

## המדינה כעברייין

עו"ד יעקב פוטשבוזקי\*

### א. רקע

ממחסן של משרד הביטחון הושלכה פסולת לרחוב, בניגוד לחוק שמירת הניקיון, התשמ"ד-1984; מחלקת הדיור והאחזקה במשרד האוצר העביר החזקה במושכר מוגן, בניגוד לסעיף 107 לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972; חשב משרד המשטרה לא ניכה מס הכנסה במקור ממשכורות השוטרים, בניגוד לסעיף 164 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]; רכב ממשלתי חנה במקום אסור, בניגוד לחוק עזר עירוני וסניף של משרד הפנים עבר על הוראות חוקי עזר אחרים, בנוגע להחזקת מקלטים וקביעת לוחיות מספר בבניינים; בבית מלאכה של בית ספר ממשלתי לא גוררה מכונה, בניגוד לס' 37 לפקודת הבטיחות בעבודה [נוסח חדש], תשל"ל-1970; מינהל מקרקעי ישראל לא הוציא חשבונית מס במועד, בניגוד לסעיף 46 לחוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975; מע"צ התקינה שלטים בניגוד לסעיף 12-11 של חוק הדרכים (שילוט), התשכ"ז-1966 וטובין שחולטו על-ידי המדינה נמכרו לציבור כשהם אינם מסומנים כנדרש על-פי חוק הגנת הצרכן התשמ"א-1981.<sup>1</sup>

המכנה המשותף לאירועים הללו ולעוד רבים אחרים הוא שכולם מהווים עבירות ולגבי כולם נשאלת השאלה האם ניתן להעמיד את המדינה לדין או שמא רשאית היא להפר הן את חוקיה שלה והן את חוקי העזר של הרשויות המקומיות לסוגיהן, בלא להסתכן בסנקציה עונשית כלשהי. להלן אנסה להשיב על שאלה זו.

מזווית ראייה רחבה וכוללנית הרבה יותר ניתן להציג את הנושא כדיון בנקודת המפגש של הנתונים דלהלן:

1. בשנים האחרונות רבו מאד העבירות הקשורות בפעילות כלכלית-עסקית. ריבוי תרתי משמע: הן במספר החיקוקים שיוצרים עבירות<sup>2</sup> והן — ולא כל שכן — במספר

\* מרצה מן החוץ בפקולטה למנהל עסקים באוניברסיטת ת"א.

1 מובן מאליו שכל אלו הן דוגמאות תיאורטיות בלבד ואין אני בא לטעון שמוסד מהמוסדות הנכבדים הללו היה קשור בעבירה כלשהי.

2 השופט י' זמיר, לשעבר היועץ המשפטי לממשלה, במאמרו "שלטון החוק במדינת ישראל" הפרקליט גיליון 25 שנה ללשכת עוה"ד, ע' 61 אומר ש"איש אינו יודע מה מספרן של העבירות

העבירות המתבצעות עצמן, עבירות שהן לעתים קרובות אבסולוטיות<sup>3</sup>, נובעות מרשלנות אגב העיסוק<sup>4</sup> ולעתים אף נתחמות בדיעבד<sup>5</sup>.

2. למדינה פעילות רבת היקף בתחום המשפט הפרטי:

היא קונה ומוכרת, מקבלת ומספקת שירותים, מייבאת ומייצאת, מעסיקה עובדים וקבלני משנה והיא אף בעלים ומחזיק של נכסים רבים, לרבות מקרקעין, כלי רכב, ציוד מסוגים שונים וניירות ערך<sup>6</sup>; יש אף שגורסים שהיא הגוף העסקי הגדול ביותר במדינה. בתחום פעילות זה מתחרה המדינה לא פעם בפעילות אזרחיה ומתמודדת עמם על מקורות ושווקים, לרבות בפעילות שבמהותה היא עסקית לכל דבר אשר היא מבצעת עבור עצמה<sup>7</sup>. לפיכך נודעת חשיבות רבה לשאלה האם חלות עליה – בתחום פעילות זה – המגבלות החלות על הפרט<sup>8</sup> אשר כוללות, כפי שהוזכר כבר לעיל, מערכת ענישה

המינהליות", ואומד אותן באלפים. ד' פרידמן "שיקול-דעת שיפוטי בהעמדה לדין פליי" הפרקליט לה 155, מדבר על ריבוי העבירות שנחקקו במגמה לקבוע דפוסי התנהגות ועל הגדרות מעורפלות לעבירה שמהותן תחבר רק בדיעבד משויבאו נאשמים לדין. כן ראה מ' שקד "על בחייהמשפט לעניינים מקומיים" הפרקליט לו 92, 98.

3 ראה ע"פ 880/85 מדינת ישראל נ' דן אג"ש לתחבורה ציבורית בע"מ, פ"ד מא(2) 533, א' לדרמן "האחריות המוחלטת בפלייליס: הבעיה ודרכים לפתרונה" מחקרי משפט ג 120 והדין בעבירות מסוג זה אצל י' פוטשבוצקי חוק מס ערך מוסף (מהדורה שלישית, 1991) 510.

4 בע"א 508/79, אוצר לאשראי נ' פה"ש, פ"ד טו 2213, 2218 אמר כב' השופט ויתקין לעניין ניכיים כהוצאה לצרכי מס של סכומים שהוצאו בקשר לעבירה עיסקית: "יש מקצועות ועסקים שרב סיכונם שהעוסק בהם יחטא וייכשל ללא כוונה רעה... פיצויים, למשל, שאדם נתחייב בתשלומם בשל מעשה רשלנות, לא מן הנמנע הוא לראות בהם הוצאה מותרת, אף כי ייתכן שהמעשה עצמו היה בחינת עבירה".

כן ראה לעניין זה י' פוטשבוצקי "ניכוי קנסות כהוצאה" רואה החשבון לב 309.

5 ראה ת"פ (שלום ת"א) מדינת ישראל נ' ליפסקי, פורסם ב"הארות לפסיקה פסקאלית" מאת י' פוטשבוצקי, רואה החשבון לד 373. ביהמ"ש שם מדגים את הדברים בדוגמאות מדיני המס: אם פסק בית-המשפט בניגוד לדעתו של נישום שהכנסה פלוגית חייבת במס (בין בכלל ובין בשיעור שונה), שאמדם המחיר בעיסקת חליפין אינו נכון, שהוצאה אינה כשרה במלואה או שמועד החבות במס הוא אחר, הפך בכך דוחו של הנישום לכוזב בדיעבד. כן ראה דברי ד' פרידמן (לעיל הערה 2) על חוסר הבהירות של התחיקה בנושא.

6 ראה הפירוט במאמרי:

"Is The State Subject To The Rule Of Law?" 9 Isr. L. Rev. (1974) 369, 390.

תשומת הלב מופנית לפעולות היבוא והמכירה של בשר, חיטה, שמן ומספוא, ולפעולות מינהל הרכב, המדפיס הממשלתי, שע"מ, מע"צ, מעונות של משרד הרווחה, בתי-חולים ממשלתיים, וכיוצא בזה פעילות שכמוה מתבצעת גם על-ידי המגזר הפרטי כפי שהיא משקפת למשל בחוקי התקציב. בכך עדיין לא כללתי את פעילותן של "יחידות סמך" כמפעלי התעשייה הצבאית והאווירית ואת פעילותם של תאגידים סטוטוטריים וחברות ממשלתיות שיצאו מבחינה משפטית מגדר "המדינה".

7 ראה בג"צ 101,102/74 בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הביטחון ואח', פ"ד כח(2) 449; בג"צ 502/74 טרנס אפריקה נ' שר התקשורת, פ"ד כט(2) 518; בג"צ 292/78 אולפני הרצליה בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד לג(2) 739; בג"צ 492/79 חברה פלוגית נ' משרד הביטחון, פ"ד לד(3) 714 והערה 6 לעיל.

