל מקרה קונקרטי), אזי ממילא הוא יזכה לאמון הציבור.

144 אם בכל זאת נעשה שימוש בשיקול "אמון הציבור", הרי שלפי הפסיקה יש לעשות איוון אנכי בין הזכות לחופש עיסוק לבין האינטרס של אמון הציבור (בשונה מהאיוון האופקי בין הזכות לחופש עיסוק לבין זכות הציבור שתיפגע מעיסוקו של המפר). על האיוון בין זכות היסוד לעיסוק לבין אינטרסים של הציבור לפי פסקת ההגבלה ראו למשל בג"ץ 4264/02 שותפות המגדלים אעבלין נ' המועצה המקומית אעבלין, פס' 16 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 12.12.2006) ("חופש העיסוק הוא זכות חוקתית מוגנת. עם זאת פסקת ההגבלה תוחמת את המסגרת המותרת לפגיעה בזכות זו. היא מבוססת על התפיסה כי זכויות אדם חוקתיות אינן יכולות בכל עת לזכות בהגנה מלאה על מלוא היקף התפרשותן, אלא בהגנה יחסית בלבד. זאת מן הטעם כי חיי אדם בחברה אנושית מחייבים הכרה גם בזכויות נוגדות של פרטים אחרים וכיבוד אינטרסים ציבוריים כלליים, שנועדו לאפשר חיים בצוותא. פסקת ההגבלה תוחמת, אפוא, את היחסיות שבהגנה הניתנת לזכות היסוד, בהתחשב באינטרסים נוגדים").

בניגוד לדין המצוי, לפי גישה של צדק מתקן יש להבחין בין משפט למוסר. יש כאמור מלומדים הגורסים כי המושג "קלון" שאוב מעולם המוסר,¹⁴⁵ והפסיקה אומנם זיהתה את המושג עם התנהגות עבריינית בעלת דופי מוסרי¹⁴⁶ וקבעה שהכתם המוסרי מערער את אמון הציבור במבצע העבירה.¹⁴⁷ אך לפי הגישה הפורמליסטית, יש להבחין בין הטלת קלון במישור הציבורי-מוסרי לבין הגבלת עיסוק במישור המשפטי, ולקבוע את הסיבות להגבלה בתחום המשפטי. כך, אומנם המושג "קלון" עצמו שאוב מעולם המוסר, אך על פי הגישה של צדק מתקן באכיפה מנהלית, אין קשר מחייב בין דופי מוסרי לבין הטלת קלון משפטי. הסיכון לזכות הציבור יכול לנבוע הן מהתנהגות בעלת דופי מוסרי והן מהתנהגות שאין בה דופי כזה. ייתכן שמנהל של חברה מדווחת בבורסה אינו מקפיד על עמידה במועדי הדיווח או על תוכנם מתוך רשלנות. ספק אם יש בכך דופי מוסרי, ברם עדיין אי-הדיווח או הדיווח שאינו מדויק מסכן את זכות הציבור לקניין אשר מוגן באמצעות מוסדות שוק ההון, ולפיכך מצדיק את הגבלת העיסוק.

כאשר הפגיעה של המפר היא במישור המוסרי, הכלי הראוי לטיפול הוא השיפוט המשמעתי העוסק באכיפת חובות אתיות.¹⁴⁸ חובת האתיקה המקצועית היא אידיאל ההתנהגות הראויה שיש לשאוף אליו. תכליתו של השיפוט המשמעתי היא בראש ובראשונה לשמור על רמת התנהגות אתית גבוהה. שמירה זו נעשית על פי קריטריונים קבועים מראש, ומטרתה להגן על הציבור מפני תוצאות שימוש לרעה בתפקיד, או מפני ניצול שלילי של סמכות מסוימת אשר הוענקה לעובדים במוסדות בעלי החשיבות הציבורית.¹⁴⁹

לפי הגישה המוצגת במאמר זה, יש להחליף את ההמשגה המוסרית בהמשגה משפטית בכל הנוגע להגבלת העיסוק. לפי ההמשגה המשפטית, לשם הגבלת עיסוק צריך הגוף המוביל את הסנקציה לקבוע שיש סיכון לזכות הציבור בהמשך העיסוק של בעל כהונה או במינוי של מועמד לכהונה. לעומת זאת ההמשגה המוסרית מטעה, שכן מחד אכן ניתן להטיל קלון גם בגין מעשים שלא נפל בהם דופי מוסרי, ומאידך, לצורך התכליות של הגבלת העיסוק – לא נדרש לבזות את המפר בהטלת קלון מוסרי עליו. למעשה, דומה שהגיעה העת לזנוח לחלוטין את המושג "קלון", ולהשתמש במושג המשפטי המקובל באכיפה המנהלית העכשווית להגבלת עיסוק – "איסור כהונה".

145 ראו גביוון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 176–177; פלר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 35; מן "הסמכות לקבוע קלון", לעיל ה"ש 26, בעמ' 26; גרוס, לעיל ה"ש 1, בעמ' 9.

146 ראו עניין גפסו, לעיל ה"ש 3; עניין פייגלין, לעיל ה"ש 21, בעמ' 162 (בית המשפט קבע כי: "ה'קלון' הנלווה לעבירה מוסיף לה יסוד של שלילה החורג מממד הפרת החוק גרידא. זהו מונח הנושא עמו מטען מוסרי-ערכי שלילי, בבחינת דופי מוסרי, הניזון מתפיסות ערכיות ומאמות מידה מוסריות הרווחות בחברה"); עניין פלוגנית (א'), לעיל ה"ש 17; עניין בן אהרן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 564–565; עניין עודה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 839. כן ראו גרוס, לעיל ה"ש 1, בעמ' 9.

147 ראו בג"ץ 135/66 אוחנה נ' ראש המועצה המקומית קריית-שמונה, פ"ד כ(2) 634 (1966); עניין ג'אפר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 44; עניין אור, לעיל ה"ש 1, בעמ' 189; עניין זוזן, לעיל ה"ש 17, בעמ' 7; עת"מ (מינהליים י-ם) 38809-02-13 שבו נ' המפקח הכללי של משטרת ישראל, פס' 13 לפסק הדין (פורסם בנבו, 12.3.2013).

148 ראו קליין ואיגרא, לעיל ה"ש 1, בעמ' 150–151.

149 שם.

2. איסור כהונה וצדק מתקן

לפי הגישה של צדק מתקן, דוקטרינת איסור הכהונה מתקנת את הסיכון לזכות הציבור על דרך של מניעה. כאמור, אכיפה מנהלית משיבה את מצב הדברים לקדמותו עובר ליצירת הסיכון לזכות הציבור. השבת מצב הדברים לקדמותו היא על דרך המניעה. הצדק המתקן מונע את הסיכון המופרז לזכות הציבור באמצעות הגבלה של זכויות המפר.

אף מבחינת הדין המצוי בית המשפט הבהיר כי תכלית הקלון אינה להעניש את העבריין. על ההבחנה הקיימת בין הקביעה בשאלת העונש לקביעה בשאלת הקלון עמד השופט מ' חשין: "[...] שומה עלינו להבחין הבחן היטב בין שני הליכים, וחייבים אנו להזהיר עצמנו שמא נערבם – מבחינה מהותית – זה בזה. ההליך הפלילי בא מעולם העונשין ותכליתו היא תכלית משפט העונשין; הליך הקלון בא מעולם הממשל והמינהל, ותכליתו תימצא בממלכת הממשל והמינהל".¹⁵⁰ דברים דומים נאמרו בפרשת הנגבי: "הוראת הקלון מתמקדת בעבירה ובגוף או בעיסוק בהם מדובר, ולא באדם שעבר את העבירה. היא לא באה להעניש את האדם, אלא להגן על הגוף ועל האינטרסים הציבוריים המגולמים בו".¹⁵¹ ניתן אפוא להבין את הטלת הקלון כמנגנון מניעה שנועד למנוע סיכון לטוהר המידות במוסדות חיוניים בחיי החברה.¹⁵²

איסור כהונה שומר על המסגרת הקורלטיבית של הצדק המתקן. דוקטרינת איסור כהונה נופלת בהגדרה של צדק מתקן, שכן היא מניחה מראש את ייחודיותה של מערכת היחסים הדו-צדדית – של גורם סיכון וזכות הציבור – האופיינית לסוג זה של צדק. המפר מסכן את אחד המוסדות החיוניים למימוש זכות הציבור. לכן ראוי שהמדינה היא שתפעל למיגור הסיכון, כנציגה של זכות הציבור.¹⁵³ נוסף על זה, יש קורלציה גם בין הסיכון לבין הסעד. יישומו של עקרון הקורלטיביות מנחה כי על התיקון להיות במידה השקולה לסיכון. במילים אחרות, המניעה צריכה להיות במידה שאינה עולה על הנדרש כדי לאיין את הסיכון המסוים. כך מתקנת דוקטרינת איסור הכהונה את הסיכון לזכות הציבור ומשיבה את השוויון לקדמותו.

