

תשלום כופר כשיקול לכהונת דירקטור בתאגיד בנקאי

מבוא

1. מאמר זה יעסוק בשאלה: האם בתשלום כופר ששילם נישום לשם המרת אישום שהוגש נגדו, יש כדי למנוע את מינויו של אותו נישום כדירקטור בתאגיד בנקאי, מישרה הנתפסת בעין הציבור כמחייבת נורמות וכשירויות מיוחדות. בסוגיה זו צועדים אנו בעקבות מספר מקרים שנדונו ע"י בית המשפט העליון, כגון: כשרותו של נישום ששילם כופר לכהונת שגריר ישראל במדינה זרה, וכיו"ב.
2. דרך הילוכנו בנייתוח סוגיה זו היא כדלהלן:
 - א. בחינת הסוגיה בראי דיני הבנקאות.
 - ב. ליבון מושג הכופר ומהותו.
 - ג. תקנת השבים והשלכותיה.
 - ד. מסקנת הדברים.

א. תנאי הכשירות למשרת דירקטור בתאגיד בנקאי

א(1) פקודת החברות [נוסח חדש]

3. מהי הכשירות הנדרשת מאדם לשמש כדירקטור בבנק?
בנק הינו, בדרך כלל, תאגיד המאוגד כחברה בע"מ. נפנה, על כן, ראשית לכל, להוראות פקודת החברות. לאחר מכן, נפנה להתייחסות הספציפית המצויה ביחס לתאגיד בנקאי.
פקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג 1983 (להלן: "פקודת החברות") אינה קובעת תנאים לכשירותו של נושא משרה בחברה.
הסייג היחיד בפקודת החברות, הנוגע לכשירותו של דירקטור, מצוי בסעיף 84 לפקודה המונע ממושט רגל לכהן כדירקטור בחברה. וזו לשון הסעיף:
"א) מי שהוכרז פושט רגל אינו לשיר לפעול כדירקטור של חברה - לרבות חברה לא רשומה וחברת חוץ שיש לה מקום עסקים קבוע בישראל - או להשתתף במישרין או בעקיפין בניהולה או להיות מעורב בו, אלא ברשות בית המשפט המוסמך לענייני פשיטת רגל; היה האדם בשעת ההכרזה דירקטור או משתתף בניהול או מעורב בו, פוסלת אותו ההכרזה מיד להוסיף ולפעול כך שלא ברשות בית המשפט שהכריז עליו".
4. מבחינת פקודת החברות, אין איפוא כל מניעה חוקית מצד כל אדם שאינו פושט רגל לשמש כנושא משרה בחברה. בהתאם לכך, יכול אדם לכהן כדירקטור אף אם הורשע בדין, ואף אם הוא מרצה עונש מאסר ופועל כנושא משרה בחברה מבין כתלי בית הכלא. הכשירות למשרת דירקטור אינה נשללת מאדם עקב הרשעה פלילית.
5. לעומת זאת, ביחס לדירקטור מקרב הציבור קובעת הפקודה בסעיף 96ה':

"לא יכהן אדם כדירקטור מקרב הציבור אם נתקיימה בו אחת מאלה:
 (1) הוא הורשע בפסק דין סופי בעבירה על אחד הסעיפים 414 עד 438 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן - חוק העונשין);
 (2) תוך עשר שנים שקדמו ליום אישור הוועדה לפי סעיף 96ב(א) הוא הורשע בפסק דין סופי, או שהיה נושא את עונשו, בשל עבירה שלדעת הוועדה יש עימה קלון".

6. הווה ואומר: ביחס לדירקטור מקרב הציבור, נקבעו קריטריונים, לפיהם אדם אשר הורשע ב-10 השנים האחרונות בפסק דין סופי ובעבירה שיש עימה קלון, אינו רשאי לכהן כדירקטור מקרב הציבור.
 גם הגבלה זו אינה קיימת, כאמור, ביחס לדירקטור שאינו מקרב הציבור, ואפילו כאשר מכהן הוא בחברה ציבורית אשר מניותיה נסחרות בבורסה לניירות ערך.

א(2) פקודת הבנקאות 1941

7. בעוד שבפקודת החברות אין הוראה בנוגע לכשירויותיו של הדירקטור, הרי שמצינו הוראות כאלה בכל הנוגע לתאגיד בנקאי.

סעיף 11 לפקודת הבנקאות (1941) קובע:

"11. אנשים שאינם ראויים להשתתף בהנהלת תאגידי בנקאיים

(1) מבלי לפגוע בכל דבר האמור בסעיף 37 מפקודת החברות (סעיף 84 לפקודה דהיום, אשר צוטט לעיל), הרי כל אדם -

(א) שהיה מנהל תאגיד בנקאי שפורק על-ידי בית משפט, או שהיה קשור במישרין או בעקיפין בהנהלתו של תאגיד בנקאי כזה, או

(ב) שנידון על-ידי בית המשפט לתקופת מאסר על עבירה שיש בה משום שחיתות מוסרית, ולא קיבל חנינה מלאה בעד העבירה שעליה נידון - אסור לו, בלא הרשאה מפורשת מאת הממשלה, לכהן או להוסיף ולכהן כמנהל של כל תאגיד בנקאי או להיות קשור בהנהלתו של כל תאגיד בנקאי כזה בין במישרין ובין בעקיפין.

(2) כל העובר על סעיף-קטן (1) מסעיף זה יהא צפוי בצאתו חייב בדין, למאסר לתקופה של לא יותר משתי שנים או לקנס לא יותר מעשרים וחמישה אלף שקלים או לשני העונשין כאחד".

בסעיף זה נקבע איפוא, כי תאגיד בנקאי הוא יוצא מן הכלל הקיים ביחס לכלל החברות, ואדם שנידון ע"י בית המשפט לתקופת מאסר, בגין עבירה שיש עימה שחיתות מוסרית - מנוע מלכהן כדירקטור בתאגיד בנקאי.

מכלל הן זה אתה שומע לאו. היוצא מן הכלל האמור, נקבע ביחס למי שהורשע בדין ובעבירה של שחיתות מוסרית. ומכאן עולה בבירור, כי מי ששילם כופר כסף בגין עבירת מס, ולא הורשע כלל ובוודאי שלא בעבירת שחיתות מוסרית, אינו מנוע מלכהן כדירקטור בתאגיד בנקאי.

8. ואולם, אף אילו היינו מתעלמים מכלל הפרשנות הקובע כי מכלל הן אתה שומע לאו, ברור מלשון הוראות החוק, כי אין כל הוראה חקוקה השוללת את כשירותו של אדם לכהן כדירקטור בתאגיד בנקאי מחמת תשלום כופר בגין עבירת מס. בהיעדר

נורמה חקוקה, לא ניתן עוד לשלול מאדם את חופש העיסוק שלו, ולקבוע בהוראת נוהל כלשהי כי הוא מנוע מלכהן כדירקטור. זאת לנוכח הוראת סעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק, הקובע:

"אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

9. לנוכח הוראתו של חוק היסוד, אשר העלה את חופש העיסוק לרמה של זכות על-חוקתית, מקבלת משנה תוקף פסיקתו של בית המשפט העליון (כב' השופט שמגר) בבג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה פ"ד לז(3) 353, 337 לפיה:

"נקודת המוצא, המקובלת בחברה חופשית היא, כי אדם רשאי לעסוק בכל עבודה או משלח יד, כל עוד לא נקבעו לגביהם הגבלות או איסורים, ואלו אחרונים אין להטילם ולקיימם אלא לפי הוראתו המפורשת של החוק.

...

כאשר מדובר על הסמכה כללית וסתמית, אך טבעי הוא... כי היא תפורש כאופן השולל התניית סמכות להגבלתה של זכות היסוד. זכות יסוד אינה ניתנת לשלילה או להגבלה אלא על פי דבר חקיקה מפורש של המחוקק הראשי, ונוסף לכך, כל עוד אין חוק יסוד הקובע אחרת, גם על ידי מחוקק המישנה שהוסמך לכך על ידי המחוקק הראשי".

כלומר, גם מחוקק המישנה אינו יכול להגביל את חופש העיסוק באמצעות תקנות או הוראות בלא שתהא לו לשם כך הסמכה בחוק מפורש.

בסוגיה זו ראה גם בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה פ"ד ב 80, 82, וכן בג"ץ 75/76 "הילרון בע"מ נ' המועצה ליצור פירות ושיווקם פ"ד ל(3) 653, 645 בו קבע השופט שמגר כי "כל ספק בדבר תחומיה ונוסח הוראותיה (של הוראה המגבילה את חופש העיסוק - ו.א) יתפרש באופן שיש בו ככל האפשר כדי לשמור על חופש העיסוק וכדי לא לסייגו כהוא זה".

א(3) הוראות ניהול בנקאי תקין

10. הוראות ספציפיות נוספות בסוגיה זו מצויות בהוראות המפקח על הבנקים - ניהול בנקאי תקין, בהן מצינו התייחסות לכשירות לכהן כדירקטור - בחלק המתייחס לדירקטוריון ובקרה, פרק ד', עמ' 13-301 ועד 15-301.

ואולם, בכל הנוגע לכשירות לכהן כדירקטור בתאגיד בנקאי נאמר רק:

"דירקטורים בתאגיד בנקאי יהיו בעלי ידע, ניסיון או מומחיות באחד או יותר מהתחומים הבאים:

בנקאות, כספים, פעילות כלכלית או עיסקית, משפט, מינהל או חשבונאות".

נמצאת למד כי נבדקים כישוריו של הדירקטור ולא מוסריותו.

11. גם ההצהרה שעל הדירקטור להצהיר בהתאם להוראות האמורות כתנאי לבחירתו, אינה מתייחסת במילה אחת לעברו הפלילי. להבדיל, למשל, מן ההצהרה שעל עו"ד להצהיר כתנאי להסמכתו כעו"ד, בהתאם להוראות סעיף 44 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א - 1961.

