

## ביטול הרשעה בעבירות אסדרתיות של אחריות קפידה, בעקבות רע"פ 3515/12 מדינת ישראל נ' שבתאי

מאת

אלכסנדר זרצקי\*

א. מבוא. ב. הרקע העובדתי; 1. הדיון בבית משפט השלום; 2. הדיון בבית המשפט המחוזי; 3. הדיון בבית המשפט העליון. ג. ניתוח ביקורתי של פסק הדין. ד. מתווה חלופי; 1. יישום המתווה החלופי; (א) בחינה דיונית; (ב) רף ההוכחה. ה. סיכום.

### א. מבוא

בהארה זו אציג את החלטת בית המשפט ברע"פ 3515/12 מדינת ישראל נ' שבתאי, אשר סוגיית האחריות בעבירות סביבתיות עמדה במרכזה, אנתחה ואבקרה.<sup>1</sup> בקליפת אגוז אלו פרטי הפרשה: בשנת 2004 שכרה חברת סלקום בע"מ את שירותיה של חברת חפרפר בע"מ על מנת שהאחרונה תבצע למענה עבודת חפירה לצורך הנחת סיבים אופטיים לאורך כביש עכו-חיפה. במהלך עבודות החפירה נפגע קו סניקה ראשי, המרפז שפכים מהאזור ומובילם אל מכון טיהור השפכים בחיפה. עקב הפגיעה התפרץ ביוב גולמי וזרם אל נחל גדורה ומשם אל נחל הקישון. הוסב נזק סביבתי כבד של זיהום מקורות מים, פגיעה בחי ובצומח ומפגעי ריח. בעקבות אירוע זה הוגש נגד השתיים – חברת סלקום וחברת חפרפר – כתב אישום. כמו כן ביקשה הפרקליטות להטיל אחריות על שלושה נושאי משרה בכירים בחברות, שהיו אמונים על ביצוע הפרויקט.

בהארה זו אטען כי בגלל חומרתן של עבירות סביבתיות, שגה בית המשפט כאשר ריכז את התנאים אשר נקבעו קודם לכן בפסיקה, בהלכת כתב, לעניין ביטול הרשעה.<sup>2</sup> עוד אטען כי בטרם יחליט בית המשפט על ביטול הרשעה במקרים אלה, מן הראוי שיבחן את היסוד הנפשי שהתלווה בפועל לביצוע המעשה (או המחדל).

בפרק 2 אציג את הרקע העובדתי של המקרה. אתאר את הכרעת בית משפט השלום בפרשה, שבחר להרשיע את הנאשמים. אציג את החלטת השופט שפירא מבית המשפט המחוזי, שדן בערעור ובחר לשנות את החלטת בית משפט השלום, ולבסוף אציג את החלטת השופט פוגלמן מבית המשפט העליון שהחליט להשאיר את החלטתו של השופט שפירא על כנה.

בפרק 3 אציג את הבעייתיות בהחלטת בית המשפט. בעקבות ניתוח ביקורתי זה, בפרק 4 אציע מתווה חלופי שהליכה לפיו אמורה לצמצם את הקושי העולה מגישתו של בית המשפט בענייננו.

\* סטודנט לתואר ראשון במשפטים באוניברסיטת חיפה וחבר מערכת כתב העת "הארץ דין" לשנת הלימודים תשע"ד. ברצוני להודות לפרופ' רייכמן על ההנחיה, לסגני העורכים שי אוצרי וקרן חכים על ההערות המועילות והזמן שהושקע בעריכה וכן לשאר חברי המערכת על רעיונותיהם המעולים.

1 רע"פ 3515/12 מדינת ישראל נ' שבתאי (פורסם בנבו, 10.9.2013).

2 ע"פ 2083/96 כתב נ' מדינת ישראל פ"ד (ב)337 (1998).

## ב. הרקע העובדתי

כפי שצוין לעיל, בחודש אפריל 2004 ביצעה חברת סלקום עבודות לצורך הנחת סיבים אופטיים תת־קרקעיים לאורך כביש עכו-חיפה. סלקום ביצעה עבודות אלו באמצעות שירותיה של חברת חפרפר. במהלך עבודות החפירה נפגע קו סניקה ראשי, המרפז שפכים מהאזור ומובילם אל המכון לטיהור שפכים בחיפה. עקב הפגיעה התפרץ ביוב גולמי, זרם אל תעלת הניקוז, ומשם לאפיק נחל גדורה. בשל הפגיעה בקו סניקה ראשי והצורך המידי בתיקונו, הושבתו כל מערכות הובלת השפכים שמצפון לנחל הקישון. במהלך היממה שבה נערכו עבודות השיפוץ והשיקום, נותקו כל המערכות להולכת ביוב וכך זרמו כל השפכים של יישובי הצפון אל נחל הקישון.<sup>3</sup>

בעקבות הנזקים שגרמו חברת סלקום וחברת חפרפר, הוגש נגד השתיים כתב אישום לבית משפט השלום בחיפה. נוסף על כך ביקשה הפרקליטות להטיל אחריות אישית על שלושה נושאי משרה: (1) מר דוד שבתאי שהיה מנהל ההקמה של תשתיות אופטיות מטעמה של חברת סלקום; (2) מר אריאל פולקביץ-פלג שהיה בעת ביצוע העבודות מנהל הפרויקטים של חברת חפרפר והאחראי לביצוע הפרויקט שגרם להתפוצצותו של קו הסניקה; (3) מר עופר אופנהיים, מנהל הפרויקט מטעם חברת סלקום.<sup>4</sup>

בטיעוניה בפני בית המשפט הדגישה המדינה את חשיבותו של האינטרס הציבורי המוגן בעבירות אקדרתיות (רגולטוריות) בכלל, ובעבירות סביבתיות בפרט, ואת החשיבות הרבה שבהרתעת עבריינים עתידיים. כמו כן טענה המדינה שאין להיעדר דרישת יסוד נפשי בעבירות דן נפקות בהחלטה אם להרשיע אם לאו.<sup>5</sup>