3. מאפייני דוקטרינת איסור כהונה

לדוקטרינת איסור הכהונה יש כמובן תוכן ייחודי המאפשר לנו להבין אותה כצורה – איסור כהונה. בשורות הבאות אנסה לסרטט את מאפייניה של דוקטרינת איסור הכהונה, אך ברי כי מדובר בקווי מחשבה ראשוניים, שיש עוד לפתחם. ברי גם שיש הבדלים מסוימים בין הדין הראוי לבין הדין המצוי. אתאר את ההבדלים הללו בצד קריאה לשינוי הדין הקיים. כפי שהראיתי בעניין האכיפה הפלילית והמנהלית, ניתן לחלק את התוכן של איסור הכהונה לחמישה מישורים: הגדרת ההתנהגות שעליה מופעל התיקון, תכלית הסנקציה, הגוף המניע את הסנקציה, סוג הסנקציה ומהות הפרוצדורה אשר מהווה מסגרת להטלת הסנקציה.

¹⁵⁰ עניין כהן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 324.

¹⁵¹ עניין הנגבי-2010, לעיל ה"ש 2, בעמ' 48.

¹⁵² פלר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 32.

¹⁵³ להרחבה ראו להלן תת-פרק 3.(א).

(א) הגדרת ההתנהגות המצדיקה איסור כהונה

הגדרת ההתנהגות המצדיקה הטלת אחריות מבדלת בין עבירה פלילית למנהלית: בעבירה הפלילית האחריות מוטלת בגין התנהגות הנובעת מיסוד נפשי סובייקטיבי של מודעות גבוהה. לעומת זאת בהפרה המנהלית הסיכון נמדד אובייקטיבית, ואין הכרח במודעות סובייקטיבית. היות שהטלת איסור כהונה היא אמצעי אכיפה מנהלי, היא אינה מחייבת הוכחתו של יסוד נפשי בהתנהגות שכבר בוצעה או בכוונה לבצע עבירה. אין להוכיח אלא שיש סיכון אובייקטיבי.

ראוי שהסיכון האובייקטיבי לזכות הציבור יילמד לפי הקשר הדברים ונסיבות המקרה ולא רק לפי כותרת סעיף האישום. כך גם המצב במישור הנוהג.¹⁵⁴ אלא שעל פי הדין המצוי, הגוף המוביל את הסנקציה מביא בחשבון שלושה מישורים ראיתיים:¹⁵⁵ במישור הענייני, את מהות העבירה, את חומרתה, את תדירותה ושיקולי מדיניות משפטית ראויים;¹⁵⁶ במישור הציבורי, את הדימוי הרצוי בתודעת הציבור של העיסוק הרלוונטי, את התנאים שבהם הוא מתנה את תפקודם התקין של אותם עוסקים ואת טוהר המידות בתחומי החיים של החברה שבהם הם מעורים;¹⁵⁷ במישור האישי של עובר העבירה, את נתוניו האישיים של מבצע העבירה, ובהם מהות התפקיד שבו כיהן, מעמדו, הלך רוחו בעת ביצוע העבירה ולאחריה¹⁵⁸ ומידת הפגיעה בקורבנות העבירה.¹⁵⁹ על פי הדין הראוי, רק ראיות אשר יכולות ללמד על סיכון לביצוע עבירה ראוי שישקלו. לכן לדוגמה כל גדיל הראיות של "המישור הציבורי" אינו רלוונטי לשאלת איסור הכהונה.

גדיל "המישור הציבורי" אינו רלוונטי להחלטה על איסור כהונה ואף אינו רלוונטי בעת הביקורת השיפוטית על ההחלטה להגביל כהונה. כידוע, במסגרת הדין הנוהג בית המשפט נוהג להעביר ביקורת שיפוטית על ההחלטה המנהלית להטיל קלון.¹⁶⁰ ביקורת שיפוטית זו מתמקדת בסבירות ההחלטה המנהלית למנות את המועמד לכהונה או שלא להפסיק את כהונתו.¹⁶¹ בדין הנוהג, במסגרת בחינת סבירות ההחלטה, נבחנת השאלה אם נתנה הרשות

154 ראו עניין אגבריה, לעיל ה"ש 17, בעמ' 7; עניין פלוגית (א'), לעיל ה"ש 17; עניין זון, לעיל ה"ש 17, בעמ' 7; עניין הנגבי-2010, לעיל ה"ש 2, בעמ' 23-24. כן ראו פלר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 32-35.

155 שם.

156 ראו בג"ץ 4523/03 בונפיל נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת, פ"ד נז(4) 863, 857 (2004); עניין זיו, לעיל ה"ש 20, בעמ' 5; עניין רמון, לעיל ה"ש 5, בעמ' 7-8; עניין הנגבי-2010, לעיל ה"ש 2, בעמ' 4-5.

157 פלר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 35.

158 ראו עניין בונפיל, לעיל ה"ש 156, בעמ' 863; עניין הנגבי-2010, לעיל ה"ש 2, בעמ' 4-5.

159 ראו עניין פלוגית (א'), לעיל ה"ש 17, בעמ' 123; עניין אור, לעיל ה"ש 1, בעמ' 190.

160 ראו למשל בג"ץ 3095/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 13.8.2015) (להלן: עניין דרעי-2015); בג"ץ 3059/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 10.11.2015) (להלן: עניין גלנט); בג"ץ 232/16 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 8.5.2016) (להלן: עניין דרעי-2016).

161 הרשות המנהלית שמחליטה על הכהונה מחויבת לבחון את תנאי הכשירות הפורמליים שבדין לצד שיקול דעת רחב משיקולים אשר אומנם אינם מופיעים בתנאי הכשירות הפורמליים, ברם ראוי שיובילו להפסקת כהונה. היעדר שקילת שיקולים רחבים אלה, או אימתן משקל מתאים להם, יכול להיות לא סביר ("היעדרן של הוראות 'כשירות' אינו שולל (בבחינת 'הסדר שלילי') את שיקול הדעת הנתון לרשויות השלטון בגיבוש עמדתן באשר למינוי לכהונה או הפסקת כהונה. כשירות לחוד ושיקול-דעת

משקל ראוי לאפשרות הפגיעה באמון הציבור בשל מינויו של המועמד למשרה ציבורית.¹⁶² כלומר, הביקורת השיפוטית מהדהדת את השיקולים שראוי שיעמדו בפני הרשות המנהלית המטילה קלון. מובן שאם שיקולי "המישור הציבורי", לרבות אמון הציבור, אינם קיימים בסל השיקולים של הרשות המנהלית – ממילא אין טעם לבחון אם שיקול זה נשקל בסבירות.¹⁶³

כמו כן אין לבלבל בין המישור האישי לבין נסיבותיו האישיות של הנאשם, כפי שאין לבלבל בין איסור כהונה לבין עונש. ואומנם, גם על פי הדין הנוהג, נסיבותיו האישיות של המפר, לרבות שאלת אופיו של האדם, מצבו המשפחתי, כישוריו, יכולותיו, תכונותיו, תרומתו האפשרית לחברה ולכלל, נסיבות גילוי העבירה שעבר, מהלך המשפט שהתנהל נגדו, תוצאות המשפט שהתנהל נגדו, הנזק שנגרם לו מניהול המשפט – כל אלה אינם רלוונטיים לשאלת הקלון.¹⁶⁴ מנגד, יש בנסיבות האישיות כדי ללמד על הסיכון לביצוע עבירה נוספת. לדוגמה, ייתכן שהסיכון הנשקף ממעשהו של המפר – בנסיבות המיוחדות של העבירה – אינו כה חמור לפי ש"עבר זמן ניכר מאז המעשה ועד לימינו אלה; ומאז המעשה לא דבק רבב בכנף-בגדו של ראש הרשות שהורשע בדינו [...] טובת הכלל היא [...] כי לא יחולו זעזועים בחיי הקהילה שבה מדובר, וכי בנסיבות העניין ראוי ונכון הוא שלא לפתוח בהליך של קלון".¹⁶⁵ במילים אחרות, גם על פי הדין הנוהג – כאשר יש ראיות שמפר מסוים אינו מסכן את המוסדות הציבוריים בביצוע עבירה נוספת – הרי שאיסור כהונה הוא מיותר.

הסיכון אינו חייב לנבוע מהרשעה בעבירה פלילית דווקא. ייתכן שיש מידע על מפר מסוים שמעיד על סיכון הנשקף ממנו, כגון מורה שהוגשה נגדו תלונה על פגיעה מינית בילדים. ייתכן שעדיין אין קביעה פוזיטיבית שבוצעה עבירה כלשהי. ברם לראיית המדינה נשקף מאותו מורה סיכון לציבור תלמידיו, ולכן ראוי לאסור את כהונתו זמנית כדי להרחיק אותו מבית הספר עד אשר העניין יתברר. כך למשל על פי נוהל ההשעיה בידי נציב שירות המדינה, "לנציב שירות המדינה הסמכות להשעות עובד מדינה ממועד תחילת החקירה הפלילית", וכי "יש מקום לשקול השעיה מיד עם קבלת דיווח על פתיחה בחקירה נגד עובדי

לחוד". ראו בג"ץ 4287/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441 (1993) (להלן: פרשת פנחסי); בג"ץ 6163/92 איזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 260, 229 (1993) (להלן: עניין גינוסר). כן ראו עניין דרעי-2015, לעיל ה"ש 160, בעמ' 2; עניין גלנט, לעיל ה"ש 160, בעמ' 19; עניין דרעי-2016, לעיל ה"ש 160, בעמ' 7.

