

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*

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

בעניין המינהל האזרחי באיו"ש נ' אבנון קבע בית המשפט העליון כי המדינה זכאית לתבוע מעובד ציבור שסרח את שלמוני השוחד שקיבל. אולם הבסיס המשפטי לקביעה זו, המתבקשת מאליה, עורר קשיים ניכרים. בהניחו כי עילה באמונאות ועילה בעשיית עושר ולא במשפט מובילות לסעד זהה, יצר בית המשפט יצור כלאיים מוקשה מבחינת שני הדינים גם יחד. מאמר זה נתלה אפוא בפסק דין אבנון כדי להציע דיון בשני משורים: האחד מעשי, אשר ממוקד בתביעות אזרחיות בתרחישי שוחד בשירות הציבורי, בתאגידיים ובנסיבות מסחריות דומות, ובכלים המשפטיים הזמינים לשם כך; והאחר מתרחב לעיון כללי הן ביחס למה שמצוי בפסק הדין הן ביחס למה שנעדר ממנו. בהקשר זה המאמר מבקש לפוגג את הערפל שהותיר בית המשפט העליון מעל השימוש בעילה אמונאית לתביעת שלמוני שוחד. בהמשכו המאמר מנתח את האפשרות לתבוע בתרחישי שוחד בעילה נזיקית, אשר לא נדונה בעניין אבנון, ואת תכונותיה ואתגריה המיוחדים. לבסוף המאמר מרחיב את יריעת הדיון ובוחר פסיקות סמוכות להלכת אבנון – בעניין מדינת

* פרופסור מן המניין, בית ספר הארי רדזינר למשפטים, אוניברסיטת רייכמן. על הערות מועילות אני מבקש להודות לפול ס' דייוויס, לגרהם וירגו, לאמנון להבי, ליפעת נפתלי בן ציון, לאריאל נתן, לקובי קסטיאל, ליותם קפלן, לענת רוזנברג ולרועי שפירא, למשתתפים בסדנה האקדמית לדיני תאגידיים באוניברסיטת תל אביב, בסמינר המחלקתי בבית ספר הארי רדזינר למשפטים, אוניברסיטת רייכמן, ובכנס השנתי של האגודה הישראלית למשפט פרטי, לגיא פרמינגר ולחברות מערכת משפט ועסקים.

1 Attorney General for Hong Kong v. Reid [1994] 1 AC 324, 330 (PC) (appeal taken from New Zealand).

ישראל נ' יוסף, שדן בעובד ציבור, ובעניין דה לנגה נ' החברה לישראל בע"מ, שעסק בשוחד אזרחי לנושאי משרה בחברה – שבהן נמנעו בתי המשפט מלהבחין בין אחריות באמונאות לאחריות בעשיית עושר. במסגרת זו נדונים היקף התחולה של דיני עשיית עושר והממשק בינם לבין דיני אמונאות והגישות המתפתחות בסוגיית היסוד של התעשרות "על חשבון" המזכה. עוד נדונות הסוגיה של "שכר ראוי" לאמונאי מפר והחלופה המכונה "השבה הרתעתית", שאינה אלא חילוט אזרחי, על הקשיים הטמונים בה. המאמר חותם בכמה השערות ראשוניות בדבר הגורמים שהובילו למצב המשפטי המתואר כאן.

מבוא

פרק א: פרשת אבנון

פרק ב: חשבון בדיני אמונאות

1. יחסי אמונאות

2. עובד ציבור במשפט המשווה

3. עובד ציבור במשפט הישראלי

4. שלילת שלמונים בעילה אמונאית

5. הפרת חובת אמון בעניין אבנון

6. העילות והסעדים

פרק ג: עילה בת עוולה בנוזיקין

פרק ד: "על חשבון" בדיני עשיית עושר ולא במשפט

1. הפסיקה

2. מבנה הדין, מקורות ותחולה

3. התעשרות "על חשבון" או "מן המזכה"

4. "השבה הרתעתית" – חילוט אזרחי

סיכום, או איככה?

מבוא

בפסק דין המינהל האזרחי באיו"ש נ' אבנון² נדרש בית המשפט העליון לשאלה שאין פשוטה ממנה לכאורה: כלום המדינה זכאית 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)? אולי בשתייהן?

2 ע"א 6266/19 המינהל האזרחי באיו"ש נ' אבנון (אר"ש 25.8.2021).

ואולי בעילות נוספות? על השאלה הראשונה, העקרונית, השיב בית המשפט בחיוב בלא קושי, אולם שאלת המשך – ביחס לבסיס המשפטי לתביעת שלמוני השוחד – עוררה קשיים ניכרים. ביחס לעילה האמונאית העדיף בית המשפט להימנע מלהכריע, בהניחו כי עילה זו ועילה בעשיית עושר מובילות לסעד זהה; באשר לעילה בנזיקין, שנטענה בלא פירוט, הוא ראה את עצמו כפטור מלהכריע; ואילו לצורך ההכרעה על בסיס העילה בעשיית עושר נדרש בית המשפט לחדש חידוש מפליג, ולדעת חלק מחברי המותב אף מוקשה. התוצאה, עם כל הכבוד, הייתה יצור כלאיים מוקשה מבחינת שני הדינים – אמונות ועשיית עושר.

מאמר זה נתלה בפסק דין **אבנון** כדי להציע דיון בשני מישורים: האחד מעשי, אשר ממוקד בתביעות אזרחיות בתרחישי שוחד, הן בשירות הציבורי הן בתאגידים ובנסיונות מסחריות אחרות, ובכלים המשפטיים הזמינים לשם כך; והאחר מתרחב לעיון כללי הן ביחס למה שמצוי בפסק הדין הן ביחס למה שנעדר ממנו. המצוי וגם החסר מבטאים מגמות יסודיות יותר במשפט הפרטי בישראל מהאידנא. עניין **אבנון** משקף את האתגר שדיני האמונות מציבים לבתי המשפט בעת האחרונה, חרף היותם חלק מהדין הישראלי הנוהג (והמחייב בערכאות הדיוניות). אלה נרתעים לא פעם משימוש בדינים אלו, ומעדיפים לפנות במקומם לעילות חלופיות, או מיישמים אותם באופן משובש. בהקשר זה המאמר מבקש לפוגג את הערפל שהותיר בית המשפט העליון מעל השימוש בעילה האמונאית לתביעת שלמוני שוחד, ולהנהיר מעט את השימוש בה בכלל ואת יתרונותיו. בהמשך לכך המאמר מנתח את האפשרות לתבוע בתרחישי שוחד בעילה נזיקית, אשר לא נדונה בעניין **אבנון**, ואת תכונותיה ואתגריה המיוחדים.

פסק דין **אבנון** משתלב במגמות קיימות בהתפתחותם של דיני עשיית עושר החדישים בישראל. בהקשר זה אצביע על פער בין הנתיב שבו דינים אלו מתפתחים 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 אנגליים, במיוחד בתרחישי שוחד. על רקע זה נראה כיצד במשפט האנגלי מתגבשת תפיסה חדישה של יסוד ההתעשרות "מן המזכה" או "על חשבוננו", בשעה שבפסיקה בישראל מתרוצצות מגמות שונות בנושא, שנדונו בעניין **אבנון** רק בחלקן, ונציע נתיב לשילוב הדינים.

מבנה המאמר כדלקמן. פרק א מתאר את מסכת העובדות בפרשת **אבנון** ואת עיקרי ההנמקה של בית המשפט. פרק ב עומד על תביעת החשבון בדיני אמונות לשם תביעת שלמוני שוחד, ותוהה על רתיעתו של בית המשפט העליון מלהתבסס עליה חרף היותה דרך המלך להשגת יעד זה. פרק ג מנתח את העילה הנזיקית בקשר לשוחד. פרק ד מוקדש לעילה בעשיית עושר. הוא מרחיב את יריעת הדיון ובוחר פסיקה סמוכה להלכת **אבנון**, ובכלל זה את פסק דין **מדינת ישראל נ' יוסף**,³ שדן בעובד ציבור, ואת עניין **דה לנגה נ'**

3 ת"א (שלום חי) 73387-12-18 מדינת ישראל נ' יוסף (נבו) 4.12.2021.

החברה **לישראל בע"מ**,⁴ אשר עסק בשוחד אזרחי לנושאי משרה בחברה והקדים את פרשות **אבנון ויוסף** בעיסוקו בסוגיות דנן. במסגרת זו נדונים היקף התחולה של דיני עשיית עושר והממשק בינם לבין דיני אמונות והגישות המתפתחות בסוגיית היסוד של התעשרות "על חשבון" המזכה. עוד נדונות הסוגיה של "שכר ראוי" לאמונאי מפר והחלופה המכונה "השבה הרתעתית", שאינה אלא חילוט אזרחי, על הקשיים הטמונים בה. פרק הסיכום חותם את המאמר בהציגו כמה השערות ביחס לשאלה איככה הגיע הדין הישראלי למצב המתואר כאן.

פרק א: פרשת אבנון

הנתבע, צבי אבנון, שימש רכז פיקוח במנהל האזרחי באזור יהודה והשומרון.⁵ במסגרת תפקידו הוא נהג לערוך ביקורות פתע במחצבות שם כדי למנוע 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 הביקורת 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, באמונות ובנוזיקין. 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 כי תיתכן תביעה בעלת יסוד עונשי בעשיית עושר, לפי הרעיון של "אין חוטא נשכר", אף בהעדר היסוד של "על חשבון".⁷ העילות באמונות ובנוזיקין לא נדונו. 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 המרכזית. הכרעה נשענת על העילה בעשיית עושר, תוך שהיא קובעת כי

4 תנ"ג (כלכלית ת"א) 18994-07-15 דה לנגה נ' החברה לישראל בע"מ (נבו 30.4.2017).

5 תיאור העובדות והשתלשלות ההליכים מבוסס בעיקר על עניין **אבנון**, לעיל ה"ש 2, בפס' 2-7 לפסק הדין של השופטת ברון.

6 ת"א (מחוזי י-ם) 60320-10-17 מדינת ישראל נ' אבנון, פס' 18 (נבו 23.6.2019). ("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 בענייננו ויש לדחותה").

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

התקיים היסוד של התעשרות "על חשבון" המדינה.⁸ השופטת ברון דנה בחיוב גם באפשרות לפסוק השבה מחמת "אין חוטא נשכר", אולם השאירה אותה ב"צריך עיון".⁹ ביחס לעילה של הפרת חובת אמון היא קבעה כי אף זו התגבשה, אולם נמנעה מלהכריע בשאלה אם זוהי עילה עצמאית ונפרדת מהעילה בעשיית עושר, משסברה כי שתיהן מובילות לסעד זהה.¹⁰ ביחס לעילה הנזיקית העירה השופטת ברון כי המדינה טענה אותה בשפה רפה ומבלי לציין באיזו עילה מדובר, ולכן היא מצאה כי הדיון בה התייתר.¹¹ השופט מינץ הסכים לפסק דינה של השופטת ברון.¹² השופט קרא, לעומתו, הסכים לתוצאה ולרוב נימוקיה של השופטת ברון, אולם ביחס להשבה בעשיית עושר 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 ששחיתות מציבה לסדר החברתי אין צורך להכביר מילים. הדבר משתקף במוטו של המאמר, המובא מהחלטת מועצת המלכה בהלכה המכוננת בעניין *Reid*.¹⁴ גם בית המשפט העליון עמד על חומרת האיום – הן בעניין **אבנון** הן במקרים נוספים.¹⁵ לאחר שבעבר התקיים שיח בשאלה אם ניתן להתייחס לשוחד בסלחנות כאל "שמן על גלגלי המשק",¹⁶ כיום ברור כי עמדה זו משוללת יסוד

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

9 שם, בפס' 16 לפסק הדין של השופטת ברון.

10 שם, בפס' 19 לפסק הדין של השופטת ברון.

11 שם, בפס' 22 לפסק הדין של השופטת ברון.

12 שם, בפסק הדין של השופט מינץ.

13 שם, בפס' 1 לפסק הדין של השופט קרא.

14 עניין *Reid*, לעיל ה"ש 1.

15 ראו עניין **אבנון**, לעיל ה"ש 2, בפס' 16 לפסק הדין של השופטת ברון ("הדין מייחס חשיבות רבה למלחמה בתופעת השחיתות השלטונית"). ראו גם ע"פ 4456/14 **קלנר נ' מדינת ישראל**, פס' 202 לפסק הדין של השופט ג'ובראן בעניינו של אולמרט (אר"ש 29.12.2015) ("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**, פס' 8 (אר"ש 12.7.2022) (השופט פוגלמן). ראו גם דפנה ברק-ארו "המשפט המנהלי והמאבק בשחיתות השלטונית" **משפטים** 667, 668 (2007).

16 ראו, למשל, Andrei Shleifer, *Fighting Corruption in the Post Communist World*, PROJECT SYNDICATE (Apr. 28, 1997), <https://www.project-syndicate.org/commentary/fighting-corruption-in-the-post-communist-world>.

וכי השוחד אכן הרסני למוסדות החברתיים, כפי שסברו כבר קדמונינו.¹⁷ הדברים אמורים במידה שווה ביחס לשוחד במגזר הציבורי ובמגזר הפרטי. גוף מוצק של ראיות אמפיריות מלמד כי שחיתות משפיעה לרעה, בין היתר, על שיעור הצמיחה, על היעילות המנהלית במגזרים הציבורי והפרטי, על היקף התשתיות במדינה, על שיעור ההון השחור, על ההשקעות הזרות במדינה והסחר הבינ-לאומי שלה, על כיבוד זכויות אדם וזכויות פוליטיות, ועוד.¹⁸

שחיתות שלטונית אינה זרה להווייה הישראלית, ובמגזרים מסוימים היא בגדר נגע ממושט.¹⁹ אף על פי כן, ככל שקוים בארץ מאבק משפטי בשחיתות, הוא התמקד באכיפה ציבורית באמצעות הדין הפלילי והמשמעת. המדינה נמנעה במשך זמן רב מלאכוף את זכויותיה במשפט הפרטי כלפי עובדי ציבור שקיבלו שוחד,²⁰ וכלפי משלמי השוחד היא עדיין אינה עושה זאת, למיטב הידוע.²¹ דא עקא, שעם כל עוצמתו, ואף בגין עוצמתו, להליך הפלילי יש מגבלות מוכנות כאמצעי למאבק בשחיתות. בין היתר, אכיפה פלילית היא עניין יקר. ניהול הליך פלילי בתיקי שחיתות משמעותיים כרוך במשאבים ניכרים, החל בשלב החקירה ולא פחות מכך בשלב של ניהול התיק. משאבים אלו מוגבלים בהכרח כתלות בתקציב, והם מוגבלים גם מחמת הצורך להקדיש לתיקים כאלה כוח אדם מיומן, אשר אינו מצוי בשפע. נוסף על כך, אכיפה פלילית היא עניין מסורבל. ההליך הפלילי מעוצב באופן שיטתי כדי להגן על החשוד והנאשם מפני כוחה של המדינה. סדרי הדין וכללי הראיות מסרבלים את הדיון, ומקטינים, בכוננת מכוון, את הסיכוי להטלת אחריות. לבסוף, אכיפה פלילית היא עניין רגיש. בהקשר המסוים של תיקי שחיתות, שמעורבות בהם דמויות מהספֶרה הציבורית, פתיחה וקיום של הליך פלילי כרוכים ברגישויות מיוחדות. אלה מובילים לכך ששיקול הדעת בקשר לקיום

17 על השחתת המידות המוסרית ששוחד מחולל עמד כבר המקרא בספר דברים טו 19: "לא תטה משפט, לא תכיר פנים ולא תקח שוחד, כי השוחד יעור עיני חכמים ויסלף דברי צדיקים."

