

## הגשת כתב אישום כעילה להעברת דירקטור מתפקידו הערה אגב הצעת חוק החברות החדש

השופט בעז אוקון\* ועו"ד עודד שחם

הצעת חוק החברות החדש קובעת כי דירקטור שהוגש נגדו כתב אישום יועבר מתפקידו. הוראה זו פוגעת בזכות להליך ראוי. האם היא עומדת במבחני חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו?

"גזר הדין אינו ניתן בבת אחת, ההליך מתקדם בהדרגה עד שהוא הופך לגזר דין" אומר הכומר לק' ב"משל על המשפט" המופיע בספר המשפט של קפקא<sup>1</sup>. הכומר מתאר תהליך הנבנה מעצמו, הנטול למעשה שליטה נראית לעין. הטענה של ק' לפיה אינו אשם, נדחית בטיעון: "אבל כך נוהגים כל הנאשמים לדבר". פתיחתו של הליך פלילי נגד אדם כרוכה כמעט מתחילת הדרך בתהליך הדרגתי של סטיגמטיזציה או הקלנה. חזקת החפות, בהיותה כלי משפטי, אינה יכולה לתת מענה מלא לאותה הקלנה המשקפת מציאות עובדתית. ההקלנה ניזונה מעצם קיום ההליך. ההנחה היא שרשויות התביעה עושות את עבודתן באמונה ואם כך, גרעין החדש אינו בנוי על אדני שווא. הוא גם מקבל חיזוק מכלי התקשורת השונים אשר עמדתם יכולה להיות מוטה לכיוון המאשימה. האינפורמציה המתקבלת מכתב האישום תומכת בקו זה. הטענה של חוסר אשמה, לעומת זאת, היא טענה המועלית תדיר, כאמור, על ידי נאשמים רבים<sup>2</sup>.

חשוב להבחין בין הקלנה הנעשית על ידי בית המשפט, בגדרם של הכרעת הדין או גזר הדין, לבין זו הקודמת להכרעה המשפטית. הקלנה שמקורה בהכרעת הדין היא תוצאת לוואי של עצם ההרשעה. היא יכולה ללבוש צורה פורמלית באותן

\* שופט בית המשפט השלום בתל-אביב-יפו. מרצה מן החוץ באוניברסיטת ת"א ובמכללה למינהל.

1 פ' קפקא המשפט (תשנ"ב) 202.

2 בפרשת *Taylor V. Kentucki* 436 US 487 (1987) (להלן: פרשת *Taylor*) עשה בא כוח המאשימה שימוש במוטיב דומה. הוא מציין בפני המושבעים כי חזקת החפות עומדת לנאשם, כפי שעמדה לכל אותם נאשמים המצויים היום מאחורי סורג ובריה. הערה זו שימשה בסיס לתקיפת ההרשעה, תקיפה שנכשלה.

נסיבות בהן בית המשפט קובע מפורשות כי העבירה נושאת עמה קלון<sup>3</sup>. ההקלנה יכולה לנבוע מתוצאת פסק הדין או נימוקיו, אף ללא צורך בקביעה מפורשת של בית משפט<sup>4</sup>. מניחים כי הקלון הוא אמצעי נחרץ בשיטה המשפטית. הקלון מהווה תחנת ממסר לגינוי ההתנהגות החברתית. הוא משגר את תחושת החברה כלפי הפרט ומעצים את העידוד לשמירת הנורמות החוקיות<sup>5</sup>. ואולם משרת יעיל זה עלול להפוך לארון מסוכן מקום בו ההקלנה נעשית על יסוד הנחת אשמה, או מקום בו נגבה המחיר מן החשוד על יסוד עצם ההחשדה. הקלנה זו אינה תוצאה של הליך משפטי בו התבררו העובדות. היא יכולה לנבוע מעצם הגשת כתב אישום<sup>6</sup>. תהליך ההקלנה, או השפיטה המוקדמת, הוא אפוא גם שאלה שבעוכרה. על כן קשה לגרום לשינוי אווירה רק בכלים משפטיים. עם זאת, הכלים המשפטיים יכולים לקדם תרבות של מניעת שפיטה מוקדמת או על כל פנים לבלום נטייה כזו. באותו אופן יכולים הכלים המשפטיים להמריץ את תהליכי השפיטה המוקדמת.

אחד המוקדים המרכזיים בשלב החקירה או ההעמדה לדין בהם יכולה שפיטה מוקדמת להביא לתוצאות קשות, הוא עיסוקו של החשוד. פגיעה בעיסוק, מעבר להשפעתה הקשה על מצבו הכלכלי של החשוד, יכולה להביא לתוצאות הרסניות מבחינת מעמדו כלפי יתר בני ובנות החברה. לא פעם פגיעה כזו אינה דומה מבחינת חומרתה לסיכון הסופי הגלום בענישה לה חשוף הנאשם. פגיעה כזו יכולה להיעשות רק בגיבוי של השיטה המשפטית. היא מקרינה על כן בעת ובעונה אחת גם על מצבו העובדתי של החשוד וגם על זכויותיו המשפטיות. דוגמא ליחסי הגומלין בין הסטיגמה כעניין שבעוכרה לבין כלי משפטי, אשר

- 3 לעתים קביעת הקלון מתבקשת מכוח הסדר חקיקתי, המאפשר פנייה לבית המשפט לשם הכרעה בשאלת הקלון. זהו המצב מכוח חוק הרשויות המקומיות (בחירת ראש הרשות וסגניו וכהונתם), התשל"ה – 1975, סעיף 20(א).
- 4 לצורך רשימה זו אין טעם לעמוד על ההבחנות השונות בין קביעת קלון מפורשת לקביעה משתמעת, שכן הרשימה מתמקדת בפגיעה באדם במהלך ההליך המשפטי ולא לאחריו. עם זאת, יש לשים לב, כי לא בכל ביצוע עבירה דבק קלון מן הבחינה הנורמטיבית. שאלת הקלון בוחנת אם מדובר בעבירה אשר נסיבות ביצועה מעידות כי בעברייך נפל פגם מוסרי חמור (בג"צ 251/88 עזרה נ' ראש המועצה המקומית ג'לג'וליה, פ"ד מב(4) 837).
- 5 השו" H.L. Hart *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (Oxford, 1968). הארט אומר כי המשפט הפלילי הנו מסגרת בה קובעת החברה כי פעולות מסוימות הן אסורות, ומבטיחה את הציות לאיסורים הללו על ידי הגדלת התמריצים לפעול לפיהם והפחתת הרתף להתעלם מהם. נראה כי הסטיגמה היא סוג כזה של תמריץ.
- 6 השו" דברי בית המשפט בע"א 3199/93 קראוס נ' ידיעות אחרונות, פ"ד מט(2) 843, 855, שם נאמר כי "לא יכול להתעורר ספק כי פרסום אודות חקירה משטרתית המתנהלת נגד פלוגי פוגע בשמו הטוב. אף כי מבחינה משפטית עומדת לו חזקת החפות כל עוד לא הוכחה אשמתו במסגרת הליך שיפוטי, יש בפרסום כזה כדי לבקוע בקיעים בחזקה האמורה בענינו של הקורא הסביר. בקיעים אלה אינם מביאים אמנם, לקריסתה של חזקת החפות, אולם די בכך כי קיומם יעיב ויאפיל בעיני הקורא על טוהר מידותיו של אותו פרט כדי שהפרסום יהווה לשון הרע".

יכול להעצים אותה, ניתן למצוא בהצעת חוק החברות, התשנ"ו – 1995<sup>7</sup>. הצעה זו קובעת בסעיף 256 את ההסדר הנוגע לפקיעת כהונתו של דירקטור לפני תום התקופה לה נתמנה. בין היתר קובעת ההוראה כי כהונת דירקטור תיפסק אם:

"(5) הוגש נגדו כתב אישום על אחת מן העבירות המנויות בסעיף 262, אלא אם כן התקבלה החלטה באסיפה כללית שלפיה ימשיך לכהן על אף הגשת כתב האישום".