### 1. הדיון בבית משפט השלום

בית משפט השלום הרשיע את כל הנאשמים בעבירה לפי חוק המים<sup>6</sup> וחוק שמירת הניקיון,<sup>7</sup> וקבע שהנאשמים לא צייתו לדרישות ולהנחיות של עיריית חיפה ולא ביצעו חפירת גישוש כנדרש. במהלך שמיעת הטיעונים לעונש הפנה בית משפט השלום את עניינם של שבתאי ופלג לשירות המבחן כדי לקבל תסקיר בעניינם. שירות המבחן המליץ להטיל על שבתאי ופלג 150 שעות לתועלת הציבור ולבטל את הרשעתם. חרף ההמלצה של שירות המבחן, בחר בית משפט השלום להרשיע את השניים והטיל עליהם קנס כספי, תוך הדגשת החומרה שבעבירות סביבתיות והצורך להחמיר בענישתם של העבריינים הסביבתיים. לפיכך בחר בית משפט השלום להטיל קנס כספי של 16,000 ש"ח על שבתאי ופלג, ומצא כי אין לבטל בנסיבות העניין את הרשעתם של השניים.<sup>8</sup>

### 2. הדיון בבית המשפט המחוזי

הן מטעם הנאשמים הן מטעם המדינה הוגשו ערעורים לבית המשפט המחוזי בחיפה. השופט שפירא קיבל חלקית את הערעורים שהוגשו על החלטת בית משפט השלום. הוא זיכה את הנאשמים מעבירות לפי חוק המים, שכן בעת ביצוע העבירה דרש חוק המים יסוד נפשי של מחשבה פלילית ולא של אחריות קפידה כפי שהוא דורש כיום. בית המשפט המחוזי מצא

3 עניין שבתאי, לעיל ה"ש 1, בפס' 1 לפסק דינו של השופט פוגלמן.  
4 שם, שם.  
5 שם, בפס' 9 לפסק דינו של השופט פוגלמן.  
6 חוק המים, התשי"ט-1959.  
7 חוק שמירת הניקיון, התשמ"ד-1984.  
8 עניין שבתאי, לעיל ה"ש 1, בפס' 2-4.

אלכסנדר זרצקי, "ביטול הרשעה בעבירות אסדרתיות של אחריות קפידה, בעקבות רע"פ 3515/12 מדינת ישראל נ' שבתאי", **הארץ דין** ט(2) 157 (תשע"ד)

שלנאשמים לא היה היסוד הנפשי של מחשבה פלילית בעת ביצוע העבירה,<sup>9</sup> הוא הותיר על כנה את ההרשעה לפי חוק שמירת הניקיון וכן קיבל את ערעור המדינה והרשיע את החברות לפי החוק למניעת נפגעים.<sup>10</sup>

עם זאת החליט השופט שפירא לבטל את הרשעתם בפלילים של נושאי המשרה וקבע שבעבירות אסדרתיות שאינן דורשות את התקיימותו של יסוד נפשי, והן עבירות מסוג של אחריות קפידה, מוצדק לנקוט גישה שונה מזו הנוהגת בהלכה הפסוקה כיום באשר להחלת החריג של ביטול הרשעה בפלילים. הוא פסק שאת התנאים הנדרשים לביטול הרשעה יש להחיל בצורה מרוככת כשעסקינן בעבירות מסוג זה. השופט שפירא המיר את הקנס שהוטל על הנאשמים בפיצוי כספי שישולם לקרן לאיכות הסביבה וכן הורה לקבל את התחייבותם של המערערים להימנע מעבירות זהות במשך שנתיים.<sup>11</sup>

### 3. הדיון בבית המשפט העליון

המדינה ביקשה רשות לערער על החלטת בית המשפט המחוזי. עיקר השגותיה הופנו כלפי החלטתו של השופט שפירא לבטל את הרשעתם של נושאי המשרה. המדינה טענה שהחלטת בית המשפט המחוזי אינה עולה בקנה אחד עם ההלכה הפסוקה בדבר ביטול הרשעה בפלילים כפי שזו נקבעה בעניין **כתב**.<sup>12</sup> בית המשפט העליון שטח את עיקריה של הלכת **כתב**, הבהיר שההלכה המסדירה ביטול הרשעה בפלילים היא בגדר החריג לכלל, והכלל נותר על כנו והוא – הרשעה. כמו שבית המשפט מתייחס למשקולות האיזון העיקריות כפי שהן עולות מתוך פסק הדין, כך בית המשפט יבחן אם יש בהרשעה כדי לפגוע פגיעה חמורה באפשרויות השיקום של הנאשם ואם סוג העבירה מאפשר בנסיבות העניין להימנע מהרשעה בלי לפגוע בשיקולי הענישה.

המדינה הדגישה שאם פסק דינו של בית המשפט המחוזי יישאר על כנו, לא יהיה ניתן להטיל על עבריינים סביבתיים קנסות אלא חובת תשלום פיצויים בלבד. זאת ועוד, על ידי הימנעות מהרשעה בפלילים במקרה שלפנינו, בית המשפט למעשה הופך את נטל ההוכחה ומעבירו אל כתפי התביעה, וסביר שלרוב היא תתקשה להרימו. במילים אחרות, בית המשפט מבקש מהתביעה להראות כי המקרה המסוים המובא להכרעתו מצריך הרשעה בנסיבות העניין, וזאת לאחר שהוכח כי בוצעה העבירה.<sup>13</sup> כך גם בעניינים הפרטני של הנאשמים גרסה המדינה שאין מקום להחיל את החריג ואין מקום לבטל את הרשעתם של הנאשמים.<sup>14</sup>

בית המשפט העליון, בפסק דינו של השופט פוגלמן, קבע שאמנם במשפט הפלילי הכלל הוא הרשעה, אך לכלל זה ישנם חריגים. שיקול הדעת אם להחיל את החריג אם לאו נתון לבית המשפט. השופט פוגלמן המשיך וציין שעבירות אסדרתיות מסוג של אחריות קפידה, שאינן דורשות הוכחה של יסוד נפשי, הן עבירות שנושאות עמן מטען אנטי-חברתי פחות וכך גם אשמתו המוסרית של מבצע העבירה היא פחותה.<sup>15</sup> יתרה מזו, השופט פוגלמן הצביע על מגמה בדין הישראלי שלפיה עוד ועוד עבירות מועברות מן ההליך הפלילי הקלסי אל המישור המנהלי. השופט פוגלמן הקיש ממגמה זו וגזר את האפשרות להחיל את הלכת **כתב** בצורה מרוככת כשעסקינן באכיפת נורמות התנהגות שאין נלווה אליהן מטען אנטי-חברתי מובהק המתאים לטיפולו של משפט הפלילי.<sup>16</sup> להרשעה הפלילית מתלווית סנקציה חברתית קשה המתאימה את מבצע העבירה כעבריון, ושההצדקה לה פוחת כשמדובר בעבירות שאינן מצריכות הוכחה של יסוד נפשי לצורך הרשעה.<sup>17</sup> השופט פוגלמן קבע כי לאור

9 ע"פ (מחוזי חי') 39853-06-11 **פולקביץ פלג נ' המשרד לאיכות הסביבה – מחוז חיפה** (פורסם בנבו, 19.3.2012) (להלן – עניין פלג – מחוזי).