18 ראו Toke S. Aidt, *Corruption, Institutions, and Economic Development*, 25 OXFORD REV. (2009) 271. ECON. POL'Y 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. SURV. 335 (2018).

19 ראו, באופן כללי, **מבטים על שחיתות שלטונית** (עדנה הראל פישר, תמר הוסטובסקי ברנדס וליטל פילר עורכות, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2022). ביחס לשלטון המקומי ראו הצוות לבחינת דרכים לחיזוק שלטון החוק וטוהר-המידות בשלטון המקומי **דין וחשבון** (2016). ראו גם מיכל לרר **סוגיות הקשורות לשחיתות בשלטון המקומי** (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2020).

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

21 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 ומשוחד בשלטון המקומי" **נקודה בסוף משפט** (26.2.2018) <https://amirlicht.wordpress.com/2018/02/26/108/> (להלן: ליכט "ראשון לציון מארש"). ראו גם הצעת חוק פרטית שהגיש חבר הכנסת מיקי רוזנטל: הצעת חוק לעידוד טוהר המידות במגזר הציבורי (תביעה נגזרת בשם גוף ציבורי), התשע"ז-2017, פ/4377/20.

ההליך מופעל לא פעם בזהירות יתרה, והדבר תורם עוד לצמצום השימוש בכלי אכיפה זה, ואף לתת-אכיפה.²² לעומת כל אלה, הליך אכיפה אזרחי, בוודאי בדיני אמונאות, נהנה מיתרונות משפטיים ומעשיים, שנעמוד עליהם להלן, אשר מגדילים את הסיכוי לשלילת טובת ההנאה האסורה. בהתאמה גְּלֵה גם האפקטיביות של המאבק בשחיתות. בהקשרים אזרחיים של התנהלות מושחתת בחברות עסקיות, בעמותות ובגופים דומים תיתכן באופן עקרוני אכיפה פלילית, אולם מבחינה מעשית אין תחליף להליך האזרחי. המדינה נקטה צעד משמעותי לשינוי המצב בעניינו של השר לשעבר בנימין בן-אליעזר המנוח, אשר הואשם בקבלת שוחד בקשר לניצול מעמדו. לפי הנטען, חלק מכספי השוחד הוחזקו במזומן, ובחלק אחר שלהם השתמש בן-אליעזר לרכישת זכויות בבית מידות ביפו. אולם ההליך הפלילי נגדו, שבגדרו התנהל גם הליך חילוט פלילי, הופסק משהתבקש הלה לישיבה של מעלה.²³ המדינה פנתה אפוא להליך תביעה אזרחי, שאותו אין כל מניעה לקיים נגד העיזבון ואף נגד היוורשים (לפחות בדיני אמונאות).²⁴ 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.²⁵

המחדל המתמשך בכל הקשור לאכיפה אזרחית בפרשיות שחיתות התקבע בשגרת הדברים בארץ, עד כדי כך שבפרשת **אבנון** הביע הנתבע טרוניה על עצם הגשת התביעה נגדו, וטען לאכיפה בררנית. המדינה, מצידה, לא הכחישה את 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 אבנון, גם אם הדבר לא נעשה קודם לכן במקרים אחרים".²⁶ לכך יש להסכים, כמובן. בראייה מערכתית של המאבק בשחיתות, ייתכן שבאשרור שניתן למדיניות החדשה של המדינה לנקוט אכיפה אזרחית יש חשיבות לא פחות מאשר בחידושים המשפטיים שבפסק הדין, שבהם נעיין כעת.

22 לדיון מפורט ראו אבינועם מגן **המשפט האזרחי והמאבק בשחיתות** 21–33 (2020).

23 ראו ת"פ (מחוזי ת"א) 4637-12-15 **פרקליטות מחוז תל אביב (מיסוי וכלכלה) נ' בן-אליעזר**, פס' 1 (נבו 28.8.2019).

24 ראו עמיר ליכט "עם כל הצער שבדבר – אישום פלילי ותביעה אזרחית נגד אמונאי" **נקודה בסוף משפט** (30.8.2016) <https://amirlicht.wordpress.com/2016/08/30/57/>.

25 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 "הקרוב 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 עג'מי ביפו מוצע למכירה" **TheMarker** (29.4.2021) <https://www.themarker.com/realstate/premium-1.9756253>.

26 עניין **אבנון**, לעיל ה"ש 2, בפס' 24 לפסק הדין של השופטת ברון.

פרק ב: חשבון בדיני אמונאות

1. יחסי אמונאות

חלק הארי של פסק דין **אבנון** מוקדש למתיחת איבריה של העילה בעשיית עושר, עד שתתאים גם לתרחיש של קבלת שוחד על ידי עובד ציבור. כפי שנראה להלן בפרק ד, אשר דן 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, מוטב לעמוד תחילה על העילה החלופית, בדיני אמונאות, שאותה העדיף בית המשפט לדחוק אל שולי הדרך, ולא לבסס עליה את ההכרעה. הדברים ראויים לעיון, שכן לעומת התמרון המשפטי המורכב שנדרש לשם שימוש בעילה בעשיית עושר לצורך תביעת שלמוני שוחד, שאף היה שנוי במחלוקת בין שופטי המותב, שלילתם בעילה אמונאית היא מיידית, 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 הנהנית (דהיינו, ה-beneficiary).²⁷ בכך צדק בית המשפט, ללא ספק. אף על פי כן, וחרף פשטותה של הנקודה, העדיף בית המשפט 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 שדיני האמונאות מקנים, שומה על התובע להראות תחילה שדינים אלו חלים בנסיבות המקרה, כלומר, שבינו לבין הנתבע שררו יחסי אמונאות, ובפרט שהנתבע היה אמונאי שלו.²⁸ באופן עקרוני די בכך, והנהנה התובע

27 שם, בפס' 18 לפסק הדין של השופטת ברוך. השופטת ברוך השתמשה במונח "מוטב". "מוטב" ו"נהנה" הם תרגומים חלופיים ל-beneficiary. "נהנה" נהנה מיתרון על "מוטב", שכן הראשון נקוט בחקיקה הישראלית לציון נהנה ביחסי אמונאות, כגון בחוק הנאמנות, התשל"ט-1979, ואילו האחרון משמש, למשל, לציון מוטב בחוזה לטובת אדם שלישי לפי חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ולציון מוטב בחוזה ביטוח לפי חוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981. שתי אלה הן מערכות יחסים שאינן יחסי אמונאות, ולכן יש בשימוש באותו מונח בהקשרים שונים כדי לבלבל. הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח הממשלה 700, נקטה את המונח "זכאי" ל-beneficiary. בעיניי, אף זה אינו מונח מיטבי, מכיוון של"זכאי" יש כבר משמעויות מוגדרות במשפט הפלילי, כמו גם במשפט הפרטי, שבו הוא משמש כתרגום ל-entitled, המציין מצב משפטי שונה באופן מהותי מזה של ה-beneficiary ביחסי אמונאות. "נהנה" הוא אפוא המונח היחיד שאין לו משמעות משפטית אחרת זולת beneficiary ביחסי אמונאות, ומכאן עדיפותו.

28 למען השלמות יצוין כי דיני האמונאות מחילים אחריות כאחריותו של אמונאי גם על צד זר ליחסי אמונאות שנעשה מעורב בהם בתנאים מסוימים – למשל, כגורם להפרת חובת

אינו נדרש להראות דבר נוסף, ובפרט לא הפרה של חיובי אמונאות, כגון קבלת שוחד. משהוכח קיומם של יחסי אמונאות – קל וחומר אם הוכח חשד ממשי להפרה – נסללה הדרך לחשבון מקיף, כמפורט להלן. דרך המלך להוכחה שהנתבע היה אמונאי היא להראות שהוא נמנה עם אחת הקטגוריות המוכרות של אמונאים (recognized categories, established categories), כגון שלוח, נאמן, אפוטרופוס וכולי. בגדר הקטגוריות האלה יחולו חיובי אמונאות מניה וביה.²⁹ הקטגוריות המוכרות התגבשו במשפט המקובל במרוצת הזמן: חלקן מקדמת דנא, לפני מאות שנים (כגון אפוטרופוס ונאמן), וחלקן התפתחו מאוחר יותר אך גם הן ותיקות (כגון דירקטור). גם כיום בתי המשפט מכירים מדי פעם בפעם בקטגוריות נוספות במסגרת כוחו היוצר של המשפט המקובל. כך, למשל, הוכרו אצלנו כאמונאים במשפט הפרטי יזמים של חברה ביחסים בינם לבין עצמם,³⁰ ולאחרונה גם הממונה על רכוש נטוש וכן המארגן והוועד המפקח של קבוצת רכישה.³¹ נוסף על כך, הוראות חרותות קובעות כי בעלי תפקיד מסוימים חבים חובת אמן, אלא שהוראות אלו, כמעט בלא יוצא מן הכלל, הן הצהרתיות בלבד, ורק משקפות הלכות מושרשות במשפט המקובל.³²

אמון או כמסייע בה. בתרחיש של שוחד יהיה זה, בין היתר, משלם השוחד. לדיון מפורט ראו עמיר ליכט **דיני אמונאות: חובת האמן בתאגיד ובדין הכללי** 403–491 (2013) (להלן: ליכט **דיני אמונאות**).

29 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 ויורשיו**, פ"ד נז(2) 745, 757 (2003) (השופט מ' חשין) (להלן: עניין **תנובה**); ע"א 9099/96 **ידיעות אחרונות בע"מ נ' פירסטנברג**, פ"ד נג(5) 1, 16 (1999) (השופט טירקל). ליישום עדכני ראו ת"א (מחוזי ב"ש) 2100-10-19 **ביוטי פיש בע"מ נ' כר חקלאות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ** (נבו 10.2.2022) (השופט פרידלנדר). השוו דיון *Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.* (1984) 156 CLR 41 (Austl.) בחלופה זו חורג מהמסגרת הנוכחית. ראו, באופן כללי, עמיר ליכט "חובת אמן – אימתי?" **חובות אמן בדין הישראלי** 35 (רות פלאטור-שנער ויהושע (שוקי) שגב עורכים 2016).

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

31 ראו, בהתאמה, בג"ץ 794/17 **זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פס' 55–56 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן (אר"ש 31.10.2017); ה"פ (מחוזי ת"א) 39815-06-16 **מרק נ' חגי'ג'**, פס' 21–22 (נבו 1.1.2018) (השופט גונטובניק). ראו גם, בהתאמה, עמיר ליכט "דיני עמונאות – לקראת הלכה חדשה לגבי תחולתה של חובת אמן" **נקודה בסוף משפט** (23.11.2017) <https://amirlicht.wordpress.com/2017/11/23/99/> (להלן: ליכט "דיני עמונאות"); 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/>. כן ראו, באופן כללי, Lehtimäki v. Cooper [2020] UKSC 33.

32 ראו, למשל, ביחס לעורכי דין, ע"א 554/87 **מזור נ' אריאלי**, פ"ד מה(1) 370, 377 (1990) (השופט נתניהו) ("אמנם, ההוראה [שבכלל 14 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986 –

2. עובד ציבור במשפט המשווה

עובד ציבור מוכר כאמונאי במשפט הפרטי לפחות משנת 1858, כאשר מועצת המלכה פסקה בפרשת *Bowes v. City of Toronto*³³. באותו מקרה כיהן בווס כראש העיר טורונטו וכחבר ועדת הכספים של מועצת העירייה, ובמסגרת זו 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 אישרה את הקביעה בערכאה קמא כי הוא חב חשבון בגין הרווח שצמח לו וכי הוא מחזיקו בנאמנות לטובת העיר.³⁴ בית המשפט הדגיש כי עובד ציבור אומנם אינו שלוח או נאמן לאשורם, אולם חבותו במשפט הפרטי היא בדיוק כחבותם של אלה, דהיינו, החובה לתת חשבון לפי דרישה, שהיא החיוב הסגולי המאפיין אמונאים.³⁵ שופטים חשובים בערכאות

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 שיטתנו"; ה"פ (מחוזי ת"א) 411/03 **אוטו חן בע"מ נ' כל מוביל בע"מ**, פס" 4 (נבו) 9.5.2004 (השופט גרסטל) ("פקודת השותפויות אכן אינה קובעת איסור להימצא במצב של ניגוד עניינים. יחד עם זאת, הפסיקה הכירה בכך שהאיסור להימצא בניגוד עניינים אינו נובע מהחוק החרות, אלא מהווה עיקרון יסוד בשיטתנו").

33 *Bowes v. City of Toronto* [1858] 14 ER 770 (PC). סטיבן גייג'לר, 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 לסמכותם של בתי המשפט של היושר. לא אחר מאשר לורד אלדון (Eldon) קבע שכך הדבר, אולם גייג'לר מדגיש שהפסיקה התייחסה לנקודה צרה זו. ראו Stephen Gageler, *The Equitable Duty of Loyalty in Public Office*, in FINN'S LAW: AN AUSTRALIAN Attorney-General v. Brown, בעקבות JUSTICE 126, 127–128 (Tim Bonyhady ed., 2016) [1818] 1 Wils. Ch. 323. הנושא הכללי של אמונאות ציבורית חורג מן המסגרת הנוכחית, וראוי לדין נפרד.