ושוב, מכלל הן שומע אתה לאו, היינו כי אין מכוח הוראות אלה כל מניעה מאדם שעבר עבירה פלילית או נחשד בה מלכהן כדירקטור בבנק, אלא אם כן חלות לגבי הוראות סעיף 11 לפקודת הבנקאות (הרשעה בפסק דין חלוט בעבירה שיש בה שחיתות מוסרית).

12. לאור חוק יסוד: חופש העיסוק, נמצא איפוא כי בהיעדר הוראה חקוקה, לא ניתן, לכאורה, לשלול את חופש העיסוק ולא ניתן לשלול את חרותו של אדם להתמנות ולכהן כדירקטור בתאגיד בנקאי.

עם זאת, סבורים אנו, כי כל דיון בסוגיה זו יהא פשטני בלא התייחסות להוראות הנורמטיביות הפסוקות, כפי שיצאו מפורשות מפי בית המשפט העליון בבג"צ 194/93 ח"כ גונן שגב נ' שר החוץ (ניתן ביום 19.12.95 - טרם פורסם), אשר דן בעניינו של שגריר ישראל בארה"ב - פרופ' איתמר רבינוביץ' (להלן: "בג"צ רבינוביץ'"), ובבג"צ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229 (להלן: "בג"צ גינוסר").

א(3) בג"צ רבינוביץ'

13. בעניין רבינוביץ', נדונה שאלת מינויו של נישום אשר המיר אישום פלילי בתשלום כופר כשגריר ישראל בארה"ב.

בית המשפט (כב' הנשיא ברק) קבע כי עבר פלילי אינו שולל את כשירותו של המועמד לתפקיד ציבורי, אך זהו שיקול רלבנטי שעל הרשות הממנה לקחת בחשבון, בין השאר, לנוכח הוראת סעיף 46א(1) לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט - 1959. מינוי עובד ציבור בעל עבר פלילי עלול לפגוע באמון הציבור ברשויות הציבור. בלא אמון זה לא תוכלנה הרשויות הציבוריות לפעול. טוהר השירות והשורות עומד ביסוד השירות הציבורי בישראל.¹

פרט המנהל את עיסוקו שלו, ואשר אינו חב חובת אמון לזולתו, רשאי להעסיק כל עובד ואף לסבור כי הוא תורם תרומה חשובה לחברה דווקא ע"י העסקת עבריין, שהרי בכך הוא מסייע בשיקומו. הרשות הציבורית, לעומת זאת, אינה מנהלת את עיסקה שלה וחבה חובת אמון לציבור. גם היא רשאית להעסיק עובדים בעלי עבר פלילי, והשיקול של שיקום העבריין הוא שיקול שיש לקחתו בחשבון. אך עליה להביא בחשבון גם את השפעת המינוי על השירות הציבורי ועל אמון הציבור בו. מוטל, על כן, על הרשות לאזן בין מהות העבר הפלילי של המועמד ונסיבותיו מחד גיסא, לבין מהות התפקיד, חיוניותו ומידת הפגיעה של העבר הפלילי באמון הציבור, מאידך גיסא.

14. במסגרת מיתחם שיקולים ואיזונים זה, וכאשר הרשות הממנה מביאה בחשבון את כל השיקולים הרלבנטיים, לא יתערב בית המשפט בשיקול דעת הרשות, ולא ימיר את שיקול דעתו בשיקול דעת הרשות הממנה, עת שזו פועלת במיתחם הסבירות. כך, לא התערב בית המשפט בשיקול דעת הרשות עת שנפסל מועמד בעל עבר פלילי לכהונה במועצה דתית (בג"צ 1935/93 מחפוד נ' השר לענייני דתות, פ"ד מח(1) 752), וכך לא התערב בית המשפט עת שהוכשר מינויו של פרופ' רבינוביץ' כשגריר ישראל בארה"ב.

1. ע"פ 121/88 מדינת ישראל נ' דרוויש, פ"ד מה(2) 663, 682; בג"צ 727/88 עווד נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(4) 487, 491.

בעניין האחרון, הובהר כי הכשרת המינני לא חרגה ממיתחם הסבירות, על אף שבית המשפט ראה בתשלום הכופר משום הודיה בעבירה². זאת מכיוון שמדובר במקרה גבולי של אי חוקיות ובעבירות שלא נעברו בנסיבות חמורות שיש בהן מירמה או פעילות שיטתית המכוונת להחמקות מתשלום מס, אלא בעבירות שנעברו מתוך היסח הדעת ומתוך הנחת דין, שייטכן והיא מוטעית.

בית המשפט הדגיש, כי רק כאשר העבירה אינה חמורה באופייה ובנסיבותיה, יש מקום להטלת כופר. ממילא, הסכמת הרשויות השלטוניות להטלת כופר, מצביעה, כשלעצמה, על כך שאין המדובר בעבירות חמורות, כך שהמינני אינו חורג מגדר הסביר.

א(4) בג"צ 'גינזור'

15. בבג"ץ גינזור המדובר היה בעתירה כנגד החלטתה של ממשלת ישראל למנות את מר יוסף גינזור לתפקיד מנכ"ל משרד השיכון.

גינזור היה מעורב בתקופת כהונתו כראש השב"כ בשתי פרשות, אשר העיבו על שמו הטוב: פרשת קו 300 ופרשת נאפסו. מפאת העובדה כי פרשות אלה נדונו בהרחבה באמצעי התקשורת, והן מן המפורסמות, לא נשוב ונפרטן.

16. גינזור קיבל חנינה מנשיא המדינה על חלקו בפרשת קו 300 ולא הועמד לדין. סמכות החנינה נקבעה בסעיף 11 (ב) לחוק יסוד: נשיא המדינה, ובו נאמר: "לחון עבריינים".

נתעוררה השאלה, האם מר גינזור שלא הורשע בדין נחשב כעבריין?

לפי פשוטו של מקרא, כך קבע בג"צ 428/86 ברזילי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד (3) 505, "עבריין" הוא מי שביצע מעשה המוגדר כעבירה ולא דווקא מי שכבר הוכח לגביו בהליך פלילי חלוט, שנסתיים בהרשעה, כי עבר עבירה. משום כך, על אף שמר גינזור לא הורשע בדין, היה רשאי הנשיא להתייחס אליו כאל עבריין ולחון אותו. קביעה נוספת נקבעה בעניין ברזילי הנ"ל החשובה לעניננו:

לפי תפיסת היסוד המשפטית שלנו, כל אדם הוא בחזקת זכאי, כל עוד לא הורשע בדינו. ואולם, כלל גדול זה עניינו בזכויות ובחובות של הפרט מול הערכאה השיפוטית ומול כל רשות וכל פרט אחר, אך אין בה כדי לקבוע כי המונח עבריין בחוק יסוד: נשיא המדינה, אינו מכוון למי שמיוחסים לו מעשה, ניסיון או מחדל פליליים, בלא שהורשע בדין. ללמדך, כי המונח עבריין לצורך חנינה לא עמד בניגוד לחזקת הכשרות והזכאות של מר גינזור. למעשה, נוצרה כאן סיטואציה דו-ערכית, עת שנקבע כי אדם יכול להיחשב זכאי בדין לכל דבר ועניין, ועבריין לצורך קבלת חנינה שתמנע את העמדתו לדין פלילי.

17. מר גינזור טען, על כן, כי על אף היותו עבריין לעניין סמכות החנינה של הנשיא,

2. קביעה זו, שננקטה אגב אורחא (בתחילת פסקה 6 לפסה"ד) כדבר המובן מאליו, אינה נקייה מספקות. אדרבה, דעתנו בעניין זה שונה היא, כפי שיפורט להלן. קשה במיוחד הקביעה בדבר הודיה, לאור הודעת הפרקליטות המצוטטת בפסק הדין לפיה לא זו בלבד שיש דעה משפטית הגורסת כי ההכנסה לא היתה חייבת במס בישראל, אלא שזו אף היתה גישת אגף מס הכנסה בשנים הרלבנטיות. כאשר זוהי טענתו של נישום, כיצד ניתן לפרש את תשלום הכופר כהודאה?

עומדת לו חזקת הזכאות לעניין זכותו לכהן כמנכ"ל משרד ממשלתי. עניין זה נדון בבג"צ גינוסר.

בית המשפט העליון, בשבתו כבג"צ, דחה טענה זו, קיבל את העתירה, מנע את מינויו של גינוסר לתפקיד הנכסף, וקבע כדלהלן:

(א) אכן, עברו הפלילי של מועמד למשרה ציבורית, הינו שיקול רלוונטי, אשר הרשות הממנה רשאית וחיבת לקחת בחשבון שיקוליה בטרם ייעשה המינוי.

(ב) חובתה של הרשות לשקול את עברו הפלילי של המועמד, נגזרת ממעמדה של הרשות הציבורית כנאמן הציבור. מעמד זה של נאמנות מטיל על הרשות השלטונית חובות מיוחדות, שאינן חלות על מי שאינו נאמן הציבור.

(ג) מינוי עובד ציבור בעל עבר פלילי משפיע על תפקודה של הרשות הציבורית ועל יחס הציבור אליה. יש לו השלכות, ישירות ועקיפות, על אמון הציבור ברשות הציבורית, ועל הרשות הממנה לקחת שיקולים אלה בחשבון.

(ד) ככלל, אין זה סביר למנות מועמד, שעבר עבירות חמורות בנסיבותיהן, למשרה בכירה בשירות המדינה. חומרתה של העבירה נקבעת לא על פי מיקומה בחוק העונשין, אלא על פי השלכותיה על השיקולים העומדים ביסוד המינוי.

(ה) עבירה היא חמורה, אם מתוך נסיבות ביצועה עולה המסקנה, כי בהתנהגותו גילה איש הציבור רמה מוסרית כה נמוכה, עד כי אין הוא ראוי עוד לשאת במשרתו הציבורית. עם זאת, עבירה פלילית השוללת את סבירות המינוי של מבצעה למשרה רמה, אינה חייבת להיות בעלת היבט בלתי מוסרי דווקא.