10 חוק למניעת מפגעים, התשכ"א-1961.

11 עניין **פלג** – מחוזי, לעיל ה"ש 9.

12 עניין **כתב**, לעיל ה"ש 2.

13 עניין **שבתאי**, לעיל ה"ש 1, בפס' 9 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

14 שם, בפס' 10 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

15 שם, בפס' 20–23 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

16 שם, בפס' 36–39 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

17 שם, בפס' 25 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

אלכסנדר זרצקי, "ביטול הרשעה בעבירות אסדרתיות של אחריות קפידה, בעקבות רע"פ 3515/12 מדינת ישראל נ' שבתאי", **הארץ** דין ט(2) 157 (תשע"ד)

המאפיינים המיוחדים של עבירות אסדרתיות ניתן להקל את הנטל המוטל על כתפי הנאשם להראות את עצמת הפגיעה שתגרום לו כתוצאה מן ההרשעה כתנאי לאי הרשעתו בדין.<sup>18</sup> בכך אימץ השופט פוגלמן שיקול מרכזי באי הרשעתם של הנאשמים בפסק דינו של השופט שפירא, קביעתו שהרשעה בפלילים תביא בהסתברות בלתי מבוטלת לפגיעה בסיכויי העסקתם של הנאשמים בעתיד.<sup>19</sup>

בסיכומו של דבר החליט השופט פוגלמן להשאיר על כנה את החלטת בית המשפט המחוזי, וקבע שכשעסקינן בעבירות אסדרתיות שהן עבירות של אחריות קפידה, ניתן להחיל את הלכת **כתב** בצורה מרוככת וכך למעשה הרחיב את החרוג של ביטול הרשעה בפלילים חרף הוכחתם של כל יסודות העבירה.<sup>20</sup>

## ג. ניתוח ביקורתי של פסק הדין

בשלב זה אני מבקש לטעון שיש כמה קשיים בקו ההנמקה של בית המשפט בפרשה שלפנינו.

ראשית, בית המשפט הפך למעשה את חזקת הרשלנות, כפי שזו נקבעה בחוק העונשין בנוגע לעבירות של אחריות קפידה.<sup>21</sup> כזכור, בעקבות תיקון מס' 39 לחוק העונשין, המערכת המשפטית בישראל זנחה את משטר האחריות המוחלטת שהיה מקובל בעבירות מסוימות, והחליפה גישה זו במשטר של אחריות קפידה.<sup>22</sup> לפי מבנה הדין שלאחר תיקון מס' 39 לחוק העונשין, כדי להרשיע בעבירה שבה נאמר במפורש שהיא עבירה של אחריות קפידה, אין צורך להוכיח שמבצע העבירה פעל מתוך מחשבה פלילית, אלא די להוכיח את התקיימותו של היסוד העובדתי כדי להטיל אחריות בפלילים.<sup>23</sup> עם זאת אין מדובר באחריות מוחלטת, שכן לשון החוק מספקת למבצע העבירה הגנה מצומצמת – אם יוכיח שעשה "כל שניתן כדי למנוע את העבירה", לא יהא חייב בפלילים. כך למעשה החוק קובע חזקה שלפיה אדם שמקיים את היסוד העובדתי יישא באחריות פלילית אלא אם כן יצליח להוכיח שעשה "כל שניתן" כדי למנוע את התרחשות התוצאה. למעשה חוק העונשין מציב רף התנהגות גבוה בעבירות מסוג של אחריות קפידה ומטיל על הנאשם את הנטל להוכחת החרוג.

כשבית המשפט מחליט להחיל בתנאים מרוככים את החרוג בדבר ביטול הרשעה על עבירות של אחריות קפידה, הוא למעשה הופך את החזקה שאדם שביצע את המעשה לא עשה כל שניתן למנוע אותה (אלא אם כן יוכיח אחרת) כפי שקבע המחוקק ובכך מוריד בית המשפט למעשה את רף האחריות. במילים אחרות, בית המשפט דורש מהתביעה להוכיח את קיומן של נסיבות מיוחדות המאפשרות הרשעה בנסיבות העניין. אמנם נכון הדבר שמבחינה פורמלית אין מדובר כאן בהיפוך של החזקה, שכן בכל זאת נקבע שהעבירה בוצעה, וכל שבית המשפט עושה הוא לקבוע שאין מקום להרשיע. דא עקא שמבחינה מהותית, החזקה שנקבעה בחוק מבטאת את עמדת המחוקק שבעבירות אלה די בהוכחת היסוד העובדתי כדי להביא להרשעה (לפחות במרבית המקרים). קביעת בית המשפט חותרת אפוא תחת תכליתו של החוק שראה לנכון להסתפק בהוכחת היסוד העובדתי כתנאי מספיק להרשעה, אלא אם כן יוכיח המבצע כאמור שעשה כל שניתן כדי למנוע את העבירה, וללא נטל נוסף על התביעה מלבד הוכחת ביצוע המעשה.

18 שם, בפס' 39 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

19 שם, בפס' 7 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

20 שם, בפס' 36–39 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

21 ס' 22 לחוק העונשין, התשל"ז–1977.

22 חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד–1994, ס"ח 348. יורם רבין ויניב ואקי דיני העונשין כרך א 451–455 (מהדורה שנייה, 2010).

23 מרים גור אריה "סטיות מעקרון האשמה" **מחקרי משפט** יג 129, 137–138 (1996).