8 אני מדגיש שמדובר בתחום פעילות זה ולא בפעילות הקלאסית של המדינה כריבון (למשל בנושאי צבא, משטרה, שיפוט ויחס חרץ) שאפילו היא כנראה שפיטה: בג"צ 910/86 רסלר נ'

נרחבת שאחת ממטרותיה המובהקות היא קביעת דפוסי התנהגות רצויים ואכיפתם.<sup>9</sup>

3. ועם כל זאת, מקומה של המדינה בסטטיסטיקת העבריינים נפקד כמעט לחלוטין (לפחות על-פי פסקי הדין שפורסמו). ניתן אולי לגרוס שזו הראיה לכך שאכן המדינה מקיימת את החוק בדקדקנות יתרה אך חוששני שגרסה זו אופטימית מדי.

חשש זה מבוסס על קיומם של תיקים פליליים נגד חברות ממשלתיות ותאגידים סטטוטוריים (שההבדל בינם לבין פעילות המדינה הוא לא פונקציונלי אלא בצורת ההתארגנות המשפטית בלבד)<sup>10</sup>, על קיומם של תיקים "אזרחיים" נגד המדינה בנושאי נזיקין והפרת חוזה, מהם עולה שרמת ההתנהגות של המדינה איננה מעל לכל רבב<sup>11</sup>, על ביקורת בעיתונות וברו"חות מבקר המדינה ואף על עצם הסמכתו של המבקר לחקור בחדש של עבירות מצד המדינה מהם עולה חשש דומה, ועל עצם ההסתברות הסטטיסטית שלפיה קשה להעלות על הדעת שבהיקף כה גדול של פעילות לא תעברנה עבירות של "איסור מוחלט".

השאלה הנשאלת היא קודם כל מה הסיבה למצד דברים זה, כשהתשובה לשאלה

- 9 שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, בג"צ 953/87 פורז נ' ראש עיריית ת"א, פ"ד מב(2) 309. לפיכך לא אעסוק כאן בסוגיות מעניינות כשלעצמן כמו דין שלל מלחמה שיוכא על-ידי צה"ל בניגוד לפקודת המכס ולאיסורים החלים על יבוא, האם ביצוע הוצאה לפועל, חיפוש או מאסר בלתי חוקיים מהווה עבירה (והעובדה שיש צורך בהגנה של "צידוק" בחוק העונשין מצביעה לכאורה על כך שהעבירה קיימת), דין קניה, מכירה והחזקה של סמים ורכוש גנוב על-ידי סוכן משטרה במסגרת תפקידו וכיוצא באלו.
- 10 כמו כן, לא אעסוק כאן בניסיונות להתוות האבחנה המדויקת בין פעולות המדינה כפיסקוס לפעילותה כריבון ואף לא בשאלת זהותם ומהותם של תאגידי היחיד (כמו האפוטרופוס הכללי – וראה סעיף 3 לחוק האפוטרופוס הכללי, תשל"ח–1978, נציב מס הכנסה, הרמטכ"ל, המפכ"ל, הממונה על יחסי העבודה, המפקח על התעבורה, ורשויות מוסמכות לעניין מתן רשיונות שונים) והיותם חלק מהמדינה לעניין זה או אחר. שאלות אלו נדונו בקצרה במאמרי (לעיל הערה 6) והן ראויות למחקר נרחב ונפרד.
- 9 ראה י' לוי וא' לדרמן עיקרים באחריות פלילית (תשמ"א) 10, ע"פ 880/85 (לעיל הערה 3). דוגמא מובהקת לכך היא חוק למניעת מפגעים (בטיחות מקררים), תשכ"ה-1965, שהותקן בעקבות אסון שבגיניו הורשע הנאשם בע"פ 196/64 היועץ המשפטי נ' ב"ש, פ"ד יח(4) 568. כן ראה בג"צ 935/89 גנור ואח' נ' היו"מ, פ"ד מד(2) 485, 506–508.
- 10 ראה י' פוטשבוץ, לעיל הערה 6, בע' 377.
- וכי מה נשתנה בדרכי ההתנהגות וברמת הזהירות עקב העברת נכסים פעילויות וסמכויות מהמדינה לרשות הנמלים, רשות הדואר, רשות השידור, "בזק" וכיוצא בהן? עוד ראה ע"פ 134/58 רשות הפיתוח נ' היועץ המשפטי, פ"ד יג 722 ות"פ (ת"א) 165/85 מ"י נ' חברת החשמל, פ"ס"מ תשמ"ז (א) 499 שם הורשעו רשות הפיתוח וחברת החשמל בגין פעולותיהן במישור השלטוני.
- 11 השווה ע"א 337/81 בוסקילה נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד לח(3) 337 וכן א' ברק שיקול-דעת שיפוטית סעיף 511 (חובת זהירות מושגית: חובתה של רשות ציבורית) והאסמכתאות שם. לא למותר לציין כי בית-המשפט אף לא נרתע מלדמוז על מעורבות המדינה בסיוע לביצוע עבירות: למשל, בג"צ 363/71, 382 טחנת קמח "דגן" בע"מ ואח' נ' שר המסחר והתעשייה ואח', פ"ד כו(1) 292, 295 לגבי חוק ההגבלים העסקיים תשי"ט-1959, בג"צ 112/78 היליגר נ' שר הבריאות (לא פורסם – תקצירו הובא אצל י. סביר, כרך י"ב, בע' 458) לגבי פקודת מס הכנסה.
- כן ראה הדיון בשפיטות הריבון להלן.

המקדמית עשויה להכתיב שאלות ותהיות נוספות: כך למשל, אם יתברר שקיימת מניעה עקרונית — מושגית להעמדת המדינה לדין<sup>12</sup> יהא בכך סוף פסוק לדין המשפטי ותותר רק המלצה להעביר פעילויות לגופים משפטיים עצמאיים בשליטת המדינה; אם יתברר שאין מניעה כזו אולם למדינה יש חסינות צריך יהיה לבדוק האם חסינות זו ניתנת להסרה, כיצד ובאילו נסיבות, האם היא מותנית בקיומו של מצב עובדתי כלשהו וכדומה; ואם יתברר שאין כאן מניעה שבעיקרון ואף לא חסינות אלא הימנעות של שגרה מתוך חוסר מודעות לנושא, קשיי פרוצדורה או הרגשת אי נוחות שעשויה להתלוות לכך שהיועץ המשפטי יעמיד לדין את "לקוחתו" — המדינה, ניתן יהיה להציע פתרונות פרגמטיים מסוג זה או אחר.

לסיכום הצגת הנושא ניתן להוסיף אף זאת:

סבורני שלא ימצא חולק על כך שעל המדינה לכבד את מערכת החקיקה הקיימת בה, הן זו שלה והן של הרשויות המקומיות. למדיניות כזו יש אפקט חינוכי ומוסרי ממדרגה ראשונה והיא מהווה נדבך חשוב ביותר אם לא למעלה מזה במאבק לשלטון החוק. המבחן החד ביותר לכיבוד החוק הוא בתחום שבו מבקשת המדינה להשריש ולאכוף נורמות התנהגות רצויות, שלא רק שדיניו כולם קוגנטיים במובן המקובל של המלה אלא שאף אין בו רלבנטיות לוותרו, סליחתו או הסכמתו של הנפגע<sup>13</sup>; תחום זה הוא תחום דיני העונשין לרבות העבירות האבסולוטיות והמינהליות. להלן אנסה להשיב לשאלות שהועלו לעיל, תוך הסתמכות על הדין הפוזיטיבי הקיים.

## ב. שפיטותו של הריבון

1. בעיית שפיטותו של הריבון (בכלל, וקל וחומר בעונשין) מלווה את תולדות המשפט מראשיתו והיקש מ"מורשת ישראל"<sup>14</sup> יראה שבניגוד לעולם האלילי העתיק שבו ראה השליט את עצמו כאל וממילא כמי שאינו יכול להיות כפוף לשיפוט ארצי כלשהו<sup>15</sup>, הרי שהמלך הישראלי כפוף היה לשיפוט הסנהדרין אם כי לא תמיד עמדה כפיפות זו במבחן המציאות<sup>16</sup>.