34 עניין *Bowes*, לעיל ה"ש 33, בעמ' 790–791. מועצת המלכה לא מצאה ממש בטענה כי הרווח הופק על ידי השותפות, ולא על ידי בווס עצמו, אף שהשותף האחר 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 בכך גם העילה של קבלה ביודעין (knowing receipt), שהתפתחה במשפט המקובל אחרי פסק דין *Bowes*. ראו ליכט **דיני אמונאות**, לעיל ה"ש 28, בעמ' 428–431. הנקודה התעוררה לאחרונה בע"א 936/22 **טבצניק נ' אלנקיב**, פס" 18 (אר"ש 1.3.2022) (השופט שטיין), אך לא נדונה 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/> (להלן: ליכט "מן הגורן").

35 הלך מחשבה זהה הדריך את בית המשפט העליון בישראל בהלכה המכוננת בהמ' 100/52 **חברה ירושלמית לתעשייה בע"מ נ' אגיון**, פ"ד ו 887, 889 (1952). השופט ש"ז חשין בהחיר שם את הבסיס

הבכירות בשיטות המשפט המקובל חזרו על ההלכה ואזכרו אותה כהלכה מכוננת.³⁶

הכלל הממוקד, הקובע כי עובד ציבור המקבל שלמוני שוחד חב חשבון בגינם כאמונאי ומחזיק אותם בנאמנות קונסטרוקטיבית לטובת הרשות, יושם מאז בכמה מקרים נוספים.³⁷ בדין האנגלי מוכרים שני מקרים "סמליים". פרשת *Attorney General*

לחובת האמון של מנהלי חברה כמי שנושאים בחובה לתת חשבון (obligation of accounting) בהיקש 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 etc. Ry. Co. v. Hudson*, (1845) 51 E.R. 866 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 שיוור, 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 משיידרשו לכך' (ע' 9-868). 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."

36 באוסטרליה ראו *IW v City of Perth* [1997] HCA 30 (Austl.) ("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 Sys. Int'l v Airservices Austl.* [1997] FCA 558 (Austl.) (Finn J) ("a seminal decision") *FHR European Ventures LLP v. Cedar Capital Partners LLC* [2014] UKSC 45, [13] (UK) (Lord Neuberger PSC) (להלן: עניין *FHR*). מבחינה פורמלית, חוות הדעת 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 S.C.R. 387, 392 (Can.) (Laskin CJ); *Board of Education of Calgary Roman Catholic Separate School Dist. No. 1 v. O'Malley*, [2007] ABQB 574, para. 71 (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")

37 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 מעצם כך אמונאים. ראו *Gageler*, לעיל ה"ש 33, בעמ' 141-140. הגישה החדשה אינה רואה בעובדים אמונאים מעצם היותם עובדים, אלא רק בנסיבות המכוננות יחסי אמונאות על בסיס עצמאי. יש לכך השלכה גם על הפסיקה בענייני שוחד. ראו דיון להלן ליד ה"ש 108.

v. Goddard עסקה בסמל משטרה אשר בעת עבודתו במחלק המוסר קיבל כספים ממפעילי בתים של זנות ובתי מרוזח כדי לא לדווח עליהם.³⁸ הוא הורשע בדין פלילי, והמדינה נקטה גם הליך אזרחי בתביעה לחשבון ולקבלת השלמונים עצמם. בית המשפט ציין כי מדובר ביחסי אמונאות,³⁹ וכי אין נפקא מינה שלמדינה לא נגרם כל נזק עקב מעשיו של גודרד, ולכן הורה על תשלום הכספים למדינה. במקביל הוא הדגיש כי בנסיבות המקרה אין מקום לטענה שהכספים היו עשויים להינתן לגודרד בקשר לאינטרס ממוני של המדינה, שכן הדבר סתר את עצם הסמכות השלטונית שהוקנתה לו.⁴⁰ משכך לא היה אפשר לטעון טענת "כסף ששולם והתקבל" (money had and received) (שהיא תבנית תביעה (form of action) מיושנת בדין (law), שהייתה גרסה עוברית של עילה בעשיית עושר) – דהיינו, כי השלמונים שולמו והתקבלו כביכול לשימושה של המדינה – אלא רק להגיש תביעה ביושר, בגין יחסי אמונאות במשמע.⁴¹

פרשת *Reading v. Attorney General* עסקה בסמל בצבא הבריטי אשר שירת במצרים וקיבל שוחד ממבריחים כדי לאפשר להם לעבור במחסומי הצבא, כשכל שנדרש ממנו היה לשבת במדיו במשאיות שלהם, להיראות יפה ולשתוק.⁴² הוא נידון והורשע, אך משהשתחרר מכלאו, העז ותבע את הכספים שקיבל ואשר המדינה תפסה. בית הלורדים אישר את הקביעות בערכאות הקודמות כי לכתר יש זכות לכספי השוחד האלה. הבסיס המשפטי שהוכר לשם כך היה מעמדו של רידנינג כאמונאי של הכתר בהיותו איש צבא.⁴³ זאת, חרף העובדה שלא הופקדו בידי אינטרסים ממוניים כלשהם,⁴⁴ והוא אף לא עשה שימוש כלשהו, על דרך מעשה או על דרך מחדל, בסמכותו כאיש צבא (כלומר, כעובד

38 *Attorney General v. Goddard* [1929] 98 LJKB 743 (Eng.). כמאה שנים חלפו, ועולם כמנהגו נוהג. להרשעת שוטר שקיבל שוחד בנסיבות דומות להפליא ראו ע"פ 244/21 מדינת ישראל נ' רבינוביץ' (אר"ש 31.8.2022).

39 עניין *Goddard*, לעיל ה"ש 38, בעמ' 745.

40 שם, בעמ' 745–746.

41 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).

42 *Reading v. Attorney General* [1951] AC 507 (Eng.).

43 שם, בעמ' 515–516 (לורד פורטר (Porter)); ובעמ' 517 (לורד נורמנד (Normand)). 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 ניסיון לבסס את אחריותו של רידנינג על כך שהוא פעל כשלוח של הכתר. פרידמן ושפירא בר-אור, לעיל ה"ש 7, בעמ' 644. דברים אלו אינם מדויקים. למעשה, בית המשפט בעניין *Lonrho*, שם, בעמ' 11, מבחיר כי הבסיס לפסיקה בעניין *Reading* היה סירובו של רידנינג לתת חשבון כשלוח, שהוא כזכור חיוב בסיסי של כל אמונאי. ההפרה ברורה אפוא, הגם שהיא לא הייתה כרוכה בניגוד עניינים דווקא.

44 העובדה שבית הלורדים ראה מקום להידרש לנקודה זו כעניין הטעון התייחסות תואמת גישה כללית בדיני האמונאות האנגליים, הנוטים להדגיש את היסוד הרכושי של נכסי אמונאות כבואם לזהות יחסי אמונאות, כפי שהראתה לאחרונה יפעת נפתלי בן ציון. לדיון מקיף ראו יפעת נפתלי בן ציון דיני האמונאות במבט השוואתי: על תאוריה משפטית, פסיקה ומה שביניהן (2022).

ציבור, וזאת בניגוד לסמל גודרד, אשר הפר את חובתו בעשותו שימוש בסמכותו על דרך מחדל). כן צוין גם הפעם כי העדרו של נזק אינו מעלה ואינו מוריד. ההפרה התבטאה אפוא בהפקת רווח בלא אישור בקשר למשרה. בחוות הדעת המרכזית ציין לורד פורטר (Porter) כי לצד קביעתו של השופט דנינג (Denning) בערכאה קמא כי התקיימו יחסי אמונות, שהיא אשר שימשה בסיס להכרעה, נזכרה גם עילה בעשיית עושר; אולם הוא הדגיש כי עילה זו לא הייתה הבסיס לפסיקה, והטיל ספק אם עילה כזו מוכרת בדין האנגלי (באותה עת).⁴⁵ בדומה לכך, גם תבנית התביעה של כסף ששולם והתקבל הוזכרה אך לא שימשה בסיס לפסיקה.⁴⁶

המקרה המפורסם ביותר של שלילת כספי שוחד מעובד ציבור הוא פרשת *Attorney General for Hong Kong v. Reid*.⁴⁷ ריד, עורך דין ניו-זילנדי שכיהן כתובע הכללי בהונג קונג, קיבל שוחד מאנשי העולם התחתון כדי לשבש הליכי אכיפה פלילית נגדם, ובכספים האלה רכש בית מגורים ושני פרדסי קיווי בניו זילנד. בעקבות הרשעתו וכליאתו הוא הגיע לחדלות פירעון. לא היה חולק שלמדינה יש זכות לכספים במסגרת חשבון ושליה בדיני אמונות.⁴⁸ המחלוקת התמקדה אפוא בשאלה אם המדינה נהנית

45 עניין *Reading*, לעיל ה"ש 42, בעמ' 513–514.

46 שם, בעמ' 516 ("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, L.J., in thinking that the words 'fiduciary relationship' in this setting are used in a wide and loose sense..." דברים אלו מתיישבים עם הדברים המובאים בה"ש 44 לעיל, שכן עובדי ציבור בעלי סמכויות שיטור ופיקוח אינם מופקדים על נכסים במובן הפשוט. גם לורד נורמנד הדגיש (שם, בעמ' 517) כי הטענה של כסף ששולם והתקבל לא הייתה בסיס לפסיקה. אומנם, ברוז כתב בשעתו כי התביעה בעניין *Reading* נשענה גם על טענת כסף ששולם והתקבל – ראו ANDREW BURROWS, THE LAW OF RESTITUTION 685 (3d ed. 2011). אולם נראה כי הדברים אינם מדויקים, כאמור. מכל מקום, לפחות בדין האנגלי איבד פלפול זה את טעמו, מאחר שכיום הטענה הזאת כבר גוועה ושרידיה נטמעו בעיקרון הכללי נגד התעשרות בלתי צודקת. באשר לדין הישראלי, פסק דין *Reading* והעילות של כסף ששולם והתקבל ושל עשיית עושר, לצד העילה של הפרת חובת אמון, נדונו 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 20, בעמ' 669–671 (השופט י' כהן); ע"א 793/76 **לוקמן נ' שיף**, פ"ד לג(2) 533, 543 (1979) (השופט לויין).

47 עניין *Reid*, לעיל ה"ש 1.

48 שם, בעמ' 331. הדברים ראויים לציטוט מפורט: "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 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

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 ותמורהם נכללים במסה הכללית של נכסיו, העומדת לרשות כלל הנושים הלא-מובטחים.⁴⁹ שאלה זו מתעוררת מכיוון שבניגוד 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),⁵⁰ שלמוני שוחד מתקבלים מצד שלישי, המשחד, ולכאורה אינם מהווים מלכתחילה חלק מנכסי האמונאות.

לאחר שעמד על הנזק המערכתי ששוחד מחולל, ציין לורד טמפלמן (Templeman), בשם המותב, כי כל טובת הנאה אסורה שאמונאי מפיק מכהונתו כפופה לחשבון לטובת הנהנה. לכן מייד עם קבלת כספי השוחד הוא חייב להעבירם אל הנהנה, ועד שיעשה כן הוא מחזיק אותם כנאמן עבורו.⁵¹ באשר לנושים הלא-מובטחים של האמונאי, אלה ממילא אינם זכאים לכספי השוחד, שמלכתחילה אינם מהווים חלק מנכסי האמונאי-החייב, ולכן גם לא לתמורהם ולפירותיהם.⁵² הלכת Reid נפסקה באופן פורמלי ביחס לדין הניו-זילנדי, ולאחר מכן אומצה במדינות נוספות.⁵³ לבסוף אימץ אותה בית המשפט העליון של בריטניה גם בדין האנגלי עצמו בעניין FHR, תוך שהוא קובע כי הלכת Lister⁵⁴ נפסקה בטעות.⁵⁵ כיום אין ספק שזהו הדין.

באשר למשפט האמריקני, גם בו מוכרת מכבר חבות של עובד ציבור, כאמונאי של המדינה (או של כל רשות או תאגיד ציבורי אחר), לתת חשבון ולהעביר לה כספי שוחד

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"

.Lister & Co. v. Stubbs [1890] 45 C.A. 1 (Ch) (Eng.) 49

ראו, למשל, ס' 15 לחוק הנאמנות, 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).

עניין Reid, לעיל ה"ש 1, בעמ' 331–332.

שם, בעמ' 330–331, וכן בהמשך, בעמ' 336–337.

ראו Grimaldi v Chameleon Mining NL [No. 2] (2012) FCAFC 6 (Austl.); Ins. Corp. of B.C. v. Lo [2006] B.C.C.A. 584 (Can.); Sumitomo Bank Ltd. v. Kartika Ratna Thahir [1992] SGHC 301, [1993] 1 SLR 735 (Sing.). לדיון מפורט, שהיה יפה לשעתו ונותר רלוונטי לדין הישראלי עד שהנקודה תוכרע בבירור, ראו ליכט דיני אמונאות, לעיל ה"ש 28, בעמ' 336–346.

עניין Lister, לעיל ה"ש 49.

עניין FHR, לעיל ה"ש 36, בפס' 49–50.

שקיבל. פסק דין *United States v. Carter* עסק בקצין בחיל ההנדסה שהופקד על הכנת מכרזים, על בחירת קבלנים ועל פיקוח בקשר לעבודות פיתוח גדולות, ובמשך כמה שנים העביר מידע והיטיב בדרכים שונות עם קבלנים מסוימים. אלה גמלו לו בתשלום שלישי מרווחיהם – סכום עתק באותם זמנים – שאותו השקיע בניירות ערך, במקרקעין ועוד.⁵⁶ המדינה תבעה אותו בתביעת חשבון, וטענה גם כי הוא מחזיק בתמורה השלמונים בנאמנות לטובתה. בית המשפט העליון אישר את התביעה, בהשתיתו אותה על היות עובד הציבור אמונאי.⁵⁷

קביעות אלו נשנו בפסקי דין נוספים בארצות הברית. כך, בפרשת *Boston v. Santosuosso* קיבל ג'יימס קרלי, שכיהן כראש עיריית בוסטון, שוחד ממנהל חברה תמורת אישור פשרה בהליך משפטי בין העירייה לאותה חברה, ונקבע כי הוא וכן עורך דין שתיווך בעסקת השוחד מחזיקים את הסכומים שקיבלו בנאמנות עבור העירייה.⁵⁸ בעניין *United States v. King* קיבלה עובדת השירות הקונסולרי של ארצות הברית בהאיטי שוחד תמורת מתן ויזות לא כדון, ונקבע כי למדינה יש זכות לכספים שהתקבלו בגין הפרת חובת האמונאות, וכי זכות זו מוגנת בנאמנות קונסטרוקטיבית על בית מגורים שקינה רכשה באמצעותם.⁵⁹ 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 מכוניות, מקפיא וסכומי כסף.⁶⁰ בית המשפט קבע, לנוכח הלכת *Carter* האמורה, 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.⁶¹ כך נפסק גם בפרשת *United States v. Podell*, שבה חבר קונגרס קיבל כספים

56 *United States v. Carter*, 217 U.S. 286 (1910).

