

עבירה שיש עמה קלון כפסול לכהונה צבורית
(בג"ץ 283/66, ראובן ארביב נ. שמואל דנינו, ראש מוע"מ חצור,
כ"א פד"י (1), 73; בג"צ 436/66, בן אהרן נ. מוצרפי, ראש
מוע"מ פרדסיה, כ"א פד"י (1), 561)

א. מבוא

ס' 101 (7) לצו המועצות המקומיות (א), תשי"א—1950, קובע:

„ואלה פסולים לכהן כחברי מועצה נבחרת —

(7) מי שתוייב בדין, בפסק דין סופי, על עבירה שיש בה קלון, תוך
חמש השנים הקודמות ליום בו היה להכר מועצה, או שתוייב בדין כא-
מור לאחר שהיה לחבר המועצה“.

שאלת משמעותו של סעיף זה עלתה לאהרונה בשני מקרים, בהם נדרש בית
המשפט העליון, בשבתו כבית דין גבוה לצדק, לפסוק אם היה בעבירה מסוימת משום
קלון, לאחר שראש המועצה הפעיל את סמכותו והודיע למורשעים כי הם פסולים לכהן
כחברי מועצה. במקרה הראשון¹ קרא הנאשם קריאה מעליבה כלפי יריבו הפוליטי,
בעת שהאחרון נשא גאום בחירות. הוא הורשע בבית משפט השלום בהתנהגות פרועה
במקום ציבורי לפי ס' 193 (א) לפח"פ, והבג"ץ פסק כי היה בעבירה זו משום הקלון
הנחוץ לצורך ס' 101 (7). במקרה השני² האשימו העותרים, בזמן ישיבת מועצה, את
חברם למועצה, כי מעל בתפקידו הצבוריים. בית משפט השלום הרשיע אותם בעבירה
לפי ס' 6 לחוק לשון הרע תשכ"ה—1965. הבג"ץ קבע כי אין בעבירה זו משום קלון.
מטרת רשימה זו היא לבדוק אם יגוי פסקי דין אלה מתיישבים זה עם זה.
בדיקה זו מחייבת אותנו לשוב ולבדוק את כוונותו של המושג „עבירה שיש עמה
קלון“, המופיע בכמה דברי חקיקה מקומיים³, אך אינו כוגדר או מפורש אף באחד
מהם.

צירוף המלים „עבירה שיש בה קלון“ מתאר את חיתוך שתי הקבוצות של
עבירות פליליות ומעשים שיש עמם קלון. ברור ששתי הקבוצות אינן זהות, שכן לא
כל „מעשה שיש בו קלון“ הוא עבירה פלילית, ולא כל עבירה פלילית יש בה קלון.
השאלה היא, אם כן, מהן ההתנהגויות המקיימות את שתי התכונות — הן עבירות
פליליות ומעשים שיש עמם קלון בעת ובעונה אחת. קבוצת העבירות הפליליות היא
קבוצה קלה לזיהוי, שכן יסודותיה, הן מבחינת המעשה הפלילי והן מבחינת היסוד
הנפשי הנדרש, מוגדרים ע"י המחוקק בחוק. קבוצת המעשים שיש בהם קלון, לעומת
זאת, אינה מוגדרת בחוק, שכן מושג ה„קלון“ אינו שאוב מתחום המשפט, אלא מתחום

1. בג"ץ 283/66 ארביב נ. דנינו, כ"א פד"י (1), 73.
2. בג"ץ 436/66, בן אהרן נ. ראש המועצה המקומית סרדסייה, כ"א פד"י (1), 561.
3. סעיף 22(א) לחוק השוטטים תשי"ג—1953; סעיף 17(4) לחוק שירות המדינה (משמעת), תשכ"ג—
1936; סעיפים 44(1), 75 ו-78 לחוק לשכת עורכי הדין תשכ"א—1961; סעיף 131 לפקודת העיריות
1934 (נוסח חדש); סעיף 13 לחוק רואי חשבון תשט"ו—1955.

עבירה שיש עמה קלון

המוסר⁴. השקפות מוסריות, שני פגמים להן מבחינת הקביעות והבהירות: מטבע הדברים הן משתנות מזמן לזמן וממקום למקום, ומטבע הדברים שונות הן מאדם לאדם, ומשופט לשופט. דבר שייראה בלתי מוסרי היום יכול היה להיראות טבעי ביותר בתקופות אחרות (מושג העבדות, למשל), ודברים הנראים מוסריים או מקובלים היום היו בבחינת ייהרג ובל יעבור בתקופות קודמות. יתרה מזאת – באותו זמן עצמו, ובאותו מקום עצמו, יכולים שני בני אדם, וכן שני שופטים, להיות בעלי השקפות מוסריות שונות. בכך דומה המושג „קלון” שהוכנס כאן ע”י המחוקק למושגים הומקניים כמו „תקנת הציבור”, אשר אף הם משתנים מזמן לזמן, ממקום למקום, ומאיש לאיש⁵.