12 למשל על-ידי חזקה חלוטה שברין שלפיה המונח "עבירה" כלל אינו מוגדר ביחס למדינה, מאחר שאין היא "יכולה" לעבור עבירה (מעין "THE KING CAN DO NO WRONG").

13 'לוי רא' ודרמן, לעיל הערה 9, בע' 43, ע"פ 247/87 מ"נ' אלנאסרה, פ"ד מא(4) 783 שם נקבע שהימנעות מתלונן מלהעיד אינה צריכה להתבטא בויכוחי אלא בצו הבאה נגדו, וראה גם הערה 26 להלן. כן ראה בג"צ 935/89, לעיל הערה 9.

14 כלשון חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980.

15 'קויפמן תולדות האמונה הישראלית (כרך א) 187, 312 ו-339 מביא רשימה ארוכה של אומות העולם ששליטיהן ראו את עצמם כאלים, דרשו וקבלו כבוד אלים.

16 המצוי הוא אמנם "מלך לא דן ולא דנים אותו" (משנה סנהדרין יח' ע"א), אבל הרצוי הוא "לא שנו אלא במלכי ישראל, אבל מלכי בית דוד דן ודנין אותן" (בבלי סנהדרין יט' ע"א וראה גם רמב"ם הלכות סנהדרין פ"ד, ה', הלכות מלכים פ"ג ז).

ומדוע נדחה הרצוי מפני המצוי? ניתוח המאורע שהביא לקביעת המצוי — סיפור משפטו של ינאי המלך שהובא לדין הסנהדרין באשמת הריגה — מלמד שהסיבה לכך היא פחדם של

מכל מקום, במשפט הישראלי הפוזיטיבי לא רק שאין עקרון יסוד שלפיו אין המדינה שפיטה כלל ועיקר אלא להיפך, מצויים מספר דברי חקיקה שבהם הוטלה על המדינה אחריות פלילית מפורשת ואף באותם פסקי דין מועטים שהתייחסו לנושא לא הובעה כל הסתייגות מהעיקרון האמור.

סקירת החקיקה והפסיקה הנ"ל תובא להלן.

## 2. התייחסות בחקיקה.

חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 כולל סנקציות עונשיות ואף מאפשר הגשת קובלנה פלילית פרטית. סעיף 23 לנוסחו המקורי של החוק קבע כי "חוק זה חל על המדינה לעניין האחריות האזרחית בשל פגיעה בפרטיות". אולם נוסח זה הוחלף בחיקון מתשמ"ה בסעיף 24 לנוסחו הנוכחי של החוק שהוא "חוק זה חל על המדינה". מטרת החיקון הינה איפוא בעליל להחיל על המדינה גם את האחריות הפלילית. הוראה דומה בנוגע להגשת קובלנה פלילית פרטית בחוק בעל סעיף עונשין שהוחל במפורש גם על המדינה מצויה גם בסעיף 13 ר-17 לחוק איסוף ופינוי פסולת למיחזור, התשנ"ג-1993. ניסוח מעין זה של "חוק זה חל על המדינה" קיים בדברי חקיקה נוספים שהם עונשיים במהותם, כמו בסעיף 14 לחוק מניעת זיהום הים (הטלת פסולת), תשמ"ג-1983 ובסעיף 17 לחוק שמירת הניקיון, התשמ"ד-1984. הניסוח האמור כולל גם בדברי חקיקה רבים אחרים, כלליים יותר אך בעלי סעיף עונשין, וזאת ללא סייג כלשהו<sup>17</sup>. יקצר המצע מלסקור את כל דברי החקיקה הללו ואביא רק כמה מהם, מתחומים שונים, להדגמה: סעיף 11 לחוק הדרכים (שילוט), תשכ"ו-1966; סעיף 13 לפקודת הבטיחות בעבודה [נוסח חדש], התשל"ו-1970; סעיף 35 לחוק החניכות, תשי"ג-1953; סעיף 41 לחוק עבודת הנוער, תשי"ג-1953; סעיף 19 לחוק עבודת נשים,

החכמים מהמלך, פחד שנוצר בעקבות אותו מאורע, ולא קושי עקרוני מושגי של העמדת מלך לדין. (שהרי מלכתחילה אף את ינאי עצמו העמידו לדין).

יתר על כן: אף לגבי הקב"ה עצמו נאמר כך: "אמר ר' יוחנן משום ר' שמעון בר יוחאי: מאי דכתיב 'כי אני ה' אהב משפט שונא גזל בעולה' (ישעיהו ס"א 8 — י.ב.)? משל המלך בשר ודם שהיה עובר על בית המכס. אמר לעבריו תנו מכס למוכסים. אמרו לו והלא כל המכס שלך הוא! אמר להם ממני ילמדו כל עובדי דרכים ולא יבריחו עצמן מן המכס" (סוכה ע"א).

מ' מזרחי "הפריביליגיה הנתונה למדינה בסעיף 42 לפקודת הפרשנות" משפטים ה 135, מביאה רשימה ארוכה (מעודכנת לשעתה כמובן) של חוקים כאלה. וראה גם "פוטשבוצקי, לעיל הערה 6.

המחוקק היה ער לבעייתיות שבהחלה כוללנית של חוקים על המדינה וכשראה לנכון סייג תחולה כזו ואף זאת בתחומים רבים ומגוונים: סעיף 10 א' לחוק החשמל, תשי"ד-1954 שאפשר קביעת דין מיוחד עבור המדינה, סעיף 47 (ב) לחוק העתיקות, תשל"ח-1978 שמסייג את תחולתו בנוגע להטלת חבות נזיקית על המדינה, סעיף 40 לחוק ארגון הפיקוח על העבודה, תשי"ד-1954 לגבי מפעלי משרד הביטחון, סעיף 2 ז' לחוק הגנת הצומח, וסעיף 109 (א) לחוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975 לגבי כניסה למקרקעין של הצבא ומערכת הביטחון, סעיף 6 לפקודת ביטוח רכב מנועי [נוסח חדש], התשל"ו-1970 הפוטר את המדינה מלהחזיק בפוליסה, סעיף 39 (1) לחוק מס רכוש וקרן פיצויים, תשכ"א-1961 הפוטר את המדינה מתשלום מס רכוש (אך לא מהוראות העונשין שבחוק), סעיף 11 א' לחוק ההתנגדות האזרחית, תשי"א-1951 המסייג תחולת הוראות תונות על המדינה ועוד.

תשי"ד-1954; סעיף 7 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988; סעיף 42 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981; סעיף 144 ב' לחוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975; סעיף 164 סיפא לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]; סעיף 15 לחוק היטל על שירותים מיובאים ונכסי חוץ, התשמ"ה-1984, סעיף 19 לחוק התקנים, תשי"ג-1953; סעיף 29 לחוק הסדרים לשעת חירום במשק המדינה, התשמ"ו-1985; וסעיף 116 לחוק רשות הדראר, התשמ"ו-1986.

סבורני שלפחות לגבי חלקם של חוקים אלו – אם לא לגבי כולם – ניתן להגיע למסקנה שהאחריות הפלילית הוטלה על המדינה במפורש כמצוות סעיף 42 לפקודת הפרשנות, מה גם שהפסיקה נקטה בקו מוצהר של צמצום תחולתו של סעיף זה<sup>18</sup>. צורה נוספת של הטלת אחריות פלילית היא האחריות הסטוטורית כמעביד. סייג זה נפוץ בתחום העבירות האבסולוטיות<sup>19</sup> ולענייננו, כשהוא כלול בחוקים שהוחלו על המדינה במפורש יש בו חיזוק למסקנה האמורה. דוגמאות להוראות החוק הללו הם סעיף 26 לחוק הגנת הצרכן התשמ"א-1981, סעיף 117 (א' 1) ו-120 לחוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975.

עוד יצוין להשלמת התמונה, כי אין כל מגבלה בעצם היות המדינה תאגיד, פרט כמובן לכך שלא ניתן להטיל על תאגיד עונש מאסר<sup>20</sup>.

