

שלמוני אמונאי ישראל: תביעות שוחד ומגמות בדיני אמונאות ובדיני עשיית עושר ולא במשפט

בעקבות ע"א 6266/19 מדינת ישראל נ' אבנון (25.8.2021)

עמיר ליכט*

תקציר

בעניין **מדינת ישראל נ' אבנון** קבע בית המשפט העליון כי המדינה זכאית לתבוע מעובד ציבור שסרח את שלמוני השוחד שקיבל. ואולם, הבסיס המשפטי לקביעה זו, המתבקשת מאליה, עורר קשיים ניכרים. מאמר זה נתלה בפסק דין **אבנון** כדי להציע דיון בשני מישורים: האחד מעשי, והוא ממוקד בתביעות אזרחיות בתרחישי שוחד בשירות הציבורי, בתאגידים ובנסיבות מסחריות דומות, ובכלים המשפטיים הזמינים לשם כך; השני מתרחב לעיון ביקורתי כללי הן ביחס למה שמצוי בפסק הדין הן ביחס למה שנעדר ממנו. בהקשר זה מבקש המאמר בראש ובראשונה להפיג את הערפל הקל שבית המשפט העליון הותיר מעל השימוש בעילה אמונאית לתביעת שלמוני שוחד. בהמשך המאמר מנתח את האפשרות לתבוע בתרחישי שוחד בעילה נזיקית, אשר לא נידונה בעניין **אבנון**, ואת תכונותיה ואתגריה המיוחדים. לבסוף, המאמר מרחיב את יריעת הדיון ובוחר פסיקה סמוכה להלכת **אבנון**, בעניין **מדינת ישראל נ' יזיד**, שדן בעובד ציבור, ובעניין **דה לנגה נ' החברה לישראל בע"מ**, שעסק בשוחד אזרחי לנושאי משרה בחברה. במסגרת זו נידונים היקף התחולה של דיני עשיית עושר ולא במשפט והממשק בינם לבין דיני אמונאות, הגישות המתפתחות בסוגיית היסוד של התעשרות "על חשבון" המזכה, והחלופה של "השבה הרתעתית" על הקשיים הטמונים בה.

גרסה זו: 10 באוקטובר 2022

גרסה ראשונה: 6 באוקטובר 2022

JEL Codes: K22, G34

מילות מפתח: אמונאות, עשיית עושר ולא במשפט, נזיקין, שוחד

* פרופסור מן המניין, בית ספר הארי רדזינר למשפטים, אוניברסיטת רייכמן. [תודות].

תוכן	
א.	מבוא 2
ב.	פרשת אבנן 3
ג.	חשבון בדיני אמונאות 6
ג.1.	יחסי אמונאות 6
ג.2.	עובד ציבור במשפט המשווה 7
ג.3.	עובד ציבור כאמונאי במשפט הישראלי 15
ג.4.	שלילת שלמונים בעילה אמונאית 16
ג.5.	העילה האמונאית בעניין אבנן 22
ד.	עילה בת עוולה בנזיקין 32
ה.	"על חשבון" בדיני עשיית עושר ולא במשפט 43
ה.1.	הפסיקה 43
ה.2.	מבנה הדין, מקורות ותחולה 49
ה.3.	התעשרות "על חשבון" או "מן המזכה" 59
ה.4.	"השבה הרתעתית" מחמת "אין חוטא נשכר" 67
ו.	סיכום 69

שלמוני אמונאי ישראל: תביעות שוחד ומגמות בדיני אמונאות ובדיני עשיית עושר ולא במשפט

בעקבות ע"א 6266/19 מדינת ישראל נ' אבנון (25.8.2021)

Bribery is an evil practice which threatens the
foundations of any civilised society.¹

א. מבוא

בפסק דין **מדינת ישראל נ' אבנון**² נדרש בית המשפט העליון לשאלה שלכאורה, אין פשוטה ממנה: כלום זכאית המדינה לתבוע מעובד ציבור שסרח את שלמוני השוחד שקיבל? ואם כך הדבר - באיזו עילה? האם בדיני אמונאות, בשל הפרת חובת אמון, או שמא בדיני עשיית עושר ולא במשפט (להלן: עשיית עושר) או אולי בשתייהן? ואולי בעילות נוספות? על השאלה הראשונה, העקרונית, השיב בית המשפט בחיוב בלא קושי, אולם שאלת ההמשך - ביחס לבסיס המשפטי לתביעת שלמוני השוחד - עוררה קשיים ניכרים. ביחס לעילה הראשונה, האמונאית, בית המשפט העדיף להמנע מלהכריע, באשר לעילה שניה, בנזיקין, הוא ראה את עצמו כפטור מלהכריע, ואילו לצורך ההכרעה על בסיס העילה השלישית, בעשיית עושר, נדרש בית המשפט לחדש חידוש מפליג ולדעת חלק מחברי המותב, אף מוקשה.

מאמר זה נתלה בפסק דין **אבנון** כדי להציע דיון בשני מישורים: האחד מעשי והוא ממוקד בתביעות אזרחיות בתרחישי שוחד, הן בשירות הציבורי הן בתאגידים ובנסיבות מסחריות דומות, ובכלים המשפטיים הזמינים לשם כך; השני מתרחב לעיון ביקורתי כללי הן ביחס למה שמצוי בפסק הדין הן ביחס למה שנעדר ממנו. המצוי וגם החסר מבטאים מגמות יסודיות יותר במשפט הפרטי בישראל דהא עידנא. עניין **אבנון** משקף את האתגר שדיני האמונאות מציבים לבתי המשפט בעת האחרונה חרף היותם חלק מהדין הישראלי הנוהג (והמחייב בערכאות הדיוניות). אלה נרתעים לא פעם משימוש בדינים אלה ומעדיפים לפנות במקומם לעילות חלופיות, או שהם מיישמים אותם באופן משובש. בהקשר זה מבקש המאמר בראש ובראשונה להפיג את הערפל הקל שבית המשפט העליון הותיר, כמדומה, מעל השימוש בעילה האמונאית לתביעת שלמוני שוחד. בהמשך לכך, המאמר מנתח בפירוט את האפשרות לתבוע בתרחישי שוחד בעילה נזיקית, אשר לא נידונה בעניין **אבנון**, ואת תכונותיה ואתגריה המיוחדים.

בד בבד, פסק דין **אבנון** משתלב במגמות קיימות בהתפתחות דיני עשיית עושר החדשים בישראל. בהקשר זה אצביע על פער בין הנתב שבו מתפתחים דינים אלה בישראל לבין כיוון התפתחותם במשפט המשווה, ובפרט, במשפט האנגלי. לצד העובדה שהדין הישראלי נבדל מהדין האנגלי בסוגיית התפרשותם של דיני עשיית עושר, והוא מרחיב ממנו בהקשר זה, הדין הישראלי עודנו נשען על מקורות השוואתיים אנגלים, במיוחד בתרחישי שוחד. על רקע זה נראה כיצד

¹ Attorney General for Hong Kong v. Reid [1994] 1 AC 324, 330, [1993] UKPC 2 (PC) (להלן: עניין *Reid*).

² ע"א 6266/19 מדינת ישראל נ' אבנון (25.8.2021) (להלן: עניין **אבנון**).

במשפט האנגלי מתגבשת תפיסה חדישה של יסוד ההתעשרות "מן המזכה" או "על חשבון", בשעה שבפסיקה בישראל מתרוצצות מגמות שונות בנושא, ונציע נתיב לשלב בין הדינים.

מבנה המאמר כדלקמן. לאחר פרק המבוא מתאר פרק ב' את מסכת העובדות בפרשת **אבנון** ואת עיקרי ההנמקה של בית המשפט. פרק ג' עומד על תביעת החשבון בדיני אמונאות לשם תביעת שלמוני שוחד, ותוהה על רתיעתו של בית המשפט העליון מלהתבסס עליה חרף היותה דרך המלך להשגת יעד זה. פרק ד' מנתח את העילה הנזיקית בקשר לשוחד. פרק ה' מרחיב את יריעת הדיון ובוחן פסיקה סמוכה להלכת **אבנון**, ובכללה את פסק דין **מדינת ישראל נ' יזיד**³ ועניין **דה לנגה נ' החברה לישראל בע"מ**⁴, שעסק בשוחד אזרחי לנושאי משרה בחברה. במסגרת זו נידונים היקף התחולה של דיני עשיית עושר והממשק בינם לבין דיני אמונאות, הגישות המתפתחות בסוגיית היסוד של התעשרות "על חשבון" המזכה, והחלופה של "השבה הרתעתית" על הקשיים הטמונים בה. פרק ו' מסכם.

ב. פרשת אבנון

הנתבע, צבי אבנון, שימש כרכז פיקוח במינהל האזרחי באזור יהודה ושומרון.⁵ במסגרת תפקידו הוא נהג לבצע ביקורות פתע במחצבות שם לשם מניעת חציבה אסורה. בכמה הזדמנויות הוא מסר למפעילי המחצבות מידע שהיה ברשותו מתוקף תפקידו על ביקורות צפויות של המנהל האזרחי, וזאת כדי שהם יוכלו להימנע מחציבה אסורה בזמן הביקורות ומהחרמת כליהם כתוצאה מכך. תמורת המידע קיבל אבנון מהמפעילים שוחד בסך כולל של 45,850 ש"ח. בשל כך הוא הועמד לדין פלילי, הורשע, ונגזרו עליו מאסר וקנס בסך של 20,000 ש"ח. המדינה הוסיפה ותבעה מאבנון את כספי השוחד בתביעה אזרחית נגדרת להרשעה לפי סעיף 77 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, שבה טענה לעילות בעשיית עושר, באמונאות ובנזיקין. בית המשפט המחוזי, מפי השופט כרמל, דחה את התביעה, בקובעו כי טובת ההנאה שבשוחד לא באה "על חשבון" המדינה.⁶ זאת, לאחר שנתן את דעתו לעמדתו של דניאל פרידמן, כיום במהדורה עם אלרן שפירא בר-אור, כי תתכן תביעה בעלת יסוד עונשי בעשיית עושר אף בהעדר היסוד של "על חשבון" לפי הרעיון של "אין חוטא נשכר".⁷ העילות באמונאות ובנזיקין לא נידונו. המדינה ערערה אפוא תוך שהיא שבה וטוענת לשלוש העילות.

בית המשפט העליון דחה את גישתו של בית המשפט המחוזי, הפך את התוצאה וחייב את אבנון לשלם למדינה את מלוא סכום השוחד שקיבל. השופטת ברון כתבה את חוות הדעת המובילה. הכרעתה נשענת על העילה בעשיית עושר תוך שהיא קובעת כי התקיים היסוד של

³ ת"א (חי) 73387-12-18 **מדינת ישראל נ' יזיד** (4.12.2021) (להלן: עניין יזיד).

⁴ תני"ג 18994-07-15 **דה לנגה נ' החברה לישראל בע"מ** (30.4.2017) (להלן: עניין דה לנגה).

⁵ תיאור העובדות והשתלשלות ההליכים מבוסס בעיקר על עניין **אבנון**, לעיל ה"ש 2, פס' 2 ואילך לפסק דינה של השופטת ברון.

⁶ ת"א (י-ם) 60320-10-17 **מדינת ישראל נ' אבנון** (23.6.2019), פס' 18 (להלן: עניין **אבנון מחוזי**) ("הקביעה [לפי טענת המדינה - ע.ל.] כי הרווח שעשה הנתבע ממידע השייך לתובעת הינו 'על חשבון' התובעת, כנדרש לפסיקת השבה על פי עילת עשיית עושר ולא במשפט - היא פרשנות בלתי מבוססת כראוי בעניינו ויש לדחותה.")

⁷ שם, בפס' 17. ראו דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור **דיני עשיית עושר ולא במשפט** כרך א 683-684 (מהדורה שלישית, 2015) (להלן "פרידמן ושפירא בר-אור, **עשיית עושר**").

התעשרות "על חשבון" המדינה.⁸ השופטת ברון דנה בחיוב גם באפשרות לפסוק השבה מחמת "אין חוטא נשכר" אולם השאירה אותה בצריך עיון.⁹ ביחס לעילה של הפרת חובת אמון - דהיינו, האמונאית - קבעה כי אף זו התגבשה, אולם היא נמנעה מלהכריע בשאלה אם זוהי עילה עצמאית ונפרדת מהעילה בעשיית עושר, משסברה ששתיהן מובילות לסעד זהה.¹⁰ ביחס לעילה הנזיקית העירה השופטת ברון, שהמדינה טענה אותה בשפה רפה ומבלי לציין באיזו עילה מדובר, ולכן מצאה שהדיון בה התייתר.¹¹ השופט מינץ הסכים לפסק דינה של השופטת ברון.¹² לעומתו, השופט קרא הסכים לתוצאה ולמרבית הנימוקים של השופטת ברון, אולם ביחס להשבה בעשיית עושר הוא צמצם את הסכמתו רק לטעם של "אין חוטא נשכר".¹³

בטרם נפנה לניתוח המשפטי, מן הראוי לעמוד על סוגיית מדיניות עקרונית שפרשת **אבנון** מעוררת. על האיום החמור שמציבה שחיתות לסדר החברתי אין צורך להכביר מילים. הדבר משתקף במוטו של המאמר, המובא מהחלטת מועצת המלכה בהלכה המכוננת בעניין *Reid*, אשר נשוב אליה בהמשך.¹⁴ גם בית המשפט בעניין **אבנון** עמד על חומרת האיום.¹⁵ לאחר שבעבר התקיים שיח בשאלה אם ניתן להתייחס לשוחד בסלחנות בתור "שמן על גלגלי המשק", בעת האחרונה מתחוור כי עמדה זו משוללת יסוד והשוחד אכן הרסני למוסדות החברתיים, כפי שכבר סברו קדמונינו.¹⁶ הדברים אמורים במידה שווה לגבי שוחד במגזר הציבורי ובמגזר הפרטי. גוף מוצק של ראיות אמפיריות מלמד כי שחיתות משפיעה לרעה, בין היתר, על שיעור הצמיחה, יעילות מנהלית במגזר הציבורי והפרטי, היקף התשתיות במדינה, שיעור ההון השחור, השקעות זרות במדינה וסחר בינלאומי שלה, וכן על כיבוד זכויות אדם וזכויות פוליטיות ועוד.¹⁷

⁸ עניין **אבנון**, לעיל ה"ש 2, פס' 15 לפסק דינה של השופטת ברון.

⁹ שם, פס' 16.

¹⁰ שם, פס' 19.

¹¹ שם, פס' 22.

¹² שם, פסק דינו של השופט מינץ.

¹³ שם, פס' 1 לפסק דינו של השופט קרא.

¹⁴ עניין *Reid*, לעיל ה"ש 1.

¹⁵ עניין **אבנון**, לעיל ה"ש 2, פס' 15 לפסק דינה של השופטת ברון ("הדין מייחס חשיבות רבה למלחמה בתופעת השחיתות השלטונית."); ראו גם ע"פ 4456/14 **קלנר נ' מדינת ישראל** (29.12.2015), פס' 202 לפסק דינו של השופט גיבראן ("נטילת שוחד חותרת תחת מוסדות שלטון מתוקנים ופוגעת בהתנהלותה של מדינה חפצת חיים, ומכאן הצורך לפעול בנחישות וללא מורא על מנת למגר תופעות מעין אלה."); בג"ץ 7074/93 **סוסיא נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מח(2) 749, 777 (1994) ("נטילת שוחד, הפרת אמונים ועבירות אחרות הקבועות בדיני העונשין, אשר יסוד של שחיתות (במובן הרחב) טבוע בהן, מסוכנות הן לחברה ולסדרי הממשל. הן מכרסמות בעבותות הקושרות אותנו כבני חברה אחת. הן מפרות את האמון של פרט בפרט ושל הפרט בשלטון. הן מעודדות זלזול ברשויות הציבור ובעובדי הציבור. הן מטפחות ציניות כלפי רשויות המינהל וכלפי הסדר החברתי הקיים. הן פוגמות באמון של הפרט בתיפקודו של הכלל ובכך מערערות את היציבות החברתית."). בית המשפט העליון חזר על הדברים לאחרונה בע"פ 8618/19 **מדינת ישראל נ' מילר** (12.07.2022), פס' 8 (השופט פוגלמן).

¹⁶ על השחתת המידות המוסריות ששוחד מחולל עמד כבר המקרא: "לא תטה משפט לא תכיר פנים ולא תקח שחד כי השחד יעוור עיני חכמים ויסלף דברי צדיקים." דברים ט"ז י"ט.

¹⁷ ראו Toke S. Aidt, *Corruption, Institutions, and Economic Development*, 25 OXFORD REV. ECON. POLICY 271 (2009). לסקירה מקיפה ראו Eugen Dimant & Guglielmo Tosato, *Causes and Effects of Corruption: What has Past Decade's Empirical Research Taught Us? A survey*, 32 J. ECON. SURVEYS 335 (2018).

שחיתות שלטונית אינה זרה להווייה הישראלית, כידוע, ובמגזרים מסויימים היא בגדר נגע מפושת.¹⁸ אף על פי כן, ככל שקויים בארץ מאבק משפטי בשחיתות, הוא התמקד באכיפה ציבורית באמצעות הדין הפלילי והמשמעתי. המדינה נמנעה במשך זמן רב מלאכוף את זכויותיה במשפט הפרטי כלפי עובדי ציבור שקיבלו שוחד,¹⁹ וכלפי משלמי השוחד היא עדיין אינה עושה זאת, למיטב הידוע.²⁰ דא עקא, שעם כל עוצמתו, ואף בעטיה של עוצמתו, להליך הפלילי יש מגבלות מובנות כאמצעי למאבק בשחיתות.²¹

המדינה נקטה צעד משמעותי לשינוי המצב הזה בעניין השר לשעבר בנימין בן-אליעזר המנוח, שהואשם בקבלת שוחד בקשר לניצול מעמדו. לפי הנטען, חלק מכספי השוחד הוחזקו במזומן ובחלק אחר שלהם השתמש בן-אליעזר לרכישת זכויות בבית מידות ביפו. ואולם ההליך הפלילי נגדו, שבגדרו התנהל גם הליך חילוט פלילי, הופסק משהלה נתבקש לישיבה של מעלה.²² המדינה פנתה אפוא להליך תביעה אזרחי, שאותו אין כל מניעה לקיים נגד העזבון ואף נגד היורשים (לפחות ביניי אמונאות).²³ בגדר אותה תביעה טענה המדינה לעילות בעשיית עושר ובאמונאות, ובכלל זה לזכויות בקשר לבית, אלא שהליך זה הסתיים בפשרה שנותרה חסויה, כך שהוא לא הניב הלכה פסוקה.²⁴

המחדל המתמשך מלנקוט אכיפה אזרחית בפרשיות שחיתות התקבע בשגרת הדברים בארץ עד כדי כך, שבפרשת **אבנון** הביע אבנון, הנתבע שהורשע כבר, טרוניה על עצם הגשת התביעה נגדו וטען לאכיפה בררנית. המדינה מצידה לא הכחישה את עצם החידוש שבהגשת ההליך האזרחי, והסבירה כי הוא נובע מהחלטה לכלול גם הליכים מתחום המשפט האזרחי והכלכלי בגדר האמצעים להתמודדות עם שחיתות שלטונית. עמדה זו נראתה לבית המשפט, שקבע כי "החלטה על שינוי מדיניות היא טעם שיש בו על פניו כדי להצדיק את הגשת התביעה נגד

¹⁸ ראו, כללית, **מבטים על שחיתות שלטונית - לקט עמדות** (עדנה הראל פישר, תמר הוסטובסקי ברנדס, ליטל פילר עורכות, 2022); ראו, ביחס לשלטון המקומי, דו"ח הצוות לבחינת דרכים לחיזוק שלטון החוק וטוהר-המידות בשלטון המקומי (2016), <https://www.gov.il/blobFolder/generalpage/headquarters-work-01/he/2016-19.pdf>; ראו גם מרכז המחקר והמידע של הכנסת, סוגיות הקשורות לשחיתות בשלטון המקומי (2020).

¹⁹ הליך אזרחי ידוע קודם שיש לו תיעוד במאגרים, התנהל לפני למעלה מחמישים שנה, בשנים 1970-1971. ראו ע"א 304/70 **אביעם נ' מדינת ישראל**, פ"ד כה(1) 665 (1971) (להלן: **עניין אביעם**).

²⁰ להצעות לעשייה בכיוון זה ראו עמיר ליכט "בל תשחית – אחריות אזרחית למעורבות בהתנהלות מושחתת" **נקודה בסוף משפט** (9.2.2016), <https://amirlicht.wordpress.com/2016/02/09/39>; עמיר ליכט "ראשון לציון מארש – לקראת תביעה נגזרת נגד משחד ומשחית בשלטון המקומי" **נקודה בסוף משפט** (26.2.2018), <https://amirlicht.wordpress.com/2018/02/26/108> (להלן: ליכט, **ראשון לציון מארש**).

²¹ ראו אבינועם מגן **דיני אמונאות ועשיית עושר ולא במשפט כאמצעי למאבק בשחיתות** 21-33 (2020) (להלן: מגן, **מאבק בשחיתות**).

²² ראו ת"פ (ת"א) 4637-12-15 **מדינת ישראל נ' בן-אליעזר** (28.8.2019), פס' 1.

²³ ראו עמיר ליכט "עם כל הצער שבדבר – אישום פלילי ותביעה אזרחית נגד אמונאי" **נקודה בסוף משפט** (30.5.2016), <https://amirlicht.wordpress.com/2016/08/30/57>.

²⁴ ראו אלה לוי-וינריב "האלמנה, הבן או המדינה - מי יקבל את כספי העיזבון של פואד?" **גלובס** (14.5.2018), <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001235950>; ניצן שפיר ואלה לוי-וינריב "הקרב על נכסי פואד בן-אליעזר הסתיים: כמה ישלמו מנהלי העיזבון?" **גלובס** (29.10.2020), <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001347610>; עדי כהן "עם נוף לים: הפנטהאוז של פואד בשכונת עגימי ביפו מוצע למכירה" **דה מרקר** (29.4.2021), <https://www.themarket.com/realestate/premium-1.9756253>.

אבנון, גם אם הדבר לא נעשה קודם לכן במקרים אחרים.²⁵ לכך יש להסכים, כמובן. בראיה מערכתית של המאבק בשחיתות, יתכן שבאשרור שנתן בית המשפט למדיניות החדשה של המדינה לנקוט אכיפה אזרחית יש חשיבות רבה יותר מאשר בחידושים המשפטיים שבפסק הדין, שבהם נעיין להלן.

ג. חשבון בדיני אמונאות

1.1. יחסי אמונאות

חלק הארי של פסק דין **אבנון** מוקדש למתיחת איבריה של העילה בעשיית עושר עד שתתאים גם לתרחיש של קבלת שוחד בידי עובד ציבור. כפי שנראה להלן בדיון בעילה זו, בית המשפט נאלץ לפרוץ לשם כך דרך חדשה ליישומה של העילה תוך שהוא עוקר הרים וטוחנם זה בזה. כדי להעריך אל נכון את המהלך הזה מבחינת דיני עשיית עושר ולא במשפט, מוטב לעמוד תחילה על העילה החלופית, בדיני אמונאות, אשר אותה בית המשפט העדיף לדחוק לשולי הדרך ולא לבסס עליה את ההכרעה. הדברים ראויים לעיון, שכן לעומת התמרון המשפטי המורכב אשר נדרש לשימוש בעילה בעשיית עושר לצורך תביעת שלמוני שוחד, שאף היה שנוי במחלוקת בין שופטי המותב, שלילתם בעילה אמונאית היא מיידידת, בבחינת open-and-shut case.

בית המשפט קבע, כי אבנון חב חובת אמון למדינה בהיותו עובד ציבור, כי הוא הפר את חובתו זו בקבלת השוחד ובמסירת המידע למפעילי המחצבות, וכי על כן הרווח שהפיק יישלל ממנו ויועבר למדינה בהיותה הנהנה (דהיינו, ה-beneficiary).²⁶ בכך צדק, ללא ספק. אף על פי כן, וחרף פשטותה של הנקודה, בית המשפט העדיף לסייג את הבסיס שעליו השתית את מתן הסעד, ונמנע במפורש מלהכריע אם העילה בהפרת חובת אמון היא עילה עצמאית או רק מופע של עילה בעשיית עושר. לו בשל כך בלבד ראוי לעמוד על המסגרת המשפטית לתביעת שלמוני שוחד בדיני אמונאות.

כדי לזכות בסעדים המיוחדים שמקנים דיני האמונאות שומה על התובע להראות תחילה שדינים אלה חלים בנסיבות המקרה – כלומר, שבינו לבין הנתבע שררו יחסי אמונאות, ובפרט – שהנתבע היה אמונאי שלו.²⁷ עקרונית, בכך די, והנהנה התובע אינו נדרש להראות דבר בנוסף לכך,

²⁵ עניין **אבנון**, לעיל ה"ש 2, פסי' 24 לפסק דינה של השופטת ברון.

²⁶ שם, פסי' 18 לפסק דינה של השופטת ברון. השופטת ברון השתמשה במונח "מוטב". "מוטב" ו"נהנה" הם תרגומים חלופיים ל-beneficiary. "נהנה" נהנה מיתרון על פני "מוטב", שכן הראשון נקוט בחקיקה הישראלית לציון נהנה ביחסי אמונאות, כגון בחוק הנאמנות, תשל"ט-1979, ואילו האחרון משמש, למשל, לציון מוטב בחוזה לטובת אדם שלישי לפי חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 ומוטב בחוזה ביטוח לפי חוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981. שתי אלה הן מערכות יחסים שאינן יחסי אמונאות, ולכן יש בשימוש באותו מונח בהקשרים שונים כדי לבלבל. הצעת חוק דיני ממונות, תשע"א-2011 נקטה את המונח "זכאי" ל-beneficiary. בעיני, אף זה אינו מונח מיטבי, מכיוון של"זכאי" יש כבר משמעויות מוגדרות במשפט הפלילי וגם במשפט הפרטי, שבו הוא משמש כתרגום ל-entitled, המציין מצב משפטי שונה מהותית מזה של ה-beneficiary ביחסי אמונאות. "נהנה" הוא אפוא המונח היחיד שאין לו משמעות משפטית אחרת זולת beneficiary ביחסי אמונאות, ומכאן עדיפותו.

²⁷ למען השלמות יצוין, כי דיני האמונאות מחילים אחריות כאחריותו של אמונאי גם על צד זר ליחסי אמונאות שנעשה מעורב בהם בתנאים מסויימים – בין היתר, כגורם או כמסייע להפרת חובת אמון. בתרחיש של שוחד יהיה זה, בין היתר, משלם השוחד. לדיון מפורט ראו עמיר ליכט **דיני אמונאות: חובת האמון בתאגיד ובדין הכללי** 403-491 (2013) (להלן: ליכט, **דיני אמונאות**).

ובפרט לא הפרה של חיובי אמונאות כגון בקבלת שוחד. משהוכח קיומם של יחסי אמונאות – וקל וחומר, אם הוכח חשד ממשי להפרה – נסללה הדרך לחשבון מקיף, כמפורט להלן. דרך המלך להכרעה בשאלה אם הנתבע היה אמונאי קוראת לתובע להראות שהנתבע נמנה עם אחת הקטגוריות המוכרות של אמונאים (recognized categories, established categories) כגון שלוח, נאמן, אפוטרופוס וכו'. בגדר הקטגוריות האלה יחולו חיובי אמונאות מניה וביה.²⁸ הקטגוריות המוכרות התגבשו במשפט המקובל במרוצת הזמן: חלקן מקדמת דנא, לפני מאות שנים (כגון אפוטרופוס ונאמן) וחלקן מאוחר יותר אך גם הן ותיקות (כגון דירקטור). גם כיום מכירים בתי המשפט מעת לעת בקטגוריות נוספות במסגרת כוחו היוצר של המשפט המקובל. כך, למשל, הוכרו אצלנו כאמונאים במשפט הפרטי יזמים של חברה ביחסים בינם לבין עצמם,²⁹ ולאחרונה – הממונה על רכוש נטוש והמארגנים והוועד המפקח של קבוצת רכישה.³⁰ בנוסף לכך, הוראות חרותות קובעות כי בעלי תפקיד מסויימים חבים חובת אמון, אלא שכמעט בלא יוצא מן הכלל, הוראות אלה הן הצהרתיות ורק משקפות הלכות מושרשות במשפט המקובל.³¹

2. ג. עובד ציבור במשפט המשווה

עובד ציבור מוכר כאמונאי במשפט הפרטי לפחות משנת 1858, כאשר מועצת המלכה פסקה בפרשת *Bowes v. City of Toronto*.³² באותו מקרה כיהן באווס כראש העיר טורונטו וכחבר ועדת הכספים של מועצת העירייה, ובמסגרת זו הוא פעל להנפקת אגרות חוב עירוניות למימון הקמתה של מסילת ברזל. הוא רכש אגרות חוב בהנפקה יחד עם שותף באמצעות פירמה בבעלותם, בלא ידיעתה ואישורה של העירייה לכך, וראה עליהן תשואה נאה. מועצת המלכה

²⁸ הדרך החלופית לקביעת יחסי אמונאות במקרים שאינם נופלים לגדר הקטגוריות המוכרות מבוססת על שימוש במבחנים מושגיים כדי לבחון את נסיבות המקרה המסויים. אמונאי בנסיבות כאלה מכונה לעיתים "אמונאי אד הוק" (ad hoc fiduciary). מפיץ או מפיץ בלעדי מהווים דוגמה מובהקת בכך שלעיתים הם יוכרו כאמונאים ולעיתים לא, בהתאם לנסיבות. ראו ע"א 7338/00 **תנובה - מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' שרעבי ז"ל ויורשיו**, פ"ד נז(2) 757, 745 (2003) (השופט מ' חשין); ע"א 9099/96 **ידיעות אחרונות בע"מ נ' פירסטנברג**, פ"ד נג(5) 1, 16 (1999) (השופט טירקל); ליישום עדכני ראו ת"א 2100-10-19 **ביוטי פיש בע"מ נ' כ.ר חקלאות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ** (21.2.2022) (השופט פרידלנדר); השוו. *Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.* 156 CLR (1984) 41. דיון בחלופה זו חורג מהמסגרת הנוכחית. ראו, כללית, עמיר ליכט "חובת אמון - אימתי?" בתוך **חובות אמון בדיון הישראלי** 35 (רות פלאטו-שנער, יהושע (שוקל) שגב עורכים, 2015).

²⁹ ראו ע"א 262/86 **רוט נ' Deak and Co. Inc.**, פ"ד מה(2) 353 (1991) (השופט בך).

³⁰ ראו, בהתאמה, בג"ץ 794/17 **זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (נבו 31.10.2017), פס' 55-56 (המשנה-לנשיאה ג'ובראן); ה"פ (ת"א) 39815-06-16 **מרק נ' חוגי'** (1.1.2018), פס' 21-22 (השופט גונטובניק); ראו גם, בהתאמה, עמיר ליכט "דיני עמונאות – לקראת הלכה חדשה לגבי תחולתה של חובת אמון" **נקודה בסוף משפט** (23.11.2017), <https://amirlicht.wordpress.com/2017/11/23/99>; עמיר ליכט "חשבון פשוט – חובות הגילוי של המארגנים ושל הוועד המפקח בקבוצת רכישה" **נקודה בסוף משפט** (3.2.2018), <https://amirlicht.wordpress.com/2018/02/03/106>. להכרה בבעל מניות כאמונאי בנסיבות מיוחדות ראו *Lehtimäki v. Cooper* (Rev 1) [2020] UKSC 33 (U.K.).

³¹ ראו למשל, ביחס לעורכי דין, ע"א 554/87 **מזור נגד אריאלי**, פ"ד מה(1) 370, 377 (1990) (השופט נתניהו) ("אמנם, ההוראה [שבכלל 14 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), תשמ"ו-1986 – ע"ל] ניתוספה לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית) רק ב-1986, אבל היא אינה מחדשת דבר, והנורמה שהיא מבטאה היא הנורמה האוסרת פעולה מתוך מצב של ניגוד אינטרסים. נורמה זו היא מעקרונות שיתנו. ").

³² (P.C.) 14 ER 770, (1858) UKPC 10, [1858]. סטיבן גייגילר, שופט בית המשפט העליון של אוסטרליה, מצביע על פסיקה מוקדמת יותר שנדרשה לשאלה אם עובד ציבור, שהוסמך בחקיקה להקים קרן נאמנות שתשמש למימון עבודות ציבוריות, חב חשבון לפי דיני היושר ביחס לטיפולו בקרן ונתון לסמכות בתי המשפט של היושר. לא אחר מאשר לורד אלדון קבע שכך הדבר, אולם גייגילר מדגיש שהפסיקה התייחסה לנקודה צרה זו. ראו Stephen Gageler, *The Equitable Duty of Loyalty in Public Office in FINN'S LAW: AN AUSTRALIAN JUSTICE* 126, (Tim Bonyhady, ed, 2016) 127, בעקבות *Attorney-General v. Brown* (1818) 1 Wils Ch 323. הנושא הכללי של אמונאות ציבורית חורג מן המסגרת הנוכחית וראוי לדיון נפרד.

אישרה את הקביעה בערכאה קמא, כי הוא חב חשבון בגין הרווח שצמח לו ושאותו הוא מחזיק
בנאמנות לטובת העיר :

The decree deals with the Appellant as an agent or a trustee who,
while acting in the agency or trusteeship, acquired for himself by contract,
without the knowledge of the persons for whom he was agent or trustee, an
interest in the subject of the agency or trusteeship, and is accordingly
incapable of retaining from them the benefit, if any, of the acquisition. ...
The relation, however, was disputed; but, as their Lordships think,
unsuccesfully. He may not have been agent or trustee within the common
meaning or popular acceptance of either term, but he was so substantially; he
was so within the reach of every principle of civil jurisprudence, adopted for
the purpose of securing, so far as possible, the fidelity of those who are
entrusted with the power of acting in the affairs of others.³³

בית המשפט מדגיש אפוא, כי עובד ציבור אמנם אינו שלוח או נאמן לאשורם אולם חבותו
במשפט הפרטי היא בדיוק כתבותם של אלה – דהיינו, החובה לתת חשבון לפי דרישה, שהיא
החובה הסגולה המאפיין אמונאים.³⁴ שופטים חשובים בערכאות הבכירות בשיטות המשפט
המקובל חזרו על ההלכה ואיזכרו אותה כהלכה מכוונת.³⁵

³³ שם, בעמ' 790-791. יצויין, כי מועצת המלכה לא מצאה ממש בטענה כי הרווח הופק על ידי השותפות ולא על ידי
באווס עצמו, וזאת חרף העובדה שהשותף השני בשותפות לא היה נושא משרה בעירייה ולכן לא היה אמונאי שלה.
אכן, הפקת רווח אסור בקשר להפרת חובת אמן מתממשת לא פעם באמצעות תאגיד שהאמונאי המפר נמנה עם
בעליו או מכהן בו. בתי המשפט אינם מהססים אז להטיל חבות על האמונאי ועל התאגיד. כיום מסייעת לכך גם
העילה של קבלה בידועין (knowing receipt), שהתפתחה במשפט המקובל אחרי פסק דין *Bowes*. ראו ליכט, **דיני
אמונאות**, לעיל ה"ש 80, בעמ' 428-431. הנקודה התעוררה לאחרונה בע"א 936/22 **טבצ'ניק נ' אלנקיב** (1.3.2022),
פס' 18 (השופט שטיין), אך לא נידונה בפירוט. ראו עמיר ליכט "מן הגורן ומן היקב – מתן חשבונות לנוכח התחרות
בעסק והפרת חובת אמן של נושא משרה" **נקודה בסוף משפט** (29.5.2022),
<https://amirlicht.wordpress.com/2022/05/29/231>

³⁴ הלך מחשבה זהה הדריך את בית המשפט העליון בישראל בהלכה המכוונת בהמ' 100/52 **חברה ירושלמית לתעשייה
בע"מ נ' אגיון**, פ"ד ו 887, 889 (1952). השופט ש"ז חשין הבהיר שם את הבסיס לחובת האמן של מנהלי חברה כמי
שנושאים בחובה לתת חשבון (obligation of accounting) בהיקף מחובה זו של נאמנים ושלוחים (ולמען הסר ספק,
"אוכלי-פרי-הנאמנות" הנזכרים להלן הם הנהנים, ה-*cestuis que trust*):

השופט רומילי (Romilly) (שומר המגילות), נתן ביטוי קולע לאותו רעיון שנים רבות לפני כן. במשפט, *The
York and North-Midland Railway Co. v. Hudson*, (1845), 51 E.R. 866, 868-9. בדברו על תפקידי
המנהלים של חברה אומר אותו שופט מכובד:

"המנהלים הם אנשים אשר נבחרו לנהל את עסקי החברה לטובת בעלי-המניות; זהו תפקיד שבנאמנות,
וחובתם היא למלאו בשלמותו וללא כל שיוך, משקיבלוהו על עצמם.... אלה אשר קיבלו על עצמם את
הנאמנות, מוטלת עליהם החובה לא רק למלא את תפקידם, אלא גם החובה הנוספת ליתן דו"ח לאוכלי-
פרי-הנאמנות משידרשו לכך" (ע' 868-9).

קיצורו של דבר: מנהלי חברה משמשים שלוחי החברה ועושי דברה. במידה מסויימת הם נאמני החברה,
וכמנהלים עליהם לכוון את מעשיהם לטובת החברה, ורק לטובתה. שום אינטרס אחר, אישי, צדדי, אסור
לו כי ישפיע עליהם ויסיר את לבם מאחרי החברה וטובתה.

³⁵ ראו באוסטרליה, *IW v. City of Perth* [1997] HCA 30 (Aust.) (Gummow J) ("As to the general law, since at least the decision of the Privy Council in *Bowes v City of Toronto*, it has been accepted that,
where the local government body is incorporated, councillors are to be treated as trustees for that
corporation in the sense that they must account for secret profits made by virtue of their office and
without the assent of the corporation."); *Hughes Aircraft Systems International v. Airservices*

הכלל הממוקד, הקובע כי עובד ציבור המקבל שלמוני שוחד חב חשבון בגינם כאמונאי ומחזיק אותם בנאמנות קונסטרוקטיבית לטובת הרשות, יושם מאז עוד בכמה מקרים.³⁶ בדין האנגלי מוכרים שני מקרים "סמליים". פרשת *Attorney General v. Goddard* עסקה בסמל משטרה, אשר בעת עבודתו במחלק המוסר קיבל כספים ממפעילי בתים של זנות ובתי מרזח כדי לא לדווח עליהם, שלא בהתאם למשימתו.³⁷ הוא הורשע בדין פלילי, והמדינה נקטה גם הליך אזרחי בתביעה לחשבון ולקבלת השלמונים עצמם. בית המשפט ציין שהיה מדובר ביחסי אמונאות,³⁸ וכי אין נפקא מינה שלמדינה לא נגרם כל נזק עקב מעשיו של גודרד, ולכן הורה על תשלום הכספים למדינה. במקביל הוא הדגיש, שבנסיבות המקרה אין מקום לטענה שהכספים היו עשויים להנתן לגודרד בקשר לאינטרס ממוני של המדינה, שכן הדבר סתר את עצם הסמכות השלטונית שהוקנתה לו.³⁹ משכך, אי אפשר היה לטעון טענת "כסף ששולם והתקבל" (money had and received), שהיא תבנית תביעה (form of action) מיושנת בדין (law) אשר הייתה גרסה עוברית של עילה בעשיית עושר – דהיינו, כי השלמונים שולמו והתקבלו כדי לשימושה של המדינה – אלא רק תביעה ביושר, בגין יחסי האמונאות במשמע.⁴⁰

פרשת *Reading v. Attorney-General*, עסקה בסמל בצבא הבריטי ששירת במצרים וקיבל שוחד ממברחים כדי לאפשר להם לעבור במחסומי הצבא, כשכל שנדרש ממנו היה לשבת במדיו במשאיות שלהם, להראות יפה ולשתוק.⁴¹ גם הוא נידון והורשע, ומשהשתחרר מכלאו העיז ותבע את הכספים שקיבל ושהמדינה תפסה. בית הלורדים אישר את הקביעות בערכאות הקודמות, כי לכתר יש זכות לכספי השוחד האלה. הבסיס המשפטי שהוכר לשם כך היה מעמדו

FHR European : ראו בבריטניה; Australia [1997] FCA 558 (Aust.) (Finn J) ("a seminal decision") Ventures LLP v. Mankarious [2014] UKSC 45, [13] (U.K.) (Lord Neuberger PSC) של מועצת המלכה בעניין *Bowes* ניתנה ביחס לדין הקנדי. ליישום עדכני בקנדה, תוך הסתמכות על פסיקה נוספת שחזרה על ההלכה, ראו: *Hawrelak v. City of Edmonton* [1976] 1 SCR 387, 392 (Laskin CJ) (Can.); *Calgary Roman Catholic Separate School District No. 1 v. O'Malley*, 2007 ABQB 574 (Can.) ("Throughout the years the Courts have applied, and continued to apply, this principle with unabated rigour. No erosion of it, nor of its application, can, in my opinion, be permitted if confidence is to be maintained in the electoral process in democratic institutions. Integrity in the discharge of public duties is and will remain of paramount importance, and when the question of private interest arises, the Court will not weigh its extent nor amount in determining the issue.")

³⁶ הפסיקה הקובעת שלילה בדיני אמונאות של שלמוני שוחד מועטה יחסית. גייג'לר משער שהדבר נובע מכך שהנקודה לא הייתה שנויה במחלוקת, בין היתר, לנוכח העובדה שעובדי הציבור היו עובדים של הרשות או המדינה ולכן נחשבו כאמונאים בתור שכאלה. ראו *Gageler*, לעיל ה"ש 32, בעמ' 140-141. הגישה החדשה אינה רואה בעובדים אמונאים כשלעצמם, אלא רק בנסיבות המכוננות יחסי אמונאות על בסיס עצמאי. לכך יש השלכה גם על הפסיקה בענייני שוחד. ראו דיון להלן טקסט לה"ש 100 ואילך.

³⁷ (1929) 98 LJB 743 (Eng.).

³⁸ שם, בעמ' 745 ("[Goddard's] employment seems to me to be properly described as creating a fiduciary relationship, not because he received into his hands any property of his employers or did not, but because he was under an obligation to the information which he got for the purpose of his employer, (certainly not to use for his own profit).")

³⁹ שם, בעמ' 745, 746.

⁴⁰ שם, בעמ' 746. ראו גם *Sung Hui Kim, The Last Temptation of Congress: Legislator Insider Trading and the Fiduciary Norm against Corruption*, 98 CORNELL L. REV. 845, 904-905 (2013).

⁴¹ (1951) AC. 507, [1951] 1 All ER 617 (H.L.) (Eng.) (להלן: עניין *Reading*).

של רידינג כאמונאי של הכתר בהיותו איש צבא.⁴² זאת, חרף העובדה שלא הופקדו בידיו אינטרסים ממוניים כלשהם,⁴³ והוא אף לא עשה שימוש כלשהו, במעשה או במחדל, בסמכותו כאיש צבא (כלומר, כעובד ציבור; בניגוד לסמל גודרד, שהפר את חובתו בשימוש בסמכות במחדל). כן צויין גם הפעם שהעדרו של נזק אינו מעלה ואינו מוריד. ההפרה התבטאה אפוא בהפקת רווח בלא אישור בקשר למשרה. בחוות הדעת המובילה ציין לורד פורטר, כי לצד קביעתו של השופט דנינג בערכאה קמא כי התקיימו יחסי אמונאות, שהיא זו ששימשה בסיס להכרעה, נזכרה גם עילה בעשיית עושר ולא במשפט; ואולם, הוא הדגיש כי עילה זו לא הייתה הבסיס לפסיקה, והטיל ספק אם עילה כזו מוכרת בדין האנגלי (באותה עת).⁴⁴ בדומה לכך, גם תבנית התביעה של כסף ששולם והתקבל הוזכרה אך לא שימשה בסיס לפסיקה.⁴⁵

המקרה המפורסם ביותר של שלילת כספי שוחד מעובד ציבור הוא פרשת *Attorney General for Hong Kong v. Reid*.⁴⁶ ריד, עורך דין ניו זילנדי שכיהן כתובע הכללי בהונג קונג, קיבל שוחד מאנשי העולם התחתון כדי לשבש הליכי אכיפה פלילית נגדם, ובכספים אלה רכש בית מגורים ושני פרדסי קיווי בניו זילנד. בעקבות הרשעתו וכליאתו הוא הגיע לחדלות פירעון. לא היה חולק, שלמדינה יש זכות לכספים במסגרת חשבון ושלילה בדיני אמונאות:

When a bribe is offered and accepted in money or in kind, the money or property constituting the bribe belongs in law to the recipient. Money paid to the false fiduciary belongs to him. The legal estate in freehold property conveyed to the false fiduciary by way of bribe vests in him. Equity however

⁴² שם, בעמ' 619-620 (לורד פורטר); ובעמ' 621 (לורד נורמנד). פרידמן כותב כי "יש המטילים ספק אם החובה שהפר הסמל אכן הייתה חובת אמון", ומציין בהקשר זה כי בפסק דין *Lonrho plc v. Fayed (No 2)* [1992] 1 WLR 1, נעשה נסיון לבסס את אחריותו של רידינג על כך שפעל כשלוח של הכתר. פרידמן ושפירא בר-אור, **עשיית עושר**, לעיל ה"ש 7, עמ' 644. הדברים אינם מדויקים. למעשה, בית המשפט בעניין *Lonrho*, שם, בעמ' 11, מבהיר כי הבסיס לפסיקה בעניין *Reading* היה סירובו של רידינג לתת חשבון כשלוח, שהוא, כזכור, חיוב בסיסי של כל אמונאי. ההפרה ברורה אפוא, הגם שלא הייתה כרוכה בניגוד עניינים שגרתי.