אלכסנדר זרצקי, "ביטול הרשעה בעבירות אקדרתיות של אחריות קפידה, בעקבות רע"פ 3515/12 מדינת ישראל נ' שבתאי", **הארץ** דין ט(2) 157 (תשע"ד)

שנית, בית המשפט ביסס את החלטתו, בין היתר, על המגמה ההולכת וגוברת במשפט הישראלי של העברת הטיפול בהפרות מסוימות מן ההליך הפלילי אל ההליך המנהלי.<sup>24</sup> לפי הדין הישראלי, עבירות שאינן מסוג פשע, ושכלולות בתוספת הראשונה לחוק העבירות המנהליות, ניתן להטיל בגינן קנס מנהלי.<sup>25</sup> כפי שצוין לעיל, המשיבים הורשעו לפי החוק למניעת נפגעים ולפי חוק שמירת הניקיון, ושני החוקים אינם מופיעים בתוספת הראשונה לחוק העבירות המנהליות. לפיכך מבחינה פוזיטיבית אי-אפשר להטיל על עבריינים לפי חוקים אלה קנס מנהלי לפי ההסדר החלופי שהחוק מציע. שתי מסקנות נובעות מכך. ראשית, לו היה חפץ בכך, היה יכול המחוקק להפוך את העבירות הללו לעבירות מנהליות בנסיבות מסוימות או כלפי מבצעים מסוימים, אך הוא בחר שלא לעשות כן. והנה בית המשפט נכנס במידה מסוימת בנעליו. ושנית, לפי הדין הישראלי כיום, והיה אם יבחר בית המשפט להחיל את החריג של ביטול הרשעה בפלילים, אין עומדת לרשותו כל אפשרות להטיל על מבצעי העבירה קנס מנהלי, כמקובל בחוק העבירות המנהליות. נמצא אפוא שאין אפשרות לסנקציה חלופית לא במישור המנהלי ולא במישור הפלילי, והברירה שנתרה בידיו היא להטיל חובת תשלום פיצויים על מבצעי העבירה ככל שסעד כזה מתבקש.

זאת ועוד, למעשה הניח בית המשפט שלא רחוק היום שבו העבירות לעיל יוצאו מן המשפט הפלילי, אך מבט במשפט האמריקני עשוי להביא למסקנה אחרת באשר למגמות הצפויות. בארה"ב הוקמה בשנת 1970 הסוכנות להגנה סביבתית (EPA). הסוכנות היא גוף מיוחד שתפקידו לדאוג לאכיפה נאותה של עבריינות סביבתית. חלק ניכר מהמסקנות שעלו בעבודתה של הסוכנות עסקו בכך שאכיפה אזרחית אינה מספקת כדי להתמודד באופן מיטבי עם עבריינות סביבתית.<sup>26</sup> דברים אלו תקפים במיוחד כשעסקינן במגזר הפרטי או העסקי שבו המניע העיקרי של השחקנים הוא הגברת רווחים ורבות הפעמים שבהם גוף פרטי יעדיף להפר הוראת חוק סביבתי במודע, אם ההפרה נראית יעילה במאזן עלות-תועלת. דרך פעולה זו נראית נוחה במיוחד כאשר אין נלווית לה סנקציה פלילית שתוטל על המפר. וכך, מתוך הבנה זו, נחקקה שורה של חוקים המטילים אחריות פלילית על עבריינים סביבתיים בארה"ב.<sup>27</sup>

בבריטניה, בראשיתה נבעה האכיפה הסביבתית משיקולי שמירה על בריאות הציבור, אך הרציונלים העומדים כיום בבסיסה של האכיפה הסביבתית הם מגוונים יותר ובעלי משקל רב יותר. בעקבות שינוי תפיסתי זה התבססה ההכרה שבמקרים חמורים של הפרות חוקים סביבתיים, יש למצות את הדין עם הנאשם דווקא במישור הפלילי עם כל המשמעויות הנובעות מכך.<sup>28</sup> נוסף על אכיפה במישור הפלילי, בצו משנת 2010,<sup>29</sup> הוכנסו כמה עבירות סביבתיות לתוך הפקודה המאפשרת להטיל סנקציה מנהלית בגין הפרתן. וכך, הסוכנות הבריטית להגנת הסביבה החלה להשתמש לצד סנקציות פליליות גם בסנקציות מנהליות. עם זאת יש לזכור שכלי האכיפה המנהלית עודנו כלי נלווה לכלי העיקרי באנגליה, שהוא האכיפה הפלילית, והוא אפשרי רק במספר עבירות מצומצם.<sup>30</sup>

די בבחינה השוואתית מדגמית זו כדי להטיל ספק בהנחתו של בית המשפט העליון. נראה שלפחות יש רגליים לסברה שטרם נס ליחה של האכיפה הפלילית בתחום העבירות הסביבתיות המטילות משטר אחריות מסוג של אחריות קפידה. גם אם לפי מודל מסוים אכיפה מנהלית היא בגדר כלי משלים לאכיפה הפלילית, וגם אם במודל אפשרי אחר מסלול האכיפה המנהלית יכול להיות הכלי העיקרי להתמודדות עם עבריינות סביבתית, מוקדם לקבוע קביעה כללית שלפיה המגמה שהשופט פוגלמן מזהה, של מעבר לאכיפה מנהלית, תכלול את כל העבירות הסביבתיות האפשריות, לרבות העבירות שלפנינו.

24 עניין **שבתאי**, לעיל ה"ש 1, בפס' 24 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

25 ס' 1(א) לחוק העבירות המנהליות, התשמ"ו-1985.

26 Bradley C. Howard, *Wielding the Big Stick: Deterrence and the Criminal Enforcement of Environmental Laws*, 15(2) WM. & MARY ENVTL. L. & POL'Y REV. 29, 29-33 (1991)

27 Clean Air Act, 42 U.S.C. §§ 7401-7642 (1988); Clean Water Act, 33 U.S.C. §§ 1251-1387 (1988)

28 Julie Adshead, *Doing Justice to the Environment*, 77 J. CRIM. L. 215, 215-216 (2013)

29 שם, בעמ' 227; Environmental Civil Sanctions (England) Order 2010 (SI 2010 No. 1157)

30 Adshead, לעיל ה"ש 28, בעמ' 224-227.

מכל מקום, עבירות אלו טרם הועברו לנתיב האכיפה המנהלית, ולפיכך כאמור קנס מנהלי אינו אפשרי בגינן, ולכן לפי המתווה המשפטי המוצע על ידי השופט פוגלמן מתעורר חשש ממשי שתהיה כאן אכיפת חסר.