דווקא במקומות שהמחוקק קבע מלים מסוג זה יש לראות בכך מתן סמכות לבתי המשפט לעשות מעין „חקיקת-משנה”, מפני שהמחוקק היה ער לעובדה שאין לקבוע קריטריונים באופן חד-פעמי וחד משמעי אלא להשאיר את ההגנה על אותו אינטרס בצורה שתניח מקום לגמישות בפירוש עם שני אקלים משפטי, חברתי או מוסרי.

במרוצת הזמן פותחו בפסיקה כללים מנחים, המדריכים את בתי המשפט בבואם לדון בשאלה אם יש בעבירה מסויימת משום קלון. במסגרת הערה זו ננסה לבדוק כללים מנחים אלה לאור הפסיקה האחרונה.

ב. המבחנים שאומצו ע”י הפסיקה

גישתם של בתי המשפט, בארץ ובחו”ל, היא לבדוק את העבירה המוגדרת לפי יסודותיה המשפטיים, וכך לפסוק אם יש בה קלון אם אין.

הנסיון הראשון היה לומר כי עבירה שיש עמה קלון היא כל עבירה פלילית per se, או, במלים אחרות: עבירה פלילית שהאיסור הכלול בה הוא מובן מאליה. אולם, מבחן זה נזנח כאשר התברר, מתוך התפתחות הפסיקה, כי במקרים רבים פסקו בתי המשפט כי גם עבירות שאינן עבירות פליליות per se הן עבירות שיש עמן קלון (למשל, עבירות חמורות על חוקי מסים)⁶.

כתלק מבדיקת מהות העבירה נראה את בדיקת היסוד הנפשי הנדרש בהגדרת העבירה. לפי מבחן זה נראה עבירה כעבירה שיש בה קלון רק אם אחד מיסודותיה הוא כוונה פלילית או מחשבה פלילית כלשהי⁷.

אינדיקטור שני לקיומו של קלון בעבירה מסויימת הוא העונש המוטל בגינה.

4. העובדה כי ה-קלון הוא מושג השאוב מתחום המוסר עולה משמו האנגלי של המושג: moral turpitude. כמו כן עמדו על אופי זה בהגדרת הקלון בפסק הדין האמריקאי *Hughay v. Bradrick*, 177 N.E. 911, 912 וכן בבג”ץ 135/66, אוחנה נ. ראש המועצה המקומית קרית שמונה, כ’ סד”י (2), 634.

5. כך, למשל, בבג”ץ 143/62, סונק-שלונינגר נ. שר הסנים, י”ז סד”י-231, רואים השופטים את תקנת הציבור באותו ענין באופן שונה (שם, בעמ’ 238 ו-257), והוא הדין בשופטים כהן ולנדוי לענין הקלות שבהתנהגות מסויימת, לפי בג”ץ 436/66 הנ”ל.

6. יש לציין כי גם המונח “עבירה per se” אינו מוגדר בצורה מדוייקת, והוא סובל מירוסים רבים, עם השתנות הזמן או השופט: Blake’s Dictionary בערך “moral turpitude”.

7. מבחן זה אומץ חלקית על ידי השופט כהן בבג”ץ 12/60, עת מאן נ. אכונגו, י”ז סד”י

פה יש להבחין בין שיטות האומרות כי העונש הנבחן צריך להיות העונש המירבי הקבוע בהגדרת העבירה, לבין אלה הגורסים כי העונש הוא זה שהוטל בפועל על ידי בית המשפט⁹, באותו מקרה נבדק⁹.

בתי המשפט בארץ ישבו על המדוכה בפסקי דין לא מעטים, ופסקו לגבי כמה מקרים בהם התעוררה השאלה אם היה בעבירה מסויימת משום קלון, בדוגם בכל מקרה לגופו. כך, למשל, נפסק כי העבירה של שבועת שקר בידועין היא עבירה שמטבע ברייתה יש עמה קלון¹⁰; כי במתן שיק ללא כסוי אין בדרך כלל קלון, אך נסיבות המקרה הגדון המיטו קלון על העושה¹¹; וכי ייתכן כי בקטטה צבורית יהיה משום קלון¹². בפסקי דין אלה לא נכנסו בתי המשפט, בדרך כלל, לדיון העקרוני בשאלה מתי יהיה בעבירה משום קלון. הם פסקו בכל מקרה לגופו, והשאירו את השאלות הכל-ליות יותר שהתעוררו בצריך עיון¹³.