⁴³ העובדה שבית הלורדים ראה להדרש לנקודה זו בתור עניין הטעון התייחסות תואמת גישה כללית בדיני האמונאות האנגליים, הנוטים להדגיש את היסוד הרכושי של נכסי אמונאות בבואם לזהות יחסי אמונאות, כפי שהראתה לאחרונה יפעת נפתלי בן ציון. לדיון מקיף ראו יפעת נפתלי בן ציון **דיני האמונאות במבט השוואתי: על תיאוריה משפטית, פסיקה ומה שביניהן** (2022).

⁴⁴ עניין *Reading*, לעיל ה"ש 41, בעמ' 619.

⁴⁵ שם, בעמ' 620 (a) "As to the assertion that there must be a fiduciary relationship, the existence of such a connection is, in my opinion, not an additional necessity in order to substantiate the claim, but another ground for succeeding where a claim for money had and received would fail. In any case, I agree with Asquith LJ in thinking that the words 'fiduciary relationship' in this setting are used in a wide and loose sense..." דברים אלה מתיישבים עם הדברים בה"ש 43 לעיל, שכן עובדי ציבור בעלי סמכויות שיטור ופיקוח אינם מופקדים על נכסים במובן הפשוט. בנוסף לכך, גם לורד נורמנד הדגיש כי העילה של כסף ששולם והתקבל לא הייתה בסיס לפסיקה. שם, בעמ' 621. אכן, בארוז כתב בשעתו שהתביעה בעניין *Reading* התבססה גם על טענת כסף ששולם והתקבל. ראו *ANDREW S. BURROWS, THE LAW OF RESTITUTION* 685 (3rd ed., 2011). ואולם, נראה כי הדברים אינם מדויקים, כאמור. מכל מקום, לפחות בדין האנגלי הפלפול הזה איבד את טעמו, לאחר שכיום הטענה הזאת גוועה ושרידיה נטמעו בעקרון הכללי נגד התעשרות בלתי צודקת, אם כי יש עדיין מי שבעיקר מטעמים נוסטלגיים ממשיכים לנקוט *money had and received*. באשר לדין הישראלי, פסק דין *Reading* והעילות של כסף ששולם והתקבל ושל עשיית עושר, לצד העילה של הפרת חובת אמון, נידונו בפסיקה אצלנו בשלבים המוקדמים של פיתוח דיני עשיית עושר בארץ, תוך שבית המשפט העליון תוקע את יתדותיו בפסיקתו של השופט דנינג בערכאה קמא יותר מאשר בזו של בית הלורדים. ראו עניין **אביעם**, לעיל ה"ש 19, 669-671 (השופט י' כהן); ע"א 793/76 **לוקמן נ' שיף**, פ"ד (ג) 533, 543 (1979) (השופט לוי).

⁴⁶ [1993] UKPC 2, [1994] 1 AC 324 (P.C.).

which acts *in personam* insists that it is unconscionable for a fiduciary to obtain and retain a benefit in breach of duty. The provider of a bribe cannot recover it because he committed a criminal offence when he paid the bribe. The false fiduciary who received the bribe in breach of duty must pay and account for the bribe to the person to whom that duty was owed. In the present case, as soon as Mr. Reid received a bribe in breach of the duties he owed to the Government of Hong Kong, he became a debtor in equity to the Crown for the amount of that bribe.⁴⁷

המחלוקת התמקדה אפוא בשאלה אם המדינה נהנית גם מהגנה קניינית על זכותה לשלילה בדמות נאמנות קונסטרוקטיבית על נכסי המקרקעין – יסוד שהיה קריטי למימוש הזכות לנוכח חדלות הפירעון של ריד. המצב המשפטי ביחס לשאלת הנאמנות הקונסטרוקטיבית לא היה ברור באותה עת לנוכח פסיקה אנגלית ישנה, שקבעה כי לנהנה של אמונאי שקיבל שוחד יש רק זכות אובליגטורית לשלילה, כך שבחדלות פירעון של האמונאי כספי השוחד ותמוריהם נכללים במסה הכללית של נכסיו, העומדת לרשות כלל הנושים הלא-מובטחים.⁴⁸ שאלה זו מתעוררת, שכן בניגוד לנכסי אמונאות הנתונים לסמכותו של האמונאי, כגון קרן נאמנות בידי נאמן או נכסי חברה בידי נושא משרה, שאם הוא מפיק מהם טובת הנאה אסורה היא מוחזקת בידי מניה וביה בנאמנות קונסטרוקטיבית ותוך אפשרות לעקיבה כשהם "טבועים בחותם היושר" (impressed with equity),⁴⁹ הרי ששלמוני שוחד מתקבלים מצד שלישי, המשחד, ולכאורה אינם מהווים מלכתחילה חלק מנכסי האמונאות.

לאחר שעמד על הנזק המערכתי ששוחד מחולל, ציין לורד טמפלמן בשם המותב, כי כל טובת הנאה אסורה שמפיק אמונאי מכהונתו כפופה לחשבון לטובת הנהנה; לכן מייד עם קבלת כספי השוחד הוא חייב להעבירם אליו ועד שיעשה כן הוא מחזיק אותם כנאמן עבורו.⁵⁰ באשר לנושים הבלתי-מובטחים של האמונאי, הרי שאלה אינם זכאים ממילא לכספי השוחד, שמלכתחילה אינם מהווים חלק מנכסי האמונאי-החייב, ולכן גם לא לתמוריהם ופירותיהם.⁵¹

⁴⁷ שם, בעמ' 331.

⁴⁸ Lister & Co v. Stubbs (1890) 45 Ch 1 (Eng.).

⁴⁹ ראו, למשל, סעיף 15 לחוק הנאמנות, תשל"ט-1979, הקובע כי "ריווח שהפיק נאמן שלא כדין עקב הנאמנות, דינו כחלק מנכסי הנאמנות." לשימוש בדימוי של "הטבעת גושפנקה" של היושר ראו ע"א 218/57 מקבל הנכסים הרשמי והמפרק של פלס חברה לפרסומים בע"מ (בפירוק) נ' מאיר, פ"ד יב 1696, 1700 (1958) (השופט ש"ז חשין).

⁵⁰ עניין Reid, לעיל ה"ש 1, בעמ' 332.

When a bribe is accepted by a fiduciary in breach of his duty then he holds that bribe in trust for the person to whom the duty was owed. If the property representing the bribe decreases in value the fiduciary must pay the difference between that value and the initial amount of the bribe because he should not have accepted the bribe or incurred the risk of loss. If the property increases in value, the fiduciary is not entitled to any surplus in excess of the initial value of the bribe because he is not allowed by any means to make a profit out of a breach of duty.

⁵¹ עניין Reid, לעיל ה"ש 1, בעמ' 331-330, וכן בהמשך, בעמ' 336 ו-337.

The decision in *Lister & Co. v. Stubbs* is not consistent with the principles that a fiduciary must not be allowed to benefit from his own breach of duty, that the fiduciary should account

הלכת *Reid* נפסקה פורמלית ביחס לדין הניו זילנדי, ולאחר מכן אומצה בשיטות משפט מקובל נוספות.⁵² לבסוף, אימץ אותה בית המשפט העליון של בריטניה גם בדין האנגלי עצמו בהלכה המכוננת בעניין *FHR*, משקבע כי הלכת *Lister* נפסקה בטעות.⁵³ כיום אין ספק, שזהו הדין הנכון.

באשר למשפט האמריקאי, הרי שגם בו מוכרת מכבר חבות של עובד ציבור כאמונאי של המדינה (וכן של כל רשות או תאגיד ציבורי אחר) לתת חשבון ולהעביר לה כספי שוחד שקיבל. פסק דין *United States v. Carter* עסק בקצין בחיל ההנדסה שהופקד על הכנת מכרזים, בחירת קבלנים ופיקוח בקשר לעבודות פיתוח גדולות, ובמשך כמה שנים העביר מידע והיטיב בדרכים שונות עם קבלנים מסויימים; אלה גמלו לו בתשלום שליש מרווחיהם – סכום עתק באותם זמנים, שאותו השקיע בניירות ערך, מקרקעין ועוד.⁵⁴ המדינה תבעה אותו בתביעת חשבון וטענה גם כי הוא מחזיק בתמורי השלמונים בנאמנות לטובתה. בית המשפט העליון אישר את התביעה, בהשתיינות אותה על היותו של עובד הציבור אמונאי:

The larger interests of public justice will not tolerate, under any circumstances, that a public official shall retain any profit or advantage which he may realize through the acquirement of an interest in conflict with his fidelity as an agent. If he takes any gift, gratuity, or benefit in violation of his duty, or acquires any interest adverse to his principal, without a full disclosure, it is a betrayal of his trust and a breach of confidence, and he must account to his principal for all he has received. The doctrine is well established and has been applied in many relations of agency or trust. The disability results not from the subject matter, but from the fiduciary character of the one against whom it is applied. It is founded on reason and the nature of the relation, and is of paramount importance.⁵⁵

for the bribe as soon as he receives it and that equity regards as done that which ought to be done. From these principles it would appear to follow that the bribe and the property from time to time representing the bribe are held on a constructive trust for the person injured... [The fiduciary] must not obtain a profit for himself out of his fiduciary position. If he has done so, equity insists on treating him as having obtained it for his principal; he will not be allowed to say that he obtained it for himself.

⁵² ראו: *Grimaldi v. Chameleon Mining NL (No. 2)* [2012] FCAFC 6 (Aust.) (Hereinafter: *Grimaldi*); *Insurance Corporation of British Columbia v. Lo* [2006] BCCA 7, 278 DLR (4th) 148 (2006) (Can.); *Sumitomo Bank Ltd v. Kartika Ratna Thahir* [1992] SGHC 301, [1993] 1 SLR 735 (Sing.) לדין מפורט, שהיה יפה לשעתו ונותר רלוונטי לדין הישראלי עד שהנקודה תוכרע בבירור, ראו ליכט, **דיני אמונות**, לעיל ה"ש 80, בעמ' 336-346.

⁵³ עניין *FHR*, לעיל ה"ש 35, פס' 49-50.

⁵⁴ 217 U.S. 286 (1910).

⁵⁵ שם, בעמ' 306. לא למותר לציין שבית המשפט הביא כאסמכתה לדברים אלה כמה מההלכות האנגליות הקלסיות בדבר ההכרח להקפיד על גישה נוקשה באכיפת כללים אלה ביחסי אמונות, ובמרכזן *Aberdeen Railway Company v. Blakie Brothers* [1854] UKHL 1_Macqueen_461, (1854) 1 Macq 461 (H.L.) בעניין זה ראו ליכט, **דיני אמונות**, לעיל ה"ש 80, עמ' 78-85.

קביעות אלה נשנו בפסקי דין נוספים בארצות הברית. כך, בפרשת *Boston v. Santosuosso* קיבל אחד קרלי, שכיהן כראש עיריית בוסטון, שוחד ממנהל חברה תמורת אישור פשרה בהליך משפטי בין העירייה לאותה חברה, ונקבע כי הוא ועורך דין שתיווך בעסקת השוחד מחזיקים את הסכומים שקיבלו בנאמנות עבור העירייה.⁵⁶ בעניין *United States v. King* קיבלה עובדת השירות הקונסולרי של ארצות הברית בהאיטי שוחד תמורת מתן ויזות שלא כדין, ונקבע כי למדינה זכות לכספים שהתקבלו בגין הפרת חובת האמונות וזכות זו מוגנת בנאמנות קונסטרוקטיבית על בית מגורים שקינג רכשה באמצעותם.⁵⁷ בעניין *United States v. Drisko* ביקש סוחר במוצרי בשר מפקיד של משרד החקלאות לסייע לו ככל יכולתו בכמה מחלוקות שהיו לו עם הרשות, ובתמורה נתן לו שתי מכונות, מקפאי וסכומי כסף.⁵⁸ בית המשפט קבע לנוכח הלכת *Carter*, כי למדינה יש זכות לכל טובות ההנאה שקיבל הפקיד, תוך שהוא דוחה את הטענה כי אלה רק "מתנות מחברים" (סדנא דארעא חד הוא), ומטעים כי סעדים פליליים והליכי מס העומדים לרשות המדינה אינם חוסמים תביעה אזרחית לרווח הסמוי.⁵⁹ כך נפסק גם בפרשת *United States v. Podell*, שבה חבר קונגרס קיבל כספים מחברת תעופה כדי להשתדל עבורה בדיוני ועדה של הקונגרס.⁶⁰ לסיום, שוב בקנדה, פרשת *ICBC v. Lo* דנה בעובדת של תאגיד ציבורי הפועל כרשות רישוי לנהגים, אשר בכהונתה כבוחנת נהיגה קיבלה שוחד ממנהל בית ספר לנהיגה כדי להוציא ללקוחותיו רישיונות נהיגה מבלי להבחן, ובית המשפט אישר את הקביעה כי לתאגיד יש זכות לשלמוני השוחד המוגנת בנאמנות קונסטרוקטיבית.⁶¹

לנוכח דלות המקורות במשפט הישראלי בסוגיה זו יש לתקדימים אלה – ובייחוד לאלה מן המשפט האנגלו-אוסטרלי – ערך משכנע ניכר, שכן המשפט הישראלי חולק עם "האחיות הבכירות" שלו במשפחת המשפט המקובל את עקרונות היסוד, המבנה והתוכן של דיני האמונות במידה מירבית. בד בבד, ראוי לעמוד גם על הבסיס העיוני של קו הפסיקה המתואר. בסיס זה, שגם בתי המשפט מבטאים אותו, נשען על היסודות העמוקים ביותר של דיני האמונות ושל מוסד

⁵⁶ Boston v. Santosuosso, 30 N.E.2d 278, 312-313 (1940) ("All three knew that the payment of the entire \$ 85,000 had been made possible and that payment had been made by reason of Curley's breach of his fiduciary duty as mayor. Each, therefore, took in trust for the city the part that went to him.")

⁵⁷ 469 F. Supp. 167, 171 (D.S.C. 1979) ("Whether or not a principal proves actual loss from a disloyal agent's breach of a fiduciary duty, the principal is entitled, as a matter of law, to recover the amount of the secret payments, their value or their proceeds, that said agent has received. ... The relief appropriate in such a situation includes the imposition of a constructive trust.")

⁵⁸ 303 F. Supp. 858 (E.D.Va.1969)

⁵⁹ שם, בעמ' 860-861. בית המשפט העליון בארץ דחה אף הוא מניה וביה טענה דומה, כי הליך פלילי עשוי לחסום תביעה אזרחית כלפי עובד ציבור שהפיק רווח סמוי. ראו ע"א 711/72 מאיר נ' הנהלת הסוכנות היהודית לא"י, פ"ד כח(1) 393, 402 (1974) (השופט ברנזון) ("נעלה מכל ספק בעיני שאין במשפט הפלילי שהיה נגד המערער ובעונש שספג בו כדי להוציא את התביעה האזרחית או כדי להשפיע עליה כחוא זה בקשר להטבת נזקה של המשיבה") (להלן: עניין מאיר). הדברים הובאו בהסכמה בעניין אבנון, לעיל ה"ש 2, פס" 9 לפסק דינה של השופטת ברון.

⁶⁰ 436 F. Supp. 1039 (S.D.N.Y. 1977)

⁶¹ 2006 BCCA 584 (Can.). בנסיבות המקרה שילמו הלקוחות למנהל בית הספר תמורת הרישיון סכומים גדולים כמה מונים מן הסכום שהלה שילם לבוחנת (לפחות פי שבעה וכנראה יותר), ונפסק כי המנהל חב חשבון בגין מלוא הסכומים האלה בתור מסייע או גורם להפרת חובת האמון של הבוחנת, וכי אף חבות זו מוגנת בנאמנות קונסטרוקטיבית. ליישום ואמידת היקף החבות ראו ICBC v. Dragon Driving School 2007 BCSC 389 (Can.). בסוגיית האחריות של המסייע להפרת חובת אמון ראו, כללית, ליכט, דיני אמונות, לעיל ה"ש 80, עמ' 403 ואילך; ראו גם ההפניות בה"ש 20.

האקאוניטיביליות שהם מגשימים באמצעות מנגנון החשבון.⁶² חיוב הליבה המרכזי של כל אמונאי הוא לפעול בתום לב לטובת הנהנה. על כן הוא נדרש לאיין עצמי מוחלט (total self-abnegation), המתבטא בכללים בדבר איסור ניגוד העניינים ואיסור הרווח (no-conflict, no-profit rules), וקיומם של אלה מובטח באמצעות חובת הגילוי המלא. בהמשך לכך, גם את משטר הסעדים בדיני אמונאות מדריכה הגישה, כי כל שעשה האמונאי לטובה עשה – לטובת הנהנה במשמע. ככל שהאמונאי פעל בהפרה של חיובי האמונאות שלו – למשל, בהפקת טובת הנאה בקשר למשרה בלא הסכמה מיוחדת במלואה מאת הנהנה – הריהו מוחזק כמי שפעל לטובת האמונאי גם בכך, ככל שהנהנה יחפוץ בכך. קבלת שוחד מהווה אך מקרה פרטי, אם כי מובהק במיוחד, של התפיסה הזו, וממנה נובעות מאליהן הנפקויות המוזכרות לעיל ונוספות להן: שלמוני השוחד מתקבלים בידי עובד הציבור (או מנהל או כל אמונאי אחר) לטובת הרשות (או נהנה אחר), והם מהווים נכס אמונאות בידיו מייד עם קבלתם ועד שיעביר אותם לנהנה כנדרש.⁶³

תפיסה זו נראית דומה בקווים כלליים לתבנית התביעה של כסף ששולם והתקבל, ודימיון זה נראה גם בעיני משפטנים בדורות קודמים שבהם רווח השימוש בה.⁶⁴ ואולם, יש הבדל יסודי בין תביעת חשבון ושליחה לבין תביעת כסף ששולם והתקבל. ראשית, מבחינה צורנית, בדין האנגלי תבניות התביעה בוטלו כבר באמצע המאה התשע עשרה (ובדין הישראלי הן לא התקיימו מעולם). הביטוי money had and received רווח גם כיום, אך איזכורו כיום מהווה בעיקר קירוב אינטואיטיבי-נוסטלגי לחיוב השבה (restitution), ונשוב לכך בדיונו בעילה של עשיית עושר.⁶⁵ שנית, מבחינה מהותית, כדי שיצמח חיוב השבה כאמור נדרשת יריבות בין הצדדים, שבגדרה הכסף עשוי היה להשתלם ולהתקבל. יריבות כזו אינה בנמצא כלל בין הרשות לבין משלם השוחד. אך בדוחק ניתן לקבוע אותה בתרחיש של תשלום שוחד בהקשר מסחרי, כגון שוחד שניתן לנושא משרה בחברה מאת ספק של החברה, כביכול כדי שיעביר אותו לחברה או שישתמש בו לטובת החברה. לעומת זאת, תביעת חשבון ושליחה בדיני אמונאות מתמקדת באמונאי ואינה תלויה בזיקה כלשהי בין הנהנה למשלם השוחד.

⁶² לורד מילט בכתביתו החוץ-שיפוטית תרם תרומה גדולה לגיבושה של התפיסה המתוארת, ועמדתו אומצה על ידי בתי המשפט. ראו Peter Millet, *Bribes and Secret Commissions*, [1993] REST. L. REV. 7; Lord Peter Millet, *Bribes and Secret Commissions Again*, 71 CAMB. L.J. 583 (2012); Lionel Smith, *Bribes and Secret Commissions Again*, 71 CAMB. L.J. 583 (2012); ראו גם Peter J. Millet, *Constructive Trusts and the No-Profit Rule*, 72 CAMB. L.J. 260 (2013); ראו, כללית, *Equity's Place in the Law of Commerce*, 114 L. Q. REV. 214 (1998).

⁶³ בין הדין האנגלי לדין האוסטרלי יש הבדלי השקפה בשאלת טיבה של הנאמנות הקונסטרוקטיבית כמוסדית או תרופתית, אך בהקשר הנוכחי נפקותם מצומצמת.

⁶⁴ מבחינת ההסטוריה המשפטית, יש יסוד אירוני דק בכך שתביעת כסף ששולם והתקבל החלה את דרכה בתבנית של תביעת חשבון כלפי כונסי נכסים (receivers; מילולית: מקבלי נכסים, כפי שכונו אצלנו בעבר) במשפט המקובל המוקדם, אשר ממנה היא ייבאה נוסחאות טקסטואליות. אלא שהזיקה המוקדמת הזאת התנתקה. בעוד תביעות החשבון כלפי כונסי נכסים, מנהלי אחוזות ודומים להם, אשר לימים הוגדרו כללית כאמונאים, עברו אל מערכת דיני היושר, תביעת כסף ששולם והתקבל נותרה במערכת המשפט המקובל. לימים צמחו ממנה ומתבניות תביעה נוספות דיני עשיית עושר במשפט המקובל. ראו JOHN BAKER, INTRODUCTION TO ENGLISH LEGAL HISTORY 387 et seq. (5th Ed. 2019).

⁶⁵ בנוסף לכך, גם לאחר ביטול תבניות התביעה ואף לאחר איחוד הסמכויות של בתי המשפט של הדין והיושר באנגליה בשלהי המאה התשע עשרה (איחוד שאף אותו המשפט הישראלי מקיים מעת הווסדו), נותרה התביעה לחשבון ושליחה מעוגנת בדיני היושר, בשעה שהתביעה בעשיית עושר היא תביעה שבדין.

משהוכרו עובדי ציבור כאמונאים במשפט הפרטי, דינם כדין כל אמונאי בכל הקשור לכללי ההתנהגות, הסעדים, הראיות וכו'. עובד ציבור שקיבל שוחד או עמלה סמויה (kickback, secret commission) כמוהו בנושא משרה בחברה, סוכן עסקי או כל אמונאי אחר שקיבלו שוחד או עמלה סמויה.⁶⁶ ואולם, כפי שנרמז בפסקה הקודמת, לתשלום שוחד לעובד ציבור יש מאפיין ייחודי, המבדיל אותו מתרחיש של תשלום שוחד לאמונאי בהקשרים עסקיים או ממוניים אחרים: סמכותו של עובד הציבור והאינטרס שלשמו היא הוקנתה לו – שמירה על טובת הציבור – אינם בגדר דבר העובר לסוחר שאפשר להעלות על הדעת עסקה לגביו. כך הדבר באופן מובהק במיוחד ביחס לשוטרים, פרקליטי מדינה, פקידים קונסולריים או בוחני נהיגה, כפי שהיה בפרשות *Goddard, Reid, King* ו-*ICBC*, בהתאמה; וכך גם ביחס לעובדי ציבור המופקדים על מכרזים וחוזים ציבוריים, כפי שהיה, למשל, בפרשת *Carter*. ביחס לעובדי ציבור אי אפשר להניח עסקה פיקטיבית, שאפשר "להרכיב" עליה רעיונית את שלמוני השוחד כמעין תשלום נוסף שנועד כביכול לטובת הנהנה, שכן מלכתחילה הפעלת הסמכות אינה עומדת למכירה. מאפיין זה עושה את תביעת החשבון בדיני אמונאות לאמצעי המשפטי העיקרי, ולעיתים היחיד, שאפשר לנקוט נגד עובד הציבור שסרח, ולפיכך הריהי בגדר מצווה מן המובחר.

ג.3. עובד ציבור כאמונאי במשפט הישראלי

עובד ציבור חב חובת אמון – כלומר, הוא אמונאי במשפט הפרטי. כך אכן התייחס אליו בית המשפט העליון בעניין **אבנון**.⁶⁷ אולם כל כמה שהפרופוזיציה הזאת נראית ברורה מאלה, והיא אכן כזאת, האסמכתות המבססות אותה בדין הישראלי מועטות יחסית. במשפט הציבורי נקבע אצלנו לא אחת, כי עובד ציבור חב חובת נאמנות לציבור והוא פועל כנאמן של הציבור, ועל כן, בין היתר, עליו להפעיל את שיקול דעתו ואת סמכותו לתכלית שלשמה הוקנתה ולשמה בלבד, בלא חשש ממשי משיקולים זרים או מניגוד עניינים, וכיוצא באלה חיובים סגוליים לחיובי אמונאות, שאינם נדרשים במערכות יחסים אחרות.⁶⁸ לעומת זאת, במשפט הפרטי נזכרו עובדי ציבור בעיקר באמרות אגב, ונאמר כי מכיוון שמקנים להם כוח או סמכות להשפיע על עניינם של אחרים הריהם חבים חובת אמון.⁶⁹ ההלכה המנחה, שקבעה את מעמדם של עובדי ציבור

⁶⁶ ראו, למשל, *Daraydan Holdings Ltd v. Solland International Ltd*, [2004] EWHC 622 (U.K.); *Fiona Trust & Holding Corporation v. Privalov* [2010] EWHC 3199 (Comm) (hereinafter *Daraydan*); *Imageview Management Ltd v. Jack* [2009] EWCA Civ 63 (U.K.). בעניין *Daraydan Holdings* אף נקבע כממצא, שמחיר השירותים שסיפק הצד המשחד אכן עלה בשיעור שלמוני השוחד ששילם לנציג הצד השני. ראו שם, פס' 87-90.

⁶⁷ עניין **אבנון**, לעיל ה"ש 2, פס' 16, 18 לפסק דינה של השופטת ברון.

⁶⁸ ראו בג"ץ 262/62 **פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו**, פ"ד טז 2101, 2115 (1962) (השופט ח' כהן); בג"ץ 531/79 **סיעת הליכוד בעיריית פתח תקווה נ' מועצת עיריית פתח תקווה**, פ"ד לד(2) 566, 570-571 (1980) (השופט ברק) (להלן: עניין **סיעת הליכוד**); ע"מ 4011/05 **דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים** (11.2.2008), פס' 38 (השופטת פרוקצ'יה); בג"ץ 3056/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה** (25.3.2021), פס' 20 (הנשיאה חיות). אמונאות בספירה הציבורית היא נושא סבוך החורג מן המסגרת הנוכחית. לדיון ראו מגן, **מאבק בשחיתות**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 267-268; עמרי בן-צבי "על מגבלותיה של תיאוריית הנאמנות במשפט המינהלי" **דין ודברים** (עתיד להתפרסם 2022); ראו גם יצחק זמיר "אתיקה בפוליטיקה" **משפטים** יז 250, 261 (1987).

⁶⁹ ראו, למשל, עניין **דגש סחר חוץ**, שם, שם ("הכלל האוסר על ניגוד עניינים משתרע על כל תחומי המשפט – הפרטי והציבורי גם יחד. הוא חל על בעלי תפקידים במשפט הציבורי והפרטי; הוא חל על בעלי תפקידים שיפוטניים, חקיקתיים, מינהליים, ופרטיים כאחד"); ראו גם ע"א 817/79 **קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ**, פ"ד לח(3) 253, 277-278 (1984) (להלן: ע"א **קוסוי**) (השופט ברק); עניין **סיעת הליכוד**, שם, שם.

כאמונאים באופן כללי, נפסקה בעניין **חסון נ' המועצה המקומית דאלית אל כרמל**, אשר התנהל כתביעה וערעור אזרחיים.⁷⁰

ראוי להבהיר, כי נכון לראות עובד הציבור כאמונאי של המדינה או של רשות ציבורית אחרת, ואת אלה כמייצגות של אינטרס הציבור בכללותו, ולא כאמונאי של כל אחד ואחד מחברי הציבור באופן אישי. היריבות במשפט הפרטי מתקיימת בינו לבין הרשות: הוא האמונאי והיא הנהנית, כאשר משימתו היא להפעיל את סמכותו לטובת הציבור בהתאם לסמכות המסויימת של הרשות. את חברי הציבור בכללותם (ולא בכשרויותיהם האישיות הנפרדות) אפשר להמשיג כנהנה שיוני או רעיוני בתור קבוצת עניין (stakeholders). זאת, בדומה למעמד של בעלי מניות בחברה, כשהחברה מתנהלת בעיקר לטובתם בדרך כלל, ואילו חובות נושאי המשרה מופנות רק כלפיה כאישיות משפטית אך לא כלפיהם באופן אישי.⁷¹ נקודה זו התעוררה כבר בהלכת היסוד בעניין *Bowes*. בערכאה קמא הוגשה התביעה נגד ראש העיריה על ידי כמה מתושבי העיר, ואולם בערכאות הגבוהות יותר הדברים הועמדו על מכונם, כתב התביעה תוקן והעירייה צויינה בו כתובעת.⁷² באופן זה יש לקרוא את הקביעה בעניין **חסון**, כי "כל חבר מועצה מקומית חב חובות נאמנות לציבור התושבים השוכנים בתחום שיפוטו, בנוגע לעניינים אשר בסמכות המועצה להסדירם".⁷³ הדברים פשוטים: עילת התביעה, הזכות לחשבון ולשלילה ומעמד הנהנה בנאמנות הקונסטרוקטיבית ביחס לשלמונים ותמוריהם מוקנים לאישיות המשפטית שהיא הנהנה ביחסי האמונאות במשפט הפרטי – דהיינו, המדינה, הרשות המקומית, התאגיד וכו'.

4.ג. שלילת שלמונים בעילה אמונאית

מהי תרופתו של נהנה כלפי אמונאי, שהפר את חובת האמון כלפיו? ובפרט, מהי תרופתה של המדינה כלפי עובד ציבור, שהפר את חובת האמון כלפיה בקבלת שוחד?⁷⁴ נקודת מפתח לניתוח של שאלות אלה היא שבדין הישראלי יש כמה מקורות של סעדים, אשר בנסיבות מתאימות עשויים לחול על תרחיש של הפרת חובת אמון, ואין רשות אחת מוציאה את רעותה. ככל שגופי דינים שונים מקנים לנהנה הניפר כמה עילות וסעדים בגינן, הוא רשאי לבחור באילו

⁷⁰ ע"א 254/64 **חסון נ' המועצה המקומית דאלית אל כרמל**, פ"ד יט (1) 17, 24 (1964) (השופט אגרנט). הסעד שנפסק בעניין **חסון** היה פסילת הפעולה מחמת הפרת חובת האמון ולא הטלת חבות, אך זהו היבט חסר נפקות לענייננו. פסק דין **חסון** ראוי לתשומת לב מיוחדת, מכיוון שבית המשפט מבסס את חובת האמון של עובד ציבור על חובת האמון של נושא משרה בחברה, ובהקשר זה – על אסמכתות חזקות מדיני האמונאות במשפט האנגלי, שהוחלו גם אצלנו. לדיון ביסוד זה ראו עמיר ליכט "בגנות ההגנות: מקומה הנעדר של הגנות בחובת האמון בדין הישראלי" **משפטים** מז(3) 673, 751-752 (2018) (להלן: ליכט, בגנות ההגנות).

⁷¹ לפרופוזיציה הכללית שבטקסט יש כמה חריגים שאינם מענייננו כאן. לדיון ראו ליכט, **דיני אמונאות**, לעיל ה"ש 80, עמ' 204-206; ראו, כללית, ע"א 3417/16 **פינרוס החזקות בע"מ נ' גולדשטיין** (12.7.2021). בנסיבות מסויימות עשויה הרשות לפעול כאמונאי של פרטים בציבור באופן אישי, אך הדבר טעון בסיס נפרד. במצבים אלה יחסי האמונאות יתקיימו בין הרשות לבין הפרטים מן הציבור ולא אישית בינם לבין האדם המסוייב המכהן כרשות המוסמכת. לדוגמה, בית המשפט העליון קבע, כי הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באזור יהודה ושומרון חב לבעלי קרקעות נטושות באזור ההתנחלות עמונה חובת אמון אישית במשפט הפרטי מכוח הצו שכוון אותו לצד חובותיו במשפט הציבורי ביחס לקרקעות אלה. בג"ץ 794/17 **זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (31.10.2017), פס" 6-11, 54-62 (המשנה לנשיאה בדימ' גיבראן). לדיון ראו עמיר ליכט "דיני עמונאות – לקראת הלכה חדשה לגבי תחולתה של חובת אמון" **נקודה בסוף משפט** (23.11.2017), <https://amirlicht.wordpress.com/2017/11/23/99>

⁷² ראו עניין *Bowes*, לעיל ה"ש 32, בעמ' 771.

⁷³ עניין **חסון**, לעיל ה"ש 70, בעמ' 24.

⁷⁴ השוו ע"א **קוסוי**, לעיל ה"ש 69, בעמ' 280.

מהן לתבוע ואיזה סעד לתבוע מכוחן, ובלבד שלא יגבה פעמיים ולא יקבל סעדים הסותרים מושגית זה את זה.⁷⁵ בניסוח נכון יותר נשאל אפוא בלשון רבים "מהן תרופותיו של נהנה" ו"מהן תרופותיה של המדינה". בתרחיש טיפוסי של הפרת חובת אמון (לאו דווקא של קבלת שוחד) עשויים לעמוד לרשות הנהנה הניפר עילות וסעדים באמונאות, חוזים, עשיית עושר, נזיקין וגם קניין. בין השיקולים שהוא ישקול בבחירת העילות והסעדים שיתבע ימצאו טיבו של הסעד והיקפו הממוני, מידת הראיה הנדרשת לביסוס כל עילה וסדרי הדין לתביעתה ולקבלת הסעד. המסגרת הכללית לאחריותם של אמונאים קבועה במוסד החשבון או "מתן חשבונות" (account או rendering of accounts). מוסד החשבון מהווה חלק מדיני האמונאות הישראלים כפי שהתפתחו מראשית שנות המדינה – בין היתר, מאז פסק דינו המכונן של השופט ש"ז חשין בעניין **פופקו נ' חמדי**.⁷⁶ ניתן לומר בהכללה, שנהנה שיש לו בא כוח מבין דבר יעדיף לתבוע בעילה האמונאית ולבקש סעדים באמונאות, ורק בעדיפות נמוכה יותר ובמידת האפשר יטען לחלופין לעילות ולסעדים בדיני חיובים אחרים: נזיקין, עשיית עושר וחוזים. הטעם לכך ברור: משטר האחריות בגדר החשבון מקיף יותר, תקיף יותר, ונוח יותר דיונית וראייתית לנהנה התובע בהשוואה לאלה שלפי יתר דיני החיובים. גם הטעם לכך ברור: כיוון שמשטר ההתנהגות החל על אמונאים הוא התובעני ביותר במשפט האזרחי,⁷⁷ מן ההכרח שמשטר האחריות ביחס להפרת כללי ההתנהגות האלה יתאם אותו במידת תקיפותו ונוקשותו. ובהתאמה, גם הטעם לכך ברור: הן כללי ההתנהגות הן משטר החבות בדיני אמונאות הם התקיפים והנוקשים ביותר במשפט הפרטי, מכיוון שיחסי אמונאות הם היחידים במשפט הפרטי שאין בהם, ולא יכול להיות בהם, כל יסוד של איזון או התחשבות הדדית בין הצדדים אלא הם מכוונים ומכוילים להגנה מירבית ומוחלטת על הנהנה. בתמצית, דיני האמונאות הם דיניהם של חסרי הישע. או בניסוחו הבהיר של הנשיא ברק: "חובת האמונים אינה מבוססת על קיומה של יריבות בין הדירקטור לחברה. חובת האמונים מבוססת על קיומו של אינטרס אחד בלבד הראוי להגנה והוא אינטרס החברה."⁷⁸ משכך, כפי שציין השופט ברק בעניין **קוסוי**: "התרופה צריכה ליתן ביטוי נאות לחובה. יהא זה מצער, אם

⁷⁵ ראו, למשל, ד"ר 20/82 **אדרס נ' הרלו אנד ג'ונס**, פ"ד מב(1) 221, 269 (1988) (השופט ברק) ("אין כל מניעה עקרונית לתחולתם ביחד של הדינים השונים (חוזים, נזיקין, עשיית עושר ולא במשפט), ומכאן גם להגנה על האינטרסים הללו גם יחד ... אין בכך ולא כלום, ובלבד שיישמרו שני עקרונות: האחד ... כי הצד התמים לא יתעשר שלא כדין מריבוי הסעדים; האחר, כי קבלת סעד אחד אינה סותרת, מבחינת מהות העניין, קבלת סעד אחר") (להלן: עניין **אדרס**).

⁷⁶ ע"א 89/49 **פופקו נגד חמדי**, פ"ד ה 242 (1951). ראו, לאחרונה, רע"א 7200/20 **יואר אלזו השקעות בע"מ נ' אאורה ישראל יזמות והשקעות בע"מ** (6.4.2021), פס' 37 (השופט גרוסקופף) ("מתן חשבונות (account) הוא סעד מיוחד שהתפתח במסגרת דיני האמון. ניתן להזדקק לו כאשר שוררים בין הצדדים יחסי אמון המצמיחים לתובע (הזכאי) זכות למתן חשבון מהגורם החב בחובות האמון (האמונאי) ביחס לתקבולים שהתקבלו על ידו במסגרת מערכת האמון").

⁷⁷ ראו, כללית, עופר גרוסקופף ויפעת נפתלי בן ציון "תפישת מרבה, לא תפישת", האומנם? על נורמות התנהגות, מנגנונים פרוצדורליים וביקורת שיפוטית בדיני התאגידים **ספר יורם דנציגר** 133, 135-149 (לימור זר-גוטמן ועידו באום עורכים, 2019).

⁷⁸ ע"א 610/94 **בוכבינדר נ' כונס הנכסים הרשמי, בתפקידו כמפרק בנק צפון אמריקה**, פ"ד נ(4) 289, 332 (2003) (להלן: עניין **בוכבינדר**); וראו לאחרונה ע"א 4880/19 **הבנק הבינלאומי הראשון בע"מ נ' גזונטהייט** (18.7.2022), פס' 83 (השופט גרוסקופף) (להלן: עניין **גזונטהייט**) ("בעולם המשפט האנגלו-אמריקאי למושגים אלה [ינאמנות" או "אמון" – ע.ל.] משמעות מוגדרת, המלמדת על היקף מירבי של חובת התחשבות באינטרס של הזולת, דהיינו, על כך כי על החייב בחובות האמון (שיש המכנים אותו "אמונאי") לפעול אך ורק על פי טובתו של הזכאי מכוחן (שלעיתים מכונה "הנהנה"), וזאת אף בהתעלם מהאינטרס האישי שלו עצמו").

הדין יכיר בחובות שונות אך לא ייתן סעד מתאים להפרתו. הסעד צריך שיהלום את החובה, והתרופה צריכה להלוו את ההפרה.⁷⁹

ברוח דבריו של השופט ברק, תביעת חשבון מתקפת את משטר האקאונטביליות שכל אמונאי כפוף לו – דהיינו, החיוב להתנהל בשקיפות מלאה ביחס לביצוע הכהונה ולתת הסברים ולשאת באחריות בקשר לכך. לפיכך, בראייה נכוחה, החשבון אינו רק סעד או תרופה והוא אינו רק מנגנון להטלת אחריות במקרה של הפרה אלא הוא אורח חיים שעל אמונאי לקיים בכל עת. תביעת החשבון מגשימה את משטר האקאונטביליות בשתי גרסאות ותיקות שלה. התביעה הבסיסית קוראת לאמונאי לתת דין וחשבון מלא על מילוי משימתו. במינוח הקלסי היא מכונה "חשבון רגיל" (common account), או בשמו המלא: account of administration in common form). במסגרת זו עשויות להתגלות הפרות שיצמיחו זכות לסעד. לחלופין, אם יש בידי הנהנה להראות הפרה או חשד ממשי להפרה, די בכך כדי לבסס תביעה של "חשבון מחמת הפרה" (account on the footing of wilful default). למעשה, זהו הליך אכיפה ממוקד של תביעת חשבון ביחס למקטע מסויים של הכהונה של האמונאי – למשל, המקטע שבו הוא קיבל שוחד.⁸⁰

הליך החשבון מאפשר לנהנה לבחון את פעולותיו של האמונאי, לפסול הפרות שאינן נראות לו (למשל, אם היו בניגוד עניינים) אך גם לאמץ פעולה מפרה שדעתו נוחה הימנה (למשל, אם הניבה תשואה נאה), כך שבסופו של חשבון ייקבע האם וכמה האמונאי חייב לו. במינוח ארכאי (שהפסיקה במשפט המשווה מחזירה לשימוש בעידן הנוכחי) מדובר, בהתאמה, על "פסילה" (או "מחיקה", falsifying) של הפעולה ועל "הוספה" (surcharge) של חיוב בגין הפעולה.⁸¹ תביעה בקשר לקבלת שוחד היא מקרה טיפוסי של הליך מסוג זה. במינוח המיושן אך המועיל נאמר, שהנהנה "מוסיף" את שלמוני השוחד לחשבון שעל האמונאי לתת. מניה וביה נובע מכך שעליו להעבירם לנהנה מייד ועד שיעשה כן הוא מחזיק אותם בנאמנות קונסטרוקטיבית לטובתו. זוהי המשמעות המהותית המלאה של "מתן חשבונות" כשם פעולה (accounting) – לאמור, לא רק למסור חשבונות מלאים ולהסבירם אלא גם לשאת באחריות לממצאים שעולים מן

⁷⁹ ע"א קוסוי, לעיל ה"ש 69, בעמ' 281. עד כדי כך ניכר יתרונו של מערך הסעדים בדיני אמונאות לעומת דינים אחרים, שצדדים ובאי כוחם מתאמצים לא פעם להדחק לגדר תחולתו אף כאשר תחולת הדינים האלה מפקפקת. לדוגמאות ראו עמיר ליכט "אמונאי על תנאי – אימתי חוזה מסחרי אינו יוצר חובת אמון?" **נקודה בסוף משפט** (21.11.2016), <https://amirlicht.wordpress.com/2016/11/21/64>.

⁸⁰ ראו, כללית, ליכט, **דיני אמונאות**, שם, בעמ' 310-311; עמיר ליכט "רב מעללים – תביעה בעשיית עושר לעומת תביעת חשבון בגין הפרת חובת אמון" **נקודה בסוף משפט** (21.11.2019), <https://amirlicht.wordpress.com/2019/11/21/159>; עמיר ליכט "שיעור חשבון – חיוב כונס נכסים בגין תשלומים לא מאושרים" **נקודה בסוף משפט** (28.5.2018), <https://amirlicht.wordpress.com/2018/05/28/117>; ראו גם Meehan v. Glazier Holdings Pty Ltd [2002] NSWCA 22 (Aust.); Lusina Ho, *An Account of Accounts*, 28 SINGAPORE ACAD. L.J. 849 (2016); Charles Rickett, *Understanding Remedies for Breach of Trust*, 11 OTAGO L. REV. 603 (2008).

⁸¹ פעולות אלה מצטרפות לפעולות עריכת החשבון הבסיסיות של "חיוב" (charge) ו"זיכוי" (discharge). לתיאור של פעולות אלה בדין הישראלי ראו ע"א 87/49 לוי נ' לוי, פ"ד ה' 921, 924-926, 942-945 (1951) (השופט אגרנט); ע"א 127/83 בר לב נ' רפפורט, פ"ד מ' (3) 249, 228-229 (1994) (השופט דורנר). ההקשר שם היה של פתיחה ועריכה מחדש של "חשבון מאושר" (account settled). מהלך זה מבוצע באמצעות פעולות עריכת החשבון הנזכרות. ליישום מאלף ראו את פסק דינו של לורד מילט בשבתו בערכאת הערעור העליונה בהונג קונג בעניין Tang v. Tang [2017] HKCFA 3 (H.K.). לדיון ראו עמיר ליכט "קורס בחירה – מנהל עזבון הנוטל ממנו הלוואת גישור בלא אישור" **נקודה בסוף משפט** (16.2.2017), <https://amirlicht.wordpress.com/2017/02/16/74>; ראו גם Libertarian Investments Ltd v. Hall [2013] HKCFA 93 [106]-[117], [166]-[175] (H.K.).

החשבון. כך, accounting for profit ביחס לשוחד משמעו הן גילוי מלא של היקף השלמונים, נתיבם ותמוריהם הן העברתם לרשות והחזקתם עד אז לטובתה.⁸² במינוח עדכני נאמר בדרך כלל שהנתבע הפר חובת אמון במופע של איסור הרווח ועליו לשאת באחריות לכך.⁸³ ואולם, מוטב לכנות את הסעד הזה "שלילה" ולא "השבה", שכן לא תמיד האמונאי משיב טובת הנאה שבאה לו מתוך נכסי האמונאות.⁸⁴ כך הדבר בתרחיש של קבלת שוחד, שבו השלמונים מתקבלים מצד שלישי, זר ליחסי האמונאות, מבלי שהיו קודם לכן חלק מנכסי האמונאות.

תביעה בעילה אמונאית בקשר לקבלת שוחד, נגד עובד ציבור או אמונאי אחר כגון נושא משרה או סוכן מסחרי, תתמקד בשלמוני השוחד או העמלה הסמויה שהלה קיבל ובתמוריהם. אלא שבכך לא סגי. בנוסף לשלמונים או לעמלה, שדינם שלילה, הנהנה הניפר זכאי גם לחילוט (forfeiture) של שכרו של האמונאי המפר בתקופת ההפרה, בין אם שולם ובין אם אמור היה להשתלם. אמונאי מפר ראוי לגנאי ולא לשכר, גורסים דיני האמונאות בקו פסיקה יציב, שבת המשפט בעידן החדש מקפידים ליישם בתקיפות מודעת ומכוונת.⁸⁵ במקרים נדירים ובתנאי

⁸² לנוכח יעילותו התפשט הסעד של מתן חשבונות במרוצת הדורות לתחומים שאינם קשורים ליחסי אמונאות – תחילה לתביעות פטנטים וקניין רוחני אחר כחלופה לפיצויי נזק, שקשה מאוד להוכיחם בהקשר זה, ולאחר מכן להקשרים נוספים, שבהם רווח שהפיק המפר נחשב כאומדן טוב לנזק שסבל הניפר. ראו, למשל, סעיף 15 לחוק עוולות מסחריות, תשנ"ט-1999. תביעות כאלה אינן מבוססות על יחסי אמונאות והן אינן מתנהלות לפי דיני אמונאות. על הנפקות בהבחנה בין שתי הקטגוריות ראו להלן, ה"ש 95.