162 ראו עניין דרעי-2015, לעיל ה"ש 160, בעמ' 11; עניין גלנט, שם, בעמ' 18–19; עניין דרעי-2016, לעיל ה"ש 160, בעמ' 17.

163 מובן שאם שיקולי "המישור הציבורי" ייוותרו במסגרת הביקורת השיפוטית, הרי שתיווצר "דרך עוקפת" של הטלת קלון, שתותיר על כנם את הקשיים שפירטתי לעיל.

164 ראו עניין הנגבי-2010, לעיל ה"ש 2, בעמ' 4–5.

165 עניין כהן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 326–327. ואומנם בתי המשפט לעיתים קבעו לאחר בחינה של נסיבות העבירה ומאפייני מבצע העבירה, כי אין להטיל קלון על מבצע העבירה. ראו למשל עניין עודה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 840; עניין שבו, לעיל ה"ש 147; בג"ץ 143/71 סערון נ' ראש המועצה המקומית אור יהודה, פ"ד כה(2) 505 (1971); בג"ץ 184/73 חודייפי נ' עמר, פ"ד כז(2) 746 (1973); עמ"א (שלום חי) 58660-03-16 מדינת ישראל נ' עמר (פורסם בנבו, 8.1.2017).

מדינה".¹⁶⁶ מנגד, יש להיזהר באיסור כהונה על בסיס ראייתי חלש.¹⁶⁷ מכל מקום, אמת המידה של הדין הנוהג לבחינת הסיכון האובייקטיבי היא אמת המידה של האדם הסביר.¹⁶⁸ אמת מידה זו עולה בקנה אחד גם עם גישה של צדק מתקן באכיפה מנהלית. הגוף המוביל את הסנקציה צריך להשתכנע בקיומו של סיכון אובייקטיבי שאדם פלוני יפר את החוק.

(ב) תכלית הסנקציה

על פי גישת הצדק המתקן – מטרת איסור הכהונה היא תיקון הסיכון לזכות הציבור. היות שמדובר בסיכון קיים או עתידי, התיקון לסיכון הוא פרוספקטיבי, צופה פני עתיד. שאלת איסור הכהונה עשויה להתעורר בשתי נקודות זמן, כפי שאף ניתן למצוא בדין הנוהג: נקודת זמן אחת היא כאשר אדם מבקש לעסוק בתחום עיסוק או בתפקיד מסוים. בנקודת זמן זו תיבחן השאלה אם אותו אדם יוכל לקבל את התפקיד שאותו הוא מבקש לקבל חרף עברו הפלילי ומרשם הרשעותיו.¹⁶⁹ נקודת הזמן השנייה היא כאשר אדם ממלא תפקיד מסוים או עוסק בתחום עיסוק מסוים, ובתוך כדי כך הוא מורשע, ולעיתים עוד רק נחשד, בביצוע עבירה פלילית. בנקודת זמן זו תיבחן השאלה אם אותו אדם יוכל להמשיך למלא את תפקידו או לעסוק בתחום העיסוק שבו הוא עוסק, חרף הרשעתו או החשדות כלפיו.¹⁷⁰ ההחלטה בשתי נקודות הזמן צופה פני עתיד.¹⁷¹

ראוי ששאלת איסור הכהונה תתברר בנקודת הזמן הרלוונטית לסיכון. רק בעת הזו הגוף המניע את הסנקציה חשוף לכל השיקולים הרלוונטיים: הענייניים והאישיים. ניתן לקחת כדוגמה את סוגיית המועמדות לכנסת. נניח שחבר כנסת הועמד לדין והתפטר מכהונתו לפני ההרשעה. בנסיבות אלה לא ראוי שבית המשפט יקבע איסור כהונה. ראוי ששאלה זו תתברר אם וכאשר אותו אדם יבקש להיבחר שוב לכנסת. שהרי אם אותו אדם אינו מתכוון כלל להתמודד – אין טעם שבית המשפט יעסוק בשאלה היפותטית זו. יתר על כן, ייתכן שהחלטה על איסור כהונה בנסיבות כאלה תחסום את אותו אדם מלעסוק במקצוע אחר, שאולי, בנסיבות אותו עניין, אינו מסכן את זכות הציבור. העובדה שאיסור כהונה הוא סנקציה צופה פני עתיד אינה אומרת שיש בהכרח לקבוע בה מסמרות מיד לאחר האירוע העברייני המיוחס למפר. לעיתים זה יהיה המצב. לעיתים, השאלה תהיה רלוונטית רק תקופה ארוכה אחר כך, כאשר אותו מפר יבקש לעבוד באחד המוסדות הרלוונטיים. ולעיתים השאלה לא תעלה כלל, שכן אותו מפר יעזוב לצמיתות את המוסדות הציבוריים. לכן אל לרשויות המנהליות ולבית המשפט להיחפז לדיון בשאלה על איסור כהונה ולהקדים את הסעד להפרה.

166 ראו נוהל השעיה על ידי נציב שירות המדינה, לעיל ה"ש 142, בעמ' 2.

167 להרחבה בעניין ראו להלן תת-פרק 3. (ה).

168 עניין אור, לעיל ה"ש 1, בעמ' 192.

169 ראו עניין הנגבי-2010, לעיל ה"ש 2, בעמ' 43; גרוס, לעיל ה"ש 1, בעמ' 9.

170 שם.

171 מן "הסמכות לקבוע קלון", לעיל ה"ש 26, בעמ' 28.

גישה זו משקפת את עמדת הפסיקה הנוהגת. בפרשת קצב קבע בג"ץ שהנסיבות הרלוונטיות להחלטה בסוגית הקלון יכול שיתבררו רק בשלב מאוחר יותר לשלב ההרשעה וגזירת הדין:

יש מבין הנסיבות הרלוונטיות להכרעה בשאלת הקלון, שלא יוכלו להתגלות אלא בשלב מאוחר. טלו, לדוגמה, את מהותו של העיסוק הציבורי בו יבקש אדם לשלוח ידו. ברי, כי אין ענינו של מי שהורשע בעבירות סמים קלות ויבקש לשמש, לצורך דוגמה, נציג הציבור במועצה לענף הלול [...] כענין אותו מורשע בעותרו להתמנות למועצתה של הרשות הלאומית למלחמה בסמים. בכל אחד מן המצבים האלה דרושה בחינה שונה של שאלת הקלון.¹⁷²

במילים אחרות, בית המשפט הבהיר כי כאשר סוגיית הקלון אינה רלוונטית, מדובר בהחלטה המקדימה את זמנה, וראוי שלא יהיה לאותה החלטה תוקף מחייב.¹⁷³ כך גם לפי גישת הצדק המתקן באכיפה מנהלית. ראוי שהחלטה בעניין איסור הכהונה תתקבל במועד שבו היא רלוונטית. אציין במאמר מוסגר כי אין בדברים אלה כדי לשלול את האפשרות של הוספת עונש מסוג נטילת כהונה והשתתפות במסגרת גזר דין, ברם נושא השתתפות נטילת כהונה כעונש ראוי להתברר ברשימה נפרדת.

(ג) הגוף המניע את הסנקציה

המדינה היא הנציגה של זכות הציבור. הגוף המניע את הסנקציות הפלילית והמנהלית בשם זכות הציבור הוא המדינה, ולכן ראוי שהמדינה תוביל את הסנקציה של איסור הכהונה. דברים אלה עולים בקנה אחד עם הדין המצוי. אלא שהדין המצוי מאפשר הסמכה של מספר רב של גופים ובעלי תפקידים להטיל קלון, דבר אשר יכול לעורר קושי.

המדיניות הנוהגת היא שיש מגוון גופים ובעלי תפקידים המניעים את הסנקציה של הקלון.¹⁷⁴ במספר רב של מקרים בעל הסמכות להכריע בסוגיית הקלון הוא היועץ המשפטי לממשלה.¹⁷⁵ לצד היועץ המשפטי לממשלה יש גופים ובעלי תפקידים נוספים המוסמכים לקבוע קלון. לדוגמה, יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית. המחוקק הגביל את כשירות המועמדים לבחירה לכנסת מבחינת עברם הפלילי. לפי חוק-יסוד: הכנסת, יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית רשאי לקבוע כי אותו מועמד כשיר לכהן בכנסת, לפי שאין בעבירה שבה

172 ראו עניין פלוגית (א'), לעיל ה"ש 17, פס' 32 לפסק דינו של השופט לוי. כן ראו ע"מ 3362/02 מדינת ישראל נ' אבו-עסבה, פ"ד נו(5) 6, 11 (2002); ע"מ 2699/01 גחלף נ' מדינת ישראל – נציבות שירות המדינה (פורסם בנבו, 15.5.2001); עניין ג'אפר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 44; עניין זיו, לעיל ה"ש 20, בעמ' 5–4.

173 ראו עניין פלוגית (א'), לעיל ה"ש 17.