(ו) לצורך סבירות החלטתה של הרשות הציבורית הממנה, הגורם המכריע הוא ביצועם של המעשים הפליליים המיוחדים למועמד. הרשעה בפלילים מהווה "הוכחה" ראויה, אך תיתכנה דרכי הוכחה אחרות, כגון הודאה בפני רשות מוסמכת.

(ז) הכלל החל בעניין הוא כלל "הראיה המנהלית", שפירושו, כי רשות שלטונית רשאית לבסס מימצא על ראיה, אם הראיה, בשים לב לנסיבותיה, הינה כזו, אשר כל אדם סביר היה רואה אותה כבעלת ערך הוכחתי והיה סומך עליה.

(ח) גינוסר לא הורשע בדינו בשל החנינה שהעניק לו נשיא המדינה, אך קיימות ראיות, אשר רשות שלטונית סבירה יכולה לבסס עליהן מימצא.

18. בג"צ גינוסר עשה איפוא שימוש בחובת האמון שחבה הרשות הציבורית כלפי הציבור הרחב, כדי לקבוע כי מחובה זו נגזרות נורמות גבוהות יותר בבחירת

האדם שימונה לנאמן, כאמור. בנורמות אלו לא עומד מי שאכן נחשב לזכאי, אך שזכאותו נובעת מחזקה אשר קיימות הוכחות הסותרות אותה. הוכחות אלו הן, למשל: הודאה בפני רשות מוסמכת בדבר ביצוע מעשים פליליים, העומדים בסתירה לרמה מוסרית מינימלית הנדרשת לכהונה הנדונה.

19. כדי להחיל את פסיקת בית המשפט העליון בעניין גינוסר ובעניין רבינוביץ' ולשלול את האפשרות למנות אדם למשרה, נחוצים איפוא התנאים המצטברים הבאים:

- (א) מדובר במשרה שכרוכה בה חובת אמון כלפי הציבור הרחב³.
 (ב) על הגוף הממנה מוטלת חובה עפ"י דין לפעול בסבירות⁴.
 (ג) העבירה המיוחסת למועמד, שוללת את סבירות המינוי, לאור הפער בין רמת האמון הנדרשת מנושא המשרה לבין הרמה המוסרית הנמוכה של המועמד.
 (ד) קיומן של הוכחות אשר רשות שלטונית סבירה יכולה לבסס עליהן מימצא, כגון הודאה של המועמד, בדבר עבירה הסותרת את הרמה המוסרית הנדרשת.

20. נראה, לכאורה, כי אף אחד מן התנאים הללו אינו מתקיים ביחס לכהונת דירקטור בבנק, שבו קיימת התייחסות מפורשת של המחוקק בדבר מי שפסול לכהן כדירקטור בתאגיד בנקאי (סעיף 11 הנ"ל לפקודת הבנקאות), והמחוקק לא מצא לנכון לפסול מועמד בנסיבות דנא.
 נפרט להלן מדוע לא מתקיימים, לכאורה, התנאים הבסיסיים לתחולת הלכת גינוסר ביחס לכהונת משלם הכופר כדירקטור בבנק.

חובת אמון

21. חובת האמון שממנה שואב בית המשפט את הנורמות המוגברות בדבר כשירותו של נושא משרה, אינן חובת האמון הרגילה המוטלת על דירקטור מכח פקודת התברות. אילו היינו אומרים כך, הרי שלמעשה, שום אדם שיש ראייה כי הוא עבר עבירה פלילית, לא היה יכול לכהן כדירקטור בחברה פרטית. ואכן, בפסק הדין בעניין גינוסר, נערכה אבחנה בין גוף פרטי לגוף ציבורי, לאור חובות האמון המוגברות, החלות על גוף ציבורי, אשר משלו אין לו ולא כלום וכל אשר בידו מופקד בנאמנות עבור הציבור.

שהרי זאת לדעת: הגורם ההופך את הרשות הציבורית לנאמן של הציבור, בהבדל מן הפרט שאינו נאמן של הציבור, מובהר בבג"צ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עוה"ד בירושלים, פ"ד כ"ה (1) 225, בעמ' 331 מפי כב' השופט ח' כהן:

"לא הרי רשות היחיד כהרי רשות הציבור, שזו בתוך שלה היא עושה ברצותה מעניקה וברצותה מסרבת, ואילו זו כל כולה לא נוצרה כי אם לשרת את הכלל ומשלה אין לה ולא כלום, כל אשר יש לה מופקד בידיה בנאמן..."

22. כלומר, הרשות הציבורית לא נוצרה אלא כדי לשרת את הכלל ומשלה אין לה כלום. לעומת זאת, ליחיד יש ישות עצמאית משלו וכל אשר לו לשמו נברא. לגוף הפרטי זכות קיום כמי שעומד בפני עצמו וזכותו לחשוב כי כל העולם נברא עבורו, ולא הוא נברא כדי להביא תועלת לעולם. גם כשיש לפרט חובה כלפי זולתו, אין זו חובה אלטרואיסטית ולא נשלל ממנו החופש לפעול על פי העדפות אישיות ומתוך חירות פרטית להקצות את משאביו כרצונו, לבוא במגע עסקי עם אנשים לפי העדפותיו האישיות, ולהחליט החלטות שרירותיות מבלי צורך לנמק וליתן דו"ח למאן דהוא. זהו,

3. ראה: ד"ר א. וינרוט, חברות ממשלתיות (הוצאת בורסי, תשנ"ה), עמ' 97-106.

4. ראה המקורות המצויינים בספרי הנ"ל, עמ' 88 בה"ש 120.

כאמור, המבדיל בין גוף פרטי לבין גוף ציבורי.⁵

23. האם נכון יהא לומר כי תאגיד בנקאי הוא גוף ציבורי, אשר כל אשר יש לו נברא לשם הציבור ומשלו אין לו ולא כלום? דומה כי התשובה לכך היא שלילית בתכלית. גם בעת שמניות הבנק טרם נמכרו לציבור, לא ראו בו משום חברה ממשלתית, החבה חובת אמון לציבור. והדברים, קל וחומר, משהחל תהליך ההפרטה של התאגידים הבנקאיים בישראל, שמניותיהם מצויות בידי המדינה בעקבות ההסדר שהושג לאחר פרשת ויסות המניות הבנקאיות.

24. אין ספק, כי הבנק נותן שירות חיוני לציבור לקוחותיו. פקיד של הבנק הנוטל שוחד הוגדר, על כן, כעובד ציבור לעניין סעיף 290 לחוק העונשין [נוסח משולב] התשל"ז - 1977, הקובע כי:

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

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

25. ואולם, על אף הגדרות אלו של חוק העונשין, נראה כי בנק אינו גוף החב בחובות המשפט הציבורי, ואין להשליך מחוק העונשין על מהות חובת האמון.⁶

דירקטור בבנק נושא בחובת אמון כבדה ביותר, כפי שפורט בהרחבה בת.א. 400/89 הכונס הרשמי של בנק צפון אמריקה בע"מ נ' ארווין זוסמן ואח' (לא פורסם).⁷

ואולם, חובת אמון זו אינה מהווה בסיס להשוואת הדירקטור בבנק לנושא משרה בגוף ציבורי שמשלו אין לו ולא כלום.⁸

26. מכיוון שהתאגיד הבנקאי אינו גוף הנשלט ע"י כללי המשפט הציבורי, הרי שחובות האמון המוגברות, שמכוחן נקבעו בעניין גינוסר נורמות מחמירות לכשירות לכהן במשרה ציבורית, אינן חלות עליו.

5. מאידך, ראה א. בנבנשתי "תחולת המשפט המינהלי על גופים פרטיים", משפט וממשל ב'1) 11, 32, הגורס כי המשפט המינהלי חל גם על גוף פרטי שקיבל שליטה על תחום פעילות מסוים כנגד התחייבות לשמור על רמת תפקוד נאותה.

בהתאם למבחן זה ניתן, לכאורה, לטעון כי הבנקים הם הגורם היחיד המוסמך להעניק שירותים בנקאיים, לנוכח הוראות חוק הבנקאות (רישוי), תשמ"א-1981, וכי הציבור מצפה לרמת תפקוד נאותה מצידם, הדורשת גם הקפדה על טוהר השירות והשורות. בכך תתמוך גם רמת האמון רוחש לבנקאי עליה עמד ד"ר א. פורת במאמרו "אחריותם של בנקים בגין רשלנות: התפתחויות אחרונות", ספר השנה של המשפט בישראל, בעריכת פרופ' רוזן-צבי (תשנ"ב) 301, 324.

6. ראה, למשל, בג"צ 126/84 גלבוע ואח' מפעל הפיס, פ"ד ל"ט(4) 68, 72.

7. לעניין זה ראה גם:

- ב' נהיר "מעמד הדירקטור בחברה", הרבעון לבנקאות כ"ט, דצמבר 1990, עמ' 66.

- ז. אבלס "הדירקטור בתאגיד הבנקאי - תפיסת הפיקוח עת הבנקים", הרבעון לבנקאות ל"ב, דצמבר 1993, עמ' 8.

- ד"ר ג. שטיאט "התפקידים והאחריות של דירקטוריונים של תאגידים בנקאיים בשנות ה-90", הרבעון לבנקאות ל"ב, דצמבר 1993, עמ' 15.

8. לשוני הנורמטיבי הקיים בהקשר זה בין דיני החברות לבין המשפט הציבורי, ראה: ד"ר א. וינרוט, חברות ממשלתיות - תחולת המשפט הציבורי, עמ' 77 - 86.

התנאי הראשון המבחין בין הכהונה הציבורית לבין הכהונה בתאגיד שחל עליו המשפט הפרטי, אינו מתקיים⁹.