בפרשת ארביב ג. דנינו¹⁴ לא נכנס ביהמ"ש לצד העקרוני של הבעיה, והס-תפק בקביעה כי בעבירה לפי ס' 183 (א) לפח"פ, בנסיבותיה במקרה הגדון, היה משום קלון. ביהמ"ש אינו קובע כל מבחן כללי שהביאו למסקנה זו והוא אומר כך: „העותר עצמו היה מועמד לבחירות בשעת העבירה. התנהגותו הפרועה

1207, מקום שהוא אומר כי עבירה של איסור מוחלט, שבה אין צורך בכוונה כיסוד מעמיד של האחריות, לעולם אינה יכולה להיות עבירה שיש עמה קלון. על כך הוא חוזר גם בבג"ץ 436/66, בעמ' 563.

8. יש לציין כי כמבחן העונש שהוטל בפועל במקרה מסויים יש כבר חריגה מן הבדיקה של יסודות העבירה הפלילית בלבד שכן, ברוב המקרים, אין החוק קובע עונש חובה, אלא עונש מקסימום בלבד, והשופטים קובעים את העונש בכל מקרה לפי נסיבותיו. נסיבות אלה אינן חלק מהגדרת העבירה. למעשה, לדעתנו, נסיבות אלה הן המורות על קיומו של קלון בהת-נהגות המהווה עבירה. יחד עם זה, מבחן העניש הניתן בפועל אינו מחאים במקרים בהם נקבע גם עונש מינימום, או שנקבע עונש חובה, או מקום שהגדרת העבירה באה להגן על אינטרס מסויים, אשר בהתקפתו אין משום סגם מיסרי. מבחן זה גם מעלה קושי שאותה ערכאה צריכה לקבוע הן את ההרשעה והעונש והן את העובדה שבאותה עבירה יש קלון. אולם, קושי זה אינו מתעורר במקרה הגדון כאן.

9. American Jurisprudence, Criminal Law, §§ 4, 5.

לפי חוקת השלטון המקומי 1933 ראו אצלנו, בענין המקביל לזה הגדון בסעיף 101(ז) של היום, את מידת העונש שניתן בפועל כאינדיקטור לקלון, שכן שם נקבע שאדם פסול מלכהן כחבר מועצה מקומית אם נדון ליותר משלושה חדשי מאסר בפועל. החקיקה הישראלית שינתה הוראה זו, ובמקומה הוכנס סעיף 101(ז) האמור. דיון בהבדל בין שני הניסוחים נמצא בבג"ץ 12/60, עת מאן נ. אבו גוש, יי-סד"י 1027.

10. בג"ץ 12/60 הנ-ל.

11. בג"ץ 358/65, אדר"ג. דנינו, כ' סד"י (1), 542, 547.

12. בג"ץ 135/66, אוחנה ג. ראש המועצה המקומית קרית שמונה, כ' סד"י (2), 634, שם נפסק כי בנסיבות אותו ענין לא היה משום קלון בהשתתפות בקטטה במקום ציבורי.

13. וראה בעיקר בג"ץ 12/60, בעמ' 1029.

14. בג"ץ 283/66 הנ-ל.

עבירה שיש עמה קלון

באה להעליב ולהשמיץ את יריבו בניבול פה, בכוונה לפגוע בזכות חיוני, גיח, היא זכות הפניה אל קהל הבוחרים. היתה זו התנהגות בווייה בעסקי צבור, הפוסלת אותו מלהחזיק במשרה כנבחר הצבור, לפי הסעיף 101 (7) הנוכרי".

בפרשת בן אהרן ג. רמוע"מ פרדסיה י, לעומת זאת, ניסו שלושת השופטים שישבו בדין לקבוע מבחן כללי כדי לענות על השאלה מהי עבירה שיש בה קלון, ולהחיל מבחן זה על המקרה שעמד בפניהם. השופט כהן מבחין בין „עבירה שיש עמה קלון מטבע ברייתה“, שלגביה אין הוא פוסק אם הנסיבות יכולות ליטול ממנה את הקלון לצורך ס' 101 (7); בין „עבירה שאין עמה קלון מטבע ברייתה, כמו, למשל, העבירות שבגינן נושאים באחריות מוחלטת אף ללא כל כוונה פלילית“, אשר שום נסיבות אינן יכולות להפוך אותן לעבירות שיש עמן קלון לצורך ס' 101 (7); ובין עבירות גבוליות, שלעתים יהא בהן קלון, ולעתים לא יהא בהן קלון, ואז השאלה תלויה בנסיבות העבירה. לדעתו, עבירה לפי חוק לשון הרע נופלת למסגרת „העבירות הגבוליות“ האלה, ובנסיבות הענין הנדון לא היה בהתנהגות העותרים משום קלון, הגדרש לפי ס' 101 (7).