⁸³ "בדרך כלל", מכיוון שטובת ההנאה שמפיק האמונאי המפר עשויה להתגלות כעושר השמור לבעליו לרעתו. הניחו כי השוחד לא ניתן במזומן או בטובת הנאה מוחשית אחרת אלא בצורת הזדמנות עסקית, שאמורה להיות הזדמנות פז אך מתבררת בדיעבד כעסקת הפסד. כלל איסור הרווח לא יופר אז בהעדר רווח אולם תהיה הפרה של חובת הגילוי המלא. אלה בקירוב היו הנסיבות בעניין (Can.) [46]-[48], 2 SCR 217, [1997] Soulos v. Korkontzilas, שבו מתווך רכש נכס מקרקעין תוך הפרת חובת אמון והנכס ירד בערכו, כך שלא הופק רווח בקשר להפרה; בית המשפט העליון בקנדה קבע כי אף בנסיבות אלה הלקוח הניפר זכאי לנאמנות קונסטרוקטיבית. בהעדר התעשרות ראויה לשמה קשה לדחוק את התוצאה לתבנית של עשיית עושר אלא בדרך של עיקום הכלל, אך קל להסביר אותה במסגרת החשבון הקלסי. ראו גם Smith, לעיל ה"ש 62, בעמ' 262 ("The rule is not only about profits; rather it attributes to the beneficiary rights acquired from the fiduciary role.")

⁸⁴ המונח "שלילה" כתרגום ל-disgorgement מבטא ביתר דיוק את המהות הכלכלית של הסעד. השבה של נכס שמקורו בנכסי אמונאות (או של שוויו) הצעתי לכנות "החזרה", אך גם "השבה" תצלח לכך. קשיי המינוח בענייני השבה אינם נחלתם הבלעדית של משפטים דוברי עברית. שימוש לא מובחר ב-restitution מכביד גם במשפט המשווה. ראו Sempra Metals Ltd v. HMRC [2007] UKHL 34, [180] (U.K.) (Lord Walker).

I wish to add a word about terminology. In the course of argument the expression 'disgorgement interest' was frequently used, sometimes (if I understood counsel correctly) as a synonym for restitutionary interest, sometimes as a species of restitutionary interest, and sometimes in contrast to restitutionary interest. It is hard to make progress through that sort of confusion. There is a clear need for a vocabulary, generally understood and accepted, to distinguish between (1) proprietary claims which may involve tracing in equity (as in *Attorney General for Hong Kong v. Reid* [1994] 1 AC 324); (2) personal claims for an account of profits (that is, for a sum equal to the profits actually made by the defendant); and (3) personal claims for interest which represents (in a more or less conventional way) the benefit which the defendant is presumed to have derived from money in his hands.

⁸⁵ הלכת היסוד היא *Boston Deep Sea Fishing v. Ansell* (1888) 39 Ch D 339 (U.K.). ראו במיוחד את פסק הדין המנחה בעניין *Imageview Management Ltd v. Jack* [2009] EWCA Civ 63 (U.K.), שבו בית המשפט עומד גם על שיקולי המדיניות התומכים בהמשך ההקפדה על הגישה התקיפה המתוארת. במקרה או שלא במקרה, פרשות *Ansell* ו-*Imageview* עסקו שתיהן בשוחד בדרך של עמלה סמויה. ליישום מאלף בפרשה שגיבוריה הם מבחורינו הטובים ראו (U.K.) [343]-[345], 1776 (Ch), [2013] EWHC Avrahami v. Biran. כאמור, השכר הכפוף לחילוט הוא זה הקשור להפרה. במשימת אמונאות מוגדרת, כגון תיווך או שליחות, זה יהיה כל השכר כולו, כפי שהיה, למשל, בפרשת *Imageview*. כאשר אמונאי מועד בהפרת חובת אמון במהלך כהונה ממושכת שבגינה הוא מקבל משכורת, כגון מנהל המקבל שוחד בקשר לפעולה מסוימת, בית המשפט יבחן אם ההפרה "נוגעת למלוא החוזה" – "go[es] to the whole contract" – כלשונו של לורד אטקין בעניין *Keppel v. Wheeler* [1927] 1 KB 577, 592 (U.K.) – ויחליט על חילוט שכר לפי הנסיבות. ראו *Bank of Ireland v. Jaffery* [2012] EWHC 1377.

שההפרה הייתה בתום לב, יוכל המפר לעתור לקצובה שביושר (equitable allowance) הנתונה לשיקול דעתו המלא של בית המשפט.⁸⁶ כלומר, ולמען הסר ספק, האמונאי המפר יימצא בדיעבד כפועל בלא תמורה אף אם הביא תועלת לנהנה, וזאת במצוות הדין. כפי שנאמר בעניין *Andrews v. Ramsay & Co.* : “A principal is entitled to have an honest agent, and it is only the honest agent who is entitled to any commission.”⁸⁷

זאת ועוד. משטר האחריות בדיני אמונאות והתביעות המגשימות אותו, בין במינוח הקלסי ובין במינוח השגור כיום, אינם מוגבלים לשלילת טובות הנאה שצמחו אגב הפרה אלא הם מטילים על האמונאי גם אחריות לפצות את הנהנה על נזקים שנגרמו בקשר להפרת חיובי אמונאות. לפיצויים אלה יש דין נפרד ושונה מהותית מדין הפיצויים על הפרת חוזה או על עוולה בנוזקין. ככלל, אמידתם מרחיבה ומחמירה יותר עם האמונאי המפר לעומת מפר של חיוב אזרחי אחר.⁸⁸ בנוסף לכך, לנהנה התובע בעילה אמונאית יש זכות בחירה (election) בין סעדים חלופיים – בפרט, שלילה או פיצויים – עד למועד מתן פסק הדין, כאשר היקף הסעדים האלה נאמד אף הוא למועד זה.⁸⁹ שני היסודות האלה מקנים לתובע יתרון רב משמעות לעומת תביעה בעילות אזרחיות אחרות.

לכל אלה יש להוסיף תביעה אפשרית, ומתבקשת אף היא בחזקת מצווה מן המובחר, נגד צדדים שלישיים שהיו מעורבים באופן פסול בהפרה בדרך של גרימה או סיוע להפרה או בקבלת

(U.K.) [371]-[373], (Ch), שבה בית המשפט פטר מנהל מחילוט משכורתו לאחר שעבד שנים במסירות אך הייתה לו מעידה בעניין אחד. לעומת זאת, בפרשת *Avrahami*, שבה מנהל עתיר זכויות שהיה הרוח החיה בחברה מעל מעט לעת בכספיה, חולט מלוא שכרו בגין כל תקופת עבודתו. בית המשפט אף העיר, שם, פסי' 344, כי יתכן שהיה אפשר לשלול גם את מניותיו בחברה.

⁸⁶ ראו *Boardman v. Phipps* [1966] UKHL 2, [1967] 2 AC 46 (U.K.). זאת, להבדיל מתביעת שכר ראו *quantum meruit*, שכיום היא חלק מדיני עשיית עושר, וככזו היא עניין שבזכות ולא בחסד והיא נאמדת באמות מידה אובייקטיביות. ראו להלן טקסט סמוך לאחר ה"ש 283 ואילך. בית המשפט יכול לנקוט גישה ליברלית בקביעת הקצובה אם כך ייראה לו בנסיבות, כפי שהיה בעניין *Boardman*, אולם בתי המשפט דהא אינדא שבים ומציינים, כי יש להפעיל סמכות זו בצמצום (sparingly) כדי לא לעודד הפרות. ראו, למשל, *Imageview*, שם, פסי' 56, 60; *Hotel Portfolio II UK Ltd v. Ruhan* [2022] EWHC 383, [259] (Comm) (U.K.).

⁸⁷ (U.K.) [1903] 2 KB 635, 638. הדין המתואר עשוי להראות מחמיר, אך הוא אינו כזה כלל וכלל: אמונאי הרוצה בכל זאת לקבל מצד שלישי מתנות טובות הנאה אחרות בקשר למשרתו פתוחה הדרך בפניו לתת לנהנה גילוי מלא ולקבל ממנו הסכמה תקפה לכך.

⁸⁸ שלא במפתיע, לפיצויים בקשר להפרת חיובי אמונאות יש שם מיוחד: equitable compensation - "פיצויים שביושר" או "פיצויים אקוויטביליים", או אם תרצו – "פיצויי אמונאות", כפי שהצעתי בעבר, מכיוון שכיום הם ניתנים כמעט בלעדית בקשר להפרת חיובי אמונאות. פיצויים אלה נבדלים כך בשמם ולא רק במהותם מ- common law damages ("פיצויים שבדין"), הניתנים בקשר להפרת חוזה או עוולה בנוזקין. לסקירה ראו ליכט, **דיני אמונאות**, לעיל ה"ש 80, עמ' 357-369. מכיוון שהיבטים של נזק ופיצויים חורגים מנושא המאמר נציין כאן בקצרה בלבד, כי בשנים האחרונות יש במשפט המשווה שיח ער לצד התפתחות משמעותית לקראת הבהרת תחומי התחולה הייחודיים לפיצויים אלה ולקראת תכלול של מסגרות החבות הקלסיות עם אלה החדשות. לפסיקה מאוחרת בערכאות בכירות ראו *AIB Group (UK) plc v. Mark Redler & Co.* [2014] UKSC 58, [2015] AC 1503 (U.K.); *IQ EQ (NTC) Trustees Asia (Jersey) Limited v. Arboit* [2019] HKCFA 45 (H.K.); *Sim Poh Ping v. Winstanly Holdings* [2020] SGCA 35 (Sing.). הספרות בנושא גוואה. ראו, למשל, *SIMONE DEGELING & JASON N. E. VARUHAS, EDS., EQUITABLE COMPENSATION AND DISGORGEMENT OF PROFIT* (2017).

⁸⁹ ראו *Tang Man Sit v. Capacious Investments Ltd* [1995] UKPC 54, [1996] AC 514 (P.C.); לסקירה ראו ליכט, **דיני אמונאות**, לעיל ה"ש 80, עמ' 397-398. כאשר אין סתירה בין שלילת רווח לפיצויי אמונאות יוכל הנהנה הניפר לתבוע את שניהם. ראו *Premium Real Estate Ltd v. Stevens* [2009] NZSC 15, [31], [2009] 2 NZLR ("Nor is there an inconsistency between providing remedy for loss arising from breach of duty of loyalty and providing forfeiture of commission for disloyalty: one compensates for loss caused by the breach of duty; the other repays a benefit that has not been earned.")

נכסי אמונאות בקשר להפרה. זאת, במסגרת משטר אחריות המטיל עליהם חובת חשבון הגם שהם אינם נעשים אמונאים.⁹⁰ בהקשר הנוכחי מדובר בראש ובראשונה במשלמי השוחד. בתביעה נגדם בעילה אמונאית יש ערך פוטנציאלי ניכר עבור הנהנה. ראשית, תביעת חשבון כלפיהם, המיועדת לשלול כל טובת הנאה שהפיקו בקשר להפרה, עשויה להניב מונים רבים יותר מאשר סכום שלמוני השוחד.⁹¹ שנית, בתרחיש של שוחד יהיה בדרך כלל יסוד לטענה, שהמשחד והמשוחד פעלו בצוותא חדא (in concert), וכפועל יוצא מכך – לקביעה של חבות ביחד ולחוד שלהם. כך יתווסף לנהנה מקור לגבייה של שלמוני השוחד אם האמונאי המפר נעדר או אינו בר פירעון.⁹²

בנוסף לכך, לתביעות בדיני אמונאות יש גם סדרי דין וכללים ראייתיים שונים מאלה הנוהגים לגבי תביעות אזרחיות רגילות, אשר נובעים אף הם מאופיים המיוחד של יחסי אמונאות ונועדו להגן על הנהנה. בין היתר, הנהנה רשאי, כאמור, להסתפק בהבאת ראיה לכך שהנתבע היה אמונאי שלו כדי לדרוש חשבון כללי ("רגיל") או בראיה ברמה של חשד ממשי בלבד להפרה כדי שיהיה על האמונאי הנתבע להראות שפעל כדין ("חשבון מחמת הפרה").⁹³ זהו התרחיש הצפוי דרך שגרה בנסיבות של שוחד. בכך יש הבדל משמעותי לעומת נטלי הראיה הרגילים במשפט אזרחי.⁹⁴ לאלה יש להוסיף הליכי גילוי חקירתיים באופיים שאין להם אח ורע בהליכים אזרחיים, חזקות ראייתיות עוצמתיות נגד אמונאי שנמנע מלתת חשבון מלא ועוד ואכמ"ל. אכן, בתביעה אזרחית נגד עובד ציבור בגין שוחד המדינה תהנה לא פעם מבסיס ראייתי טוב תודות לחקירת משטרה או אף הליך פלילי שקדמו לתביעה, כפי שהיה בעניין **אבנון**, אולם בהעדר חקירת משטרה או בתביעת שוחד נגד אמונאי בנסיבות עסקיות, כגון נושא משרה, שותף או שלוח, עשוי להיות להיבטים הדיוניים-ראייתיים האלה משקל מכריע בהצלחת התביעה.

⁹⁰ אלה שתי סוגיות נרחבות. לסקירה תמציתית של התפתחויות בדין הישראלי ביחס לסיוע להפרת חובת אמון ראו עמיר ליכט "כוח גדול ואחריות גדולה: קווים לאחריות של בעל שליטה בחברה" **ספר יורם דנציגר** 663, 669-672 (לימור זר-גוטמן ועידו באום, עורכים 2019); לדיון מפורט ראו ליכט, **דיני אמונאות**, לעיל ה"ש 80, עמ' 403-490.

⁹¹ נשווה בנפשונו יזמי נדל"ן וקבלני בניין המשחדים עובדי ציבור בגופי התכנון והבנייה וזוכים לזכויות בנייה עודפות – תרחיש שאינו זר להוויה הישראלית, בלשון המעטה. ראו הפניות בה"ש 20 לעיל.

⁹² ראו, למשל, Grimaldi, לעיל ה"ש 52, פס' 553-558. השוו פס' 129-130, 135; לדיון בקשר לעניין **זה לנגה**, לעיל ה"ש 4, ראו להלן טקסט סמוך לה"ש 234; ראו גם עמיר ליכט "הנשר והכריש – נושא משרה המקבל תשלום מבעל השליטה: הסעדים" **נקודה בסוף משפט** (7.5.2017), <https://amirlicht.wordpress.com/2017/05/07/82>, (להלן: ליכט, **הנשר והכריש**).

⁹³ ראו, למשל, עניין **קוסוי**, לעיל ה"ש 69, בעמ' 280.

⁹⁴ ראו רע"א 7327/16 **ברק נ' גזית-גלוב בע"מ** (6.12.2016), פס' 7 (השופטת חיות); ראו גם עמיר ליכט "לעילה מן כל ברכתה – התשתית הראייתית לגילוי מסמכים באישור תביעה נגזרת בעילות שונות" **נקודה בסוף משפט** (10.12.2016), <https://amirlicht.wordpress.com/2016/12/10/66>. לניסוח הדוק ראו National Grid Electricity Transmission Plc v. McKenzie Harbour Management Resources Ltd (Rev 1) [2009] EWHC 1817 (Ch), at [17] (hereinafter *National Grid*).

National Grid describes its claims against Mr McKenzie as founded upon fraud (bribery), breach of fiduciary duty, breach of contract, deceit and "unlawful means" conspiracy. The first of those is a label applied to various claims which may be brought at common law or in equity. The second is an equitable claim. The remainder are claims which may be brought at common law and are dependent upon proof of loss. ... I have taken the view that at common law the burden lies upon National Grid to prove its loss; and that in equity the burden lies upon National Grid to prove a breach of equitable duty and the circumstances which entitle it to request an order for an account. If an account is ordered then there may well be a burden upon the accounting party to justify deductions.

חרף העובדה שמשטר האחריות המיוחד של אמונאים הוא דין פוזיטיבי מחייב כחלק ממשפט המדינה, וחרף העובדה שהוא מציע יתרונות ניכרים לאלה המשכילים להשתמש בו, הידע על אודותיו דעך, וכיום הוא אינו מוכר כפי שהיה בעבר. זוהי תופעה מרתקת ומטרידה כאחד.⁹⁵ בין הגורמים שהביאו לכך אפשר להצביע על העדר הכשרה סדורה בנושא בישראל וכנראה גם על ניסוחן המשובש של הוראות חרותות בחקיקה האזרחית בדבר תרופות על הפרת חובת אמון של אמונאים מסוימים. אלה מציעות כביכול שמדובר בתרופות על חיובים חוזיים או נזיקיים: חלקן מפנות ל"דינים החלים על הפרת חוזה",⁹⁶ חלקן קובעות שהאמונאי "אחראי לנזק" שנגרם עקב ההפרה,⁹⁷ וחלקן מסתפקות בקביעת זכות לפיצויים.⁹⁸ פרשנותן של הוראות אלה נחזית כפשוטה, אלא שזהו חזיון תעתועים, והן אכן תעתעו ומתעתעות בבתי משפט מעת לעת.⁹⁹ בקשר לנושא הדיון דכאן, של שלמוני שוחד, אפשר להצביע על גורם נוסף בדמות עלייתם והתבססותם של דיני עשיית עושר בדין הישראלי. דינים אלה תופסים במצודתם לא פעם גם נסיבות של הפרת חובת אמון, כך שהיזקקות לכללי החבות בדיני אמונאות עשויה להראות מיותרת, ולא היא.

5. הגעילה האמונאית בעניין אבנון

לנוכח האמור עד כה נבחן את הדיון בעילה האמונאית בעניין אבנון. בית המשפט הצביע על שני מקורות לחובת אמון שחב אבנון: ראשית, "אבנון חב חובת אמון כלפי המדינה והציבור מתוקף היותו עובד ציבור", וזאת לנוכח הלכות **קוסוי וסיעת הליכוד**.¹⁰⁰ שנית, "נאמר, "אבנון חב חובת אמון כלפי המדינה כמעסיקתו, מאחר שהוא החזיק במידע סודי שלה מתוקף תפקידו".¹⁰¹

החלופה הראשונה מציינת בסיס איתן לחובת אמון, בזכרנו כי החובה במשפט הפרטי מופנית אל המדינה כנהנית ואל הציבור כנהנה שניוני או רעיוני בלבד, כאמור לעיל. לעומת זאת,

⁹⁵ כדוגמה לתופעה זו נצביע על קושי מתמשך בפסיקה ביחס לשאלה אם תובע המבקש מתן חשבונית צריך להראות זכות לכאורה לקבל כסף מהנתבע. התשובה לשאלה תלויה בטיב הנתבע: היא חיובית אם הנתבע אינו אמונאי, ואז יש צורך בראיה כאמור; אולם אם הנתבע אמונאי התשובה שלילית, והתובע זכאי למתן חשבונית על פי דרישה או על יסוד חשד ממשי להפרת חיוב אמונאות ותו לו. אלה הם "החשבון הרגיל" ו"החשבון מחמת הפרה" הנזכרים לעיל, ויש טעמים טובים להעדרה של דרישה להראות זכות לכאורה לכספים במסגרת תביעה כזו למתן חשבונית. ראו ע"א 127/95 **מועצת הפירות ייצור ושיווק נ' מהדרין בע"מ**, פ"ד נא(4) 337, 344-345 (1997) (השופטת בייניש); ע"א 5444/95 **עמותת בני מוטרנות הגליל נ' הארכיבישוף סלוס**, פ"ד נא(4) 811, 819 (1997) (השופטת בייניש); ע"א 5685/17 **זילכה נ' קלדרון** (23.5.2017), פס' 9-10 (השופט סולברג); ת"א (ב"י) 45700-08-16 **ששון נ' אמקאן אחזקות** (1995) **בע"מ** (2.2.2022), פס' 27 (השופט חסדיאל). לדיון כללי ראו ליכט, **דיני אמונאות**, לעיל ה"ש 80, עמ' 251-255; להשערה בדבר גורם אפשרי לתקלה ראו עמיר ליכט "מן הגורן ומן היקב – מתן חשבונית לנוכח התחרות בעסק והפרת חובת אמון של נושא משרה" **נקודה בסוף משפט** (29.5.2022), <https://amirlicht.wordpress.com/2022/05/29/231>.

⁹⁶ ראו סעיף 9 לחוק השליחות, תשכ"ה-1965; סעיפים 256 לחוק החברות, תשנ"ט-1999.

⁹⁷ ראו סעיף 57 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962; סעיף 88 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965; סעיף 12 לחוק הנאמנות, תשל"ט-1979.

⁹⁸ ראו סעיף 12 לחוק הנאמנות יחד עם סעיף 5 לחוק השומרים, תשכ"ז-1967; סעיף 283 לחוק החברות.

⁹⁹ מכיוון שעיסוקנו כאן בהפרה מסוימת של חובת האמון נותר את הדיון באחרות למועד אחר. לדיון מפורט בתבנית "דינים החלים על הפרת חוזה" ראו ליכט, **דיני אמונאות**, לעיל ה"ש 80, עמ' 263-295; לדיון ראשוני וחלקי בתבנית "אחראי לנזק" ראו עמיר ליכט "המעודן והנשגב – אשם תורם בהפרת חובת אמון" **נקודה בסוף משפט** (14.12.2015), <https://amirlicht.wordpress.com/2015/12/14/33>.

¹⁰⁰ עניין אבנון, לעיל ה"ש 2, פס' 18 לפסק דינה של השופטת ברון.

¹⁰¹ שם, שם. כסימוכין מהפסיקה לכך אוזכרו רע"א 2060/19 **בית אריזה לפרחים "אביב" בע"מ נ' פנדלר** (27.5.2019), פס' 20 (להלן: עניין פנדלר); ע"א 206/72 **מיגן בע"מ נ' פאר**, פ"ד כז(1) 576, 578 (1973) (להלן: עניין מיגן).

החלופה השניה – על שתי חלופות המשנה שלה: יחסי עבודה והחזקת מידע חסוי – אינה מבססת כשלעצמה יחסי אמונאות וחובת אמון בגדרם. אכן, בעבר רווחה סברה כי עובדים חבים למעביד חובת אמון, ויש שהתייחסו ועודם מתייחסים ליחסי עבודה כיחסי אמונאות, אלא שכיום ברור, גם בישראל, שהדברים אינם כך.¹⁰² ביחסי עבודה שוררות אמנם חובות התחשבות הדדית מוגברות בהשוואה ליחסים רגילים במשפט הפרטי, אולם אלה אינם חיובי אמונאות: עובד ומעביד אינם אמונאים אהדדי וגם לא מי מביניהם כלפי רעהו. היבט זה מחדד את חשיבותו של יסוד ה"ציבור" אצל עובדי ציבור כמי שלטובתו הם אמורים לפעול. בשל העובדה שהם משרתים את הציבור, ולא בשל היותם עובדים, הם מוכרים כאמונאים.¹⁰³ בד בבד, נזכיר כי מאז הלכת *Reading* מקובל לומר כי כאשר מדובר בשוחד, יש לפרש את המונח "אמונאי" באופן "רחב ורופף".¹⁰⁴ הדברים יפים במיוחד ביחס לשחקנים "גבוליים" כגון עובדים, שבדרך כלל אינם אמונאים, כאמור, אך מתת מצד זר בקשר לביצוע עבודתם עלול להחשב כשוחד.

הוא הדין ביחס לחובה מכוח החזקת מידע חסוי. בעבר שררה אי בהירות לגבי טיבה של חובת חסיון (confidence) אשר חלה ביחסי trust and confidence, שבהעדר מונח טוב יותר נכנה "יחסי אמון".¹⁰⁵ זאת, במידה רבה גם מחמת קשיי מינוח ביחס למונח trust and confidence, שהשימוש בו שכיח גם בקשר ליחסי אמונאות.¹⁰⁶ מכל מקום, כיום ברור שיחסי אמון שכרוכה

¹⁰² עובד ייחשב לאמונאי של המעביד לפי המבחנים הכלליים של דיני אמונאות. כלומר, אם הוא ממלא תפקיד המוכר כקטגוריה של אמונאי, כגון יועץ משפטי פנימי או כשלוח למשימה מסויימת כגון אחראי רכש. נקודה זו הובהרה בדברי השופט גרוסקופף בעניין **פנדלר**, שם, שם ("עובד עשוי לחוב בחובות אמון כלפי החברה ממגוון מקורות התלויים בתפקיד שהוא ממלא בשירות החברה, ובהקשר בו נטענת הטענה"). זוהי גם העמדה במשפט המשווה. ראו, למשל, [A]n ("[A]n Ranson v. Customer Systems plc [2012] EWCA Civ 841, [22] (U.K.) ("employee will not, merely by reason of his role as an employee, assume fiduciary obligations to his employer."); השוו עמיר ליכט "עובדים נאמנים – 'חובות אמון' ונאמנות" וחיובי אמונאות של עובדים בכירים" **נקודה בסוף משפט** (11.11.2019), <https://amirlicht.wordpress.com/2019/11/11/158>; ראו כללית ליכט, **דיני אמונאות**, לעיל ה"ש 80, בעמ' 154-158.

¹⁰³ ראו Attorney-General (NSW) v. Perpetual Trustee Company (Ltd) [1955] UKPCHCA 1, [28]; (1955) 92 CLR 113; [1955] AC 457 (P.C.) ("[T]here is a fundamental difference between the domestic relation of servant and master and that of the holder of a public office and the State which he is said to serve. ... The essential difference is recognized in the fact that his relationship to the Government is not in ordinary parlance described as that of servant and master.")) בערכאה קודמת, בבית המשפט העליון של אוסטרליה, נאמרו הדברים ביתר חדות. ראו Attorney-General (NSW) v. Perpetual Trustee Co Ltd [1952] HCA 2, [11]; (1952) 85 CLR 237 (Kitto J) ("It is true that the word 'servant' is commonly used in such expressions as 'public servant', 'civil servant' and 'servant of the Crown'; but the very qualifying words themselves point to the essential difference. They lift the word 'servant' into a new and very different context; they emphasize that the services which flow from the relationship are of a public character, and are not owed to any individual for the advancement of his own concerns."))

¹⁰⁴ ראו את המובאה לעיל ה"ש 45.

¹⁰⁵ פרידמן ושיפרא בר-אור, **עשיית עושר**, לעיל ה"ש 7, עמ' 516, נוקטים אף הם "יחסי אמון" ו"הפרת אמון" בקשר ל-breach of confidence.

¹⁰⁶ בעבר הצעתי "אמון ומבטח" עבור trust and confidence, כפי שאנו מתרגמים "שמתי בד את מבטחי" עבור I put my confidence in you. ראו עמיר ליכט "חובת אמון – אימתי?" **חובות אמון בדין הישראלי** 35, 41 (רות פלאטרשנער ויהושע (שוקי) שגב עורכים, 2016). ההצעה בעינה עומדת, אך ל-confidence יש משמעות בשני המובנים, חסיון וגם מבטח, ואף שהשימוש השני הולם מערכות יחסים ונסיבות מסויימות, האמת ניתנת להאמר, שהפסיקה בנושא מתמקדת בעיקר בהיבטי החסיון והפרתו ביחסים אלה. העלילה מסתבכת עוד, כאשר הצדדים או בית המשפט נוקטים "יחסי אמון" במובן כללי לגמרי, של אמון והסתמכות הדדיים שאין בהם יותר מזה, ומבחינה משפטית אין בהם יותר מאשר חובת תום לב, אשר לכל היותר היא מוגברת קמעה בחוזי יחס. כדוגמה תמוהה מעט לסבך המילולי ראו ת"א 1141-06 **יעקב יעקב ובניו קבלן לעבודות כבישים נ' מנהלת בר לב בע"מ** (29.1.2016)

בהם החזקת מידע חסוי – ובכלל זה יחסי עבודה שיש בהם החזקת מידע חסוי – או שנובעים מהחזקת מידע חסוי אף בהעדר יחסי אמון, אינם מהווים יחסי אמונות בשל כך בלבד, והם אינם מטילים על מחזיק המידע חיובי אמונות.¹⁰⁷ לפיכך, גם הפרת החסיון ("הפרת אמון") אינה מהווה כשלעצמה הפרת חובת אמון (loyalty), וזאת בניגוד לאמרה בנידון בעניין **אבנון**. בהמשך לכך, הגם שהפרת חסיון עשויה להקנות סעד של השבת רווח בדרך של מתן חשבונות, אין מדובר במערך הסעדים העומד לרשות נהנה ניפר במסגרת תביעת חשבון דיני אמונות.¹⁰⁸ את האסמכתות הוותיקות יש אפוא לקרוא בזהירות לנוכח המצב המשפטי העדכני, אולם בעניין **אבנון** אין לכך נפקות מכרעת לנוכח הפרת חובת אמון מובהקת של עובד ציבור בנסיבות המקרה.¹⁰⁹

באשר לסעד על הפרת חובת אמון קבע בית המשפט כי "רווח שהופק כתוצאה מהפרת חובת אמון יש לשלול מן המפר ולהעביר לאדם שכלפיו הוא חב חובת אמון," וכי "במקרה של הפרת חובת אמון, הרווח יישלל מן המפר ויועבר למוטב ללא קשר לשאלה אם הדבר בא על חשבון המוטב, או אם המוטב סבל הפסד או נזק."¹¹⁰ זהו דין נדוש, כמובן, אולם בעוד שבמשפט המשווה יש לו סימוכין רבים,¹¹¹ המשפט הישראלי דל בהם, ובעניין **אבנון** אוזכר רק פסק דין אחד.¹¹²

(השופטת שטמר); עמיר ליכט "אמון ללא אמונות – תשלום שוחד למנהל של הצד השני בחוזה מסחרי" **נקודה בסוף משפט** (22.2.2016), <https://amirlicht.wordpress.com/2016/02/22/40>.

¹⁰⁷ ראו דברי השופטת שטרסברג-כהן בעניין **ורגוס**, לעיל ה"ש 118, בעמ' 439-438. ראו גם, Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd., [1989] 2 SCR 574 (Can.) (Sopinka J) ("the fact that confidential information is obtained and misused cannot itself create a fiduciary obligation."); Arklow Investments Ltd. v. Maclean [1999] UKPC 51, [11]-[13] (P.C.). לדיון כללי ראו ליכט, **דיני אמונות**, לעיל ה"ש 80, עמ' 46, 333 (שהאמור בטקסט לעיל מתקן ומדייק); מיגל דויטש, **עוולות מסחריות וסודות מסחר** 631-633 (2002); פרידמן ושיפרא בר-אור, **עשיית עושר**, לעיל ה"ש 7, עמ' 572-573; MATHEW CONAGLEN, FIDUCIARY LOYALTY: PROTECTING THE DUE PERFORMANCE OF NON-FIDUCIARY DUTIES 236-244 (2011). בדין הישראלי הושתתה חובת החסיון על הסכמה מכללא. ראו ע"א 312/74 **החברה לכבלים ולחוטאי חשמל לישראל בע"מ נ' קריסטיאנופולר**, פ"ד כט(1) 319, 316 (1974) (השופט ברנזון) ("חובה זו לשמור סוד הוא חובה מוחלטת ובגדר תנאי מכללא הנובע מעצם יחסי עובד ומעביד"). לעומתו, הדין האנגלי משתית את חובת החסיון על חובת תום לב שמקורה בדיני היושר בעקבות פסיקה ותיקה של לורד דנינג, ולא על הסכמה מכללא. ראו Fraser v. Evans [1969] 1 QB 349, 361 ("The jurisdiction is based, not so much on property or on contract, but rather on the duty to be of good faith.") (U.K.); Mionis v. Democratic Press SA [2017] EWCA Civ 1194, [71] (U.K.). למותר לציין, שגישה זו תואמת היטב את הדין הישראלי וניתן לאמצה בלא קושי. דיון בנושא חורג מן המסגרת הנוכחית.

¹⁰⁸ ראו במיוחד Indata Equipment Supplies Ltd v. ACL Ltd [1998] FSR 248 (U.K.), שם נפסק כי לא התקיימו יחסי אמונות בין הצדדים אולם הופרה חובת החסיון, ומשכך – כי הסעד להפרה ייאמד במסגרת נזיקית. (להוסיף)

¹⁰⁹ כתימוכין מהפסיקה לקביעה בדבר הפרת חובת אמון מובאים בעניין **אבנון** פסק הדין בעניין **מיגן**, לעיל ה"ש 101, שעסק בהפרת חסיון בידי עובדים, ועניין **פנדלר**, לעיל ה"ש 101, שעסק בהפרת סוד מסחרי. מן האמור בטקסט נובע שכיום אין למצוא בהם תימוכין לקביעת חובת אמון ביחסי אמונות.

¹¹⁰ עניין **אבנון**, לעיל ה"ש 2, פס' 18 לפסק דינה של השופטת ברון.

¹¹¹ ככל שנדרשת אסמכתה, מקובל לציין כהלכת היסוד את פסק דין Keech v. Sandford [1726] EWHC Ch J76, 25 ER 223 (Eng.).

¹¹² למעשה, בית המשפט אזכר שלושה פסקי דין, שעסקו כולם ביחסי יצרן-מפיץ: ע"א 2287/00 **שוהם מכונות ומבלטים בע"מ נ' הרר**, פס' 30 (5.12.2005) (השופט ריבלין); ע"א 605/88 **תבורי – בית חרושת למשקאות קלים בע"מ נ' מעינות הגליל המערבי סוכנויות בע"מ**, פ"ד מה(2) 1, 15 (1991) (השופט לוי); ע"א 442/85 **זוהר ושות' נ' מעבדות טרבנוול (ישראל) בע"מ**, פ"ד מד(3) 661, 701 (1990) (השופטת נתניהו). דא עקא, עניין **שוהם** ועניין **זוהר** אינם נוגעים להפרת חובת אמון. בראשון, שם, פס' 29, נפסקה השבת רווח בעשיית עושר מחמת התחרות לא הוגנת, ובשני, שם, עמ' 700 – בשל עשיית עושר של הספק דווקא, ולא של המפיץ, מחמת התנהגות בחוסר תום לב. רק בעניין **תבורי**, שם, עמ' 13-14, נקבע כי הופרה חובת אמון ונפסקה השבת רווח בשל כך, תוך שבית המשפט שם מאזכר פסקי דין קודמים, שבחלקם התייחסו לדיני אמונות ובחלקם – לדיני עשיית עושר. האסמכתה הרלוונטית מביניהם בהקשר זה, אמנם בהערת אגב, היא ע"א 81/64 **"רינה" י' זמל את י' אורן נ' אוירבך**, פ"ד יח(3) 567, 577 (1964).

אסמכתה מובהקת מצויה בעניין **בר-חיים נ' ויצמן**, שבו הורה השופט סוקול על שלילת רווח מניצול הזדמנות עסקית של חברה בנסיבות שבהן פסיקת פיצויים הייתה מעוררת קושי בהעדר קשר סיבתי.¹¹³ בדומה לכך, בעניין **כחול מקבוצת הפרדס בע"מ נ' מרחבים ירוקים בע"מ** צוותה השופטת ברון על עריכת חשבון לאמידת היקף השלילה בעקבות הפרת חובת אמון בשותפות.¹¹⁴ לבסוף, בעניין **תגר נ' יעקבי** נתבעו אמנם נזק והשבה בעשיית עושר, אולם השופטת רון דנה בכך לאור סימוכין מדיני אמונות.¹¹⁵

סוגיית היחס בין הפרת חובת אמון לעשיית עושר ולא במשפט העסיקה גם את בית המשפט בעניין **אבנון** :

המדינה מתייחסת להפרת חובת האמון כעילה עצמאית ונפרדת מהעילה לפי חוק עשיית עושר. אולם, נראה כי הדעות חלוקות בשאלה אם העילה המבוססת על הפרת חובת האמון היא עילה עצמאית העומדת על רגליה שלה, או שמא מדובר במקרה פרטי של עשיית עושר ולא במשפט (לעמדה הראשונה ראו: עניין [ע"א 1142/92 ורגוס בע"מ נ' כרמקס בע"מ, פ"ד נא(3) 421 (1997) - ע"ל], עמ' 444; וכן: עמיר ליכט **דיני אמונות: חובת האמון בתאגיד ובדין הכללי** 262-263 (2013); לעמדה השנייה ראו: עניין **ורגוס**, עמ' 439; [דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור **דיני עשיית עושר ולא במשפט** כרך א (מהדורה שלישית, 2015) - ע"ל], עמ' 609). המקרה דנן אינו מצריך הכרעה בשאלה זו; זאת מאחר ששתי העילות – עשיית עושר ולא במשפט והפרת חובת אמון – התגבשו בענייננו בלאו הכי, ומאחר ששתייהן מובילות לסעד זהה, הוא שלילת סכום השוחד מאבנון והעברתו למדינה.¹¹⁶

סיכומו של דבר: אבנון חייב בהשבת כספי השוחד למדינה גם מאחר שהוא הפר את חובת האמון שהוא חב כלפיה; זאת בין אם נראה בהפרת חובת האמון עילה העומדת על רגליה שלה, בין אם נראה בה מקרה פרטי של עשיית עושר ולא במשפט.¹¹⁷

(השופט ח' כהן) ("לפי עקרונות היושר וזכאים המערערים [היצרן – ע.ל.] לרווחי התובע [המפיץ – ע.ל.] מעסקיו הבלתי-ישרים והבלתי-הגונים שעשה בתקופת היותו עוד סוכנם"). לא למותר לציין, שיחסי יצרן-מפיץ אינם נחשבים לקטגוריה מוכרת של יחסי אמונות, כך שמעמדו של המפיץ כאמונאי ייחתך לפי המבחנים הכלליים בנסיבות המקרה. ראו (Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp. (1984) 156 CLR 41 (Aust.)) להכרעות הפוכות בהתאם לנסיבות השו"ע 7338/00 **תנובה - מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' שרעבי ז"ל וירשיו**, פ"ד נז(2) 745, 757 (2003) (השופט מ' חשין); ע"א 9099/96 **ידיעות אחרונות בע"מ נ' פירסטנברג**, פ"ד נג(5) 1, 16 (1999) (השופט טירקל). ליישום מדויק של הכלל, שהניב דחיה של תביעת חשבון בהעדר יחסי אמונות, ראו ה"פ (חי) 32046-03-14 **וכטל נ' EL-HOME** (24.11.2014) (השופט רניאל); ראו גם עמיר ליכט "מעוכב מחמתו – אחריות של מפיץ כאמונאי דה פקטו" **נקודה בסוף משפט** (13.10.2016), <https://amirlicht.wordpress.com/2016/10/13/61>

¹¹³ ת"א (חי) 324/05 **בר-חיים נ' ויצמן** (5.3.2006). בנסיבות המקרה היו אפוא קווי דמיון לפרשת *Keech*, לעיל ה"ש 111.

¹¹⁴ ת"א (ת"א) 2023/04 **כחול מקבוצת הפרדס בע"מ נ' מרחבים ירוקים בע"מ** (8.6.2011).

¹¹⁵ ת"א (ת"א) 14663-12-14, 16798-11-14 **תגר נ' יעקבי** (9.7.2017), פס' 50. ראו עמיר ליכט "צ'אווסקו – גילוי, חשבון, פיצויים והשבה בעקבות ניצול הזדמנות עסקית של חברה" **נקודה בסוף משפט** (1.8.2017), <https://amirlicht.wordpress.com/2017/08/01/90>. לעומת זאת, בעניין **דה לנגה**, לעיל ה"ש 4, תבעה המבקשת כדבעי חשבון ושלילה לצד השבה בעשיית עושר, אולם השופטת רון לא שעתה לתביעת החשבון והשלילה ודנה רק במסגרת של עשיית עושר. לדיון ראו להלן, טקסט לה"ש 216 ואילך.

¹¹⁶ שם, פס' 19 לפסק דינה של השופטת ברון. כמבואר בפרק ב', לעיל טקסט לה"ש 12-13, השופטים מינץ וקרא לא התייחסו לעילה האמונאית, כך שניתן לראות את דברי השופטת ברון בטקסט ככאלה שנאמרו על דעת כל המותב.

¹¹⁷ שם, פס' 21.

בדברים אלה של בית המשפט מקופלות שתי פרופוזיציות: ראשית, כי עשוי להיות ספק אם הפרת חובת אמון היא עילה עצמאית ונפרדת; שנית, כי עילה אמונאית (אם היא אכן עצמאית) ועילה בעשיית עושר מצמיחות סעד זהה. להלן נראה, עם כל הכבוד, כי שתי הפרופוזיציות האלה אינן נכונות בדין הישראלי. בהמשך נראה כי הסתמכות עליהן אף מביאה לתקלה ממשית, ולכן יש מקום לתיקון או הבהרה של המצב המשפטי.

את הפרופוזיציה הראשונה – בשאלת עצמאותה ונפרדותה של העילה בהפרת חובת אמון – ננתח תחילה לנוכח האסמכתה המרכזית שבית המשפט מאזכר ולאחר מכן באופן כללי לנוכח הספרות בנושא.

בפרשת **ורגוס בע"מ נ' כרמקס בע"מ** פרשו עובדים מחברת ורגוס ותוך שימוש במידע חסוי שלה פתחו עסק מתחרה בחברת כרמקס.¹¹⁸ השופטת שטרסברג-כהן קבעה תחילה, כי בכך הם הפרו סוד מסחרי של ורגוס. זאת, לנוכח "החובה לשמור על הסודות המסחריים של המעביד אף בהיעדר תנאי מפורש בחוזה העבודה, [ה]נובעת מחובת הנאמנות וחובת תום-הלב של עובד כלפי מעבידו".¹¹⁹ מכאן עברה לדון נקודתית בשאלה אם התקיימה הפרת חובת אמון כעילה עצמאית.¹²⁰ לגישתה, הנתבעים חבו חובת אמון לחברת ורגוס בהיותם עובדים שלה, שכן, בין היתר, "בין עובד למעביד קיימים יחסי אמון (fiduciary relationship) המקיימים לעובד חובות אמון כלפי מעבידו".¹²¹ קביעה זו תחשב כיום כבלתי מדויקת, כאמור לעיל, אולם לעת מתן פסק הדין רווחה הסברה שעובדים חבים חובת אמון בתור שכאלה, כך שבראייתו של בית המשפט התקיימו יחסי אמונאות.¹²² הדיוק הזה אינו משפיע על הניתוח ביחס לעצמאות העילה, מה גם שבנסיבות המקרה שם בית המשפט היה יכול להניח שמרבית העובדים הנתבעים היו אמונאים גם לפי אמות מידה עדכניות.¹²³ על יסוד זה נקבע כי במעשי העובדים היה משום הפרת חובת אמון כעילה עצמאית.¹²⁴ מכאן עבר בית המשפט לשאלת הסעד:

¹¹⁸ ע"א 1142/92 **ורגוס בע"מ נ' כרמקס בע"מ**, פ"ד נא(3) 421 (1997) (להלן "עניין ורגוס"). השופטים טירקל וטל הסכימו לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן.

¹¹⁹ שם, בעמ' 432, 434.

¹²⁰ שם, בעמ' 437 ואילך.

¹²¹ שם, בעמ' 437.

¹²² השופטת שטרסברג-כהן, שם, מאזכרת שורה של אסמכתות, שחלקן מדיני אמונאות וכוחן עודו יפה וחלקן מדיני עבודה וכוחן תש. לפירוט וסימוכין ראו לעיל טקסט לה"ש 102 ואילך.

¹²³ בית המשפט העליון מתייחס לעובדים הנתבעים כ"עובדים בכירים". עניין **ורגוס**, לעיל ה"ש 118, בעמ' 442. לא צוין מה היו תפקידיהם של העובדים בחברה, אך הדברים מפורטים בפסק הדין קמא בת"א 80/90 **ורגוס בע"מ נ' כרמקס בע"מ** (26.12.1991), עמ' 3-2 (השופט ביי), לאמור: דירקטור ומנכ"ל, מנהל היצוא, המהנדס הראשי, מנהל עבודה ומהנדס שעבד במשרד הטכני. לפחות שלושת הראשונים ייחשבו כיום כאמונאים בהיותם נושאי משרה בחברה לצד היותם מנהלים בכירים בה, וביחס לשניים הנותרים הנקודה מעורפלת יותר ותלויה בשאלה עד כמה הם השתייכו לדרג הניהולי בחברה.

¹²⁴ עניין **ורגוס**, לעיל ה"ש 118, בעמ' 442:

המשיבים הפרו חובת אמון כלפי ורגוס לא רק על-ידי פגיעה בסודותיה המסחריים, אלא גם במובנה הרחב של חובה זו החורג מעבר לחובה שלא לחשוף סוד מסחרי. ההפרה מתבטאת בשניים: סוג המידע שנטלו עמם המשיבים, ואופן הוצאתו מורגוס והעברתו לשימושם ולשימוש כרמקס. מדובר בעזיבה של קבוצת עובדים בכירים שעבדו יחד במשך שנים אצל ורגוס, וחברו יחד, בעצה אחת, כדי לעזיבה ולהקים חברה מתחרה מיד עם פרישתם. באלמנט ההתארגנות, העזיבה המשותפת המיידית, הקמת החברה החדשה והפתיחה מיד, ללא תקופת צינון, בתחרות בתחומים זהים לתחומים שבהם עסקה ורגוס ולגבי מוצרים זהים ולקוחות זהים, יש היבט של הפרת אמון. ...

במקרה שבפנינו נראה כי התנהגות המשיבים הולידה "התעשרות בלתי צודקת" כאמור, שכן, במעשיהם הפרו המשיבים סוד מסחרי וחובת אמון, ודי בכך כדי לענות על היסוד של "שלא כדין" בעילת עשיית עושר ולא במשפט. עם זאת, איני מוצאת להכריע בסוגיה זו, שכן קמות לוורגוס עילות שונות כמפורט לעיל, שבעטיין זכאית היא לסעד ואין בכוחם של דיני עשיית עושר להעניק למערערים סעד נוסף על הסעדים המוענקים מכוח הפרת סוד מסחרי והפרת חובת אמון.¹²⁵

זוהי אפוא ההכרעה בעניין **ורגוס**, והדברים מדברים בעד עצמם. עם כל הכבוד, הם אינם מתיישבים עם המסקנה שבית המשפט בעניין **אבנון** ביקש להסיק מהם אלא דווקא עם מסקנה הפוכה – דהיינו, כי למדינה יש עילה עצמאית בהפרת חובת אמון המקנה סעדים על הפרת חובת אמון (ועילה נוספת בהפרת סוד מסחרי וסעדיה עימה), ומשכך לא נמצא טעם להכריע ביחס לעילה או לסעד בעשיית עושר, שאין בכוחם להוסיף דבר מה. באשר ליתר האסמכתות הנזכרות במובאה שעיל מתוך עניין **אבנון** הרי שגם בהן אין תימוכין לסברתו של בית המשפט כי "הדעות חלוקות" ביחס לשתי הפרופוזיציות הנזכרות.¹²⁶

למותר לציין כי בכל האמור לעיל אין כדי לשלול עילה וסעד בעשיית עושר – בדין הישראלי – אולם בהקשר של שלמוני שוחד מתעוררים קשיים מיוחדים. חשוב יותר: אין להסיק מהדברים כי אין בכוחם של סעדים באמונאות להוסיף על סעדים בעשיית עושר. למעשה, ההיפך הוא הנכון. באלה נדון בהמשך.