העבירות המנויות בסעיף 262 מתייחסות להוראות חוק העונשין, התשל"ז – 1977, העוסקות בעבירות שוחד (סעיפים 290–297), להוראות העוסקות בעבירות מרמה (סעיפים 414–438) וכן לעבירות לפי חוק ניירות ערך, התשכ"ח – 1968. כן קיימת הוראת סל המתייחסת לכל עבירה אחרת, "שלדעת היועץ המשפטי לממשלה יש עמה קלון".

בחינת המשך כהונתו של אדם עקב הגשת כתב אישום משליכה על שאלת ההקלנה המוקדמת. במובנים רבים, השעיה או פיטורין מהווים גם מבשרים של ההקלנה וגם הדים לה. הם נובעים מההנחה כי בעצם הגשתו של כתב אישום יש משום אירוע, המצדיק בחינה מחודשת של התאמת הדירקטור לתפקידו. עם זאת, עצם הבחינה ובעיקר התוצאה של הפסקת הכהונה, מהווים חזיון נוסף להנחה משתמעת אחרת, לפיה אין מדובר בהטחת אשמה של מה בכך. האם ניתן למצוא להסדר זה הצדקה ממשית? זוהי השאלה העומדת במרכז רשימה זו. מובן כי השאלה יכולה להתעורר גם בנוגע לעיסוקים אחרים. הצעת החוק מעוררת עניין מיוחד, הואיל ומדובר בהצעת חוק הכפופה לביקורת חוקתית.

על מניעת הפגיעה בחשוד או בנאשם חולשת זכות היסוד להליך ראוי. זכות זו הוכרה בזכות בת של הזכות לכבוד<sup>8</sup>. ואולם עצם ההכרה בזכות יסוד זו אין בה כדי ליתן ערובה למניעת כל פגיעה בחשוד או בנאשם, אפילו מן הבחינה הנורמטיבית. הזכות להליך ראוי אינה יכולה לשמש מגן מוחלט מפני התוצאות הנלוות לעצם תהליך ההחשדה או ההעמדה לדין. כך, למשל, יכולות ההחשדה או הגשתו של כתב אישום, לגרום למעצרו של אדם, אם לצד אלה קיים יסוד סביר לחשש מפני פגיעה באינטרס מוגן אחר. אינטרס כזה יכול להיות בין השאר מניעת שיבוש הליכי החקירה, ביטחונם של אדם אחר או ביטחון הציבור<sup>9</sup>. לעומת הסדרת המעצר והחיפוש באמצעות הסדר כולל, אין הסדר חקיקתי כזה בנוגע לאפשרות השעייתו של אדם מתפקידו או מעיסוקו<sup>10</sup>. ואולם לא פעם מועלית טענה לפיה הגשת כתב

7 הצעת חוק החברות, התשנ"ו – 1995, הצ"ח 2432 (להלן: הצעת החוק).

8 ראו בש"פ 537/95 גנימאת נ' מ"י, פ"ד מט(3) 355 (להלן: פרשת גנימאת); ע"פ 2910/94 יפת נ' מ"י, פ"ד נ(2) 221, 368 (השופט דב לויין).

9 ראו חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים), התשנ"ו – 1996. סעיף 13 דן במעצר לפני הגשת כתב אישום.

10 קיימים בדין הסדרים ספציפיים לעניין זה. ראו, למשל, חוק שירות המדינה (משמעת),

אישום צריכה להשליך על המשך כהונתו של אדם בתפקיד ציבורי. טענה זו חלחלה כפי שראינו אל הצעת חוק החברות. האם ההסדר המוצע מתיישב עם הזכות להליך ראוי?

### ההליך הראוי ופגיעה מוקדמת בנאשם

הזכות להליך ראוי הוכרה כזכות יסוד פרטיקולרית "כלי שם". הכוונה היא לאותן זכויות יסוד הנגזרות מזכויות מסגרת, הקבועות בחוק היסוד<sup>11</sup>. מבחינה זו הוכרה הזכות כזכות הנגזרת מן המונח "כבוד"<sup>12</sup>. ואולם נראה כי אין זה המקור היחיד לשאיבת הזכות. הזכות להליך ראוי נושאת אופי מיוחד. זוהי זכות הנלווית ליתר זכויות היסוד. היא חולשת על צורת הבירור המתחייבת קודם לפגיעה בזכות יסוד אחרת. היא נועדה להבטיח, כי לפני שפוגעים בזכות יסוד אחרת, כמו למשל הזכות לחירות או לכבוד "מקיימים הליך כדי לברר, האם הפגיעה מוצדקת והאם היא נחוצה להגנת היתרון שהיא אמורה להבטיח"<sup>13</sup>. מנקודת מבט זו מציגה הזכות להליך ראוי דרישה לקיומה של מידתיות, לא רק בהיבט המהותי של איזון בין הערכים המתנגשים, אלא גם בבחירת הפרוצדורה אותה יש לנקוט כדי להצדיק את הפגיעה. המידתיות כוללת מכוח זכות היסוד להליך ראוי גם דרישה לפיה הערך שבשמו מבקשים להגביל את זכות היסוד יוכח כראוי<sup>14</sup>.

גם פסקאות ההגבלה שבחוקי היסוד קובעות כי אין לפגוע בזכות היסוד אלא במידה הראויה. פסקאות אלה מציגות דרישה לשקילה של חומרת הפגיעה מול התכלית המתבקשת. ואולם הדרישה כוללת גם בחינה של דרכי ההוכחה שנקבעו לשם שקילה ערכית זו. כך, למשל, חקיקה הקובעת כי ניתן לפגוע בזכות לחירות רק בשל סכנה מידית וודאית לשלום הציבור, אין לה משמעות אם הקביעה מסורה בידי פקיד, היכול לפעול ב"לא זכות טיעון לנוגע בדבר" או "לפי שיקול דעתו המוחלט"<sup>15</sup>. היא תהיה ריקה מתוכן גם אם ייקבע, כי אין צורך לברר בראיות או בהליך שיפוטי כלשהו את קיומה של אותה סכנה. מבחן המידתיות כולל בתוכו מרכיב הנוגע לדרך הבחינה של קיום התכלית שהפגיעה בזכות היסוד מבקשת

התשכ"ג—1963, סעיף 48. החוק קובע הסדר שלם, הנוגע גם לתשלום השכר בתקופת ההשעיה וגם לעילות הנחרצות לצורך הפעלתה.

11 לגזירת זכויות מתוך מנחי המסגרת ולמונת זכות כלי שם ראוי: א' ברק פרשנות כמשפט (כרך ג, תשנ"ד) 358.

12 שם, בע' 431; כן ראו לעיל הערה 8.

13 ר' גביון זכויות אדם בישראל (צ' דרורי עורכת, תשנ"ד) 125.

14 השוו לבג"צ 987/94 יורונט קרוי זהב (1992) בע"מ ג' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412. נקבע שם כי כל החלטה לפגוע בזכות יסוד צריכה להיתמך בראיות ממשיכות ולא בחששות עמומים.

15 השוו: ד"נ 16/61 רשם החברות ג' כרדוש, פ"ד טז(2) 1209.

לקדם. כמובן זה פסקת ההגבלה מהווה "חגורת ביטחון" נגד פגיעה בזכות היסוד שלא לפי הכללים הנדרשים מכוח הזכות להליך ראוי<sup>16</sup>. על כן, הזכות להליך ראוי משתקפת גם בכל אחת מפסקאות ההגבלה המצויות בחוקי היסוד.