למיון ראשוני זה של העבירות מצטרף השופט לגדוי, האומר (בעמ' 566): „יכולה להיות עבירה שבדרך כלל יש עמה קלון, אך הנסיבות המקילות בהן געברה, שוללות ממנה את הקלון, ולהיפך, יכול להיות קלון, בגלל נסיבות מחמירות, בעבירה שבדרך כלל אין עמה קלון, וכן יש עבירות „גייטרליות“ לענין זה, לפי הגדרתן בספר החוקים, ומשום כך אין למיין מראש כעבירות שיש בהן או אין בהן קלון, אלא שוב תלוי הכל בנסיבות הענין. נראה לי שכזאת היא העבירה על ס' 6 של חוק לשון הרע“. אולם, בניגוד לדעתו של השופט כהן, סובר השופט לגדוי כי היה בהתנהגות העותרים, בנסיבות הענין, משום קלון, הפוסל אותם מלשאת בכהונה ציבורית, לפי סעיף 101 (7).

השופט הלוי בודק את הביטוי כפי שהוא מופיע בחוקים שונים, אך אינו נכנס לשאלת מיון העבירות. מסקנתו הסופית היא (בעמ' 569): „דעתי העקרונית היא כי עבירת לשון הרע אינה מהווה „עבירה שיש בה קלון“ במובן החוק בכלל, ובמובן הסעיף 101 (7) לצו הנדון בפרט, ותהיינה „נסיבות הענין“ אשר תהיינה. מכל מקום, אם נסיבות הענין עשויות להקל, סבורני כי לשון הרע שנאמר בעידנא דריתחא בוודאי אינו בגדר „עבירה שיש בה קלון“.“

שאלה אחרת אליה התייחסו השופטים בפרשת בן אהרן היתה: „קלון“ — בעיני מי? לדעת השופט כהן, קנה המידה בו יש לנקוט בכגון דא הוא קנה המידה של „הבוחר הסביר“. לדעת השופט לגדוי, קנה המידה צריך להיקבע ע"י בית המשפט, ולא דווקא מתוך התבוננות בנהגים המקובלים על הבריות באותו תחום. השופט הלוי מוצא טעם לפרש באופן מצמצם את הוראת ס' 101 (7) מפני ששיקול הדעת להפעיל

את הפסול הזה נמסר לידי ראש המועצה, ולא לידי גוף מסוים, בן חברים רבים, המיועד לדון בעבירות משמעתיות.

ג. ניתוח וביקורת המבחנים שהופיעו בפסיקה

1. הניתן לקבוע קלון לפי יסודות העבירה?

מהו, אם כן, המבחן שאומץ ע"י בתי המשפט בארץ? ומהו המבחן שרצוי היה לקבוע לאור אופיו המורכב של הבטוי „עבירה שיש עמה קלון“?