להבחנה בין פיצוי – אשר אפשרי כיום – לקנס מנהלי – אשר אינו אפשרי כיום אם ייקבע כי אין מקום להרשיע – יש חשיבות של ממש. במקרה דנן, מבצעי העבירה הם נושאי משרה בחברות ציבוריות. כאשר בית המשפט בוחר לחייב בפיצוי בלבד, הוא למעשה מחצין את עלות הנזק ומעבירו אל כתפי הציבור הרחב, שכן פיצוי ניתן לביטוח ולשיפוי על ידי התאגיד. במילים אחרות, כאשר בית המשפט מטיל חובת תשלום פיצויים על נושא משרה, התאגיד יכול לבטח את נושא המשרה והעלות תגולגל לכיסו העמוק של התאגיד. כשעסקינן בחברות ציבוריות, העלות למעשה מוטלת על הציבור הרחב שמחזיק במניות החברה במישרין או בעקיפין. כך עלול להיווצר מצב שבו נושא המשרה הפר את החוק, זיהם את רשות הרבים והסב נזק כבד לציבור, אך מי שיישא בעלות תיקון הנזק ובתשלום הפיצוי הוא אותו הציבור שנפגע. מנגד, לפי הדין הישראלי אין לבטח או לשפות קנס,<sup>31</sup> ולפיכך היה רצוי שבית המשפט ישרטט מתווה שלפיו בסופו של דבר עלות תיקון הנזק לא תוטל על הקרבן.

שלישית, כאשר בית המשפט מבקש להחיל את נוסחת האיזון כפי שנקבעה בעניין **כתב**, הוא בוחן את סיכויי העסקתם של מבצעי העבירה בעתיד בעקבות הרשעתם בפלילים. בית המשפט מוודא שהפגיעה היא ודאית, וכן שלפגיעה באפשרויות התעסוקה בעתיד מתלווית פגיעה בשמם הטוב של מבצעי העבירה בשל הרישום במרשם הפלילי. יש לתת את הדעת על כך שהגישה למרשם הפלילי נמצאת בידי מספר גופים מצומצם בלבד, והרוב המכריע של המעסיקים הפוטנציאליים אינו רשאי לדרוש את הרישום הפלילי של מבצעי העבירה בענייננו.<sup>32</sup> לפיכך ההסדר הסטטוטורי אינו מבסס את ודאות הפגיעה באפשרויות ההעסקה שלה. אמנם בעקבות פסיקת בית המשפט העליון בעניין **דיין**<sup>33</sup> – אשר אף היא עוררה ביקורת<sup>34</sup> – הרחיב בית המשפט את מספר הגופים שיכולים באופן מעשי לברר את פרטי עברו הפלילי של אדם, אלא שדווקא הרחבה זו משמיטה לכאורה את הקרקע מתחת להבחנה של בית המשפט לעניין זה, משום שניתן לצפות שעצם הקביעה כי האדם ביצע את העבירה היא שתביא לפגיעה בסיכויי העסקתו. במילים אחרות, כיום בעקבות עניין **דיין**, מעביד רשאי לדרוש מעובד או ממבקש עבודה הודעה מגובה בתצהיר על אודות עברו הפלילי ככל שזה רלוונטי להעסקתו, ומסצוין בתצהיר דבר ביצוע העבירה, יימצא העובד או מבקש העבודה במצב כמעט זהה לזה שבו היה נמצא לו בסופו של דבר היה בית המשפט מחליט בעניינו להחיל את החריג של הלכת **כתב** ולבטל את הרשעתו בפלילים. אמנם ייתכנו מקרים שבהם המידע הרלוונטי לדרישה שבדין או לדרישות התפקיד הוא מידע בדבר הרשעה בפלילים, וייתכן שלפי פרשנות מסוימת קביעה שהעבירה בוצעה אך שאין מקום להרשיע בגינה לא תפגע בדרישה זו (אף שתיתכן פרשנות אחרת).<sup>35</sup> ייתכן גם שלפי עניין **דיין** אין מקום לדרוש מידע על אי-הרשעה כשם שאין לדרוש מידע על הרשעות שהתיישנו או נמחקו. עם זאת מכך אין נובעת במישרין מסקנתו של בית המשפט, הן משום שיש להראות כי קשת התפקידים הדורשים דרישה פורמלית זו אכן נרחבת, הן משום שיש להראות שדרישה זו אכן מיושמת בפועל בנוגע לעבירות של אחריות קפידה ומעוררת קושי תעסוקתי בחיי המעשה. כמו כן לא ברור עד כמה רבים המקרים שבהם הרשעה בעבירות של אחריות קפידה היא רלוונטית ומותר, בהתאם לעניין **דיין**, לדרוש מידע על אודותיה. יתרה מזו, אם אכן מתקיימים כל התנאים האמורים, נראה שמבחינה ערכית המסקנה היא שיש להרשיע בדיוק כדי למנוע מאדם שביצע מעשה כאמור, להשתלב בתפקידים מסוימים.

ובאשר לטענה שהרשעה בפלילים תפגע בשמם הטוב של מבצעי העבירה ותשית עליהם סנקציה חברתית שאינה מידתית בהתחשב במידת החומרה של העבירה שעברו, בית המשפט ציין לא אחת שהציבור הרחב אינו רואה בעבירות מסוג זה

31 ס' 260 ו-263 לחוק החברות, התשנ"ט-1999.

32 חוק המרשם הפלילי ותקנות השבים, התשמ"א-1981.

33 ע"א 8189/11 **רפאל דיין נ' מפעל הפיס** (פורסם בנבו, 21.2.2013) לאורה של ההלכה החדשה שנקבעה בעניין **דיין**, כל מעסיק רשאי לדרוש תצהיר ממועסק פוטנציאלי בעניין עברו הפלילי כל עוד הדרישה עומדת במבחן הרלוונטיות לעבודה שאליה מבקש המועמד להתקבל.

34 אביטל טוביאנה וגל יהושע "דרישת מעסיקים להצהיר על עבר פלילי – הדין המצוי והדין הרצוי בעקבות ע"א 8189/11 **רפאל דיין נ' מפעל הפיס**" (עתיד להתפרסם בגיליון ט(2) של **הארץ דין**).