אותו דין חל גם בקשר לפסקת הכיבוד שבחוקה. לפי פסקה זו, כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את זכויות היסוד. פסקה זו טרם קיבלה פרשנות ממצה. נראה, עם זאת, כי היא מחייבת את רשויות השלטון לפעול על פי אמות המידה הקבועות בפסקת ההגבלה, גם כאשר אין מדובר בפעולות חקיקה<sup>17</sup>. לפי זה, פסקת הכיבוד מחילה את מבחני פסקת ההגבלה על כל רשויות השלטון. בתוך כך נדרשות הרשויות לפעול באופן מידתי. אמת מידה זו חובקת בתוכה, כאמור, גם דרישת משנה לפיה לא תיעשה הפגיעה בלא בירור מספיק.

מכאן שמה שניתן לראות דרך המנסרה של הזכות לכבוד, כאחת מהזכויות הנגזרות של אותה זכות, ניתן לראות גם דרך העדשות של פסקת ההגבלה כאחד המרכיבים של דרישת המידתיות. אדם המואשם ללא בדיקה מספקת, או אדם שניטלה ממנו זכות יסוד ללא בדיקה כזו, "נפגע פעמיים: הוא מסתכן בפגיעה בלתי מוצדקת בזכויותיו, וההתנהגות כלפיו פוגעת באורח מידי בכבודו וביכולתו לשלוט בחייו"<sup>18</sup>. ייתכן לסבור כי עדיף לגזור את הזכות מן המונח כבוד ולא להותיר אותה כפיתוח משנה לפסקת ההגבלה. גזירת הזכות מן המונח כבוד תדגיש את אופיה המהותי. אין ספק כי שילת זכות יסוד ללא בירור או ללא מתן אפשרות להתגונן פוגעת בזהות העצמית של האדם. על כן היא נמצאת בתוך הגרעין הקשה של המושג כבוד. זיהוי הזכות גם במסגרת מבחן המידתיות, יחייב להשקיף על פסקאות ההגבלה והכיבוד כעל שלוחות או הוראות סניף של העיקרון הכללי הנוגע להליך ראוי, הבאות להגשים זכות להליך כזה. זיהוי הפסקאות ברוח זו יקנה להן חוסן נוסף וייצוק להן תוכן נוסף, הנוגע להיבט הפרוצדורלי של בחינת המידתיות. כך תהיה הזכות להליך ראוי, בעת ובעונה אחת, גם מקור עצמאי לדרישת המידתיות וגם בת חסות שלה.

16 גישה זו עולה גם מדברי השופט גולדברג בבג"צ 4914/94 טרנר נ' מבקרת המדינה, פ"ד מט(3) 771, 790. השופט גולדברג קובע שם כי "הערך המוגן של כבוד האדם, בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אף הוא מחייב את המסקנה כי גם פגיעה בכבוד האדם לתכלית ראויה, לא ראוי לה שתיעשה קודם שמיצה, מי שכבודו עלול להיפגע, את זכות הטיעון, כמובן של קבלת חומר הראיות בשלמותו והזדמנות להגיב עליו, זכות שהיא 'חגורת ביטחון' כנגד פגיעה 'העולה על הנדרש'". השופט גולדברג קושר את פסקת ההגבלה עם עקרונות בסיסיים של הליך ראוי.

17 ראו גישת השופטת דורנר בבג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94. לדעת השופט ברק חלה דרישת המידתיות, כעילה עצמאית במשפט המינהלי, במישורין על כלל רשויות השלטון, ראו בג"צ 3477/95 בן עטיה נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד מט(5)

1.

18 לעיל הערה 13.

הזכות להליך ראוי נותנת ערובות למניעת פגיעה בלתי מוצדקת באדם. הערובות מתבטאות בזכויות, שנועדו לאפשר לאדם להשתתף באורח פעיל בהליך היכול לחשוף אותו לפגיעה באחת מזכויותיו. בעיקר נהוג לעמוד על הזכות להישמע בפני מותב נעדר משוא פנים. זכות זו כוללת כמוכן את הזכות לדעת מה טיב הטענה המועלית נגד האדם, לצד סל מסוים של זכויות דיוניות מינימליות. אין צורך לעמוד כאן על היקפן של זכויות אלה<sup>19</sup>. ואולם תכלית הזכויות חשובה. הזכות להליך ראוי מונעת את הפיתוי לפגוע בפרט בשם אינטרס כללי או ציבורי חשוב, ללא בדיקה מספקת ובלא הליך שיפוטי שבאמצעותו יתבררו העובדות הרלבנטיות. הזכות עומדת לאדם גם אם מולה ניצב אינטרס של הכלל. תהיה זו הפרדה פשטנית מדי לומר כי הזכות מפרידה בין אנשי ההליך המשפטי לבין הטוענים בשם הסדר הציבורי או טובת המדינה. אך ניתן לומר כי הזכות להליך ראוי נועדה לפעול באותו רובד "החוצה לרוב את לבו של כל אדם. אותו צד שבנו המקריב את החפות ודבק בדעה הקדומה, המרשיע בלא הוכחה, הבוחל בדעות חלוקות, הממציא אשמות שוא, העוטה על האינטרס האישי כסות של עניינים העומדים ברומו של עולם, השוחר חירות לעצמו בלבד"<sup>20</sup>.

ניתן עתה להתקדם צעד אחד הלאה ולבחון את משמעות הזכות להליך ראוי ואת השלכתה על המשך כהונתו של דירקטור בתפקידו לאחר הגשת כתב אישום.

### הליך ראוי והעברת הדירקטור מתפקידו

הזכות להליך ראוי כוללת בחובה את חזקת החפות. חזקה זו פועלת בתחומו של ההליך הפלילי, אך לא ניתן לצמצמה אליו. ודאי יש מקום לחזקה בכל אותם עניינים המהווים תולדה של ההליך הפלילי<sup>21</sup>. בתוך כך עולה מחזקה זו כי "אדם הוא בחזקת כשרות כל עוד לא הורשע, גם אם הועמד לדין"<sup>22</sup>. משמעותה המלאה של החזקה לא נדונה באורח מלא לאחר חקיקת חוקי היסוד. כפרשת *Coffin v. U.S.*<sup>23</sup>, קבע בית המשפט העליון של ארצות הברית כי החזקה יוצרת ראייה עצמאית

19 ראו L.H. Tribe *American Constitutional Law* (N.Y., 2 nd, 1988) 629. בגדרה של הזכות להליך ראוי נכללים נושאים נוספים ובהם איסור על חקיקה עונשית טרוראקטיבית וכן מניעת חקיקה המופנית כלפי קבוצה מסוימת ומוגדרת (חקיקה במקום הליך שיפוטי).

20 לקוח מהקשר אחר: ז' ד' ברדן פרשת דרייפוס (תשנ"ב) 690.  
21 ראו לעניין זה את פסק דינה של השופטת בן פורת בבג"צ 338/77 ברסלאו נ' המפקח על מטבע חוץ, פ"ד לב(3) 29. השופטת בן פורת מעגנת בין השאר בחזקת החפות את השקפתה כי לא ניתן לעשות שימוש בסמכות ההחרים מטבע זר מאורח, כל עוד לא הורשע האזרח בהליך פלילי בחזקת המטבע הזר שלא כדיון.

22 דברי השופט קיסטר בבג"צ 224/73 הראל נ' גלעדי, פ"ד כח(1) 337, 343.  
23 *Coffin v. U.S.* 156 US 432 (1895). ההנחיה למושבעים כאותה פרשה כללה אמירה הנוגעת להוכחה מעבר לספק סביר, בלא ציון החזקה בדבר חפות. בית המשפט העליון של ארצות הברית פסל את ההנחיה האמורה.