נראה כי בתוך המבחן שאומץ ע"י ביהמ"ש בפרשת בן אהרון מצויה סתירה פנימית מסויימת. מצד אחד קובע השופט לנדוי כי יש עבירות אשר לפי הגדרתן בספר החוקים אין בהן קלון או יש בהן קלון, ללא צורך לבדוק את הנסיבות בהן בוצעו. מצד שני, הוא מעלה את השאלה אם ייתכן שהנסיבות תמטנה קלון על עבירה שלכ"א אורה אין בה קלון, והוא עונה על שאלה זו בחיוב. אם אמנם התשובה היא חיובית, מדוע היה צורך במיון של העבירות לשלושה סוגים? אם לגבי כל המקרים יכולות הנסיבות לשנות את האופי הקלוני, מדוע ליצור סוג עבירות ש„לעולם אין עמן קלון“? מכל הקריטריונים המוצעים לא בחר ביהמ"ש בקריטריון של הכוונה הפלילית לית⁹, וכן לא בחר בקריטריון של גובה העונש, המירבי או זה שניתן בפועל. לדעתי, תג, מוצדקת פסילתם של שני קריטריונים אלה, אולם לא היה גם מקום למיון העבירות לסוגים לפי הקלון הטבוע בהם. שכן, ממיון זה עולה שניתן ללמוד על האופי ה„קלוני“ של עבירה מסויימת מעצם הגדרתה החוקית, ומסקנה זו מתעלמת מן העובדה שהמושגים „עבירה“ ו„קלון“ אינם שאובים מאותו תחום. מובן כי בין שני התחומים, תחום המשפט ותחום המוסר, יש יניקה הדדית, ויש כללי מוסר מינימליים המאזנים מצים על ידי המשפט. אולם, באותם מקרים, העבירה היא הן עבירה פלילית והן עבירה על כלל של מוסר, ואין קו אופי אחד נובע בהכרח מן השני. הקלון שבהתנהגות מוסר יימת אינו נובע מן העובדה שהתנהגות הזו מהווה עבירה פלילית. הקלון נובע מכך, שהתנהגות זו נראית כבלתי מוסרית. והמוסר, בניגוד למשפט, אינו בוחן יסודות מסוריים, שגראו חשובים למחוקק, אלא צופה על ההתנהגות על כל נסיבותיה המיוחדות. ההשקפה המוסרית אינה מגבילה עצמה ליסודות שנקבעו ע"י המחוקק. ההרשעה הפלילית יכולה להיות מבוססת על ידיעה קונסטרוקטיבית, על חזקה חלוטה או גיתנת לסתירה, על מבחנים אובייקטיביים של היסוד הנפשי. ההרשעה הפלילית אינה לוקחת בחשבון, בדרך כלל, את המניע. המשפט הפלילי בודק לצורך החיוב או הניכוי בדיון רק „יסודות ונסיבות רלוונטיים“. אולם, המוסר אינו יכול לקבוע את הוות דעתו בלי להתחשב בכל היסודות והנסיבות של ההתנהגות נשוא הדיון.

נגינת, למשל, כי חבר מועצה מקומית מורשע ברצח. אליבא דכולי עלמא רצח הוא עבירה הכרוכה בקלון מוסרי. יש בה כוונה נדרשת, יש בה עונש גבוה, העבירה היא עבירה per se. ביהמ"ש היה פוסק, איפוא, לשיטתו, כי הרוצח הורשע בעבירה שיש עמה קלון, וכי רצח הוא תמיד עבירה שיש עמה קלון, ללא תלות בנסיבות. אולם,

16. כך, למשל, העבירה לפי סעיף 6 לחוק לשון הרע היא עבירה של כותה: „המפרסם לשון רע בכוונה לפגוע, לשני בני אדם או יותר וזלת הנפגע, דינו – מאסר שנה אחת. בכל זאת לא ראו השופטים בקיזם דרישה זו לכוונה פלילית סיבה לראות אותה כעבירה שיש עמה קלון.“

עבירה שיש עמה קלון

ניתן לתאר מקרה בו יקוימו בהתנהגות מסויימת כל היסודות של רצח, ועדיין לא ברור יהיה שאמנם יהיה בה כדי קלון הפוסל את המבצע מלכתן בכהונה ציבורית. זהו, למשל, המקרה של רצח מתוך רחמים. האמנם ברור הוא כי באדם, שהרג בכוונה תחילה את בנו המפגר, שהיה מאיים בהתמדה על חייו ועל חיי הוריו, דבק קלון כלשהו?

או ניקח לדוגמא גרימת מוות מתוך רשלנות, כאשר המבצע לא היה מסוגל להגיע לרמת הצפיה והזהירות של ה"אדם הסביר". ההורג יורשע בגרימת מוות מתוך רשלנות, שכן הסטנדרט הנקבע הוא קבוע לצורך הגנה על אובייקט מסויים — חיי אדם; אולם, התמיד נוכל לומר כי פעולתו היתה פעולה בלתי מוסרית, או פעולה שיש בה קלון?¹⁷

או דוגמא הפוכה — עבירה של איסור מוחלט. אליבא דהשופט כהן¹⁸ — עבירי רות של איסור מוחלט לעולם אין עמן קלון, תהיינה הנסיבות אשר תהיינה. השקפה זו מבוססת על כך שלצורך ההרשעה בעבירה של איסור מוחלט אין צורך בהוכחת אשם כלשהו, או יסוד נפשי סלילי כלשהו. אולם, העובדה שאין צורך להוכיח אלמנט נפשי מסויים אינה אומרת עדיין שבפועל לא גלוותה אל ההתנהגות מחשבה פלילית. ואם אמנם גלוותה כוונה כזו אל ההתנהגות, מדוע לא נוכל לראות בה התנהגות פסוד לה מבחינה ציבורית?