3. התייחסות בפסיקה.

באותם מקרים ספורים שבהם התעוררה שאלת כפיפותה של המדינה לחוקים עונשיים, פתרו בתי-המשפט את הבעיה הקונקרטית בדרך כלשהי מבלי להתמודד עם הבעיה הנדונה, אך מעולם לא ניסו לרמוז שהמדינה כלל אינה כפופה לחלק העונשי שבחקיקה. ההיפך הוא הנכון: אם מצוי רמז כלשהו בפסיקה לגבי כפיפות המדינה לדיני עונשין, הרי עצם הדיון בחוק העונשי לגופו של עניין מלמד על הסכמה עם העיקרון של כפיפות המדינה לסוג זה של חקיקה.

כך לדוגמה, משנטען כי משרד השיכון עורך הגרלות בין משתכנים בלא היתר, כנדרש על-פי חוק העונשין, דחה בית-המשפט את הטענה בנימוק שהחוק האחרון לא הוחל על המדינה במפורש ולא בנימוק שהמדינה מעצם הגדרתה אינה יכולה להיות עבריינית<sup>21</sup>. מכאן אף ניתן להסיק שאילו הוחל החוק על המדינה – כמו בחוקים שהוזכרו לעיל – היה בית-המשפט דן לגופו של עניין.

במקרה אחר נדונה טענה שלפיה המשטרה מונעת שלא כדין את המעבר לנכס הסמוך למשרדה. בית-המשפט הוציא צו נגד המשטרה באומרו בין השאר כך:

"שום אדם, ויהא זה אף שכן, אינו יכול למנוע מהמבקשת את השימוש בזכות הזאת

18 ראה מ' מזרחי, לעיל הערה 17, י' פוטשבוזקי, לעיל הערה 6.

19 ראה ע"פ 880/85, לעיל הערה 3, שם נחלקו הדעות בשאלה האם מדובר באחריות פלילית סטוטורית ישירה של המעביד או באחריות פלילית סטוטורית שילוחית למעשי העובד, וראה גם שאר המובאות שם ובהערה 26 להלן.

20 להתפתחות בסוגיה זו ראה י' פוטשבוזקי חוק מס ערך מוסף (מהדורה שלישית, 1991), 516. לייחוס ידיעה וכוונה פלילית לתאגיד ראה גם ע"פ (ת"א) 328/85 אגד נ' מ"י, פס"מ תשמ"ח (א) 505.

21 בג"צ 292/72 יפהר נ' שיכון ופיתוח בע"מ ואח', פ"ד (כו) 307.

(זכות שכירות — י.פ.) ואם היה אדם משתמש בכוח כדי למנוע מהמבקשת את הגישה למרתף היה עובר עבירה פלילית... מה שנכון לגבי אדם פרטי נכון גם לגבי משטרה בתור שכן (ההדגשה שלי — י.פ.)<sup>22</sup>.

ובמקרה נוסף בו רכש אדם רכב במרכז ממינהל הרכב הממשלתי תוך התחייבות לשלם את המכס ומס הקנייה ולא עשה כן, קבע בית-המשפט שהאחראי לתשלום המכס הוא מינהל הרכב (קרי: המדינה) ומשלא הועמדה המדינה לדין לא ניתן היה להרשיע אותו אדם בעבירת סיוע<sup>23</sup>.

למרות שעניינו של מאמר זה הוא בפעילות המדינה במשפט הפרטי לא יהא זה למותר לציין, שהעיסוק בנושאים שלטוניים כשלעצמו לא הקנה לתאגידיים שפועלים על-פי דין חסינות מפני תביעה פלילית וכך הורשעו רשות הפיתוח בעבירה של אי התקנת מקלט במקרקעין שבבעלותה<sup>24</sup> וחברת החשמל בהקמת עמוד חשמל בלא היתר על-פי חוק התכנון והבנייה תשכ"ה-1965<sup>25</sup>. סבורני שאם כך הדבר לגבי עיסוק בנושאים השלטוניים, קל וחומר לגבי הפעילות במשפט הפרטי, בכפוף כמובן להחלת החוק הרלבנטי על המדינה כמצוות סעיף 42 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש] שאינו מבחין בין פעילות המדינה כריבון לפעולותיה כפיסקוס.

4. לא למותר להוסיף שגם הספרות המשפטית התייחסה באהדה לאפשרות להעמיד את המדינה לדין פלילי בעבירות מהסוג הנדון ולחייבה בקנסות: כך יובטח שרמת ההתנהגות שלה תהיה לפחות שווה לזו הנדרשת מנתיניה. הטיעון ההפוך כונה שמרנות ודבקות במושגים מיושנים שיש בה כדי לפגוע בעקרון השוויון בפני החוק<sup>26</sup>. ניתן אפוא לסכם ולומר שאין כל מניעה עקרונית להעמדת המדינה לדין פלילי, ויש לכך בסיס בחקיקה, בפסיקה ובספרות המשפטית.

### ג. האם יש למדינה חסינות

סבורני שלאור המובאות שהובאו לעניין הפרק הקודם ניתן להשיב על שאלה זו כך: אכן, הוקנתה למדינה חסינות בסעיף 42 לפקודת הפרשנות אך חסינות זו איננה חסינות מוחלטת והיא נסוגה מפני הטלת חובה על המדינה במפורש. לפיכך, באותם חוקים שהוחלו על המדינה במפורש — ובאלה עסקינן — לא תחול החסינות.

- 22 בג"ץ 19/48 אביב יהלומה בע"מ נ' המפכ"ל ואח', פ"ד ב 584.
- 23 ע"פ 574/73 אוריאל יחזקאל נ' מ"י (לא פורסם). תקצירו הובא ברבעון הישראלי למסים גיליון 34 בע' 125.
- 24 ע"פ 134/58 רשות הפיתוח נ' הי"מ, פ"ד יג(1) 722. במקרה זה נקבע שהרשות, בהיותה גוף מואגד, אינה זכאית להנחת מהפריבילגיה של סעיף 42 לפקודת הפרשנות.
- 25 ת"פ (ת"א) 165/85 מ"י נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פס"מ תשמ"ו (א) 499.
- 26 ראה

Friedmann "Public Welfare Offenses, Statutory Duties, And The Legal Status of the Crown" 13 *Modern Law Review* 24.

המאמר הוא תגובה לפסק-הדין האוסטרלי Cain v. Doyle 72 C.L.R. 409 בו הועלתה השאלה הלכה למעשה לגבי חבות המדינה כשותף לעבירה בתחום דיני העבודה, ורוכ השופטים לא ראו מניעה עקרונית לחבות כזו.

חסינויות מכוח הוראות דין אחרות הן חסינויות אישיות (כגון לנשיא המדינה, חברי כנסת ואחרים) ולא חסינות למדינה עצמה ואילו הוראות פרק ג' לחוק העונשין, תשל"ז-1977 במידה והן רלבנטיות (כמו צידוק, טעות או צורך) יכול שיהיו הגנה במקרה קונקרטי זה או אחר ותו לא.

#### ד. קשיי פרוצדורה

מעצם הגדרתם, קשיי הפרוצדורה אינם קשיים מהותיים שהרי הפרוצדורה לא באה אל להקל על יישום הדין המהותי ולהתוות לכך דרכים יעילות. לפיכך, אם המסקנה היא – על סמך האמור בסעיפים הקודמים – שאין מניעה עקרונית להאשים את המדינה בפלילים ושהמדיניות השיפוטית הרצויה היא אכן לעשות זאת, צריך יהיה וניתן יהיה להתוות את הדרך הדיונית לכך. עם זאת, יהא זה מן המועיל לסקור את הקשיים הפרוצדוראליים ולהראות שגם הדין הקיים מספק להם פתרונות.