35 ראו בהקשר אחר את פרשת **בתיא אסף**: רע"פ 2976/01 **אסף נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(3) 418 (2002).

אלכסנדר זרצקי, "ביטול הרשעה בעבירות אקדרתיות של אחריות קפידה, בעקבות רע"פ 3515/12 מדינת ישראל נ' שבתאי", **הארץ דין** ט(2) 157 (תשע"ד)

עבירות שטיבן אנטי-חברתי, לפיכך לא ברורה קביעתו של בית המשפט שההרשעה מלווה בסנקציה חברתית קשה. שכן ממה נפשך: אם עבירה על חוקים אלו אינה מעידה על פגם מוסרי, אזי מבצע העבירה לא יסבול מסנקציה חברתית, ואם יש בה פגם מוסרי, אז לפחות בעיני הציבור קביעת העבירות נועדה להגן על אינטרס ציבורי ראשון במעלה, והחברה מבקשת להוקיע מתוכה את מי שפוגעים באינטרס זה, ואין לבטל את ההרשעה.

רביעית, קושי נוסף העולה מהחלטת בית המשפט נוגע להידרשותו לשאלת ההצדקה להשתמש במשפט הפלילי כדי לאכוף נורמות שאין נלווה לביצוען מטען אנטי-חברתי מובהק, ושלא דבק רבב מוסרי במבצעי העבירה, שכן לא ביצעו את העבירה מתוך מחשבה פלילית.<sup>36</sup> דברים אלו מעוררים קושי שכן מדובר בעבירות שצורפו לספר החוקים כדי להגן על אינטרס ציבורי ראשון במעלה והוא שמירה על הסביבה. ישנו מתח בין הרטוריקה של בית המשפט מחד גיסא בעניין החשיבות הרבה שבשמירה על הסביבה, לבין סיווגן של העבירות כעבירות ש"אינן נושאות מטען אנטי חברתי מובהק".<sup>37</sup> היה ראוי שביטול המשפט ייצוק תוכן למושג "מטען אנטי חברתי מובהק" שישקף את הלך הרוח העכשווי והמודעות ההולכת וגוברת לחשיבות השמירה על הסביבה למענו ולמען הדורות הבאים.

חמישית, הרטוריקה של בית המשפט בקשר לכך שההרשעה בפלילים היא הכלל, וביטול הרשעה הוא החריג לכלל שיחול רק במקרים קיצוניים ויוצאי דופן, אינה מתיישבת עם התוצאה בפועל של פסק הדין. השופט פוגלמן חזר ואמר בפסק דינו שהכלל נותר על כנו והכלל הוא הרשעה,<sup>38</sup> אך נראה שבקביעתו של בית המשפט שיש להחיל את הלכת **כתב** בצורה מרוככת על עבירות אקדרתיות מסוג של אחריות קפידה, בית המשפט למעשה הופך את החריג לכלל ואת הכלל לחריג. המצב המשפטי המצטייר לאחר מתן פסק הדין הוא שכשמדובר בעבירות מסוג של אחריות קפידה, הכלל הוא ביטול הרשעה. רושם זה שהותיר בית המשפט בהחלטתו חמור במיוחד משום שמדובר בעבירה סביבתית שמגנה על אינטרס ציבורי ראשון במעלה והנמצאת, לפחות מבחינה נורמטיבית, בדרגת החומרה הגבוהה של העבירות המטילות אחריות קפידה. להמחשה, ממחקר שנערך בארה"ב עולה שבעיני הציבור עבריינות סביבתית קשה נתפסת כעבירה בעלת מטען אנטי-חברתי חמור יותר מעבירות כגון תקיפה, שוד מזוין והברחת סמים.<sup>39</sup>

יתרה מזו, בית המשפט בחר להחיל את החריג דווקא על מקרה שבו נראה שיש לנאשמים למצער יסוד נפשי של רשלנות, שכן לא ביצעו חפירות גישוש כנדרש. נראה שנאשמים שהתעלמו מהנהלים, אינם עומדים באמת המידה של האדם הסביר ונהגו לכל הפחות ברשלנות.<sup>40</sup> לפיכך החלטת בית המשפט להחיל את החריג של ביטול הרשעה בפלילים, ולהרחיב את הלכת **כתב** כשעסקינן בעבירות מסוג של אחריות קפידה, נראית בעייתית במיוחד לנוכח המסקנה המתבקשת שהנאשמים התרשלו בביצוע עבודתם. וכך, בית המשפט, בנסותו להימנע מלנקוט ענישה שאינה הולמת את סוג העבירה, התעלם מהנסיבות הייחודיות שבהן נעברה העבירה הפרטנית.

ולסיום, בית המשפט בחר לקבוע את ההלכה דווקא בהקשר של עבירות סביבתיות. הבעייתיות מתחדדת במיוחד משום כישלון מאמצי האכיפה של חוקים סביבתיים במדינת ישראל. אנו עדים לירידה בהגשת כתבי האישום בגין עבירות סביבתיות וירידה בתחום ההרשעות. כמו כן כמעט אין מוטלים עונשי מאסר בפועל על עבריינים סביבתיים, והעונשים שמוטלים הם לרוב קנסות נמוכים של אלפי שקלים בלבד. המדינה גם כמעט אינה מטילה אחריות אישית על מנהלי חברות בתחום העבריינות הסביבתית.<sup>41</sup> נראה שלמעשה נקרתה לבית המשפט הזדמנות ליצור שינוי מגמה ולקבוע כלל שירתייע עבריינים סביבתיים פוטנציאליים, ויגן על אינטרס ציבורי ראשון במעלה. אך בית המשפט בחר שלא לנצל הזדמנות זו והחליט לבטל את הרשעתם של המזהמים תוך התעלמות מההקשר שבו נקבעת ההלכה.

36 עניין **שבתאי**, לעיל ה"ש 1, בפס' 25 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

37 שם, שם.

38 שם, בפס' 38 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

39 Howard, לעיל ה"ש 26, בעמ' 29-30.

40 ראו קביעותיו של בית המשפט המחוזי לעניין זה: עניין **פלג** – מחוזי, לעיל ה"ש 9.