כידוע, קיים בארץ מיסטר של רישוי יבוא. קיים איסור כללי על יבוא סחורות לארץ, אלא אם כן ניתן רשיון המתיר את היבוא.¹⁹ העבירה של יבוא סחורות ללא רשיון היא עבירה של איסור מוחלט.²⁰ נניח כי אדם מיבא סחורה לארץ ללא רשיון, מתוך כוונה לעשות רווחים מופקעים, ונתפש. העבירה בה יורשע היא עבירה של איסור מוחלט. בתנאים חברתיים של מלחמת קיום כלכלית של המדינה, נראה כי בהחלט ייתכן שמעשה מסוג זה יש בו משום קלון הפוסל אדם מלכתן בכהונה ציבורית, ובעיקר פוליטית. ומה היה השופט כהן יכול לפסוק במקרה שכזה?

ומה, אם כן, המבחן הרצוי? כדי לענות על שאלה זו יש לעמוד ביתר הרחבה על אופיה של המערכת הנורמטיבית שממנה שאול מושג ה"קלון" — מערכת כללי המוסר.

כללי המוסר, בדומה לכללי המשפט, מטילים חובות. גם הם באים להגן על איני טרסים מסויימים של חיי החברה המאורגנת. אולם, אם נחפש את המבחנים המייחדים את כללי המוסר של חברה מסויימת ניתן לומר כי כללי מוסר באים להגן על ערכים

17. פה נכנס לתמונה גורם נוסף, אשר יש לו השפעה מכרעת על האופי המוסרי או הבלתי מוסרי של העבירה, ואשר בו נדון להלן. גורם זה הוא האדם המבצע את העבירה. כלומר, ייתכן שלגבי מנהיג ובהר, אפילו רצח מתוך רחמים, יהווה עבירה שבגללה צריך אותו אדם להיפסל מכהונתו. לעומת זאת, לגבי עויד או רואה חשבון, ייתכן שאין הדבר כך.

18. בניץ 12/60 הנ"ל, בעמ' 1028; בניץ 436/66 הנ"ל, בעמ' 563.

19. כיום יש אמנם מוצרים רבים שאין צורך ברשית כדי ליבאם, אולם האיסור עדיין מטוט באופן כללי.

20. ע"פ 156/58, ה"ו המ"ש נ. חכ"מ, י"ג פד"י 651.

חשובים של החברה; גראה שאין ליצור כללים של מוסר על ידי פעולה של חקיקה; שלא ניתן לשנות כללים של מוסר בדרך של פעולה חותכת²¹. כלומר, עבירה על כללי המוסר חייבת לפגוע באינטרס המוכר על ידי בני אותה חברה כאינטרס חשוב, מרכזי וטבוע בחייה של אותה חברה. הכללים המוסריים, כדי שיהיו אפקטיביים, צריכים להיות ידועים לבני הציבור. רוב בני החברה צריכים להכיר את הכללים, ולדעת כי על הפרתם צפויה תגובה עויינת של בני החברה, וכי תגובה עויינת זו היא לגיטימית. כדי שבהתנהגות מסוימת תהיה עבירה מוסרית צריך ה"מפר" לדעת על קיומו של הכלל, ולהכיר בצדקתו.

יחד עם זה, גראה כי גם המוסר, כמו המשפט, אינו מסתפק בכוונה בלבד כדי לקבוע את העבירה המוסרית. כוונה זו צריכה להיות מלווה במעשה כלשהו כדי לעורר אותה תגובה עויינת שהזכרנו לעיל.

אולם, המוסר, כאמור, אינו מכיר במיגבלות היסודות הרלוונטיים לעבירה הפלילית. אם נצרך שני קני מידה אלה נוכל לבסס את המבחן הרצוי. היסוד הנפשי שיידרש לצורך עבירה שיש עמה קלון הוא היסוד הנפשי שליווה בפועל את ההתנהגות. כלומר, אם אדם ביצע עבירה של איסור מוחלט מתוך כוונה, ייתכן כי יהיה בה משום קלון. מצד שני, העבירות ה"טכניות" של המשפט לא תפולנה למסגרת ההתנהגויות שיכול להיות בהן משום קלון, שכן המוסר מגן על ערכים שאין המחוקק יכול ליצור אותם בהיגף קולמוס. לכן, נסיעה במהירות מופרזת, או נסיעה ללא אור אחורי, לא תהיינה עבירות שיש בהן משום קלון. לצורך קביעת הקלון הייב להיות קיים היסוד של אי מוסריות, ואי-מוסריות זו ניתנת להסיק מנסיבות המקרה כולן, ולא דווקא מבדיקת האלמנטים המוגדרים של העבירה.