#### (א) המאשים הפרומלי

על-פי סעיף 11 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, המאשים במשפט פלילי היא המדינה, והיא תיוצג על-ידי תובע שינהל את התביעה. בפסקה זו אעסוק בשאלת זהות המאשים ואילו לשאלת זהות התובע תוקדש הפיסקה הבאה. כאמור לעיל, המאשים במשפט פלילי היא המדינה ולפיכך מוכתרים כמאשים האישום בכותרת "מדינת ישראל נגד פלוני". האמנם יתכן שהמדינה תאשים את עצמה בנוסח "מדינת ישראל נגד מדינת ישראל"? מסתבר שהתשובה לשאלה זו אינה חיובית להיות בהכרח "כן" או "לא" מאחר שניתן להביא את הבעיה המהותית לשיפוט על-ידי יצירת צדדים נפרדים שיש ביניהם יריבות ודוגמאות לכך מספק גם הדין הקיים:

(1) חוק סדר הדין הפלילי עצמו מכיר באפשרות של קביעת חריג לשליטת המדינה בהליך הפלילי ואמנם נקבע סמכות האישום של ועדה מקומית על-פי סעיף 258 לחוק התכנון והבנייה, תשכ"ה-1965 היא סמכות עצמאית<sup>27</sup>. למסקנה דומה ניתן להגיע גם לגבי סעיף 264 (2) לפקודת העיריות [נוסח חדש]<sup>28</sup>. יש גם הגורסים שהתביעה הצבאית מהווה רשות עצמאית<sup>29</sup> ולא למותר לציין שבעבר הוגשו אישומים בשם היועץ המשפטי לממשלה ולא בשם המדינה<sup>30</sup>. זאת ועוד: על פי סעיף 8 לחוק העבירות המנהליות, התשמ"ו-1985 רשאי מפקח או רשם להטיל על עבירה קנס מנהלי (וקנס זה יכול שיהיה

27 ע"פ 928/80 גוב ארי בע"מ נ' ועדה מקומית לתכנון ולבנייה נתניה, פ"ד לה(4) 764. לעניין זה ראה גם ע"פ ת"א(18/80) קרבס נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה "שרונים", פס"מ תשמ"א (א) 181, ז' ימיני "סמכות ועדה מקומית לתכנון ולבנייה להאשים במשפט פלילי" מחקרי משפט כ 250, בש"פ 738/89 קולנוע דקל בע"מ נ' עיריית ת"א, פ"ד מג(3) 759 לעניין אישום על-פי חוק רישוי עסקים.

28 ואגב, בע"פ 371/86 בן זכאי נ' עיריית ת"א, פ"ד מא(4) 298 איש לא תמה על כך שבנושא רישוי הצד המאשים הוא העירייה.

29 י' קדמי סדר הדין בפלילים (כרך א') 277.

30 סעיף 28 לפקודת הפרוצדורה הפלילית (שפיטה על-פי כתב אישום). חא"י כרך א', ע' 446.



כפל הקנס המרבי המוטל מכוח חוק העונשין, התשל"ז-1977). על-פי סעיפים 5 ו-6 לחוק זה הרשם הוא עובד מדינה שיתמנה לשם כך ואילו המפקח יכול שיהיה עובד מדינה, רשות מקומית או תאגיד סטטוטורי. בהוראות אלו יש משום הענקת זכות תביעה עצמאית נוספת אם כי מוגבלת. גם סעיף 30 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 מקנה מעמד בבית-המשפט ל"ממונה" על-פי אותו חוק בנוסף למעמד היועץ המשפטי.

זכות אישום עצמאית הוענקה ככל הנראה גם למועצות השיווקות החקלאיות: סעיף 49 לחוק מועצת הפירות (ייצור ושווק), תשל"ג-1973, סעיף 43 ב' (ז) לחוק המועצה לייצור ושווק ירקות, התשי"ט-1959 וסעיף 61 (ז) לחוק המועצה לענף הלול (ייצור ושווק), התשכ"ד-1963 מורים כולם שכתב אישום יוגש לוועדה (המדובר בוועדת קנסות — פ.פ.). על-ידי היועץ המשפטי לממשלה או באי כוחו על-פי בקשת המועצה. מכיוון שאין זה סביר להניח שהמחוקק ביקש רק לחזור על הדין הידוע לכל שהמועצה — ככל אדם — זכאית להגיש תלונה על ביצוע עבירה ולבקש מהיועץ המשפטי שיפעיל את סמכותו ויגיש כתב אישום כנגד החשוד בעבירה, המסקנה המתבקשת היא שהמחוקק העניק למועצה סמכות אישום עצמאית שתופעל בפועל על-ידי היועץ המשפטי לממשלה ככא כוחה של המועצה.

מסקנה זו מקבלת חיזוק נוסף על-ידי כותרת הסעיף שלשונה "ייצוג המועצה" ועל-ידי הדיוק בלשון הכתוב שמדבר על היועץ המשפטי שהוא — על-פי סעיף 11 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 — התובע, מנהל המשפט, ולא על המדינה שהיא — על פי אותו חוק — המאשים.

(2) חוק סדר הדין הפלילי עצמו יוצר את האפשרות של קובלנה פלילית פרטית (סעיף 68 לחוק). אמנם יש הגורסים שזו חריגה מדומה משליטת הריבון בהליכי התביעה שהרי ליועץ המשפטי שמורה עדיין הזכות להתערב בהליכים<sup>31</sup> אך בפועל התערבות זו מצומצמת ביותר ומכל מקום עליה להיעשות מטעמים ענייניים בלבד וככל פעולה מנהלית היא כפופה לביקורת שיפוטית<sup>32</sup>. בהקשר זה לא למותר לציין שעל-פי סעיף 9 ד' לחוק הדרכים (שילוט), תשכ"ו-1966 הוקנתה הזכות להגיש קובלנה לא לנפגע אלא "לגוף ציבורי שאישר שר הפנים".

עוד יצוין שבין העבירות שניתן לנהל לגביהן הליך של קובלנה פרטית מצויות גם עבירות על-פי חוקים שחלים במפורש על המדינה, כפי שהובהר כבר לעיל.

(3) על-פי סעיף 243 לפקודת הבטיחות בעבודה [נוסח חדש], תשל"ל-1970 זכאי כל נאשם לדרוש שאדם אחר "שאותו הוא מאשים כעברייין למעשה" יבוא לבית-המשפט ובלבד... ש"גיש אישום כדין נגד האדם האחר".

מסתבר איפוא שקיים הליך פלילי של "הודעת צד ג'" שבו זכאי נאשם אחד להפנות את האישום כלפי אדם אחר, ואגב — לפי סעיף 13 לפקודה זו היא חלה גם על המדינה. (ניתן אולי לגרוס שסעיף יוצא דופן זה בוטל מכללא על-ידי הסדרת נושא האישומים

31 לוי ולדרמן, לעיל הערה 9, בע' 41.

32 קדמי, לעיל הערה 29, כרך ב' בע' 25. גם לוי ולדרמן, לעיל הערה 9, מסכימים לכך שאם ויתרה המדינה על "זכות הקדימה" שלה זכאי הקובל לנהל את התביעה הפלילית בעצמו.

בחוק סדר הדין הפלילי, אך לענייננו — מציאת סימוכין בדין הפוזיטיבי להסדרים חקיקתיים מוצעים אין בכך חשיבות רבה).

(4) וכמובן, ניתן לגרוס גם את העברתן של פעולות ממשלתיות לגופים עצמאיים כמו חברות ממשלתיות ותאגידים סטוטוריים. כך למשל נפתרה הבעיה הנדונה לגבי העיסוק בהתקנת טלפונים ותפעול רשת הטלפונים על-ידי כך שהיא הועברה מידי המדינה לחברת "בזק"<sup>33</sup>.

הנלקט מן האמור לעיל הוא שניתן לפתור את בעיית זיהוי המאשים והנאשם בשתי דרכים עקרוניות:

האחת — החזרת הסמכות להאשים לידי היועץ המשפטי ובנוסף, או לחלופין, להקנותה לגורמים נוספים. הקנייה זו יכולה להיעשות לגופים המופקדים על נושא מסוים כמו הוועדות המקומיות לתכנון ובניה, לגופים ציבוריים כמו במקרה של השילוט בדרכים ואף ליחידים נפגעים, בעבירות מסוימות כמו במקרה של הקובלנה הפרטית או במצבים מסוימים כמו בפקודת הבטיחות בעבודה. דרך זו מצמצמת את תחום המעורבות של המדינה כמאשים.