27. וההבחנה מתבקשת מאליה. תפקיד מנכ"ל משרד השיכון, הינו בעל חשיבות ציבורית מובהקת. מדובר בנושא משרה במנגנון הממשלתי. תפקיד זה דורש את אמון הציבור ביתר שאת, באשר המשרה היא שלטונית ונושאה פועל בתחומי המשפט הציבורי.

לעומת זאת, תאגידים בנקאיים הינם גופים הפועלים בתחום המשפט הפרטי. החזקת הממשלה במניות התאגידים הבנקאיים הינה אחזקת ארעי, כאשר הכוונה היא כי בסופו של יום יופרטו התאגידים הבנקאיים. (בהקשר זה ראה: חוק המניות הבנקאיות שבהסדר, תשנ"ד - 1993). בחלק מן הבנקים מלאכת ההפרטה כבר החלה. במקרה זה חלות אך ורק ההוראות המתייחסות לכשירויות כהויתן ואין להוסיף עליהן חומרות יתרות שהמחוקק ומחוקק המשנה לא קבען.

הגוף הממנה

28. העילה המינהלית שמחמתה נפסל מינויו של גינוסר, היתה 'חוסר סבירות'. התנאי השני להחלת הלכת גינוסר הוא איפוא, כי הגוף הממנה את נושא המשרה היא חייב לפעול בסבירות.

ואכן, בבג"צ גינוסר נדונה העתירה כנגד ממשלת ישראל שמינתה את מר גינוסר לכהן כמנכ"ל משרד ממשלתי. הממשלה היא גוף ציבורי החייב לנהוג בסבירות. לעומת זאת, דירקטור בבנק איננו ממונה ע"י גוף שלטוני, אלא ע"י האסיפה הכללית של בעלי המניות של התאגיד. על האסיפה הכללית לא מוטלות חובות המשפט הציבורי והיא אינה חייבת לנהוג בסבירות.

29. אכן, פקודת הבנקאות מעניקה לנגיד בנק ישראל ולמפקח על הבנקים סמכויות ביקורת נרחבות ביחס לתיפקוד הדירקטוריון (ראה סעיפים 8א' - 8ה' לפקודת הבנקאות, 1941). במקרים מסוימים רשאי נגיד בנק ישראל אף להשעות את חברי הדירקטוריון מתפקידם (סעיף 8ג'א) (3) ו-8ד'א) (1) לפקודת הבנקאות). אולם, אין לנגיד בנק ישראל או למפקח על הבנקים סמכויות בחוק ביחס למינוי דירקטור או להטלת וטו כנגד מינוי דירקטור.

30. המפקח על הבנקים, ד"ר אמנון גולדשמיט, פרסם מאמר ברבעון לבנקאות כ"ט (דצמבר 1990), בעמ' 9 בשם "הפיקוח על הבנקים בישראל: מסגרת הפעולה, תפקידים, סמכויות ואמצעים". בעמ' 20 למאמרו, מציין ד"ר גולדשמיט כי בחוק הבנקאות (חלק כללי) אשר הכנתו הסתיימה והמיועד להחליף את פקודת הבנקאות הקיימת היום,

9. ראה גם: ח' ה' כהן "כשרותם של משרתי ציבור", משפט וממשל ב(1) 265, 282 המבהיר, כי לאור החנינה חלה על גינוסר חזקת החפות אך החידוש בפסק הדין הוא כי חזקה זו, כמו גם כבוד האדם, ירדו מעליונותם והם בגדר ערכים שמשקלם נשקל כנגד כל יתר השיקולים הרלבנטיים. בסופה של שקילה נמצא כי השיקול בדבר אמון הציבור במערכת השלטון, הוא "עיקר העיקרים" המכריע את הכף. סכנת אובדן אמון הציבור שקולה כנגד כל השיקולים האחרים, עד כדי כך שאי העדפתה על פני שאר השיקולים, עולה כדי חוסר סבירות קיצוני, הפוסל את ההחלטה. דומה כי מובן מאליו שסולם נורמטיבי זה לא ניתן להחיל גם על תאגיד בנקאי.

יעוגנו הנהלים הקיימים שהוציא המפקח על הבנקים במסגרת של חקיקה. כמו כן, יתווספו הוראות חדשות שאינן קיימות היום: "בין יתר ההוראות החדשות יקבע, כי הנגיד רשאי להסתייג ממינוי דירקטור".

ללמדך, כי במסגרת החוק הקיים אין לנגיד בנק ישראל או למפקח על הבנקים סמכות להסתייג ממינוי דירקטור. מדובר איפוא במינוי הנשלט ע"י דיני המשפט הפרטי ואשר אין גוף ציבורי שהוסמך בחוק לבקר אותו.

31. מן האמור לעיל, נמצאת למד כי גם התנאי השני להחלת הלכת גינוסר אינו חל בענייננו, ולא קיימת חובה על הגוף הממנה את הדירקטורים בבנק לנהוג בסבירות. בהיעדר חובה שכזו, אין עילה מהותית שבדין להסתייג ממינוי כאמור, בהיעדר נורמה חקוקה ובהיעדר עילה מן המשפט המינהלי.

כמו כן, עולה מן הדברים, כי מלבד היעדר עילה מהותית שבדין להסתייג ממינוי כאמור, הרי שלכאורה, אם נגיד בנק ישראל או המפקח על הבנקים יבקשו למנוע מינוי של דירקטור בבנק, הרי שהם יפעלו בלא שהחוק יסמיד אותם לעשות כן. זאת, כמובן, אם לא הותלה מלכתחילה מתן הרישיון להפעלה לפי חוק הבנקאות (רישוי), התשמ"א-1981 בסמכות לבקר מינוי דירקטורים.

סוג העבירה המיוחסת

32. בעניין רבינוביץ', ראינו כי במאזן השיקולים תופסת משקל נכבד חומרת העבירה, וכי עבירה שהומרה בכופר היא, בהגדרה, עבירה קלה. נעבור, אם כן, מנקודת מוצא זו לבחינת התנאי השלישי להחלת הלכת גינוסר, הנוגע לסוג העבירה המיוחסת למועמד לתפקיד. לפי הלכת גינוסר, על העבירה להיות חמורה, עד כי מתוך נסיבות ביצועה עולה המסקנה, כי בהתנהגותו גילה איש הציבור רמה מוסרית נמוכה, וכי אין הוא ראוי עוד לשאת במשרתו הציבורית. בעניין גינוסר המדובר היה בעבירה של בידוי ראיות.

33. בעמ"ה 6/77 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(3) 265, נקבע כי עבירות כלכליות הניתנות להמרה בכופר, אינן מהוות עבירות אשר יש עימן קלון.

וזו לשון פסק הדין:

"לענין העבירות הנדונות כאן, ועבירות "כלכליות" אחרות, הסמיד המחוקק רשות מינהלית להמיר אותן בכופר כסף. בכך גילה המחוקק את דעתו שאין העבירות הללו, מטבע ברייתן, חמורות עד כדי הצדקת הליכים שיפוטיים רגילים בכל מקרה ומקרה. אמת, נכון הדבר שיש ומשום חומרתה של עבירה פלונית לא תשתמש הרשות המינהלית בסמכותה, אלא תעמיד את העברין בפלילים; אבל שיקול-דעת זה, אין לו ולא כלום עם טיבה וטבעה של העבירה, כי אם יש לו אך עם היקפה או נסיבות ביצועה. מבחינת טיבה וטבעה - עבירה היא שהמחוקק ראה אותה ראויה לכופר כסף מטעם הרשות המינהלית; וחזקה על המחוקק שלא יעשה כן בעבירה שמטיבה ומטבעה יש עימה קלון. כללו של דבר: עבירה שבמעשה ללא היתר, בשההיתר יכול וינתן למפרע להכשיר את המעשה, עבירה היא שמטבע ברייתה אין עימה קלון, בין אם ניתן ההיתר למפרע ובין אם לא ניתן; וכן עבירה שדינה כופר בסף על-פי שיקול-דעת רשות מינהלית".

בהתאם לכך, נמצאת למד כי בהגדרה, עבירה שהומרה בכופר אינה מסוג העבירות הגורמות לאדם להיפסל ממינוי לתפקיד ציבורי, שהרי עבירה שהומרה בכופר היא עבירה שמטבעה ברייתה אין עימה קלון.

34. ודוק, קלון פירושו: קלון מוסרי.

בעניין זה מבהירה פרופ' רות גביון במאמרה "עבירה שיש עימה קלון כפסול לכהונה ציבורית" משפטים א' 176: "לצורך קביעת הקלון חייב להיות יסוד של אי מוסריות, ואי מוסריות זו ניתן להסיק מנסיבות המקרה כולו, ולא דוקא מבדיקת האלמנטים המוגדרים של העבירה"¹⁰.

משום כך, ברור כי עבירה שיש עימה קלון לא תומר בכופר, ומכאן גם ברור כי עבירה שהומרה בכופר היא עבירה שאין עימה קלון מוסרי. מובן, אם כן, מאלינו, כי אם החברה אינה רואה במעשה מסוים כמטיל אות קלון מוסרי - כי אין לפסול אדם שנחשד בעבירה שכזו מלכהן בתפקידים ציבוריים, שהרי אם המעשה הזה אינו מצדיק סטיגמה של קלון, כיצד ניתן לפסול מחמתו את אותו אדם למשך כל חייו לכהן בתפקיד ציבורי? וכי יש הקלנה חמורה יותר מאשר פסילה של אדם לכהן בתפקיד ציבורי? פסילה זו לא תעלה על הדעת מקום שבו מדובר בעבירה שגם אם נעברה אין בה יסוד של אי מוסריות.