דרך זו לקביעת הקלון מביאה לתוצאה שבדרך כלל, מבחינה פרקטית, לא תהיה סטייה גדולה בין המבחנים שקבע בית המשפט ובין המבחן המוצע. שכן, מקום שהעבירה מוגדרת כעבירה של כוונה, וההרשעה מותנית בקיומה של כוונה שלילית שכוון, יקשה עלינו למצוא יסוד נפשי אחר, אשר אינו גללל ביסודות העבירה. לכן נכון לומר שבדרך כלל יש קלון בעבירות של כוונה. הוא הדין בעבירות של איסור מוחלט. בדרך כלל נופל אדם למסגרת סעיף כזה כאשר באמת לא ידע ולא התכוון, אף לא התרשל. אולם, התאמה מעשית זו אינה מצדיקה עדיין את הקביעה העיונית שיש עבירות אשר, מטבע ברייתן, לעולם אין עמו קלון.

2. "קלון" – לדעת מי?

אחרי שקבענו כי אין לייחס לעבירה מסוימת, "קלון" בשל הגדרתה בספר החוקים, גראה כי אחד השיקולים הנסיבתיים החשובים הוא אישיותו של מבצע העבירה, המועמד לדין לפי אחת מההוראות הפוסלות בשל "קלון" שבעבירה. לקחת שיקול זה בחשבון צריכה להיעשות בד בבד עם בדיקת הנסיבות האחרות. השאלה העומדת עתה בפנינו היא בעיני מי צריכה ההתנהגות להיראות כאילו היא מטילה קלון על

²¹ Hart, "The Concept of Law", pp. 158 et seq.

עבירה שיש עמה קלון

מבצעה? האמנם בעיני, הבוחר הסביר²² או בית המשפט²³ או אולי בעיני האדם עצמו, או קבוצתו החברתית-מקצועית?²⁴

נראה כי כדי לענות על שאלה זו יש לפנות אל החוקים בהם מופיעה הסנקציה על הרשעה בעבירה שיש בה קלון, ולבדוק מהי מהותה של אותה סנקציה, בידי מי מסורה הפעלתה, ומה המטרה שהיא באה להשיג.

המחוקק לא בחר להכניס את הפסלות לכהונה ציבורית כסנקציה על עבירה שיש עמה קלון לכלל המקצועות ולכלל הבהונות הציבוריות. מכאן עולה שהוא רוצה לשמור על הרמה המוסרית של חלקים מסויימים מן האוכלוסיה בלבד. אם אדם מן הרחוב יבצע עבירה פלילית שיש בה משום הפרה של כללי המוסר, לא יהא צפוי לסנקציה כל שהיא, מעבר לסנקציה הפלילית. אם יבצע אדם הנושא בכהונה ציבורית אותה עבירה עצמה, הרי הוא צפוי הן לסנקציה הפלילית והן להרחקה מאותה כהונה או מאותו מקצוע.

מטרת הסנקציה הנוספת היא לשמור על דמותם הציבורית והמוסרית של בעלי כהונות או מקצועות מסויימים. מטרה זו מושגת ע"י האפשרות לסלק אדם מתפקידו בעקבות, הרשעה בעבירה שיש עמה קלון. אולם, הדרישות של בני החברה ממלאי התפקידים השונים, המוגנים בצורה זו ע"י החוק, שונות הן במהותן. כן שונות אף הסנקציות שמטיל המחוקק בשל הרשעה, בעבירה שיש עמה קלון²⁵. מכיון שהמחוקק בחר להשיג את מטרתו בכל החוקים ע"י השימוש באותו ביטוי עצמו, נראה שיש לפרש את המלה „קלון“ בהתאם להקשר בו היא מופיעה, ולדרישות אשר החברה מפנה אל בעלי אותו תפקיד או מקצוע²⁶.

להשקפה זו ניתן למצוא חיזוק בעובדה שברוב המקרים מסורה הסמכות לק- בוע אם אמנם היה בעבירה מסויימת משום קלון לבית דין פנימי של אותה קבוצה

22. כפי שאומר השופט כהן בבג"ץ 436/66 הנ"ל, בעמ' 565.

23. כפי שאומר השופט לגרר, שם, בעמ' 566.