57 שם, בעמ' 306. לא למותר לציין שבית המשפט הביא כאסמכתה לדברים האלה כמה מההלכות האנגליות הקלסיות בדבר ההכרה להקפיד על גישה נוקשה באכיפת כללים אלו ביחסי אמונאות, ובמרכזן *Aberdeen Ry. Co. v. Blaikie Bros.* [1854] 1 Macq. 461. בעניין זה ראו ליכט דיני אמונאות, לעיל ה"ש 28, בעמ' 78–85.

58 *Boston v. Santosuosso*, 307 Mass. 302, 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")

59 *United States v. King*, 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")

60 *United States v. Drisko*, 303 F. Supp. 858 (E.D. Va. 1969).

61 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

מחברת תעופה כדי להשתדל עבורה בדיוני ועדה של הקונגרס.⁶² לסיום, שוב בקנדה, פרשת *ICBC v. Lo* דנה בעובדת של תאגיד ציבורי הפועל כרשות רישוי לנהגים אשר ככהונתה כבוחנת נהיגה קיבלה שוחד ממנהל בית ספר לנהיגה כדי להוציא ללקוחותיו רישיונות נהיגה מבלי להיבחן, ובית המשפט אישר את הקביעה כי לתאגיד יש זכות לשלמוני השוחד, המוגנת בנאמנות קונסטרוקטיבית.⁶³

לנוכח דלות המקורות במשפט הישראלי בסוגיה זו, יש לתקדימים הללו – 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. 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 האקאונטביליות שהם מגשימים באמצעות מנגנון החשבון.⁶⁴ חיוב הליבה המרכזי של כל אמונאי הוא לפעול בתום לב לטובת הנהנה. על כן הוא נדרש לאיזון עצמי מוחלט (total self-abnegation), המתבטא בפללים 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 אמונות מדריכה הגישה כי כל שעשה האמונאי לטובה עשה – לטובת הנהנה במשמע. ככל שהאמונאי פעל בהפרה של חיובי האמונות שלו – למשל, הפיק 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. בהתאמה, תביעות באמונות בקשר לשוחד פועלות לאשש את התכלית המושגית הכללית של חובת האמון, דהיינו, לגונן על יושרת המשרה

סאין במשפט הפלילי שהיה נגד המערער ובעונש שספג בו כדי להוציא את התביעה האזרחית או להשפיע עליה כהוא זה בקשר להטבת נזקה של המשיכה". הדברים הובאו בהסכמה בעניין **אבנון**, לעיל ה"ש 2, בפס' 9 לפסק הדין של השופטת ברוך.

62 United States v. Podell, 436 F. Supp. 1039 (S.D.N.Y. 1977).

63 עניין *Lo*, לעיל ה"ש 53. 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 כמסייע בהפרת חובת האמון של הבוחנת או כגורם לה, וכי אף חבות זו מוגנת בנאמנות קונסטרוקטיבית. ליישום ולאמידת היקף החבות ראו *Ins. Corp.* of B.C. v. *Dragon Driving School Canada Ltd.*, [2007] B.C.S.C. 389 (Can.). בסוגיית האחריות של המסייע בהפרת חובת אמון ראו, באופן כללי, ליכט **דיני אמונות**, לעיל ה"ש 28, בעמ' 403 ואילך; וכן ההפניות לעיל בה"ש 21.

64 יצוין במיוחד לורד מילט, שתרם תרומה גדולה בכתיבתו החוץ-שיפוטית לגיבושה של התפיסה המתוארת, ואשר עמדתו אומצה על ידי בתי המשפט. ראו *Peter Millett, Bribes and Secret Commissions*, 1993 *RESTITUTION L. REV.* 7; *Peter Millett, Bribes and Secret Commissions* Lionel Smith, *Constructive Trusts and the* *Again*, 71 *CAMBRIDGE L.J.* 583 (2012) ראו גם *No-Profit Rule*, 72 *CAMBRIDGE L.J.* 260 (2013) *Peter J. Millet, Equity's* *Place in the Law of Commerce*, 114 *LAW Q. REV.* 214 (1998).

של האמונאי מפני כל חשש להשפעות זרות.⁶⁵ מכאן נובעות מאליהן הנפקויות המוזכרות לעיל וכן נפקויות נוספות: שלמוני השוחד מתקבלים על ידי עובד הציבור (או המנהל או כל אמונאי אחר) לטובת הרשות (או נהנה אחר), והם מהווים נכס אמונות בידיו מייד עם קבלתם ועד שיעביר אותם לנהנה כנדרש.⁶⁶

תפיסה זו נראית דומה בקווים כלליים לתבנית התביעה של כסף ששולם והתקבל, ודמיון זה נראָה גם בעיני משפטנים בדורות קודמים שבהם רווח השימוש בה.⁶⁷ אולם יש הבדלים יסודיים בין תביעת חשבון ושלייה לבין תביעת כסף ששולם והתקבל. ראשית, מבחינה מושגית, שתי התביעות מגשימות תכליות שונות של שני הדינים: התביעה באמונות מיועדת כאמור להבטיח את יושרת המשרה של האמונאי; ולעומתה, תביעת כסף ששולם והתקבל, וכיום תביעה בעשיית עושר, מיועדות לתקן העברות ערך פגומות (ולהיבט זה נשוב להלן בפרק ד). שנית, מבחינה צורנית, בדין האנגלי בוטלו תבניות התביעה כבר באמצע המאה התשע-עשרה (ובדין הישראלי הן לא התקיימו מעולם). הביטוי money had and received רווח גם כיום, אך אזכורו כיום מהווה בעיקר קירוב אינטואיטיבי-נוסטלגי לחיוב השבה (restitution) בעשיית עושר.⁶⁸ שלישי, מבחינה מהותית, כדי שיצמח חיוב השבה כאמור, נדרשת יריבות בין הצדדים שבגדרה היה הכסף עשוי 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

65 ראו, באופן כללי, MATTHEW CONAGLEN, FIDUCIARY LOYALTY: PROTECTING THE DUE PERFORMANCE OF NON-FIDUCIARY DUTIES (2010). בתי המשפט עמדו על נקודה זו לא פעם. ראו, למשל, UBS AG (London Branch) v. Kommunale Wasserwerke Leipzig GmbH [2017] EWCA (Civ) 1567 at [112] (UK) (להלן: עניין UBS AG) "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"

66 בין הדין האנגלי לדין האוסטרלי יש הבדלי השקפה בשאלת טיבה של הנאמנות הקונסטרוקטיבית – אם היא מוסדית או תרופתית – אך בהקשר הנוכחי נפקותם מצומצמת.

67 מבחינת ההיסטוריה המשפטית יש יסוד אירוני דק בכך שתביעת כסף ששולם והתקבל החלה את דרכה בנוסחאות טקסטואליות שהיא ייבאה מהתבנית של תביעת החשבון במשפט המקובל המוקדם כלפי כונסי נכסים (receivers, ובתרגום מילולי – "מקבלי נכסים", כפי שהם כונו אצלנו בעבר). אלא שהזיקה המוקדמת הזאת התנתקה. תביעות החשבון כלפי כונסי נכסים, מנהלי אחוזות ודומיהם, כגון שותפים ואפורופסים, אשר לימים הוגדרו באופן כללי אמונאים, עברו אל מערכת היושר, ואילו תביעת כסף ששולם והתקבל התפתחה במערכת המשפט המקובל (הדין). לימים צמחו ממנה ומתבניות תביעה נוספות דיני עשיית עושר במשפט המקובל. ראו JOHN BAKER, AN INTRODUCTION TO ENGLISH LEGAL HISTORY 387 (5th ed. 2019).

68 נוסף על כך, גם לאחר ביטולן של תבניות התביעה, ואף לאחר איחוד הסמכויות של בתי המשפט של הדין ושל היושר באנגליה בשלהי המאה התשע-עשרה (איחוד שאף אותו המשפט הישראלי מקיים מעת היוסדו), נותרה התביעה לחשבון ושלייה מעוגנת בדיני היושר, בשעה שהתביעה בעשיית עושר היא תביעה שבדין.

לחברה או ישתמש בו לטובת החברה. לעומת זאת, תביעת חשבון ושלילה בדיני אמונות מתמקדת באמונאי, ואינה תלויה בזיקה כלשהי בין הנהנה למשלם השוחד.

משהוכרו עובדי ציבור כאמונאים במשפט הפרטי, דינם כדין כל אמונאי בכל הקשור לכללי ההתנהגות, לסעדים, לראיות וכולי. עובד ציבור שקיבל שוחד או עמלה סמויה (kickback, secret commission) כמוהו כנושא משרה בחברה, סוכן עסקי או כל אמונאי אחר שקיבלו שוחד או עמלה סמויה.⁶⁹ אולם, 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, לפרקליטי מדינה, לפקידים קונסולריים או לבוחני נהיגה, כפי שהיה בפרשות בפרשות *Lo, Reid, King, Goddard*,⁷⁰ בהתאמה;⁷⁰ וכך גם ביחס לעובדי ציבור המופקדים על מכרזים וחוזים ציבוריים, כפי שהיה, למשל, בפרשת *Carter*.⁷¹ ביחס לעובדי ציבור אי-אפשר להניח עסקה פיקטיבית שאפשר "להרכיב" עליה באופן רעיוני את שלמוני השוחד כמעין תשלום נוסף שנועד כביכול לטובת הנהנה, שכן מלכתחילה הפעלת הסמכות אינה עומדת למכירה. אין תמה אפוא שבתי המשפט שדנו במקרי שוחד של עובדי ציבור סברו מאז ומעולם כי תביעת כסף ששולם והתקבל אינה ממין העניין בהם. מאפיין זה עושה את תביעת החשבון בדיני אמונות לאמצעי המשפטי העיקרי, ולעיתים היחיד, שאפשר לנקוט נגד עובד ציבור שסרח, ולפיכך הריהי בגדר מצווה מן המובחר.

3. עובד ציבור במשפט הישראלי

עובד ציבור חב חובת אמון, כלומר, הוא אמונאי במשפט הפרטי. כך אכן התייחס אליו בית המשפט העליון בעניין *אבנון*.⁷² אולם כל כמה שהפרופוזיציה הזאת נראית ברורה מאליה, והיא אכן כזאת, האסמכתאות המבססות אותה בדין הישראלי מועטות יחסית. במשפט הציבורי נקבע אצלנו לא אחת כי עובד ציבור חב חובת נאמנות לציבור ופועל כנאמן של הציבור, ועל כן, בין היתר, עליו להפעיל את שיקול דעתו ואת סמכותו

69 ראו, למשל, *Daraydan Holdings Ltd. v. Solland Int'l Ltd.* [2004] EWHC 622 (Ch) (UK) (להלן: עניין *Daraydan*); *Imageview Mgmt. Ltd. v. Jack* [2009] EWCA (Civ) 63 (UK); (להלן: עניין *Imageview*); *Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov* [2010] EWHC 3199 (UK). בעניין *Daraydan* אף נקבע כממצא כי מחיר השירותים שסיפק הצד המשחר אכן עלה בשיעור שלמוני השוחד שהוא שילם לנציג הצד האחר. ראו שם, בפס' 87–90.
70 ראו עניין *King*, לעיל ה"ש 59 והטקסט שלידה; עניין *Goddard*, לעיל ה"ש 38 והטקסט שלידה; עניין *Reid*, לעיל ה"ש 1 וליד ה"ש 47; עניין *Lo*, לעיל ה"ש 53 וליד ה"ש 63.
71 ראו עניין *Carter*, לעיל ה"ש 56 והטקסט שלידה.
72 עניין *אבנון*, לעיל ה"ש 2, בפס' 16 ו-18 לפסק הדין של השופטת ברון.

לתכלית שלשמה היא הוקנתה ולה בלבד, בלא חשש ממשי משיקולים זרים או מניגוד עניינים, וכיוצא באלה חיובים סגוליים לחיובי אמונאות, שאינם נדרשים במערכות יחסים אחרות.⁷³ לעומת זאת, במשפט הפרטי נזכרו עובדי ציבור בעיקר באמרות אגב, ונאמר כי מכיוון שמוקנים להם כוח או סמכות להשפיע על ענייניהם של אחרים, הריהם חבים חובת אמון.⁷⁴ ההלכה המנחה שקבעה את מעמדם של עובדי ציבור כאמונאים באופן כללי נפסקה בעניין **חסון נ' המועצה המקומית דאלית אל כרמל**, אשר התנהל כתביעה וערעור אזרחיים.⁷⁵

ראוי להבהיר כי נכון לראות את 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.⁷⁶ היריבות במשפט הפרטי מתקיימת בינו לבין הרשות: הוא האמונאי והיא הנהנית, ומשימתו היא להפעיל את סמכותו לטובת הציבור

73 ראו בג"ץ 262/62 **פרץ נ' יושב־ראש, חברי המועצה המקומית ותושבי כפר־שמריהו**, פ"ד טז 2101, 2115 (1962) (השופט ח' כהן); בג"ץ 531/79 **סיעת הליכוד בעריית פתח תקווה נ' מועצת עיריית פתח תקווה**, פ"ד לד(2) 566, 567–568 (1980) (השופט ברק) (להלן: עניין **סיעת הליכוד**); עע"ם 4011/05 **דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים (חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ)**, פס' 38 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה (אר"ש 11.2.2008) (להלן: עניין **דגש סחר חוץ**); בג"ץ 3056/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 20 לפסק הדין של הנשיאה חיות (אר"ש 25.3.2021). כאמור, אמונאות בספרה הציבורית חורגת מן המסגרת הנוכחית. לדיון ראו יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א 36–37 (מהדורה שנייה 2010); מגן, לעיל ה"ש 22, בעמ' 267–268; עמרי בן־צבי "על מגבלותיה של תאוריית הנאמנות במשפט המנהלי" **דין ודברים** טז 15 (2022). ראו גם יצחק זמיר "אתיקה בפוליטיקה" **משפטים** יז 250, 261 (1987).