נפנה כעת לדיון כללי בשאלה "אם העילה המבוססת על הפרת חובת האמון היא עילה עצמאית העומדת על רגליה שלה" ובשאלה אם "שתי העילות – עשיית עושר ולא במשפט והפרת חובת אמון – ... מובילות לסעד זהה".

הגם שהדבר לא נאמר במפורש, אין להניח שבית המשפט ביקש להטיל ספק מלא, מתחילה ועד סוף, בקיומו של גוף דינים מובחן במשפט הפרטי הישראלי החולש על כל מי שחב חובת אמון – אותו גוף דינים הקיים בכל שיטות המשפט המקובל ומוכר כ-fiduciary law – דיני

במידע שהועבר, שהוא קונפידנציאלי מעצם טבעו וטיבו ושהיה נחלה בלעדית של ורגוס באותה תקופה כיצרנית שימות יחידה, ובנסיבות העברתו יש כדי להעמיד עילה של הפרת חובת האמון שהמשיבים חבו לוורגוס.

¹²⁵ שם, בעמ' 444.

¹²⁶ ההפניה במובאה הנ"ל לעמודים 262-263 אצל ליכט, **דיני אמונאות**, לעיל ה"ש 80, אינה ברורה כל צורכה, שכן עמ' 262 חותם פרק בנושא סעדים בעשיית עושר בקשר להפרת חובת אמון, ועמ' 263 פותח פרק על התבנית החרוזה "הדינים החלים על הפרת חוזה". ההפניה לעמ' 439 בעניין **ורגוס** מכוונת, קרוב לוודאי, לאמירת בית המשפט שם כי "ניתן לשבח את עילת התביעה של הפרת אמון במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט", תוך הפניה לדניאל פרידמן **דיני עשיית עושר ולא במשפט** 309 (1982) [במאמר מוסגר: מהדורה ראשונה זו של החיבור ראתה אור לאחר מהדורה מוקדמת: דניאל פרידמן **דיני עשיית עושר ולא במשפט** (1970) (להלן: פרידמן, **עשיית עושר 1970**).] שם נאמר כי "עילה זו של הפרת חובת אמון נקלטה בפסיקה הישראלית, ואפשר שהעובדה כי העילה איננה נחשבת לעילה בנוזקין במובנה הטכני, הקלה על קליטתה בדין הישראלי." (הערות שוליים הושמטו). דא עקא, דברים אלה אינם מופיעים בפרק על הפרת חובת אמון אלא בפרק על האינטרס המוגן, בחלק העוסק בהפרת סוד מסחרי, תוך שהמחבר כותב בסמוך, שם, בעמ' 308, כי "יש בכך משום הפרת חובת אמון (breach of confidence)". במילים אחרות, מדובר בתקלת תרגום מובנת לנוכח הערפל המינוחי האופף את המילה "אמון". ראו לעיל טקסט לה"ש 105 ואילך. לגופו של עניין, אין מדובר בחובת אמון של אמונאי (fiduciary loyalty) אלא בהפרת חסיון, שהוא מוסד משפטי אחר שעמדנו עליו לעיל, אשר סעד בעשיית עושר עשוי להתאים לה. ההפניה לעמ' 609 אצל פרידמן ושפירא בר-אור, **עשיית עושר**, לעיל ה"ש 7, מכוונת לעמוד הפותח את הפרק על הפרת חובת אמון במהדורה השלישית של החיבור. סיכומו של דבר, כל המחברים הנזכרים מכירים באפשרות העקרונית לתת סעד בעשיית עושר בנסיבות מסוימות של הפרת חובת אמון, ואיש מהם אינו שולל תביעה עצמאית בהפרת חובת אמון שסעדיה נפרדים, כמבואר עוד להלן.

אמונאות.¹²⁷ פרשנות מילולית כזאת – שהפרת חובת אמון אינה אלא עשיית עושר ולא במשפט – עשויה להטען לנוכח ההתייחסות בנפרד לעילה ולסעד, אך היא אינה מתקבלת על הדעת. קריאה סבירה של דברי בית המשפט מחייבת להניח, שהוא מכיר את הדין הייחודי החל על אמונאים בכל הקשור לכללי ההתנהגות המיוחדים להם – דהיינו, החובה לפעול בתום לב (כיסוד נפשי) לטובת הנהנה וחיובי האמונאות הפרטיקולריים המסתעפים ממנה: איסור ניגוד העניינים, איסור הרווח, חובת הגילוי המלא וכו'.¹²⁸ לאור זאת, יש להבין את דברי בית המשפט כהבעת ספק טנטטיבית רק ביחס לקיומם של דיני סעדים נפרדים על הפרת חובת אמון וכהבעת עמדה, שהם מתמצים בסעדים בעשיית עושר. עם כל הכבוד, גם סברה חלקית זו אינה עומדת במבחן הבקורת.

אכן, שורה של מחברים – וביניהם מנפילי המשפט הישראלי – גורסים שהפרת חובת אמון עשויה להקנות סעד של השבה בעשיית עושר. כך, דניאל פרידמן מקדיש פרק שלם להפרת חובת אמון בספרו על עשיית עושר ולא במשפט, כיום בשיתוף עם אלרן שפירא בר-אור.¹²⁹ לדעתו, "חומרתה של חובת האמון משתקפת באיסור על הפקת רווח עקב הפרתה. מכאן גם חשיבות המרכזית של דיני עשיית עושר ולא במשפט בתחום זה."¹³⁰ בד בבד, עמדתו של פרידמן מורכבת ומפגינה מודעות לכך שהשבה בדיני עשיית עושר אינה ממצה ואינה יכולה למצות את הסעדים שהדין מקנה בקשר להפרת חובת אמון.¹³¹ פרידמן מציין כבר בפתח הפרק בנושא זה את העובדה שכאשר נגרם נזק בקשר להפרת חובת אמון, יהיה מקום לסעד של פיצויים – ולא השבה בעשיית עושר במשמע.¹³² הוא מזכיר גם שאחריות לנזק שנגרם עקב הפרת חובה כנאמן אינה שווה לאחריות בחוזים או בנזיקין.¹³³ יתר על כן, פרידמן אף מבהיר כי בנסיבות מסוימות השבה בעשיית עושר אינה נותנת מענה הולם להפקת רווח פסול בקשר להפרת חובת אמון. לפיכך, הוא מציע להטיל חבות אף בהעדר התעשרות מחמת "אין חוטא נשכר", ומצביע כדוגמה אפשרית לכך

¹²⁷ מבלי להכביר מילים, נזכיר כי אין עדיין תרגום רשמי למונח fiduciary ביחס למי שמכהן ככזה, ליחסים אלה ולדין החל עליהם. הדבר מכביד מאוד על דיון משפטי מדויק, שכן מונחים קיימים הגוזרים מהשורש אמ"ן כגון נאמן, נאמנות ואמון כבר "תפוסים" בהקשרים אחרים והם אינם חופפים את המונח fiduciary. המונחים "אמונאי" ו"אמונאות" הם תחדישים מוכרים של הח"מ, אשר הולכים וקונים להם אחיזה בשיח המשפטי, בפסיקה ובספרות, ולו מכיוון שהם משרתים ביעילות צורך ממשי.

¹²⁸ ראו דניאל 1522/94 נ' **מייגר נ' מיטלברג**, פ"ד מט(5) 314, 343 (1996) (השופט חשין, בדעת מיעוט אך לא בנקודה זו) (להלן: עניין **מייגר**) ("שלוח כמו אמור הוא להטמיע עצמו בשולחו, וחובתו היא לשוות נגד עיניו כל העת בכל יום תמיד את טובתו של השולח. ... החובות הפרטיקולריות המנויות בסעיף 8 לחוק [השליחות – ע.ל.] עיקרן הוא במצוות לא תעשה (לא יעשה, לא יקבל, לא ישתמש לרעה וכולל), ואילו אנו נדגיש את מצוות ה"עשה" שבחובות השלוח. ועל כל אלו נזכיר את חובת השלוח להעדיף את טובת השולח על טובתו שלו."); ע"א 7735/14 **ורדניקוב נ' אלוביץ** (28.12.2016), פסי' 51 (השופט עמית) ("ברי כי החובה לשקול אך ורק את טובתה של החברה היא ציווי בעל גוון כללי, שבגדרו מסתופפות מספר רב של חובות-משנה. עמדתו על הדברים לעיל, בהזכירנו את סעיף 254(א) לחוק ויתר הסעיפים הקובעים איסורים ספציפיים שהפרתם תהווה הפרה של חובת האמונים.") (להלן: ערעור **ורדניקוב**); עניין **גזונטהייט**, לעיל ה"ש 78, פסי' 83 (השופט גרוסקופף); תנ"יג (ת"א) 20136-09-12 **ביטון נ' פאנגאיה נדל"ן בע"מ** (21.10.2013), עמ' 17 (השופטת קרת-מאיר) (להלן: עניין **פאנגאיה**).

¹²⁹ ראו פרידמן ושפירא בר-אור, **עשיית עושר**, לעיל ה"ש 7, עמ' 609 ואילך.

¹³⁰ שם, בעמ' 611-610; ראו גם שם, בעמ' 642 ("נאמן שהפיק רווח עקב הפרת חובתו עשוי להתחייב בהשבה אפילו לא היה באותו עניין ניגוד אינטרסים של ממש בינו לבין המוטב. העקרון הוא נוקשה וחומרתו משתקפת בכך שהעובדות הבאות, כולן או חלקן אין בהן, כדי לשמש לנאמן הגנה בפני תביעת השבה של הנהנה"). ההתייחסות בטקסט היא אל "פרידמן", שכן הדברים מופיעים בנוסח זה למעשה כבר במהדורה השניה של החיבור, שבה משפט רבים הסתייעו בה. ראו דניאל פרידמן, **דיני עשיית עושר ולא במשפט** 560 (מהדורה שניה 1998) (להלן: **עשיית עושר 1998**).

¹³¹ פרידמן ושפירא בר-אור, **עשיית עושר**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 52.

¹³² שם, בעמ' 610-609.

¹³³ שם, בעמ' 611, הערת שוליים 19, וכן בעמ' 672, הערת שוליים 275, שבה מתייחסים המחברים ל"פיצויים אקוויטליים". באשר לתוכן הדברים שם חלה התפתחות מאז שהם ראו אור. ראו לעיל ה"ש 88.

ומבלי לנקוט עמדה על נסיבות פרשת *Reading*.¹³⁴ שם, כזכור, הוטלה חבות וניתן סעד של שלילה בדיני אמונאות בשל שימוש במדי צבא להפקת רווח.¹³⁵ הצעתו של פרידמן היא אפוא בגדר רעיון לפיתוח של דיני עשיית עושר, אשר בית המשפט העליון בעניין **אבנון** הביע אגב אורחא נכונות ליישמו, והוא יושם בפועל בעניין **יזיד**. ואולם, ככל שמדובר באמונאים אין בהצעה זו משום מענה לחסר כלשהו בדין, שכן חסר כזה אינו קיים.¹³⁶ לסיכום, עמדתו של פרידמן, שנודעה לה השפעה מכרעת על הדין הישראלי בתחום, נוקטת גישה מְרַבֵּנִית (מקסימליסטית) ביחס להיקף התחולה הראוי של דיני עשיית עושר כמענה לנסיבות של הפקת טובת הנאה לא לגיטימית. בד בבד, גישתו מודרכת על ידי הגיונם הפנימי של דיני עשיית עושר, מתחשבת במגבלותיהם, ומודעת לקיומם של דינים אחרים אשר חלים על הפרת חובת אמון.

אהרן ברק בחיבורו על חוק השליחות מאמץ את גישתו של פרידמן וגורס שדיני עשיית עושר חלים גם ביחסים שבין השולח לבין השלוח, כך שעל הפרת חובת האמון של שלוח יכול להנתן סעד בעשיית עושר.¹³⁷ בדומה לפרידמן, גם ברק מציין שסעד זה מצטרף לסעדים אפשריים אחרים.¹³⁸ הוא גם מכיר בכך שלעיתים השבה בעשיית עושר אינה אפשרית משפטית, כאשר יש ניגוד בין חבות בעשיית עושר לחבות לפי דיני השליחות.¹³⁹ כפי שניתן לצפות, הדוגמאות שהוא מביא לכך סגוליות לחבות בדיני אמונאות.¹⁴⁰ עופר גרוסקופף בכתבתו האקדמית מצטרף גם הוא לגישתו של פרידמן ורואה בהפרת חובת אמון קטגוריה מובחנת של עילת תביעה בשל "התעשרות עולתית" (לצד התעשרות מנטילת רכוש הזולת), כאשר קיימת חובת אמון בין הצדדים והיא מופרת באמצעות ביצוע פעולה לקידום האינטרס העצמי.¹⁴¹ זאת, לתכלית של הרתעה מפני עצם

¹³⁴ שם, בעמ' 688.

¹³⁵ ראו לעיל, טקסט לה"ש 41 ואילך. עוד יוזכר, כי באותו מקרה אף נאמר אגב אורחא שאין עילה בעשיית עושר, לפחות במצב הדין באנגליה דאז.

¹³⁶ נשוב לנקודה זו להלן ביחס ל"השבה הרתעתית" בפרק ה.4.

¹³⁷ אהרן ברק, **חוק השליחות** א' 1033, 1131 (מהדורה 2 1996).

¹³⁸ ראו שם, בעמ' 1029-1032 ביחס לאחריות בנזיקין. בעניין **קוסוי**, לעיל ה"ש 69, בעמ' 281, אף הקפיד השופט ברק להבחין בין פיצויים שבדין לפיצויים שביושר ("פיצויי אמונאות"), הניתנים בקשר להפרת חובת אמון: "המנהל אינו מפצה את החברה על מעשה נזיקין שביצע כלפיה אלא מביא לידי כך, שיושבו לה כספים שהוציאה בגין הפרת חובת האמון שלו כלפיה. ניתן לראות בכך פיצוי מיוחד (בחינת compensation שאינם damages ...)". ראו לעיל ה"ש 88.

¹³⁹ שם, בעמ' 1033 ("הדיון החלקי בדיני עשיית עושר ולא במשפט בחוק השליחות אינו נועל את הדלת בפני תחולתו של חוק עשיית עושר ולא במשפט של יחסי שליחות. חוק זה יחול גם בגדרו של חוק השליחות, ובלבד שאין סתירה גלויה וחרפה בין שתי מערכות הדינים."). ראו גם, בהסתמך על הדברים האלה, ת"א 1939-09-19 **סמליאנסקי נ' אוצר קרן היסוד התחדשות עירונית בע"מ** (10.11.2021), פס' 51 (השופט פרידלנדר) ("הגם שדיני עשיית עושר ולא במשפט אינם מתייחסים לחומרה היתירה של הפרת חובת אמון, ולפיכך אינם ממצים את ההסדר התרופתי של השבה, מקום שבו הפרת חובת אמון הניבה זכייה לאמונאי המפר, ניתן לשאוב מהם שיקולי עזר ליישום תרופת ההשבה גם בהקשר אמונאי."); כן ראו ת"א (ראשל"צ) 42681-10-14 **מרצפות בת ים בע"מ נ' זפקו** (3.1.2018), פס' 40 (השופט ארניה).

¹⁴⁰ שם, בעמ' 1034 ("ראשית, כל סכום שהגיע לשלוח בשירות השולח, על השלוח להעבירו לשולח; שנית, כל טובת הנאה שהגיעה לשלוח כתוצאה מהפרת חובת הנאמנות שהוא חב לשולח חייב הוא להשיב לשולח, בין אם נגרם לשולח נזק ובין אם לאו, בין אם השלוח פעל בתום לב ובין אם לאו; שלישית, כאשר השלוח נטל לעצמו שלא כדין את כספי השולח, זכאי השולח לצווי עקיבה.") (הערות שוליים הושמטו).

¹⁴¹ עופר גרוסקופף "התעשרות מנטילת רכוש הזולת" **ספר דניאל - עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן**, 761, 778 (נילי כהן ועופר גרוסקופף, עורכים 2008) (להלן: גרוסקופף, **התעשרות מנטילה**). למעשה, גרוסקופף, שם, מתייחס לעילה בעשיית עושר כאשר קיימת "חובת אמון או מעין חובת אמון המחייבת אדם לפעול תוך דאגה ברמה גבוהה לאינטרס הזולת." "מעין חובת אמון" אינה קטגוריה משפטית מוגדרת, אך ניתן לשער שהכוונה לחובות שמקורן בדיני היושר כגון איסור השפעה בלתי הוגנת וחובת חיסיון (confidence) ביחסי אמון (trust and confidence). אלה אינן חובות אמונאות ודיני האמונאות אינם חלים עליהן, אולם דיני היושר אכן מקנים זכות להשבת רווח בגין הפרות של חובות אלה. ראו, כללית, פרידמן ושפירא בר-אור, **עשיית עושר**, לעיל ה"ש 7, עמ' 516-

הכניסה למצב של ניגוד עניינים לנוכח הקושי לברר עובדתית את ההפרה ותוצאותיה.¹⁴² לבסוף, גם אבינועם מגן קרא לאחרונה לרתום הן את דיני עשיית עושר הן את דיני האמונות למאבק בשחיתות, תוך שהוא מבחין שני הדינים ומתייחס לתחום תחולתם החופף.¹⁴³

מחברים חשובים מחזיקים אפוא בדעה שאפשר וראוי לתת סעד של השבה בעשיית עושר, ויתכן שגם שלילת רווח בעשיית עושר שאינה השבה כהלכתה (כלומר, שאין בה משום "החזרה" או "הפיכה" (reversal) של העברת ערך), בקשר לרווח שהופק אגב הפרת חובת אמון. אלא שמדעה זו אין ללמוד שהעילה בעשיית עושר והעילה האמונאית מובילות לסעד זהה. למעשה, מדבריהם של פרידמן ושל ברק יש להסיק מסקנה הפוכה: שסעד בעשיית עושר אינו ממצה את הסעדים האפשריים בקשר להפרת חובת אמון – כפי שאכן הוא המצב בדין הישראלי, וכפי שנראה גם להלן בפרק ה'.

לעומת מחברים אלה, אירית חביב-סגל סברה כי הקשר בין חובת האמון לדיני עשיית עושר הוא קשר של נביעה הכרחית אם לא זהות ממש. לדעתה,

חובת הנאמנות נגזרת מדיני עשיית עושר ולא במשפט, ולפיכך, מקבל הנאמן או נושא המשרה את הכוח לפעול על מנת לקדם את טובתם של פרטים אחרים או החברה, ולא על מנת לקדם את טובתו האישית. אשר על כן, במידה שזה מפקי ממשרתו טובת הנאה אישית החורגת מן התמורה שהובטחה לו כנגד פעילותו – הרי שזה מתעשר שלא כדין על חשבונם של הפרטים הכפופים, או על חשבונה של החברה. בהתאם לדיני עשיית העושר, יידרש הנאמן (או המנהל) להשיב לקופת הנאמנות (או החברה) את טובת ההנאה

518. בד בבד, זו אינה תרופה בלעדית, ועקרונית, תתכן תביעת פיצויים בגין נזק, בהכרח שלא בעשיית עושר, הגם שזהו עניין נדיר ביותר. ראו Force India Formula One Team Ltd v. 1 Malaysia Racing Team Sdn Bhd [2012] EWHC 616 (Ch). ראו לעיל טקסט לה"ש 105 ואילך.

¹⁴² גרוסקופף, שם. ראו גם עופר גרוסקופף "הגישה העקרונית המצמצמת לדיני עשיית עושר ולא במשפט" **ספר יצחק אנגלרד** 211, 191 (גדעון ספיר, עורך 2009). בכך גרוסקופף מבטא מדיניות אשר מדריכה את דיני האמונות לפחות כשלוש מאות שנה, מאז פרשת *Keech*, לעיל ה"ש 111. בתי המשפט של היושר, במיוחד מאז תקופת כהונתו של לורד אלדון כצ'נסלור בראשית המאה התשע עשרה, מגלים מודעות והבנה עמוקה של חומרתה המיוחדת של בעיית המידע החלקי בקשר ליחסי אמונות, הן ביחסים בין הנהנה לאמונאי הן ביחס לבירור שיפוטי בקשר אליהם. לסקירה מפורטת ראו עמיר ליכט "בגנות ההגינות: מקומה הנעדר של הגינות בחובת האמון בדין הישראלי" **משפטים** מז 675, 681-686, 699-704 (2018). לאור זאת נוקטים דיני האמונות גישה מניעתית (prophylactic) תקיפה, שיש לה מופעים רבים בדוקטרינה. ויודגש: מניעתית ולא רק הרתעתית. ראו, למשל, Harris v. Digital Pulse Pty Ltd [2003] NSWCA 10, [306] (Aust.) ("these rules have a deterrent and prophylactic function, like the whole regime applying to fiduciaries in a position of conflict of duty and interest or duty and duty"); Pilmer v. Duke Group Ltd (In Liq) [2001] HCA 31, [153] ("the mere fact that no property can be restored, or other order of restitution fashioned which is apt to the circumstances, will not relieve a fiduciary, in breach of its duties, from fulfilling both the compensatory and prophylactic objectives that Matthew Conaglen, *The Nature and Function of Fiduciary* equity upholds." (Aust.) *Loyalty*, 121 L.Q. REV. 45, 469-470 (2005); Matthew Conaglen, *Strict Fiduciary Loyalty and Accounts of Profits*, 65 CAMB. L.J. 278 (2006). אצלנו זיקק השופט ברק את הגישה המניעתית באמירה הידועה כי "האיסור הוא על הימצאות במצב בו עלול להיות ניגוד עניינים. מטרת הכלל היא למנוע את הרע בטרם יארע." עניין **סיעת הליכוד**, לעיל ה"ש 68, בעמ' 572.

השאלה אם תובנות נכוחות אלה צריכות להדריך את דיני עשיית עושר באופן כללי, גם מחוץ להקשרי אמונות, או שאמורים להתקיים זה לצד זה דיני עשיית עושר כלליים ודיני עשיית עושר ליחסי אמונות תידון בפרק ה' להלן.

¹⁴³ ראו מגן, **מאבק בשחיתות**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 265 ואילך.

האישית שהפיק. חובת הזהירות המסורתית נגזרה מדיני הנזיקין. שם, תלויה האחריות ברשלנות בקיומה של חובת זהירות מושגית המוכרת בדין.¹⁴⁴

לדברים אלה נמצא הד בפסיקה, כאשר כמה בתי משפט חזרו עליהם בהסכמה.¹⁴⁵ לא מן הנמנע שיש נוספים המחזיקים בסברה זו. אלא שלמרבה הצער, יש בדברים כמה אמרות רעועות שיש בהן כדי להתעות. במיוחד אין יסוד לסברה שחובת האמון נגזרה מדיני עשיית עושר ולא במשפט. מבחינה מהותית-תוכנית, כפי שראינו, משטר החבות בשל הפרת חובת אמון רחב יותר מחובת ההשבה בעשיית עושר, ואפילו סעד השלילה באמונאות שונה ורחב יותר מהשבה בעשיית עושר, שלא לדבר על היבטים דיוניים ייחודיים הנלווים אליו. מבחינה הסטורית, חובת האמון כמשטר כללי החל על אמונאים התפתחה לפני מאות שנים – תחילה בצורת משטר החשבון הייחודי להם ובהדרגה, עם התמורות שחלו במשפט המקובל במהלך המאה התשע עשרה, היא לבשה את דמותה דהיום ובה חיובי האמונאות המוכרים.¹⁴⁶ בכל הזמן הזה היא הייתה ועודנה נחלתם של דיני היושר – בעבר מבנית וכיום מהותית.¹⁴⁷ לעומת זאת, התגבשותם של דיני עשיית עושר כגוף דינים לכיד היא תופעה מאוחרת יחסית, שהתרחשה בהדרגה בשיטות המשפט המקובל במרוצת המאה העשרים ובעיקר במחצית השנייה שלה, כשישראל היא אחת החלוצות בכך (במידה רבה תודות לתרומתו של פרידמן).¹⁴⁸ כזכור, כאשר נפסקה הלכת *Reading* בשנת 1948 (שלא לדבר על הלכת *Bowes* משנת 1858), בית המשפט ביסס אותה על חיוב חשבון של אמונאי, תוך שהוא מטיל ספק בעצם קיומם של דיני עשיית עושר כעיקרון מוכר במשפט האנגלי באותה

¹⁴⁴ אירית חביב-סגל **דיני חברות** כרך א 497, 505-506 (2007) (הערת שוליים הושמטה; ההערה מפנה לעניין **בוכנינדר**, לעיל ה"ש 78) (להלן: חביב-סגל, **דיני חברות**).

¹⁴⁵ ראו ע"א 7735/14 **ורדניקוב נ' אלוביץ'** (28.12.2016), פס' 48 (השופט עמית) ("חובת הזהירות התפתחה כענף של האחריות הנזיקית, והתמקדה ביסודות עולות הרשלנות ובפיצוי החברה על הנזק שנגרם לה, על פי מבחן אובייקטיבי של סבירות. לעומתה, חובת האמונים והנאמנות נתפשה כמבוססת בעיקרה על דיני עשיית עושר ולא במשפט, המתמקדים בהתעשרותו העצמית של המפר והמניע הסובייקטיבי שלו להפיק רווח אישי מן הפעולה (**חביב-סגל** כרך א 505); תנ"ג 47621-07-16 **חורב נ' בי קומיוניקיישנס בע"מ** (18.7.2019), פס' 94 (השופטת רונן) ("חובת האמון מבוססת בעיקרה על דיני עשיית עושר ולא במשפט ומטרתה, בהקשר של הדירקטורים, היא למנוע ניצול כוחו ומעמדו של הדירקטור לטובתו שלו חלף טובתה של החברה (ר' עניין **ורדניקוב**, בעמ' 40; א. חביב-סגל **דיני חברות** א, בעמ' 497, 506 (2007)). דיני עשיית עושר ולא במשפט הם גם הבסיס לסעד ההשבה המתמקד בהתעשרותו העצמית של המפר והפקתו של רווח אישי מהפעולה."); עניין **פאנגאיה**, לעיל ה"ש 128, עמ' 13 (השופטת קרת-מאיר) ("בסקירה [מאת חביב-סגל – ע.ל.] המתייחסת להתפתחות חובות האמון בדין האנגלי, הובהר כי חובת הנאמנות נגזרה מדיני עשיית עושר ולא במשפט וחובת הזהירות נגזרה מדיני הנזיקין.").

¹⁴⁶ לסקירה הסטורית בסיסית ראו ליכט, **דיני אמונאות**, לעיל ה"ש 80, 235-242; לפירוט נוסף ראו Amir N. Licht, *Lord Eldon Redux: Information Asymmetry, Accountability and Fiduciary Loyalty*, 37 OXFORD J. LEGAL STUD. 770 (2017); למאמר היסוד בנושא ראו S. J. Stoljar, *The Transformations of Account*, 80 L.Q. REV. 203 (1964).

¹⁴⁷ למען הדיוק והאנקדוטה נעיר שכאשר תביעת החשבון לבשה את דמותה המוכרת כיום (ובכלל זה בדין הישראלי), בשלהי ימי הביניים, היא נידונה בבתי המשפט של הדין (common law). רק בסביבות המאה הארבע עשרה היא עברה אל בית המשפט של היושר, שהיה עסוק אז בגיבוש מוסד הנאמנות (trust) ושילב בו את מוסד החשבון.

¹⁴⁸ נקודת המפנה הפורמלית בדין הישראלי היא חקיקתו של חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979. קדמה לכך הכנה, בין היתר, בדמות פרידמן, **עשיית עושר 1970**, לעיל ה"ש 126. במשפט האנגלי מקובל לציין כנקודת המפנה את פסק דין Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd [1988] UKHL 12, [1991] 2 AC 548 (U.K.). גם לכך קדמה הכשרת לבבות אקדמית, בין היתר, בדמות ROBERT GOFF & GARETH JONES, THE LAW OF RESTITUTION (להלן: GOFF & JONES). להכרה תקדימית בעקרון הכללי של התעשרות לא צודקת בקנה ובאוסטרליה ראו, בהתאמה, Pavey and Matthews, Deglman v. Guaranty Trust Co [1954] SCR 725 (Can.); Pty Ltd v. Paul (1987) 162 CLR 221 (Aust.).

עת.¹⁴⁹ בתפיסה החדשה, המכירה בעקרון הכללי של עשיית עושר ולא במשפט, אלה בוודאי נתפסים כמוסדות משפטיים נפרדים (ועל כך עוד בהמשך).¹⁵⁰ בנוסף לכך, מבחינה מבנית, דיני עשיית עושר לפי התפיסה דהיום משתרעים על הדין ועל היושר, אולם בעבר נחשבו עילות התביעה הפרטיקולריות ותבניות התביעה הישנות שקדמו להן ושמחן הם צמחו, ובכללן כסף ששולם והתקבל, כחלק מהדין. היבט זה ייראה תפל למשפטן ישראלי, ובטעם, שכן במשפט הפרטי הישראלי, כממשיכו של המשפט המנדטורי, לא התקיימה מעולם הפרדה מבנית בין הדין לבין היושר באשר לסמכויות בתי המשפט. ואולם, הכללים המהותיים הם חלק מהדין הנוהג בישראל, ומכל מקום, גם היבט זה מפריך את הסברה שחובת האמון נגזרה כביכול מדיני עשיית עושר.¹⁵¹ למעשה, כל אחת עומדת על רגליה שלה ואין קשר ביניהן.

ד. עילה בת עוולה בנזיקין

בטרם נפנה לשימוש בדיני עשיית עושר לתביעת שלמוני שוחד, מן הראוי לערוך דיון ביניים באפשרות לתבוע אותם בעילה נזיקית, שכן ברור ההיבט הנזיקי משליך על הבנת העילה בעשיית עושר בדין הישראלי לצד היותו רלוונטי כשלעצמו.

¹⁴⁹ ספק זה המשיך לנקר עד שלב מאוחר יחסית. ראו, למשל, Orakpo v. Manson Investments [1978] AC 95, 104 (U.K.) (Lord Diplock) (“there is no general doctrine of unjust enrichment recognised in English law.”).

¹⁵⁰ ראו, למשל, עניין *Harris*, לעיל ה"ש 142, פס' 414: “The rules relating to an account of profits are not restitutionary in the sense that they do not rest on giving back something which the plaintiff once had, or restoring the plaintiff to a state of affairs which the plaintiff once occupied but has lost because of ; *Warman International Limited v. Dwyer* [1995] HCA 18, [23] (same); the fiduciary's behaviour” ובמיוחד לאחרונה *Gray v. Global Energy Horizons Corporation* [2020] EWCA Civ 1668, [127] (U.K.) (להלן: עניין *Gray*).

[T]he doctrine of unjust enrichment has, at best, only a subsidiary role to play in limiting the liability of a fiduciary to account. We are here concerned with the obligation of a defaulting fiduciary to account for unauthorised profits, not with compensation for an equitable wrong, and still less with an independent cause of action in restitution to reverse an unjust enrichment of the defendant at the expense of the claimant.

בדומה לכך, קונגלן עומד על ההבדל בין תביעת חשבון לעשיית עושר, הגם שהוא מציין גם שהגישה האמריקאית נשענת במידה רבה יותר על תפיסה זו: “the claim [for an account of profits – A.L.] is not an action in unjust enrichment (and nor is it restitutionary: ...), as there is no need for the fiduciary's profit to have been obtained at the expense of the plaintiff.” *Matthew Conaglen, Identifying the Profits for Which a Fiduciary Must Account*, 79 CAMB. L.J. 38, 57 (2020).

¹⁵¹ בשולי הדברים נעיר, כי טענתה של חביב-סגל, **דיני חברות**, לעיל ה"ש 144, בעמ' 505, שהפסיקה חזרה גם עליה, כי חובת הזהירות של נושא משרה בחברה נגזרת מדיני הנזיקין וקשורה לעוולת הרשלנות, אף היא אינה מדויקת כל צורכה. הפרופוזיציה הזאת נכונה במשפט הישראלי, אך זאת תודות לפסיקה פורצת דרך של השופט לנדוי בע"א 333/59 **רוטלוי נ' ברשאי**, פ"ד יד 1156, 1160 (1960). כידוע, עוולת הרשלנות וחובת הזהירות התגבשו כעקרון משפטי כללי רק בשנת 1932 בהלכת *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.). ביתר שיטות המשפט המקובל מושתתת האחריות של אמונאים, ובכללם נושאי משרה, בגין הפרה של חובי מיומנות ואמצעי זהירות על חיובים שהם אנלוגיים לחובת הזהירות בנזיקין אך מקורם בדיני היושר, כאשר באנגליה ובאוסטרליה נודעת כיום השפעה גם להוראות חרותות. מהותית, יש הבדלים בין השיטות השונות בתוכנם של חיובי הזהירות אף בנוגע לשאלות יסוד כגון תקן ההפרה (כלומר, האם נדרשת התרשלנות “רגילה” או “רבתית”). ראו עמיר ליכט “שם הוורד: אמצעי זהירות ושיקול-דעת עסקי של נושא-משרה” **משפט ועסקים** יט 475, 478-481 (2015); ראו גם *Jennifer G. Hill and Matthew Conaglen, Directors' Duties and Legal Safe Harbours: A Comparative Analysis*, in D. Gordon Smith and Andrew S. Gold (eds), *RESEARCH HANDBOOK ON FIDUCIARY LAW* 305 (2018).

תמונת מצב נאמנה למדי של מסגרת התביעה בנזיקין בדין הישראלי הצטיירה בעניין **אבנון**. שם טענה המדינה בשתי הערכאות כי עומדת לה גם עילה נזיקית, ובערעור לבית המשפט העליון המדינה אף באה בטרוניה על השופט קמא על שנמנע מלדון בכך.¹⁵² ואולם, מעבר לטענה שלדית זו המדינה התקשתה לפרט יותר, ומשכך, גם בית המשפט העליון פטר את עצמו מלדון בחלופה זו.¹⁵³ בעניין **אביעם** לא נידונו כספי שוחד אלא כספים שעובד ציבור גבה בגביית יתר ושלשל לכיסו בנסיבות דומות במקצת לפרשת *Reading* ואותם המדינה תבעה בעוולת גזל, אולם השופט "כהן נמנע מלדון בעילה זו והעדיף, כדבריו, "להשאיר את הבעיות המתעוררות בקשר לכך, לעת מצוא."¹⁵⁴ במקום זאת הוא הקדיש את פסק הדין לביסוס התביעה על עילה בעשיית עושר, שאותה המדינה הזכירה שם רק בחטף בשולי טיעונה.

ההלכה המנחה בסוגיה נותרה אפוא מעוגנת בפסק הדין התקדימי בפרשת **מאיר**, שדן בתביעת שלמוני שוחד שניתנו לעובד ציבור.¹⁵⁵ המדינה השתיתה את תביעתה שם על שתי עילות – בעשיית עושר ובנזיקין – והשופט ברנזון בדעת הרוב נענה לאתגר תוך התבססות על הדין האנגלי.¹⁵⁶ הוא עמד על פסקי הדין הרלוונטיים, כולם ותיקים כבר אז, ומביניהם הסתמך בהרחבה על פסק דין *Hovenden & Sons v. Millhoff*, ששיקף את הדין דאז – דהיינו, כי לשולח עומדות שתי עילות: תביעת פיצויים בנזיקין בגין מרמה (fraud) או קשר לרמות (conspiracy to defraud) ותביעת השבה בטענת כסף ששולם והתקבל.¹⁵⁷ כבר אז, במפנה המאה הקודמת, השתרשו כמה חזקות ביחס לעילה הנזיקית, שאותן פסק הדין אימץ למשפט הישראלי: לצורך תביעה אזרחית, כשלפניך שני צדדים לחוזה המוצע על-ידי שלוחו של אחד מהם, ושנקבע כי אחד הצדדים לחוזה עושה תשלום חשאי לאדם שהוא יודע כי

¹⁵² עניין **אבנון**, לעיל ה"ש 2, פס' 6, 22 לפסק דינה של השופטת ברון.

¹⁵³ שם, פס' 22:

הטענה לעילה בנזיקין נטענה על ידי המדינה בשפה רפה, הן בכתב התביעה שהוגש לבית המשפט המחוזי הן בסיכומים שהוגשו בערעור. בכתב התביעה נעשה אמנם שימוש במינוחים כגון "נזקים", "חובת הזהירות" ו"קשר סיבתי", אולם לא נטען שם במפורש לקיומה של עילה בנזיקין; והמדינה אף לא ציינה איזו עוולה התקיימה בענייננו לשיטתה. בסיכומים בערעור נטען כאמור כי מתקיימת עילה בנזיקין, אולם גם שם לא צוינה עוולה כלשהי, וממילא לא נבחנו יסודותיה, תהיה אשר תהיה. גם במהלך הדיון שהתקיים לפנינו לא הציגה המדינה טיעון סדור בנוגע לקיומה של עילה בנזיקין. מכל מקום, לנוכח הקביעה כי מתקיימת בענייננו עילה מכוח דיני עשיית עושר והפרת חובת אמון, התייתר הצורך לבחון טענה זו.

¹⁵⁴ עניין **אביעם**, לעיל ה"ש 19, בעמ' 672. השופטים ברנזון ומני הסכימו לפסק הדין. בדומה לפרשת *Reading*, אביעם פעל בשחיתות כאשר הפיק טובת הנאה פרטית בקשר למשרתו בלא אישור.

¹⁵⁵ עניין **מאיר**, לעיל ה"ש 59.

¹⁵⁶ שם, בעמ' 396 ("מקרה זה הוא כנראה הראשון מסוגו שבא לפני בתי-המשפט בארץ, אך הוא מכוסה היטב בתקדימים האנגליים, אשר ינחו גם אותנו בסוגיה זו. ... ולא עוד, אלא שמאחר וההלכות המשמשות יסוד לפסיקה האנגלית הן ילידות ההגיון, התבונה והמוסר הציבורי, הרי שאותן סגולות נפש עשויות לפעול גם בארץ, ובית-המשפט היה מסוגל להגיע אליהן באופן עצמאי מדעתו הוא.")

¹⁵⁷ שם, בעמ' 397-399. בית המשפט איזכר בהקשר זה את *Hovenden & Sons v. Millhoff* [1900-03] All ER Rep 848; *Salford Corp'n v. Lever*, [1891] 1 QB 168; *Grant v. Gold Exploration and Development Syndicate, Ltd*, [1900] 1 QB 233; *Industries and General Mortgage Co Ltd v. Lewis* [1949] 2 All ER 573. בית המשפט בעניין *Industries and General Mortgage*, שם בעמ' 576, ציין שדווקנית, התביעה בפרשת *Hovenden* אושרה רק על יסוד כסף ששולם והתקבל, לאחר שהמושבעים קבעו שלא התקיימה מרמה.

שליחו של הצד שכנגד הוא, יניח החוק לחובתו כי פעל במרמה; כי השליח הושפע על-ידי התשלום לרעת שולחו; וכי השולח..... סבל נזק העולה לפחות כדי סכום השוחד.¹⁵⁸

השופט ברנזון הוסיף ועמד על כך שהחזקות בדבר היסוד הנפשי ובדבר יסוד ההשפעה (דהיינו, הסתמכות) הן חלוטות, ואילו החזקה ביחס לשיעור הנזק אינה בהכרח כזו ונראה שהיא ניתנת לסתירה.¹⁵⁹ בד בבד, הוא השכיל לעמוד על הערפל שאפף את טיבה המדויק של העילה, או העילות, בארץ מכורתן. כפי שציין, "בדרך כלל לא ראו בתי-המשפט באנגליה צורך מיוחד לקבוע בוודאות במה נעוצה עילתו של התובע, אם בדיני מעין-חוזים או בדיני נזיקין. בשני המקרים חלים אותם הכללים, אותן החזקות ודרכי ההוכחה ואותה מידת הנזק";¹⁶⁰ ולפיכך, "[ב]סיכומו של דבר: בין אם נראה את עילת התביעה הנדונה כמעוגנת בדיני הנזיקין או בדיני מעין-חוזים, כמו במקרים אחרים שבהם אומדים את מידת הנזק לפי מיטב השפיטה בשים לב לכל הנסיבות כשאין אפשרות להוכיחן בצורה מדוקדקת ומדויקת - כך גם כאן".¹⁶¹

ממבט ראשון, העילה הנזיקית במקרי שוחד נראית פשוטה ועוצמתית במיוחד ולכן גם אטקרקטיבית: משהוכח שוחד¹⁶² – בין בפועל ובין בכוח, בהבטחה לתיתו – כל יתר רכיבי העילה

¹⁵⁸ עניין מאיר, לעיל ה"ש 59, בעמ' 398. ראו גם עניין אבנון, לעיל ה"ש 2, פס' 15 לפסק דינה של השופטת ברון. המובאה בטקסט היא תרגומו של השופט ברנזון לדברי השופט סלייד בעניין *Industries and General Mortgage*, שם בעמ' 578 (אם כי השופט סלייד שם אמר *corruptly* – בשחיתות – ולא "במרמה"). קודם לכן, בעניין מאיר בעמ' 397, מובא בהסכמה ובהרחבה תרגום לדברים דומים מתוך פסק דין *Hovenden*:

If a bribe be once established to the court's satisfaction, then certain rules apply. Among them the following are now established, and, in my opinion, rightly established, in the interests of morality with the view of discouraging the practice of bribery. First, the court will not inquire into the donor's motive in giving the bribe, nor allow evidence to be gone into as to the motive. Secondly, the court will presume in favour of the principal and as against the briber and the agent bribed, that the agent was influenced by the bribe; and this presumption is irrebuttable. Thirdly, if the agent be a confidential buyer of goods for his principal from the briber, the court will assume as against the briber that the true price of the goods as between him and the purchaser must be taken to be less than the price paid to, or charged by, the vendor by, at any rate, the amount or value of the bribe. If the purchaser alleges loss or damage beyond this, he must prove it. As to the above assumption, we need not determine now whether it could in any case be rebutted.

¹⁵⁹ עניין מאיר, לעיל ה"ש 59, בעמ' 399. היבט זה של מוחלטות החזקות ביחס לעילה הנזיקית וכן כלל נוסף, כי השולח יכול לתבוע הן את השלוח המשוחד הן את המשחד ולגבות משניהם, הביאו את השופט קיסטר, בדעת מיעוט, להתנגד לאימוץ הכללים האלה. שם, בעמ' 404-407. זאת, מכיוון שהוא מצא בהם יסוד עונשי – יסוד שהוא התנגד לו בכל מאודו. בנפרד מסוגיית הפיצויים העונשיים, שבאותה עת לא הוכרו בדין הישראלי, נדמה, עם כל הכבוד, שהשופט קיסטר תעה בערפל האופף את הסוגייה הכללית של תביעת שלמוני שוחד, הנידון בטקסט להלן. כלומר, מנקודת מבט נזיקית יש טעם רב בהתנגדותו העקרונית לגבייה כפולה משני מעוולים במשותף, המשחד והמשוחד. לעומת זאת, מן הזווית של דיני אמונאות אין קושי דוקטרינרי ואף יש טעם מדיניות חזק במהלך כזה, שכן הן האמונאי המפר הן הצד הזר שגרם או סייע להפרת חובת אמון חבים חשבון כלפי הנהנה, ובנסיבות מסויימות אפשר לגבות משניהם גם בכפל גבייה.

¹⁶⁰ שם, בעמ' 397. בציטוט נוסף שהביא השופט ברנזון מפרשת *Hovenden*, לעיל ה"ש 157, בעמ' 850, אמר השופט ווהן ווליאמס בגילוי לב: "I used to think that the action against the briber was an action of fraud sounding in damages; but the judges in *Salford Corp'n v Lever* did not hold out much encouragement to me in that view."

¹⁶¹ עניין מאיר, לעיל ה"ש 59, בעמ' 400.

¹⁶² לא למותר לעמוד בנקודה זו על ההגדרות לשוחד הרווחות בפסיקה. ראו פסק דין *Novoship (UK) Limited v. Mikhaylyuk* [2012] EWHC 3586 (Comm) (U.K.) at [104]-[106]: המסכם פסיקה קודמת:

104. In *Industries and General Mortgage Co Ltd v Lewis* [1949] 2 All ER 573 Slade J defined a bribe as follows (at page 575):

נקבעים מאליהם מכוח הדין, ולכאורה לא נותר אלא לפנות להליכי גבייה. יתכן שהיבט זה תרם לכך שבעשורים האחרונים ובמיוחד במאה הנוכחית התרבתה באנגליה הפסיקה בתחום. ואולם, לאמיתו של דבר, הגם שאין עוררין על קיומה של עילה נזיקת במקרי שוחד, שאלה הם קווי המתאר שלה, טיבה המדויק של העילה מוקשה בדין האנגלי, והוא מוקשה כפליים בדין הישראלי. נעמוד על הדברים כסדרם.