לחפותו של אדם. החזקה עצמה נתפסה כמכשיר הוכחתי היכול לבסס את הספק הסביר בדבר אשמתו של נאשם. גישה זו מותנה בפרשת *Taylor*<sup>24</sup>. נקבע כי מטרת החזקה אינה להוות חלק מן המצע העובדתי ממנו מושכים את הכרעת הדין. חזקת החפות ושאלת הספק הסביר לא נתפסו כקונספציות נפרדות. החזקה מכוונת לתאר את תפקיד התביעה לספק ראיות, שיש בהן כדי לשכנע באשמת החשוד מעבר לספק סביר. לפי זה מטרת החזקה היא להרחיק כל חשד העולה מעצם המעצר או הגשת כתב האישום. החזקה נועדה להבטיח כי הנאשם יישאר ללא פגע כל עוד לא הוצגו ראיות קבילות, הנוגעות למקרה הפרטי — להבדיל, למשל, מאפיון סטראוטיפי — המבססות את אשמתו מעבר לספק סביר<sup>25</sup>.

כך או כך, ברור כי החזקה נועדה למנוע פעולה מוקדמת נגד הנאשם על יסוד חשדות שלא הוכחו. טווח הפעולות שניתן לבצע נגד החשוד, על יסוד החשד, הוא מוגבל. הוא חייב להיות מבוסס על דבר חקיקה. ביתר העניינים עומדת לחשוד חזקת החפות. החזקה פועלת, או אמורה לפעול, גם במישורים שמחוץ לכותלי בית המשפט, כל עוד לא הוכח האישום<sup>26</sup>. שאלה זו עלתה לדין גם בבג"צ 94/62 גולד נ' שר הפנים<sup>27</sup>. באותו עניין נדונה עתירה נגד החלטת משרד הפנים, שלא להוציא לעותר תעודת עולה. החלטה זו נסמכה על כתבי אישום, צווי העמדה לדין ותצהיר בשבועה של חוקר המשטרה, מהם עלה כי הושלמו ההליכים הנחוצים לצורך אישומו של העותר במדינת אוהיו שבארצות הברית. השאלה הייתה האם די במסמכים אלה כדי לבסס את קיומו של עבר פלילי של העותר באופן שיצדיק

24 לעיל הערה 2.

25 לכאורה, זוהי הגישה העולה מע"פ 559/85 קיסלר נ' מ"י, פ"ד (3) 101. חזקת החפות לא נתפסת כאמצעי ראיתי עצמאי. אדם שהוגש נגדו כתב אישום נהנה מחזקת החפות, אך מעמד זה אינו זהה למעמד הזכאי.

26 ואולם לעתים לא נתפסה החזקה כך. בבשג"צ 497/88 שכשיר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מג(1) 529, 536 עולה קביעה לפיה חזקת החפות מצומצמת להליך הפלילי. באותו מקרה נתבקש בגדרו של הליך גירוש גילוי ראיה חסויה. נטען כי יש להחיל על הליך זה את המשטר שנקבע בפקודת הראיות. בית המשפט העיר כי "כאשר מוגש כתב אישום נגד אדם בגין עבירה פלילית, הרי נמצא הנאשם בחזקת זכאי, כל עוד לא הוכיחה התביעה את אשמתו מעל לכל ספק סביר. לעומת זאת, אינה קיימת חזקה מקבילה ביחס לאדם שהוצא נגדו צו גירוש שהצו הוצא נגדו ללא סיבה מספקת". אם הכוונה היא שצו הגירוש נהנה מחזקת התקינות של פעולת המינהל, הרי לא ניתן להבין את הבסיס לכך. חזקת התקינות נוגעת אך ורק להיבט הפורמלי של הליכי קבלת ההחלטה. היא אינה מתייחסת לעיגונה של ההחלטה מבחינה עניינית. תוצאותיו של הגירוש הן עונשיות. משמעותן חריפה לעיתים מן המשמעות של הליך פלילי מלא. על כן לא ברור מדוע החזקה לא עומדת למגורש. גם אם נניח כי לשם הגירוש לא צריך לנהל הליך פלילי בו מוכחת אשמתו "מעבר לספק סביר", הרי על הרשות להוכיח כי התקיימו העילות המצדיקות גירוש, כנטל ההוכחה הנדרש בהליך המינהלי. לצורך זה יש לצאת מן ההנחה כי גם למגורש עומדת חזקת החפות, אף אם אין בכוחה למנוע את הפעלת האמצעי כלפיו על יסוד הראיות המינהליות. אם חזקת החפות מהווה חלק מזכות היסוד להליך ראוי, יהיה צורך בראיה ברורה וחד משמעית.

27 פ"ד (3) 1846. (להלן: עניין גולד).

מניעת מתן תעודת עולה. השופט כהן, בדעת רוב, מציין כי כדי לקבוע שלפלוני יש עבר פלילי, נדרשת קביעה כי פלוני ביצע מעשה פלילי<sup>28</sup>. אשמתו של העותר לא הוכחה, במשפט או בכלל. בנסיבות אלה עומדת לעותר חזקת החפות. מדובר "בזכות יסוד" הפועלת גם מחוץ לאולם בית המשפט. אומר השופט כהן:

"זכות יסוד זו, כמותה כרוב זכויות היסוד של האדם, ניתנת לו ועומדת לו לאו דווקא להגנתו מפני בתי המשפט, כי אם דווקא להגנתו מפני הרשויות המינהליות; שהרי אינו דומה צרכו של אדם להגנה מפני הענישה בידי השופט ללא הרשעה תחילה, לצרכו של אדם להגנה מפני פגיעה בכבודו ובשמו הטוב ובשאר זכויותיו, בידי הרשויות המינהליות, בשל מעשהו הפלילי שטרם נשפט עליו"<sup>29</sup>.

שקלולה של חזקת החפות בבחינת זכותו של אדם להמשיך בכהונתו טוביל, כמעט תמיד, לניטרול הנתון בדבר הגשתו של כתב אישום נגדו. כתב האישום יהיה רלבנטי רק באותם מקרים בהם קיימת סכנה מוחשית וברורה להישנות מעשה העבירה. מבחן כללי של אמן הציבור במערכת, הוא כשלעצמו לא יספיק, אלא אם כן מדובר במערכת שמעורבות אותו חשוד בניהולה עלולה להוביל לסיכול עצם החקירה. לא מדובר אם כן בפגיעה אמורפית באמון, אלא בפגיעה מוחשית בעצם העמדה לדין.

עקרונות אלה באים לידי ביטוי בפרשת *Lindemann V. American Horse Shows Assn.*<sup>30</sup>. במרכז הדיון בפרשה זו עמדה תקנה שהותקנה על ידי האגודה האמריקאית למופעי ראוה של סוסים, לפיה ניתן היה להשעות חברים באגודה, בעקבות הגשת כתב אישום נגדם בגין מעשה אכזריות, לרבות המתה מכוונת של סוס. התקנה הוצאה בעקבות חשיפת שערורייה בה נתפס רוצח שכיר ("איש החול" כינויו), אשר ביצע רצח של מי שידעה יותר מדי על מזימה של חברים באגודה לרצוח סוסים מפורסמים, כדי לזכות בדמי הביטוח. איש החול טען כי התובע

28 שם, בע' 1849. אך ראו גישת בית המשפט בבג"צ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229 (להלן: פרשת גינוסר).

29 לעיל הערה 27, בע' 1851-1852. ראו גם בג"צ 45/70 פלוני נ' אבי-בית-הדין למשמעת של עובדי המדינה, פ"ד כד(1) 393.

30 *Lindemann v. American Horse Shows Assn.* 624 N.Y. Supp. 2d. 723 (1994) (להלן: פרשת *Lindemann*). על פסק הדין הוגש ערעור. עם זאת, עד לדין בערעור הספיקה ועדת המשמעת לקיים שימוע מלא. *Lindemann* הושעה והדין בערעור הפך להיאורטי. בית המשפט שלערעור ציין דברים אלה, אך הוסיף כי ייתכנו מצבים בהם עצם הגשת כתב אישום תוביל להשעיה (ראו *American Horse Shows Assn. v. Lindemann* 634 N.Y. 2d 697 (1995)). חשוב לציין כי במישור ההסכמי יכול צד להסכם לטעון, כי עצם הגשת כתב אישום (למשל נגד עובד) מהווה שינוי מצב, המצדיק השתחררות מן ההסכם. שאלה זו כרוכה בנושא עוצמת התחולה של זכויות היסוד במשפט הפרטי. עם זאת, מובן כי אין על המעביד חובה לפטר את העובד ולא ניתן להניח חזקה כגון זו שהצעת החוק מתיימרת ליצור.