35. בהקשר זה, יצויין גם מאמרו של חיים גבאי (פקיד שומה חקירות מרכז) "כופר כסף", מיסים ט/2, עמ' א-78, בעמ' א-85. מר גבאי מבהיר כי בנציבות מס הכנסה התגבשה במרוצת השנים מדיניות לגבי מוסד הכופר ונוצרו קריטריונים, אשר על פיהם נקבעה האפשרות למתן כופר. הקריטריונים הראשונים המצוינים הם:

* חומר ראיות בלתי מספיק.

* קלות העבירה בהתחשב בפסיקה קודמת של בית המשפט בנושא".

מר גבאי מציין כי השיקולים שנקבעו לדחיית בקשת כופר הם, בין השאר: "חומרת העבירה, שיטתה, משך ביצועה, אי הסרת המחדל, הסכום בו מדובר".

ללמדך, כי מקום שבו מצאו לנכון שלטונות המס להמיר אישום בכופר, מדובר בעבירה שאינה חמורה, או בחומר ראיות בלתי מספיק, קרי: סיטואציה שבה אין בפנינו חומר המצדיק לשלול מאדם את חזקת הכשרות שלו.

36. בהתאם להלכה הפסוקה ולמדיניות שלטונות המס, יש להסיק איפוא כי אילו היה מדובר בעבירה של שחיתות מוסרית, לא היתה הרשות מוסמכת להמירה בכופר והיא לא היתה עושה כן. חזקת הכשרות של הרשות מצטרפת איפוא לחזקת הכשרות של המועמד לכהונה ציבורית, ומחייבת אף היא את המסקנה כי אין המדובר בעבירה של שחיתות מוסרית. נמצא, כי במקרה בו הומר האישום בכופר, גם התנאי השלישי להחלת הלכת גינוסר אינו מתקיים, ובעניין זה עוסקים אנו בעצבים החשופים של הסוגיה, שכן בגין עבירות שאין עימן סטיגמה וקלון מוסרי לא יעלה על הדעת לפסול מינויו של אדם לתפקיד ציבורי, שהרי פסילה זו משמעה גם קלון וגם הלקאה.

10. הדברים אומצו בבג"צ 178/81 ג'אפר נ' עודה, פ"ד לו(1)40, 49. וכן בע"פ 980/94 מדינת ישראל נ' רינד, מיסים ח/6, ה-259.

הראיה בדבר ביצוע העבירה

37. התנאי הרביעי להחלת הלכת גינוסר הוא קיומה של הוכחה אשר רשות שלטונית סבירה יכולה לבסס עליהן מימצא, כגון הודאה של המועמד, בביצוע העבירה. גם תנאי זה אינו מתקיים מקום שבו מדובר בתשלום כופר. לסוגייה זו נייחד את הפרק הבא העוסק במהותו של המושג "המרת עבירה בכופר".

ואולם, כבר בשלב זה נציין את דבריו של ד"ר א. נמדר, פקודת מס הכנסה מבוארת (הוצאת חושן למשפט - כרך ב'), בעמ' 839, כי תשלום כופר על פי סעיף 221 לפקודת מס הכנסה אינו מהווה הודאה בעבירה, כפי שאין בהפסקת ההליכים משום זיכוי הנאשם בעבירות האמורות.

א(4) סיכום ביניים

38. מניתוח ההוראות הספציפיות בסוגיית הכשירות לכהן כדירקטור בתאגיד בנקאי, עולה כי אין הוראה כלשהי בחוק ובתקנות, השוללת מנישום שהמיר אישום פלילי בתשלום כופר, את האפשרות להתמנות כדירקטור בתאגיד בנקאי.

מכיוון שכך, ולאור הוראות חוק יסוד: חופש העיסוק, אין מקום לשלילת כשירות זו. ניתוח פס"ד גינוסר הוליד אף הוא למסקנה זוהה, שהרי אף אחד מארבעת המבחנים שנקבעו בו אינו מתקיים ביחס לתאגיד בנקאי וביחס לאדם שהמיר אישום פלילי בתשלום כופר. בהקשר זה, עמדנו במיוחד על התנאי השלישי - לפיו, כדי לפסול אדם מלכהן בתפקיד ציבורי, מן ההכרח כי העבירה המיוחסת לו תהא מסוג המעשים המטילים אות קיין מוסרי על מצח מבצעם. עבירות המומרות בכופר הן, בהתאם להלכה הפסוקה ולפרקטיקה הנוהגת, עבירות שאין עימן קלון מוסרי. ומכאן הנגזרת הישירה היא, כי לא יעלה על הדעת להכתים את משלם הכופר באמצעות פסילה מכהונה בתפקידים ציבוריים, בהיעדר מעשה שיש עימו קלון.

ב. מוסד הכופר

39. למסקנה האמורה מגיעים אנו גם עת שאנו בוחנים את מוסד הכופר, שכן בחינה זו תראה כי אין בתשלום כופר משום ענישה פלילית או משום הודאה באשמה ואין היא קושרת את משלם הכופר לעבירה בה נחשד. כופר הוא דרך מינהלית להגיע להסכם אשר יחסוך את הצורך לברר האם נעשתה עבירה פלילית, כאשר הנחשד מרצה את האינטרס הציבורי בדרך שאינה כרוכה בבירור החשדות שהועלו נגדו.

ב(1) הצגת השאלה במישור הנורמטיבי

40. סעיף 221 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] (להלן: הפקודה) קובע:
"אדם שעבר עבירה לפי הסעיפים 220-215, רשאי הנציב, בהסכמתו של האדם, לקחת מידו כופר כסף שלא יעלה על פי שניים מהקנס הגבוה ביותר שמותר להטיל על אותה עבירה, ואם עשה בן - ייפסק כל הליך נגדו על אותה עבירה, ואם היה עצור עליה - ישוחרר"¹¹.

11. סעיף דומה מצוי לאורכה ולרחבה של מסכת החקיקה הפיסקלית במדינת ישראל והוא מצוי גם בחוקים לבר - פיסקליים.

41. מלשון סעיף 221 לפקודה, עולה כי מדובר במצב שבו עוצרים את הליכי בירור העובדות, החל מהליכי חקירה ועד להליכים המשפטיים האחרים, תוך פנייה לדרך חלופית של תשלום כופר. תשלום הכופר הוא איפוא סיטואציה שבה ההליך של בירור האשמה שהועלתה אינו מתקיים.

42. בהיעדר בירור האשמה, בפנינו שתי אופציות להגדרת מונח הכופר: האופציה הראשונה היא לראות בתשלום הודיה באשמה מצד הנישום תמורת היעדר הרשעה וסיום העניין בתשלום סכום כספי בלבד. האופציה השנייה היא לראות בתשלום הכופר סיטואציה שבה הוחלט כי לשם קיום האינטרס הציבורי אין צורך בבירור האשמה והעניין יסגר בלא שהיתה בו הכרעה או אינדיקציה לכאן או לכאן. נבדוק איפוא איזו מבין האופציות היא הנכונה, שהרי ברור כי אם אין המדובר בהליך שמשמעותו הודיה באשמה, ובהיעדר בירור האשמות שהועלו כנגד הנישום - ברור כי הנישום ממשיך ליהנות מחזקת הכשרות ואין לפסלו מכהונה ציבורית.

ב(2) כופר מהו?

43. כופר הוא תשלום המשחרר את משלם הכופר מכל אחריות פלילית למעשה העבירה שיוחסה לו. כך מגדיר את הדברים עו"ד ג'ורא אמיר, בספרו עבירות מס, בעמ' 161: "משנקבע סכום הכופר - שגבהו המירבי קבוע, בדרך כלל, לפי גובה הקנס המירבי המוטל על העבירה הנדונה - בהסכמתו של המשלם, וסכום הכופר שולם, משתחרר משלם הכופר מכל אחריות פלילית למעשה העבירה. מעת תשלום הכופר, אין לנקוט כנגד משלמו בכל הליך פלילי בגין העבירה שכופרה. הכופר הוא תשלום עונשי, ועם סילוקו נכנס לתקפו ההסכם מכללא של המשלם עם הרשות, לפיו פוטרת הרשות את המשלם מכל אחריות פלילית בגין העבירה המיוחסת לו. באין אחריות פלילית, אין אפשרות להעמיד אדם לדין, לדון אותו ולהרשיעו"¹².

לאמור: כופר הוא מצב המאיין את האחריות הפלילית. זהו איפוא ההיפך הגמור ממצב שבו יש הודיה באשמה, שהרי הודיה יוצרת אחריות פלילית והיא העומדת בבסיס עיסקת הטיעון שבה יש הודיה, יש אחריות פלילית, יש הרשעה ורק הענישה היא המוגבלת בהסכמת הצדדים. בכופר, לעומת זאת, אין הרשעה ואף אין אחריות פלילית. יש רק ענישה בלא הודיה. זו איפוא דרך מינהלית להגיע להסכם אשר יחסוך את הצורך לברר האם נעשתה עבירה פלילית, כאשר הנחשד מרצה את האינטרס הציבורי בדרך שאינה כרוכה בבירור החשדות שהועלו נגדו.

44. הטענה, לפיה יש בכופר משום הטלת רבב פלילי, מתעלמת איפוא ממהותו של הכופר כהליך שבו כלל אין נכנסים לבירור האמת העובדתית וכל חקירה נקטעת באיבה, כשהצדדים עולים על מסלול אחר של הסכמה.

כך, למשל, נשאלה השאלה: מה דינו של משלם כופר אשר נדון בפני בית המשפט בעבירת מס אחרת? האם בין יתר השיקולים לעונש בעבירה האחרת, רשאי בית המשפט להתחשב כי בעבר של הנאשם היתה קיימת עבירה, שאמנם לא הורשע בה,

12. וראה: "ש' שטרית 'כופר הכסף - ענישה פלילית בידי המינהל", משפטים ב', 577;

אלא שילם כופר כסף על מנת שלא יעמוד לדין עליה? לשון אחר: האם המרת עבירה בכופר כסף משמעותה ומשקלה כהרשעה לעניין עברו של הנאשם? התשובה לכך מצויה הן בפרקטיקה אותה מצינו בפסיקת בית המשפט, והן במישור הדין הראוי אותו מצינו במאמרו של מר ג' וינוגרד:

כך נקבע בת"א (תל אביב) 7528/88 (רוה"ח מ' (3) 243):

"איני לוקח כחשבון את טענת ב"כ המאשימה שהנאשם עבר ככר בעבר עבירה כזו והוטל עליו תשלום כופר, לפי בקשתו, מכיוון שאינני רואה זאת כהרשעה קודמת".