174 גרוס, לעיל ה"ש 1, בעמ' 11.

175 כך לדוגמה, לפי ס' 44 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד–1994, יכול היועץ המשפטי להתנגד למינויו של נציב קבילות הציבור בטענה כי בעברו של אותו אדם עבירה שיש עימה קלון. כן ראו ס' 9(5) לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן–1990; ס' 5(ג) לחוק קליטת חיילים משוחררים, התשנ"ד–1994.

הורשע, בנסיבות העניין, משום קלון.¹⁷⁶ דוגמה נוספת היא בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין. לפי חוק לשכת עורכי הדין, אם הוגש כתב אישום נגד עורך דין, ובית דין משמעתי מצא שבנסיבות העניין היה בעבירה המיוחסת משום קלון, הוא רשאי להשעותו זמנית מעיסוק במקצוע של עורך דין.¹⁷⁷

לפי גישת הצדק המתקן באכיפה מנהלית, ראוי שהגוף המניע את הסנקציה של איסור כהונה יהיה היועץ המשפטי לממשלה (או בא כוחו). הדין הנוהג מתייחס כאמור לשתי תכליות של הקלון: מניעת עבירות נוספות ומניעת פגיעה בתדמית המוסד. מנקודת המבט הזו, הגוף הרלוונטי לעסוק בשאלת הקלון הוא הגוף המוסמך האמון על כשירות בעלי התפקידים באותו מוסד מסוים.¹⁷⁸ ואומנם, ברוב המקרים מסורה הסמכות לקבוע מסמרות בשאלת איסור כהונה לבעל תפקיד פנימי של אותו מוסד, אשר חזקה עליו כי ידע רב לו בידיעת הכללים המיוחדים הנדרשים כדי לשמור על כבוד מקצועם בעיני הציבור.¹⁷⁹ אלא שלפי הגישה של צדק מתקן באכיפה מנהלית, השיקול של אמון הציבור אינו ראוי להצדיק לבדו איסור כהונה. לכן הגוף המקצועי שראוי לחוות דעה בעניין המסוכנות של מפר פלוני הוא היועץ המשפטי לממשלה.

במצב הנוכחי, במספר רב של מקרים, אכן היועץ המשפטי לממשלה הוא הגוף המוביל את הסנקציה. ברם יש מקרים שבהם היועץ המשפטי לממשלה נמצא רק במעמד של יועץ לגוף המחליט. לדוגמה, לפי סעיף 47(א) לחוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג–1963, לנציב שירות המדינה יש סמכות להשעות עובד מדינה מעבודתו. הנציב רשאי להשתמש בסמכותו בנסיבות שבהן "התחילה חקירה פלילית של המשטרה נגד עובד בעבירה שלדעת נציב השירות יש עמה קלון [...] [ו]לאחר התייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו". נוסף על זה יש מקרים שבהם היועץ המשפטי לממשלה אינו מעורב כלל בהחלטה. כך על פי סעיף 48 לאותו חוק, לצד סמכותו של נציב שירות המדינה, לשר הממונה על עובד המדינה יש גם סמכות להשעות. השר אף הוא רשאי להשתמש בסמכות בנסיבות שבהן עובד המדינה "עבר עבירה פלילית שיש עימה קלון". אלא שבמקרה של השר, אין חובה להתייעץ עם היועץ המשפטי לממשלה.

לפי הגישה של צדק מתקן, ראוי שהיועץ המשפטי לממשלה ירכז את ההחלטה על איסור כהונה, ולכל הפחות יהיה מי שמייצע לה. אומנם ניתן לטעון כי דווקא לגופים המקצועיים השונים יש יכולת טובה יותר להעריך את הסיכון הנשקף למנגנון המשפטי ממועמד פלוני. הערכת הסיכון שנשקף ממועמד פלוני קשורה קשר הדוק להבנת מאפייני התפקיד שאליו הוא מבקש להתמנות – מאפיינים אשר יש להניח שידועים לגוף המקצועי האמון על התחום יותר משהם ידועים ליועץ המשפטי לממשלה. ברם ליועץ המשפטי לממשלה יש המקצועיות הייחודית הדרושה לניתוח תיק פלילי, בוודאי בשלביו המוקדמים. יש קושי לדוגמה שנציב שירות המדינה יקבל החלטה על איסור כהונה בתיק שעדיין נמצא בהליכי חקירה, שהרי אין לו יכולת מספקת להעריך את עוצמת הראיות הגולמיות ולהקיש

176 ס' 6 לחוק-יסוד: הכנסת; ס' 6 לחוק-יסוד: הממשלה.

177 ראו ס' 78 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א–1961.

178 עניין פלוני (א'), לעיל ה"ש 17, בעמ' 582.

179 גביוון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 184.

מהן על מסוכנות לכאורית. אין זה תפקידו. ריכוז הסמכות של איסור כהונה אצל היועץ המשפטי לממשלה יוביל גם לשוויון באכיפה. במצב הנוכחי לכל מוסד יש גוף המחליט אוטונומית על איסור כהונה. לדוגמה, אשר למתווכים במקרקעין, הרשם יכול שלא לתת רישיון במקרקעין למי ש"הורשע בעבירה שמפאת חומרתה ונסיבותיה אין הוא ראוי לשמש מתווך במקרקעין".¹⁸⁰ אשר לראשי רשויות, יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית יכול להתיר לאדם שהורשע ונשא עונש מאסר להציג מועמדות בנסיבות שבהן הוא סבור שאין בעבירה שעבר קלון.¹⁸¹ אך הגיוני שביזור שיקול הדעת על איסור כהונה מוביל לפערים באופן הטלת הסנקציה. לפיכך ראוי שהיועץ המשפטי לממשלה הוא שיוביל את הסנקציה של איסור כהונה, ולמצער הוא שייעץ לה.

ראוי גם לעשות סדר בכל הקשור לערכאה המשפטית האחראית להפעלת הסנקציה. כאמור, במסגרת הדין הנוהג בית המשפט נוהג להעביר ביקורת שיפוטית על ההחלטה המנהלית להטיל קלון.¹⁸² כך ראוי שיהיה גם בקשר לדוקטרינת איסור כהונה, שכן כבכל פעולה מנהלית, לבית המשפט תפקיד פיקוחי בהקשר זה. איסור כהונה הוא סנקציה מנהלית אשר ראוי שהרשויות המנהליות הרלוונטיות יטילו אותה, בהשגחתה של הרשות השופטת.¹⁸³

בדין המצוי שוררת אנדרלמוסיה בנושא הפיקוח על הפעלת הסנקציה. לדוגמה, בית המשפט שדן את הנאשם בפלילים רשאי להכריז כי העבירה שבה הורשע הנאשם, בנסיבות העניין, יש עימה קלון.¹⁸⁴ עוד קודם לכן, במסגרת דיון המעצר, רשאי בית המשפט של המעצר להורות על "איסור המשך עיסוק הקשור בעבירה, כאשר מתקיים יסוד סביר לחשש שהמשך העיסוק מהווה סכנה לבטחון הציבור, או עלול להקל על ביצוע עבירה דומה".¹⁸⁵ במקרים אחרים הסמכות נתונה לבית המשפט לעניינים מנהליים. לדוגמה, במקרה של קבלנים לעבודות הנדסה בנאיות, לרשם יש סמכות של התליית רישיון הקבלן, "שהורשע בעבירה שיש בה [...] כדי לערער מהימנותו להיות קבלן רשום [...]".¹⁸⁶ על פי החוק, על החלטתו של הרשם להתלות רישיון רשאי המפר להגיש ערר בפני ועדת ערר מיוחדת שמוקמת על פי החוק.¹⁸⁷ על ההחלטה של ועדת הערר יכול המפר לערער בפני בית המשפט לעניינים מנהליים.¹⁸⁸ יש מקרים שבהם הסמכות נתונה לבית הדין לעבודה. כך החלטת נציב שירות המדינה להשעות עובד מדינה נתונה לביקורת שיפוטית של בית הדין האזורי

180 ס' 5 (א) (4) לחוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996.

181 ס' 7 לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), התשכ"ה-1965.

182 ראו למשל עניין דרעי-2015, לעיל ה"ש 160; עניין גלנט, לעיל ה"ש 160; עניין דרעי-2016, לעיל ה"ש 160.

183 פלר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 50-51.

184 גרוס, לעיל ה"ש 1, בעמ' 11.

185 ס' 48(א)(10) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים).

186 ס' 8(א)(2), 48(א) לחוק רישום קבלנים לעבודות הנדסה בנאיות, התשכ"ט-1969.

187 ס' 9-10 לחוק רישום קבלנים לעבודות הנדסה בנאיות, התשכ"ט-1969.

188 שם, בס' 11(2).

לעבודה.¹⁸⁹ יש מקרים שבהם סמכות הערעור היא לבית המשפט הגבוה לצדק. כך לדוגמה בעניין מועמדים לבחירות לרשויות המקומיות. לפי החוק, החלטתו של יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית היא סופית, ואין עליה ערעור לכאורה.¹⁹⁰ אך בפועל עתירות כאלה נידונו בבית הדין הגבוה לצדק.¹⁹¹ לבסוף, יש מקרים שבהם הסמכות אינה ברורה כלל. לדוגמה, לא ימונה חבר מועצת הרשות השנייה מי שהורשע בעבירה שלדעת היועץ המשפטי לממשלה יש עימה קלון.¹⁹² אלא שהחוק לא הגדיר מה היא ערכאת הערעור על החלטה זו.