(Lindemann) שילם לו 35,000 דולר על מנת לחשמל למוות סוסת קפיצות בשם "כריזמה", לצורך קבלת דמי הביטוח. על יסוד זה הוגש נגד התובע ונגד אחרים כתב אישום בקשר לפרשה. מיד לאחר מכן הם זומנו להליך בפני האגודה בקשר להשעייתם. התובע ביקש ארכה לצורך עריכת עמדתו. האגודה התנתה את מתן הארכה בהשעיה זמנית מרצון. נוכח עמדה זו של האגודה פנה התובע לערכאות. השופט Greenfield מציין בפתח דבריו כי אלה המופקדים על ההגנות בענף מופעי סוסים, חייבים לגלות זהירות לבל יכתימו, שלא בצדק, אנשים שאשמתם טרם הוכחה. התגובה הציבורית לשערורייה, במיוחד כזו הנוגעת לדמויות בולטות ומנהיגות (התובע הוא בנו של אחד האנשים העשירים באמריקה), מעמידה במבחן את העקרונות בדבר חזקת החפות. ככל שגדלה "סלידת הציבור", גדלה הדרישה "לעשות משהו", עוד לפני שכל העובדות התבררו לאשורן<sup>31</sup>. דרישה כזו יש לדחות.

על רקע הערה כללית זו, הוצגה השאלה האם ראוי לחשוף את הנאשם להשעיה, ללא קציבת זמן כלשהי, עד שבית המשפט יכריע סופית בעניינו. בית המשפט עונה על כך בשלילה. הוא מציין, כי מאז תקופת מקארתי קטנה מאד הנטייה לפעול על בסיס טענות והאשמות גרידא. החזקה היא נגד השעיה זמנית על יסוד הגשת כתב אישום. השעיה אוטומטית או מנדטורית על בסיס כתב האישום תיחשב לשרירותית. היא תהווה הפרה של הכללים הבסיסיים של ההליך הראוי. זוהי נקודת המוצא לבחינת התקנה שאומצה על ידי ההתאחדות ולבדיקת ההחלטה שנתקבלה על יסודה.

במקרה זה, הכללים שקבעה ההתאחדות למופעי הראווה של סוסים לא פסלו את כל מי שהוגש נגדו כתב אישום. הפסילה גם לא הייתה פועל יוצא של עצם הגשת כתב האישום. כתב האישום היה רק עילה לזימון הנאשם לדיון בפני ועדת המשמעת, אשר הייתה רשאית, אך לא הייתה חייבת, להשעות את חבר ההתאחדות, וזאת על בסיס דיון שהתקיים במעמד החשוד. לכן לכאורה לא נתפסה התקנה כפוגענית במידה המצדיקה את ביטולה.

ואולם יישום התקנה נתפס כנגוע. ועדת המשמעת נתנה משקל מכריע לתדמית התאחדות ספורט הסוסים, בעקבות הגשת כתב האישום. היא ביקשה להעביר מסר ברור לציבור, בנוגע לחומרה שיש לייחס להתאכזרות לבעלי חיים. בית המשפט אינו נותן משקל ממשי לשיקול זה. תדמית או מסר לציבור אינם הצדקה מספקת להשעיית הנאשם. צורת שקלול כזו אומר בית המשפט, שמה את האינטרס של הסוס מעל האינטרס של האדם ומעל זכויותיו לרבות הזכות לחזקת החפות, הזכות להליך מהיר והוגן והזכות לא להיות חשוף להחלטות שרירותיות המתקבלות תחת לחץ.

משנשמט שיקול זה לא יכולה הייתה עוד החלטת הוועדה לעמוד. הרצון

ראוי. טמונה בו סכנה של פגיעה בחשוד ללא כל קשר לשאלה, אם המשך התפקוד של החשוד עלול לפגוע בחברה או אם העבירה היא מסוג כזה המצדיק הנחה כללית כזו.

עם זאת האם לא ניתן לטעון כי ההסדר מתחייב מפרשות שונות בהן ניתן לאמון הציבור משמעות רחבה יותר מזאת המוצעת כאן? שאלת העברת אדם מתפקידו, אף בטרם הסתיים ההליך הפלילי בעניינו, נדונה בפרשות אחדות הנוגעות לאנשי ציבור. דיון מפורט בעניין זה, ניתן למצוא בפרשות גינוסר<sup>45</sup>, פנחס<sup>46</sup> ודרעי<sup>47</sup>. אף אם נניח כי ניתן להחיל על דירקטורים אמות מידה זהות לאלה הנוגעות לנבחר ציבור<sup>48</sup>, נראה כי באותם מקרים, גם אם נעשה שימוש רחב בביטוי "אמון הציבור", לא צפנה בחובה התוצאה של העברת האדם מתפקידו פגיעה בהליך הראוי<sup>49</sup>. שאלת ההליך הראוי לא נדונה במפורש. נראה גם כי לא ניתן למצוא בפרשות אלה יסוד להנחה, לפיה יש לאמץ הסדר סטטוטורי של פגיעה מוקדמת בחשוד בדרך של העברתו מתפקידו, בשל עצם הגשת כתב אישום.

בפרשת גינוסר נדונה שאלת מינויו של יוסי גינוסר לתפקיד של מנכ"ל משרד ממשלתי. גינוסר לא הורשע בכל עבירה פלילית, אך בית המשפט קבע כי יש מקום, בעת גיבוש ההחלטה אם למנותו, להתחשב בכך שהוא הודה בעבירות שונות בקשר לפרשת קו 300 וחקירתה. בהקשר זה, התווה בית המשפט מבחן לפיו אין לזהות עבר פלילי לעניין מינויו של אדם עם הרשעה פלילית. מדובר בהחלטה מינהלית של הממשלה, למנות את פלוני למשרה ציבורית, ולא בהחלטה להטיל על פלוני עונשים הקבועים בחוק. אמת המידה החולשת על החלטה זו היא האם עומדת בפני הרשות מערכת נתונים, אשר רשות סבירה הייתה יכולה להסיק מהם את דבר ביצועה של עבירה פלילית. די בכך כדי לבסס עבר פלילי של המועמד לתפקיד.

זהו מבחן רחב וגמיש המותיר מרחב תימרון ניכר לרשות במסקנתה כי לפלוני יש "עבר פלילי". על מבחן זה נמתחה ביקורת, בשל הפוטנציאל הטמון בו להכתים

45 פרשת גינוסר, לעיל הערה 28.

46 בג"צ 4267/93 אמיתי — אזרחים למען מינהל תקין נ' ראש הממשלה, פ"ד מז(5) 441 (להלן: פרשת פנחס).

47 בג"צ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (להלן: פרשת דרעי).

48 לכאורה, השאלות אינן זהות. בכל הנוגע לניהול חברה הנחה היא כי יש לכבד את האוטונומיה של הניהול הפנימי. בתתאם לכך, רוב ההוראות של הצעת החוק הן דיספוזיטיביות. גם אם נניח כי אותן הוראות שנועדו להגן על הנושים מצריכות הסדר אחר, הנחה זו אינה תופסת כאן. ההכרעה על פי הצעת החוק היא של בעלי המניות. השאלה היא מדוע הוכתבה להם המלצה כוללנית כל כך.