תביעות שוחד מוכרות בדין האנגלי מכבר. בעבר הרחוק הן נידונו בבתי המשפט של היושר, שהתמחו בענייני נאמנות ויחסי אמונות נוספים. כך, עניין *Fawcett v. Whitehouse* משנת 1829 עסק בשותף, שניהל משא ומתן בשם שותפות בת שלושה שותפים וקיבל מן הצד השני לעסקה סכום נכבד, שהוצג כהלואה ללא מועד פירעון ברור.¹⁶³ הלורד צ'נסלור נענה לתביעת החשבון וקבע כמעט מניה וביה, כי הלה מחזיק שני שלישים מן הסכום בנאמנות עבור שותפיו, תוך שהוא מציין שאין חשיבות להעדרו של נזק לשותפות ונקודות נוספות שהן בגדר פשיטא בדיני אמונות אז ועתה. אלא שקו הפסיקה הזה דעך (עד שהתחדש במאה העשרים), ובשלהי המאה התשע עשרה החלו להופיע תביעות שוחד בבתי המשפט של הדין, הן נגד משוחדים הן נגד משחדים, במערכות יחסים עסקיות שבהן פעלו דירקטורים, סוכנים מסחריים וכדומה.¹⁶⁴ אז הופיעו שתי העילות שבדין הנזכרות לעיל – תביעת פיצויים בנזיקין ותביעת כסף ששולם והתקבל. גם לאחר שהסמכויות של בתי המשפט של הדין והיושר אוחדו בשנים 1873-1875 נותרה בעינה ההבחנה המהותית, העומדת בתוקפה עד עצם היום הזה, בין גופי הדינים שהעילות השונות משתייכות אליהם. דא עקא, שבעוד שתביעת חשבון מתאימה לתרחישי שוחד ככפפה ליד, שתי העילות שבדין, ובמיוחד העילה הנזיקית, התאימו כאוכף לפרה והצריכו התייחסות מיוחדת.

'For the purposes of the civil law a bribe means the payment of a secret commission, which only means (i) that the person making the payment makes it to the agent of the other person with whom he is dealing; (ii) that he makes it to that person knowing that that person is acting as the agent of the other person with whom he is dealing; and (iii) that he fails to disclose to the other person with whom he is dealing that he has made that payment to the person whom he knows to be the other person's agent.'

105. A bribe was defined even more succinctly by Leggatt J, as he then was, in *Anangel Atlas Compania Naviera SA v Ishikawajima-Harima Heavy Industries* [1990] 1 Lloyd's Rep 167 at 171, as:

'A commission or other inducement which is given by a third party to an agent as such, and which is secret from his principal.'

106. The essential character of a bribe is, thus, that it is a secret payment or inducement that gives rise to a realistic prospect of a conflict between the agent's personal interest and that of his principal. ...

¹⁶³ *Fawcett v. Whitehouse* 39 E.R. 51 (1829). שוב סדנא דארעא חד הוא. השו"ע פ"ט 1188/20 **מדינת ישראל נ' נניקשוילי** (6.1.2022), שעסק בין היתר בהרשעה במתן שוחד בגין מתן הלואה בלא פירעון לשר המנוח בן-אליעזר. ראו לעיל טקסט סמוך לה"ש 22 ואילך.

¹⁶⁴ ראו, למשל, פסקי הדין המאוזכרים לעיל בה"ש 157. *Mahesan v. Malaysia Government Officers' Co-operative Housing Society Ltd* [1977] UKPC 21, [1979] AC 374 (PC) (hereinafter: *Mahesan*); Derek Whayman, *Liability for Bribes and Secret Commissions at Common Law: Obsolete, Unnecessary and Probably a Fusion Fallacy*, 2 CONVEYANCER AND PROPERTY LAWYER 184 (2022).

שנים ספורות לאחר שנפסקה אצלנו הלכת מאיר, פסקה מועצת המלכה בעניין *Mahesan*

v. Malaysia.¹⁶⁵ שם שילם פלוני שוחד לדירקטור של אגודת דיור שפעל כנציג שלה כדי שהלה יגרום לאגודה לרכוש ממנו קרקע במחיר מנופח מעל מחיר השוק ולא יגלה את הדבר לאגודה. אותו פלוני נעלם, והאגודה תבעה את הנציג לא רק בגין שלמוני השוחד אלא גם בגין הנזק שנגרם לה עקב פער המחירים. לורד דיפלוק ניצל את ההזדמנות לעריכת סקירה בקורתית של הפסיקה עד אותה עת, אשר מצד אחד הניבה סיכום מתוכלל של הדין הנוהג, המקובל כיום כהלכה המנחה ביחס לתביעות בעילות שבדין בענייני שוחד (בכפוף להסתייגות שתידון להלן), ומצד שני חשפה בלא כחל וסרק את חולשותיה של ההלכה מבחינת היסודות המשפטיים שעליהם היא נשענת. מבחינה פוזיטיבית נקבע כי

both as against the briber and the agent bribed the principal has these alternative remedies: (1) for money had and received under which he can recover the amount of the bribe as money had and received or, (2) for damages for fraud, under which he can recover the amount of the actual loss sustained in consequence of his entering into the transaction in respect of which the bribe was given, but he cannot recover both.¹⁶⁶

חבותם של המשוחד והמשחד היא ביחד ולחוד, ובתביעה נזיקית יש חזקה שהנזק הוא לפחות בשיעור השוחד, אם כי לא ברור (עדיין) אם החזקה הזו חלוטה אם לאו.¹⁶⁷ לצד הזכות לתבוע כספים עומדת לשולח או לחברה גם זכות לבטל את החוזה הנגוע בשוחד.¹⁶⁸ דין זה תואם אפוא בעיקרו את ההלכה שנפסקה בפרשת מאיר בגזרה הנזיקית.

באשר לבסיס המושגי של העילה הנזיקית לורד דיפלוק עמד תחילה על כך ששורשיה מצויים בעוולה של מרמה קונסטרוקטיבית בדיני היושר (constructive fraud).¹⁶⁹ זו נקודה חשובה, שכן עילת המרמה (fraud) שמקורה ביושר שונה מעוולת התרמית (deceit) שבדיני הנזיקין – כלומר, בדין. כידוע, אחריות בתרמית מחייבת, בתמצית, הצגה של מצג שווא בידעה שאינו נכון, הטעייה בפועל (כלומר, הסתמכות) ונזק ממון שנגרם כתוצאה מכך.¹⁷⁰ לעומתה, המרמה שביושר רחבה יותר, והיא מודרכת על ידי התובנה הנכונה כי "fraud is infinite".¹⁷¹

¹⁶⁵ *Mahesan*, שם.

¹⁶⁶ שם, בעמ' 383. בנסיבות פרשת *Mahesan* עלה הנזק מחמת פערי המחירים כמעט ארבעה מונים על סכום השוחד, כך שהבחירה הייתה קלה מבחינת האגודה.

¹⁶⁷ ראו *Mahesan*, לעיל ה"ש 164, בעמ' 381, בעקבות עניין *Salford*, לעיל ה"ש 157; *Daraydan*, לעיל ה"ש 66, פס' 54.

¹⁶⁸ *Mahesan*, לעיל ה"ש 164, בעמ' 380-381. ראו גם *Honeywell International Middle East Ltd v. Meydan* Group Llc [2014] EWHC 1344 (TCC), שבו הובהר כי זכות הביטול אינה נפגעת מכך שההסכמה על השוחד היא חוזה בלתי חוקי. לדיון ראו פרידמן ושמירא בר-אור, עשיית עושר, לעיל ה"ש 7, עמ' 646.

¹⁶⁹ שם, בעמ' 380.

¹⁷⁰ יסודות אלה מעוגנים אצלנו בסעיף 56 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], שהוא קודיפיקציה של הלכת *Derry v. Peek* (1889) 14 App Cas 337 (HL).

¹⁷¹ בספרות ובפסיקה מקובל לאשש נקודה זו בציטוט:

בחלקה היא חופפת אפוא את התרמית, כך שאחריות במרמה בדיני היושר תצמח בנסיבות שבהן תתקיים אחריות בתרמית. בנוסף לכך, דיני היושר מתמודדים עם צורות נוספות של התנהגות נכלולית שאינה עולה לכדי תרמית מלאה באמצעות הדוקטרינה של מרמה קונסטרוקטיבית, אשר חלה בנסיבות שהיושר תופס כלא-לגיטימיות.¹⁷² כך, בין היתר, ניתן לדבר על מרמה במובנה הרחב, הרופף, ביחס לאמונאי שפעל בניגוד עניינים הגם שבתום לב או שלא קיים את חובת הגילוי המלא מבלי להציג מצג כלשהו או בלי כוונה להטעות.¹⁷³

חרף ההדרכה בהלכת *Mahesan*, בתי המשפט באנגליה הדנים בתביעות שוחד אינם מקפידים על ההבחנה בין מרמה לתרמית בקשר לעילה הנזיקית. כך, בעניין *Petrotrade Inc v. Smith* דבק בית המשפט בניסוח של הלכת *Mahesan* באומרו כי “the claim based on bribery is not a species of deceit but a special form of fraud where there is no representation made to the principal of the agent let alone reliance”¹⁷⁴. לעומת זאת, בכמה פסקי דין, רובם מהעת האחרונה, נקטו בתי המשפט את המונח *deceit*, והיו שנקטו את שניהם יחדיו.¹⁷⁵

Fraud is infinite, and were a court of equity once to lay down rules, how far they would go, and no farther, in extending their relief against it, or to define strictly the species or evidence of it, the jurisdiction would be cramped, and perpetually eluded by new schemes, which the fertility of man's invention would contrive.

הדברים מופיעים במכתב מאת לורד הרדוויק, שכהן כלורד צ'נסלור לפני זמן מה (1737-1756), אל לורד קיימס, מחבר ומשפטן סקוטי. המובאה שלעיל, המופיעה במקורות רבים, לקוחה מתוך Chee Ho Tham, *Equitable Fraud and Double Liability of a Debtor Following Notice of Equitable Assignment of the Debt*, 13 J. EQUITY 237, 238 (2019).

¹⁷² ראו SNELL'S EQUITY (John McGhee *et al.*, eds. 33rd edn, 2015) at para. 8-002.

In equity ... the term 'fraud' has seemingly been extended beyond actual fraud to include, by a fiction, conduct that involves no deceit or dishonesty on A's part. ... The term 'constructive fraud' is used to differentiate conduct falling within that broader definition from 'actual fraud' that also amounts to deceit at common law. The adverb 'constructive' is a euphemism and it reveals the fiction inherent in extending a concept such as fraud, which has a well-settled meaning, to situations that are clearly beyond the reach of that well-settled meaning.

¹⁷³ ראו Nocton v. Lord Ashburton [1914] AC 932, 954 (HL) (Viscount Haldane LC), שבו עמד בית הלורדים על ההבדל בין מרמה קונסטרוקטיבית לבין יסודות התרמית לפי הלכת *Derry*:

[W]hen fraud is referred to in the wider sense in which the books are full of the expression, used in Chancery in describing cases which were within its exclusive jurisdiction, it is a mistake to suppose that an actual intention to cheat must always be proved. ... It was thus that the expression “constructive fraud” came into existence. The trustee who purchases the trust estate, the solicitor who makes a bargain with his client that cannot stand, have all for several centuries run the risk of the word fraudulent being applied to them. What it really means in this connection is, not moral fraud in the ordinary sense, but breach of the sort of obligation which is enforced by a Court that from the beginning regarded itself as a Court of conscience.

¹⁷⁴ *Petrotrade Inc v. Smith* [2000] 1 Lloyd's Rep. 486, 490 (U.K.). לדיון בפסק הדין ראו Charles Mitchell, *Civil Liability for Bribery*, 117 L.Q. REV. 207 (2001); K. R. Handley, *Civil Liability for Bribery* (No. 2), 117 L.Q. REV. 536 (2001); Julius A.W. Grower, *The Tort of Bribery Bares its Teeth*, 138 L.Q. REV. 15, 17-18 (2022).

¹⁷⁵ לשימוש ב-fraud ראו *National Grid*, לעיל ה"ש 94, פס' 56; *Kensington International Ltd v. Republic of Congo* [2007] EWCA Civ 1128, at [61]; *Anangel Atlas Compania Naviera SA v. Ishikawajjma-Harima Wood v Commercial First Business Ltd* [2021] EWCA Civ 471, at [100] (hereinafter *Wood*); *Libyan Investment Authority v*

יתר על כן, הגם שבעניין *Mahesan* נאמר שתביעה בגין שוחד עשויה להניב סעד בטענת כסף ששולם והתקבל או בטענת מרמה, בפסיקה באנגליה שוררת כיום אי בהירות בשאלה אם שוחד הוא עוולה נזיקית בפני עצמה או שזהו רק כינוי למקבץ של עוולות במשפט המקובל ובכללן העוולה של מרמה (או תרמית) וכן קשר להזיק שלא כדין (conspiracy to injure by unlawful means).¹⁷⁶

לצד העניין העיוני בערפל המשפטי התמוה הזה, יש בו גם עניין ונפקות לדין הישראלי, כפי שראינו בעניין **אבנון**. נשוב אפוא לעניין *Mahesan*. שם, כאמור, עמד לורד דיפלוק על כך שתביעות השוחד "נעלמו" מהפסיקה בדיני היושר ואז "צצו" במשפט המקובל בשלהי המאה התשע עשרה, מבלי שהבסיס הדוקטרינרי הכפול שלהן הובהר כל צורכו. למבוכה הזאת ניתן ביטוי כבר בעניין *Hovenden*, והשופט ברנזון אכן עמד עליה בעניין **מאיר**.¹⁷⁷ כפי שראינו לעיל, משהוכח שוחד, כל יתר רכיבי העילה מוחזקים מכוח הדין, בחלקם אף בחזקות חלוטות, כך שבפועל נוצרת חזקת אחריות בעוולה.¹⁷⁸ בכך יש אמנם יתרון מעשי ניכר, אלא שכפי שהראה לורד דיפלוק, הדבר מרוקן את העוולה מכל יסוד משפטי מהותי, וכאשר מדובר בתביעת נזק מעבר לסכום השוחד נוצר שעטנו משפטי.¹⁷⁹ מייד בסמוך לכך הוא קבע, כי גם את העילה של כסף

J.P. Morgan Markets Ltd (Rev 1) [2019] EWHC 1452 (Comm), at [125] (hereinafter *Libyan Investment Authority*); *Armagas Ltd v. Mundogas SA (The Ocean Frost)* [1985] 3 W.L.R. 640, 675 (Dunn LJ) בעניין *Daraydan*, לעיל ה"ש 66, הנחשב להלכה מנחה בסוגיית השוחד, נאמר בפס' 54 "fraud or deceit". בתי המשפט בשתי הערכאות בעניין *FM Capital Partners Ltd v. FM Capital Partners Ltd* (ה"פ 125) (2018) EWHC 2905 (Comm), [592]; *Marino v. FM Capital Partners Ltd* [2020] EWCA Civ 245, [18] (להלן: עניין *FM Capital CA*). גם מחברים בני סמכא נקטו בהקשר זה בלי התייחסות מיוחדת. ראו *BURROWS*, לעיל ה"ש 45, בעמ' 684; PETER BIRKS, AN INTRODUCTION TO THE LAW OF RESTITUTION 337 (1985).

¹⁷⁶ השו *Wood*, שם, פס' 83 (a distinction] between the receipt of a bribe or secret commission as a breach of fiduciary duty and the payment and receipt of a bribe or secret commission as an actionable "wrong in its own right") לעומת עניין *National Grid*, לעיל ה"ש 94, פס' 17 (fraud (bribery) ... is a label applied to various claims which may be brought at common law or in equity." לנוסח מלא של המובאה ראו ה"ש 94 לעיל. והיו שאחזו בזה וגם מזה לא הניחו ידם. ראו *Libyan Investment Authority*, לעיל ה"ש 175, פס' 125 (In [Mahesan] the existence of the tort of fraud/bribery and the basis for a claim of monies had) and received was identified". הנקודה נטענה אך לא הוכרעה בעניין *FM Capital Partners Ltd v. Marino* [2018] EWHC 1768 (Comm), [90]. לעומת זאת, הנקודה נידונה לאחרונה בסקוטלנד, ונקבע כי מדובר בעוולה עצמאית לנוכח סברה כי זה המצב באנגליה. ראו *Oil States Industries (UK) Ltd v. 'S' Ltd* [2022] CSOH 52, [22] ("In summary, I find that bribery is a free-standing cause of action, distinct from any cause of action arising out of fraud") (Hereinafter: *Oil States*). בספרות הביע ג'וליוס גראוור תמיכה בגישה זו. *Grower*, לעיל ה"ש 174, בעמ' 18.

¹⁷⁷ ראו *Mahesan*, לעיל ה"ש 164, בעמ' 382-383; וראו לעיל טקסט לה"ש 160.

¹⁷⁸ ראו *Re A Debtor* [1927] 2 Ch 367, 376 (Scrutton LJ) ("the court ought to presume fraud in such circumstances").

¹⁷⁹ ראו *Mahesan*, לעיל ה"ש 164, בעמ' 383 (הדגשה במקור):

These rules refer to three of the elements in the tort of fraud, the motive, the inducement, and the loss occasioned to the plaintiff, but go on to say that the existence of the first two elements and of the third up to the amount of the bribe are to be irrebuttably presumed. This is merely another way of saying that they form no part of the definition of bribery as a legal wrong. ... unlike in the tort of fraud, actual loss or damage is *not* the gist of the action. But then to go on to say that actual loss in excess of the amount of the bribe can be recovered only if it is

ששולם והתקבל יש לקבל כעניין נתון חרף הקשיים שבה, בחזקת "עת לעשות לה' הפרו תורתך".¹⁸⁰ הסיבות שחוללו את הסבך המשפטי המתואר נותרו לוטות בערפל עד לאחרונה.¹⁸¹

ומה בישראל? המנגנונים המשפטיים שהתפתחו בדין האנגלי ביחס לאחריות בנזיקין של משחד ומשחד מעוררים לכאורה קושי נוסף בדין הישראלי, שכן אין להם עיגון בפקודת הנזיקין. בפרט, אין בפקודה עוולה של שוחד, ככל שזו קיימת בדין האנגלי, וגם אין בה עוולה של מרמה שבושר או של קשירת קשר להזיק שלא כדין. ניכר שהשופט ברנזון בעניין **מאיר** היה מודע לקושי הזה, לנוכח העובדה שציין כאפשרות טנטטיבית להיתלות בעוולה של גרם הפרת חוזה, בין המשחד לשולח במשמע.¹⁸² הפרופוזיציה הזו התקבלה על דעתו בית המשפט קמא באותה פרשה, אשר הסביר כיצד אפשר לדחוק את ההתנהגות הפסולה לדלי"ת אמות העילה.¹⁸³ פרידמן הציע בנוסף לכך להכיר בעוולה של מרמה וכן בעוולה של גרם הפרת חובת אמן.¹⁸⁴ שתי החלופות האלה כרוכות בקושי הכללי של הכרה שיפוטית יצירתית בעוולות פרטיקולריות שאינן מנויות בפקודת הנזיקין.¹⁸⁵ ככל שמתגברים על הקושי הזה – ונראה שראוי לעיין בדבר מחדש ובחשוב –

proved, is to produce a hybrid form of legal wrong of which actual damage is the gist of part only of a single cause of action.

¹⁸⁰ ראו שם, שם: "This extension to the briber of liability to account to the principal for the amount of the bribe as money had and received, whatever conceptual difficulties it may raise, is now and was by 1956 too well established in English law to be questioned."

¹⁸¹ דרך וויימן הציע לאחרונה הסבר יפה לתעלומה. לדעתו, מדובר בתקלה משפטית מהסוג המכונה "פרכת ההיתוך" (fusion fallacy), שעיקרה עירוב מין בשאינו מין – דהיינו, החלת כללים מהותיים מהיושר ביחס לסוגיות שבדין או להיפך. תביעות בענייני שוחד היו בסמכותו של הצינסי, שכן הן עסקו באמונאים שסרחו. בעת שהצינסי היה ידוע לשמצה בעומס התיקים הכבד שששרר בו במאה התשע עשרה, חיפשו עורכי דין בעלי תושיה דרכים להביא תביעות כאלה לבתי המשפט של הדין. לשם כך הם ניצלו כללים דינאמיים הדומים לכללי הסמכות שבגרר. מאז סמכויות בתי המשפט אוחדו, הכללים הדינאמיים בטלו, אלא שהתורה נשתכחה כנראה, וכך נעשו תביעות השוחד מעוגנות גם בעילות שבדין, רעועות מעט אמנם. ראו Whayman, לעיל ה"ש 164. על פרכת ההיתוך ראו עוד ראו ליכט, **דיני אמונאות**, לעיל ה"ש 80, בעמ' 426.

¹⁸² ראו עניין **מאיר**, לעיל ה"ש 59, בעמ' 399.

¹⁸³ ראו ת"א (ת"א) 4274/66 **הנהלת הסוכנות היהודית בארץ ישראל נ' מאירי**, פ"מ ע" 172, 182-183, שם תהא השופט חייש "ועילת הנזיקין מה שרשה?" וקיבל את טענת התובעת בדבר העילה של גרם הפרת חוזה. לפרופוזיציה הזו יש תימוכין בספרות. ראו Birks, לעיל ה"ש 175, בעמ' 337-338, Burrows, לעיל ה"ש 45, בעמ' 684.

¹⁸⁴ ראו פרידמן ושפירא בר-אור, **עשיית עושר**, לעיל ה"ש 7, עמ' 669. בהערת אגב קצרה בע"א 141/80 **גפני נ' מאירוב**, פ"ד לה(3) 813, 826 (1981) קישרה השופטת בן פורת בין תשלום שוחד לרמאות, אך נראה שאין די בה כדי לבסס הכרה בעוולה של מרמה: "אינני סבורה, בכל הכבוד, שתשלום שוחד לשלוח, כדי שימעל בשליחותו ... לא היה פוגע בחוקיותו של ההסכם. אדרבה, זו רמאות כלפי השולח, היינו, הצד השני לחוזה, ודי בה ברמאות זו, כדי שלא תצמח לקונה שום עילת תביעה נגד המוכר המרומה על-פי אותו חוזה, ואם בוצע החוזה, כולו או בחלקו, לפני שגילה השולח דבר הרמאות, יש לו גם עילה לפיצויים".

¹⁸⁵ הגישה הרווחת גורסת שאין בסיס לכך. ראו ע"א 153/54 **וידר נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד י 1246, 1249 (1956) (השופט גויטיין) ("פקודת הנזיקים באה, לפי כותרתה, להגדיר ולתקן את החוק בקשר לנזיקין. מאז נכנסה הפקודה לתקפה בשנת 1947 על הנפגע למצוא את תרופתו – אם ישנה כזו – בתוך ד' אמותיה של הפקודה"); ע"א 732/80 **ארנס נ' בית אל - זכרון יעקב**, פ"ד לח(2) 645, 654 (1984) (הנשיא שמגר) ("בידוע הוא, כי רשימת העוולות בפקודת הנזיקין [נוסח חדש] הינה רשימה סגורה"); בג"ץ 5239/11 **אבנרי נ' כנסת ישראל** (15.4.2015), פס" 25 (השופט עמית) ("ככלל, רשימת העוולות בדיני הנזיקין נחשבת לרשימה סגורה, כאשר חיקוקים שונים יוצרים עוולות חדשות"). לדיון ראו מישאל חשין "דין נזיקין ודין אבות נזיקין במשפט הישראלי" **משפטים** א 346 (1968); אסף יעקב "שתלטנות הרשלנות" **משפטים** מז 227 (2018). הטעם בהכרה בעוולה פרטיקולרית חדשה מתחבר כאשר עוולות המסגרת אינן מספקות מענה הולם. כך הדבר, כמדומה, ביחס לשוחד לנוכח החזקות הייחודיות שמקורן בהלכה פסוקה.

אפשר וכנראה עדיף יהיה להכיר בעוולה של שוחד, על חזקותיה הייחודיות, אשר תתמקד בהתנהגות הפסולה המסויימת הזאת.¹⁸⁶

בנוסף להצעות הנזכרות, הכרוכות בפיתוח משפטי ניכר, יש מקום לשקול גם חלופות מתונות יותר. במיוחד נראה אפשרי לדחוק אחריות בגין שוחד – הן קבלה הן נתינה או הצעה – לתוך התבנית של עילת התרמית. בשלב זה אין צריך לומר, שכמעט לעולם אי אפשר יהיה להוכיח את יסודות האחריות בתרמית בנסיבות קונקרטיות של פרשיית שוחד, אלא שבכך לא יהיה צורך לנוכח החזקות העוצמתיות שהפסיקה אימצה ביחס אליהם, כמפורט לעיל. כשם שהאחריות הנזיקית במרמה בתרחישי שוחד נקבעת על ידי חזקות, והעילה עצמה היא רק קולב חלול למדי להתלות בו, כך אפשר להתלות בקולב של עילת התרמית. כפי שראינו, לבס של בתי משפט באנגליה גס לא פעם בהבחנה בין מרמה לתרמית בתביעות שוחד, ובתי המשפט בישראל אינם איסטיניסים יותר מהם.

בנוסף לאחריות בתרמית, יש יסוד להטלת אחריות בנזיקין בתרחישי שוחד גם על בסיס עוולות המסגרת בצירוף החזקות הנזכרות, אשר מאיינות את יסודות האחריות המהותיים. ככל שמדובר בשוחד לעובדי ציבור, אפשר להטיל אחריות בגרם הפרה חקוקה לנוכח האיסורים שבחוק העונשין.¹⁸⁷ המנגנון הכללי ביותר, שעשוי לתפוס במצודתו שוחד בתרחישי שוחד ציבוריים ופרטיים כאחד, יכול להתבסס על אחריות להיזק ביוזעין במסגרת עוולת הרשלנות במתכונת שנילי כהן כינתה "רשלנות זדונית".¹⁸⁸ דגם זה של אחריות תופס ברשתו, כמדומה, גם את העוולה של קשר להיזק שלא כדין.¹⁸⁹

יהא אשר יהא הבסיס להטלת אחריות בנזיקין בקשר לשוחד, בתביעות קונקרטיות יהיה צורך להדרש לקיומו של נזק, כאשר אחד הצדדים יבקש לסתור את החזקה הלא-חלוטה ביחס אליו. התרחיש שהפסיקה נדרשה אליו – למשל, בפרשת *Mahesan* – נוגע למצב שבו נזקו של התובע עולה על סכום השוחד.¹⁹⁰ בכך אין קושי. אלא שגם המשוחד-הנתבע עשוי לעורר את הנקודה בטענה כי לנהנה-התובע לא נגרם כל נזק ממנוי עקב השוחד. גוף הפסיקה הניכר בדן האנגלי עוסק רובו ככולו בתרחישים עסקיים של שוחד למנהל, שלוח או שותף. בנסיבות כאלה יש לפחות זיז לתלות בו את החזקה המעושה, שאלמלא השוחד היה הנהנה מוכר או קונה את הנכס או השירות במחיר טוב יותר כשיעור שלמוני השוחד. את החזקה הזאת אפשר להחיל גם על עובדי

¹⁸⁶ הכרה בעוולה של מרמה כרוכה בשאלות מערכתיות כבדות החורגות מן המסגרת הנוכחית. לעומתה, הכרה בעוולה של גרם הפרת חובת אמון מיותרת. דיני האמונאות מציעים כבר כיום כלים עדיפים להטלת אחריות על הגורם או המסייע להפרת חובת אמון. ככל שתוכר אי פעם עוולה נזיקית כללית של גרם הפרת חיוב, כפי שהוצע בעבר במסגרת פרויקט הקודקס האזרחי, לא תהיה גם בה רבותא לעניין הנוכחי והיא עלולה רק להתעות. ראו ליכט, **דיני אמונאות**, לעיל ה"ש 80, בעמ' 426; וראו כללית את הפרק העוסק בכך, שם.

¹⁸⁷ ראו סעיפים 290-295 לחוק העונשין, תשל"ז-1977.

¹⁸⁸ ראו, בהתאמה, ע"א 593/81 **מפעלי רכב אשדוד בע"מ נ' ציזיק ז"ל**, פ"ד מא (3) 169 (1987); נילי כהן "נזקי שביתה, הרשלנות הזדונית, הנזק הכלכלי וגרם הפרת חוזה" **עיוני משפט** יד 173 (1989).

¹⁸⁹ ראו *Kuwait Oil Tanker SAK v. Al Bader* [2000] 2 All ER 271 (Comm), at [108] ("A conspiracy to injure by unlawful means is actionable where the claimant proves that he has suffered loss or damage as a result of unlawful action taken pursuant to a combination or agreement between the defendant and another person or persons to injure him by unlawful means, whether or not it is the predominant purpose of the defendant to do so.") ראו גם *HMRC v. Total Network* [2008] UKHL 19, at [213].

¹⁹⁰ ראו לעיל ה"ש 166.

ציבור שקיבלו שוחד בקשר לפעילות ציבורית בעלת צביון מסחרי, כפי שהיה בפרשת מאיר או בפרשת Carter האמריקאית, שעסקו בבמשוא פנים בהענקת חוזים ציבוריים.

ואולם, החזקה בדבר נזק-כשיעור-פער-מחיר-כשיעור-השוחד קורסת, כאשר אין ולא יכול להיות מחיר לפעולה שעליה מבקש המשחד להשפיע (ומוחזק לחלוטין כמשפיע) באמצעות השוחד. כפי שראינו לעיל בדיון בעילה האמונאית, הפסיקה באנגליה עמדה על כך שאין יסוד לעילה מהמשפט המקובל, כאשר מדובר בעובד ציבור המפעיל סמכויות שיטור ופיקוח כגון בפרשת *Goddard*¹⁹¹. אם נקדים מעט את המאוחר ונזכיר את פרשת יזיד, שתידון להלן, הרי ששם דובר במתן היתרי כניסה ושהייה בישראל לפלסטינים תושבי יהודה ושומרון. זאת, בדומה לפרשת *King*, שעסקה במתן אשרות כניסה לארצות הברית, או לפרשת *Lo*, שעסקה במתן רישיונות נהיגה למי שלא למדו לנהוג. כך גם אם נניח שינוי קל בנסיבות של פרשת אבנון, שבגדרו עבודות החציבה האסורות שבוצעו בחסות השוחד פגעו בסלע קיומנו, כגון באתר ארכיאולוגי מימי בית שני או בשמורת טבע. קשה להעלות על הדעת בית משפט ישראלי שיניח כי סמכויות שלטוניות מעין אלה עומדות למכירה אפילו רעיונית.¹⁹² נמצא, נזק יש, אך הוא אינו ממוני או בר-כימות כך שניתן להשוותו לשלמוני השוחד, והתביעה בנזיקין לסכום זה תסולק על הסף. עם זאת, יתכן שבתרחיש כזה יהיה מקום לפסיקה של פיצויים עונשיים במסגרת תביעה בנזיקין. בכך אין כדי להביע תמיכה בפסיקת פיצויים עונשיים באופן כללי, שלעניות דעתי, יש מקום להוסיף ולעין בה; ואולם, כיוון שהאפשרות לעשות זאת מוכרת כיום בדיון הנוהג, הרי שתרחיש הולם במיוחד לפסיקתם הוא זה של קבלת שוחד.¹⁹³

לסיום חלק זה, נשאל האם יכול להיות בצע בעילה הנזיקית – בגרסה "מחוזקת" בחזקות מכל עבר – לעומת העילה האמונאית. עקרונית, בתחום התחולה החופף של שתי העילות אין ספק שיש עדיפות לעילה האמונאית מן הטעמים שנמנו לעיל.¹⁹⁴ ובכל זאת יש טעם לטעון לחלופין גם לעילה הנזיקית לנוכח פשטותה הרבה, במיוחד ככל שהתובע מעריך שבית המשפט עלול להתקשות במישור דיני האמונאות – חשש שאין לבטלו כלאחר יד.

מעבר לכך, הרי שכעניין הגדרתי יהיה לעילה הנזיקית יתרון מוחלט מחוץ לתחום התחולה של דיני האמונאות – כלומר, כאשר המשוחד אינו אמונאי. אלא שאז מתעוררת השאלה אם יש בכלל בנמצא תחום כזה – כלומר, האם איסור השוחד יכול לחול על מי שאינו אמונאי.

¹⁹¹ ראו לעיל טקסט לה"ש 39 ואילך ולה"ש 66 ואילך.

¹⁹² השופט מציא בעניין יזיד זיהתה את המעקש הזה ועקפה אותו. ראו להלן טקסט לה"ש 209 ואילך. למעשה, בית המשפט העליון נקט עמדה עקרונית נחרצת בהקשר זה, ולפיה סמכויות שלטוניות מובהקות כגון הפעלת בית סוהר אינן יכולות להיות מושא למקח וממכר על בסיס מסחרי. ראו בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר**, פ"ד סג(2) 545 (2009); ראו גם ראו דניאל פרידמן ונילי כהן, **חוזים** כרך א 115 (מהדורה שנייה, 2018) ("במקום שמדובר בהפעלת כוח שלטוני (רישיון, דרכון וכו'), הרי התשלום או ההתחייבות לתשלום הניתנים עבורו, אינם בגדר דיני חוזים"). זאת, בנפרד מהעובדה שההסכם בנידון יהיה בטל מחמת אי חוקיות, כמובן.

¹⁹³ במסגרת תביעה בנזיקין נפתח כבר הפתח לפסיקת פיצויים עונשיים (או בכינוי מדויק יותר שהציע יהודה אדר – תשלומים עונשיים). ראו ע"א 2144/13 **עזבון מנטיין נ' הרשות הפלסטינאית** (16.9.2014); ע"א 71/18 **הרשות הפלסטינית נ' יורשי בן שלום** (10.3.2021). לדיון באפשרות לפסוק פיצויים עונשיים במסגרת דיני אמונאות בנסיבות של העדר נזק ראו ת"א (ת"א) 25839-01-19 **בן יהודה נ' ויטנר** (16.8.2021) (השופט כבוב); ראו גם עמיר ליכט "למען יראו ויראו – לקראת פיצויים עונשיים על הפרת חובת אמון?" **נקודה בסוף משפט** (17.10.2021), <https://amirlicht.wordpress.com/2021/10/17/216>; ראו, כללית, ליכט, **דיני אמונאות**, לעיל ה"ש 80, בעמ' 379-397.

¹⁹⁴ ראו לעיל טקסט לה"ש 76 ואילך. זאת, זולת האפשרות לתבוע פיצויים עונשיים, כיום רק בנזיקין.

מבחינה מושגית, עיונית ומעשית כאחד, תופעת השוחד מבוססת על הנעת המשוחד להשפיע על עניינו של אחר שלא בידעתו ובהסכמתו של הלה, בין באמצעות שימוש בסמכות שיש לו ביחס לעניינו של האחר או באמצעות ייעוץ לאותו אחר בנסיבות שבהן יש להניח שהייעוץ ניתן אך ורק לטובתו.¹⁹⁵ בנסיבות כאלה כמעט מן ההכרח למצוא יחסי אמונאות; ואכן, ההגדרות לשוחד אזרחי הרווחות בפסיקה מניחות באופן מובנה יחסים של שולח ושלוח, שהם קטגוריה מובהקת של יחסי אמונאות.¹⁹⁶ גם כאשר בתי המשפט התייחסו למתן עצה על ידי המשוחד הם התייחסו דרך שגרה לשולח ושלוח או לאמונאים אחרים.¹⁹⁷

על רקע זה נציין קו פסיקה שהתפתח באנגליה בשנים האחרונות, אשר מכיר בשחקנים במשפט הפרטי שחל עליהם איסור ניגוד עניינים אך בכל זאת הם אינם נחשבים אמונאים. קבוצה זו כוללת עדים מומחים, שניתן לראותם כמעין יועצים,¹⁹⁸ ואפילו שלוחים שאינם נחשבים אמונאים, וזאת חרף העובדה שמדובר בקטגוריה מוכרת של אמונאים.¹⁹⁹ כך, נפסק בעניין *Wood* שעל שלוחים כאלה תחול אחריות בגין שוחד הגם שאינם בהכרח אמונאים.²⁰⁰ במגבלות המסגרת הנוכחית נציין, כי עם כל הכבוד, קו הפסיקה הזה נראה רעוע ואין להסתמך עליו.²⁰¹ במישור

¹⁹⁵ לא כל היועצים הם אמונאים. זאת, אף אם הצד שהזמין את העצה נותן ביועץ אמון מוחלט ותלוי בעצה, כך שיש ליועץ כוח כלפי. ככלל, יועץ יהיה אמונאי אם הוא נופל לאחת הקטגוריות המוכרות של יחסי אמונאות, כגון יועץ משפטי, או שמתקיים לגביו המבחן המושגי הכללי של מי שהתחייב לפעול בשמו או למענו של אחר. ראו לעיל טקסט לה"ש 28 ואילך.

¹⁹⁶ ראו לעיל ה"ש 162.

¹⁹⁷ ראו, למשל, *UBS AG (London Branch) v. Kommunale Wasserwerke Leipzig GmbH* [2017] EWCA Civ 1567, at [112] ("The mischief which the principle is aimed at preventing is the secret deprivation of the principal of the disinterested advice which he is entitled to expect from his fiduciary. The principal thinks he is getting the loyal and disinterested advice of his fiduciary when in truth he is not.") (hereinafter: *UBS AG*); *Novoship (UK) Limited v. Mikhaylyuk* [2012] EWHC 3586 (Comm), at [109] ("It is sufficient if the agent is tainted by the bribery at the time of the transaction between the payer of the bribe and payee's principal. If that is so, the agent's conflict of interest means that the principal has been deprived by the other party to the transaction of the disinterested advice of his agent") ("An agent should not put himself in a position where his duty and interest may conflict, and if bribes are taken by an agent, the principal is deprived of the disinterested advice of the agent, to which the principal is entitled." (advice of the agent, to which the principal is entitled." *Panama and South Pacific Telegraph Co v. India Rubber, Gutta Percha, and Telegraph Works Co* (1875) LR 10 Ch App 515, 529 (Mellish LJ) ("The ordinary directors of such a company are entirely at the mercy of their engineer... On all these matters they must entirely depend on the skill and disinterested advice of their engineer.")) ("Thus, in Scots law, just as in English law, we see an underpinning of the rule against secret profits – including bribery – by the concepts of fiduciary duty").

¹⁹⁸ ראו *Secretariat Consulting PTE Ltd v. A Company* [2021] EWCA Civ 6 לעד – האם עד מומחה חב חובת אמון ללקוח? "נקודה בסוף משפט" (2.5.2021), <https://amirlicht.wordpress.com/2021/05/02/202>

¹⁹⁹ ראו *Wilson v. Hurstanger Ltd* [2007] EWCA Civ 299; *Medsted Associates Ltd v. Canaccord* [2017] EWHC 1815 (Comm); *Reader v. SPIE Ltd* [2021] EWHC 1221 (QB).

²⁰⁰ ראו *Wood*, לעיל ה"ש 175, פסי' 101-102 ("where an 'agent' providing advice, information or recommendations has received or been offered a bribe or secret commission, the question that the court should ask and focus on is: did the 'agent' owe a duty to be impartial and to give disinterested advice, (information or recommendations? If the answer is 'yes', the remedies discussed above are available.").

²⁰¹ *Robert Flannigan, Fiduciary Agency Denied*, [2021] J. BUS. L. ראו *Wood* על פסק דין *Wood* 50. ויודגש: להבחנה אפשרית בין שלוחים שיש להם שיקול דעת לבין כאלה שהם "טכניים" או "מיניסטריאליים"

המושגי העקרוני, אם חל על פלוני איסור ניגוד עניינים ביחסיו עם אלמוני, כך שעליו לשוות את אלמוני לנגדו תמיד ואין עוד מלבדו, הרי פלוני הוא אמונאי כהלכה.²⁰² כלומר, האיסור לפעול בניגוד עניינים נעשה חלול ובעיקר עקר אם לא צמודים אליו יתר חיובי הליבה של יחסי אמונאות. במישור קונקרטי יותר, בדין הישראלי מוטלת חובת אמון על שלוחים מכוח הוראת חוק בסעיף 8 לחוק השליחות, כך שהסוגיה אינה מתעוררת ביחס אליהם וביחס לשחקנים נוספים הנתונים למשטר חרות דומה. מכל מקום, אם יוכרו בדין הישראלי שחקנים שאינם אמונאים אך בכל זאת אסור להם לקבל שוחד, עמלה סמויה או טובת הנאה אחרת מצד שלישי בקשר למשרתם, הרי שתביעה אזרחית בקשר לשלמונים תוכל להתבסס על העילה הנזיקית.²⁰³

ה. "על חשבון" דיני עשיית עושר ולא במשפט

לאחר שעמדנו על הדרך שלא נבחרה בעניין **אבנון** להטלת אחריות, באמונאות, ועל הדרך שנזנחה, בנזיקין, נפנה כעת לדרך שבה הלך בית המשפט – בעשיית עושר. נעמוד תחילה על הנמקתו של בית המשפט העליון בפרשה, ונרחיב את יריעת הדיון לנוכח שני פסקי דין נוספים – פסק דין **יזיד** מאת השופטת מצא, שצעד בתלם שהבקיע בית המשפט העליון ביחס לעובד ציבור, ופסק דין **דה לנגה**, שבו דנה השופטת רונן במחלקה הכלכלית בתרחיש של שוחד אזרחי בחברה ציבורית. לאחר מכן נעמוד על שני יסודות של דיני עשיית עושר המשליכים על הסוגיה – ראשית, תחום התחולה של הדין, ושנית, היסוד של "על חשבון" כרכיב של האחריות בעשיית עושר. לבסוף נעסוק בחלופה של השבה בעשיית עושר מחמת "אין חוטא נשכר".

ה.1. הפסיקה

בדונה בטענה לעשיית עושר בעניין **אבנון** ציינה השופטת ברון, כי אין חולק שבאותו מקרה התקיימו הנסיבות של התעשרות הנתבע, **אבנון**, בשיעור שלמוני השוחד, ושל העדר זכות שבדין לקבלת טובת ההנאה. ההכרעה התמקדה אפוא בשאלה אם טובת ההנאה באה לו מן המדינה, הלוא הוא היסוד המכונה "על חשבון".²⁰⁴ את הקביעה בעניין זה נביא באריכות מה:

מכלל האמור, אני סבורה כי המסקנה המתבקשת היא שבמקרה דנן **אבנון** התעשר על חשבון המדינה, וזאת למרות שכספי השוחד עצמם לא יצאו מן הקופה הציבורית ואף לא היו מיועדים להשתלם לה. ההתראות שקיבלו מפעילי המחצבות מאבנון אפשרו להם לבצע חציבה בלתי חוקית בהיקף העולה על זה שהיה מתקיים אלמלא היה **אבנון** מוסר את המידע. באופן זה מפעילי המחצבות גזלו מהמדינה משאבי טבע, ואין זאת אלא שהם התעשרו על חשבונה. מתוך הרווח שהפיקו מפעילי המחצבות,

גרידא לא אמורה להיות נפקות בהקשר זה. שוחד מכון לפגוע ביכולתו השלוח לפעול בתום לב לטובת השולח, בין בשליחות שביקול דעת ובין בשליחות טכנית, ועל כן יש לראותו כאמונאי בהקשר זה. עמדה זו משתקפת בסעיף 8 לחוק השליחות, שאינו מבחין בין סוגי שליחות לעניין תחולתה של חובת האמון של השלוח.

²⁰² השוו לדברי השופט שנין בעניין **נייגר**, המובאים לעיל ה"ש 128; ראו, כללית, Lehtimäki v. Cooper (Rev 1) UKSC 33 [2020]; ראו גם עמיר ליכט "אין עבודה לזולתו – אימתי בעל מניות יהיה אמונאי החב חובת אמון" **נקודה בסוף משפט** (14.9.2020), <https://amirlicht.wordpress.com/2020/09/14/184>.

²⁰³ באשר לעובדים נראה שחל עליהם איסור השוחד אף כשאינם אמונאים, אך הנקודה אינה ברורה לגמרי. ראו לעיל טקסט לה"ש 104 ואילך.

²⁰⁴ עניין **אבנון**, לעיל ה"ש 2, פס' 13 לפסק דינה של השופטת ברון.

הם שילמו לאבנון מעין "עמלה" בתמורה למידע שקיבלו ממנו. משכך, כספי השוחד שקיבל אבנון מהווים למעשה נתח מתוך הרווח שהופק באמצעות גזילת משאבי טבע מן המדינה, שהתאפשרה עקב מסירת המידע. ניתן לראות במפעילי המחצבות ובאבנון כמי שגזלו יחד מהמדינה משאבי טבע, ו"התחלקו בשלל"; ומכאן שלא רק מפעילי המחצבות התעשרו על חשבון המדינה, אלא גם אבנון.

בעניין מאיר נקבעה חזקה שלפיה גובה הנזק שנגרם לתובעת הוא לפחות כשיעורו של השוחד (עניין מאיר, עמ' 399); ויצוין כי באותו עניין נקבע כי חזקה זו חלה בין אם עילת התביעה נעוצה בדיני הנזיקין בין אם בדיני "מעין-חוזים", הם דיני עשיית עושר ולא במשפט (שם, עמ' 397). בענייננו החזקה מלמדת הן על עצם העובדה שמהמדינה נגזלו משאבי טבע בעקבות מתן ההתראות, הן על שווים של משאבי הטבע שנגזלו – 45,850 ש"ח לפחות. חזקה זו גם מתיישבת עם ההיגיון והשכל הישר: ברי כי מפעיל מחצבה לא היה משלם לרכז הפיקוח סכום מסוים כשוחד, אילו הרווח שהיה מפיק מכך היה קטן מאותו סכום או שווה לו. סיכומו של דבר, נמצא שאבנון התעשר על חשבון המדינה כסכום השוחד שלקח, ומשכך המדינה זכאית להשבת סכום זה; זאת, לפי סעיף 1 לחוק עשיית עושר.²⁰⁵

אציין בבחינת למעלה מן הצורך, כי גם לו הגעתי למסקנה שלפיה התעשרותו של אבנון לא נעשתה על חשבון המדינה, לא מן הנמנע שניתן היה לבסס את חובת ההשבה במקרה דנן על הכלל שלפיו "אין חוטא יוצא נשכר" (והשוו: עניין אגריפרם, פסקה 40); ואולם אינני קובעת מסמרות. שלושת השיקולים שמונים פרידמן ושפירא בר-אור בספרם מתקיימים בענייננו באופן מובהק: התנהגותו של אבנון היא חמורה; הדין מייחס חשיבות רבה למלחמה בתופעת השחיתות השלטונית...; וברי כי בנסיבות המקרה המדינה היא גורם בדרגת קרבה מספקת שאליו ניתן להעביר את הרווח, מאחר שאבנון הוא עובד מדינה, ואת המעשים ביצע ובכספי השוחד "זכה" במסגרת תפקידו זה.²⁰⁶

השופט מינץ הסכים לפסק דינה של השופטת ברוך, כך שהקביעות בו מהוות את הלכת הפסק. לעומתם, השופט קרא הסכים לתוצאה, אך הוא הסתייג מהקביעה בדבר התעשרות "על חשבון" המדינה, העדיף את הנימוק של "אין חוטא נשכר" והעיר שיש בכך יסוד מעין-עונשי.²⁰⁷ קביעה זו נותרה הערת אגב.²⁰⁸

בפרשת יזיד הורשע קצין תיאום בגזרת בית לחם בלקיחת שוחד לאחר שהנפיק כמאתיים היתרי כניסה לישראל בתמורה לקבלת כ-250,000 ש"ח. המדינה תבעה ממנו את הסכום הזה

²⁰⁵ שם, פס' 15 לפסק דינה של השופטת ברוך; ראו גם שם, שם, פס' 14 ("כבר נפסק כי התנאי השני, שלפיו הנתבע התעשר על חשבון התובע, עשוי להתקיים גם מקום שבו הנתבע לא התעשר על חשבון התובע באופן ישיר.") (הדגשה במקור).