השנייה — העברת פעילות ממשלתית בתחום הנדון (פעילות המדינה כפיסקוס) לגופים שמהווים אישיות משפטית עצמאית. בנוסף, או לחלופין, ניתן לפתח את ההלכה בנוגע למעמדן המשפטי העצמאי של יחידות ממשלתיות מסוימות כ"תאגידי יחיד"<sup>34</sup>. דרך זו מצמצמת את תחום המעורבות של המדינה כנאשם.

(5) אפשרות נוספת שמן הראוי לדון בה היא הקניית סמכות אישום למבקר המדינה: כיום קובע סעיף 43 (ד) לחוק מבקר המדינה, תשי"ח-1958 שכאשר בירור תלונה מעלה חשד לעבירה פלילית יביא נציב תלונות הציבור (שעל פי סעיף 4 לחוק האמור הוא, הן להלכה והן למעשה, מבקר המדינה) את העניין לידיעת היועץ המשפטי לממשלה.

אכן יש טעם באי הקניית סמכות אישום כוללת למבקר המדינה: סמכות כזו לא רק שהיתה מהווה כפילות לתפקידו של היועץ המשפטי לממשלה אלא שאף היה בה טעם לפגם לאור הסמכת המבקר, בסעיף 41 לחוק האמור, "לברר את התלונה בכל דרך שיראה" בלא מגבלות של סדרי דין ודיני ראיות (אם כי ניתן אולי לצאת מתוך הנחה שבבואו לשקול הגשת כתב אישום יתייחס המבקר רק לראיות הכשרות שבידו).

אך מכל מקום, אין אני רואה מניעה להקנות למבקר סמכות אישום חילונית לזו של היועץ המשפטי אשר תופעל במקרים שהאחרון איננו יכול להפעיל את סמכויותיו: הדוגמה הקלסית לכך עשויה להיות בהגשת אישום נגד היועץ המשפטי עצמו אך יש בכך גם פתרון להגשמת אישומים נגד המדינה.

### (ב) התובעים — מנהלי התביעה

כאמור לעיל, מורה סעיף 11 לחוק סדר הדין הפלילי שהתביעה תנוהל על-ידי תובע

33 ראה גם הדוגמאות בהערה 10 לעיל.

34 לעיל הערה 8.

שינהל את התביעה. סעיף 12 לאותו חוק מורה שהתובעים הם היועץ המשפטי לממשלה ונציגיו וכן תובעים משטרתיים.

מדינת-ישראל מיוצגת כידוע על-ידי היועץ המשפטי לממשלה ובאי כוחו ודומה שיש טעם לפגם בכך ששני פרקליטים מאותו משרד ייצגוה, האחד כקטיגור והאחר כסניגור.

גם כאן ניתן לפתור את הבעיה בכמה דרכים.

1. כאשר המאשים איננו המדינה (כפי שתואר, בואר והוצע לעיל) ממילא אין הבעיה מתעוררת.

2. בעבירות רבות מופקדת התביעה הלכה למעשה בידי המשרד הממשלתי או הרשות הנוגעים בדבר ולא בידי פרקליטות המדינה. כך למשל מופיעים פרקליטי משרד האוצר כתובעים בעבירות מס, פרקליטי משרד התעשייה בעבירות על חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, פרקליטי הרשות לניירות ערך בעבירות על-פי חוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968 וכו', כשפורמלית יש בידם הסמכה מאת היועץ המשפטי לממשלה.

חריג לכך הם התובעים המשטרתיים אשר מכוח הוראות המפורשת של סעיף 12 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 שואבים את סמכותם ממינוי של המפכ"ל. איני רואה כל מניעה להרחיב את החריג האמור ולהקנות לתובעים השונים הסמכה עצמאית גם להלכה ולא רק למעשה.

3. ואחרון אחרון, גם אם ייווצר המצב הנדיר שבו שני פרקליטי מדינה ניצבים משני צידי המתרס אין בכך יותר מאשר טעם לפגם בלבד, ניתן להתגבר על כך טכנית בעזרת פרקליטים ממחוזות שונים וכבר היו דברים מעולם.<sup>35</sup>

### (ג) דרכי הענישה

1. אין חולק על כך שהמדינה הינה תאגיד. דרך הענישה המופעלת בדרך כלל כלפי תאגיד היא דרך כפולה: ענישה ישירה באמצעות הטלת קנס על התאגיד עצמו וענישה עקיפה, אם כי בדרך כלל מרתיעה הרבה יותר, של הטלת קנס, מאסר, מאסר על תנאי, שירות לתועלת הציבור וכו' על עובדי התאגיד ומנהליו שנמצאו אחראים לפעולותיו (או שהוא אחראי לפעולותיהם) כאמור בסעיפי הדין המהותי שנסקרו לעיל.

באשר לדרך הישירה, יש להתמודד עם הקושי שנוצר עקב הוראת סעיף 8 א' לחוק נכסי המדינה, תשי"א-1951 שלפיה ישולמו הקנסות לאוצר המדינה ולבדוק איוו ענישה יש — אם בכלל — בהעברה מכיס לכיס זו והאם יש או ניתן למצוא לה חריגים, ויצוין כבר כאן שסעיף 8 א' הנ"ל חל "אם אין הוראה אחרת משתמעת".

באשר לדרך העקיפה יש להתמודד עם האפשרות שהמדינה תידרש לשפות את עובדיה בגין קנס שיחויבו בו ולפצותם על העושים האחרים שריצו בפעילותם עבורה

35 ראה ע"פ 134/58 רשות הפיתוח נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יג(1) 722 שם יוצג הנאשם ע"י סגן פרקליט מחוז לחיפה והמדינה על-ידי פרקליט המדינה ועוזרו, ע"א 182/54, 191/54 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' דוד ואח', פ"ד יג(2) 776 וע"א 336/61 חסין נ' מ"י האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פ"ד טז(1) 561 לגבי תביעות בהסדר קרקעות שמעורבים בהן האפוטרופוס מחזר והמדינה מאידך.

ולבדוק את חוקיותה. לעניין זה סביר להניח שמעמדה של המדינה יהיה כמעמד כל תאגיד אחר.

2. אכן, לפי החוק הקיים יש לשלם את הקנס לקופת המדינה עצמה, תוצאה שלכאורה אין בה כל עונש. אלא שעיון מעמיק יותר יראה שלא כך הדבר והיקש מתשלומים אחרים שהמדינה חייבת לשלם לעצמה יוכיח: כך למשל מורה סעיף 164 לפקודת מס הכנסה במפורש שהמדינה חייבת בניכוי מס הכנסה במקור מהמשכורות שהיא משלמת לעובדיה, למרות שניכוי זה חוזר לקופתה<sup>36</sup>, כך חייבת המדינה בתשלום מכס ומס קניה על היבוא שלה ופטורים מפורשים ממסי יבוא אלו נחקקו רק בנוגע לצידוד מסוגים מיוחדים<sup>37</sup>, בתשלום דמי דואר על מכתביה כש"בולי השירות" המיוחדים שהועמדו לרשותה בוטלו עוד בשנות החמישים<sup>38</sup>.

לכך ניתן להוסיף שבמקום בו ראה המחוקק לנכון לפטור את המדינה מתשלום לעצמה טרח ועשה זאת במפורש, למשל בסעיף 39 (1) לחוק מס רכוש וקרן פיצויים, תשכ"א-1961; בתקנה 19 (1) לתקנות בית-משפט (אגרות), התשמ"ח-1987 ובמספר סעיפים של התוספת השנייה לחוק מס בולים על מסמכים, התשכ"א-1961. הנימוק המחייב את העברת התשלום מכיס לכיס על כל העומס המינהלי הכספי והחשבונאי הכרוכים בכך הוא ככל הנראה מגיעת עיוות תקציבי ותמחירי: אילו היו משרדי הממשלה משלמים מתקציבם משכורות נטו בלבד, פטורים ממסים ואגרות וכו' לא ניתן היה לאמור את העלות האמיתית של פעילותם בהשוואה לזו של מיגזרים אחרים, לשקול אספקה עצמית של מוצרים ושירותים מול רכישתם וכו'.