24. במסגרת הערה זו לא ניכנס לשאלה אם נוסח הסעיף מקנה לראש המועצה שיקול דעת מוחלט וסובייקטיבי (כלומר, האם די שהוא עצמו יראה בעבירה עבירה שיש עמה קלון), או שיקול דעת אובייקטיבי (שאו יכול הבג"ץ להתערב בהחלטה, אם לביהמ"ש נראה כי אין בעבירה משום קלון). במקרים שנדונו כאן לא הועלתה שאלה זו, ובית המשפט מצא כי יש לו סמכות לבדוק את החלטתו של ראש המועצה לעופה, כאילו היתה זו החלטה מינהלית רגילה.

25. בחוק לשכת עורכי הדין. ניתן להעמיד אדם לדין משמעתי בשל ביצוע עבירה שיש עמה קלון, והענש אינו כהכרח סילוק לצמיתות מן המקצוע, אלא יכול להיות כל אחד מן הענשים המגוונים בחוק על עבירות משמעטיות אחרות. לעומת זה, בצו המועצות המקומיות, הסנקציה האפשרית היחידה היא השעיה מן התפקיד לתקופה של 5 שנים אחרי ההרשעה.

26. כך, למשל, בחוק לשכת עורכי הדין תשכ"א-1961, אין סיבת הפסלות מוגדרת כעבירה שיש עמה קלון- אלא כעבירה, אשר לפי נסיבותיה יש עמה קלון. לפי הניתוח הקודם נבדק הקלון תמיד לפי נסיבותיו, כך שמלים אלה היו מיותרות, לכאורה. אולם, ניתן לפרש מלים אלה כמצביעות על כך שיש לבדוק את העבירה לא בהתאם לכללי המוסר הכלליים של בני החברה, אלא לפי כללי האתיקה הדוקטרינרית, המיוחדים לעורכי דין.

מקצועית, אשר חזקה עליו כי ידיו רב לו בידיעת הכללים המיוחדים הנדרשים כדי לשמור על כבוד מקצועם בעיני הצבור.²⁷

לכן, כאשר באים לבדוק אם היה במעשהו של אדם משום פגם מוסרי, המונע ממנו לכהן כחבר מועצה, יש לבדוק את הצפיה המוסרית של הבוחר הסביר מחבר מועצה.²⁸ אם הנאשם הוא עורך דין, יש לבדוק מהי הצפיה של צבור האנשים הנזקקים לעורך דין.

נראה כי המחוקק לא הקל על מלאכת הפרשנות של ביטוי זה, הקשה אף בלאו הכי, בכך שבחר באותה מטבע לשון להשגת מטרת שונות. ייתכן כי היה מקום לנסח את מבחן הפסלות באופן מדויק יותר לגבי כל חוק וחוק. מובן כי היה צורך במלים בעלות משמעות רחבה, שכן סוג העבירות שעליהן רוצים להטיל סנקציה זו משתנה מזמן לזמן, אולם היה מקום לצמצם יותר את גדר הספקות לגבי כל מקצוע ומקצוע. ייתכן כי היה מקום לקבוע את הסבות לפסלות בתחום המשפט, ולא בתחום המוסר. ייתכן שישנם מקרים בהם לא יהא רצוי שאדם ישא בכהונה צבורית כלשהי למרות שנימוקיו היו כשרים וטובים – משום כבודו של המקצוע. ואז היה מקום לקבוע קנה מידה אובייקטיבי יותר או חמור יותר לפסלות.²⁹

רות גביזון*

27 כך לפי חוק לשכת עורכי הדין תשכ"א-1961 מסורה הפעלת הסנקציה לבית הדין המשמעתי; בפקודת העיריות – למועצת העיריה; בחוק עובדי המדינה (משמעת) תשכ"ג-1963 – לבית הדין המשמעתי של עובדי המדינה.

28 במסגרת הערה זו לא ניכנס לשאלה אם "האדם הסביר" הוא אדם מוסרי, ולשאלה אם קנה המידה של האדם הסביר, כפי שהוא מתפרש על ידי בתי המשפט, אינו, למעשה, קנה המידה של השופט הדין באותו ענין. או, במלים אחרות, לא נדן בשאלה אם קני המידה המוצעים על ידי השופטים לגדרי וכהן אינם, למעשה, שתי פנים של אותה מטבע.

29 המשך הדין בנקודה זו יאלץ אותי לרדת בשאלה הכללית מהו היחס הרצוי בין המוסר והמשפט, ועד כמה צריך המשפט להעמיד את הסנקציות הממוסדות שלו על משמר דמותם המוסרית של בני החברה, שאלה החורגות מתחום הערה זו.

* תלמידת השנה הרביעית בפקולטה למשפטים.