וכך מצינו במאמרו של ג' וינוגרד¹³:

"מקובל עלי כי במדינת חוק מתוקנת מועמד אדם לדין כל אימת שנתפס בקלקלתו ויש ראיות לכאורה על עבירה שביצע. נכון שבעצם האפשרות להמיר את העבירה בתשלום ממון, גדול הפיתיון, אולם אין לזה ולא כלום עם שלילת חופש הבחירה...

המרת עבירה בכופר כסף חוסכת למדינה, באותם המקרים הראויים לכך, טורח ועמל רב לכל אורך הדרך. כן חוסכת היא לחשוד - וזה למעשה השיקול המכריע לענייננו - את כל הצער והכושה הכרוכים כעמידה לדין פלילי ומדוע לא ישלם על כל אלה? לי נראה שאין בכך כל אלמנט של ענישה".

45. יצויין, כי כשם שתשלום הכופר אינו מהווה הרשעה בעבירה, כך הוא גם לא מהווה זיכוי. מדובר בסיטואציה שבה מחליטים הצדדים במודע כי חלף רישום פלילי הנעשה לאחר בירור האשמה, ירשמו הם לעצמם אינסידנט זה בזכרוןם ויעברו לסדר היום. משום כך, תשלום הכופר אינו מעביר מן העולם את המעשה או המחלף שבגינם נפתחה החקירה או החלו ההליכים הפליליים כנגד משלם הכופר. תשלום הכופר נרשם בתיקו של הנישום ויובא בחשבון במסגרת שיקולי הנציבות במקרה של בקשה להמיר עבירה נוספת בכופר¹⁴. ואולם, מצד שני, הוא גם אינו מהווה הודיה באשמה, כפי שנראה להלן.

ב(3) האם מהווה תשלום הכופר משום הודאה באשמה?

46. ד"ר א. נמדר בספרו פקודת מס הכנסה מבוארת (חושן למשפט - כרך ב' בעמ' 839, מציין כאמור:

"אין בתשלום הכופר משום הודאה בעבירה, אך גם אין בהפסקת ההליכים משום זיכוי הנאשם מהעבירות האמורות".

47. לכך ניתן גם להביא ראיה פשוטה.

סעיף 25 לחוק העבירות המינהליות, תשמ"ו - 1986 קובע כי:

"עבירה שנעברה כעבירה מינהלית, לא יחולו לגביה הוראות כל חיקוק בדבר כופר כסף".

ללמדך, כי בעוד שקנס מינהלי מהווה הודאה באשמה ותשלום קנס מכוח האשמה, הרי שכופר הוא מסלול אחר לחלוטין, עד שהמתקק קובע כי על עבירות מינהליות

13. ג' וינוגרד (שריג) "כופר כסף", הרבעון הישראלי למיסים דצמבר 53, 1977, 50.

14. ג' אמיר בספרו הנ"ל בעמ' 162.

לא ניתן לכפר ע"י תשלום כופר. במסגרת כופר משלם אדם כסף ומרצה את האינטרס הציבורי שלא במסגרת של קנס, אלא במסגרת הסכמית, לפיה לא תבורר כלל העבירה ותעצר כל חקירה לגביה.

48. ודוק, קנס מינהלי לא ניתן להשית בטרם בירור העבירה, או בטרם שהנאשם הודה בה. זוהי ענישה מינהלית, ותנאי לענישה הוא קיומה של אשמה. לא כן הוא הדין בתשלום כופר, הבא חלף בירור האשמה מלכתחילה והעוצר אף הליכים של חקירה בטרם משפט. דווקא משום שאין המדובר בעבירה מינהלית, אלא בעבירה של ממש, נחוץ הליך מורכב יותר של בירור האשמה, שעליו לוותר בנסיבות מסוימות תוך תשלום כופר.

49. אכן, מלשונו של סעיף 221 לפקודה עולה, לכאורה, כי תשלום כופר נעשה כאשר עובר אדם עבירה. שהרי סעיף 221 פותח במילים: "אדם שעבר עבירה לפי הסעיפים 215-220...". ואולם, בתי המשפט והמלומדים קבעו במפורש כי אין מדקדקים בעניין זה וכי לא רואים בבקשת הכופר משום הודאה בביצוע עבירה.

כך, למשל, קבע כב' השופט א. פלפל בעמ"ה 124/89 רוטברד ושות' בע"מ ואח' נ' פקיד השומה פתח תקווה, מיסים ה'4/ עמ' ה'108; פד"א י"ט 355:

"מן הראוי להוסיף ולהצביע בקשר לכך שבסעיפים אחרים בפקודה בהם אכן השתמש המחוקק במילים 'אדם שעבר עבירה' - משמעותם אינה הרשעה בעבירה. כך, למשל, נקבע בסעיף 221 לפקודה כי 'אדם שעבר עבירה לפי הסעיפים... רשאי הנציב... לקחת מידו כופר כסף, ואם עשה כן - ייפסק כל הליך נגדו על אותה עבירה..."¹⁵

50. בדומה לכך, מציין ג' אמיר בספרו הנ"ל בעמ' 371:

"ואם כי ס' 221 פותח בלשון 'אדם שעבר עבירה' ומצמצם את הסמכות לקחת כופר בתנאי שנעברה עבירה, אין מדקדקין בעניין זה ולא רואים בהכרח בבקשת כופר הודאה בביצוע עבירה".

כמו כן, מציין הוא במאמרו "נציב מס הכנסה - סמכויותיו והשימוש בהן", מיסים ז'6, בעמ' א-52, 59:

"סעיף 221 פותח במילים: 'אדם שעבר עבירה לפי הסעיפים 215-220, רשאי הנציב...'.¹⁶

בהסתמך על פתיח זה של הסעיף, הנציבות אינה מטפלת בבקשת כופר, אלא אם יש בה הודאה של המבקש כי עבר עבירה לפי הפקודה. אין לנוהל זה כל יסוד: סעיף 221, כסעיף 147, איננו מתייחס לעבירה של הנישום כתנאי להפעלת סמכותו של הנציב, כי אם לסברתו של הנציב, כי נישום עשה את אחד הדברים המפורטים בסעיף 217 או בסעיף 220 וסברה זו היא היסוד לפעולתו של הנציב לפי סעיף 147, כשם שסברתו של הנציב כי אדם עבר עבירה היא היסוד לפעולתו של הנציב לפי סעיף 221..."

15. וראה גם: עמ"ה 23/87 מ.ת.מ. בע"מ נ' פשמ"ג, פד"א י"ח 189;

ע' גבאי וא' צוקרמן "עבר עבירה' לצרכי סעיף 147(א)(2) לפקודת מס הכנסה", מיסים ה'4, עמ' א-29.

הנציב צריך להיות משוכנע כי אדם עבר עבירה ואזי רשאי הוא לקחת מידו - בהסכמתו של האדם - כופר כסף. מכאן, שלא הודאתו של אדם נחוצה כי אם חומר ראיתי שימש יסוד לסברתו של הנציב שפלוני עבר עבירת מס, אחת מאלה המנויות בסעיפים 215-220 לפקודה".

51. מן המקובץ עולה כי אין בתשלום כופר משום הודאה באשמה¹⁶.
אכן, נציבות מס הכנסה נוהגת להתנות את כפרת העבירה בהודאה בכתב של המשלם. במקרה כזה, לא עצם הכופר מהווה הודאה באשמה, אלא הודאתו של המשלם באשמה בכתב היא הבסיס הראיתי לקביעה כי הוא עבר את העבירה. ואולם, מקום שאין הודאה כזאת, הרי שתשלום הכופר כשלעצמו אינו מהווה הודאה.

ב(4) תשלום כופר וחזקת הזכאות

52. משראינו לעיל, כי כופר אינו מהווה הודאה באשמה ואף אינו מהווה ענישה, להבדיל מקנס מינהלי, אלא יש לראות בו הסכמה שלא לברר את שאלת האשמה, שבים אנו אל עקרונות היסוד החלים במדינה דמוקרטית ביחס לאדם שלא התבררה אשמתו.

בעניין זה, כלל גדול נקוט במערכת המשפט, כי אדם הוא בחזקת זכאי ואין לייחס לו מעשה פלילי, כל עוד לא הוכחה אשמתו. בעניין ברזילי ראינו כי חזקה זו אינה נסתרת, אף כאשר הוגדר אדם כעבריין לצורך הענקת חנינה. הדברים קל וחומר, מקום שבו מבהירה הפסיקה כי היותו של אדם עבריין אינו תנאי לתשלום הכופר, כפי שראינו בעניין רוטברד.

לעניין זה, יפים איפוא כהווייתם, דבריו של כב' השופט ח. כהן בבג"צ גולד נ' שר הפנים, פ"ד ט"ז 1846, בעמ' 1851:

"... אחד ממושגי היסוד של שלטון החוק, והוא שאין לייחס לאדם מעשה פלילי כל עוד לא הוכחה אשמתו בהליכים שיפוטיים כדין.
מדינות אשר בהן רשאית רשות מינהלית לקבוע אשמתו הפלילית של אדם, ללא הליך שיפוטי - אותם מושגי יסוד של שלטון החוק מהן הם והלאה, ובל היא חלקנו עמהן. אחת מזכויות היסוד של האדם, המוכרות בכל מדינה ששלטון החוק שולט בה, היא שכל אישום בפלילים יישמע ויתברר במשפט הוגן ופומבי, וכל עוד לא הוכרע בו על ידי בית משפט מוסמך, אין האישום מוכיח נגדו ולא כלום, והוא נחשב לחף מכל פשע".