נימוק זה ישים גם לענייננו. הקושי התקציבי שבו ייתקל האגף הממשלתי שיוטל עליו קנס איננו שונה מהקושי שבו ייתקל כל מוסד שאינו פועל למטרות רווח משיאלץ להפריש מתקציבו סכומי כסף לקנסות<sup>39</sup>.

ב) מעניין לציין שאגב ההעברה מכיס לכיס עשויה המדינה להתחייב בתשלום לרשויות המקומיות: על-פי חוק הרשויות המקומיות (תמורת ארנונת רכוש), תשל"ה-1975 על אוצר המדינה להעביר לרשויות אלה אחוז מסוים "מכלל הכנסות המדינה" והכנסות אלו כוללות מן הסתם גם את הכנסותיה מקנסות<sup>40</sup> על אף העובדה שהם שולמו מ"כיס" אחר שלה. מכאן שתשלום הקנסות על-ידי המדינה לעצמה יש בו ממשות כלכלית ופגיעה בתקציב המדינה גם אם נראה בתקציב זה מיקשה אחת.

36 יריבות אפשרית בין המדינה לפקיד השומה בנושא זה ראה המ' 5253/73 רשות הנמלים נ' פשמ"ג, פד"א 189 שם נדונה תביעת רשות הנמלים (שדינה כדין המדינה לצורך מס) להחזר ניכוי במקור שנוכה ביתר.

37 ראה למשל פרט 87.08 לתעריף המכס לגבי טנקים ורכב קרבי משרויין וכן חלק 22.8 לתאמ"ו בנוגע לשחרור טובין על-ידי משרד הביטחון מפיקוח רשות המכס.

38 ועד לחקיקת חוק רשות הדואר התשמ"ו-1986 היה זה תשלום למדינה עצמה גם מבחינה משפטית.

39 בגוף הפועל למטרות רווח עשוי הקנס להיכלל בין העלויות ולקבל משמעות כלכלית שונה שתביא להפעלת מדיניות שונה לגבי. לכן ההיקש לענייננו הוא ממוסדות שאינם פועלים למטרות רווח.

40 ראה " פוטשבוצקי "זכויותיו של מקבל מסים" משפטים ט 296.

ג) ובאשר לקושי הרעיוני של תשלומי אדם לעצמו, לא זו בלבד שקושי זה נדחה מפני הוראת הדין הפוזיטיבית אלא שאף יש לכך אסמכתא במורשת ישראל<sup>41</sup>: במשנה נאמר "בת ישראל שאכלה תרומה ואחר כך נישאת לכהן — אם תרומה שלא זכה בה כהן אכלה משלמת קרן וחומש לעצמה ואם תרומה שזכה בה כהן אכלה משלמת קרן לבעלים וחומש לעצמה"<sup>42</sup> וכך גם פוסק הרמב"ם להלכה<sup>43</sup> מבלי שמועלית הסתייגות כלשהי לגבי עצם הרעיון של תשלום אדם לעצמו.

ד) לא בכדי פתחתי את הסעיף הקודם באמירה "לפי החוק הקיים". השאלה למי ישולם הקנס אינה מציבה קושי משפטי — עקרוני ואין אני רואה כל מניעה לתקן את החוק הקיים ולקבוע למשל שהקנסות ישולמו למאשים או לקרן שכספיה יוקדשו למטרות מיוחדות.

לפתרונות אלו יש תקדימים גם בחקיקה הקיימת:

סעיף 223 לחוק התכנון והבנייה, תשכ"ה-1965 מורה שהקנסות ישולמו לוועדה המקומית (שהיא כאמור לעיל גם המאשים). סעיף 46 לחוק מועצת הפירות (ייצור ושוק), תשל"ג-1973; סעיף 43 א' לחוק המועצה לייצור ושוק ירקות, התשי"ט-1959 וסעיף 60 לחוק המועצה לענף הלול (ייצור ושוק), התשכ"ד-1964 מורים כולם שהקנס ישולם למועצה (ואף כאן היא המאשים). סעיף 22 לחוק העבירות המינהליות, התשמ"ו-1985 קובע שקנס מינהלי שהטיל מפקח על רשות מקומית או תאגיד שהוקם בחוק ישולם לקופת הרשות המקומית או התאגיד לפי העניין (אף כאן ניתן לגרוס שלמפקח יש סמכות אישום) ואילו על-פי סעיף 13 לחוק שמירת הניקיון, התשמ"ד-1984 (שחל אגב על המדינה במפורש על-פי סעיף 17 בו) וסעיף 9 לחוק איסוף ופינוי פסולת למיחזור, התשנ"ג-1993 (שאף הוא חל על המדינה במפורש על-פי סעיף 13 בו), הקנס ישולם לקרן לשמירת הניקיון או לרשות המקומית, ועל-פי סעיף 5 לחוק בניינים ציבוריים (מתקני שתייה למים צוננים), התשמ"ז-1986 (שאף הוא חל על המדינה במפורש כאמור בסעיף 7 בו) ישולם הקנס לקופת הרשות המקומית שבתחומיה נעברה העבירה.

3. אפשרות ענישה שנייה שהוזכרה לעיל היא האפשרות לענישה עקיפה באמצעות הטלת העונשים הרלבנטיים על עובדי התאגיד (ולענייננו — המדינה) ומנהליו האחראים לפעולותיו, על-ידי סעיפי חוק בסגנון "נעברה עבירה לפי חוק זה בידי חבר בני אדם, יהיה אשם גם כל מי שבעת ביצוע העבירה היה בו מנהל פעיל... או כל פקיד אחראי אחר אלא אם הוכיח שהעבירה נעברה שלא בידיעתו או שנקט בכל האמצעים הנאותים כדי

41 כלשון חוק יסודות המשפט, התש"ס-1980.

42 תרומות פרק ו' הלכה ב'. הסבר העניין "בקליפת אגוז" הוא שהזכות לאכול תרומה נתונה לכהנים ובני ביתם בלבד ומי שאינו כהן ואכל תרומה חייב להחזירה לכהן כלשהו (קרן) בתוספת 20% (חומש). לפני נישואיה אסור היה לישראלית לאכול בתרומה ולפיכך התחייבה בתשלום הקרן והחומש, אלא שאת התשלום עצמו היא מבצעת כשהיא כבר בת ביתו של בעלה הכהן; לפיכך אם התרומה נמסרה לכהן מסוים היא חייבת לשלם לו את הקרן שהרי אכלה משלו ואילו את החומש חופשיה היא לשלם לכל כהן שתרצה ובכלל זה לעצמה. אם התרומה טרם נמסרה לכהן מסוים זכאית היא לשלם גם את הקרן למי שתרצה ובכלל זה לעצמה.

43 הלכות תרומות פרק י"א הלכה ט"ז.

להבטיח קיום הוראות החוק"<sup>44</sup>. (סעיפים כאלו מצויים במרבית החוקים הרלבנטיים לדין זה — אם לא ככולם). אפשרות ענישה זו היא אפשרות מרחיעה ביותר כשלעצמה שהרי המנהלים והעובדים חשופים אפילו לעונשי מאסר ויוכיחו המקרים הרבים של עסקאות טיעון שבהם מוכן התאגיד להודות בכל מה שיוחס לו ובלבד שהמנהלים או חלקם ימחקו מכתב האישום. אלא שגם דרך זו אינה נקייה ממכשולים:

(א) קדם כל ענייננו כאן כברור האפשרות של העמדת המדינה לדין. האפשרות של העמדת אחרים לדין, גם אם יש בה פתרון פונקציונלי למניעת ביצוע עבירות על-ידי המדינה, אינה רלבנטית לנושא הדין.