74 ראו, למשל, עניין **דגש סחר חוץ**, לעיל ה"ש 73, בפס' 38 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה ("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 שיפוטיים, 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) (השופט ברק); עניין **סיעת הליכוד**, לעיל ה"ש 73, בעמ' 570–571.

75 ע"א 254/64 **חסון נ' המועצה המקומית דאלית אל כרמל**, פ"ד יט(1) 17, 24 (1965) (השופט אגרנט). הסעד שנפסק בעניין **חסון** היה פסילת הפעולה מחמת הפרתה של חובת האמון, ולא הטלת חבות, אך זהו היבט חסר נפקות לענייננו. פסק דין **חסון** ראוי לתשומת לב מיוחדת, מכיוון שבית המשפט מבסס בו את חובת האמון של עובד ציבור על חובת האמון של נושא משרה בחברה, ובהקשר זה – על אסמכתאות חזקות מדיני האמונאות במשפט האנגלי, שהוחלו גם אצלנו. לדיון ביסוד זה ראו עמיר ליכט "בגנות ההגינות: מקומה הנעדר של הגינות בחובת האמון בדין הישראלי" **משפטים** מז 675, 751–752 (2018) (להלן: ליכט "בגנות ההגינות").

76 דוגמה ססגונית לעיקרון זה ניתנה לאחרונה בעניין Nesbitt v. Swann [2022] NIMaster 8, [68]. באותו מקרה הוגשה תביעה אזרחית נגד ארבעה שרי ממשלה בעילה של הפרת חובת אמונאות, בין היתר בקשר לפעולותיהם בתקופת מגפת הקורונה, כגון הטלת סגרים וחיוב עטיית מסכות. הרשם סילק את התביעה על הסף בקובעו: "I cannot conceive of any instance in which a court would find that a Member of Parliament or an MLA or a Minister would have a fiduciary relationship with individual members of the public. Its inclusion in the statement of claim represents a complete misunderstanding of the concept by the plaintiffs"

בהתאם לסמכות המסוימת של הרשות. את חברי הציבור בכללותם (ולא בכשרויותיהם האישיות הנפרדות) אפשר להמשיג כנהנה שניוני או רעיוני בתור קבוצת עניין (stakeholders). זאת, בדומה למעמדם של בעלי מניות בחברה – החברה מתנהלת בעיקר לטובתם בדרך כלל, ואילו חובותיהם של נושאי המשרה מופנות רק כלפיה כאישיות משפטית, ולא כלפיהם באופן אישי.⁷⁷ נקודה זו התעוררה כבר בהלכת היסוד בעניין *Bowes*. בערכאה קמא הוגשה התביעה נגד ראש העירייה על ידי כמה מתושבי העיר, אולם בערכאות הגבוהות יותר הועמדו הדברים על מכונם – כתב התביעה תוקן והעירייה צוינה בו כתובעת.⁷⁸ באופן זה יש לקרוא את הקביעה בעניין **חסון** כי "כל חבר מועצה מקומית חב חובת נאמנות לציבור התושבים, השוכנים בתחום שיפוטה, בנוגע לענינים אשר בסמכות המועצה להסדירם".⁷⁹ הדברים פשוטים: עילת התביעה, הזכות לחשבון ולשלילה ומעמד הנהנה בנאמנות הקונסטרוקטיבית ביחס לשלמונים ולתמוריהם מוקנים לאישיות המשפטית המעסיקה את האמונאי, שהיא הנהנה ביחסי האמונאות במשפט הפרטי ואשר לה יש יריבות מולו, דהיינו, המדינה, הרשות המקומית, התאגיד הציבורי וכולי.⁸⁰

77 לפרופוזיציה הכללית האמורה יש כמה חריגים, אך אלה אינם מענייננו כאן. לדיון ראו ליכט **דיני אמונאות**, לעיל ה"ש 28, בעמ' 204–206. ראו, באופן כללי, ע"א 3417/16 **פינרוס החזקות בע"מ נ' גולדשטיין** (אר"ש 12.7.2021) (להלן: עניין **פינרוס**). בנסיבות מסוימות הרשות עשויה לפעול כאמונאי של פרטים בציבור באופן אישי, אך הדבר טעון בסיס נפרד. במצבים אלו יחסי האמונאות יתקיימו בין הרשות לבין הפרטים מן הציבור, ולא אישית בינם לבין האדם המסוים המכהן כרשות המוסמכת. לדוגמה, בית המשפט העליון קבע כי הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באזור יהודה והשומרון חב לבעלי קרקעות נטושות באזור ההתנחלות עמונה חובת אמון אישית במשפט הפרטי, מכוח הצו שכונן אותו, לצד חובותיו במשפט הציבורי ביחס לקרקעות אלו. עניין **זיאדה**, לעיל ה"ש 31, בפס' 6–11 ו-54–62 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן. לדיון ראו ליכט "דיני עמונאות", לעיל ה"ש 31.

78 ראו עניין *Bowes*, לעיל ה"ש 33, בעמ' 771.

79 עניין **חסון**, לעיל ה"ש 75, בעמ' 24.

80 נקודה זו אכן התעוררה בעניין **אבנון**, לעיל ה"ש 2, בפס' 16 לפסק הדין של השופטת ברון: "...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..." (ההדגשות במקור). הטקסט שלעיל מבהיר כי הדבר מובן מאליו לנוכח מושכלות ראשוניים במשפט הפרטי. על האפשרות של תושב רשות מקומית לתבוע במעין תביעה נגזרת ראו ליכט "ראשון לציון מארש", לעיל ה"ש 21; פרידמן ושפירא בר-אור, לעיל ה"ש 7, בעמ' 646, ה"ש 166.

4. שלילת שלמונים בעילה אמונאית

מהי תרופתו של נהנה כלפי אמונאי שהפר את חובת האמון כלפיו? בפרט, מהי תרופתה של המדינה כלפי עובד ציבור שהפר את חובת האמון כלפיה בקבלת שוחד?⁸¹ נקודת מפתח לניתוחן של שאלות אלו 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 וכמה סעדים בגינן, הוא רשאי לבחור באילו מהעילות לתבוע ואילו סעדים לתבוע מכוחן, ובלבד שלא יגבה פעמיים ולא יקבל סעדים הסותרים זה את זה מבחינה מושגית.⁸² 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, בחוזים, בעשיית עושר, בניזיקין וגם בקניין. בין השיקולים שהוא ישקול בבחירת העילות והסעדים שיתבע ימצאו טיבו של הסעד והיקפו הממוני, מידת הראיה הנדרשת לביסוס כל עילה וסדרי הדין לתביעה בגינה ולקבלת הסעד.

המסגרת הכללית לאחריותם של אמונאים קבועה במוסד החשבון או "מתן חשבונות" (account או rendering of accounts). מוסד החשבון מהווה חלק מדיני האמונאות הישראליים כפי שהתפתחו מראשית שנות המדינה, בין היתר למן פסק דינו המכונן של השופט ש"ז חשין בעניין פופקו נ' חמדי.⁸³ ניתן לומר בהכללה כי נהנה שיש לו בא כוח מבין-דבר יעדיף לתבוע בעילה האמונאית ולבקש סעדים באמונאות, ורק בעדיפות נמוכה יותר ובמידת האפשר יטען לחלופין לעילות וסעדים דיניי חייבים אחרים: נזיקין, עשיית עושר וחוזים. הטעם לכך ברור: משטר האחריות בגדר החשבון הוא מקיף יותר, תקיף יותר ונוח יותר מבחינה דיונית ומבחינה ראייתית לנהנה התובע מאשר משטרי האחריות לפי יתר דיני החייבים. גם הסיבה לטעם זה ברורה: מכיוון שמשטר ההתנהגות החל על אמונאים הוא התובעני ביותר במשפט

81 השו"ע עניין קוסוי, לעיל ה"ש 74, בעמ' 280–281.

82 ראו, למשל, ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221, 269 (1988) (השופט ברק) (להלן: עניין אדרס) ("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").

83 ע"א 89/49 פופקו נגד חמדי, פ"ד ה 242 (1951). ראו, לאחרונה, רע"א 7200/20 יואר אלוו השקעות בע"מ נ' אאורה ישראל – יזמות והשקעות בע"מ, פס' 38 (אר"ש 6.4.2021) (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").

האזרחי,⁸⁴ מן ההכרח שמשטר האחריות ביחס להפרת כללי ההתנהגות האלה יתאם אותו במידת תקיפותו ונוקשותו. וגם הנימוק להנחה שבבסיס הסיבה האמורה ברור: כללי ההתנהגות וגם 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 מרבית על הנהנה. בתמצית, דיני האמונאות הם דיניהם של חסרי הישע. בניסוחו הבהיר של הנשיא ברק, "חובת האמונים אינה מבוססת על קיומה של יריבות בין הדיקטור לחברה. חובת האמונים מבוססת על קיומו של אינטרס אחד בלבד הראוי להגנה והוא אינטרס החברה".⁸⁵ משכך, כפי שציין השופט ברק בעניין קוסי, "התרופה צריכה ליתן ביטוי נאות לחובה. יהא זה מצער, אם הדין יכיר בחובות שונות אך לא ייתן סעד מתאים להפרתן. הסעד צריך שיהלום את החובה, והתרופה צריכה להלום את ההפרה".⁸⁶

ברוח דבריו של השופט ברק, תביעת חשבון מתקפת את משטר האקאונטביליות שכל אמונאי כפוף לו, דהיינו, את החיוב להתנהל בשקיפות מלאה ביחס למילוי הכהונה ולתת הסברים ולשאת באחריות בקשר לכך. לפיכך, בראייה נכוחה, החשבון אינו רק סעד או תרופה, וגם לא רק מנגנון להטלת אחריות במקרה של הפרה, אלא 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).⁸⁷ במסגרת זו עשויות להתגלות הפרות

84 ראו, באופן כללי, עופר גרוסקופף ויפעת נפתלי בן ציון "תְּפִשֶׁת מְרִבָּה, לֹא תִפְשֶׁת", האומנם? על נורמות התנהגות, מנגנונים פרוצדורליים וביקורת שיפוטית בדיני התאגידים" ספר יורם דנציגר 133, 135–149 (לימור זר-גוטמן ועידו באום עורכים 2019).

85 ע"א 610/94 בוכבינדר נ' כונס הנכסים הרשמי בתפקידו כמפקד בנק צפון אמריקה, פ"ד (נז) 289, 332 (2003). כן ראו, לאחרונה, ע"א 4880/19 הבנק הבינלאומי הראשון בע"מ נ' גוונטהייט, פס' 83 (אר"ש 18.7.2022) (השופט גרוסקופף) ("בעולם המשפט האנגלו-אמריקאי למושגים אלה [נאמנות" 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 מכוון (שלעיתים מכונה 'הנהנה'), וזאת אף בהתעלם מהאינטרס האישי שלו עצמו").

86 עניין קוסי, לעיל ה"ש 74, בעמ' 281. יתרונו של מערך הסעדים בדיני אמונאות לעומת דינים אחרים ניכר עד כדי כך שצדדים ובאי כוחם מתאמצים לא פעם להידחק אל גדר תחולתו אף כאשר תחולת הדינים האלה מפוקפקת. 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/>.

87 החשבון מהסוג הזה מאוסדר לעיתים קרובות בהוראות חרותות, ברמות משתנות של פירוט. הוראות כלליות – למשל, ביחס לנאמן ולמנהל עיזבון – יש בס' 7 לחוק הנאמנות ובס' 86 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, בהתאמה. ביטוי לחובת החשבון הזו ביחס לעובדי ציבור יש בס' 3(א) לחוק שירות

שיצמיחו זכות לסעד. לחלופין, אם יש באפשרותו של הנהנה להראות הפרה או חשד ממשי להפרה, די בכך לבסס תביעה של "חשבון מחמת הפרה" (account on the footing of wilful default). למעשה, זהו הליך אכיפה ממוקד של תביעת חשבון ביחס למקטע מסוים בכהונתו של האמונאי – למשל, המקטע שבו הוא קיבל שוחד.⁸⁸

הליך החשבון מאפשר לנהנה לבחון את פעולותיו של האמונאי, לפסול הפרות שאינן נראות לו (למשל, אם הן נעשו בניגוד עניינים) אך גם לאמץ פעולה מפרה שדעתו נוחה הימנה (למשל, אם היא הניבה תשואה נאה), כך שבסופו של חשבון ייקבע אם האמונאי חייב לו וכמה. במינוח ארכאי (שהפסיקה במשפט המשווה מחזירה לשימוש בעידן הנוכחי) מדובר ב"פסילה" (או "מחיקה" – falsifying) של הפעולה או ב"הוספה" (surcharge) של חיוב בגין הפעולה, בהתאמה.⁸⁹ 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. זו המשמעות המהותית המלאה של "מתן חשבונות" כשם פעולה (accounting), לאמור, לא רק למסור חשבונות מלאים ולהסבירם, אלא גם לשאת באחריות לממצאים שעולים מן החשבון. כך, accounting for profit ביחס לשוחד משמעו הן גילוי מלא של היקף

הציבור (מתנות), התש"ס-1979, המטיל עליהם חובה להודיע על קבלת מתנה שהחוק חל עליה ולנהוג בה כמוגדר בתקנות.

88 ראו, באופן כללי, ליכט **דיני אמונות**, לעיל ה"ש 28, בעמ' 310–311. ראו גם *Meehan v Glazier Holdings Pty Ltd.* [2002] NSWCA 22 (Austl.); 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).