41 אדם טבע ודין נייר עמדה 2 (2012). זמין ב: [http://www.ued.org.il/\\_Uploads/dbsAttachedFiles/ahifasvivartit.pdf](http://www.ued.org.il/_Uploads/dbsAttachedFiles/ahifasvivartit.pdf) (נצפה ב-10.4.2015).



## ד. מתווה חלופי

בשלב זה אבקש להציע קונסטרוקציה משפטית שתפתור את הקשיים שמניתי לעיל ותשמש חלופה משפטית שתהווה מחד גיסא את האינטרס הציבורי של שמירה על הסביבה ויצירת הרתעה יעילה כלפי עבריינים סביבתיים, ומאידך גיסא תתחשב גם באינטרסים הלגיטימיים של מבצע העבירה, בשים לב למצבו הנוכחי של הדין הישראלי.

המתווה החלופי שאותו אציע מורכב משני שלבים. אני מציע שבשלב הראשון ישקול בית המשפט גם את היסוד הנפשי של מבצע העבירה, במסגרת האיזון בין הנזק שצפוי להיגרם לנאשם עקב ההרשעה לבין האינטרס הציבורי בהרשעה.<sup>42</sup> אמנם אין נדרשת הוכחה של מחשבה פלילית לצורך הרשעה בעבירות של אחריות קפידה, אולם אין פירוש הדבר שמחשבה פלילית או רשלנות אינן נלוות אליהן לפעמים.<sup>43</sup> אמנם בית המשפט אינו נדרש לבדוק את היסוד הנפשי של הנאשם בבואו להחליט אם התקיימו כל יסודות העבירה, אך לפי הצעתי, אם בית המשפט מתבקש שלא להרשיע את הנאשם, עליו לשוב ולהידרש לשאלה זאת.

בשלב השני ראוי ליצור מדרג מסוים בין העבירות המטילות אחריות קפידה, שכן לא כל העבירות נושאת עמן מטען אנטי-חברתי זהה. לא דין עבירה פלוגנית כדין עבירה אלמונית. בעזרת מדרג העבירות ניתן לייחד את עבירות איכות הסביבה מכלל העבירות המטילות אחריות קפידה, ולהחשיבן לעבירות שכרוך בהן אינטרס ציבורי ראשון במעלה. בעזרת שני השלבים ניתן לפתור או לכל הפחות לרכז את הקשיים שהוצגו עד כה. יתרה מזו, המתווה החלופי הולם עקרון בסיס של המשפט הפלילי והוא "עקרון האשם/האחריות המוסרית". בהקשר זה ניתן לחשוב גם על שקילת הנזק הספציפי שנגרם במקרה הנדון (דהיינו לא רק חומרת העבירה עלי ספר, אלא גם חומרת הנזק שנגרם במקרה הקונקרטי בגלל ביצוע העבירה).

### 1. יישום המתווה החלופי

בחינת היסוד הנפשי של מבצע העבירה יכולה לסייע ביישוב הקשיים שעורר פסק הדין. כפי שפורט לעיל, הקושי הראשון שעולה מפסק הדין הוא הפיכתה למעשה של חזקת הרשלנות הקבועה בסעיף 22 לחוק העונשין. אם יבחן בית המשפט את היסוד הנפשי של מבצע העבירה, תוקל במידה רבה הפגיעה שפורטה לעיל. כך, אם יאמץ בית המשפט הסדר זה ויבחן את היסוד הנפשי של הנאשם בעת ביצוע העבירה לצורך הכרעה אם להטיל עליו אחריות פלילית, הוא יימנע מהפיכת החזקה והורדת רף האחריות לסטנדרט של האדם הסביר. מתווה זה הולם את לשון החוק הקובע סטנדרט התנהגות שהוא גבוה יותר מהסטנדרט של האדם הסביר. יתרה מזו, בחינה של היסוד הנפשי של מבצע העבירה תאפשר לבית המשפט ליישם היטב את נוסחת האיזון בין מכלול האינטרסים.

זאת ועוד, בחינה של היסוד הנפשי של מבצע העבירה תפתור את הקושי הטמון בהטלת סנקציה פלילית שעלולה לפגוע באפשרויות תעסוקה בעתיד, שכן אדם שנהג בעבר ברשלנות ופגע בערך המוגן, ראוי שיישא בתוצאות מעשיו. במובן זה הפגיעה האפשרית באפשרויות התעסוקה מצטיירת כהולמת את חומרת העבירה. מאידך גיסא, אם יימצא שהנאשם פעל לפי אמת המידה של האדם הסביר, יוכל בית המשפט, לאחר ששקל גם את יתר השיקולים הרלוונטיים, להחליט לבטל את הרשעתו.

מדרג מסוים של עבירות המטילות אחריות קפידה, או לכל הפחות הבחנה מסוימת ביניהן ולא תפיסת כולן כמקשה אחת, תאפשר לבית המשפט להעריך נאמנה את עוצמתו של הערך המוגן שעליו נועדה העבירה להגן. כמו כן הדבר יאפשר לבית המשפט להתאים את התקדימים לאופי העבירה. כך, ההלכה שנקבעה במקרה דנן ייתכן שלא תחול על עבירה אחרת שמגנה על אינטרס אחר ודורשת התייחסות אחרת. בכך נתקן את תמונת המצב המצטיירת לאחר פסק דינו של בית המשפט העליון

42 עניין שבתאי, לעיל ה"ש 1, בפס' 39 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

43 רבין וואקי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 457.



אלכסנדר זרצקי, "ביטול הרשעה בעבירות אקדרתיות של אחריות קפידה, בעקבות רע"פ 3515/12 מדינת ישראל נ' שבתאי", **הארץ דין** ט(2) 157 (תשע"ד)

שלפיה שיקול הדעת של בית המשפט אם להרשיע אם לאו מצומצם כאשר עסקינן בעבירות האחריות הקפידה כולן, בהיעדר מדרג נורמטיבי שלהן.