²⁰⁶ שם, שם, פס' 16. האיזכור שם לעניין אגריפרם הוא לע"א 8728/07 אגריפרם אינטרנשיונל בע"מ נ' מאירסון (15.7.2010) (השופט דנציגר) (להלן: עניין אגריפרם).

²⁰⁷ שם, פס' 1, 4 לפסק דינו של השופט קרא.

²⁰⁸ ככל שנתרה עוד נפקות במשפט הישראלי להבחנה בין הלכת הפסק לאמרות אגב. ראו יצחק עמית "על טשטוש תחומים, טשטוש גבולות ואי-ודאות במשפט" **דין ודברים** 17, 34-35 (2011) ("בחינוך המשפטי שה'קשישים' שבינינו קיבלו הייתה ההבחנה בין רציו לבין אוביטר יסוד מוסד. כיום בכל תחומי המשפט קשה להבחין בין רציו לבין אוביטר.") (להלן: עמית, **טשטוש תחומים**); ראו גם עמיר ליכט "חייב אדם לברך – חובת התקינות של נושא משרה בחברה, הגינות מלאה, ומה נותר מחובת האמון שלו?" **נקודה בסוף משפט** (3.8.2021), <https://amirlicht.wordpress.com/2021/08/03/211> (להלן: ליכט, **חייב אדם לברך**).

מכוח חוק עשיית עושר ודיני אמונות.²⁰⁹ השופט מצא סברה שהתנאי בדבר קבלה מן המזכה ("על חשבון" המדינה) לא התקיים, מכיוון שהשלמונים לא היו מיועדים אי פעם למדינה.²¹⁰ ואולם, לאחר שעמדה על השיקולים לפסיקת "השבה הרתעית" שפורטו בספרם של פרידמן ושפירא בר-אור ונשנו בעניין **אבנון**, היא קבעה כי "חומרת מעשיו של הנתבע וחשיבות הערכים בהם פגע מצדיקים את חיובו בהשבת הסכומים שנטל שלא כדין מכוח הכלל לפיו 'אין חוטא יוצא נשכר'."²¹¹ ביחס לעילה האמונית נקבע, בטעם, כי יזיד הפר את חובת האמון שהוא חב למדינה, ולכן "זכאית המדינה לרווח שהפיק תוך הפרת אמונה – וזאת ללא קשר לשאלה אם הרווח הנו על חשבון המדינה אם לאו."²¹²

באשר לסעד בית המשפט הדריך את עצמו, כנדרש, לפי הדברים בעניין **אבנון** המובאים לעיל, שבהם נאמר בין היתר כי "שתי העילות – עשיית עושר ולא במשפט והפרת חובת אמון – ... מובילות לסעד זהה".²¹³ לפיכך קבע כי "שתי העילות התגבשו – הן עילה לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט והן עילה מכוח דיני האמונות. משכך חב הנתבע בהשבת הכספים שקיבל תוך הפרת חובת האמונים שחב למדינה."²¹⁴ אלא שמכאן צעד בית המשפט כברת דרך נוספת מעבר לנקודה שאלה הגיע עניין **אבנון**. בדיון סדור למשעי בשיקולים שסעיף 2 לחוק עשיית עושר קורא לשקול להפחתת ההשבה, צויין, בין היתר, כי הנתבע, אף כי חטא, לא יצא נשכר ממעשיו, כי שילם קנס בסך 30,000 ש"ח במסגרת ההליך הפלילי, וכי לא השתכר במהלך שנות מאסרו; ומנגד – כי המזכה, המדינה, לא סבלה חסרון כיס. לפיכך הוא נמצא ראוי לפטור חלקי מהשבת הסכום בו התעשר וחויב להשיב למדינה סכום של 170,000 ש"ח.²¹⁵

בפרשת **דה לנגה נ' החברה לישראל בע"מ** הבטיח בעל השליטה בחברה ציבורית לנושאי המשרה בחברה, כי אם יושלם בהצלחה מהלך עסקי מורכב של פיצול החזקות החברה, הוא ישלם להם מכיסו הפרטי בונס בסך כ-56 מיליון ש"ח, וזאת בנפרד מהתגמול שהם היו זכאים לו לפי תכנית התגמול המאושרת בחברה.²¹⁶ הבטיח, וקיים, וכך הוגשה בקשה לאישור תביעה נגזרת

²⁰⁹ עניין **יזיד**, לעיל ה"ש 3. בפרשייה נוספת הואשם יזיד בלקיחת שוחד בכך שהיה לן ללא תמורה בדירה שכורה של עד המדינה, ובאותה דירה הוא נפגש, בין היתר, עם פלסטינית מבית לחם אשר גם לה הנפיק היתר כניסה לישראל. שכירות החינם היא טובת הנאה בעלת שווי כספי, אך ההרשעה והממצא הפלילי שעליו נשענה לא התייחסו אליה. התביעה האזרחית הנגזרת להרשעה לא התייחסה אפוא לפרשייה זו, כך שלא נעשה ניסיון לשום את טובת ההנאה, הגם שמשפטית מעמדה זהה לשלמונים שהתקבלו בכסף.

²¹⁰ שם, פס' 49 ("איני סבורה כי ניתן לומר כי הכספים שנטל הנתבע מן המדינה נטלו, ומכל מקום לא הוכח כי כך הדבר. המדינה לא הייתה זכאית לתשלום בגין היתרי הכניסה שהנפיק הנתבע. הכספים שנטל הנתבע ניתנו לו עבור הנפקת ההיתרים למי שלא היו זכאים להם ולא בגין ההיתרים עצמם.")

²¹¹ שם, פס' 53. השופט מצא סברה עוד, שם, בפס' 50, כי "כבי' השופט קרא אף קבע (בדעת מיעוט) כי בנסיבות העניין יש לבסס את חובת ההשבה לפי סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט על כלל זה בלבד. "למען הדיוק, הטלת חבות מחמת "אין חוטא נשכר" אינה מבוססת על סעיף 1 לחוק עשיית עושר אלא מהווה חריגה ממנו. השופט קרא בעניין **אבנון** לעיל ה"ש 2, פס' 1 לפסק דינו, הפריד בין השניים.

²¹² שם, פס' 56.

²¹³ ראו לעיל טקסט לה"ש 116.

²¹⁴ עניין **יזיד**, לעיל ה"ש 3, פס' 58.

²¹⁵ שם, פס' 59-67.

²¹⁶ ראו עניין **דה לנגה**, לעיל ה"ש 4. לתיאור המהלך ראו אורי טל טנא "האם פיצול החברה לישראל יציף ערך לבעלי המניות?" **כלכליסט** (1.10.2014), <https://www.calcalist.co.il/markets/articles/0,7340,L-3641942,00.html>

נגדם ונגדו להשבת הבונוס. השופטת רונן קבעה, כי אף בהנחה שהמהלך העסקי נועד לטובת החברה, הרי הבטחת הבונוסים קלעה את נושאי המשרה לניגוד עניינים.²¹⁷ לשיטתה,

הבעייתיות שנוצרה כאשר בעל-השליטה הבטיח לנושאי המשרה מענקים אישיים שלא בהתאם למדיניות החברה, דומה במידה רבה לבעייתיות שנוצרת כאשר מוצע שוחד לנושא משרה בגוף ציבורי. בשני המקרים, ההנחה היא כי התשלום הנוסף שנושא המשרה מודע לאפשרות שיקבל אותו, מטה את שיקול הדעת שלו ומציב אותו במצב של ניגוד עניינים.²¹⁸

עניין **דה לנגה** מורכב יותר משתי הפרשיות הקודמות, והוא מעלה כמה היבטים של הסוגיה דנן. תחילה נעיר במאמר מוסגר, כי ראיית הבונוסים כשוחד אזרחי מבוססת היטב, וחרף הוותק של הלכת **מאיר** וכן בעטיו, זוהי פסיקה חלוצית וחשובה. בית המשפט עומד אל נכון על החשש מניגוד עניינים ששוחד עלול לעורר ואשר הפסיקה העניפה במשפט המשווה שבה ומציינת אותו. הדבר משתקף היטב בקביעה, כי הבטחת הבונוס משנה את "מערך התמריצים" של נושאי המשרה.²¹⁹ תרחיש שבו צד זר כגון קרן גידור משלם מכיסו לנושאי משרה כביכול "רק כדי לעודד אותם לעשות את עבודתם" מכונה "רסן זהב" (golden leash; מילולית: רצועת מוזהבת, של כלב במשמע). העובדה שזוהי פרקטיקה שכיחה בארצות הברית אינה גורעת מן הפסול שבה כנגועה בחשש לניגוד עניינים ובחשש לשוחד אזרחי.²²⁰ בד בבד, בנסיבות פרשת **דה לנגה**, שבהן הפעולה מושא השוחד הייתה לטובת החברה, איסור ניגוד העניינים אינו הזווית המיטבית להשקיף ממנה על הפרת חובת האמון שבקבלת שוחד. עדיף על פניו איסור הרווח, שאינו מחייב לקבוע קביעות כלשהן בדבר ניגוד עניינים בפועל או בכוח כשם שאינו מחייב קביעות כלשהן ביחס לנזק לחברה

²¹⁷ ראו עניין **דה לנגה**, שם, פס' 44:

מתן תגמול ישירות מבעל-השליטה לידיהם של נושאי המשרה בחברה מפר את האיזון שאותו ביקש תיקון 20 להשיג, וגורם לכך שנושאי המשרה שלהם הובטח תגמול עתידי מותנה מצויים במצב של ניגוד עניינים בין רצונם לקבל את טובת ההנאה המותנית שהובטחה להם, לבין חובתם לפעול בהתאם למדיניותה של החברה כפי שזו באה לידי ביטוי במדיניות התגמול שלה. ניגוד העניינים הזה קיים גם אם נניח שהמענק שהובטח לנושאי המשרה נועד להיות משולם בגין עסקה שהיא לטובת החברה ושהחברה חפצה בה, שכן תשלום המענק משנה כאמור את האיזון שנקבע במדיניות התגמול של החברה.

לפי דרישה של רשות ניירות ערך, עבר המהלך כולו, ובכללו חלוקת הבונוסים, סדרת אישורים כעסקה שלבעל השליטה יש עניין בה לפי סעיף 175 לחוק החברות, וזכתה לתמיכה של כ-99% מבעלי המניות מהציבור. השופטת רונן קבעה כי האישור הזה אינו ממרק את הפגם שבתשלום הבונוסים, וזו תהיה הנחתנו גם כאן, שכן סוגיית האישור מורכבת. ראו עניין **דה לנגה**, שם, פס' 85. ראו עוד עמיר ליכט "רסן הזהב – נושא משרה המקבל תשלום מבעל השליטה: האחריות" **נקודה בסוף משפט** (4.5.2017), <https://amirlicht.wordpress.com/2017/05/04/81>.

²¹⁸ עניין **דה לנגה**, שם, פס' 115.

²¹⁹ ראו שם, פס' 46-48.

²²⁰ בדלור ראה סגן הצ'נסלור לאסטר בהסדר דומה בסיס לטענה של הפרת חובת אמון מחמת אמונאות כפולה (dual fiduciary), המעוררת ניגוד עניינים מסוג ניגוד חובה-חובה (duty-duty conflict). ראו In re PLX Technology Inc. Stockholders Litigation, 2018 Del. Ch. LEXIS 336, *92 (Del. Ch. 2018) John C. Coffee, Jr., *Shareholder Activism and Ethics: Are Shareholder Bonuses Incentives or Bribes?*, THE CLS BLUE SKY BLOG (April 29, 2013), <https://clsbluesky.law.columbia.edu/2013/04/29/shareholder-activism-and-ethics-are-shareholder-bonuses-incentives-or-bribes/>; Stephen Bainbridge, *Can corporate directors take third party pay from hedge funds?*, PROFESSORBAINBRIDGE.COM (Apr. 8, 2013), <https://www.professorbainbridge.com/professorbainbridgecom/2013/04/can-corporate-directors-take-third-party-pay-from-hedge-funds.html>.

או למקורו של הרווח. החבות צומחת מעצם עשיית הרווח.²²¹ זויות זו תופסת באחת את המשוחד וגם את המשחד, כמי שגרם או סייע להפרה. ההיבט הזה אכן נזכר בקשר לסעד אך לא בקשר להפרה.²²² בנוסף לכך, לאור הנמקתה של השופטת רונן, ניתן היה לקבוע בנסיבות המקרה הפרה של חובת האמון גם בדרך של חשש ממשי לפעולה משיקולים זרים ושל גרימת חשש כזה על ידי בעל השליטה. זאת, בין היתר, לפי סעיף 106 לחוק החברות (אשר לא נטען, משום מה).

במישור הסעדים עשה ב"כ המבקשת את מלאכתו נאמנה, וטען הן להשבה בעשיית עושר הן לחשבון באמונאות.²²³ ואולם, בית המשפט דן בנושא רק במסגרת של עשיית עושר מבלי לפרט מדוע. זאת, תוך שהוא מסתמך כדבעי דווקא על הלכות מנחות מדיני אמונאות בסוגיית השוחד: ביחס לנושאי המשרה – על פרשות *Reid* ו-*FHR*, וביחס לבעל השליטה – על פסק הדין האוסטרלי

בעניין *Grimaldi v. Chameleon Mining NL*, שהוא אחד החשובים בהלכות גורם ומסייע להפרת חובת אמון.²²⁴ ניתן לשער ספקולטיבית, כי בית המשפט הניח ששתי העילות "מובילות לסעד זהה", כפי שהניחו אחריו בתי המשפט בעניין **אבנון** ובעניין **יזיד**.²²⁵

במוקד הדיון ניצבה שוב השאלה כיצד להתגבר על יסוד ה"על חשבון" שבנוסחת האחריות בעשיית עושר, וביתר דיוק – הדרישה כי טובת ההנאה תבוא לזוכה מן המזכה.²²⁶ ושוב: הקושי הוא שאת הבונוס-השוחד קיבלו נושאי המשרה מבעל השליטה ולא מן החברה, וסכום זה לא היה אמור להגיע אליה אי פעם. יתר על כן, בעניין **דה לנגה** ניצבה השאלה הזו בחריפות יתירה, שכן קשה להלום כיצד תיתכן השבה ממי שהכסף יצא מכיסו אל מי שהכסף מעולם לא היה אמור להגיע אליו.²²⁷ בעל השליטה טען אפוא, לא בלי טעם,²²⁸ כי אם נגזר על

²²¹ *Regal (Hastings) Ltd v Gulliver (1942) [1967] 2 AC 134, 144-145, [1942] UKHL 1 (Lord Russell)* ("The rule of equity ... insists on those, who by use of a fiduciary position make a profit, being liable to account for that profit ... The liability arises from the mere fact of a profit having, in the stated circumstances, been made."). ליישום ראו עניין **פאנגאיה**, לעיל ה"ש 128.

²²² עניין **דה לנגה**, לעיל ה"ש 216, פס' 114 ("נושאי המשרה הפיקו את הרווח – המענקים – עקב מעמדם כנושאי משרה בחברה. הדרך היחידה בה מותר לנאמן להפיק רווח היא כאשר מדובר בשכר המשולם לו כדין. מאחר שהמענקים לא היו חלק מהשכר המשולם לנושאי המשרה כדין – עליהם להעביר את הרווח שהם הפיקו מהמענקים הללו לידי המוטב – קרי לידי החברה."). ההלכה המנחה בנקודה זו בישראל היא פסק הדין המכונן בע"א 267/55 **טוקטלי נ' שמשון בע"מ**, פ"ד יא 1575, 1569 (1957) (השופט לנדוי). הלכת **טוקטלי** לא אוזכרה בפסק דין **דה לנגה**. על הנטייה המטרידה, במיוחד בערכאות הדיוניות, להתעלם ממנה חרף מקומה המרכזי בדין הישראלי ראו ליכט, **חייב אדם לברך**, לעיל ה"ש 208.

²²³ עניין **דה לנגה**, שם, פס' 102.

²²⁴ עניין **דה לנגה**, שם, פס' 115, 130. ראו, בהתאמה, עניין *Reid*, לעיל ה"ש 1; עניין *FHR*, לעיל ה"ש 35; עניין *Grimaldi*, לעיל ה"ש 52.

²²⁵ וכן על זה הדרך, ניתן לשער שתרמה לכך העובדה שבית המשפט הסתמך, בין היתר, על ספרם של פרידמן ושפירא בר-אור, **עשיית עושר**, לעיל ה"ש 7, אשר דן בפרשות *Reid* ו-*FHR* בפרק על הפרת חובת אמון. למעשה, כמו בעניין *Reid*, הנשיא לורד נויברגר בעניין *FHR*, לעיל ה"ש 35, פס' 6, ניתח את הסוגיה במסגרת אמונאית צרופה: "Another well established principle, which applies where an agent receives a benefit in breach of his fiduciary duty, is that the agent is obliged to account to the principal for such a benefit". למקרא ההחלטה נדמה לכאורה שבית המשפט משתדל להמנע מן המסגרת של חשבון בדיני אמונאות תוך שהוא מסתמך עליה. ראו עמיר ליכט "הנשר והכריש – נושא משרה המקבל תשלום מבעל השליטה: הסעדים" **נקודה בסוף משפט** (7.5.2017), <https://amirlicht.wordpress.com/2017/05/07/82>.

²²⁶ עניין **דה לנגה**, לעיל ה"ש 4, פס' 113 ואילך.

²²⁷ *BURROWS*, לעיל ה"ש 45, בעמ' 684, אכן מציין כי "Recovery of the bribe from the briber probably cannot be justified on restitutionary principles".

נושאי המשרה להשיב את הבונוס כהתעשרות שלא על פי זכות שבדין, הרי שיש לראות אותו כמזכה והכסף צריך לשוב אליו.²²⁹ למותר לציין שמהלך כזה – אשר בלשון עממית מכונה "שיטת מצליח" – היה מסכל את תכליתה של הטלת אחריות בגין שוחד.

המענה לקושי נמצא בשלושה מקורות, תוך שבית המשפט מטרים בכך את עניין **אבנון**. ראשית, הלכות *Reid* ו-*FHR* הנזכרות.²³⁰ שנית, הלכת **מאיר** על החזקות שייבאה מן המשפט האנגלי, אם כי נראה, עם כל הכבוד, שבית המשפט לא דייק ביישומה.²³¹ שלישית, פסק דין **אגריפרס** ורעיון "ההשבה ההרתעתית" שהוצע שם בעקבות פרידמן. באשר לחבותו של בעל השליטה בית המשפט לא הסתיר את הקושי הכרוך בדבר, תוך שהוא מצטט באריכות את ההתלבטות בספרם של פרידמן ושפירא בר-אור בשאלה כיצד להטיל עליו חבות בעשיית עושר.²³² כזכור, זו קושיה שגם לורד דיפלוק בעניין *Mahesan* תהה לגביה ולבסוף נואש מלתרץ אותה.²³³ בסופו של דבר קם הפורקן מהלכת *Grimaldi* אם כי בלא דיון מלא, ומבלי לעמוד על כך שהאחריות שם מבוססת על אשם של מסייע להפרת חובת אמון. על בסיס זה אפשר להשעין גם את הקביעה כי החבות תהיה ביחד ולחוד, שכן בנסיבות המקרה יש מקום לטענה כי המשחד והמשוחד פעלו בתיאום.²³⁴ ואולם, משביסס בית המשפט את אחריותו של בעל השליטה בעשיית

²²⁸ למשל, בעל השליטה היה יכול לטעון להשבה בעשיית עושר מחמת תשלום בטעות, כיוון שטעה לחשוב שהבונוס מותר. טענה כזו אינה רלוונטית לשאלת האשם בגרימה או בסיוע להפרת חובת אמון בדיני אמונאות.

²²⁹ באורח פרדוקסלי מעט, כללי הרישום החשבונאי הביאו לכך שהחברה רשמה קרן הון בגין תשלום הבונוס לעובדיה מכיסו של בעל השליטה. ראו שם, פסי' 12, 101, 104. לכאורה יוצא אפוא שהחברה היא זו שהתעשרה על חשבון בעל השליטה, שפעל כתורם הון עד שנושאי המשרה נפסלו מלאכול בתרומה, כך שעליה כביכול חובת ההשבה כלפיו. כפי שקבעה השופטת רונן, שם, הרישום החשבונאי אינו מעיד על מהותו (הפסולה) של התשלום.

²³⁰ כן אוזכרו כתיא דמסייעא, שם, פסי' 119-120, הוראות חרותות לפי חוק הנאמנות וחוק השליחות בדבר חבותם של נאמנים ושלוחים, שניהם אמונאים מובהקים שהחקיקה על אודותיהם משקפת חלקית את חבותם ככאלה.

²³¹ השופטת רונן סברה, שם, פסי' 116, כי "כאשר משולם שוחד לסוכן, החזקה היא כי שיעור הנזק למוטב עולה לפחות כדי סכום השוחד. ... במקרה דנן, אין צורך לקבוע כי לחברה נגרם נזק בשיעור המענקים ששילם בעל-השליטה לנושאי המשרה." בהמשך, שם, פסי' 153, ביחס לחבותו של בעל השליטה, נאמר: "כן יש לקחת בחשבון את העובדה שההלכה הפסוקה (פסי' **מאיר**) הניחה קיומו של נזק לחברה בשיעור דמי הישגות' ששולם לנושאי המשרה בה – קרי במקרה דנן ניתן להניח כי כתוצאה מתשלום המענקים על-ידי בעל-השליטה, ניזוקה החברה בסכום של לפחות 56 מיליון ש"ח. דא עקא, החזקה בדבר נזק אינה חלוטה, ובנסיבות עניין **דה לנגה** בית המשפט הניח שהפעולה הנוגעת בשוחד הייתה לטובת החברה (כפי שאכן הייתה), כך שהחזקה נסתרה. נזכיר כי בעניין **מאיר** נכרכה החזקה בשתי העילות – זו הנזיקית וזו בכסף ששולם והתקבל/מעין-חוזים/עשיית עושר. ראו לעיל טקסט לה"ש 161 וכן ה"ש 158.

²³² עניין **דה לנגה**, לעיל ה"ש 216, פסי' 126, תוך איזכור פרידמן ושפירא בר-אור, **עשיית עושר**, לעיל ה"ש 7, עמ' 679.

²³³ ראו לעיל ה"ש 180 וטקסט סמוך לה. להסבר המסבר את הדעת ראו לעיל ה"ש 181. כזכור, קו הפסיקה של הלכות *Salford, Hovenden* וכן *Mahesan*, שהלכת **מאיר** נשענת עליו, קובע אחריות ביחד ולחוד למשחד ולמשוחד. ראו לעיל טקסט לה"ש 167. הענף הלא-נזיקי של הלכת *Mahesan* איבד מתוקפו. ראו להלן טקסט לה"ש 246 ואילך.

²³⁴ ראו עניין *Grimaldi*, לעיל ה"ש 52, פסי' 558 ("[I]f the fiduciary and the third party assistant or recipient act in concert to secure a mutual benefit, be this to misappropriate trust property for a particular mutually beneficial purpose or to participate in a breach of fiduciary duty to secure a mutual advantage (eg a business opportunity), they are jointly and severally liable to the wronged beneficiary/principal to (restore the trust or to account for the profits made.)". נקודה זו לא נטענה, כנראה, ולא נידונה. פסק הדין מציע גם שהמבקשת לא טענה לאחריות המשחד לפי הלכות *Hovenden* או *Mahesan*, שכבר נפסקה אז, כהמשך ישיר להלכת **מאיר**, אם כי העדרו של נזק היה אמור לשמוט את הטענה, כאמור, וכן – שהמבקשת לא טענה באופן ממוקד לאחריות המשחד כגורם או כמסייע לפי דיני אמונאות. כיוון שדובר שם בהתדיינות עסקית מובהקת, אין לצפות מבית המשפט שיריב את ריבו של מי מהצדדים, וכך הדיון נותר חסר.

עושר, הוא השלים את המלאכה בקביעה, כי יש מקום לבחון שיקולים לפטור או להפחתה מהשבה לפי סעיף 2 לחוק עשיית עושר, וכך אישר את הבקשה.²³⁵

לנוכח קביעה זו ואישור זה הגיעו הצדדים לפשרה, שעל פיה ישלמו (רק) נושאי המשרה (רק) כ-80% מהבונסים שקיבלו. בית המשפט אישר את הפשרה, תוך שהוא קובע כי "בעלי השליטה אכן אינם תורמים סכום כסף להסכם הפשרה, אולם במסגרת ההסכם הם מוותרים על טענתם לפיה גם בהנחה שהיה מקום להורות על השבה של סכומי המענקים, ההשבה צריכה להיות לידיהם – כמי ששילמו את המענקים, ולא לידיה של החברה. לוויתור זה יש משמעות לא מבוטלת.²³⁶ עוד צוין כי "ממילא חובתם של בעלי השליטה היתה חובה משנית לזו של נושאי המשרה שהם אלה שקיבלו את המענקים בעוד שבעלי השליטה היו כאמור מי ששילמו אותם.²³⁷ מטבע הדברים, אין דינו של אישור פשרה כדינה של הכרעת דין, אולם באישור הפשרה בית המשפט מביע את דעתו, שהיא סבירה והוגנת מבחינת החברה בהתייחס לטענות המשפטיות שעומדות לכאורה לנתבעים – דהיינו, שיש בהן ממש.²³⁸ כלומר, ביחס לנושאי המשרה – כי לחברה יש כלפיהם עילה בעשיית עושר ולכן, במשתמע, כי להם יש אפשרות לטעון לפטור לפי סעיף 2, בין היתר, מכיוון שהחברה לא נמצאה חסרה – פטור או הפחתה שאת התוחלת שלהם (כולל הוצאות התדיינות) הצדדים כימתו בכ-20% משיעור הבונס השוחדי; וביחס לבעל השליטה – כי עצם העילה בעשיית עושר כלפיו אינה ודאית וכי, במפורש, ככל שיש עילה כזו כלפיו הרי עומדות לו טענות לפטור לפי סעיף 2 – טענות שתמורת אי-בירורן בית המשפט אישר קביעה של מעשה בית דין.²³⁹

ה.2. מבנה הדין, מקורות ותחולה

כפי שמלמדים פסקי הדין בפרשות **אבנון**, **יזיד ודה לנגה**, שוחד אזרחי הוא תרחיש מאתגר להחלה של אחריות בעשיית עושר בשל הקושי לבסס את יסוד הזיקה בין התובע לנתבע כמזכה וזוכה – לאמור, היסוד של "על חשבון" או "הקשר הסיבתי", כפי שכונה אצלנו.²⁴⁰ שלושת בתי המשפט שנדרשו לתרחיש זה התמודדו עם האתגר בדרכים שונות: האחת, להפנות את המבט מדיני עשיית עושר אל דיני אמונאות, מתוך הנחה מפורשת או משתמעת שכלליהם זהים בהקשר זה. השנייה, להפנות את המבט מדיני עשיית עושר אל דיני הנזיקין. השלישית, לצאת מתחום התחולה המובהק של דיני עשיית עושר אל אזור הספר המשפטי של "השבה הרתעתית", שאינו אלא לשון נקייה לחילוט אזרחי. רק הדרך הרביעית מישרה מבט אל דיני עשיית עושר עצמם

²³⁵ ראו עניין **דה לנגה**, לעיל ה"ש 216, פס' 131, 136.

²³⁶ ראו תני"ג 15-07-18994-07 **דה לנגה נ' החברה לישראל בע"מ** (18.3.2018), פס' 15 (להלן: עניין **דה לנגה** – פשרה).

²³⁷ שם, שם.

²³⁸ מזווית מוכרת אחרת, המשא ומתן לפשרה מתנהל "בצילו של הדין" – דהיינו, לנוכח הזכויות שיש לכל צד באופן עיוני, ואשר הפשרה חוסכת את בירורן בנסיבות המקרה, על כל העלויות והסיכונים הכרוכים בכך. למאמר הקלסי ראו Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 YALE L.J. 950 (1979).

²³⁹ ראו עניין **דה לנגה** – פשרה, לעיל ה"ש 236, פס' 15.

²⁴⁰ ראו ע"א 2167/16 **Sanofi נ' אוניפארם בע"מ** (12.7.2021), פס' 149 ואילך (המשנה לנשיאה בדימו' מלצר) (להלן: עניין **Sanofi**). השימוש שנעשה בעניין **Sanofi** במסגרת של סיבתיות ביחס ליסוד של "על חשבון" אינו נקי מקשיים, כפי שבית המשפט שם מציין, ומוטב לראותה כדימוי או כמקור להיקש בלבד. ראו גם להלן ה"ש 291.

ומבקשת להבנות מתוכם ומיסודותיהם הסגוליים כדי להטיל אחריות, ואותה נקט רק בית המשפט בעניין **אבנון** בדעת הרוב כנגד דעה חולקת של המיעוט בנקודה זו.

בפרק זה, המוקדש להתמודדות עם שוחד באמצעות דיני עשיית עושר, נתמקד אפוא בדרך השלישית והרביעית, ובסדר הפוך, כמתבקש: תחילה בדיני עשיית עושר הקונוונציונליים, ולאחר מכן – בהרחבתם להשבה הרתעתית מחמת "אין חוטא נשכר". המשימה הינה לבחון את הטלת האחריות "בלי אמונאות ובלי נזיקין" אלא רק בעשיית עושר ולא במשפט.

הנקודה האחרונה טעונה חידוד והבהרה. בתרחיש טיפוסי של הפרת חובת אמון עשוי האמונאי להתעשר שלא כדין על חשבון הנהנה. כך, למשל, כאשר נאמן, אפוטרופוס, מנהל עזבון ודומיהם רוכשים לעצמם בתנאים מיטיבים נכס מנכסי האמונאות הנתונים לניהולם בלא אישור כדין. בתרחיש כזה תהיה תחולה חופפת של שני הדינים, לפחות מבחינה עיונית: דיני האמונאות יטפלו בו בדרכם, ועליה עמדנו בפרק ג', ואילו דיני עשיית עושר עשויים להקנות לנהנה עילה להשבת רווח, ככל שההפרה הצמיחה רווח לאמונאי המפר. ואולם, אין כל ודאות שכל הפרה של חובת אמון תזכה לטיפול במסלול כפול שכזה (וזאת בנפרד מהשאלה אם הטיפול והתוצאה בשני המסלולים זהים, והם אינם זהים). למעשה, ההיפך הוא הנכון. הראשון לזהות היה לא אחר מאשר פרידמן:

עקרונית, ניתן יהיה להסתמך על ס' 1 לחוק עשיית עושר כדי לבסס את הזכות להשבת רווחים שהושגו עקב הפרת חובת אמון. אולם אין זה ברור אם ס' 1 רחב דיו כדי לכלול את כל המצבים שבהם קיימת חובת השבה בנסיבות אלה. זאת, משום שהחומרה שבה מתייחס הדין להפרת חובת אמון גרמה לכך שחובת ההשבה של רווחים שהופקו עקב הפרת חובה זו משתרעת גם על מקרים שבהם לא הופק הרווח 'על חשבון' המוטב.²⁴¹

אליבא דפרידמן, חבותו של אמונאי בקשר לרווח שהפיק תוך הפרת חובת אמון עשויה אפוא לחרוג מתחום התחולה של דיני עשיית עושר – לפחות בגדרי ההסדר החרות הכללי שלהם. זאת, במיוחד כאשר לא מתקיים היסוד של "על חשבון", כך שידם של דיני עשיית עושר תקצר, אך ידו של "הדין" בדבר הפרת חובת אמון (דהיינו, דיני אמונאות) רב להושיע. במילים אחרות, אין יסוד להניח מלכתחילה, לשיטתו של פרידמן, כי "שתי העילות ... מובילות לסעד זהה".

נפנה אפוא לדין בתחום התחולה של דיני עשיית עושר. כאן נפרדות דרכיהם של המשפט הישראלי והמשפט האנגלי, כך ששימושו המועיל בדרך כלל כמשפט משווה טעון זהירות יתירה לצורך בירורה של שאלת התחולה. זאת, מכיוון שעם התגבשותם של דיני עשיית עושר במשפט האנגלי החדש בדור האחרון, ובמיוחד בעשור השני של המאה הנוכחית, התגבשה בו גם עמדה עקרונית בשאלה זו. עמדה זו מבחינה בין עילה מכוח העקרון הכללי השולל התעשרות בלתי צודקת (unjust enrichment), ואשר הסעד בגינה מתמקד בהשבה (restitution) של ההתעשרות הפסולה, לבין השבה, ובמיוחד סעדים מבוססי-רווח (gains-based remedies), בגין הפרות אחרות במשפט הפרטי הנכרכות תחת הכותרת restitution for wrongs ("התעשרות עוולתית"),

²⁴¹ פרידמן, **עשיית עושר 1998**, לעיל ה"ש 130, עמ' 34-33. נוסח זהה של הדברים מופיע אצל פרידמן ושפירא בר-אור, **עשיית עושר**, לעיל ה"ש 7, עמ' 52. כמבואר בפרק ג' לעיל, גם שלילת הרווח הנרחבת יותר בדיני אמונאות אינה ממצה את הסעדים כלפי האמונאי המפר לפי דיני עשיית עושר.

אשר עליה דיני עשיית עושר אינם חלים. במסגרת זו נכללים, בין היתר, השבה בדיני חוזים ובדיני אמונאות. עמדה זו מופיעה כיום בריסטייטמנט האנגלי על עשיית עושר,²⁴² והיא נתמכת באמרות רבות בפסקי דין של בית המשפט העליון דשם.²⁴³ בד בבד יש לציין, כי במסגרת תהליך ההכרה בדיני עשיית עושר כתחום מובחן במשפט האנגלי החדש, ובמיוחד בשנים האחרונות, הולכת ומתחזקת בפסיקה ההכרה בחשיבותו של העקרון הכללי המזוהה עם פסק דינו של לורד מנספילד בעניין *Moses v. Macferlan*,²⁴⁴ כך שהרתיעה והספקנות כלפי התחום הזה, שאפיינו את המשפט האנגלי במשך דורות, מתפוגגות בהדרגה.²⁴⁵

לתמורות במשפט האנגלי עשויה להיות השלכה לדין הישראלי בסוגיית השוחד לנוכח התפקיד המרכזי שמילאו ההלכות האנגליות הוותיקות בסוגיה בעניין **מאיר**.²⁴⁶ הלכות אלה, אשר תוכלו בעניין *Mahesan*,²⁴⁷ נתפסו התם והכא כמקור לשתי עילות – אחת בנוזקין, שבה עסקנו בפרק ד', ואחת בטענת כסף ששולם והתקבל, אשר בית המשפט בעניין **מאיר** כינה "מעין-

²⁴² ראו ANDREW BURROWS, A RESTATEMENT OF THE ENGLISH LAW OF UNJUST ENRICHMENT 27 (2012):

[R]estitution for unjust enrichment is to be differentiated from 'restitution for wrongs' (ie where there has been a breach by the defendant of a primary duty owed to the claimant). So falling outside of this Restatement, because not concerned with the event/cause of action of unjust enrichment, are the following: ... (i) restitution for torts ...; (ii) restitution for breach of contract ...; (iii) restitution for the equitable wrongs of breach of fiduciary duty (including breach of trust) or breach of confidence) ...

המחבר, בארוז (אשר מאז מונה לשופט בית המשפט העליון בבריטניה), הסתייע בוועדה מייעצת של אקדמאים, שופטים ועורכי דין, כולם בני סמכא מן המעלה הראשונה. העמדה שלעיל רווחת גם בספרות האקדמית, אולם בהקשר הנוכחי די להתמקד בעמדה הדוקטרינרית הפוזיטיבית. ראו, בין היתר, BURROWS, לעיל ה"ש 45, בעמ' 12; GRAHAM VIRGO, THE PRINCIPLES OF THE LAW OF RESTITUTION, לעיל ה"ש 148, בעמ' 4-5; JAMES EDELMAN & ELISE BANT, UNJUST ENRICHMENT 417-418 (3rd ed, 2015) (hereinafter: VIRGO); JAMES EDELMAN & ELISE BANT, UNJUST ENRICHMENT 19-21 (2nd ed, 2016).

²⁴³ ראו, [116] AC 561, [2008] UKHL 34, [2007] Sempra Metals Ltd v. Inland Revenue Commissioners; [230]–[231] (Lord Mance); Benedetti v. Sawiris [2013] UKSC 50, [2014] AC 398 (Lord Nicholls); [24] (Lord Clarke); Investment Trust Companies v Revenue and Customs Commissioners [2017] UKSC 29, [2018] AC 275 [42] (Lord Reed) (hereinafter: *Investment Trust*); Lowick Rose LLP v. Swynson Ltd [2017] UKSC 32, [22] (Lord Sumption); Morris-Garner v. One Step (Support) Ltd [2018] UKSC 20, [2019] AC 649, [82] (Lord Reed) (hereinafter: *One Step*).

²⁴⁴ *Moses v. Macferlan*, (1760) 97 ER 676; 2 Burr 1005 (Eng.). ראו עניין *Investment Trust*, שם, פס' 42:

[I]t is important to have at the forefront of one's mind the purpose of the law of unjust enrichment. ... [I]t is designed to correct normatively defective transfers of value, usually by restoring the parties to their pre-transfer positions. It reflects an Aristotelian conception of justice as the restoration of a balance or equilibrium which has been disrupted. That is why restitution is usually the appropriate remedy.

²⁴⁵ ראו עניין *Investment Trust*, שם, פס' 39-40. פסיקה זו ונוספות לה ניתנו לאחר שהמהדורה השלישית של פרידמן ושפירא בר-אור, **עשיית עושר**, לעיל ה"ש 7, ראתה אור. לפיכך, יש להתייחס בזהירות לעמדה המובעת שם, בעמ' 49, כי "יש להתייחס בזהירות רבה להלכות אנגליות המצמצמות את הזכות להשבה מחמת אי-הכרה בעיקרון הכללי בעניין עשיית עושר, ולהעדיף את הגישה הרחבה של לורד מנספילד ואת זו המשתקפת בפסיקה האמריקאית שאימצה את גישתו." ובאותה נשימה, כשם שהדין האנגלי שוב אינו דוחה בשתי ידיים את הגישה של לורד מנספילד בעניין *Moses*, כך בית המשפט העליון שם מסרב להשליך אל מאחורי גוו מורשת פסיקתית עשירה שעודנה רלוונטית. ראו עניין *Investment Trust*, שם, שם.

²⁴⁶ ראו לעיל טקסט לה"ש 156 ואילך.

²⁴⁷ פורמלית, הלכת *Mahesan* נפסקה על ידי מועצת המלכה ביחס לדין של מלווה, אולם אין חולק שהניתוח המשפטי בה תפס גם ביחס לדין האנגלי, ובאשר לענף הנוזקי של פסק הדין היא עודנה מתארת אותו כדבעי.

חוזים" ואשר כיום נכנה עשיית עושר ולא במשפט. ואולם, העובדה שהתעשרות עולתית אינה נכללת כיום בתחום התחולה של דיני עשיית עושר האנגליים הביאה לכך שהענף הלא-נזיקי של הלכת *Mahesan* התנוון, וכיום אין בה משום אסמכתה לעילה בעשיית עושר בתרחישי שוחד אלא רק לסעד של השבה לפי עילות אחרות במשפט הפרטי (שבמרכזן דיני אמונאות, כמובן).²⁴⁸ בתי משפט שנדרשו לנקודה זו לאחרונה אכן פסקו כך בבירור.²⁴⁹

ממבט ממעוף הציפור, המשפט הישראלי נוקט עמדה שונה, המעוגנת בפסק הדין המכונן בעניין **אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה.**²⁵⁰ שם אמר השופט ברק, כי "על-פי גישתי שלי, חלים דיני עשיית עושר ולא במשפט כמעין נשר גדול הפורש כנפיו על כל הדינים השונים, בין שיש בהם הוראות בענייני עשיית עושר ולא במשפט, ובין שאין בהם הוראות כאלה, בין שהוראות בעניין עשיית עושר ולא במשפט עוסקות בחוזה הקיים, ובין שהן עוסקות בחוזה שהופר".²⁵¹ היו שמתחו בקורת על גישה זו, ובראשם יצחק אנגלרד שהצר על מוטת "כנפי הנשר הדורסני",²⁵² אולם מבחינה פוזיטיבית, אין ספק שגישת "הנשר הגדול" היא הגישה השלטת. על פיה, כשם שדיני עשיית עושר חלים על יחסים חוזיים, כך הם עשויים לחול גם על יחסי אמונאות. גם לגישה המכילה-מכלילה של הלכת **אדרס** יש תימוכין במשפט המשווה, ובפרט בדין האמריקאי, אשר רוחב יריעתו גובל, במודע, בחוסר משמעות בהעדר ניתוח נוסף.²⁵³ באשר לחוק

²⁴⁸ תיאורים עדכניים של הדוקטרינה בספרות, ובעקבות זאת - גם בפסיקה חדישה, נוקטים את המונח "השבה" (restitution), המציין רק את הסעד, במקום "כסף ששולם והתקבל", שציין תבנית תביעה או מעין-עילה. ראו, למשל, BOWSTEAD AND REYNOLDS ON בעקבות Airbus Operations Limited v Withey [2014] EWHC 1126 (QB). AGENCY, art. 49 (19th ed. 2010).

²⁴⁹ ראו המובאה מתוך עניין Gray, לעיל ה"ש 150; עניין *FM Capital CA*, לעיל ה"ש 175, פס' 48: "While, over the years there have been a number of ways of conceptualising the obligation of persons to make restitution of bribes, today it is generally regarded as an example of restitution for wrongs where the cause of action is the wrong and not unjust enrichment."

²⁵⁰ ד"נ 20/82 **אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה.**, פ"ד מב(1) 221 (1988) (להלן: עניין **אדרס**). הדין הישראלי גם מאמץ ביתר חום את העקרון הכללי בדבר השבה בעשיית עושר. לפסיקה חלוצית ראו, בין היתר, ע"א 76/51 **בר-און נ' טופול**, פ"ד ח 1065 (1954) (השופט ש"ז חשין); ע"א 412/54 **עיריית ת"א-יפו נ' חברת ארמון אהרונוביץ 3 בע"מ**, פ"ד י 1835 (1956) (השופט ש"ז חשין); ע"א 278/56 **סופרגז נ' מזרחי**, פ"ד י"ב 394 (1958) (השופט ש"ז חשין); לאסמכתות נוספות ולדיון ראו פרידמן ושפירא בר-אור, **עשיית עושר**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 39-41. לא למותר לציין כי השופט ש"ז חשין ראוי להחשב גם כאב המייסד של דיני האמונאות הישראלים.

²⁵¹ עניין **אדרס**, שם, בעמ' 266. לדיון ועמדות נוספות במחלוקת "הנשר הגדול" ר' ליכט, **דיני אמונאות**, לעיל ה"ש 80, עמ' 255-263.

²⁵² יצחק אנגלרד "כנפי הנשר הדורסני: דיני עשיית עושר ולא במשפט", **ספר זיכרון לגד טדסקי - מסות במשפט אזרחי** 37 (יצחק אנגלרד ואח', עורכים 2005).

²⁵³ ראו (2011) s. 1 cmt. a RESTATEMENT OF THE LAW THIRD: RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT.

While the paradigm case of unjust enrichment is one in which the benefit on one side of the transaction corresponds to an observable loss on the other, the consecrated formula "at the expense of another" can also mean "in violation of the other's legally protected rights," without the need to show that the claimant has suffered a loss.

אלא שההערה, שם, מוסיפה ומבהירה:

Such is the inherent flexibility of the concept of unjust enrichment that almost every instance of a recognized liability in restitution might be referred to the broad rule of the present section. The same flexibility means that the concept of unjust enrichment will not, by itself, yield a reliable indication of the nature and scope of the liability imposed by this part of our legal system.

עשיית עושר בכללותו, הרי שאין לו מקור גינאולוגי מובהק אלא מתרוצצות בו גישות ממקורות שונים: אמריקאיים, אנגליים וקונטיננטליים.²⁵⁴

ואולם, במבט קרוב יותר אל קרקע המציאות המשפטית, המשפט הישראלי מציג חלוקה פנימית של דיני עשיית עושר ביחס לתחומי תחולתם ולכללים החלים בכל תחום. בפסיקה ובספרות מצויות כמה גישות לחלוקה פנימית זו. בפסק הדין בעניין **כלנית השרון השקעות ובנין בע"מ נ' הורביץ** הבחין השופט ברק בין "מסגרת ההשבה" לבין "שיעור ההשבה" כשלכל אחד מהם עקרונות משלו.²⁵⁵ בהסתמך על הדברים האלה, בין היתר, הציגה השופטת נאור בדיון הנוסף בעניין **בייזמן השקעות בע"מ נ' משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ** חלוקה של החלת דיני עשיית עושר לפי "מסלולים" – אחד המבוסס על סעיף 1 לחוק עשיית עושר, ושני, שמקורו בדיני חוזים – והיא אף התייחסה לשני המסלולים כאל שתי עילות:

המסגרת הנורמטיבית בשאלת היקף ההשבה היא סעיף 2 לחוק עשיית עושר.