16. קיימת אימרת אגב של כב' השופטת סירוטה בת"פ 319/86 מדינת ישראל נ' מטראני ואח', פס"מ תשנ"ג (2) 125, בעמ' 130, בה היא מציינת כי תשלום כופר הוא שיקול בין השיקולים לעונש בעבירה פלילית אחרת שעברו הנאשמים. ובלשונה: "הברירה היתה בידי הנאשמים והם מלווים ע"י רואי חשבון ועורכי דין. אם ראו לבקש המרה לכופר משמע שעברו עבירה". ואולם, זוהי אמירת אגב וכב' השופטת סירוטה מציינת בשורה הבאה לפסק דינה: "אין צורך לקבוע אם כופר דומה להרשעה. בראיות לעונש יכולה התביעה להביא ראיות לאופיו הרע של הנאשם או כפי שאמרה גב' אוסטפלד ראיות דופי". כלומר, גם השופטת סירוטה אינה קובעת כי תשלום כופר מהווה הרשעה. היא קובעת כי תשלום כופר הוא אות דופי באדם. ואולם, כפי שראינו בפרק הקודם, בפועל - עבירה שהומרה בכופר, היא דווקא עבירה שאין עימה קלון מוסרי.

כב' השופט ח' כהן ממשיך וקובע שם:

"ולא זו אף זו: זכות יסוד זאת, כמותה כרוב זכויות היסוד של האדם, ניתנת לו ועומדת לו לאו דווקא להגנתו מפני בית המשפט, כי אם דווקא להגנתו מפני הרשויות המינהליות. שהרי אינו דומה צרכו של אדם להגנה מפני הענישה ללא הרשעה תחילה, לצרכו של אדם להגנה מפני פגיעה בכבודו ובשמו הטוב ובשאר זכויותיו, בידי הרשויות המינהליות, בשל מעשהו הפלילי שטרם נשפט עליו".

נמצאנו למדים, כי זכות היסוד של חזקת הזכאות כל עוד לא התבררה אשמתו בדין, עומדת לו לאדם "לאו דווקא להגנתו מפני בתי המשפט, כי אם דווקא להגנתו מפני הרשויות המינהליות". זכות זו ניתנת לו, לא רק כדי שלא יענש כל עוד לא נשפט, אלא לשם הגנה על כבודו, שמו הטוב וכל זכויותיו.

מכאן נובע, כי מכיוון שהנישום לא נשפט ועניינו הסתיים בתשלום כופר, הרי שהוא בחזקת זכאי. חזקת זכאות זו עומדת במיוחד כלפי הרשויות המינהליות, ואלו אינן רשאיות לשלול ממנו את כשירותו לכהן במשרה ציבורית בלא שהתקיים הליך לבירור שאלת אשמתו.

ב(5) סיכום ביניים

53. לא זו בלבד שאין הוראת דין השוללת את האפשרות לכהן כדירקטור מקום שבו אין בפנינו פס"ד חלוט בעבירה שיש בה שחיתות מוסרית, אלא שבחינה מדוקדקת של מהות המושג כופר מלמדת כי מדובר במסלול חליפי לבירור אשמתו של אדם, מסלול שבו אין הודיה בעבירה ואין הרשעה בה, מסלול אשר אם עלו עליו הצדדים בהסכמתם, הם מגיעים ליעד שבו חוסה משלם הכופר תחת כנפיה של חזקת הזכאות והכשרות. זהו מותר הכופר על הקנס המינהלי.

בנסיבות אלה לא ניתן לתפוס את משלם הכופר בתשלומו ולהלקות אותו במישור הכשירויות האישיות שלו, על אף שאשמתו כלל לא התבררה. הוא רשאי, על כן, מכוח חזקת זכאותו להתמנות לכל תפקיד שהוא.

ג. תקנת השבים

54. לשיקולים שהובאו לעיל בדבר סוג העבירות שאותן ממירים בכופר ובדבר היעדר הרשעה והיעדר בירור האשמה, כאשר מדובר בהליך של המרת העבירה בתשלום כופר, יש להוסיף שיקול אחד נוסף.

הפסילה מכהונה ציבורית היא דבר העלול ללוות אדם לכל אורך חייו, ולהיזכר לו שנות דור לאחר ביצוע המעשה שיוחס לו. לא סביר, כי פרשייה שהתחוללה בתחילת דרכו של אדם, תעיב עליו במשך כל ימי חייו ותמנע ממנו, שנים רבות לאחר מכן, חירויות יסוד וכשירות לכהן במשרות שבהן עשוי הציבור להפיק תועלת מכשרונותיו וכישוריו. זהו דבר שאינו ראוי גם במסגרת של ענישה פלילית, בה נוהג העיקרון הגדול של תקנת השבים.

55. חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א 1981, מסדיר את ניהול המרשם של הרשעות, עונשים והחלטות אחרות במשפטים פליליים. מרשם זה, שבו מתעדים את

העבר של אדם, גם מציב גבולות לרדיפת העבר את ההווה. מגמתו של החוק לקדם אפשרות של שיקום ומחיקת העבר ביחס למי שלא שנה וחסא.

כך, קובע החוק, כי לאחר תקופת ההתיישנות שאורכה מותאם לעונש שנגזר על הנאשם, לא תתקיים מסירת מידע המצוי במרשם.

הוראה נוספת בחוק, קובעת כי עם חלוף 10 שנים לאחר תקופת ההתיישנות, נמחקת ההרשעה (סעיף 16 לחוק). סעיף 20 לחוק מבהיר את תוצאת המחיקה וקובע: "מי שנמחקה הרשעתו ייחשב לענין כל דין כאילו לא הורשע, וכל פסול שנפסל בשל ההרשעה, בין מכח חיקוק ובין מכח פסק דין, לרבות פסק דין בהליך משמעתי, בטל מיום המחיקה".

56. בדברי הכנסת המתייחסים לחוק זה, מצינו את דבריו של חבר הכנסת דוד גלס, שהיה יו"ר וועדת חוקה חוק ומשפט והביא את החוק לקריאה שנייה ושלישית: "מחיקת הרשעה מקנה לאדם שחטא את הזכות ליהנות מעבר נקי ללא דופי ומפתיחת דף חדש לחלוטין בחייו". (ד"כ 91 (תשמ"א) 2739).

מחיקת ההרשעה פותחת איפוא דף חדש לחלוטין בחייו של אותו אדם, ומשמעה כי גם דופי מוסרי אין בו, כל הרב שבדק נמחק כלא היה, והוא כשר לבוא בקהל עם ועדה לכל דבר ועניין. אם נשלול מאדם כזה את האפשרות להתמנות למשרות שונות, הרי שנמצאנו הופכים את הדף החדש לדף ריק שאי אפשר לכתוב בו מאומה ובכך תישלל המשמעות של פתיחת הדף החדש.

57. בעל"ע 18/84 כרמי נ' פרקליט המדינה, פ"ד מד(1) 353, 377, מציין כב' המשנה לנשיא השופט אלון:

"דרכו של המשפט העברי ועקרונות יסוד אלה בסוגיית שיקומו של העבריין שימשו נר לרגלי המחוקק בבואו לחוקק את חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים".

ובעמ' 381 לפסה"ד:

"כללם של דברים. כאשר בתי המשפט יידרשו, בבוא השעה והמקרה, לפרשנותו של החוק האמור, יהא עליהם להיזקק, במידה מיוחדת ומרובה, למערכת המשפט העברי בסוגיה גדולה זו. חובת היזקקות זו גדולה במיוחד לרגל חוק יסודות המשפט, תש"ם - 1980, הקובע את עקרונות מורשת ישראל, כמפורט בסעיף 1 לחוק זה, במקורות משפט משלימים של מערכת המשפט בישראל".

בהתאם לכך, מפנה כב' השופט אלון להלכה הפסוקה ברמב"ם, סנהדרין, יז, הלכות ז"ט:

"כל מי שחטא ולקה - חוזר לכשרותו, שנאמר: 'ונקלה אחיד לעיניך', כיון שלקה הרי הוא כאחיד... .

כהן גדול שחטא לוקה... וחוזר לגדולתו;

אבל ראש הישיבה (היינו, נשיא הסנהדרין - מ' א') שחטא... אינו חוזר לשררותו, גם אינו חוזר להיות כאחד משאר הסנהדרין...".

דהיינו רק שופט אינו יכול לשוב למשרתו השיפוטית לאחר שכשל פעם אחת

בעבירה פלילית. לעומת זאת, כל נושא תפקיד שלטוני אחר, לרבות משרה הדורשת רמה מוסרית גבוהה ביותר, כגון כהן גדול בבית המקדש ראוי לשוב ולכהן במשרתו, לאחר ריצוי ענשו.

58. כב' השופט קיסטר בעל"ע 1/68 פלוני נ' היועמ"ש, פ"ד כב(1) 673, 677-679, הבהיר כי חבר סנהדרין אינו יכול לשוב לתפקידו, מחמת סיבות מיוחדות (חשש שמא יזלזלו בו חבריו לסנהדרין, חשש שמא יתנקם כשופט באלה שדנהו, וכיו"ב). ואולם, כב' השופט קיסטר מצייין:

"המקרים הנ"ל היוצאים-מן הכלל, באים ללמד על הכלל כולו: אין לנעול את הדלת בפני השבים באמת ובתמים, אדרבה, באין נימוק כבד-משקל יש לאפשר להם לחזור למסלול חייהם, למשלחידים ואף לתפקידם".

נמצא כי אדם שחטא, קיבל את עונשו ושב מדרכו הרעה, ראוי להתמנות למשרות בכירות ביותר (למעט למשרת שופט).