כדי להחליט על הערכאה המתאימה לפקח יש לחלק את הסוגיה של הטלת איסור כהונה לשני פרקי זמן: הראשון, במהלך ההליך הפלילי; השני, לאחר ההליך הפלילי. במהלך ההליך הפלילי ראוי שהסמכות הפיקוחית תהיה של בית המשפט של המעצר. מקצועו של בית המשפט של המעצר הוא להעריך את הסיכון הנשקף מחשוד מסוים במהלך החקירה וניהול המשפט. הוא חשוף לראיות הגולמיות שאוספות הרשויות החוקרות במהלך מעצר הימים ולראיות שעליהן מסתמכת התביעה להרשעה במסגרת המעצר עד תום ההליכים. בית המשפט של המעצר יכול אפוא לבצע תפקיד זה במקצועיות וביעילות, וממילא הסמכות הזו כבר נתונה לו במסגרת חוק המעצרים.¹⁹³ לעומת זאת לאחר ההליך הפלילי (ולאחר שפסק הדין חלוט) ראוי שהסמכות תרוכז אצל בית המשפט לעניינים מנהליים, ובעניין זה אני מסכים עם דבריו של מן שצוינו לעיל בהקשר זה.¹⁹⁴ הגוף המוביל את הסנקציה משתמש בסמכות המנהלית שלו, ופשיטא שבית המשפט של הביקורת צריך להיות בית המשפט לעניינים מנהליים. בהקשר זה חשוב לציין כי גם בית המשפט של המעצר הוא בית משפט לעניינים מנהליים, שכן תחום עיסוקו הוא בפיקוח על סמכויות המעצר של המשטרה והתביעה, שהן סמכויות אכיפה מנהלית מובהקות.

ראוי שהערכאה הפיקוחית תפעיל את הדוקטרינה בדומה ליועץ המשפטי לממשלה, למעט השינויים המחויבים מכך שמדובר בערכאה מפקחת, העוסקת בסבירות ההחלטה המקורית. הביקורת השיפוטית על החלטה מנהלית שונה מההחלטה המנהלית עצמה, שכן היא אינה מכוונת רק כלפי המועמד שמינויו נשקל אלא גם כלפי שיקול הדעת שהפעיל הגוף המבקש למנותו. כידוע, "הושרש בפסיקה העיקרון לפיו כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד".¹⁹⁵ ואומנם, הפעלת דוקטרינת איסור הכהונה מותרת ליועץ המשפטי לממשלה

189 ראו ע"ע (ארצי) 478/07 ויטה – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.3.2008) ("ההחלטה על השעיית עובד שקיבל נש"מ נתונה לביקורת שיפוטית של ביה"ד").

190 ס' 7א(2) (ב) ר-3(3) (ב) לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), התשכ"ה-1965.

191 ראו עניין אגבאריה, לעיל ה"ש 17 ("יו"ר ועדת הבחירות המרכזית החליט, בעקבות בקשה שהוגשה לו בהתאם לסמכותו לפי סעי' 7(ב) לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), כי בעבירות בהן הורשע העותר יש בנסיבות העניין משום קלון. בעתירה זו מבקש העותר כי תבוטל ההחלטה, על מנת שיתאפשר לו להתמודד לראשות המועצה המקומית מעלה עירון בבחירות המוניציפליות העתידות להיערך ביום 22.10.13. ביהמ"ש העליון בשבתו כבג"ץ דחה את העתירה [...]").

192 ס' 9 לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990.

193 ס' 48 (א) (10) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים).

194 מן "הסמכות לקבוע קלון", לעיל ה"ש 26, בעמ' 29.

195 ראו עניין דרעי-2016, לעיל ה"ש 160, בעמ' 29.

מידה לא מבוטלת של שיקול דעת בהפעלתה, לדוגמה בבחינת נסיבות העבירה והנסיבות האישיות של המועמד לכהונה או בבחירת סוג הסנקציה ותקופתה (כפי שיפורט מייד). תפקידו של בית המשפט המפקח בהקשר זה הוא לבחון את כשירות המועמד לצד סבירות שיקול הדעת של היועץ המשפטי בהפעלת הדוקטרינה.

(ד) סוג הסנקציה

מטרתן של הסנקציות המנהליות היא תיקון הסיכון לזכות הציבור, ועל הסעד המתקן להיות בקורלציה לסיכון. הקורלציה באה לידי ביטוי באיסור כהונה בכך שלכל סוג עיסוק יש מידה של הרחקה המתאימה לו. קיימת קורלציה בין הסיכון לסעד גם בדין המצוי. לדוגמה, מתווך במקרקעין מורחק לשישה חודשים מהעיסוק אם הוא נידון לעונש מאסר בפועל;¹⁹⁶ קבלן לעבודות הנדסה בנאיות מורחק לשלוש שנים אם הורשע;¹⁹⁷ שר בממשלה מורחק לשבע שנים מכהונה בממשלה אם הורשע ונידון למאסר;¹⁹⁸ שופט מורחק מכס השיפוט לצמיתות אם הוא הורשע בעבירה שיש עימה קלון.¹⁹⁹ במילים אחרות, דומה שעל פי הדין המצוי, הקלון מוטל במידה ובפרופורציה לסיכון.²⁰⁰

אף על פי כן נראה שהדין הנוהג, שלפיו לכל סוג עיסוק יש מידת הרחקה קבועה, אינו הולם בהכרח את עקרון הקורלטיביות, משום שמכל מפר נשקף סיכון שונה, לפי הנסיבות הייחודיות של המקרה הקונקרטי. לכן לטעמי על מנת לקיים את עקרון הקורלטיביות במלואו יש לתת לגוף המוביל את הסנקציה מרחב שיקול דעת לשקול נסיבות אלו בעת קביעת תקופת איסור הכהונה. לכל הפחות יש לקבוע נקודות זמן (נניח אחת לחצי שנה) שבהן ניתן לבחון מחדש את איסור הכהונה לפי הסיכון הקיים באותה עת.

כמו כן היות שמדובר בסיכון קיים או עתידי – התיקון לסיכון הוא פרוספקטיבי, בעל אופי זמני. ואומנם, על פי הדין הקיים, לרוב הקלון הוא סנקציה זמנית המרחיקה את המפר מעיסוק לזמן מוגבל בלבד.²⁰¹ למשל, חברי כנסת יכולים לחזור ולהציע עצמם לבחירה בחלוף שבע שנים מעת שגמרו לשאת את עונש המאסר.²⁰² לעומת זאת לעיתים הטלת קלון עשויה להוביל להרחקה של מפר לצמיתות מעיסוק בתפקידים הרלוונטיים.²⁰³ למשל, חוק בתי המשפט אינו קובע מגבלת זמן לקלון בנוגע למינוי שופטים.²⁰⁴ לפי הגישה של צדק מתקן, ראוי שאיסור הכהונה יהיה זמני, שכן האירוע העברייני משקף סיכון, ברם ייתכן שלאחר פרק זמן מסוים הסיכון יפוג. במילים אחרות, לא ראוי שאיסור הכהונה המנהלי יהיה לנצח, ויש לבחון מדי תקופה אם הסיכון עדיין קיים, ואם כן – מה עוצמתו.

196 ס' 5 (א) (5) לחוק המתווכים במקרקעין.

197 ס' 8 (א) (2) לחוק חוק רישום קבלנים לעבודות הנדסה בנאיות.

198 ס' 6 (ג) (1) לחוק-יסוד: הממשלה.

199 ס' 7 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

200 עניין הנגבי-2010, לעיל ה"ש 2, בעמ' 11.

201 פלר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 51-52.

202 ראו ס' 6 (א) לחוק-יסוד: הכנסת.

203 עניין פלונית (א'), לעיל ה"ש 17.

204 ראו ס' 7 לחוק בית המשפט.