49 ואולם בית המשפט הסתפק במקרים אלה בעצם שיקול הרעת הנתון לממנה על מנת להסיק ממנו כי ניתן להתחשב באישום הפלילי, זאת אף בלא הוראת חוק המסמיכה את הממנה להביא נתון זה בחשבון. הנחה הייתה כי מדובר בשיקול התאמה להבדיל משיקול של ששירות. עניין זה יידון ברשימת השלמה.

אדם בכתם של עבר פלילי, וזאת אף שלא הורשע בהליך פלילי<sup>50</sup>. עוד יש להעיר כי במצב בו לא עומד המועמד לדין, שלילת המועמדות עלולה להיות חמורה אף יותר מן העונש הצפוי לו בהליך הפלילי, אם מדובר בעבירות קלות יחסית. עם זאת נראה כי אין מקום להסתייג מן התוצאה אליה הגיע בית המשפט בפרשת גינוסר. התוצאה מתיישבת עם הזכות להליך ראוי, ואף ניתן להצדיקה מנקודת המבט של זכות זו. בניגוד להסדר שגובש בהצעת חוק החברות, לא דובר בפרשת גינוסר בשלילת עיסוק קודם להליך הפלילי. בעניינו של גינוסר, נמנע קיומו של הליך פלילי, לאחר שגינזור הודה במעשים שיוחסו לו כחלק מעסקה, בה ניתנה לו חנינה ביחס לאותם מעשים. לגינוסר לא עמדה, על כן, טענה כי נפגעה זכותו להליך ראוי, או כי לא ניתן משקל הולם לחזקת החפות. הזכות להליך ראוי, ככל שהיא מונעת פגיעה מוקדמת בזכות על יסוד כתב אישום או ראיות מספיקות להגשתו, אינה עומדת למי שמבקש למנוע מעיקרו את קיומו של הליך פלילי. בקשת החנינה קודם להליך, מקפלת בתוכה, בנסיבות הרגילות, הסתלקות מחזקת החפות. מבקש החנינה חסם את פתיחת ההליך המשפטי, בו ניתן היה לברר את שאלת חפותו או אשמתו. חזקת החפות עומדת למי שכופר באחריותו ומוכן לקיים משפט. רק במצב דברים זה, קיימת עילה המונעת את הפגיעה המוקדמת. לא זה היה המצב בפרשת גינוסר. מדובר, על כן, במקרה שאינו מעורר קושי אמיתי מנקודת המבט של הזכות להליך ראוי.

הוא הדין בפרשת פנחסי. באותה פרשה החליט בית המשפט כי בשל כתב אישום שהוגש נגד סגן השר פנחסי, ואשר יוחסו בו לסגן השר, בין השאר, עבירות של רישום כוזב במסמכי תאגיד והצהרה כוזבת למבקרת המדינה, היה על ראש הממשלה להעבירו משרתו. בדומה לפרשת גינוסר, גם פרשת פנחסי אינה מעוררת קושי משמעותי מנקודת המבט של הזכות להליך ראוי. העבירות אשר יוחסו לסגן השר פנחסי לא נפלו למסגרת החסינות המהותית<sup>51</sup>. ואולם סגן השר פנחסי עמד, תחילה, על החסינות הדיונית המוקנית לו מכוח הדין, ואשר מנעה את העמדתו לדין בעבירות שיוחסו לו, אף שלא היה להן קשר ענייני לתפקיד. התוצאה הייתה, שנמנע קיומו של הליך משפטי, בו יתבררו האישומים נגד סגן השר. במצב דברים זה קטן באורח ניכר המשקל אשר ניתן לייחס לחזקת החפות, ואין בחזקה זו כרי להדוף ניסיון שיגרום להעברת נושא המשרה מתפקידו. ואכן, בית המשפט מציין בפסק דינו כי נימוק הפועל בזכות העברת סגן השר מתפקידו הוא העובדה, שאין אפשרות דיונית לברר את אשמתו או חפותו בבית המשפט, וכי בשל החסינות הדיונית, מצב דברים זה עלול להימשך פרק זמן ממושך<sup>52</sup>. יתר על כן, השופט ברק (כתוארו אז) מציין מפורשות כי עצם הגשת כתב האישום אינה מהווה הצדקה

50 ד' קלגסבלד "תפקיד ציבורי עבר פלילי" וראיה מינהלית" המשפט ב (תשנ"ה) 93.

51 לעיל הערה 42.

52 פרשת פנחסי, לעיל הערה 46, ע"מ 472, 474.

לתוצאה, והוא נדרש לעיון בחומר הראיות עצמו אשר יכול להקים בסיס להחלטה, בהיעדר אפשרות לבדוק את השאלה בגדרו של הליך פלילי מלא.

פרשה שלישית בה עלה נושא זה לדיון היא, כאמור, פרשת דרעי. באותה פרשה קבע בית המשפט כי על ראש הממשלה להעביר את השר דרעי מתפקידו, בעקבות כתב האישום שהוגש נגדו, ואשר כלל סעיפי אישום רבים בהם יוחסו לו עבירות של קבלת שוחד, הפרת אמונים, קבלת דבר במירמה בניסיונות מחמירות, רישום כוזב במסמכי תאגיד, גניבה בידי מנהל ועוד. מקרה זה מעורר שאלה קשה יותר מפרשות גינוסר ופנחסי, נוכח העובדה שבירור האישומים נגד השר דרעי עמד בפתח. עם זאת, דומה כי גם התוצאה אליה הגיע בית המשפט באותו מקרה אינה יכולה לשמש בסיס להנחה, לפיה עצם הגשת כתב אישום יכולה להוות יסוד להעברת אדם מתפקידו. לעניין זה יש לזכור כי ההליך בעניינו של השר דרעי התמשך במידה ניכרת, נוכח עמידתו משך תקופה על זכות השתיקה. מעמדה של זכות זו והצדקות לה מעוררים שאלות לא קלות. אין חולק כי לכל חשוד, ובכלל זה למי שנושא בתפקיד ציבורי, נתונה זכות זו. עמידה על הזכות אינה פוגעת בחזקת החפות. ואולם היא יכולה להוות שיקול במכלול השיקולים הנוגעים להמשך כהונתו של אדם בתפקיד בו הוא מחזיק. כך, אפשר כי מעמדו של בעל התפקיד הציבורי כנאמן הציבור מחייבו לדבר. חיוב זה נסוג מפני זכות השתיקה, אך ההתנערות ממנו עלולה לגרום עמה מחיר. ברגיל, מוטלת על הנאמן חובה למסור מידע על פי דרישתו הסבירה של הנהנה<sup>53</sup>. יש להניח כי חובה כזו חלה גם על נושא תפקיד ציבורי. מכאן עולה כי מי שמשמש כנאמן אינו יכול להמשיך במילוי תפקידו כנאמן, מקום בו הוא מסרב למלא חובה זו, ולשתף פעולה במסירת מידע על פעולותיו בתפקידו כנאמן. הנאמן רשאי להשתמש בזכות השתיקה, אך היא עלולה לעלות לו במחיר כהונתו, כאשר השתיקה מוסבת אל נושאים הנופלים על תחום הנאמנות. יש לזכור, בהקשר זה, כי לשר דרעי יוחסו עבירות של נטילת שוחד ושל שימוש לרעה, באופנים שונים, במשרות שלטוניות בהן החזיק<sup>54</sup>. במצב דברים זה, עלול נושא המשרה להיקלע לעמדה בה יהיה עליו לבחור, בין המשך הכהונה בתפקיד אמון לבין העמידה על זכותו כחשוד בפלילים. עצם השתיקה עלולה להיתפס כהפרת אמון. על כן אין הוא יכול, מצד אחד, לעמוד על זכותו לא למסור מידע על פעולותיו כנאמן הציבור, ומצד שני, לעמוד על זכותו להמשיך ולשמש כנאמן. על רקע זה, ועל רקע התמשכות ההליכים בעניינו של השר דרעי כתוצאה מן העמידה על זכות השתיקה (ממנה נסוג מאוחר יותר), ניתן להצדיק את התוצאה אליה הגיע בית המשפט באותה פרשה גם מנקודת המבט של הזכות להליך ראוי.