89 פעולות אלו מצטרפות לפעולות עריכת החשבון הבסיסיות של "חיוב" (charge) ו"זיכוי" (discharge). לתיאור של פעולות אלו בדין הישראלי ראו ע"א 87/49 **לוינ' נ' לוינ'**, פ"ד ה 921, 924–926 (השופט אגרנט); ע"א 1842/90 **בר לב נ' רפפורט**, פ"ד מח(5) 221, 228–229 (1994) (השופט דורנר). ההקשר שם היה של פתיחה ועריכה מחדש של "חשבון מאושר" (settled account). מהלך זה נעשה 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] H.K.C.F.A. 3 (H.K.). לדיון ראו עמיר ליכט "קורס בחירה – מנהל עזבון הנוטל ממנו הלוואת גישור בלא אישור" **נקודה בסוף משפט** (16.2.2017) *Libertarian Inv. Ltd. v. Hall* [2013]. ראו גם <https://amirlicht.wordpress.com/2017/02/16/74/>; H.K.C.F.A. 93, paras. 106–117, 166–173 (H.K.). עמיר ליכט "אינטגרציה בחלקים – כיצד יחושב הסעד נגד נאמן (או דירקטור) שפעל בלא אישור?" **נקודה בסוף משפט** (2.3.2019) <https://amirlicht.wordpress.com/2019/03/02/139/>; עמיר ליכט "רב מעללים – תביעה בעשיית עושר לעומת תביעת חשבון בגין הפרת חובת אמן" **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/>.

השלמונים, נתיבם ותמורהם, הן העברתם לנהנה והחזקתם עד אז לטובתו.⁹⁰ במינוח עדכני נאמר בדרך כלל שהנתבע הפר חובת אמון במופע של איסור הרווח, ועליו לשאת באחריות לכך.⁹¹ אולם מוטב לכנות את הסעד הזה "שלילה", ולא "השבה", שכן לא תמיד האמונאי משיב טובת הנאה שבאה לו מתוך נכסי האמונאות.⁹² בתי המשפט אכן שבו והדגישו כי אין זה סעד של השבה או פיצוי.⁹³ כך הדבר בתרחיש של קבלת שוחד, שבו השלמונים מתקבלים מצד שלישי, אשר 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 שהם קיבלו ובתמורהם. אלא שבכך לא סגי. נוסף על השלמונים או העמלה, שדינם שלילה, הנהנה הניפר זכאי גם לחילוט (forfeiture) של שכרו של האמונאי המפר בתקופת ההפרה, בין ששולם ובין שהיה אמור להשתלם. אמונאי מפר ראוי לגנאי, ולא לשכר, גורסים דיני

90 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 אומדן טוב לנזק שנגרם לניפר. ראו, למשל, ס' 15 לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999. תביעות כאלה אינן מבוססות על יחסי אמונאות, והן אינן מתנהלות לפי דיני אמונאות. על הנפקות בהבחנה בין שתי הקטגוריות ראו להלן בה"ש 378.

91 "בדרך כלל", מכיוון שטובת הנאה שהאמונאי המפר מפיק עשויה להתגלות כעושר השמור לבעליו לרעתו. הניחו כי השוחד לא ניתן במזומן או בטובת הנאה מוחשית אחרת, אלא בצורת הזדמנות עסקית, אשר אמורה להיות הזדמנות פו 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 מקרקעין תוך הפרת חובת אמון, אך הנכס ירד בערכו, כך שלא הופק רווח בקשר להפרה. בית המשפט העליון בקנדה קבע כי אף בנסיבות אלו 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 64, בעמ' 262 (The rule is not only about profits; rather it attributes to the beneficiary rights) "acquired from the fiduciary role".

92 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", לנוכח ריבוי הפנים של "השבה", אך גם "השבה" תצלח לכך. קשיי המינוח בענייני השבה אינם נחלתם הבלעדית של משפטים דוברי עברית. שימוש לא מובחן ב-restitution מכביד גם במשפט המשווה. ראו Sempra Metals Ltd. v. HM's Commissioners of Inland Revenue [2007] UKHL 34, [180] (UK) (Lord Walker).

93 ראו Murad v. Al-Saraj [2005] EWCA (Civ) 959, [108] (Eng.) (Jonathan Parker LJ) ("It is thus clear on authority, in my judgment, that the 'no conflict' rule is neither compensatory nor restitutionary: rather, it is designed to strip the fiduciary of the unauthorised profits he has made whilst he is in a position of conflict") Parr v. Keystone Healthcare Ltd. ראו גם [2019] EWCA (Civ) 1246, [11] (Eng.) (Lewison LJ), אשר חזר על דבריו אלו.

האמונות בקו פסיקה יציב, אשר בתי המשפט בעידן החדש מקפידים ליישמו בתקיפות מודעת ומכוונת.⁹⁴ במקרים נדירים, ובתנאי שההפרה הייתה בתום לב, יוכל המפר לעתור לקצובה שביושר (equitable allowance), הנתונה לשיקול דעתו המלא של בית המשפט.⁹⁵ כלומר, ולמען הסר ספק, האמונאי המפר ייצא בדיעבד כמי שפעל בלא תמורה אף אם הביא תועלת לנהנה, וזאת במצוות הדין. כפי שנאמר בעניין *Andrews v.*

94 הלכת היסוד היא *Boston Deep Sea Fishing & Ice Co. v. Ansell* (1888) 39 AC 339 (UK). ראו במיוחד את פסק הדין המנחה בעניין *Imageview*, לעיל ה"ש 69, שבו בית המשפט עומד גם על שיקולי המדיניות התומכים בהמשך ההקפדה על הגישה התקיפה המתוארת. במקרה או לא במקרה, פרשות *Ansell* ו-*Imageview* עסקו שתייהן בשוחד בדרך של עמלה סמויה. ליישום מאלף בפרשה שגיבוריה היו מבחורינו הטובים ראו [343]–[345] *Avrahami v. Biran* [2013] EWHC 1776, [343]–[345] (UK). כאמור, השכר הכפוף לחילוט הוא זה הקשור להפרה. ראו ע"א 81/64 "רינה" י זמל את י אורן נ' אורבך, פ"ד יח(3) 567, 574 (1964) (להלן: עניין "רינה") (דברי השופט מני, ברעת מיעוט אך לא בנקודה זו: "מורשה מאבד זכותו לשכר לגבי כל עיסקה הנעשית על-ידי תוך הפרת החובות הנובעות מיחסי האמון המיוחד הקיימים בין מרשהו לבינו. כן מאבד הוא את זכותו לשכר מקום שהוא אשם בהפרה ודונית של חובתו או בהתנהגות רעה במהלך ההרשאה"). במשימת אמונות מוגדרת, כגון תיווך או שליחות, יהיה זה השכר כולו, כפי שהיה, למשל, בפרשת *Imageview*. כך אכן נפסק בע"א (מחוזי ת"א) 8629-11-16 *מילנר נ' ס.י. אבן יזמות בע"מ* (נבו) 1.11.2017 (השופטת רביד), שבו מתווך מקרקעין היה נגוע בעניין אישי ממוני. ראו גם ע"א (מחוזי מר) 25179-07-11 *אל הנכס בע"מ נ' שמלצר* (נבו) 3.5.2012 (השופט גרוסקופף) (בקשת רשות ערעור נדחתה: רע"א 4584/12 *אל הנכס בע"מ נ' שמלצר* (אר"ש 19.11.2012)). כאשר אמונאי מועד בהפרת חובת אמן במהלך כהונה ממושכת שבגינה הוא מקבל משכורת, כגון מנהל המקבל שוחד בקשר לפעולה מסוימת, בית המשפט יבחן אם ההפרה "נוגעת במלוא החוזה" – "go[es] to the whole contract", כלשונו של לורד אטקין (Atkin) בעניין *Keppel v. Wheeler* [1927] 1 KB 577, 592 (UK) – ויחליט על חילוט שכר לפי הנסיבות. ראו *Bank of Ireland v. Jaffery* [2012] EWHC 1377, [371]–[373] (UK), שבו פטר בית המשפט מנהל מחילוט של כל משכורתו לאחר שעבד שנים במסירות אך הייתה לו מעידה בעניין אחד. לעומת זאת, בפרשת *Avrahami* (שם) – שבה מנהל עתיר זכויות, שהיה הרוח החיה בחברה, מעל בכספיה מפעם לפעם – חולט מלוא שכרו בגין כל תקופת עבודתו. בית המשפט אף העיר (שם, בפס' 344) כי ייתכן שהיה אפשר לשלול גם את מניותיו בחברה. ראו *Boardman v. Phipps* [1966] UKHL 2, [1967] 2 AC 46 (UK) 95, להבדיל מתביעת שכר ראוי (*quantum meruit*), שהיא כיום חלק מדיני עשיית עושר, וכזו היא עניין שבזכות, ולא בחסד, ונאמדת באמות מידה אובייקטיביות. ראו להלן אחרי ה"ש 314. בית המשפט יכול לנקוט גישה ליברלית בקביעת הקצובה אם כך ייראה לו בנסיבות, כפי שהיה בעניין *Boardman*, אולם בתי המשפט דהאידינא שבים ומציינים כי יש להפעיל סמכות זו בצמצום (*sparingly*) ובנסיבות חריגות (*exceptional circumstances*), כדי לא לעודד הפרות. ראו, למשל, עניין *Imageview*, לעיל ה"ש 69, בפס' 56 ו-60; *Hotel Portfolio II UK Ltd. v. Ruhan* [2022] EWHC 383, [259] (UK); *Recovery Partners GP Ltd v. Rukhadze* [2023] EWCA Civ 305, [111]–[118] (UK) (להלן: עניין *Recovery Partners CA*). לצד טעמי הרתעה מובנים מאליהם, טעמים של צדק מתקן מצדיקים אף הם את הגישה המחמירה של הדין, אשר אינו מכיר בזכות להשבה בגין תרומה מועילה של המפר בנסיבות של הפרה בחוסר תום לב. ראו *Ernest J. Weinrib, Restitutionary Damages as Corrective Justice*, 1 THEORETICAL INQ. L. 1, 28–29 (2000).

"A principal is entitled to have an honest agent, and *Ramsay & Co.* על שולח ושלוח: ⁹⁶.it is only the honest agent who is entitled to any commission"

זאת ועוד, משטר האחריות בדיני אמונאות והתביעות המגשימות אותו, בין במינוח הקלטי ובין במינוח השגור כיום, אינם מוגבלים לשלילת טובות הנאה שצמחו אגב הפרה, אלא מטילים על האמונאי גם אחריות לפצות את הנהנה על נזקים שנגרמו בקשר להפרת חיובי האמונאות. לפיצויים אלו יש דין נפרד ושונה באופן מהותי מדין הפיצויים על הפרת חוזה או על עוולה בנזיקין. ככלל, אמידתם מרחיבה יותר ומחמירה יותר עם האמונאי המפר לעומת מפר של חיוב אזרחי אחר.⁹⁷ סעד נוסף עשוי לעמוד לנהנה אם האמונאי פעל בנכסי האמונאות תוך הפרת חובת אמון, אף אם הוא לא גרם לפחיתת ערכם. כך הדבר, למשל, כאשר נאמן מנתב כספים של נאמנות צדקה לנזקק תקין לכאורה בהיותו בניגוד עניינים או כאשר עובד ציבור מעביר תקציבים ליעד תקין לכאורה משיקולים זרים.⁹⁸ בנסיבות כאלה, המכונות misapplication, אין מדובר בהכרח בנזק

96 *Andrews v. Ramsay & Co.* [1903] 2 KB 635, 638 (UK). הדין המתואר עשוי להיראות מחמיר, אך הוא אינו כזה כלל וכלל: אם אמונאי רוצה בכל זאת לקבל מצד שלישי מתנות וטובות הנאה אחרות בקשר למשרתו, פתוחה הדרך לפניו לתת לנהנה גילוי מלא ולקבל ממנו הסכמה תקפה לכך.

97 לא 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 באופן כמעט בלעדי בקשר להפרת חיובי אמונאות. פיצויים אלו נבדלים כך בשמם, ולא רק במהותם, מ־common law damages ("פיצויים שברדין"), הניתנים בקשר להפרת חוזה או עוולה בנזיקין. הגישה המחמירה בהקשר זה משתקפת באמירה כי "[e]quity must strive to repair the breach of fiduciary duty lest the fiduciary in default could be exonerated too easily, the beneficiary suffer a double disadvantage: the courts being seen to wink at wrong-doing". ראו *Maguire v Makaronis* (1997) 188 CLR 449, para. 118 (Austl.). לסקירה ראו ליכט **דיני אמונאות**, לעיל ה"ש 28, בעמ' 357–369. בשנים האחרונות יש במשפט המשווה שיח ער לצד התפתחות משמעותית לקראת הבהרת תחומי התחולה הייחודיים לפיצויים אלו ולקראת תכלול של מסגרות החבות הקלטיות עם אלה החדישות. לפסיקה מאוחרת בערכאות בכירות ראו *AIB Group (UK) Plc v. Mark Redler & Co. Solicitors* [2014] UKSC 58 (UK); *IQ EQ (NTC) Trustees Asia (Jersey) Ltd. v. Arboit* [2019] H.K.C.F.A. 45 (H.K.); *Sim Poh Ping v. Winsta Holdings Pte Ltd.* [2020] SGCA 35 (Sing.). גם הספרות בנושא גואה. ראו, למשל, EQUITABLE COMPENSATION AND DISGORGEMENT OF PROFIT (Simone Degeling & Jason N.E. Varuhas eds., 2017).

98 תרחיש זה אינו זר להווייה הישראלית, כידוע. ראו, למשל, עניין **קלנר**, לעיל ה"ש 15, שבגדרו הורשע אורי לופוליאנסקי, אשר נשא בתפקידים בכירים בעיריית ירושלים, בקבלת תרומות שנותבו לעמותת "יד שרה". מסכת מסועפת – שלא לומר מתועשת – של קבלת שוחד לשם ניתוב כספי מדינה לצדדים שלישיים אשר האמונאי המשוחד חפץ ביקרם נדונה ביחס לסגנית השר לשעבר פאינה קירשנבאום בגדרן של כמה פרשיות משנה ב"פרשת ישראל ביתנו". ראו ע"פ 5405/21 **כהן נ' מדינת ישראל** (אר"ש 24.8.2022) וההליך קמא בתיק (ת"פ 17-08-16512 מחוזי ת"א) **מדינת ישראל נ' קירשנבאום** (נבו 25.3.2021). ראו גם עמיר ליכט "צדקה לפנייה תהליך – ניתוב תרומה לעמותות חסד כעניין אישי וחובת אמון של בעל מניית" **נקודה בסוף משפט** (19.6.2017) <https://amirlicht.wordpress.com/2017/06/19/85/>.