(ה) רף ההוכחה

רף ההוכחה הראוי בהליך איסור הכהונה הוא זה הנהוג בהליכים מנהליים. בהליך זה אין צורך לחשוף אמת סובייקטיבית, הסיכון שנשקף מן המפר הוא סיכון אובייקטיבי, ולפיכך אין אלא לשכנע את הרגולטור, הגוף המניע את הסנקציה, בקיומו. לשם כך די בראיות ברורות ומשכנעות.²⁰⁵ ניתן למצוא רף דומה גם בדין המצוי. לדוגמה, פרשת מינויו של חבר הכנסת הנגבי לתפקיד השר לביטחון פנים שנדונה בבג"ץ בהרכב מורחב של שבעה שופטים.²⁰⁶ בעת ההיא טרם הנגבי הורשע בפלילים, ברם שמו נקשר בכמה פרשיות שבהן, לטענת העותרת, כשל הוא בהפרה של הדין, של כללי האתיקה ושל כללי המנהל התקין. המשנה לנשיאה אור הביע את עמדתו:

אכן, לביסוס החלטה על שלילת האפשרות למנות אדם למשרת שר לא בהכרח נדרש פסק-דין מרשיע. די לשם כך בראיות מינהליות משכנעות לביצוען של עבירות פליליות שיכולות להקים חשש ממשי לפגיעה באמון הציבור. עם זאת חובתה של הרשות הממנה לשקול את הראיות בדבר מעורבות המועמד במעשים פליליים ושיקולים אחרים הכרוכים במינויו ולאזן ביניהם.²⁰⁷

השופט חשין קבע באותו עניין כי –

במישור המינהלי ייתכן מצב שבו קיימות כנגד אדם ראיות, שאמנם אינן מספיקות לשם הרשעה או אף העמדה לדין פלילי, אך עדיין הן עומדות במבחן הראיה המינהלית באופן המחייב הסקת מסקנות כלפי המעורב בדבר לעניין פסלותו לכהן במשרה ציבורית.²⁰⁸

הכלל החל בעניין הרף הראייתי להוכחת הסיכון המצדיק הטלת קלון הוא כלל הראיה הנהוג במשפט המנהלי. רשות מנהלית רשאית לבסס ממצא על ראיה, אם הראיה, בשים לב לנסיבותיה, היא כזו "אשר כל אדם סביר היה רואה אותה כבעלת ערך הוכחתי והיה סומך עליה".²⁰⁹ דברים אלה מתיישבים כאמור גם עם גישה של אכיפה מנהלית כצדק מתקן. יש להבחין בין רף ראייתי לבין עוצמת הראיות. דוגמה לכך היא איסור כהונה בשלבים מוקדמים של החקירה המשטרתית. הדעת נותנת שבשלב מוקדם של ההליך הפלילי, כאשר המשטרה עוד עסוקה באיסוף ראיות, יש לנקוט משנה זהירות בשימוש בסנקציה של איסור כהונה, שכן מטבע הדברים תמונת הראיות בשלב זה היא ראשונית וחלקית בלבד, ולעיתים אף מטעה. הדבר נכון, הגם שבמידה פחותה, גם לשלב שבין הגשת כתב האישום לבין הרשעה. גם בשלב זה תמונת הראיות עדיין חלקית, ובכל זאת היא מאפשרת בנסיבות

205 עניין גינוסר, לעיל ה"ש 161, בעמ' 268.

206 בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(6) 817 (2003) (להלן: עניין הנגבי-2003).

207 שם, בעמ' 870-871.

208 שם, בעמ' 910, 912 ו-915.

209 עניין גינוסר, לעיל ה"ש 161, בעמ' 268.

המתאימות שימוש באמצעי של איסור כהונה. מדובר בנסיבות שבהן התשתית הראייתית היא מוצקה ורחבה דייה כדי לשכנע בקיומו של סיכון מוגזם לזכות הציבור. אך בהיעדר הרשעה יהיה קושי גדול לשכנע את בית המשפט בקיומו של סיכון מופרז.²¹⁰ הן במהלך החקירה והן לאחר הגשת כתב האישום הרף הראייתי נותר בעינו – קרי רף ההוכחה המנהלי. ברם עוצמת הראיות צריכה להיות מבוססת דייה כדי שתעבור את הרף הזה. כך גם בדין המצוי לעניין עוצמת הראיות בנסיבות אלה.²¹¹

(ו). עיגון הדוקטרינה של איסור כהונה בחוק

קבלת הדוקטרינה החדשה של איסור כהונה קוראת לשינוי מוסד הקלון מן השורש. המאפיינים שמפורטים לעיל הם רק הבסיס לשינויים, ויש להרחיב את הדיון ולהתייחס לסוגיות ייחודיות רבות בכל הכהונות והמקצועות הרלוונטיים. קבלת הדוקטרינה המוצעת מחייבת שינויי חקיקה נרחבים, ובתוך כך עולה השאלה מהי המסגרת החוקית המועדפת לעיגון המודל. אפשרות אחת היא שינוי חקיקה בכל דברי החקיקה העוסקים בקלון, לפי תחום העיסוק של המועמדים.²¹² אפשרות שנייה היא ליצור חוק חדש ואחיד שיעגן את דוקטרינת איסור הכהונה בנוגע לכל בעלי התפקידים באשר הם. היתרון של האפשרות הראשונה הוא ביכולת להתייחס באופן ייחודי לתחום עיסוק מסוים, על מאפייניו וסיכוניו הייחודיים. היתרון של האפשרות השנייה הוא בחיזוק ההרמוניה החקיקתית והשוויון בהפעלת הדוקטרינה בכל המקצועות באשר הם. מובן שקיימת גם אפשרות ביניים, המשלבת חקיקה כללית של עקרונות הפעלתה של דוקטרינת איסור הכהונה עם חקיקה ספציפית המתאימה את המסגרת הכללית למקצוע או למוסד מסוימים.

בכל אחת מהאפשרויות שתבחר, על החקיקה להתוות את שיקול הדעת בהפעלת הדוקטרינה בנוגע לשני פרקי זמן – לפני ההרשעה ואחריה. כאמור, חוק המעצרים כבר מתווה את עקרונות הגבלת העיסוק בתקופה שלפני ההרשעה, אם לפני הגשת כתב אישום ואם אחרי הגשת כתב אישום. במסגרת זאת חוק המעצרים מתנה את הפעלת הכוח בתנאים להלן, שאותם אנסח על דרך התמצית: ראשית, קיימת תשתית ראיות לכאורה שאותו חשוד או נאשם ביצע עבירה; שנית, קיימת עילת מעצר לפי עילות המעצר המנויות בחוק; שלישית, קיימת חלופת מעצר, ולכן ניתן לשחרר את אותו חשוד או נאשם בערבות.²¹³ בין

210 עניין הנגבי-2003, לעיל ה"ש 206, בעמ' 834, 851–853.

211 ויפים דברי השופט ברק בפרשת פנחסי (לעיל ה"ש 161) על סוגיה זו: "עניין לנו בפעולה שלטונית של הפסקת כהונה. לשם ביסוסה של פעולה זו אין צורך בהרשעה פלילית. חזקת החפות – העומדת לכל נאשם – אינה מונעת הפסקת כהונתו של נושא משרה שלטונית, ובלבד שבפני הרשות השלטונית המחליטה מצויה ראיה, אשר בשים לב לנסיבותיה היא כזו 'אשר כל אדם סביר היה רואה אותה כבעלת ערך הוכחתי והיה סומך עליה'" (שם, בעמ' 469).

212 כאמור לעיל בה"ש 2, המחוקק הישראלי השתמש בקלון כדי להגביל את העיסוק בקשר לתפקידים ציבוריים או תחומי עיסוק רבים. למעשה קיימים עשרות דברי חקיקה שבהם מופיעה המילה "קלון", הדנים בסמכויות להטלת קלון או במגבלות הנובעות מהרשעה בעבירה שיש עימה קלון. במקרים מסוימים הטלת הקלון אף אינה נוגעת להרחקה ממשרה ציבורית. כך למשל, במקרה של ס' 9א להחלטת גמלאות לנושאי משרה ברשויות השלטון (נשיא המדינה ושאריו), התשמ"א–1981, אשר עניינו שלילת תשלומי גמלאות מנשיא לשעבר אשר הורשע בעבירה שיש עימה קלון.

213 ס' 13 ו-21 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים).

יתר התנאים לשחרור בערובה שרשאי בית המשפט להטיל קיים גם התנאי של מניעת עיסוק של החשוד או הנאשם. בית המשפט יקבע תנאי זה אם קיים יסוד לחשש שהמשך העיסוק יהיה סכנה לביטחון הציבור או עלול להקל ביצוע עבירה דומה.²¹⁴ חוק המעצרים גם קובע כי בית המשפט ימנע את העיסוק במידה שאינה עולה על הנדרש, בשוקלו את השיקולים האלה: מהות העבירה; המידע שבידי התביעה; עברו הפלילי של האדם; מצבו הכלכלי של האדם; האפשרות שהאדם יוכל לעמוד בתנאי שהוצב לו.²¹⁵ איני מתיימר לקבוע במאמר זה מסמרות באשר לדרך שבה יש להעריך את מסוכנותו של החשוד או הנאשם. בנושא זה כבר קיים שיח בספרות המחקר.²¹⁶ ומכל מקום, כדי לקבוע את מסוכנותו של אותו חשוד או נאשם בית המשפט רשאי להיעזר בשירות המבחן.²¹⁷ אך מן הראוי להבהיר כי ההתנהגות העבריינית הרלוונטית היחידה לסיכון היא התנהגות המסכנת את זכות הציבור, בשונה מאינטרס הציבור.

אם אומנם ייחקק חוק כללי המעגן את הדוקטרינה גם לפרק הזמן שלאחר הרשעה, ראוי שתקבע בו מסגרת דומה לזו הקיימת בחוק המעצרים, לרבות התנאים להפעלת הדוקטרינה והשיקולים שיש לשקול בהתאמת הערובה. רק אציין שבמקום אחר כבר טענתי, כי בניגוד לדעה הרווחת, יתר שיקולים אינו מגביל את שיקול הדעת של מקבל ההחלטה אלא דווקא מרחיב את שיקול הדעת.²¹⁸ לכן יש להיזהר מקביעת שיקולים רבים מדי.