ואם הדברים מכוונים ביחס למי שהורשע וריצה עונש, על אחת כמה וכמה שיפיהם הם הדברים ביחס למי שכלל לא הורשע.

59. בהקשר זה יפים הם כהוותם דבריו של פרופ' ש.ז. פלר במאמרו "הרהביליטציה, מוסד משפטי מיוחד מחויב המציאות", משפטים א' 497 בעמ' 509 - 510:

"סבורנו כי קשה יהא לחלוק על כך כי הרהביליטציה, כאקט של ריסוציאליזציה סופית של העבריין, לאחר שפיטתו, חיובו בדין, ריצוי העונש והוכחה עצמית במשך זמן מסוים, מהווה עניין של זכות האדם, אשר במימושה על ידי כל אדם בעל עבר פלילי, מעוניינים, באותה מידה, החברה ואותו אדם גם יחד.

יש וחייב פלילי חמור יותר בתוצאות הלוואי שלו מאשר בעצם העונש שהוטל. הכוונה לפסולים והמומים השונים המתלווים אל החיוב או הנובעים ממנו; די להזכיר, כי החיוב בדין על 'עבירה שיש עימה קלון' מצמיח את הפסול הפורמלי לעסוק במספר מקצועות לא מבוטל, פרט לפסולים הבלתי פורמליים הדבקים באדם אשר חייב להצהיר על עצמו כי הוא בעל עבר פלילי.

האם מטרה זו מתיישבת עם עצם משימות הענישה? האם רצוי למנוע מאדם לנצח מלהיות פקיד ציבורי, או עורך דין או מלחזור למקצועו, כתוצאה מחיוב בדין על שעבר פעם עבירה פלילית? כלום תהא זו מטרה רצויה לחייב אדם לכל חייו להצהיר על כך בכל הזדמנות שהיא, כאשר עליו לספק נתונים אישיים?

...

גם החברה, ככל גוף שהוא, מעוניינת, כאמור, לצמצם את מספר בעלי המום המרכיבים אותה וליתן להם את האפשרות להשתתף באופן חיובי בחיי החברה לפי מלוא כושרם, יכולתם ומומחיותם, כאשר הוכיחו כי עמדו במבחן השיקום. הנצחת הנכות החברתית והמשפטית כאשר אין כבר צורך בכך, עשויה גם לפעול לרע בכיוון יצירת תיסכולים שונים אצל אלה הסובלים מכך ולדחוף אותם שוב לסטות מן הערכים החברתיים אשר הציבור מעוניין בהם.

לגבי דינדנו, אין אנו רואים כיצד ניתן להתעלם מן הצורך ליתן לכל בעלי עבר פלילי את האפשרות להחזיר את מעמדם לקדמותו".

60. נושא הרהביליטציה קיבל לאחרונה משמעות מיוחדת, משנחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. וכך מציין כב' המשנה לנשיא, השופט מ' אלון, בבג"צ 1935/93 מחפוד נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מח(1) 752, בעמ' 766:

"נושא חשוב, עקרוני וקונסטיטוציוני זה קיבל לאחרונה משמעות מיוחדת, משבא לעולמנו חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר קובע בסעיפים 2 ו-4 שבו, בין היתר, את זכות היסוד של האדם לשמירה ולהגנה על כבוד האדם, ובסעיף 7 את זכות היסוד של כל אדם לפרטיות ולצנעת חייו. דומה, כי עקרון כבוד האדם מחייב כי מי שמעד וחטא, ועל ידי כך פגם בכבודו, תינתן לו האפשרות לשוב בתשובה שלמה, ולפתוח דף חדש, נקי ומכובד בחייו ולחזור ולזכות בפרטיותו ובצנעת חייו. מובן ואין צריך לומר שאף נושא זה של מתן אפשרות לשוב בתשובה שלמה, של ריהביליטציה - ככל ערך על זכות יסוד - יש לקיימו ולבצעו על פי עקרון האיזון שבסעיף 8 לחוק היסוד האמור, היינו במידה וכל עוד הוא "הולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית הראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש".

וערכיה של מדינת ישראל, הלוא המה ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית, כאמור בסעיף הראשון של חוק היסוד האמור".

61. בהתאם לעקרונות אלה, הנוגעים לחירויות היסוד של האדם, מן הדין הוא שלא לגרום נכויות ואי כשירויות שירדפו אדם כל ימי חייו, וזאת, אף אם עבר עבירה פלילית. העבר הפלילי מחייב את העבריין לשאת בעונש ואף להוכיח לחברה לאחר ריצוי העונש כי הוא ראוי לשוב ולהימנות בין ישרי הדרך שבה. ואולם, משחלפה תקופה ארוכה מעת שנעברה העבירה, שב הוא אל החברה לכל דבר ועניין והוא כשיר לכהן בכל תפקיד שהוא.

62. בהתאם להלכת מחפוד, נמצא כי אם מבקשים לשלול מאדם כשירות לכהן במשרה מסוימת, מחמת פרט מסוים בעברו הרחוק, בלא שיימצא לכך עיגון בחוק, הרי לא זו בלבד שנפגעו זכויותיו עפ"י חוק יסוד: חופש העיסוק, אלא שנפגעו גם זכויותיו עפ"י חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בשני חוקי יסוד אלו נקבע כי אין לשלול את חריות היסוד בלא שיהא לכך עיגון מפורש בחוק. נראה, על כן, כי אף אילו היינו מגיעים למסקנה לפיה יש בתשלום כופר קורלציה להרשעה בהליך פלילי, גם אז היה מן הראוי לאפשר למשלם הכופר להתמנות לתפקיד ציבורי לאחר שחלפה התקופה היוצרת הרהביליטציה מכוח תקנת השבים אף בסיטואציה של הרשעה בפלילים.

ד. מסקנת הדברים

63. מסקנת הדברים היא באחת, כי תשלום כופר אינו הרשעה, אינו הודיה בעבירה, ואדרבא - הוא אות לכך שאין המדובר בעבירה שיש בה פגם מוסרי. משכך הם פני הדברים, סבורים אנו כי אין לפסול מחמתם את משלם הכופר מכהונה כדירקטור בתאגיד בנקאי. בהקשר זה גם סקרנו את הוראות הדין הספציפיות, הנוגעות לכהונת נושאי משרה בתאגיד בנקאי, ונוכחנו כי אין הוראה כלשהי בחוק ובתקנות, הפוסלת

מינוי של משלם כופר לכהונה זו.

64. ניתוח פסה"ד בעניין רבינוביץ' וגינורסר הוליד אף הוא למסקנה זהה, שהרי אף אחד מארבעת המבחנים שנקבעו בפס"ד גינורסר לפסילת מועמד למשרה ציבורית, אינו מתקיים ביחס לכהונת משלם הכופר כדירקטור בבנק.

65. בהקשר זה, עמדנו במיוחד על התנאי השלישי של פס"ד גינורסר, לפיו, כדי לפסול אדם מלכהן בתפקיד ציבורי, מן ההכרח כי העבירה המיוחסת לו תהא מסוג המעשים המטילים אות קין מוסרי על מצח מבצעם. עבירות המומרות בכופר הן, בהתאם להלכה הפסוקה ולפרקטיקה הנוהגת, עבירות שאין עימן קלון מוסרי. יש להניח, על כן, כי אילו היה מדובר בעבירה של שחיתות מוסרית לא היתה הרשות מוסמכת להמירה בכופר והיא לא היתה עושה כן. חזקת הכשרות של הרשות מצטרפת איפוא לחזקת הכשרות של המועמד לכהונה ציבורית, ומחייבת, אף היא, את המסקנה כי אין המדובר בעבירה של שחיתות מוסרית. ומכאן הנגזרת הישירה היא, כי לא יעלה על הדעת להכתיים את משלם הכופר ואף לפסול אותו בפועל מכהונה בתפקידים ציבוריים, בהיעדר מעשה שיש עימו קלון. ואכן, בעניין רבינוביץ' יצא בית המשפט מנקודת הנחה כי המרת אישום בכופר מעידה על קלות העבירה, וכי מינוי של משלם כופר לכהונה ציבורית רמה, אינו חורג ממיתחם הסבירות.

66. זאת ועוד, בחינה מדוקדקת של מהות המושג כופר מלמדת כי אין המדובר בהליך של הודאה באשמה, מעין זה הנקוט בעיסקת טיעון, אלא במוסד המהווה חלופה לבירור אשמתו של אדם. זהו מסלול שבו אין הודיה בעבירה ואין הרשעה, מסלול אשר אם עלו עליו הצדדים בהסכמתם, הם מגיעים ליעד שבו חוסה משלם הכופר תחת כנפיה של חזקת הזכאות והכשרות. זהו מותר הכופר על הקנס המינהלי. בנסיבות אלה לא ניתן לתפוס את משלם הכופר בתשלומו ולהלקות אותו במישור הכשירויות האישיות שלו, על אף שאשמתו כלל לא התבררה. הוא רשאי, על כן, מכוח חזקת זכאותו, להתמנות לכל תפקיד שהוא.

67. כמו כן, עמדנו על הגיונותיו של עיקרון תקנת השבים. מכוח עיקרון זה הסקנו, כי אף אילו היינו מגיעים למסקנה, לפיה יש בתשלום כופר קורלציה להרשעה בהליך פלילי, גם אז מן הראוי היה לאפשר למשלם הכופר להתמנות לתפקיד ציבורי לאחר שחלפה התקופה היוצרת רהביליטציה מכוח תקנת השבים, אף בסיטואציה של הרשעה בפלילים. בהקשר זה, ראינו בפסיקת בית המשפט העליון, כי אף אדם שחטא בפלילים ואשמתו הוכחה בהליך משפטי שהסתיים בהרשעה, אם הוא קיבל את עונשו ושב מדרכו הרעה, ראוי הוא להתמנות למשרות בכירות ביותר (למעט למשרת שופט). דברים אלו יפים מקל וחומר ביחס למי שכלל לא הורשע.