המתווה החלופי שהוצע מתחשב גם בעקרון "האחריות המוסרית", שכאמור הוא עקרון בסיס במשפט הפלילי. עקרון "האחריות המוסרית" מבוסס על ההבחנה בין אחריות מוסרית לאחריות פלילית. הבחנה זו מניחה שאדם יכול לשאת באחריות מוסרית בלי לשאת באחריות פלילית, אך לא ראוי שאדם יישא באחריות פלילית בלי שהוא אחראי למעשיו מבחינה מוסרית.<sup>44</sup> לפי המתווה החלופי יש להחיל את החריג של הלכת **כתב** רק לאחר שנשקל היסוד הנפשי של מבצע העבירה ולאחר שהוא מוקם במקום המתאים במדרג נורמטיבי של חומרה באשר לעבירות המטילות אחריות קפידה. בחינת מצבו הנפשי של מבצע העבירה מאפשרת לברר, בין היתר, אם דבק בנאשם רבב מוסרי או "אשם". אם נמצא שאכן דבק בנאשם רבב מוסרי, לא נחיל את החריג ונשאיר את ההרשעה על כנה. לעומת זאת אם יימצא שהנאשם לא ביצע את העבירה מתוך מחשבה פלילית, יוכל בית המשפט לשקול אם לבטל את הרשעתו של הנאשם. קונסטרוקציה זו מגשימה נאמנה את עקרון האשמה שהוא עקרון בסיס במשפט הפלילי.

#### (א) בחינה דיונית

מבחינה דיונית היסוד הנפשי צריך לדעתי להיבחן בשלב גזירת העונש, כאשר עולה הסוגיה אם יש בנסיבות העניין להחיל את החריג שנקבע בהלכת **כתב** בדבר ביטול הרשעה בפלילים. לדעתי, אין צורך להידרש לשאלת היסוד הנפשי של מבצע העבירה קודם להכרעת הדין, שכן לשון החוק אינה דורשת בדיקה כזאת. בדיקה לפני הכרעת הדין לא תתיישב אפוא עם הוראת החוק ותוסיף סרבול ומעמסה בשלב שבו זה אינו הכרחי. מאידך גיסא, בדיקת היסוד הנפשי בשלב גזירת העונש תסייע לבית המשפט לגבש החלטה מושכלת יותר בשאלת הרבב המוסרי שדבק, או לא דבק, במבצע העבירה. כך בית המשפט לא יוכל לטעון שלא דבק רבב מוסרי בנאשם אם יתברר כי הוא פעל מתוך רשלנות. אם נבחן את נסיבות המקרה דן באספקלריה זאת, ניווכח שהמתווה המוצע היה מביא ככל הנראה לתוצאה אחרת. הנאשמים הפרו את הוראותיה של עיריית חיפה ולא ביצעו חפירות גישוש כנדרש, ולפיכך לכאורה פעלו לכל הפחות ברשלנות וזיהמו את רשות הרבים.<sup>45</sup>

#### (ב) רף ההוכחה

כדי ליישם את המתווה המוצע, יש לקבוע מהו רף ההוכחה שיש לעמוד בו כדי לקבוע את היסוד הנפשי של מבצע העבירה בשלב גזירת העונש. כך, למשל, מה תהיה התוצאה אם רשלנותו של אדם תוכח במאזן ההסתברויות אך לא תוכח מעל לספק סביר? לטעמי, את רף ההוכחה ניתן להקיש מלשון סעיף 22(ב) לחוק העונשין, הקובע שאדם לא יישא באחריות פלילית אם עשה כל שביכולתו כדי למנוע את התרחשות התוצאה. סעיף 22 מעביר את הנטל אל הנאשם. מכך ניתן ללמוד שהמחוקק ביקש להחמיר במקרים דן, ולפיכך נראה שיהיה מספיק להוכיח במאזן ההסתברויות שאדם התרשל כדי שלא להחיל את החריג שנקבע בהלכת **כתב** בדבר ביטול הרשעה בפלילים. נראה ששימוש במאזן ההסתברויות יוצר הרמוניה בין לשון החוק להלכת **כתב**, ומתיישב עם המתווה החלופי המוצע בהארה זו.

44 מ' קרמניצר "עקרון האשמה" **מחקרי משפט** יג 109, 111–117 (1996).

45 עניין **פלג** – מחוזי, לעיל ה"ש 9.

## ה. סיכום

בהארה זו ביקשתי לבחון במבט ביקורתי את החלטתו של בית המשפט העליון בעניין **שבתאי**. פסק הדין קבע כי יש להחיל את התנאים לביטול הרשעה, הקבועים בהלכת **כתב**, בצורה מרוככת כאשר עניין לנו בעבירות המטילות משטר אחריות מסוג של "אחריות קפידה".

לדידי, במקרה שלפנינו הייתה לבית המשפט הזדמנות לומר אמירה נחרצת בעניין חובת השמירה על הסביבה והגשמת יעדים "ירוקים" הן למענו הן למען הדורות הבאים. אך נראה שחרף הרטוריקה ה"ירוקה", כפי שזו באה לידי ביטוי בפסק הדין, בית המשפט בחר דווקא בפתרון מפותל שאינו הולם את הלך הרוח הנוכחי בדבר ההכרה הגוברת בחשיבותם של הנושאים הסביבתיים. תמוהה בעיניי ההחלטה של בית המשפט להרחיב את הלכת **כתב** ולהחילה על עבירות של אחריות קפידה דווקא בהקשר הסביבתי, כשעסקין בעבירות הנמצאות בשלב הגבוה במדרג עבירות האחריות הקפידה.

לפיכך בהארה זו טענתי שהיה רצוי שבית המשפט ישאיר את החלטת בית משפט השלום על כנה ולא יבטל את הרשעתם של נושאי המשרה. החלטה שכזאת הייתה מהווה אמירה מוסדית של מערכת המשפט בעניין חשיבותם של הנושאים הסביבתיים ומעניקה רוח גבית לארגונים הירוקים הפועלים למען הסביבה. נחיצותה של אמירה כזאת גוברת בגלל הבעייתיות המבנית בכל הקשור לטיפול בנושאים סביבתיים. במציאות הישראלית רוויית הקונפליקטים ומצבי החירום, הנושאים הסביבתיים, שהשפעתם השלילית על הציבור אינה מיידית, נדחים בצורה כמעט טבעית לשוליים, ואינם זוכים למשאבים ולתשומת הלב שהם ראויים להם. במקרה שלפנינו לבית המשפט הייתה הזדמנות להעניק עדנה מחודשת לנושאים הסביבתיים ולנקוט עמדה חד-משמעית וברורה למען הסביבה, אך הוא בחר שלא ללכת בדרך זו.