ד. דוקטרינת איסור כהונה בראי הביקורות על הקלון

דוקטרינת איסור הכהונה פותרת את הביקורת שהעלו המלומדים נגד הקלון. כאמור לעיל, ביקורת ראשונה הייתה שעמימותו מובילה להטלה שרירותית שלו. לשיטת מן, הבעיה היא

214 שם, ס' 48(א) (10) (אציין שס"ק 10 תוקן לאחרונה תיקון שמגביל את העסקתם של חשודים בעבירות מין. במסגרת הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) (תיקון מס' 14) (איסור עבודה המאפשרת קשר קבוע או סדיר עם קטינים, אנשים עם מוגבלות שכלית או התפתחותית או חסרי ישע), התשע"ח–2018, הובהר גם קו פרשת המים לפני ההרשעה ואחריה – "יודגש כי מוצע לקבוע את ההסדר בחוק המעצרים ולא בחוק למניעת העסקה [חוק למניעת העסקה של עברייני מין במוסדות מסוימים, תשס"א–2001] שכן חוק למניעת העסקה עניינו רק עברייני מין שהורשעו בדין וההסדר הקבוע בו מותאם לכך, ואילו ההסדר המוצע עניינו קביעת תנאי הערובה בעת שחרור אדם שטרם הורשע אלא רק נחשד או נאשם בביצוע עבירה".

215 שם, ס' 46. אציין שהפסיקה הזכירה שיקולים נוספים להערכת הסיכון. כך לדוגמה, במסגרת עניין דרעי–2016 (לעיל ה"ש 160), נקבע כי: "עת הערכת משקלו של העבר הפלילי [...] יש לשקלל ולאזן בין שורה של שיקולים: א. חומרת העבירות המיוחסות למועמד וזיקתן לתפקיד אותו הוא מיועד למלא; ב. אופיין של העבירות; ג. התמשכות העבירות; ד. חלוף הזמן מאז ביצוע העבירות והאינטרס החברתי בשיקום עבריינים; ה. קיומו של קלון בעבירות; ו. הבעת חרטה מצדו של המועמד; ז. חינויותו של המועמד לתפקיד".

216 לכתובה קודמת בנושא דיני מסוכנות ראו למשל דן ביין "מבוא לדיני המסוכנות במשפט הפלילי והמנהלי" מחקרי משפט כ 73 (2003). להפניות נוספות ראו שם, בעמ' 73, ה"ש 14.

217 ס' 48 (א) סיפה לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים).

218 ראו Eithan Y. Kidron, *Systematic Forum Selection Ambiguity in Financial Regulation* 53 AM. CRIM. L. REV. 693 (2016) Enforcement.

שאינן מוסכמה חברתית או שיפוטית באשר להגדרה של עבירה שיש עימה קלון. דוקטרינת איסור הכהונה מתמודדת עם בעיית העמימות בכמה דרכים: ראשית, ריכוז ההחלטה אצל גורם אחד, היועץ המשפטי לממשלה, בצד פיקוח הדוק של בית המשפט, יביאו להפעלה קוהרנטית ואחידה של הסנקציה; שנית, הדוקטרינה מתייחסת למסוכנות הנלמדת בין היתר מנסיבות ביצוע העבירה ולא לכותרת העבירה. משמע, אין צורך לנסות ולסווג "עבירות שיש עימן קלון". אלא שהביקורת הצפויה תהיה שדוקטרינת איסור הכהונה בסך הכול מעבירה את הבעיה למקום אחר – לעמימות של הנסיבות שיעידו על מסוכנות המצדיקה איסור כהונה – שהרי גם לפי ההמשגה הפורמליסטית אין סט של כללים ברורים המגדירים מראש את הנסיבות שיעידו על מסוכנות המצדיקה איסור כהונה. ההכרעה בשאלה אם יש להגביל כהונה מונחת לפתחו של היועץ המשפטי לממשלה או של בית המשפט בכל מקרה ומקרה על פי נסיבותיו. במילים אחרות, הביקורת תהיה שאני מבקש להחליף עמימות אחת (מהי עבירה שיש עימה קלון) בעמימות אחרת (מהו הסיכון המצדיק איסור הכהונה) – אז מה הועלת?

ביקורת זו נכשלת להבין את הפורמליזם המשפטי. הפורמליזם אינו דורש הכרעה בכל מקרה ומקרה מראש. הפורמליזם המשפטי גורס שמקרים מסוימים יכולים להיות מובנים רק דרך קטגוריות מושגיות, שכן הנסיבות המלאות של כל מקרה מסוים ידועות רק לאחר שאותו מקרה התרחש. רק כאשר נסיבותיו המלאות של מקרה מסוים נחשפות, או אז ניתן לסווג אותו כסוג מסוים של דברים (כגון עבירה פלילית) ולהבחינו מסוג אחר של דברים (כגון אכיפה מנהלית). כלומר, המקרה המסוים יכול להיות מובן רק באמצעות רשת של מושגים שדרכה הוא מקבל את הקוהרנטיות הפנימית הייחודית.²¹⁹

אף על פי כן במובן אחר הקטגוריות המושגיות דווקא כן מגבילות את המופעים המסוימים שלהן, במובן זה שהן מציבות את הגבול בין סוג אחד של דברים לסוג אחר. לכן דוקטרינת איסור הכהונה היא גם עמומה וגם בהירה. היא עמומה משום שהיא אינה קובעת מראש את כל האפשרויות למקרים המסוימים שבהם תיאסר כהונה. היא בהירה משום שהיא קובעת את גבולות הקוהרנטיות למקרים המסוימים של איסור כהונה, ובכך הופכים מקרים מסוימים אלה למובנים כסוג הדברים שהם.²²⁰ במילים פשוטות יותר, ניתן לומר כי הפורמליזם נחרץ באשר לכללים שאותם יש לנקוט, אך אינו יכול להבטיח ודאות באשר לתוצאות של החלת הכללים, משום שהם מערבים בהכרח פעולת שיפוט. עם זאת אין לפרש את פעולת השיפוט כשרירותית כל עוד היא מבקשת ליישם כמיטב יכולתה את הכללים. ההבחנה המכרעת מבחינת הפורמליזם היא בין המשפטי, המורכב מכל מה שמבטא את הקוהרנטיות הפנימית של צורות הצדק, לפוליטי, שהוא התחום של המטרות הקולקטיביות החיצוניות לצורות הצדק. דבר בפורמליזם אינו מונע עמימות, כפי שהמבקרים מבינים מושג זה, במסגרת ההפעלה המשפטית של דוקטרינת איסור הכהונה. הפורמליזם רק עומד על כך שעמימות כזו לא תהיה סיבה להפיכת הפעולה המשפטית של איסור כהונה לפוליטית.²²¹ יש שיטענו, שוב, שעמימות זו תאפשר את הסתרת הפעולה הפוליטית תחת כסות הפעולה

219 Weinrib, *Legal Formalism*, לעיל ה"ש 63, בעמ' 1009.

220 שם, בעמ' 1008–1012.

221 שם.

המשפטית, ברם בדיוק לכך התכוון לון ל' פולר (Fuller) כשקבע כי בהירות מזויפת עלולה להיות פוגענית הרבה יותר מאשר עמימות כנה.²²²

ביקורת נוספת של מן היא שעמימות המושג "קלון" מטשטשת את המסר האקספרסיבי של המשפט הפלילי, שכן נוצר דיסוננס כאשר אדם מורשע אך לא מוטל עליו קלון. כידוע, הגישה האקספרסיבית מייחסת לענישה הפלילית משמעות סמלית ורואה חשיבות בהוקעתו של העבריין ובהוקעת המעשה העברייני.²²³ גישה זו, הרואה במוסר כמוביל את המשפט הפלילי, מחייבת כי ענישה פלילית תכלול הן סנקציה פיזית כלשהי והן "אות קין" ציבורי, שאם לא כן, היא איננה ענישה פלילית.²²⁴ התשובה לביקורת זו היא שהדוקטרינה של איסור כהונה ממילא מבקשת להתנתק מהממד המוסרי ולדבוק בממד המשפטי בלבד. לכן במסגרת הפרדיגמה של אכיפה מנהלית כצדק מתקן אין צורך כלל להידרש לשאלת המסר האקספרסיבי. יתר על כן, הניתוק של איסור הכהונה משלב גזר הדין גם יכול להפיש את הביקורת אצל מצדדי הגישה האקספרסיבית. כאשר איסור הכהונה אינו מוטל במסגרת גזר הדין, ממילא אין הדיסוננס שעליו מדבר מן יכול להתקיים.