אך בטרם נגיע לשלב זה יש לבחון תחילה מהי העילה המקימה חובת השבה: "בדיני ההשבה, יש להבחין בין העקרונות, הקובעים את מסגרת ההשבה, לבין העקרונות, הקובעים את שיעור ההשבה" ... אשר למסלול דיני עשיית העושר, כידוע, רק לאחר שהוכחה העילה של התעשרות שלא כדין מגיע זמנה של ההגנה בסעיף 2 לחוק עשיית עושר ... ואילו באשר למסלול דיני החוזים, רק לאחר שהוכח פגם בכריתה הגורר בטלות, באופן ה"מפעיל" את סעיף 21 לחוק החוזים, נפתח הפתח להכניס את השיקולים המופיעים בסעיף 2 לחוק עשיית עושר במסגרת שיקולי ההשבה החוזיים.²⁵⁶

דימוי המסלולים של השופטת נאור מבטא רעיון מוכר בדיני עשיית עושר הישראליים, שעל פיו מבחינים בין "דין פנימי", שהוא הדין מכוח העקרון הכללי וסעיף 1 לחוק עשיית עושר, לבין "דין חיצוני" כגון דיני חוזים לעניין הקנייה של סעד השבה והתנאים להקנייתו, תוך ששניהם – על פי הגישה השלטת – מכונסים תחת כנפיו של הנשר הגדול.²⁵⁷ כנשר יעיר קינו, על גוזליו ירחף; יפרוש כנפיו יקחהו, ישאהו על אברתו.²⁵⁸ גישה שונה מעט מבחינה צורנית אך דומה מבחינה רעיונית הוצגה על ידי עופר גרוסקופף בכתבתו האקדמית,²⁵⁹ והיא אומצה על ידי בית

²⁵⁴ ראו פרידמן ושיפירא בר-אור, **עשיית עושר**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 45-44.

²⁵⁵ ע"א 741/79 **כלנית השרון השקעות ובנין בע"מ נ' הורביץ**, פ"ד לה(3) 533, 541 (1981) ("מטרת ההשבה וטבעה הם למנוע התעשרות שלא כדין. אך מהו שיעור ההשבה? כמו בדיני הפיצויים, כן גם בדיני ההשבה, יש להבחין בין העקרונות, הקובעים את מסגרת ההשבה, לבין העקרונות, הקובעים את שיעור ההשבה ... בעניין אחרון זה - שיעור ההשבה - אין להצביע על נוסחה אחת, הטובה לכל המקרים, אלא יש מקום לקבוע מבחני עזר שונים, המשתנים על-פי הנסיבות, והנזרים מהעיקרון היסודי בדבר מניעת התעשרות שלא כדין.").

²⁵⁶ דנ"א 10901/08 **בייזמן השקעות בע"מ נ' משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ**, פ"ד סה(1) 350, פס' 13 (2011) (להלן: **עניין בייזמן השקעות**). בנוסף לעניין **כלנית השרון**, השופטת נאור הסתמכה, שם, על דברי המשנה לנשיא מ' חשין בדבר היחס בין סעיף 1 לסעיף 2 לחוק עשיית עושר בע"א 1761/02 **רשות העתיקות נ' מפעלי תחנות בע"מ**, פ"ד ס(4) 581, 545 (2006) ("מבחינה אנליטית יש להבדיל ולהבחין בין הצדק והיושר שבסעיף 1 לבין הצדק והיושר שבסעיף 2. הצדק והיושר שבסעיף 1 הם צדק ויושר מכוננים – מכוננים הם עילת תביעה בעשיית עושר. צדק ויושר אלה הם רכיבים פנימיים בעילה, ובלעדיהם לא תיכון עילה. ... רק משכונה עילה בעשיית עושר, רק-אז עולים על הבימה הצדק והיושר שבסעיף 2." (להלן: **עניין רשות העתיקות**). דברים אלה ראויים לעיון החורג מן המסגרת הנוכחית.

²⁵⁷ ראו רע"א 5768/94 **א.ש.י. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ**, פ"ד נב(4) 289, 462-465 (1999) (הנשיא ברק) (להלן: **עניין א.ש.י.ר**).

²⁵⁸ דברים לב 11.

²⁵⁹ ראו גרוסקופף, **התעשרות מנטילה**, לעיל ה"ש 141; ראו גם עופר גרוסקופף, **הגנה על כללי תחרות באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט** 107 ואילך (2002).

המשפט העליון בעניין **Sanofi נ' אוניפארם בע"מ**²⁶⁰. גישה זו מציגה שלוש פרדיגמות לתחולתם של דיני עשיית עושר: התעשרות מנטילת רכוש הזולת, הפרת חובת אמון, והפרת כללי התחרות. מטבע הדברים, היא מתאימה במיוחד לדיון בהקשר הנוכחי, בפרט לנוכח העובדה שגרוסקופף מדגים את הפרדיגמה של הפרת חובת אמון בקבלת שוחד על ידי פקיד ציבור.²⁶¹

נקודת המפתח לענייננו היא שלדעתו של גרוסקופף, הנראית משכנעת, אין לראות בעקרון הכללי בדבר עשיית עושר יותר מאשר "מכשיר לעיצוב גס מאוד של אותם המצבים שניתן, כעניין עקרוני, לשקול בהם הכרה בזכות להשבה. לעומת זאת אין לראות בעיקרון הכללי מכשיר המאפשר לקבוע אם תוטל בסופו של דבר חבות במקרה נתון הנופל לתוך גבולות גזרה אלה."²⁶² כך, לדעתו, יש להבין את עמדתו של פרידמן במאמרו הקלסי, שאותה הוא תופס כעמדת ביניים.²⁶³ בדימוי מפורסם אחר ביחס לדיני עשיית עושר – של גלגל בעגלת המשפט האזרחי²⁶⁴ – גרוסקופף עומד על ההכרח בתיאום מערכתי: "אין לאפשר מצב שבו גלגל אחד ימשוך בכיוון אחד, והגלגל האחר בכיוון הנגדי. בין ענפיו השונים של המשפט האזרחי חייב להתקיים תיאום אשר יאפשר את הגשמת המשימה המשותפת המוטלת עליהם. תיאום זה מושג באמצעות הפנמה של המטרות והיעדים המשותפים בכל אחד מהענפים המשפטיים."²⁶⁵ ואכן, ביחס לחיוב בהשבה פרידמן בספרו גורס, כי "איזכור עילת ההשבה בחוקי החוזים החדשים איננו מונע היזקקות לעקרונות הכלליים של דיני עשיית עושר, כפוף כמובן לכך שהדין הספציפי לא קבע 'הסדר שהוא שונה מהדין הכללי בשל המיוחדות של המסגרת הספציפית'.²⁶⁶" בדומה לכך, ביחס להגנות או לשיקולים לפטור מהשבה – כי "מגמה של אחידות מחייבת ... להחיל את ההגנה שבס' 2 לחוק עשיית עושר

²⁶⁰ ראו ע"א 2167/16 **Sanofi נ' אוניפארם בע"מ** (12.7.2021) (המשנה לנשיאה בדימוי מלצר), פס' 74 ואילך (להלן: **עניין Sanofi**). לעת כתיבת המאמר תלויה ועומדת בקשה לדיון נוסף בפסק הדין. ראו דני"א 5679/21 **Sanofi S.A נ' אוניפארם בע"מ**.

²⁶¹ ראו גרוסקופף, **התעשרות מנטילה**, לעיל ה"ש 141, בעמ' 778. לעניין ההצדקה לשלילת רווח לדעת גרוסקופף ראו לעיל ה"ש 141.

²⁶² שם, בעמ' 768.

²⁶³ שם, בעמ' 767, בעקבות Daniel Friedmann, *Restitution of Benefit Obtained through the Appropriation of Property or the Commission of a Wrong*, 80 COLUM L. REV. 504 (1980).

²⁶⁴ ראו Richard A. Epstein, *The Ubiquity of the Benefit Principle*, 67 S. CAL. L. REV. 1369, 1370–71 (1994) ("I shall place the question, What is the role of the restitution principle? front and center, and hope to show how the common law coach runs not on three substantive wheels [property, tort, and contract - A.L.], but on four." אפסטיין מנה את שלושת תחומי המשפט האזרחי שבדין אך השמיט את זה שמקורו ביושר – דיני אמונות. כאשר מביאים אותו במניין, נדמים דיני השבה/עשיית עושר כגלגל חמישי...).

²⁶⁵ ראו גם בע"א 3666/90 **מלון צוקים בע"מ נ' עירית נתניה**, פ"ד מו(4) 45, 70–71 (1992) (השופט מ' חשין) ("בשטח החפיפה של השניים יחולו עקרונות היסוד והדוקטרינות שמשני הענפים, למיצער אלה בצד אלה, ולדעתנו אף אלה בתוך אלה. לשטח חפיפה זה – ואם תרצה: לשטח מריבה זה – חייבת שיטת המשפט לקבוע כללי התנהגות ותיאום בין הכללים, העקרונות והדוקטרינות"); עניין **א.ש.י.ר**, לעיל ה"ש 257, בעמ' 412–413 (השופט שטרסברג-כהן) ("מקובל עליי שקיימים תחומי חפיפה בין שתי מערכות הדינים וכי לעתים החפיפה היא מלאה, לעתים היא חלקית ולעתים אינה קיימת כלל. השאלה היא כיצד נתמך ביניהן ונמצא את הדין ההולם ליישום במקרה נתון.")

²⁶⁶ פרידמן, **עשיית עושר 1998**, לעיל ה"ש 130, עמ' 41. נוסח דומה מופיע אצל פרידמן ושפירא בר-אור, **עשיית עושר**, לעיל ה"ש 7, עמ' 58. המובאה הפנימית לקוחה מדברי הנשיא ברק בעניין **אדרס**, לעיל ה"ש 250, בעמ' 263, אשר בתורו אימץ את עמדתו של פרידמן בסוגיה במהדורה קודמת של חיבורו.

על כל החיובים שיסודם הרעיוני הוא מניעת התעשרות בלתי מוצדקת ... זאת, אם אין כוונה ברורה אחרת משתמעת מאותו דבר חקיקה.²⁶⁷

במבט מפוכח, הפער הנחזה בין הדין הישראלי לדין האנגלי בשאלת התחולה של כללים מדיני עשיית עושר מתברר אפוא כקטן יותר מכפי שהוא נראה בראשונה. התפיסה האנגלית החדשה, המקבלת את העקרון הכללי במלואו אך מחריגה את תחולתו ביחס להתעשרות עולתית, התעשרות אשר לגביה יש כללים מיוחדים להשבה בתחומי הדין השונים, אינה כה רחוקה מהתפיסה הישראלית. תהא אשר תהא הכותרת של תחומי התחולה של חובת ההשבה בעשיית עושר לפי הגישות השונות – מסלול, פרדיגמה, עילה וכו' – לאמיתו של דבר הרי בפנינו דיני עשיית עושר א', דיני עשיית עושר ב' ויתכן שגם גרסאות נוספות ברוח זו. בגרסה א' חלים העקרון הכללי לפי סעיף 1 וסייגיו לפי סעיף 2 לחוק במלואם ובמתכונתם הגנרית. בגרסה ב' – שאותה יש לפצל לגרסאות משנה ב'1, ב'2 וכו' לפי תחומי הדין השונים שעליהם הן חלות: חוזים, נזיקין וכו' – יחולו העקרון וסייגיו תוך התאמות נדרשות לתכלית המיוחדת של כל תחום, וככל שאין באותו תחום דינים כללים ייחודיים לו לצורך הגשמת תכליתו אל מול העקרון השולל התעשרות בלתי צודקת. כל גוזל של הנשר הגדול לפי יכולתו, כל גוזל לפי צרכיו.

לעיל נוכחנו, כי חובת האמון לא נגזרה מדיני עשיית עושר ולא באה לעולם כדי למנוע התעשרות בלתי צודקת, הגם שיש בדיניה חלקים שזהו פועלם.²⁶⁸ כעת, מנקודת המבט של דיני עשיית עושר הישראליים, אשר חלים עקרונית על התעשרות עולתית, ולאור הדברים שלעיל, ניגע בשאלה הבסיסית עד כמה דיני האמונות "זקוקים" לסיוע ולהשלמות מדיני עשיית עושר על מנת לעמוד במשימתם כיאות. זאת, בדומה לדיני החוזים שלנו, אשר בית המשפט העליון קבע כי דיני עשיית עושר משלימים אותם ביחס לשלבים שונים של היחסים החוזיים.²⁶⁹ התשובה היא "במידה מועטה בלבד, אם בכלל". היה זה מפתיע מאוד אילו התברר שגוף דינים זה, שהתפתח והשתכלל במשך דורות במערכת דיני היושר, לא היה רווי ביסודות דוקטרינריים המבטאים תפיסה עקרונית של צדק ויושר – *ex aequo et bono*²⁷⁰ – ובכלל זה מניעת התעשרות בלתי צודקת. ואכן, למי שציפו להפתעה כזו נכונה אכזבה. חרף העובדה שחובת האמון אינה מכוונת למנוע התעשרות בלתי צודקת, יסודות של השבה ומניעת התעשרות בלתי צודקת משולבים באופן מתוכלל במשטר האחריות על הפרתה – דהיינו, מערך כללי החשבון.²⁷¹ למעשה, יסודות אלה

²⁶⁷ פרידמן, **עשיית עושר 1998**, לעיל ה"ש 130, עמ' 49. נוסח זהה מופיע אצל פרידמן ושפירא בר-אור, **עשיית עושר**, לעיל ה"ש 7, עמ' 66.

²⁶⁸ ראו לעיל טקסט לה"ש 144 ואילך ובפרט ה"ש 150.

²⁶⁹ ראו, למשל, עניין **אדרס**, לעיל ה"ש 250; ע"א 588/87 **כהן נ' שמש**, פ"ד מה(5) 297 (1991) (להלן: עניין **כהן נ' שמש**); עניין **מלון צוקים**, לעיל ה"ש 265; עניין **בייזמן השקעות**, לעיל ה"ש 256.

²⁷⁰ השו"ע"א 827/76 **ישראל נ' בנק הפועלים**, פ"ד לב(1) 153, 157 (1977) (השופט זוסמן) ("לא רגש הצדק של השופט האינדיבידואלי קובע אלו הן נסיבות המחייבות השבה על-פי כללי היושר, *ex aequo et bono*, אלא שבמרוצת הזמן נתגבשו עקרונות מסויימים שעל-פיהם פוסקים"). השופט זוסמן, בעקבות לורד מנספילד, הבחין היטב בין הדין לבין היושר ובכך שהניסיון בעניין *Moses* להטמיע במפורש בדין יסודות מן היושר, שמקורם במשפט הרומי, נותר ניסיון נפל במשך יותר ממאתיים שנה עד שהעקרון אומץ לבסוף.

²⁷¹ ראו עניין *Harris*, לעיל ה"ש 142, פס' 310: "The extent of the remedy of account of profits depends on the extent to which the fiduciary is unjustly enriched" (השופט היידון); שם, פס' 172: "The discretionary remedies of constructive trust (or lien) and accounting of profits are part of equity's ample armoury when dealing with cases of breach of fiduciary duty. Their functions and purposes are the preclusion of

משולבים בו לא רק כדי להגן על הנהנה מפני כוחו של האמונאי אלא גם בכיוון "הפוך" – כלומר, כדי להגן על האמונאי, הכפוף לחובת החשבון המקיפה, מפני התעשרות בלתי צודקת של הנהנה הניפר על חשבון.²⁷²

נמצא, כי כאשר בתי המשפט של היושר פיתחו ועודם מפתחים את כללי האחריות בדיני אמונאות, הם מכירים את העקרון הכללי בעשיית עושר ונותנים לו ביטוי פוזיטיבי בדוקטרינה, ככל שהדבר נדרש כדי לעצב אותה כך שתגשים את תכליתה באפקטיביות תוך שמירה על יסודות הצדק והיושר במידה הנחוצה. זהו אפוא מקרה מובהק של "הסדר שהוא שונה מהדין הכללי בשל המיוחדות של המסגרת הספציפית", כלשונם של פרידמן והנשיא ברק.²⁷³ אם תרצו, אלה דיני עשיית עושר ב'3. כפועל יוצא מכך, מכיוון שכללי עשיית עושר כבר מתוכללים בכללי האחריות בדיני האמונאות – ואת אלה יש להכיר וליישם בקפדנות – החלתם "פעם נוספת" תסב נזק בדמות חתירה תחת הגשמת תכליתו של הדין, ומזאת יש להמנע.

כדי לסבר את הדעת נעיין בכמה דוגמאות ליישום של חובת השבה בעשיית עושר לעומת סעד באמונאות. תחילה נציץ באופן שבו דיני האמונאות כבר מתכללים את העקרון הכללי נגד התעשרות בלתי צודקת (לאמור, את דיני עשיית עושר בגרסה א' בתוך גרסה ב'3). הנהנה הניפר ביחסי אמונאות זכאי לשלילה מלאה ומוחלטת של כל רווח וטובת הנאה שצמחו לאמונאי בקשר להפרה.²⁷⁴ במידת הצורך, ייאמד היקף השלילה "בחוזקה" ("robustly").²⁷⁵ אף על פי כן, שיקולים של עשיית עושר להגנה על האמונאי המפר מביאים לכך שהרווח הכפוף לשלילה הוא הרווח נטו בלבד, בכפוף להוצאות בפועל שהוצאו בהפקתו ואשר הוא יכול להוכיח אותן בהליך החשבון.²⁷⁶ עמדה זו אינה מובנת מאליה. מכיוון ששיקולים של הרתעה ונחיתות במידע תופסים מקום מרכזי בעיצובו של משטר האחריות בדיני אמונאות, ניתן היה לחשוב שבתי המשפט ינקטו

"unjust enrichment and deterrence, both general and specific." (השופט מייסון, במיעוט אך לא בנקודה זו); ראו גם את המובאה מעניין *Harris* בה"ש 150 לעיל וסימוכין נוספים המובאים על ידי השופט היידון, שם, שם.

²⁷² ראו, למשל, *Ultraframe (UK) Ltd v. Fielding* [2005] EWHC 1638 (Ch), [1588] (U.K.) (Lewison J).

The governing principles [of fashioning the account - A.L.] are, in my judgment, these: i) The fundamental rule is that a fiduciary must not make an unauthorised profit out of his fiduciary position; ii) The fashioning of an account should not be allowed to operate as the unjust enrichment of the claimant; ...

זהו פסק דין רחב יריעה ומעמיק במיוחד, אשר למרות שניתן בערכאה קמא הוא מצוטט רבות גם בערכאות בכירות כאסמכתה חשובה. ראו גם פסק הדין המנחה בעניין *Warman*, לעיל ה"ש 150, פס' 33 (הדגשות הוספו):

In the case of a business, it may well be inappropriate and inequitable to compel the errant fiduciary to account for the whole of the profit of his conduct of the business or his exploitation of the principal's goodwill over an indefinite period of time. ... *This is not to say that the liability of a fiduciary to account should be governed by the doctrine of unjust enrichment*, though that doctrine may well have a useful part to play; it is simply to say that the stringent rule requiring a fiduciary to account for profits can be carried to extremes and that in cases outside the realm of specific assets, *the liability of the fiduciary should not be transformed into a vehicle for the unjust enrichment of the plaintiff*.

²⁷³ ראו לעיל ה"ש 266 וטקסט נלווה לה.

²⁷⁴ ראו ליכט, **דיני אמונאות**, לעיל ה"ש 80, בעמ' 346 ואילך.

²⁷⁵ ראו *Nicholls v. Michael Wilson & Partners Ltd* [2012] NSWCA 383, [279].

²⁷⁶ ראו ליכט, **דיני אמונאות**, לעיל ה"ש 80, בעמ' 350.

גישה מחמירה יותר, שאינה מכירה בהוצאות, מתוך חשש שמא האמונאי "יעמיס" הוצאות מופרזות שייקשה עליהם לזהותן. שיקול זה בדיוק הדריך את בית המשפט העליון בהקשר סמוך, של חילוט עונשי, כאשר פסק בעניין **בלוא** שחילוט נכסים הקשורים לעבירה יהיה "ברוטו", מבלי שהמשיב יוכל להוכיח ולנכות הוצאות ומסים.²⁷⁷ זהו דין בעל אופי עונשי, שהיושר סולד ממנו גם באופן עקרוני.²⁷⁸ שלילה מקיפה ומוחלטת "נטו", אשר מבטאת גם את העקרון נגד התעשרות בלתי מוצדקת כפי שראוי בהקשר, היא אפוא נקודת האיזון בדיני אמונאות. ממנה אין לסטות בלא טעמים חזקים הנובעים מאופיים המיוחד של יחסי אמונאות ושל הדין החל עליהם.

כעת נשווה בין דיני חוזים לדיני אמונאות (ושוב, אם תרצו – דיני עשיית עושר ב'1 לעומת ב'3). תרופת השלילה של רווחי אמונאי מפר היא מקיפה, כאמור, והיא עניין שבזכות.²⁷⁹ לא כך ביחסים חוזיים. לנפגע מהפרת חוזה יש אפשרות לתבוע את רווחי המפר בתביעת השבה בעשיית עושר, אלא שעם כל נכונותו המושגית והדוקטרינרית, זהו חריג נדיר שבנדירים על גבול הקוריוז. כך בדין הישראלי בנוגע להלכה המכוננת בעניין **אדרס**;²⁸⁰ וכך בדין האנגלי ביחס לאחותה המכוננת כמוה בפרשת *Blake*.²⁸¹ בית המשפט העליון בבריטניה אישר אותה לאחרונה, תוך שהוא מטעים מדוע ביחסים חוזיים נכון לשמור אותה למקרים חריגים בלבד.²⁸² גם בהקשר זה, מי שמבקש להביט על שלילה באמונאות במשקפיים של השבה בעשיית עושר נדרש להכיר את ייחודו של ההקשר האמונאי וליישם את הדין בהתאמות הנדרשות על פיו.²⁸³

²⁷⁷ ראו ע"פ 6339/18 **בלוא נ' מדינת ישראל** (15.1.2020) (להלן: עניין **בלוא**).

²⁷⁸ ראו *Recovery Partners GP Ltd v. Rukhadze* [2022] EWHC 690 (Comm), [239] ("The remedy of an account of profits is not penal; equitable principles do not compel a fiduciary to disgorge more than he has received/earned by reason of his breach"). *Vyse v. Foster* (1872) LR 8 Ch App 309, 333 בעקבות *Harris*, לעיל ה"ש 142, פס' 470: "equity does not bear the same relationship to the instinct for revenge as the institution of marriage does the sexual appetite."

²⁷⁹ זאת, בכפוף עקרונית לשיקול הדעת של בית משפט של יושר בדבר ניקיון כפיים, אך זהו תרחיש שולי. ראו *Recovery Partners*, שם; ראו גם עמיר ליכט "שניים סינים – תביעת שלילה בגין חריגה מהרשאה וטענת אי-ניקיון כפיים" **נקודה בסוף משפט** (27.2.2020), <https://amirlicht.wordpress.com/2020/02/27/168>.

²⁸⁰ עניין **אדרס**, לעיל ה"ש 250; ראו לאון יהודה אנידג'ר, איל זמיר ואורי כץ "המהפכה במעמדה של תרופת האכיפה - דין, תיאוריה וממצאים אמפיריים" **משפטים** מט' 5, 57 (2019) ("בכל בסיס הנתונים יש רק מקרה אחד שבו תרופה זו נתבעה, אין אף מקרה שבו היא נפסקה בבית המשפט המחוזי, ויש רק שניים שבהם היא נפסקה בבית המשפט העליון [אחד מהם הוא עניין **אדרס** עצמו – ע.ל.]. (ובאחד מהשניים היא לא חרגה מהגנה על אינטרס הציפייה)."); ראו גם איל זמיר "שנאת הפסד ונטילת רווחי המפר – בעקבות הלכת **אדרס**" **ספר שלמה לזין** 323, 333–337 (אליעזר ריבלין, אשר גרוניס ומיכאיל קרייני עורכים, 2013).

²⁸¹ ראו *Attorney General v. Blake* [2000] UKHL 45; [2000] 4 All ER 385 (U.K.) (Lord Nicholls) ("It will be only in exceptional cases, where those remedies are inadequate, that any question of accounting for profits will arise. No fixed rules can be prescribed.")

²⁸² ראו עניין *One Step*, לעיל ה"ש 243, פס' 34–35 וכן פס' 82: "What *Blake* decided was that in exceptional circumstances an account of profits can be ordered as a remedy for breach of contract. The soundness of that decision is not an issue in this appeal."

²⁸³ ראו את דברי לורד ריד בעניין *One Step*, שם, פס' 67, בעקבות דברי לורד ניקולס בעניין *Blake*:

[R]emedies for breach of fiduciary duty [consist of – A.L.] the availability in equity of an order for an account of profits. That is in a context where the fiduciary owes his principal a duty of unqualified loyalty, and a consequent duty to account for all profits made from his position. The nature of the remedy reflects the nature of the obligation which has been infringed.

לעומת זאת, כדוגמה למהלך רעוע פוזיטיבית ונורמטיבית, עם כל הכבוד, נצביע על קו הפסיקה בעניין "שכר ראוי" לאמונאי מפר. בדומה לתביעה לכסף ששולם והתקבל, גם התביעה לשכר ראוי (*quantum meruit*) היא אחת מתבניות התביעה הישנות במשפט המקובל שפעלו נגד התעשרות בלתי מוצדקת, ואשר כיום מגולמת ישירות בדוקטרינה הכללית של עשיית עושר ולא במשפט – אצלנו, בחובת ההשבה לפי סעיף 1 לחוק עשיית עושר. התביעה לשכר ראוי היא אפוא עניין שבזכות כלפי מי שקיבל שירות בעל ערך שלא על פי זכות שבדין. לא כך באשר לאמונאי מפר שנתן שירות בעל ערך לנהנה. לא זו בלבד שהלה כפוף לשלילה מקיפה של כל רווח בקשר להפרה, כאמור, אלא שבמסגרת החשבון יחולט גם כל השכר הקשור לפעילות הנגועה בהפרה, זולת החרג הנדיר של קצובה שביור (equitable allowance), הניתנת כמעשה חסד ובכפוף לתנאים ולא כזכות.²⁸⁴ אכן, האמונאי המפר ימצא כך כמי שנתן שירות בעל ערך בלא תמורה, אלא שזוהי קביעה מכוונת של הדין המיוחד לאמונאים ולא העברת ערך פגומה. על כן אין לראות את הנהנה כמי שקיבל את השירות שלא על פי זכות שבדין. בכך העקרון הכללי בדיני עשיית עושר מותאם פורמלית להסדר המיוחד שבדיני אמונאות (דהיינו, דיני עשיית עושר א' מותאמים לגרסה ב'). אף על פי כן, נקבע אצלנו כמה פעמים במסגרת ניתוח בעשיית עושר, כי ראוי לפסוק שכר ראוי לאמונאי מפר, כשלעיתים נאמר שהשכר יהיה "בתחום הנמוך", כביכול כדי לבטא שאין דעת חכמים נוחה הימינו.²⁸⁵ מעבר לטעות המשפטית המצערת שבפסיקה זו, אשר ניתן להסבירה לנוכח הדומיננטיות של שיח עשיית העושר בפסיקה לעומת שיח האמונאות הדל יחסית, במיוחד בתחום הסעדים, הרי היא רעועה גם משיקולי מדיניות. זאת, מכיוון שהיא מחבלת בתכליתו של הדין בכך שהיא חותרת תחת עקרון היסוד, אשר פוסל כל אפשרות לעקוף את כלל איסור הרווח שלא באמצעות הסכמה תקפה מיוחדת במלואה, ובתאגיד – במנגנון שנקבע לכך בלבד.²⁸⁶ בכך היא יוצרת תמריץ מעוות להפר "בשיטת מצליח", והדברים מובנים מאליהם.

²⁸⁴ לפירוט הדין ראו לעיל טקסט סמוך לה"ש 85 ואילך.

²⁸⁵ ראו תנ"ג 32007-08-11 **אפרת נ' בן שאול** (12.12.2012), פ"ס 36 (השופטת רונן); תנ"ג 52117-02-12 **רסולי נ' ישרס חברה להשקעות בע"מ** (5.12.2013), פ"ס 22 (השופטת רונן); תנ"ג 32007-08-11 **אילקס מדיקל בע"מ נ' בן שאול** (13.7.2014), פ"ס 19 (השופטת רונן); ת"א 6368-06-08 **מעון נסיעות בע"מ ואח' נ' יו.בי. אמ. טרוול בע"מ** (6.10.2014), פ"ס 57 (השופט שינמן); ת"א 8095-09-15 **ק.ר.נ.א. בע"מ נ' סלע קפיטל אינווסטמנט בע"מ** (5.7.2017), פ"ס 34 (השופטת רונן); תנ"ג (ת"א) 27061-07-16 **שיליאן נ' צרפתי** (2.11.2020), פ"ס 39 ואילך (השופטת רונן). ליישום נכון של הדין ראו ה"פ 7876-03-12 **ביטון נ' גולדפון בע"מ** (20.6.2012) (השופט נעם); השוו ת"א 1939-09-19 **סמליאנסקי נ' אוצר קרן היסוד התחדשות עירונית בע"מ** (10.11.2021), פ"ס 46-50 (השופט פרידלנדר); רע"א 687/12 **דרורי נ' אי.א. אל ישראל אקוויטי בע"מ** (23.1.2013) (הנשיא גרוניס) (סעד ביניים). הסוגייה נידונה בעבר כמה פעמים. ראו, בין היתר, ליכט, **דיני אמונאות**, לעיל ה"ש 80, בעמ' 327; עמיר ליכט "שבחי מעוז – חשבון תקיף נגד אמונאי שסרח ושאלת שכרו" **נקודה בסוף משפט** (30.11.2015), <https://amirlicht.wordpress.com/2015/11/30/32>; עמיר ליכט "לא יבקשו, לא יקבלו – האם מנהל שמשך דמי ניהול בלא אישור זכאי לשכר ראוי" **נקודה בסוף משפט** (25.7.2017), <https://amirlicht.wordpress.com/2017/07/25/89>; עמיר ליכט "צרפתי, אנגלי וישראלי – האם נושא משרה שלא נמצא ראוי לשכר ראוי" **נקודה בסוף משפט** (8.2.2021), <https://amirlicht.wordpress.com/2021/02/08/194>.

²⁸⁶ לא למותר להזכיר כי בפסק הדין המנחה בעניין *Guinness plc v. Saunders Plc* [1989] UKHL 2, [1990] 2 AC 663 (H.L.) הסביר בית הלורדים, בדעת הרוב מפי לורד טמפלמן ובדעת יחיד בהסכמה מפי לורד גוף, מהמבשרים של דיני עשיית עושר החדשים במשפט האנגלי, מדוע טענת *quantum meruit* אינה ממין העניין בדיון בתביעת שלילה נגד נושא משרה שמשך שכר בלא אישור. לורד גוף אף דחה את האפשרות לפסוק קצובה שביור בנסיבות שם. זהו הדין גם בדלור. ראו *Espinoza v. Zuckerberg*, 124 A.3d 47 (Del. Ch. 2015); עמיר ליכט "שכר על הפנים – תגמול לנושא משרה שלא אושר במנגנון הקבוע לכך" **נקודה בסוף משפט** (30.10.2015), <https://amirlicht.wordpress.com/2015/10/30/28>.

על רקע זה נקל לראות את התקלה שאירעה בעניין יזיד וכנראה גם בעניין דה לנגה.²⁸⁷ לאור ההדרכה שמצאה בפסק דין אבנון, כי העילה באמונאות והעילה בעשיית עושר מביאות כביכול לסעד זהה, הפחיתה השופטת מצא כ-30% מסכום השוחד שיש להשיב, מחמת שיקולי צדק "פתוחים" לפי סעיף 2 לחוק עשיית עושר. לכך לא היה מקום. ראשית, שלילה מלאה של שלמוני השוחד נדרשת על פי דין ברור, יציב ומנומק היטב משיקולי מדיניות. שנית, גם הפגיעה בהשתכרות שספג יזיד עקב הרשעתו אינה יכולה להחשב כשיקול לפטור או הפחתה מהשבה, שכן גם היא נתפסת עקרונית בחבותו האזרחית מחמת הפרת חובת אמון. אף במסגרת ניתוח של עשיית עושר (על יסוד ההנחה (השגויה) שאין רבותא בדיון בדיני אמונאות), המסגרת הנכונה היא זו שכינונו "גרסה ב'3" – דהיינו, תוך התאמה ל"מיוחדות של המסגרת הספציפית" – ולא "גרסה א'" הגנרית של העקרון הכללי, המעוגנת בסעיף 1.

בדומה לכך, נכונותו של בית המשפט בעניין דה לנגה לדון בפטור לפי סעיף 2 – שצויינה במפורש לגבי בעל השליטה, המשחד, ואפשר להסיקה במשתמע ביחס לנושאי המשרה, המשוחדים – אינה במקומה, עם כל הכבוד. בלשונו של בית המשפט עצמו בעניין דה לנגה, בכך יש כדי לעוות את מערך התמריצים שצריך לחול על האמונאים בחברה ובכלל. ככל שבית משפט מבקש ליישם דווקא את העקרון הכללי בעשיית עושר לפי סעיף 1, ומשכך – לשקול שיקולים לפטור לפי סעיף 2 לחוק, שומה עליו אז ליישם בנוסף לכך ובנפרד את דין הסעדים המיוחד והשונה של החשבון בדיני האמונאות כדי שלא להביא לעיוות הדין בכלל ושל הנהנה הניפר בפרט.

ה.3. התעשרות "על חשבון" או "מן המזכה"

משעמדנו על כך שהדין הישראלי מחיל חובת השבה בעשיית עושר ביחס להתעשרות עוולתית ועל המתכונת הראויה להחלטה, נעבור לאתגר המרכזי שבהחלת החובה בתרחישי שוחד – דהיינו, קביעת היסוד של "על חשבון", או כי הזכייה באה לזוכה מן המזכה לפי סעיף 1 לחוק עשיית עושר, או כי הנהנה סבל "נזק", "הפסד" או "חסר" ממוני.²⁸⁸ כפי שבתי המשפט הטעימו לא פעם וצויין לאורך המאמר עד כה, היסוד הזה אינו מתקיים כפשוטו בתרחישי שוחד. עובד הציבור ואמונאים כדוגמתו, הנתבעים, אינם מקבלים את שלמוני השוחד מן המדינה, החברה או נהנה כמוהו. רעיון ההתעשרות "על חשבון" מוקשה עוד יותר ביחס להטלת חובת השבה על הגורם המשחד. עם גוויעתה של טענת כסף ששולם והתקבל והחלפתה בעקרון הכללי נגד התעשרות לא מוצדקת, נפלה עמה גם הסברה המעושה, כאילו שלמוני השוחד התקבלו כביכול לשימוש של הנהנה, לפי הפסיקה האנגלית שהתיישנה.²⁸⁹

המצב בדין הישראלי ביחס ליסוד "על חשבון" אינו ברור, ובפסיקה יש עמדות לא לכידות. נקודת המוצא לדיון הינה שלשונו של סעיף 1 לחוק עשיית עושר אינה דורשת במפורש התרוששות של התובע אלא מסתפקת בכך שיהיה מעבר של "זכיה" מהתובע לנתבע, לאו דווקא

²⁸⁷ לסקירת הפסיקה שם ראו לעיל טקסט סמוך לה"ש 208 ואילך.

²⁸⁸ לעתים בתי המשפט מעירים כי לא נדרש להראות "נזק" כדי לבסס עילה בעשיית עושר, אלא שלא פעם ההערה מופיעה בסמיכות לדיון ב"השבה הרתענית" מחמת "אין חוטא נשכר", שהיא קטגוריה שונה מהותית מעשיית עושר לפי העקרון הכללי. כדי למקד את הדיון נתייחס ליסוד של "על חשבון" או "מן המזכה".

²⁸⁹ ראו לעיל טקסט לה"ש 246 ואילך. סברה זו יש להבחין מן החזקה הניתנת לסתירה בדבר נזק בקשר לעילה הנזיקית ביחס לשוחד, אשר עומדת בעינה. ראו לעיל טקסט לה"ש 166 ולה"ש 190.

במישרין.²⁹⁰ אלא שבד בבד ברור גם, שבדומה לצורך המוכר באמות מידה לתחומים קשר סיבתי משפטי מתוך אינספור הזיקות העובדתיות שניתן לטעון להן, כך נדרשת אמת מידה משפטית לזיהוי זיקות רלוונטיות של מעבר הזכיה מהתובע המזכה לנתבע הזוכה. פרידמן ושפירא בר אור מצינים אגב הפסיקה בעניין **חברת החשמל לישראל בע"מ נ' שליידר**, כי פסק הדין מעלה "שאלה מעניינת בסוגיית ריחוק ההתעשרות", ולדבריהם, "השאלה היא מהם גבולות הלכה זו."²⁹¹ באותו מקרה אושרה עילה של עשיית עושר בתביעה ייצוגית של צרכני חשמל בטענה שתעריף החשמל נופח מחמת דיווח לקוי של עלויות מפוקפקות, אולם בית המשפט השתית את העילה על רעיון "ההשבה ההרתעתית" מחמת "אין חוטא נשכר". רעיון זה מצוי מחוץ לגדרי העקרון הכללי בעשיית עושר בדיוק בשל העדרו של יסוד ה"על חשבון"/"מן המזכה", ואליו נשוב בהמשך. הדרה קושיה לדוכתה.

השופט גרוסקופף בעניין **יהודה נ' Hewlett-Packard Company** נמנע אף הוא מפרשנות דווקנית של יסוד ה"על חשבון", אולם הפעם בתוך גדרה של נוסחת האחריות הכללית בעשיית עושר, כאשר אישר עילה של עשיית עושר בתביעה ייצוגית של צרכני מחסניות דיו שלא סומנו כדין נגד היצרנית והמשווקות המורשות, אשר בכך חסכו בעלויות.²⁹² זאת, הגם שהצרכנים רכשו את המוצר מקמעונאים, שהם אלה שפעלו מול המשווקות המורשות, שבתורן פעלו מול היצרנית. נקודת השיא במגמה זו מצויה בעניין **גולן נ' Volkswagen AG**, שבה אישרה לאחרונה סגנית הנשיא צפת עילה של עשיית עושר בתביעה ייצוגית של צרכנים – הפעם נגד היצרניות והיבואניות הרשמיות של מכוניות, שהותקן בהן רכיב תרמיטי ביחס לעמידה בתקני זיהום אוויר בשערוריית "דיזלגייט".²⁹³ לגישתה, "ההתעשרות היא על חשבון בעלי כלי הרכב המושפעים בשל כך שגרמו להם הפסד רכושי, ועל חשבון הציבור בשל כך שנאלץ לשאת בתוצאות הפליטה העודפת של NOx. מטרת התקנת הרכיב התרמיטי הייתה לכאורה להגדיל את רווחי המשיבות."²⁹⁴ מנגד,

²⁹⁰ ראו פרידמן ושפירא בר-אור, **עשיית עושר**, לעיל ה"ש 7, עמ' 103:

השימוש בביטוי זכיה ה"באה" מן התובע איננו מלמד על כוונה להציב דרישה כי טובת ההנאה תבוא במישרין מן התובע או כי תבוא אך ורק מן התובע. ... המחוקק נקט גישה מרחיבה ולא ביקש לכבול את העיקרון הכללי באזיקים מסוג זה. נמצא, זכיה יכולה לבוא מן התובע או להיות על חשבון, אף אם התגלגלה לידי הנתבע באמצעות פעולה פיזית או משפטית שעשה עם אדם אחר.

ראו ברוח זו גם פרידמן ושפירא בר אור, שם, בעמ' 36. בעניין **א.ש.י.ר**, לעיל ה"ש 257, בעמ' 414, הביעה השופטת שטרסבג-כהן אגב אורחא תמיכה בעמדה זו, שהופיעה כבר אצל פרידמן, **עשיית עושר 1998**, לעיל ה"ש 130, עמ' 24.

²⁹¹ ראו, בהתאמה, ע"א 3456/13 **חברת החשמל לישראל בע"מ נ' שליידר** (29.8.2017), פס' סו (המשנה לנשיאה רובינשטיין) (להלן: עניין **שליידר**); פרידמן ושפירא בר-אור, **עשיית עושר**, לעיל ה"ש 7, עמ' 1421. הביטוי "ריחוק ההתעשרות" עשוי להציע היקש מ"ריחוק הנזק", אולם שני הביטויים אינם מדויקים בהקשר הנוכחי. אין מדובר באמידת היקף ההתעשרות הכפוף לחובת השבה, שיש לתחום אותה בכלים משפטיים, אלא בזיקה הרלוונטית בין התובע לנתבע, שההיקש הקרוב לה מניקין הוא סיבתיות התוצאה או ההסתמכות בעוולות מבוססות-מצג.

²⁹² ראו ת"צ 51324-03-14 **יהודה נ' Hewlett-Packard Company** (3.5.2017), פס' 32 (להלן: עניין **HP**). זאת, בעיקר על סמך הדברים מאת פרידמן ושפירא בר-אור, המובאים לעיל בה"ש 290.

²⁹³ ראו ת"צ 756-10-15 **גולן נ' Volkswagen AG** (28.9.2022) (להלן: עניין **Volkswagen**).

²⁹⁴ שם, פס' 126. הקביעה כי ההתעשרות היתה על חשבון הציבור הרחב שסבל מזיהום אוויר מעוררת קושי ביחס לעילה בעשיית עושר של צרכני מכוניות פולקסווגן ואאודי, שבהן הותקן הרכיב התרמיטי. יתכן שמוטב היה למצוא לה עיגון בחבות מחמת "אין חוטא נשכר" או להמנע מלהסתמך עליה. ראו גם שם, פס' 127: "לא ניתן להתעלם מהאפשרות כי הוזלת מחירי הרכבים בזכות אותן הטבות מיסוי, בתוספת העובדה כי הרכבים נחזו ל"ירוקים" וגם חסכוניים בדלק, מיצבה את כלי הרכב המושפעים כאטרקטיביים במיוחד והעלתה את היקף מכירותיה של צ'מפיון היא 'הזוכה', מה שהוביל להתעשרותה על חשבון הצרכנים הן מהמכר והן מביצוע טיפולי תחזוקה שוטפים ותיקונים אחרים במוסכיה המורשים." גם בהקשר זה הסברה כי הוזלת כלי הרכב הובילה להתעשרות על חשבון הצרכנים

בעניין **המוסד לביטוח לאומי נ' הסתדרות הכללית** דחה בית המשפט העליון בקשה לאשר תביעה ייצוגית בעילה בעשיית עושר בשם עובדים נגד המוסד לביטוח לאומי, בשל כך שהוא גבה ממעבידים, כדון, כספים שנועדו לממן תגמולים לעובדים אולם נמנע מלשלם להם תגמולים אלה, שלא כדון.²⁹⁵ השופט עמית בדעת הרוב קבע, כי הכספים שנגבו מהמעבידים אינם יכולים להיות מושא לתביעת השבה בעשיית עושר, שכן אין לראותם כזכיה שקיבל המוסד מן העובדים:

התובענה הייצוגית במקרה דנן אינה להשבת הסכומים של דמי הביטוח ששולמו על ידי המעביד, אלא תביעה לאכיפת זכות של העובדים – תשלום מלוא גמלת הביטוח המגיעה להם. ... לפנינו אי-זהות כפולה: אין זהות בין מי ששילם (המעביד) לבין מי שתובע את הסכום ששולם (העובד), ואין זהות בין הסכום ששולם (דמי ביטוח) לבין הסכום שנתבע (הפרשי גמלה/תגמולים).²⁹⁶

היסוד המשותף לתרחישים שנידונו בפסקי הדין האלה הוא שבכולם היו גורמים נוספים, אשר היו מעורבים במסלול שבין התובע לנתבע וכך לכאורה עשו את הזכיה ללא-ישירה. במקרים מסוימים בית המשפט לא ראה בכך מכשול לקביעה שהיסוד של "על חשבון" התקיים, משפטית, ואילו באחרים – כן, והעילה נכשלה. אך מה מבחין בין שתי הקבוצות? ניסוח חיובי של דברי השופט עמית בעניין **המוסד לביטוח לאומי** מציע כיוון פורה: כאשר יש זהות כפולה – דהיינו, בין המשלם לתובע ובין הסכום ששולם לסכום שנתבע – נוכל לומר שהיסוד "על חשבון" התקיים משפטית. ואולם, נראה שיקשה ליישם את הדברים בקריאה לשונית דוקנית. אף כשלא הייתה זהות כפולה כזו, הפסיקה ראתה לעתים להתעלם מתחנות ביניים ומשינויים בסכום (או בשווי) בשלבי ביניים של מעברו אל הנתבע. נראה מבורר שהדין הישראלי מאפשר "דילוגים" או "תמורות" כאלה, והפסיקה אף נראית לפעמים כחוגגת את האפשרות של התעשרות עקיפה, אך באותה מידה נהיר שעל התובע בעשיית עושר להראות מסלול הגיוני של ערך הזכיה ממנו אל הנתבע, אשר ייחשב משפטית כקרוב דיו, שלא לומר בפשטות – "ישיר". לעת עתה, זולת האמירה הנכונה תמיד כי הכל נחתך לפי נסיבות המקרה, אין למהלך הזה הסבר מתכלל, אשר מספק אמת מידה לכידה לזיקה בין התובע לנתבע.

בהקשר אחר, בית המשפט העליון קבע בעבר, או לפחות הניח, כי נדרש קשר ישיר בין התעשרות של הנתבע אל התובע, אף אם אינו התרוששות ממש. כך היה בפרשת **אטלנטיק נ' דג פרוסט**, שעסקה בהפרת כללי התחרות בדמות מכירה במחירי היצף, אשר הביאה לדחיקת רגליו של מתחרה.²⁹⁷ בית המשפט העליון בעניין **Sanofi** ביטל את הדרישה הזו, שתוארה כקשר סיבתי,

מעוררת תהייה, אך התוצאה אינה תלויה בה. הסבר עדיף להתעשרות על חשבון הצרכנים או מהם, וספק אם בכלל הייתה כזו, נעוץ בחסכון בעלויות של פיתוח וייצור של מנוע לא מזהם, בדומה לעניין **HP**. ראו והשוו גם את הדין בהפרת כללי התחרות להלן.