כפשוטו, וגם טובת ההנאה הממונית אינה צומחת לאמונאי עצמו (ולכן קשה למצוא התעשרות מן הנהנה המזכה בהשבה), אולם הנהנה זכאי לפסול (falsify) את הפעולה וכך להטיל על האמונאי חבות כספית לשקם את קרן הנכסים שבה פעל בהפרה.⁹⁹ נוסף על כך, לנהנה התובע בעילה אמונאית יש זכות בחירה (election) בין סעדים חלופיים – בפרט, שלילה או פיצויים – עד למועד מתן פסק הדין (אף בערעור), והיקף הסעדים האלה נאמד אף הוא למועד זה.¹⁰⁰ שני היסודות האלה מקנים לתובע יתרון רב משמעות לעומת תביעה בעילות אזרחיות אחרות.

על כל אלה יש להוסיף תביעה אפשרית – ומתבקשת אף היא, בבחינת מצווה מן המובחר – נגד צדדים שלישיים שהיו מעורבים באופן פסול בהפרה בדרך של גרימתה או סיוע בה או בדרך של קבלת נכסי אמונאות בקשר להפרה. זאת, במסגרת משטר אחריות המטיל עליהם חובת חשבון הגם שהם אינם נעשים אמונאים.¹⁰¹ באשר לגרימה או לסיוע, 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 שהם הפיקו בקשר להפרה, עשויה להניב מונים רבים יותר מאשר סכום שלמוני השוחד.¹⁰² שנית, בתרחיש של שוחד יהיה בדרך כלל יסוד לטענה כי המשחד והמשוחד פעלו בצוותא חדא (in concert), וכפועל יוצא מכך – לקביעה של חבות יחד ולחוד שלהם. כך יתווסף לנהנה מקור לגבייה של שלמוני השוחד

99 השוו [75]–[72], UKSC 34 [2022] *Stanford International Bank Ltd v. HSBC Bank PLC*, שם נתן לורד לגאט (Leggatt) אגב אורחא דוגמה בהקשר דומה – דירקטור אשר אגב הפרת חובת אמונאות גרם לתשלום חוב של החברה תוך העדפת נושים פסולה. מכיוון שמדובר בחוב תקף, פרונו אינו מהווה נזק לחברה, ואילו הדירקטור עצמו לא הפיק טובת הנאה אישית כסכום הפירעון. אף על פי כן מוצדק להטיל על הדירקטור חבות לשקם את קופת החברה שהידלדלה בסכום ששולם לא כדין.

100 ראו *Tang Man Sit v. Capacious Inv. Ltd.* [1995] UKPC 54 (appeal taken from H.K.). לסקירה ראו ליכט **דיני אמונאות**, לעיל ה"ש 28, בעמ' 397–398. כאשר אין סתירה בין שלילת רווח לפיצויי אמונאות, יוכל הנהנה הנפר לתבוע את שניהם. ראו *Stevens v. Premium Real Estate Ltd.* [2009] NZSC 15 [2009] 2 NZLR 384 at [31] (N.Z.) ("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").

101 שתי צורות המעורבות הפסולה בהפרת חובת אמון הן סוגיות נרחבות. לסקירה תמציתית של התפתחויות שחלו בדין הישראלי ביחס לסיוע בהפרת חובת אמון ראו עמיר ליכט "כוח גדול ואחריות גדולה: קווים לאחריותו 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 28, בעמ' 403–490.

102 נשווה בנפשנו יזמי נדל"ן וקבלני בניין המשחדים עובדי ציבור בגופי התכנון והבנייה וזוכים בזכויות בנייה עודפות – תרחיש שגם הוא אינו זר להוויה הישראלית, בלשון המעטה. ראו את ההפניות בה"ש 21 לעיל.

אם האמונאי המפר נעדר או אינו בר פירעון.¹⁰³ באשר להטלת אחריות על בסיס קבלה ביודעין, זו עולה על הפרק כאשר האמונאי שקיבל שוחד מעורב בניתוב של טובות הנאה, כגון כספים, מן הנהנה לצד שלישי, ולא דווקא לכיסו שלו.¹⁰⁴ בנסיבות כאלה תהיה לנהנה עילה טובה בעשיית עושר, ולעיתים אף עילה קניינית. לצידן תעמוד גם עילה אמונאית, שעשויים להיות לה, כרגיל, יתרונות ניכרים.¹⁰⁵

נוסף על אלה, 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 ומיועדים להגן על הנהנה. בין היתר, הנהנה רשאי, כאמור, להסתפק בהבאת ראיה לכך שהנתבע היה אמונאי שלו כדי לדרוש חשבון כללי ("רגיל") או בהבאת ראיה ברמה של חשד ממשי בלבד להפרה כדי שהנטל יעבור אל האמונאי הנתבע להראות שפעל כדין ("חשבון מחמת הפרה").¹⁰⁶ זהו התרחיש הצפוי דרך שגרה בנסיבות של שוחד. בכך יש הבדל משמעותי לעומת נטלי הראיה הרגילים במשפט אזרחי.¹⁰⁷ על אלה יש להוסיף הליכי גילוי חקירתיים באופיים שאין להם אחריות בעליכים אזרחיים, חזקות ראייתיות עוצמתיות נגד אמונאי שנמנע מלתת חשבון מלא ועוד. אכן, בתביעה אזרחית נגד עובד ציבור בגין שוחד תיהנה המדינה לא פעם מבסיס ראייתי טוב הודות 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-הראייתיים האלה משקל מכריע בהצלחת התביעה.

חרף העובדה שמשטר האחריות המיוחד של אמונאים הוא דין פוזיטיבי מחייב כחלק ממשפט המדינה בישראל, וחרף העובדה שהוא מציע יתרונות ניכרים לאלה המשכילים להשתמש בו, הצדדים המתדיינים ובתי המשפט ממעטים להיזקק לו בעידן הנוכחי, לעיתים אף כאשר התובע טוען במפורש באמונאות בנפרד מדינים אחרים. פעמים אף נדמה שיש בקרבם רתיעה מהיזקקות לדיני האמונאות, בשעה שהמצב צריך להיות הפוך, למעשה. בפרק הסיכום נציע באופן טנטטיבי כמה סיבות אפשריות לתופעה מרתקת

103 ראו, למשל, עניין *Grimaldi*, לעיל ה"ש 53, בפס' 553–558, והשוו לפס' 129–130 ו-135. לדין בנקודה זה בקשר לעניין **דה לנגה**, לעיל ה"ש 4, ראו להלן ליד ה"ש 262. 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").

104 ראו לעיל ה"ש 98.

105 ראו, למשל, עמיר ליכט "ביתו זו אישתו – תוצאות חלוקה אסורה שבוצעה בהפרת חובת אמון" **נקודה בסוף משפט** (26.10.2020) <https://amirlicht.wordpress.com/2020/10/26/187/>.

106 ראו, למשל, עניין **קוסי**, לעיל ה"ש 74, בעמ' 280.

107 ראו רע"א 7327/16 **ברק נ' גזית-גלוב בע"מ**, פס' 7 (אר"ש 6.12.2016) (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/*National Grid Electricity Transmission Plc v. McKenzie* ראו לניסוח הדוק ראו [17] (Ch), [2009] EWHC 1817 (להלן: עניין *National Grid*).

משפט ועסקים כח, תשפ"ד תביעות שוחד ומגמות בדיני אמונאות ובדיני עשיית עושר

ומטרידה זו. בפרק הנוכחי נתמקד בהיבט הדוקטרינרי הפוזיטיבי, שיספק בסיס לעיון בסיבות שהובילו אליו.

5. הפרת חובת אמון בעניין אבנון

לנוכח האמור עד כה נבחן את הדיון בעילה האמונאית בעניין אבנון. בית המשפט הצביע על שני מקורות לחובת האמון שחב אבנון: "ראשית, אבנון חב חובת אמון כלפי המדינה והציבור מתוקף היותו עובד ציבור", וזאת לנוכח הלכות קוסוי וסיעת הליכוד,¹⁰⁸ ו"שנית, אבנון חב חובת אמון כלפי המדינה כמעסיקתו, מאחר שהוא החזיק במידע סודי שלה מתוקף תפקידו".¹⁰⁹

החלופה הראשונה מציינת בסיס איתן לחובת אמון, בזוכרנו כי החובה במשפט הפרטי מופנית אל המדינה כנהנית ואל הציבור כנהנה שניוני או רעיוני, כאמור לעיל. לעומת זאת, החלופה השנייה – 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 כאל יחסי אמונאות, אלא שכיום ברור, גם בישראל, שהדברים אינם כך.¹¹⁰ ביחסי עבודה שוררות אומנם 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. עובדי ציבור מוכרים כאמונאים בשל העובדה שהם משרתים את הציבור, ולא בשל היותם עובדים.¹¹¹ בד בבד נזכיר כי

108 עניין אבנון, לעיל ה"ש 2, בפס' 18 לפסק הדין של השופטת ברון. ראו עניין קוסוי, לעיל ה"ש 74; עניין סיעת הליכוד, לעיל ה"ש 73.

109 עניין אבנון, לעיל ה"ש 2, בפס' 18 לפסק הדין של השופטת ברון. כסימוכין מהפסיקה לכך אוזכרו רע"א 2060/19 בית אריזה לפרחים "אביב" בע"מ נ' פנדלר, פס' 20 (אר"ש 27.5.2019); ע"א 206/72 מיגן בע"מ נ' פאר, פ"ד כז(1) 578, 576 (1973).

110 עובד ייחשב אמונאי של המעביד לפי המבחנים הכלליים של דיני אמונאות, כלומר, אם הוא ממלא תפקיד המוכר כקטגוריה של אמונאי, כגון יועץ משפטי פנימי או שלוח למשימה מסוימת (דוגמת אחראי רכש). נקודה זו הובהרה בדברי השופט גרוסקופף בעניין פנדלר, לעיל ה"ש 109, בפס' 20 ("עובד עשוי לחוב בחובות אמון כלפי החברה ממגוון מקורות התלויים בתפקיד שהוא ממלא בשירות החברה, ובהקשר בו נטענת הטענה"). זו גם העמדה במשפט המשווה. ראו, למשל, Ranson v. Customer Systems Plc [2012] EWCA (Civ) 841, [22] (UK) ("[A]n 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/>

111 ראו 2019/11/11/158/ Attorney-General (NSW) v Perpetual Trustee Company (Ltd.) [1955] 92 CLR 113, 130 ("[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

למן הלכת *Reading* מקובל לומר כי כאשר מדובר בשוחד, יש לפרש את המונח "אמונאי" באופן "רחב ורופף".¹¹² הדברים יפים במיוחד ביחס לשחקנים "גבוליים", כגון עובדים. הללו, כאמור, אינם אמונאים בדרך כלל, אך מתת מצד זר בקשר לביצוע עבודתם עלול להיחשב שוחד.

הוא הדין ביחס לחובה מכוח החזקת מידע חסוי. בעבר שררה אי-בהירות לגבי טיבה של חובת החיסיון (*confidence*) שחלה ביחסי *trust and confidence*, אשר בהעדר מונח טוב יותר נכנה "יחסי אמון".¹¹³ זאת, במידה רבה, גם מחמת קשיי מינוח ביחס למונח *trust and confidence*, שהשימוש בו שכיח גם בקשר ליחסי אמונות.¹¹⁴ העניינים מסתבכים עוד מכיוון שביחסי אמונות מסוימים, כגון יחסי עורך דין-לקוח, חלה גם חובת חיסיון כחלק מהמאפיינים של משימת האמונאי בהם. מכל מקום, כיום ברור שיחסי אמון שכרוכה 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

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") בהליך קודם בבית המשפט העליון של אוסטרליה בפרשה זו נאמרו הדברים ביתר חדות. ראו *Attorney-General (NSW) v Perpetual Trustee Co. Ltd.* [1952] 85 CLR 237, 302 ("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")

112 ראו את המובאה בה"ש 46 לעיל.

113 פרידמן ושפירא בר-אור, לעיל ה"ש 7, בעמ' 516, נוקטים אף הם את המונחים "יחסי אמון" ו"הפרת אמון" בקשר ל-"breach of confidence".

114 בעבר הצעתי "אמון ומבטח" עבור *trust and confidence*, כפי שאנו מתרגמים את *I put my confidence in you* ל"שמתי בך את מבטחי". ראו ליכט "חובת אמון – אימתי?", לעיל ה"ש 29, בעמ' 41. ההצעה בעינה עומדת, אך ל-"confidence יש משמעות בשני המובנים, חיסיון וגם מבטח, ואף שהשימוש השני הולם מערכות יחסים ונסיבות מסוימות, האמת ניתנת להיאמר שהפסיקה בנושא מתמקדת בעיקר בהיבטי החיסיון והפרתו ביחסים אלו. העלילה מסתבכת עוד כאשר הצדדים או בית המשפט נוקטים את המונח "יחסי אמון" במובן כללי לגמרי, של אמון והסתמכות הדדיים שאין בהם יותר מזה, ואשר מבחינה משפטית אין בהם יותר מאשר חובת תום לב, שהיא לכל היותר מוגברת קמעה בחוזי יחס. כדוגמה תמוהה מעט לסבך המילולי ראו ת"א (מחוזי חי) 1141-06 **יעקב יעקב ובניו קבלן לעבודות כבישים ותשתיות בע"מ נ' מנהלת בר לב בע"מ** (נבו 29.1.2016) (השופט שטמר) (להלן: עניין **יעקב יעקב ובניו**). ראו גם 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/>) (להלן: ליכט "אמון ללא אמונות"). לתקלת תרגום כזאת בהקשר הנוכחי של פרשת **אבנון** ראו להלן בה"ש 140. למוסד המשפטי של *confidence* יש היסטוריה מסועפת ויחסים מורכבים הן עם מוסד הנאמנות הן עם מוסד החיסיון, כך שהבלבול המינוחי ראוי להבנה כשם שיש להישמר מפניו. ראו Maurizio Lupoi, *Trust and Confidence*, 125 (2009) *LAW Q. REV.*

אמונאות בשל כך בלבד, ואינם מטילים על מחזיק המידע חיובי אמונאות.¹¹⁵ לפיכך גם הפרת החיסיון ("הפרת אמון") אינה מהווה כשלעצמה הפרת חובת אמון (loyalty), וזאת בניגוד לאמרה בנדון בעניין **אבנון**.¹¹⁶ בהמשך לכך, הגם שהפרת חיסיון עשויה להקנות סעד של השבת רווח בדרך של מתן חשבונות, אין מדובר במערך הסעדים העומד לרשותו של נהנה ניפר במסגרת תביעת חשבון בדיני אמונאות.¹¹⁷ את האסמכתאות 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.¹¹⁸