זאת ועוד: ניסוח הסעיפים שמאפשרים להטיל על מנהלי תאגיד ועובדיו בהקשר הנדון הוא "יהא אשם גם מי שהיה מנהל פעיל..." משמע, העבריין העיקרי היה ונשאר התאגיד עצמו דהיינו — במקרה שלנו — המדינה; הדרא קושיה לדוכתיה: האם ניתן להעמיד את המדינה לדין?

(ב) מיהו אותו "מנהל" או "מנהל פעיל" במקרה של המדינה? כפי שאראה להלן מנהלים אלו הם בראש ובראשונה הממשלה והשרים שבמשרדם בוצעה העבירה: לפי סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה". לפי סעיף 33 (ג) לאותו חוק, שר יהיה ממונה על משרד (למעט שר בלי תיק), וסעיף 30 ו-39 לחוק האמור מסדירים את חלוקת התפקידים ומילוי המקום. עוד יש מקום לציין את סעיף 40 לחוק זה שלפיו הממשלה היא המוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת. סמכויות אלו דומות לסמכויות הדיריקטורים בחברה<sup>45</sup>. הווה אומר הממשלה היא "מועצת המנהלים" של התאגיד ששמו "מדינת ישראל".

אלא שיהא אשר יהא מעמד המדינה לעניין העמדתה לדין, מעמד זה שונה ממעמד של השרים: על-פי סעיפים 5 ו-15 לחוק חסינות חברי הכנסת וזכויותיהם חובותיהם, תשי"א-1951 נהנים השרים — בין שהם חברי כנסת ובין שאינם כאלו — מחסינות מפני הליכים פליליים.

אכן חסינות זו ניתנת להסרה אך בסוג העבירות הנדון-עבירות אחריות מוחלטת אגב פעילות המשרד שאחריות השר לגביהן היא מתוקף משרתו בלבד — אין זה סביר להניח שהחסינות תוסר או שאפילו יתבקש להסירה.

התוצאה היא איפוא, שדרך עקיפה זו קיימת רק לגבי הדרגים הממשלתיים הבכירים עד — ולא כולל — הממשלה<sup>46</sup>.

(ג) לכאורה ניתן למצוא טעם בדרישתו של עובד או מנהל שהוענש כאמור, כלפי מעבידו, שיפצהו או ישפחו (לפי העניין) בגין העונש שקיבל: הרי כל מעשיו לא היו אלא במסגרת עבודתו ובשם האינטרס של מעבידו וללא טובת הנאה אישית, אחריותו היא

44 לדין בסעיף 119 לחוק מס ערך מוסף המנוסח כך ראה י' פוטשבוצקי חוק מס ערך מוסף (מהדורה שלישית, 1991), 517.

45 ראה סעיף 71 לחקנון המצוי — התוספת השנייה לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983.

46 השווה אגד נ' מ"י, לעיל הערה 20.

במקרים רבים אחריות שלוחית או "מיניסטריאלית" בלבד, העבירות הן עבירות אבסולוטיות שהתבצעו אגב הפעולות השגרתיות ובלא שתהיה כוונה לעברן והקנס — ולא כל שכן אמצעי הענישה האחרים — איננו עומד בשום פרופורציה לשכר המשולם במגזר הציבורי.

מאידך גיסא, גלגול העונש על המעביד (כשמדובר בעונש כספי כמוכך) עשוי לפגוע במטרת ההרתעה שבענישה ולא למותר לצטט בהקשר זה את סעיף 252 א' לחוק העונשין:

"(א) לא ישלם תאגיד במישרין או בעקיפין קנס שהוטל על זולתו ולא ישלם מעביד קנס שהוטל על עובדו; העובר על הוראה מהוראות סעיף קטן זה, דינו — מאסר שנה אחת.

(ב) נעברה עבירה לפי סעיף קטן א' בידי תאגיד, יואשם בה גם כל אדם אשר בעת ביצוע העבירה היה בו מנהל פעיל, שותף למעט שותף מוגבל, או עובר מינהל בכיר האחראי לתשלום הקנס אלא אם כן הוכיח שניים אלה:

1. שהעבירה נעברה שלא בידיעתו;

2. שהוא נקט את כל האמצעים הסבירים למנוע את ביצוע העבירה.

(ג) לענין סעיף זה "תאגיד" לרבות חבר בני אדם שאינו מואגד ולמעט תאגיד שחבריו חייבים להעמיד לרשותו את מלוא כוח עבודתם ולהעביר לו את נכטיהם<sup>47</sup>.  
גם דברי ההסבר הקצרים להצעת החוק מן הראוי שיובאו כאן במלואם:

"חוק העונשין והוראות חוק פליליות אחרות מטילים עונשים על מבצעי עבירות. כוונת הענישה היא, בין השאר, להתריע את מבצע העבירה עצמו וכן להתריע מבצעי עבירות בכוח. אם מבצע העבירה אינו נושא בעצמו בעונש, הרי שהוראת חוק המטילה עונש על ביצוע עבירה אינה משיגה את יעדיה.

בכמה גופים ציבוריים במשק התפתח הנוהג של תשלום קנס עבור העובדים. מדובר בדרך כלל בגופים ציבוריים המתוקצבים מקופת המדינה. ענישה פנימית של הארגון אינה יכולה להוות תחליף לענישה הכללית שכן חוקי הענישה חייבים להיות שווים לכל אזרח".

במאמר מוסגר יצוין שחוק העונשין, תשל"ג-1977 עצמו איננו מוחל על המדינה במפורש ועשוי להיווצר מצב מוזר שלפיו דווקא המדינה תוכל לשפות את עובדיה ומנהליה בגין קנסות. אבסורד זה מדגים הדגמה נוספת את הצורך במציאת אפשרות להעמיד את המדינה לדין כמוצע על-ידי.

מכל מקום, גם אם אין החוק חל על המדינה במפורש אין איסור על המדינה לנהוג כנדרש על-פיו וסביר להניח שבדרך כלל היא אכן תנהג כך; וגם אם לא חל עליה החוק עדיין יש מקום לסברה שלהסכם השיפוי לא יהיה תוקף בהיותו נוגד את תקנת הציבור<sup>48</sup>.

47 ראה גם סעיף 69 ג' לפקודת התעבורה [נוסח חדש], תשכ"א-1961, דמ"י 173.

48 בע"פ 131/52 היועץ המשפטי נ' לוי ובורנשטיין, פ"ד ו(2), 854 שלל בית-המשפט הסכם שלפיו שילם נאשם לאדם אחר על מנת שיערוב לשחרורו (בערובה) ממעצר. צלטנר חזים (כרך שני, תשכ"ו) 139 מסקין מכך שהסכם לשיפוי בגין תוצאותיה של עבירה איננו חוקי.

באשר לענייננו — דרכי הענישה — משמעות הדברים היא שאם אכן יגולגלו הקנסות על המדינה נמצאנו חוזרים באופן מעשי לענישה הישירה של המדינה. אם לעומת זאת ישאו בעונש העובדים והמנהלים תושג מטרת ההרתעה בדרך אפקטיבית והשאלה האם המדינה עצמה תישא בנוסף לכך בעונש ישיר חוזרת למקומה. כאמור לעיל, סבורני שיש לענות על שאלה זו בחיוב.

### לסיכום

הנלקט מן האמור לעיל הוא שאין מניעה עקרונית-רעיונית להעמדת המדינה לדין פלילי, לא קיימת למדינה חסינות ואף לא עומדות למכשול מגבלות של סדרי דין ודרכי הענשה. זאת ועוד: בחוקי מדינת ישראל מצויות הוראות עונשיות שחלות על המדינה במפורש, בתי-המשפט הכירו בקיומן ומחברים מצאו להן הצדקה וטעם. הסיבה לאי העמדת המדינה לדין במקרים המתאימים (בהנחה שיש כאלה) היא איפוא, ככל הנראה, חוסר מודעות לנושא. אני מקווה שמאמרי זה יהווה התחלה להשלמת החסר.