הביקורת השלישית היא שעמימות המושג "קלון" שוחקת את עקרון החוקיות. לדברי גרוס, עמימות המושג הופכת אותו למעין ענישה רטרואקטיבית. תשובתה של דוקטרינת איסור הכהונה היא שהטלת הסנקציה לפי הדוקטרינה אינה עונש. לכן עמימותה אינה מנוגדת לעקרון החוקיות, בשל היעדר אזהרה ורטרואקטיביות. איסור כהונה הוא סנקציה מנהלית, כלי מניעה שנועד להגן על זכות הציבור. היות שהדוקטרינה מותאמת לסיכון מסוים הנשקף ממפר מסוים בנוגע לתפקיד מסוים במוסד מסוים, ממילא שאלת איסור הכהונה נשאלת אד הוק לפי נסיבות העניין, ובמועד הרלוונטי לדיון בסיכון.

אך הביקורת תוסיף ותטען כי גם אף שתוצאת איסור הכהונה איננה מוגדרת כעונש, הרי שיש בה סממנים עונשיים מובהקים,²²⁵ ושתוצאת הלוואי העונשית סותרת את עקרון החוקיות ותנאיו.²²⁶ מובן שביקורת זו מטשטשת את ההבדל המושגי החשוב בין סנקציה מנהלית לסנקציה פלילית, כפי שהובהר לעיל. אף על פי כן יש להודות שגם סנקציות מנהליות יכולות לפגוע בעקרון החוקיות, ואפשר שתעלה שאלה בנוגע לסמכות המדינה להתערב באוטונומיה, ובייחוד כאשר מדובר על מניעת אירועים שטרם התרחשו, שהרי ההתערבות באוטונומיה נעשית לא על פי ראיות לעבירה שבוצעה בעבר כי אם על פי תחזית שעבירה תבוצע בעתיד. במסגרת מאמר זה לא אכנס לעובי הקורה של הביקורת הזו; רק

222 LON L. FULLER, THE MORALITY OF LAW 63–65 (1969).

223 JOEL FEINBERG, HARMLESS WRONGDOING – THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW 149 (1988). מטרת ההוקעה מעוררת את הוויכוח הקלאסי על הקשר בין גבולותיו המוסריים של החוק הפלילי לתאוריות של ענישה. לגישתו של פיינברג (Feinberg), הענישה היא בהכרח בעלת ממד אקספרסיבי, ויש לה משמעות של הוקעה מוסרית. על דרגת ההוקעה בפרט ועל והענישה בכלל להיות מותאמת לנזק שגורמת בדרך כלל העבירה שבה מדובר ולמידה שבה נוטים אנשים לבצע אותה. עקרון הנזק, כעיקרון מגביל חירות, הוא כלל מוסרי. אין הוא בא לצמצם כל נזק אלא רק נזק שאינו מוצדק מבחינה מוסרית. מכאן נובעת השפעתו של המוסר על קביעת החקיקה הפלילית.

224 שם, בעמ' 272.

225 פלר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 31.

226 גרוס, לעיל ה"ש 1, בעמ' 35; עניין כהן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 327.

אציין כי הסנקציה של איסור כהונה אינה יוצאת דופן בהקשר זה. כל פעילות של אכיפה מנהלית היא צופה פני עתיד ומונעת סיכונים קיימים או עתידיים. היא עושה כן, לרוב, על בסיס ראייתי כלשהו, שמעיד על סיכון קיים או עתידי. כלומר, ההתערבות באוטונומיה מוצדקת כשקיים מצע עובדתי המעיד על סיכון קונקרטי. כמו כן ההתערבות צופה פני העתיד מוגבלת על ידי עקרון המידתיות, וראוי שתיפסק ברגע שיוסר הסיכון. כך גם בסוגיית איסור הכהונה. על פי הדין הנוהג, ההתערבות באמצעות הטלת קלון נעשית, לרוב, על בסיס הרשעה בפלילים של הפרט. הרשעה בפלילים, כך לפי הדוגמה, היא ראייה לסיכון המצדיק התערבות מידתית באוטונומיה של הפרט בדמות הגבלת עיסוק. אך אין בכל אלה כדי להפחית מחובתה של המדינה להזהיר מראש מפני הסנקציה המנהלית. האזהרה היא במובן זה שהמדינה תקבע כללים ברורים לכל כהונה שעליה היא חפצה להגן. כלומר, על המדינה לקבוע את התנאים לשירות לכהונה המסוימת ואת הסמכות להורות על איסור כהונה כאשר תנאים אלה אינם מתקיימים.

ה. סיכום

המאמר מציע גישה חדשה שלפיה יש להמשיג קלון כאכיפה מנהלית, בהתבסס על פרדיגמה של אכיפה מנהלית כצדק מתקן, ולכנותה מעתה – דוקטרינת איסור כהונה. דוקטרינה זו נועדה להגן על מוסדות בעלי חשיבות ציבורית – גופים מקצועיים או מסגרות ציבוריות – אשר מאפשרים את קיומן של הזכויות לכל הפרטים. מפר, בהקשר של כשירות לכהונה, הוא אדם הממלא תפקיד או מבקש למלא תפקיד באותם מוסדות בעלי חשיבות ציבורית, אשר בשל התנהגות עבריינית אינו כשיר למלאם, מפני שהוא מהווה סיכון לזכות הציבור בהישנות ההתנהגות העבריינית. דוקטרינת איסור כהונה פועלת על פי ההיגיון של הצדק המתקן ומונעת את הסיכון לזכות הציבור באמצעות הגבלה של זכויות העיסוק של מפר מסוים במוסדות ציבוריים מסוימים לתקופה מסוימת. תכלית הגבלת העיסוק היא אחת – מניעת הסיכון הישיר העלול להיגרם לזכות הציבור מכך שאותו אדם ישוב על מעשיו. הגישה שאני מציע מביאה למסקנה כי יש לשנות את הדין הקיים בכמה מישורים: ראשית, לפי הגישה של צדק מתקן באכיפה מנהלית, יש ליצור דיכטומיה ברורה בין שני העולמות, המוסרי והמשפטי, באשר להטלת קלון. ראוי לבחון את הסיכון לזכות הציבור בכלים מתחום המשפט ולא בכלים מתחום המוסר. לפיכך ראוי גם להחליף את המושג המוסרי "קלון" במושג המשפטי – "איסור כהונה". שנית, התכלית היחידה המצדיקה איסור כהונה היא מניעת הסיכון של הישנות העבירה. התכלית המוכרת בפסיקה, שלפיה ניתן להגביל עיסוק כדי למנוע פגיעה באמון הציבור במערכת, אינה ראויה.

שלישית, בהגדרת ההתנהגות שבעקבותיה מוטל איסור כהונה ראוי שתובאנה בחשבון ראיות אשר יכולות ללמד על סיכון עתידי לביצוע עבירה. שיקולים של "המישור הציבורי", כגון הדימוי הרצוי בתודעת הציבור של העיסוק הרלוונטי; התנאים שבהם הוא מתנה את תפקודם התקין של אותם עוסקים; טוהר המידות בתחומי החיים של החברה שבהם הם מעורים – כל אלה אינם רלוונטיים לשאלת איסור הכהונה.

רביעית, ראוי שהגוף המוביל את הסנקציה יהיה היועץ המשפטי לממשלה. כאמור, התכלית היחידה של הסנקציה היא מניעת סיכון של ביצוע עבירות נוספות. רק ליועץ המשפטי לממשלה ולבאי כוחו יש המומחיות הדרושה לניתוח הראיות נגד המפר ולהסיק מכך משמעויות על הסיכון הנשקף ממנו. ריכוז הסנקציה של איסור כהונה אצל היועץ המשפטי לממשלה, או לכל הפחות חובת היועצות בו, תוביל גם לשוויון באכיפה.

חמישית, ראוי להסדיר את הערכאות המפקחות על איסור כהונה באופן שמתחילת החקירה ועד סיום ההליך המשפטי בית המשפט של המעצר יפקח על הגבלת העיסוק, ואילו לאחר סיום המשפט יעשה זאת בית המשפט לעניינים מנהליים.

שישית, יש לשנות את הדין הנוהג, שלפיו לכל סוג עיסוק יש מידת הגבלה קבועה בחוק ותו לא. תחת זאת יש לקבוע מתחם איסור כהונה ולאפשר ליועץ המשפטי לממשלה שיקול דעת בנוגע לתקופת הגבלת העיסוק המתאימה, לפי הסיכון הנשקף ממפר מסוים, על פי הנסיבות הייחודיות של המקרה הקונקרטי. נוסף על זה, יש לקבוע נקודות זמן קבועות שבהן ניתן לבחון מחדש את איסור הכהונה לפי הסיכון הקיים באותה עת. כמו כן ראוי להימנע מאיסור כהונה נצחי. ראוי שבאשר לכל תפקיד יהיה איסור הכהונה המנהלי זמני (בשונה מעונש של נטילת כהונה).

הדוקטרינה החדשה של איסור כהונה תוביל לתיקוני חקיקה נרחבים, והתיקונים שהצעתי לעיל הם נקודת פתיחה למחשבה על הנושא. קשה במסגרת מאמר זה להתייחס לכל הסוגיות הייחודיות בכל הכהונות והמקצועות הרלוונטיים. אך המאמר מציע מסגרת מחשבתית לפיתוח הדוקטרינה אשר תאפשר עבודה נוספת ליישומה בכל תחום ותחום, ולשינוי של מוסד הקלון מן השורש.