²⁹⁵ ראו בר"מ 6729/10 **המוסד לביטוח לאומי נ' הסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל** (8.7.2021).

²⁹⁶ שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט עמית (הדגשות הוסרו). ראו גם שם, פס' 5: "תביעת ההשבה, אם בכלל, יכולה לעמוד למעבידים שמהם נגבו דמי הביטוח. ברם, התביעה הוגשה על ידי ההסתדרות בשם העובדים, כמייצגת את העובדים ולא את המעבידים, וההסתדרות אינה כופרת כלל בכך שהגבייה על ידי המל"ל נעשתה כדון." השופט הנדל הצטרף לדעת השופט עמית. המשנה לנשיאה מלצר, בדעת מיעוט, סבר, בין היתר, שהמוסד לביטוח לאומי מחזיק את הכספים בנאמנות עבור העובדים והוא חב להם חובת אמון, ובשל כך יש להם עילה להשבה בעשיית עושר. ראו שם, פס' 39-40, 45 לפסק דינו. סברה זו מעוררת קשיים נוספים, שגם בעטיים יש להעדיף את דעת הרוב, אך דיון בה חורג מן המסגרת הנוכחית.

²⁹⁷ ראו ע"א 6126/92 **אטלנטיק חברה לדייג וספנות בע"מ נ' דג פרוסט תעשיות דג** (1984) בע"מ, פ"ד (4) 471, 479 (1997) (השופט ברק) ("ההתעשרות לא באה ישירות מאטלנטיק, אלא מן השוק שאטלנטיק, לטענתה, פיתחה

והסתפק בקשר בלתי ישיר, אלא שלשם כך הוא ראה לנחוץ להכיר בפרדיגמה שלישית, חדשה ומובחנת, של עשיית עושר ולא במשפט בהפרת כללי התחרות.²⁹⁸ בהקשר מיוחד זה תגרום עמידה דווקנית על יסוד ה"על חשבון" להכשלת התכלית של דיני התחרות, אשר רואים לנגד עיניהם את רווחתם של כלל משתתפי השוק ושל החברה בכללותה ולא דווקא את עניינו של התובע המסוויים.²⁹⁹ קביעתה של פרדיגמה שלישית נפרדת – דיני עשיית עושר ג' – מציעה שהדבר נחוץ כדי לאפשר את הכרסום בדרישה להעברת ערך ישירה, וזאת מטעמים המיוחדים לה.³⁰⁰

בנקודה זו ראוי לשוב ולפנות אל המשפט המשווה. בכפוף להנחת העבודה שחל העקרון הכללי נגד התעשרות בלתי צודקת לפי סעיף 1 לחוק, נעיין במקורות השוואתיים ביחס ליסוד של "על חשבון" בתחומי תחולתו של העקרון הכללי.³⁰¹ בעת האחרונה התפתח שיח ער ביחס להגדרתו של יסוד ה"על חשבון" במסגרת זו, ובכלל זה בתרחישים שבהם טובת ההנאה אינה מגיעה ישירות מן התובע לנתבע אלא עוברת כמה גלגולים בדרכה אליו.³⁰² לאחר שהשאלה נידונה כמה פעמים בפסיקה בערכאות נמוכות, היא הגיעה להכרעה בבית המשפט העליון בבריטניה

בהשקעה גדולה, ומן הלקוחות שלאטלנטיק היתה ציפייה כי יקנו את דגתם ממנה ... הווה אומר, שגם התעשרות ישבאה לזוכה' מלקוחות של 'המזכה' בשוק שפותח על-ידי, תיחשב כאילו 'באה' לזוכה ישירות מן המזכה."

²⁹⁸ ראו עניין **Sanofi**, לעיל ה"ש 260, פס' 97: "במסגרת הפרדיגמה של הפרת כללי תחרות, יש מקום להחיל סטנדרט שונה בכל הנוגע לדרישת הקשר הסיבתי, ואין צורך לבסס זיקה סיבתית-עובדתית ישירה בין מעשי הזוכה והתעשרותו, לבין המזכה, כמקובל בענפים אחרים של המשפט הפרטי."

²⁹⁹ שם, פס' 96: "הטעם המדויק שבגינו יש להכיר בציפיות של מתחרים לקשר עם לקוחותיהם איננו ציפיות של המתחרים כי לקוחותיהם יישארו עמם, אלא העובדה ששמירה על כללי תחרות הוגנים הם אינטרס של החברה." טעם כלל-חברתי זה עשוי אפוא לתמוך בנימוק שהציעה השופטת צפת ביחס לזיהום אוויר הפוגע בכלל הציבור בעניין **Volkswagen**, לעיל ה"ש 293, אך כמבואר כאן, הוא אינו מבוסס על התעשרות מן הנתבע בגדר העקרון הכללי.

³⁰⁰ הבעיה המבנית, שאיתה מתמודדים כללי התחרות ועמם דיני עשיית עושר התומכים בהם, נוגעת לתקינות פעולתו של שוק תחרותי. בעייה דומה מתעוררת בשוק ניירות הערך. בהקשר זה נחשבת "ישרת השוק" (market integrity) – ובמיוחד ישרת המחיר – כערך מוגן בזכות עצמו בכל הקשור להיותם של השוק ושל מחירי ניירות הערך נקיים מהשפעה של מרמה, לצד ההגנה על המשקיע המסוויים. לנוכח העובדה שאמצעי האכיפה העיקריים במשפט הפרטי נגד הפרות בשוק ניירות הערך מבוססים על דגם של תרמית, וזו בתורה דורשת יסוד של הסתמכות, הפעלת הכלים האלה בשוק ציבורי, שבו אין קשר ישיר בין הצדדים, נתקלת בקושי בלתי עביר, למעשה. המענה העיקרי לקושי ניתן באמצעות הדוקטרינה של "תרמית על השוק", אשר מבטלת בפועל את דרישת ההסתמכות על מצג השווא ומסתפקת בחזקת הסתמכות הניתנת לסתירה (שפרטיה אינם רלוונטיים כאן). היסוד הקריטי בדוקטרינה הוא ההנחה, שהשוק משמש כגורם המתווך את הקשר הסיבתי בין התובע לנתבע באמצעות המחירים, ועל כן יש לשמור על ישרת המחיר בו. את הפרדיגמה השלישית של עשיית עושר, העוסקת בהפרת כללי התחרות, אפשר לנתח באופן דומה. זהו צידוק נוסף לקביעת פרדיגמה מובחנת שבגדרה מבטלת, למעשה, הדרישה ליסוד של "על חשבון". השוו עניין **Sanofi**, שם, פס' 171 (הדגשה במקור): "פסק דין זה מכיר בקושי בקיומה של אכיפה אפקטיבית במסגרת כללי התחרות מכוח האתגרים המנויים לעיל – ומבקש ליישם דוקטרינה גמישה יותר, הן במישור העילה, הן במישור הסעד והן במישור הקשר הסיבתי, אשר יש בה כדי להגשים את התכלית החברתית של יעילות תחרותית והרתעת מפריס-בכוח."

דוקטרינת התרמית על השוק בתחום ניירות הערך מעוגנת בפסק הדין המכונן בעניין **Basic v. Levinson** 485 U.S. (1988). בית המשפט העליון דחה במפורש את אימוצה בדין הישראלי. ראו רע"א 8268/96 **רייכרט נ' שמש**, פ"ד נה(5) 276 (2001) (השופט שטרסברג-כהן). אף על פי כן, היא יושמה, וכך אומצה למעשה, בת"צ 67187-11-18 **רהב נ' דנקנר** (5.5.2021) (השופט רונן). לדעתי, זוהי התפתחות הולמת ורצויה, ובלבד שתוחל בהקפדה ראויה. ראו עמיר ליכט "הסתמכות נחזית – האם דוקטרינת 'תרמית על השוק' נקלטה בישראל?" **נקודה בסוף משפט** <https://amirlicht.wordpress.com/2021/05/30/205>, (30.5.2021).

³⁰¹ נזכיר, כי מן הזווית של דיני האמונאות, תביעת החשבון אינה מבוססת על עשיית עושר ובפרט לא על "על חשבון". ראו ה"ש 150 לעיל וטקסט סמוך לה.

³⁰² לסקירה יסודית ומקיפה ראו **Stephen Watterson, At the Claimant's Expense**, in **RESEARCH HANDBOOK ON UNJUST ENRICHMENT AND RESTITUTION** 262 (Elise Bant, Kit Barker, and Simone Degeling eds. (2020) (להלן: **Watterson**). הנושא נידון בפרוט בספרות הכללית על עשיית עושר והשבה וכן בחיבורים מיוחדים המוקדשים לו, הנסקרים על ידי ווטרסון. ראו, בין היתר, **Goff & Jones**, לעיל ה"ש 148, בעמ' 149 ואילך; **Virgo**, לעיל ה"ש 243, עמ' 104 ואילך. מבחינת הדין האנגלי, הנוף המשפטי השתנה דרמטית בשנת 2017 לאחר פסק דין **Investment Trust** הנידון להלן. מבחינת הדין הישראלי, הדיון העיוני בסוגיה מצומצם יחסית. ראו פרידמן ושפירא-בר-אור, **עשיית עושר**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 36. סקירה מלאה חורגת מן המסגרת הנוכחית.

בעניין *Investment Trust*, שדן בתביעה של עוסקים נגד רשויות המס להשבה של מס ערך מוסף שהם שילמו ביתר מחמת טעות במצב המשפטי, אלא שבינם לבין רשויות המס ניצב גורם שלישי זר שמולו הם התנהלו, הוא בתורו התנהל מול רשויות המס, ואליהן הוא העביר רק חלק מהסכום ששילמו העוסקים מחמת קיזוז.³⁰³ טענת העוסקים להתעשרות של רשויות המס "על חשבונם" נשענה על התכונה המבנית האופיינית של מערכת מס ערך מוסף, שלפיה כספי המס אמורים לעבור במתכונת "גב-אל-גב" מן הצרכן, הנישום האמיתי, דרך שרשרת עוסקים אל רשויות המס. לורד ריד, בשם כל המותב, פסל תחילה מחמת עמימות יתר מבחנים שהוצעו בפסיקה הקודמת כגון "קשר סיבתי מספיק", "זיקה מספקת", "קרבה" או "קשר כלכלי מספיק".³⁰⁴ תביעה בעשיית עושר, הדגיש, אינה בגדר היתר להפעלת שיקול דעת ביחס להגינות בנסיבות המקרה.³⁰⁵ תכליתם של דיני עשיית עושר היא לתקן העברות ערך פגומות,³⁰⁶ כך שכנגד ההתעשרות צריך להתקיים "הפסד" רעיוני.³⁰⁷ במסגרת זו משמש היסוד "על חשבון" כגורם המבטיח שאכן עבר ערך מהתובע לנתבע.³⁰⁸ יסוד זה מתקיים כאשר העברת הערך היתה ישירה, כאשר הצדדים פעלו זה מול זה. ואולם, והוא יתקיים גם אם העברת הערך נחזית כבלתי-ישירה בשעה שהחזות הזאת אינה תואמת את המציאות.³⁰⁹ כך, למשל, אם גורם הביניים בשרשרת העברות הערך פעל כנציג של אחד הצדדים, או כאשר מדובר בסדרה של עסקאות מתואמות במסגרת תכנית אחת.³¹⁰

³⁰³ ראו עניין *Investment Trust*, לעיל ה"ש 243. נציין בשולי הדברים, כי פרידמן ושפירא בר-אור, עשיית עושר, שם, שם, ראו לנגד עיניהם את פסק דינו של בית המשפט לערעורים בפרשה זו, שבו הסתפק בית המשפט בהתעשרות עקיפה תוך שהוא דורש שההתעשרות תהיה "על חשבון" התובע. כמבואר להלן, בית המשפט העליון הפך את התוצאה באותו עניין ושינה את ההלכה, משמץא שההדרכה שיש בקביעות אלה בו ובפסיקה נוספת המפורטת שם היא עמומה מדי.

³⁰⁴ בהתאמה: sufficient causal connection, sufficient link, proximity, sufficient economic connection. ראו שם, פס' 38-37, פס' 59-60. במיוחד ראויה לתשומת לב הבקורת שבית המשפט מותח על גישות המסתפקות בזיקה כלכלית. כידוע לכל משפטן אזרחי, קל להצביע על שרשרת של השפעות כלכליות אך בכך אין מענה לצורך לזהות השפעות בעלות נפקות משפטית, ולעתים הניתוח הכלכלי והמשפטי יהיו הפוכים לגמרי.

³⁰⁵ שם, פס' 39: "A claim based on unjust enrichment does not create a judicial licence to meet the perceived requirements of fairness on a case-by-case basis". זאת, תוך שהוא מטעים שאין הכוונה לבקורת המוכרת, כי העקרון הכללי נגד עשיית עושר מטעמי צדק ויושר אינו אלא כסות לחשיבה מרושלת (well-meaning sloppiness of thought) – בקורת שהשופט זוסמן בעניין *ישראל*, לעיל ה"ש 269, בעמ' 157, דחה בשתי ידיים.

³⁰⁶ ראו המובאה בה"ש 243 לעיל.

³⁰⁷ ראו עניין *Investment Trust*, לעיל ה"ש 243, פס' 45.

It should be emphasised that there need not be a loss in the same sense as in the law of damages: restitution is not a compensatory remedy. For that reason, some commentators have preferred to use different terms, referring for example to a subtraction from, or diminution in, the claimant's wealth, or simply to a transfer of value. But the word "loss" is used in the authorities, and it is perfectly apposite ...

³⁰⁸ שם, פס' 43.

The nature of the various legal requirements indicated by the "at the expense of" question follows from that principle of corrective justice. They are designed to ensure that there has been a transfer of value, of a kind which may have been normatively defective ... The reversal of unjust enrichment, usually by a restitutionary remedy, is premised on the claimant's also having suffered a loss through his provision of the benefit.

³⁰⁹ שם, פס' 46-47.

³¹⁰ שם, פס' 48, 50, 61.

בנסיבות המקרה נקבע שלא הייתה העברת ערך ישירה, שכן גורם הביניים פעל מול רשויות המס בענייניו ולא עבור העוסקים.

לצד הבדלים שיש בין הדין הישראלי לבין הגישה האנגלית לעשיית עושר לפי העקרון הכללי, כפי שהיא משתקפת בהלכת *Investment Trust*,³¹¹ הרי הלכה זו על הנמקתה המעמיקה בסוגייה דנן, של יסוד ה"על חשבון", נראית כאסמכתה השוואתית רלוונטית לדין הישראלי. היא מתיישבת היטב עם מבחן "הזהות הכפולה" שנקט השופט עמית בעניין **המוסד לביטוח לאומי** ומציעה מסגרת פרשנית מעשית ליישומו. כפי שציין לורד ריד (ופרידמן העיר קודם לכן ביחס לסעיף 1 לחוק עשיית עושר),³¹² אין בפנינו חיקוק הדורש במפגיע התעשרות ישירה, אלא יש יסוד חיוני של נוסחת האחריות לפי העקרון הכללי, שמקורו בפסיקה ואפשר לפתחו ולהתאימו לפי הצורך. כך, המושג *direct transfer of value* לפי הלכת *Investment Trust* כולל העברות שבעליל אינן ישירות אך מהותית נכון לראותן כאלה. אין זו בהכרח רשימה סגורה, אך כל הרחבה צריכה להיות הדוקה ולכידה באותה מידה כדי שהמבחן לא יקרוס תחת גודש הרחבות. בדומה לכך, מבחן "הזהות הכפולה" יכול וצריך להתפרש כך ששתי הזהויות על פיו – של מעביר הערך ושל הערך המועבר – עשויות להתרחב מעט לפי אותן הרחבות שצוינו בעניין *Investment Trust*, וכך לשמש כמבחן לכיד עיונית ושימושי מעשית.³¹³

ויהי אחר הדברים האלה ננסה עוד את עניין **אבנון**. נזכיר, כי בית המשפט קבע כי "אבנון התעשר על חשבון המדינה, וזאת למרות שכספי השוחד עצמם לא יצאו מן הקופה הציבורית ואף לא היו מיועדים להשתלם לה ... מפעילי המחצבות גזלו מהמדינה משאבי טבע, ואין זאת אלא שהם התעשרו על חשבונה."³¹⁴ לנוכח הדברים שלעיל, קביעה זו מעוררת לכאורה קושי ביחס לשני הרכיבים של יסוד ה"על חשבון"/"מן המזכה" – הן ביחס לגורם המעביר הן ביחס לערך המועבר.

באשר לערך המועבר, סביר להניח שבנסיבות המקרה המסויים המשחזרים בעניין **אבנון** אכן קיבלו מן המדינה בגזלה טובת הנאה בעלת ערך כספי שהיה לפחות כסכום שלמוני השוחד. אלא שהיסוד הזה הוא אידיוסינקרטי לחלוטין, ואי אפשר לבסס עליו הלכה כללית. ראשית, המדינה עצמה טענה כי "אבנון גרם למדינה נזק שאינו בר כימות כתוצאה מחציבה בלתי חוקית."³¹⁵ מכיוון שמדובר בנכסים פיזיים סחירים ("חצץ, כבוד השופט, חצץ"), כפי שנאמר

³¹¹ למשל, הדין האנגלי החדש כנראה מובנה יותר מהדין הישראלי בשאלה מה ייחשב "בלתי צודק" (*unjust*) או "שלא על פי זכות שבדין" לעניין סעיף 1 לחוק עשיית עושר (ויותר מכך - לעניין סעיף 2 לחוק), הגם שהנוסחאות המילוליות כפשוטן מציעות את ההיפך. השוו עניין **כהן נ' שמש**, לעיל ה"ש 269, בעמ' 325 (השופט מצא); עניין **א.ש.י.ר.**, לעיל ה"ש 257, בעמ' 465-467 (הנשיא ברק); עניין **רשות העתיקות**, בעמ' 579-580 (המשנה לנשיא מ' חשין).

³¹² ראו, בהתאמה, עניין *Investment Trust*, לעיל ה"ש 243, פס' 41 וההפניות המובאות לעיל בה"ש 290.

³¹³ למשל, ניתן לשאול אם היסוד של "מן המזכה", אשר יתפרש לפי הלכת **המוסד לביטוח לאומי** יחד עם הלכת *Investment Trust*, מתקיים בנסיבות של פרשת **HP**, שבה מוצר עבר שרשרת של גורמי שיווק שלא עשו בו דבר. זאת, בשונה מההתנהלות של הנישומים מול רשויות מע"מ ושל ההסתדרות מול העובדים והמעבידים. הנקודה טעונה פיתוח. לסקירה ודיון בתרחיש של שרשרת עסקות במתכונות שונות ראו Watterson, לעיל ה"ש 302, עמ' 267-269.

³¹⁴ עניין **אבנון**, לעיל ה"ש 2, פס' 15 לפסק דינה של השופטת ברון. למי שעייפו מתלאות הקריאה או הצטרפו אליה רק כאן נזכיר עוד, שבית המשפט הסתמך שם על הלכת **מאיר**, לעיל ה"ש 59, עמ' 397, 399, לצורך "[ה]חזקה שלפיה גובה הנזק שנגרם לתובעת הוא לפחות כשיעורו של השוחד," ו"כי חזקה זו חלה בין אם עילת התביעה נעוצה בדיני הנוזקין בין אם בדיני 'מעין-חוזים', הם דיני עשיית עושר ולא במשפט". ההקשר הנוזקי נידון בפרק ד' לעיל, ואילו ביחס לעילה בעשיית עושר ההלכות שעליהן נסמכה הלכת **מאיר** התיישנו, וכך ראוי להתייחס גם לחלק זה של ההלכה. כלומר, בגישה החדשה לעשיית עושר יש להראות את כל רכיבי החבות.

³¹⁵ עניין **אבנון**, שם, פס' 6 לפסק דינה של השופטת ברון.

באחת הפרשות), אפשר לאמוד את נפחם החסר בקלות בעזרת מדידות בשטח. לכן הדעת נותנת, שלא אובדן תמלוגים אפשריים אילו היה נערך מכרז לחציבה הטריד את המדינה אלא עצם החציבה האסורה.³¹⁶ שנית, הפסול בשוחד אינו נעוץ באבדן הערך הממוני אלא באבדן נקיון הדעת של האמונאי המשוחד, אשר המשחד מבקש להשפיע עליו תוך הסתרת הדבר מן הנהנה, שעבורו הוא אמור לפעול בנאמנות בלתי מחולקת.³¹⁷ לצורך ההתמודדות עם הסכנה הזאת אין נפקות לשאלה אם הפעילות מושא השוחד כבר בוצעה, או בוצעה בחלקה, או שרק הייתה בשלבי זמימת המזימה. בכל מקרה יש לשלול את שלמוני השוחד מן המשוחד. תובנה זו עמדה לנגד עיני השופט קרא בעניין **אבנון**, שהסכים לתוצאה אך לא להנמקה בדבר עשיית עושר לפי העקרון הכללי, ולכן הסתמך על הטעם של "אין חוטא נשכר".³¹⁸ גישה זו עדיפה בכך שהיא עוקפת כראוי את יסוד ה"על חשבון", אך קשייה עימה, כמפורט בחלק הבא.

זאת ועוד. כפי שראינו לעיל, לחזקה בדבר שווי-השוחד-לפחות-כשיעור-הרווח עשויה להיות אחיזה כלשהי רק בהקשר מסחרי; אין לה יסוד כאשר מדובר באמונאי עובד ציבור המופקד על משימות שלטוניות. יתכן שיש "תעריף מקובל" להיתר כניסה לישראל מאיו"ש כפי שהיה בפרשת **יזיד**, או להעלמת עין מפעילות לא חוקית כפי שהיה בפרשת *Goddard* וכו'. אלא שהדעת אינה סובלת שבית המשפט יראה בשלמונים אלה משום הכנסות בכוח לאוצר המדינה לצורך היסוד של העברת הערך "על חשבון" המדינה או "ממנה", או שרק יניח לשם כך שהפעלת הסמכות השלטונית עוברת לסוחר.³¹⁹ הפסיקה בעניין **יזיד** בנקודה זו נכונה אפוא.³²⁰

זהותו של הגורם המעביר את טובת ההנאה בתרחישי שוחד – לאמור, המשחד – אף היא אינה מתיישבת בנוחות עם נוסחת החבות לפי העקרון הכללי נגד עשיית עושר ולא במשפט, שלפיה טובת ההנאה צריכה לבוא מן התובע – דהיינו, הנהנה, ובפרט, המדינה או הרשות כשהשוחד ניתן לעובד ציבור. לשם כך היה על המדינה לשלם את השוחד לעובד הציבור או שהיה צריך לקבוע שהגורם המשחד פעל כנציג של המדינה או של עובד הציבור לצורך הפעילות האסורה. האבסורד

³¹⁶ עמותות משני קצות המפה הפוליטית טוענות, כל אחת לפי גישתה וטעמה, להפרות חמורות שהתרחשו ועודן מתרחשות באתרי המחצבות בבית פג'אר, שהם זירת ההתרחשות של פרשת **אבנון**. למרבה האירוניה, שתיחן טוענות שפעילות המדינה נגד החציבה האסורה מונעת ממניעים סמויים (לטובת הסטרא אחרא במשמע). ראו רגבים "מפעילי המחצבה הערבית הפיראטית בבית פג'אר בגוש עציון גרסו לחצץ כשני קילומטרים של האמה מימי בית שני" <https://www.regavim.org.il/tag/%D7%91%D7%99%D7%AA->, (30.1.2022) https://www.btselem.org/hebrew/planning_and_building/20160421_military_shuts_down_palestinian_quarries; בצלם "פגיעה כלכלית, תכלית סיפוחית: פשיטות צבא חוזרות, תקיפת פועלים והחרמת ציוד במחצבות הפלסטיניות בבית פג'אר" (21.4.2016), https://www.btselem.org/hebrew/planning_and_building/20160421_military_shuts_down_palestinian_quarries.

³¹⁷ ראו הדברים המובאים מעניין *UBS AG*, לעיל ה"ש 197, אשר משקפים עמדה נכונה הרווחת בפסיקה.

³¹⁸ ראו עניין **אבנון**, לעיל ה"ש 2, פס' 2-3 לפסק דינו של השופט קרא:

במקרה השני, נותן השוחד לא היה מפיך כל רווח מעסקת השוחד. כך, למשל, יכול היה להתרחש במצב דברים תיאורטי, בו רשויות אכיפת החוק היו חושפות את עסקת השוחד בסמוך לתשלום השוחד ובטרם הפקת רווח על ידי נותן השוחד. כך גם יכול היה לקרות אם היה נותן השוחד מתחרט וחושף את עסקת השוחד בסמוך לתשלום השוחד. במצב דברים זה, לא היה נותן השוחד מספיק להתעשר כל התעשרות על חשבון המדינה, ובמובן זה לא היה "שלל" בו יכלו נותן השוחד ומקבלו "להתחלק". עם זאת, גם בשני המקרים המתוארים, הייתי סבור שיש להורות על השבת תקבולי השוחד. הנימוק לכך הוא, בפשטות, שהדעת אינה סובלת כי מקבל שוחד יוכל להוסיף ולהחזיק את תקבולי השוחד בידי ...

³¹⁹ ראו גם את הדיון בקשר לעילה האמונאית ולעילה הנזיקית, לעיל טקסט לה"ש 66 ולה"ש 191 ואילך, בהתאמה.

³²⁰ ויודגש: אין הכוונה לכך שבית המשפט מעודן מכדי לעסוק בעובדי ציבור המוכרים את שיקול דעתם תמורת טובות הנאה חומריות ואחרות. בתי משפט אינם בוחלים בעיסוק בחוזים בלתי חוקיים, ובכלל זה לעניין עשיית עושר. אלא שהפסול בהתנהלות שוחדית אינו נעוץ בהעברת ערך פגומה אלא בהשחתה של יושרת המשרה.

שבכך ניכר מייד. הדברים אמורים בתביעה נגד המשוחד, מקבל השלמונים, והם אמורים ביתר שאת בתביעה נגד המשחד ששילם אותם, כפי שהיה בעניין **דה לנגה**.

ככל שבתי המשפט בארץ יסתפקו באמירה הכללית כי ההתעשרות יכולה להיות עקיפה, תפחת חשיבותו של גורם זה עד שהוא יתנוון לגמרי, וכל התביעות בעשיית עושר יהפכו לתביעות חילוט אזרחי מחמת "אין חוטא נשכר". גם תביעה בענייני שוחד לא תכשל אז בשל העדר היסוד של "על חשבון"/"מן המזכה". ואולם, אם בית המשפט העליון יסבור שהיסוד הזה בנוסחת האחריות אינו זניח – כפי שעולה בבירור מהפסיקות השונות-אך-תואמות בפרשות **המוסד לביטוח לאומי** ו-**Sanofi**, שנפסקו שתיהן לפני עניין **אבנון**³²¹ – אזי המחסום בפני תביעות שוחד יעמוד במלוא עוצמתו. הפסיקה במשפט המשווה מלמדת שכך הדבר. בפרשת *FM Capital*, שבה שולם שוחד לנושא משרה בחברה על ידי כמה בנקים, אמר בית המשפט לערעורים:

The categorisation of a case as one where the cause of action is unjust enrichment or one where the cause of action is a civil wrong, whether a tort or an equitable wrong, may have practical consequences. For example, where the cause of action is unjust enrichment, there is a ceiling to the enrichment because as a general rule only direct transfers of value from the claimant's assets or labour to the defendant qualify. Where the cause of action is a civil wrong, there is no such limit. For example, in cases of bribery, the defendant's wrongful gains will often ... have been conferred by one or several third parties and not by the claimant. Here the gains were conferred in the payments by Bank Baer/GAM and the counterparty banks. Secondly, in autonomous unjust enrichment the defence of change of position will be available, but, as noted above, it will not be where the civil wrong is the cause of action and restitution the remedy to strip away the wrongful gain.³²²

עניין *FM Capital* נידון לאחר הפסיקה בעניין *Investment Trust*, כך שאת ההתייחסות ל"העברת ערך ישירה" (direct transfer of value) יש לקרוא לאורה – דהיינו, בגישה מצמצמת אולם לא לשונית-דווקנית, כך שהיא כוללת הרחבות הגיוניות הכרחיות. גישה זו ראויה לאימוץ בפרשנות של מבחן "הזהות הכפולה" לפי הלכת **המוסד לביטוח לאומי**, כאמור לעיל, אלא שגם בגדרה של גישה זו תביעת שוחד בעשיית עושר לא תעמוד. עוד עולה מן הדברים, כפי שמציין גם בית המשפט בעניין *FM Capital*, כי משכך, המשוחד לא יישמע בטענות לפטור או הפחתה

³²¹ בית המשפט איזכר את עניין **Sanofi** אך לא את עניין **המוסד לביטוח לאומי**.

³²² עניין *FM Capital CA*, לעיל ה"ש 175, פס' 49. את הדברים יש לקרוא בעזרת משקפיים משפטיות ישראליות. מכיוון שבניגוד לדין האנגלי, הדין הישראלי מכיר בעילה בעשיית עושר בגין התעשרות עולתית, במקום שבו civil wrong כתיב, עילה באמונאות ובנזיקין וגם בהתעשרות עולתית קרי. היבט זה אינו משפיע על האמרות בקשר לעילה בעשיית עושר לפי העקרון הכללי, שכוון יפה התם והכא.

מהשבה לפי סעיף 2 לחוק עשיית עושר, בניגוד לפסיקה בעניין יזיד. והדברים קל וחומר ביחס לתביעה נגד המשחד.³²³

ה.4. "השבה הרתעתית" מחמת "אין חוטא נשכר"

לנוכח הקשיים בהטלת אחריות להשבה בעשיית עושר כהלכתה, בהעדר העברת ערך פגומה מן המדינה לעובד הציבור, פנו השופט קרא בעניין **אבנן** והשופטת מצא בעניין **יזיד** אל התייב של הטלת חבות מחמת "אין חוטא נשכר", המכונה גם "השבה הרתעתית". חלק זה חותם את הפרק על תביעות שוחד בעשיית עושר בכמה הערות על צורת אחריות זו בהקשר זה – דהיינו, כאמצעי להטלת חבות בגין קבלת שוחד או תשלום שוחד לטובת המדינה, התאגיד וכד'.

הטלת חבות מחמת "אין חוטא נשכר" תיתכן בכמה הקשרים, שבהם המשפט הפרטי מתקשה לזהות בעל דין, אשר יוכל לנקוט צעדים אפקטיביים לתיקון המאזן האזרחי שנפגע בעקבות מעשה נבלה.³²⁴ הדבר עשוי לקרות כאשר בעל הדין "הטבעי" נעדר, למשל, אם עבר לעולם שכולו טוב בתרחישי "הרצחת וגם ירשת", או כאשר אין בנמצא יריבות שיש בה עילות תביעה מוכרות, כגון בתרחישים הצרכניים שנידונו בפרשת **שליידר** וכנראה גם בפרשת **Volkswagen**.³²⁵ בתרחישים כאלה הציבור הרחב נושא בסבל מבלי שיש לפרטים מקרבו עילה נזיקית או חוזית מגובשת, וכשלים מגוונים בתיפקודה של המדינה לצד קשיים אובייקטיביים באכיפה ציבורית יוצרים תמריץ אצל המפרים להפר ולהרוויח מן ההפרה. כמענה מסוים לבעיה זו מקנים חיקוקים שונים כוח למדינה לחלט נכסים הקשורים לעבירה, ובכלל זה חילוט בקשר לעבירות שוחד לפי סעיף 297 לחוק העונשין, תשל"ז-1977. על פי הפסיקה, יש לחילוט תכלית עיקרית - להוציא את בלעו של המפר מפיו – ולצידה גם תכלית מעין-עונשית ותכלית מניעתית,³²⁶ וההבדלים בין שלוש התכליות האלה דקים עד טמירים.

הטלת חבות על מפר במשפט האזרחי למסור את פירות ההפרה לצד אחר, שאחרת אין לו עילה מוכרת כלפיו, ובמיוחד לא טענה לפירות ההפרה, רק מן הטעם של "אין חוטא נשכר" משרתת תכליות זהות לאלה של החילוט הפלילי ותוצאתיה זהות לאלה של החילוט הפלילי. אין זה אפוא אלא חילוט אזרחי. קיומו במשפט הפרטי עשוי להחשב הכרח בל יגונה, אולם בכך אין כדי להקנות לו יסודות שאין בו: אין בו שום יסוד של השבה או מופעים אחרים של restitution במובנם המשפטי. בפרט, אין החילוט האזרחי מהווה מענה משפטי להתעשרות בלתי מוצדקת בגדר העקרון הכללי בדיני עשיית עושר ולא במשפט. לפיכך, הכינוי "השבה הרתעתית" שדבק בו מטעה, שכן הוא משווה לו אופי שאין לו וקונוטציות שגויות, ומוטב להמנע ממנו.

³²³ נזכיר, כי כלפי המשחד תהיה בכל מקרה עילה מהודרת באמונאות הן לחשבון ביחס לרווחיו שלו הן לחבות ביחד ולחוד ביחס לחבותו של המשחד, ובכלל זה גם לנזקים שאולי נגרמו בקשר להפרת חובת האמון, אשר ישופו לפי כללי הפיצויים המיוחדים להפרת חובת אמון.

³²⁴ לסקירה ודיון ראו הפרק בנושא זה בספרם של פרידמן ושפירא בר-אור, **עשיית עושר**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 683 ואילך, שנודעה לו, לרבות במהדורות קודמות, השפעה ניכרת על הפסיקה.

³²⁵ ראו, בהתאמה, עניין **שליידר**, לעיל ה"ש 291; עניין **Volkswagen**, לעיל ה"ש 293.

³²⁶ ראו, בין היתר, ע"פ 80/19 **אהוד מאיר שאיבות בע"מ נ' מדינת ישראל**, (11.8.2019), פס' 15 (השופט ברוך); ע"פ 8312/17 **ברהמי נ' מדינת ישראל**, (17.4.2018), פס' 36 (השופט עמית); ע"פ 6145/15 **פישר נ' מדינת ישראל**, (25.10.2015), פס' 21 (השופט זילברטל); ע"פ 7475/95 **מדינת ישראל נ' בן שטרית**, פ"ד נב(2) 385, 410 (1998) (השופט קדמי)..

נדמה שאין מי שיחלקו על כך שלנוכח פועלו החמור של החילוט האזרחי, יש להגביל את תחולתו לנסיבות שבהן הוא אכן בגדר הכרח בל יגונה. בסופו של דבר, זהו הליך הפקעה בעל אופי מעין-עונשי. בניגוד להליכי חילוט פלילי המנוהלים על ידי עובדי ציבור לטובת אוצר המדינה ובחסות הגנות דיוניות מסויימות, החילוט האזרחי ניזון ומנוהל על ידי צדדים פרטיים למטרת רווח אישי בהליך אזרחי רגיל. נשאלת אפוא השאלה האם אכן יש הכרח בכלי של חילוט אזרחי בתרחישי שוחד, ובאופן כללי יותר: האם הכלי של חילוט אזרחי – תחת הכותרת המושכת "השבה הרתעתית בעשיית עושר" – אכן הכרחי בתרחישים של הפרת חיובי אמונאות. דעת לנבון נקל, שהתשובה שלילית. אמנם תביעת חשבון בדיני אמונאות תורה היא ולימוד היא צריכה, אך כפי שראינו בפרק ג', לפי כל אמת מידה רלוונטית היא עדיפה על פני תביעה ל"השבה הרתעתית" בעשיית עושר. במילים אחרות, אין כל צורך, ולבטח לא הכרח, בסעד של חילוט אזרחי בתרחישי שוחד או של הפרות חיובי אמונאות אחרים, ולפיכך, אין לו מקום.

מן העבר האחר, לא למותר לעמוד על התפקיד שמילא ההקשר האמונאי בהתפתחות הגישה של "השבה הרתעתית". כפי שראינו לעיל, פרידמן הציג את הרעיון של השבה מחמת "אין חוטא נשכר" בתור כיוון לפיתוח של הדין.³²⁷ בהקשר זה אוזכרה הלכת *Reading* כמערכת נסיבות הולמת להחלת גישה זו. דא עקא, דווקא בנסיבות כגון אלה של פרשת *Reading* – שבה מברחים שיחדו סמל בצבא הבריטי כדי שייסע להם בנוכחותו במדים – אין כל צורך בחילוט אזרחי מחמת "אין חוטא נשכר", מכיוון שלמדינה יש יריבות ברורה, עילה משובחת וסעדים עוצמתיים באמונאות כלפי אותו חוטא (כפי שאכן נפסק באותו עניין ובמקרים נוספים). במילים אחרות, זוהי דוגמה חזקה מדי, כך שספק רב אם פרשת *Reading* מספקת בסיס טוב להיקש ביחס לנסיבות שאינן מערבות אמונאים. בדומה לכך, מקובל לאזכר את עניין **אגריפרס** כאסמכתה מהפסיקה לרעיון ההשבה ההרתעתית.³²⁸ באותו מקרה נידונה הפרת חוזה מסחרי, והנפגעת תבעה גם סעד של השבה הרתעתית של רווחי המפר. השופט דנציגר דחה את הבקשה, אך שטח אגב אורחא משנה קצרה בשבחי ההשבה ההרתעתית, שבגדרה אמר:

שיקולים אלו, עליהם עומד פרופ' פרידמן, מקובלים עלי. לדידי, תנאי בלתו אין לקביעת חובת השבה הרתעתית הוא כי מעשי הנתבע היו כרוכים בזדון ממשי ובהפרת דין חיצוני לדיני עשיית עושר ולא במשפט ולא דין פנימי להם. אף למערכת היחסים בין התובע לנתבע קיימת חשיבות רבה.³²⁹ כך כאשר מדובר בשותפים, בבני-משפחה, במצבים בהם הנתבע הפר חובת אמון או נאמנות או במצב בו המעשה הפסול נעשה אגב שליחות, תגדל הנכונות להורות על "השבה הרתעתית". בנוסף, סבור אני שיש לבחון האם קיימים אמצעי אכיפה חלופיים ואת מידת האפקטיביות של אמצעי אכיפה אלו. ... יתר על כן, יש לבחון האם לאדם אחר יש אינטרס קרוב יותר למעשה הפסול מאשר לתובע או האם יש לאדם אחר אינטרס קרוב לאירוע הפסול באותה מידה שלתובע אינטרס קרוב לאירוע.³²⁹

³²⁷ ראו לעיל טקסט סמוך לה"ש 133 ואילך.

³²⁸ עניין **אגריפרס**, לעיל ה"ש 206.

³²⁹ שם, פס' 42.

כמה נקודות ראויות לתשומת לב בדברים אלה. ראשית, זולת בני משפחה, כל הדוגמאות הנסיבות, שלדעת השופט דנציגר מצדיקות פסיקת השבה הרתעתית, עוסקות ביחסי אמונאות מובהקים – יחסים שכאמור, דווקא בהם אין צורך בסעד זה.³³⁰ שנית, הטעם בפסיקת השבה הרתעתית ייחלש אליבא דשופט דנציגר, אם יש אמצעי אכיפה אפקטיביים חלופיים. ושוב, ביחסי אמונאות יש כבר אמצעי אכיפה אזרחית אפקטיביים במיוחד.³³¹ שלישית, בתביעת "השבה הרתעתית" מתעוררת בהכרח שאלה בדבר מידת הקרבה של התובע לנתבע, בהעדר יריבות אחרת ביניהם;³³² לעומת זאת, ביחסי אמונאות אין אדם קרוב יותר לאמונאי המפר לעניין ההפרה מאשר הנהנה הניפר שלו, אשר יש לו יריבות ברורה מולו. באמרות האלה אין אפוא תימוכין של ממש בפסיקת חילוט אזרחי בנסיבות לא-אמונאיות, שדווקא בהן הוא עשוי להדרש מטעמי "אין חוטא נשכר". לפתחם של בתי המשפט רובצת עדיין המשימה לפתח הנמקה כללית לדוקטרינה של חילוט אזרחי.

ו. סיכום

מאמר זה ביקש לבחון דרכים שונות שהמשפט הפרטי מציע להתמודדות עם תרחישי שוחד – באמונאות, בנזיקין, ובעשיית עושר ולא במשפט. העובדה שתביעות שוחד אזרחיות כה נדירות בישראל מעוררת תמיהה, שכן לפחות שתיים משלוש העילות הנזכרות, באמונאות ובנזיקין, מספקות כלים רבי עוצמה כלפי מקבלי שוחד ומשלמי שוחד בתביעה לשלמוני השוחד, ודיני האמונאות מספקים כלים חזקים נוספים נגד משלמי השוחד, שנידונו כאן רק בקצרה. לעומתן, תביעה בעשיית עושר בתרחישי שוחד כרוכה בקשיים משפטיים בלתי מבוטלים, אשר נידונו בהרחבה, שכן בתי המשפט שנדרשו לתביעות אזרחיות כאלה ביכרו דווקא את המסגרת הזו, חרף מגרעותיה, מתוך הנחה שהיא שקולה לפחות לחלופה האמונאית. דא עקא, זוהי הנחה בלתי מבוססת, והמאמר הנוכחי ביקש לעמוד על ההבדלים ביניהן.

ההעדפה הברורה שמפגינים בתי המשפט למסגרת הדיון בעשיית עושר משקפת מצב דברים ומגמות רחבים יותר במשפט הישראלי כיום. אחת מהן היא השתלבותם של דיני עשיית עושר בתחומים שמעבר לעקרון הכללי נגד התעשרות בלתי צודקת כפי שהוא משתקף בסעיף 1

³³⁰ השאלה אם בני משפחה הם אמונאים אהדדי היא קשה, והנקודה אינה ברורה.

³³¹ למעשה, בתרחישי שוחד האמונאי המפר (וגם הגורם המשחד) חשוף הן לחילוט פלילי הן לתביעת חשבון ושלילה בדיני אמונאות בנוסף לו, כך ש"השבה הרתעתית" בעשיית עושר מחוירה לעומתם. ראו ת"א 46448-03-13 **חברת החשמל לישראל בע"מ נ' כהן (מס' 242)** (25.3.2019) (השופט שינמן); עמיר ליכט "יש מקום לשניים על עמוד החשמל – חילוט פלילי וסעד אזרחי בגין כספי שוחד" **נקודה בסוף משפט** (10.4.2019),

<https://amirlicht.wordpress.com/2019/04/10/142>; ראו גם עמיר ליכט "דברי בלע – חילוט, זכויות קנייניות ועשיית עושר בעקבות הפרת חובת אמון" **נקודה בסוף משפט** (28.2.2022), <https://amirlicht.wordpress.com/2022/02/28/225>.

³³² שאלה זו אכן התעוררה בעניין **אבנון**, לעיל ה"ש 2, פס' 16 לפסק דינה של השופטת ברון (הדגשות במקור):

לא בכל מקרה שבו ניתן שוחד לעובד ציבור ניתן לקבוע כי **המדינה** היא גורם בדרגת קרבה מספקת שאליו ניתן להעביר את הרווח. תנאי זה מתקיים, כפי שהוברר, כאשר עובד הציבור שנתבע הוא עובד מדינה. ואולם, אם למשל עובד **רשות מקומית** הורשע בלקיחת שוחד – דומני כי אין לקבוע כי **המדינה** היא גורם בדרגת קרבה מספקת שאליו ניתן להעביר את הרווח. בהקשר זה יצוין כי בא-כוח המדינה ציין במהלך הדיון שנערך לפנינו כי מקום שבו ראש רשות מקומית לקח שוחד, הגורם המתאים להגשת תביעה אזרחית הוא הרשות המקומית.

על האפשרות לתבוע במעין תביעה נגזרת על ידי תושב רשות מקומית ראו ליכט, **ראשון לציון מארש**, לעיל ה"ש 20; פרידמן ושפירא בר-אור, **עשיית עושר**, לעיל ה"ש 7, עמ' 646.

לחוק עשיית עושר. השתלבות זו מחייבת שינויים והתאמות להקשרים הנוספים האלה כדי להבטיח שתכליתם המיוחדת לא תסוכל. לעת עתה, הניסיון להחיל את דיני עשיית עושר בתרחישים של יחסי אמונאות אינו עולה יפה, בעיקר מחמת ההנחה הנזכרת. פסקי הדין בענייני שוחד הנידונים במאמר מדגימים זאת היטב. ניתן להציע כמה הסברים למצב זה. מקצתם נזכרו לעיל, וכאן נציע אחד לאור דברים שכתב השופט עמית בכתבה חוץ-שיפוטית:

בדיני חוזים יש כמה כלים שבהם בית המשפט מתערב בתוכן החוזה. פרשנות ותוס' לב הם שני אמצעים שבאמצעותם בית המשפט מתערב לעתים, בעדינות, בתוכן החוזה מבלי להצהיר על כך במפורש. לצד אמצעים אלה אנו מוצאים שני פטישים: פטיש של 5 ק"ג בדמותו של ביטול תנאי מקפח בחוזה אחיד ופטיש של 10 ק"ג בדמות תקנת הציבור. דומה כי ציבור המשפטנים כבר אינו מסתפק באמצעים ובפטישים וכיום עוברים מיד ל"קונגו" המסיבי של הזכויות החוקתיות. ... אני סבור כי לפנינו תופעה כללית של אי-זיהוי המשבצת המשפטית הנכונה שעליה "משחקים". במקום טענות חוזיות או נזיקיות או קנייניות מועלות טענות כלליות של זכויות יסוד, וכך הולכת ומיטשטשת ההבחנה בין דוקטרינות מקומיות לדוקטרינות כלליות.³³³

אלה דברים נכוחים, המוכרים לכל מי שקראו לאחרונה כתב טענות. בשינויים קלים הם יפים לענייננו, אם נחליף זכויות חוקתיות בהשבה בעשיית עושר. מה לנו אצלנו ומה לנו פטיש כשיש לנו "קונגו", ולולא דמסתפינא היינו אומרים D9.

³³³ עמית, טשטוש תחומים, לעיל ה"ש 208, בעמ' 34.