מן האמור לעיל עולה כי אין בפרשות האמורות כדי להניח יסוד לקביעת

53 חוק הנאמנות, התשל"ט – 1979, סעיף 7(ב).

54 פרשת דרעי, לעיל הערה 47, בע' 422.

"חיוג ישיר" בין העמדה לדין לבין העברה מתפקיד. ההלכה העולה מן הפרשות אינה קובעת כי אמון הציבור מחייב תוצאה כזו. הזכות להליך ראוי, הכוללת מניעת פגיעה מוקדמת ללא הצדקה, לא הועמדה במבחן, בשל הנסיבות המיוחדות של המקרים שנדונו. משהועמדה הזכות במבחן השתנתה התוצאה. כך, כבג"צ 4537/96 שושן נ' רמטכ"ל צה"ל<sup>55</sup>, עמדה על הפרק שאלת ביטול מינויו של קצין אשר מונה למפקד בית הספר לקצינים. נגד קצין זה הוגש כתב אישום בשל עבירה של גרם מוות ברשלנות. המינוי נעשה לאחר הגשת כתב האישום. על כן ניתן היה לטעון כי שלילת המינוי אינה בגדר פגיעה בקיים. ואולם בית המשפט סירב לבטל או להשהות את המינוי, למרות שנקודת המוצא הייתה שיש ראיות לכאורה לרשלנות הקצין.

יש לשים לב כי במקרה זה שאלת אמון הציבור לבשה אופי קונקרטי. ההנחה הייתה כי נוכח הגשת כתב האישום עלול אותו קצין, כמפקד בית ספר לקצינים, להתקשות במתן דוגמא אישית לפקודיו ובהצבת דרישות לזהירות אישית. בהתחשב בתפקיד, מפקד בית ספר לקצינים, ובדרישה המיוחדת לדוגמא אישית, הייתה שאלת האמון שיכול בעל התפקיד להקרין על פקודיו שאלה רלבנטית. ואולם בכך לא היה די על מנת לבטל את המינוי. הנשיא ברק קבע כי הרמטכ"ל היה רשאי להתחשב באופי התקדימי והראשוני של האישום, "במרחק" שבין מותו של החייל לבין התרשלותו של הקצין, וכן רשאי היה להתחשב בחזקת החפות העומדת לקצין. הנשיא ברק מציין כי היה מקום לבחון את השלכת הפסקת התפקוד על מה שנתפס כטובת בית הספר לקצינים, וכן היה מקום לשקול שיקולים אישיים הקשורים באותו קצין. מסגרת השיקולים אותם מציב בית המשפט כשיקולים רלבנטיים, המצדיקים את החלטת הרמטכ"ל, מלמדת כי הגשת כתב אישום אינה יכולה להוביל להעברה מתפקיד, או אף להנחה מוקדמת כי זהו הפתרון הראוי. פרשת שושן והשיקולים שנפרשו בגדרה תומכים גם הם במסקנה לפיה הבחינה חייבת להיות בחינה קונקרטית, ללא פתרון מונחה מראש.

לא ניתן להתעלם מחשיבות העמדה הערכית והמעשית שבאה לידי ביטוי בפרשה זו. מדובר בקידומו של קצין ולא רק בהמשך שירותו בתפקיד קיים. מדובר בתפקיד הנושא דרישה למתן דוגמא אישית, ועל כן בתפקיד הכרוך ביחסי אמון מדרגה גבוהה ובעלי תוכן קונקרטי. כתב האישום העלה שאלה הנוגעות להטמעת כללים הנוגעים לבטיחות באימונים, כללים שאי-שמירה עליהם עלולה לפגוע בבטיחותו של אדם. תפקיד מפקד בית הספר לקצינים מחייב שמירה על כללים אלה ואף הקפדה על החזרתם. למרות שיקולים אלה, העדיף בית המשפט שלא להתערב בהחלטת הרמטכ"ל ולהימנע מפגיעה מוקדמת בקצין לפני סיום ההליך

המשפטי<sup>56</sup>. אם נקבל גישה זו כגישה מנחה, נראה כי הצעת החוק אינה עומדת גם במבחני הפסיקה הקיימת<sup>57</sup>.

### הצעת חוק החברות וחופש העיסוק

כידוע, קיימת הבחנה בין כשירותו הפורמלית של מועמד לתפקיד לבין התאמתו האישית של מועמד מסוים<sup>58</sup>. הכשירות הפורמלית מתייחסת לתנאי הסף שבלעדיהם לא ניתן לשקול את המועמדות. תנאי סף מסוג זה מופיעים למשל בסעיף 264 להצעת החוק, השוללים מינוי קטין או פסול דין לדירקטור<sup>59</sup>. ואולם לא כל מי שכשיר פורמלית להתמנות לתפקיד דירקטור, מתאים לכהונה זו. הכשירות הפורמלית אינה משחררת את האסיפה הכללית מן הצורך לבחון את ההתאמה האישית של המועמד לכהונה. כמובן זה, הוראת סעיף 256 אינה הוראת כשירות. ההוראה קובעת כי הכהונה תפקע, אלא אם כן תחליט האסיפה הכללית אחרת. מדובר בבחינת ההתאמה של הדירקטור לתפקידו. משמעות הצעת החוק היא שהגשת כתב אישום היא שיקול רלבנטי ששומה על האסיפה לשקול בכובד ראש. האסיפה צריכה להצביע כנראה על שיקול נוגד, השולל את הפתרון האוטומטי של פקיעת הכהונה. ברור כי ההגבלה על הכשירות צריכה להיעשות לפי חוק או מכוח הסמכה מפורשת, וזאת מכוח חוק היסוד<sup>60</sup>. לעומת זאת, ניתן היה לגרוס כי שאלת ההתאמה אינה דורשת הסדר בחוק. שאלת ההתאמה משיקה יותר לשיקול הדעת הנוגע לבחירת המועמד המתאים מבין שורה של מתחרים על העיסוק. למועמד אין זכות להיות מועסק: "חופש העיסוק הוא חופש חוקתי. כנגדו עומד היעדר הזכות של המדינה ושל פרטים אחרים, בכפוף לאיזון הראוי בין זכויות מתנגשות, להפריע, להגביל או לשלול את העיסוק. כנגד חופש העיסוק לא עומדת החובה להעסיק"<sup>61</sup>.

56 בינתיים ניתנה הכרעת הדין במשפטו הפלילי של אל"מ חורב, והוא זוכה מכל אשמה. הדבר מדגים את הסיכון הכרוך בשלילת זכות או בפגיעה בה על יסוד כתב אישום בלבד. אילו נעצר קידמו, ספק אם ניתן היה להשיב לאל"מ חורב את ה"שנים האבודות".

57 בימים אלה פורסם פסק הדין בבג"צ 3866/96 שיבלים נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נ(4) 814, בו נדון עניינו של שוטר שפוטר בעקבות הגשת כתבי אישום נגדו. השופט א' גולדברג (בדעת רוב) קבע כי ניתן לבסס את הפיטורין על "פרופיל העותר", אשר כתב האישום אינו ממצה אותו. השופט חשין קבע כי כתב אישום, כשלעצמו, אינו יכול להוות בסיס לפיטורין. פסק דינו של השופט חשין משקף, בכל הכבוד, את זכותו של העותר להליך ראוי.

58 בג"צ 1935/93 מחפור נ' השר לענייני דתות, פ"ד מח(1) 752.  
59 ראו גם סעיף 262 וסעיף 263. הרשעה בדין בעבירות המופיעות בסעיף 262 שוללת את הכשירות הפורמלית, בחברה שאינה חברה פרטית.

60 תקנות החברה עצמן יכולות לקבוע מגבלות של כשירות. גם מגבלות יכולות להיות כפופות לביקורת שיפוטית.

61 בג"צ 4360/94 טאטור נ' שר המשטרה, (נ) 560, 561. באותו מקרה נדון שיקול הדעת המוקנה למפקח הכללי של המשטרה "לגייס ככל עת אנשים מתאימים להיות שוטרים", כלשון סעיף 10 של פקודת המשטרה.

על כן ניתן לבחור את המועמד המתאים ביותר (בהנחה כי המשאב של מספר המועסקים באותו ענף מוגבל) ובלבד שבתוך כך לא מובאים שיקולים זרים, או נפגעת זכות חוקתית אחרת. ואולם דברים אלה מוגבלים לבחינת ההתאמה במוכן הרגיל של המונח. אם במסגרת שיקולים אלה נשקלים שיקולי מסגרת, שאינם נוגעים למצבו של מועמד אחד מול מועמד אחר, אלא לשיקולים של מדיניות כללית כמו למשל מניעת העסקתו של מי שהוגש נגדו כתב אישום, הרי מדובר במגבלה שאינה קשורה להתאמתו של מועמד אחד לעומת מועמד אחר, אלא בשיקולי פסילה. שיקולים כאלה צריכים להיות מעוגנים בחוק, או להיעשות מכוחו. ככל שמדובר בפסילה של המועמד בשל תנאי מוקדם, צריך שיקול הדעת להיות גם הוא מעוגן בחוק, אפילו יוגדר כשיקול התאמה להבדיל מתנאי כשירות. לעניין זה לא די בעצם הקניית שיקול הדעת לגוף המעסיק מכוח חוק לבחור את האדם המתאים, שהרי "אין להסתפק באמות מידה כה כלליות ומופשטות שאינן מוסיפות דבר"<sup>62</sup>. אמות המידה צריכות לספק הנחיה מספקת ביחס לשיקולי ההתאמה, כאשר מדובר בשיקולי מדיניות כלליים. על כן ניתן לצפות כי פסילה על רקע פתיחת הליך פלילי תיעשה לפי חוק, שיעמוד במבחני פסקת ההגבלה.

ואולם אפילו לא תתקבל גישה כזו, לפיה גם שיקולי ההתאמה צריכים להתפרש בחוק במידה מספקת, הרי ברור הוא כי לא ניתן במהלך בדיקת ההתאמה לפגוע בזכות יסוד. כך, למשל, גם אם הוקנה שיקול דעת רחב לגוף המעסיק, אין הוא יכול לפעול תוך הפליה. פעולה כזו נגועה לא רק משום הפגיעה בעיסוק, אלא משום הפגיעה בזכות לשוויון<sup>63</sup>. באותו אופן לא ניתן לשיקול שיקולים אשר יש בהם משום פגיעה בזכות להליך ראוי, למשל פסילת המועמד על רקע שיקול כשירות או התאמה רלבנטיים (למשל היעדר ניסיון מספיק), וזאת על יסוד השמועה ומבלי לאפשר למועמד להישמע או להתמודד עם שמועה זו. במוכן זה, ההסתמכות על כתב האישום, גם אם תיחשב לשיקול התאמה כשר, שאינה פוגעת בחופש העיסוק, יכולה להוות מבוא לדיון, אך אינה יכולה כאמור להוות סוף לו. גישה אחרת תוביל, כפי שראינו, לפגיעה בזכות להליך ראוי.

מכאן, כי הגבלת העיסוק כדירקטור יכול שתיבחן גם על פי הכללים הקבועים בחוק יסוד: חופש העיסוק. יש להניח כי חברות בדירקטוריון יכולה להיחשב כעיסוק, הגם שאין יחסי עובד ומעביד בין החברה לבין הדירקטור. במקרה זה ההגבלה מצאה ביטוי מפורש בחוק. ואולם מהסיבות שנמנו לעיל, הנוגעות לקשר

62 לעיל הערה 11, בע' 504.

63 השו"ח שו"ת הודמוניות בעבודה, התשמ"ח – 1988.

שבין העבירות לבין התפקיד, ולשאלת ליבון החשש לפגיעה בחברה, נראה כי אין היא עומדת בדרישת המידתיות<sup>64</sup>.

למרות אפשרות הבחינה של ההסדר גם על פי חוק יסוד: חופש העיסוק, נראה כי הפגיעה בחשוד על רקע הגשת כתב אישום נגדו נקשרת עניינית אל ההליך הראוי. לכאורה, אין מדובר בשלילת הכשירות לעסוק בתפקיד זה. השלילה תוצג, כמעט תמיד, כפגיעה זמנית התופסת כל עוד נמשך הברור המשפטי. הנטילה הזמנית מוצגת כנגזרת של ההעמדה לדין וגם מבחינה זו היא מכוונת יותר אל תחום ההליך הראוי. נכון הוא כי מדובר בהצגה טכנית של הדברים. לא פעם שלילת העיסוק לתקופה יכולה להוביל לשלילה אפקטיבית של יכולת העיסוק. הסיכוי לכך רב בעת שמדובר בנבחרי ציבור או בתפקידים אחרים, שמספר העוסקים בהם הוא מוגבל. איש המשרה על ידי אחר משמעה נטילת ההזדמנות. גם בעיסוק אחר יש משמעות להשהיה ממושכת. היא יכולה ליטול מן האדם את כישוריו או לפגוע במיומנותו<sup>65</sup>. על כן התמקדה הרשימה בפגיעה מכיוון זה.

### סיכום

ההסדר שגובש בהצעת חוק החברות סותר את זכות היסוד להליך ראוי הן בשל היקף העבירות המנוי בו, הן בשל פתרון ברירת המחל שלו, והן בשל חסרון ערובה כלשהי שתבטיח דיון ענייני במצבו של הדיקטור. ההסדר אינו נחוץ גם מהטעם כי במרבית המקרים ניתן היה להותיר את השאלה בידי האסיפה הכללית, תוך הבטחת ביקורת שיפוטית על יסוד עילות מוגדרות.

64 האם יש צורך בהבחנה בין פגיעה בזכות להליך ראוי לבין פגיעה בחופש העיסוק? לכאורה, ייתכן לסבור כי התוצאה הסופית לא תשתנה. הטענה אודות היעדר צורך במיוני יתר, ודאי תקבל חיזוק אם תתקבל הגישה הפרשנית לפיה פסקת ההגבלה והכיבוד נושאות עמן ממילא את בשורת ההליך הראוי. ואולם למעשה המיון נחוץ בכל גישה שתניקט. תוצאת הבחינה יכולה להשתנות על פי העיגון החוקתי עליו מבקשים למנף את טענת הפגיעה. טול, למשל, הוראת חוק הקובעת כי חשוד המבקש לעיין בחומר החקירה בעניינו חייב לשלם אגרה מסוימת. ניתן לתקוף הוראה זו על בסיס הפגיעה בשוויון בין המתדיינים. במצב זה פטור חלקי לחסר אמצעים עשוי לרפא את הפגיעה (השוו למקרה בו הוטלה אגרה על קבלת הפרוטוקול לצורך הגשת ערעור *Griffin V. Illinois* 351 US 12 (1956). ואולם אם זכות העיון מהווה חלק מהזכות להליך ראוי לא יהווה הפטור לאדם מחוסר אמצעים מענה מספיק לפגיעה החוקתית. במקרה כזה, יהא צורך לבחון את הפגיעה גם מכיוון אחר.

65 ראו גישת השופטת ברק בדב"ע נד/ 3-289 פרט – פרקש (טרם פורסם). השופטת ברק קובעת שם כי "כבודו של האדם נפגע גם כאשר הוא נאלץ לשבת באפס מעשה, גם אם אינו רעב ללחם בקבלו את שכרו". למעשה עולה מפסק הדין כי פגיעה בעיסוק שלא במסגרת הליך ראוי היא פעולה עונשית.