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".¹¹⁹ זהו דין נדרש, כמובן, אולם בעוד במשפט המשווה יש לו סימוכין רבים,¹²⁰ המשפט הישראלי

115 ראו ע"א 1142/92 **ורגוס בע"מ נ' כרמקס בע"מ**, פ"ד נא(3) 421, 438–439 (1997). ראו גם Lac Minerals Ltd. v. Int'l Corona Res. Ltd., [1989] 2 S.C.R. 574, 600 (Can.) ("[T]he fact that confidential information is obtained and misused cannot itself create a fiduciary obligation"); Arklow Inv. Ltd. v. Maclean [1999] UKPC 51, [11]–[13] (appeal taken from New Zealand). לדין כללי ראו ליכט **דיני אמונאות**, לעיל ה"ש 28, בעמ' 46 ו-333 (אשר האמור בטקסט לעיל מתקן ומדייק); מיגל דויטש **עוולות מסחריות וסודות מסחר** 631–633 (2002); פרידמן ושפירא בר-אור, לעיל ה"ש 7, בעמ' 572–573, CONAGLEN; לעיל ה"ש 65, בעמ' 236–244. בדין הישראלי הושתתה חובת החיסיון על הסכמה מכללא. ראו ע"א 312/74 **החברה לכבלים ולחוטאי חשמל בישראל בע"מ נ' קריסטיאנפולר**, פ"ד כט(1) 316, 319 (1974) (השופט ברנזון) ("חובה זו לשמור סוד היא חובה מוחלטת ובגדר תנאי מכללא הנובע מעצם יחסי עובד ומעביד"). לעומתו, הדין האנגלי משתית את חובת החיסיון על חובת תום לב שמקורה בדיני הישור, בעקבות פסיקה ותיקה של לורד דנינג, ולא על הסכמה מכללא. ראו Fraser v. Evans [1969] 1 QB 349, 361 (UK) ("The jurisdiction is based, not so much on property or on contract, but rather on the duty to be of good faith"); Mionis v. Democratic Press SA [2017] EWCA (Civ) 1194, [71] (UK). לא למותר לציין כי גישה זו תואמת היטב את הדין הישראלי, וניתן לאמצה בלא קושי. דיון בנושא חורג מן המסגרת הנוכחית.

116 ראו לעיל ה"ש 109 והטקסט שלידה.

117 ראו במיוחד Indata Equipment Supplies Ltd. v. ACL Ltd. [1997] EWCA (Civ) 2266 (UK) שם נפסק כי הופרה חובת החיסיון אולם לא התקיימו יחסי אמונאות בין הצדדים, ומשכך הסעד להפרה ייאמד במסגרת נזיקית.

118 כתימוכין מהפסיקה לקביעה בדבר הפרת חובת אמון מובאים בעניין **אבנון** פסקי הדין בעניין **מיגן**, לעיל ה"ש 109, שעסק בהפרת חיסיון על ידי עובדים, ובעניין **פנדלר**, לעיל ה"ש 109, שעסק בהפרת סוד מסחרי. מן האמור בטקסט נובע שכיום אין למצוא בהם תימוכין לקביעת חובת אמון ביחסי אמונאות.

119 עניין **אבנון**, לעיל ה"ש 2, בפס' 18 לפסק הדין של השופטת ברון.

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

דל בהם, ¹²¹ ובעניין **אבנון** אוזכר רק פסק דין אחד. ¹²² 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. ¹²³ בדומה לכך, בעניין **כחול מקבוצת הפרדס בע"מ נ' מרחבים ירוקים בע"מ** ציוותה השופטת ברון על עריכת חשבון לאמידת היקף השלילה בעקבות הפרת חובת אמן בשותפות. ¹²⁴ בעניין **תגר נ' יעקבי** הורתה השופטת רונן, בין היתר, על השבה של דמי תיווך מחמת הפרת חובת אמן, תוך הסתמכות על חזקות ראיות, לאור סימוכין מדיני אמונות. ¹²⁵ לבסוף, בעניין **סאנסטאר יבואנים (1978) בע"מ נ' צנג**, הוותיק יותר, הכיר

121 נזכיר כי הכלל היסודי הזה משתקף בצורה חלקית בהוראות חרותות ביחס לאמונאים מסוימים – למשל, בס' 9 לחוק השליחות, התשכ"ה-1965, בס' 15 לחוק הנאמנות ובס' 38–39 לפקודת השותפויות [נוסח חדש], התשל"ה-1975.

122 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 (אר"ש 5.12.2005) (השופט ריבלין) (להלן: עניין **שוהם**); ע"א 605/88 **תבורי** – בית חרושת למשקאות קלים בע"מ נ' מעינות הגליל המערבי סוכנויות (1979) בע"מ, פ"ד מה(2) 1, 15 (1991) (השופט לויזן) (להלן: עניין **תבורי**); ע"א 442/85 **משה זוהר ושות' נ' מעברות טרבנול (ישראל) בע"מ**, פ"ד מד(3) 661, 701 (1990) (השופטת נתניהו) (להלן: עניין **זוהר**). דא עקא, עניין **שוהם** ועניין **זוהר** אינם נוגעים בהפרת חובת אמן: בראשון (שם, בפס' 29) נפסקה השבת רווח בעשיית עושר מחמת התחרות לא הוגנת; ובשני (שם, בעמ' 700) – בשל עשיית עושר של הספק דווקא, ולא של המפיץ, מחמת התנהגות בחוסר תום לב. רק בעניין **תבורי** (שם, בעמ' 13–14) נקבע כי הופרה חובת אמן ונפסקה השבת רווח בשל כך, תוך שבית המשפט שם מאזכר פסקי דין קודמים, אשר חלקם התייחסו לדיני אמונות וחלקם – לדיני עשיית עושר. האסמכתה הרלוונטית מביניהם בהקשר זה, הגם שהיא צוינה שם בהערת אגב, היא עניין **"רינה"**, לעיל ה"ש 94, בעמ' 577 (השופט ח' כהן) ("...לפי עקרונות היושר וזכאיים הם [המערערים, קרי, היצרן – ע' ל'] לרווחי התובע [המפיץ – ע' ל'] מעסקי הבלתי-ישרים והבלתי-הוגנים שעשה בתקופת היותו עוד סוכנם"). לא למותר לציין שיחסי יצרן-מפיץ אינם נחשבים קטגוריה 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 (Austl.). להכרעות הפוכות בהתאם לנסיבות השורר עניין **תנובה**, לעיל ה"ש 29, בעמ' 757; עניין **ידיעות אחרונות**, לעיל ה"ש 29, בעמ' 16. ליישום מדויק של הכלל, שהניב דחייה של תביעת חשבון בהעדר יחסי אמונות, ראו ה"פ (מחוזי חי') 32046-03-14 **וכטל נ' EL-HOME חברה פרטית הרשומה במדינה קירגיסטן** (נבו) 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/>.

123 ת"א (מחוזי חי') 324/05 **בר-חיים נ' ויצמן** (נבו) 5.3.2006. בנסיבות המקרה היו אפוא קווי דמיון לפרשת *Keech*, לעיל ה"ש 120.

124 ת"א (מחוזי ת"א) 2023/04 **כחול מקבוצת הפרדס בע"מ נ' מרחבים ירוקים בע"מ** (נבו) 28.6.2011.
125 ת"א (כלכלית ת"א) 16798-11-14 **תגר נ' יעקבי**, פס' 50–55 (נבו) 9.7.2017. ראו עמיר ליכט "צ'או צ'אוסקו – 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

משפט ועסקים כח, תשפ"ד תביעות שוחד ומגמות בדיני אמונאות ובדיני עשיית עושר

השופט טלגם באפשרות לשלול רווח בגין התחרות של דירקטור עם החברה לפי כללי היושר, אולם מכיוון שהתובעת לא השכילה לתבוע חשבון קודם לשלילה ולא טענה לחזקות הראייתיות, הרווח הנקי לא הוכח, וכך היא נאלצה להסתפק בפסיקת פיצוי על דרך אומדנא דדיינא.¹²⁶

סוגיית היחס בין הפרת חובת אמון לבין עשיית 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 **ורגוס**,¹²⁷ עמ' 444; וכן: עמיר ליכט **דיני אמונאות: חובת האמון בתאגיד ובדין הכללי** 262–263 (2013); לעמדה השנייה ראו: עניין **ורגוס**, עמ' 439; **פרידמן ושפירא בר-אור**,¹²⁸ 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 ששתיהן מובילות לסעד זהה, הוא שלילת סכום השוחד מאבנון והעברתו למדינה.¹²⁹

"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.¹³⁰"

בדברים אלו 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

השופט רונן לא שעתה לתביעת החשבון והשלילה, ודנה רק במסגרת של עשיית עושר. לדיון ראו להלן ליד ה"ש 242 ואילך.

126 ת"א (מחוזי ת"א) 2122/83 **סאנסטאר יבואנים (1978) בע"מ נ' צנג** (נבו, ללא תאריך) (להלן: עניין **סאנסטאר**). השופט טלגם הסתמך לעניין זה על Industrial Development Consultants Ltd v. Cooley [1972] 2 All ER 162 (UK). בפסק דין זה, הנחשב הלכה מנחה גם כיום, ביסס השופט רוסקיל (שם, בעמ' 172–176) את חבותו של מנהל לחשבון ולשלילה בנסיבות דומות על הלכות קלסיות בדיני אמונאות.

127 עניין **ורגוס**, לעיל ה"ש 115.

128 פרידמן ושפירא בר-אור, לעיל ה"ש 7.

129 עניין **אבנון**, לעיל ה"ש 2, בפס' 19 לפסק הדין של השופטת ברוך. כמבואר בפרק א לעיל, ליד ה"ש 12–13, השופטים מינץ וקרא לא התייחסו לעילה האמונאית, כך שניתן לראות את דברי השופטת ברוך המצוטטים ככאלה שנאמרו על דעת כל המותב.

130 שם, בפס' 21 לפסק הדין של השופטת ברוך.

שתי הפרופוזיציות האלה אינן נכונות בדין הישראלי. בהמשך נראה כי הסתמכות עליהן אף מובילה לתקלה ממשית, ולכן יש מקום לתיקון או הבהרה של המצב המשפטי. את הפרופוזיציות האמורות ננתח תחילה לנוכח האסמכתה המרכזית שבית המשפט מאזכר, ולאחר מכן, בחלק הבא, ננתחן באופן כללי לנוכח הספרות בנושא.

בפרשת **ורגוס** נדונה תביעה נגד עובדים שפרשו מחברת ורגוס ופתחו עסק מתחרה תוך שימוש במידע חסוי שלה.¹³¹ השופטת שטרסברג-כהן קבעה תחילה כי בכך הם הפרו סוד מסחרי של ורגוס.¹³² 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".¹³³ מכאן עברה השופטת לדון באופן נקודתי בשאלה אם התקיימה הפרת חובת אמון כעילה עצמאית.¹³⁴ לגישתה, הנתבעים חבו חובת אמון לחברת ורגוס בהיותם עובדים שלה, בין היתר מכיוון ש"בין עובד למעביד קיימים יחסי אמון (fiduciary relationship) המקימים לעובד חובות אמון כלפי מעבידו".¹³⁵ קביעה זו תיחשב כיום בלתי מדויקת, כאמור לעיל, אולם לעת מתן פסק הדין רווחה הסברה שעובדים חבים חובת אמון ככאלה, כך שבראייתו של בית המשפט התקיימו יחסי אמונות.¹³⁶ הדיוק הזה אינו משפיע על הניתוח ביחס לעצמאות העילה, מה גם שבנסיבות המקרה היה בית המשפט יכול להניח שרוב העובדים הנתבעים היו אמונאים גם לפי אמות מידה עדכניות.¹³⁷ על יסוד זה נקבע כי במעשי העובדים הייתה משום הפרת חובת אמון כעילה עצמאית – הן בהתחרות עם החברה הן בהעברת מידע חסוי שלה.¹³⁸ מכאן עבר בית המשפט לשאלת הסעד:

"במקרה שבפנינו נראה כי התנהגות המשיבים הולידה 'התעשרות בלתי צודקת' כאמור, שכן, במעשיהם הפרו המשיבים סוד מסחרי וחובת אמון, ודי בכך כדי

131 עניין **ורגוס**, לעיל ה"ש 115. השופטים טירקל וטל הסכימו לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן.

132 שם, בעמ' 434.

133 שם, בעמ' 432.

134 שם, בעמ' 437 ואילך.

135 שם, בעמ' 437.

136 השופטת שטרסברג-כהן מאזכרת (שם, בעמ' 437–438) שורה של אסמכתאות, אשר חלקן מדיני אמונות וכוחן עודו יפה ואילו חלקן מדיני עבודה וכוחן תש. לפירוט ולסימוכין ראו לעיל ליד ה"ש 110 ואילך.

137 בית המשפט העליון מתייחס לעובדים הנתבעים כאל "עובדים בכירים". עניין **ורגוס**, לעיל ה"ש 115, בעמ' 442. לא צוין מה היו תפקידיהם של העובדים בחברה, אך הדברים מפורטים בפסק הדין קמא בת"א (מחוזי חי') 80/90 **ורגוס בע"מ נ' כרמקס** 2–3 (נבו 26.12.1991) (השופט ביין), לאמור: דירקטור ומנכ"ל, מנהל היצוא, המנהל הראשי, מנהל עבודה ומהנדס שעבד במשרד הטכני. לפחות שלושת הראשונים ייחשבו כיום אמונאים, בהיותם נושאי משרה בחברה לצד היותם מנהלים בכירים בה, וביחס לשניים הנותרים הנקודה מעורפלת יותר, ותלויה בשאלה עד כמה הם השתייכו לדרג הניהולי בחברה.

138 עניין **ורגוס**, לעיל ה"ש 115, בעמ' 442.

לענות על היסוד של 'שלא כדין' בעילת עשיית עושר ולא במשפט. עם זאת, אינה 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 אמן.¹³⁹

זו 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 אמן, המקנה סעדים על הפרת חובת אמן (בצד עילה נוספת בהפרת סוד מסחרי וסעדיה עימה), ומשכך לא נמצא טעם להכריע ביחס לעילה או לסעד בעשיית עושר, אשר אין בכוחם להוסיף דבר מה. באשר ליתר האסמכתאות הנזכרות במובאה שלעיל מתוך עניין אבנון, גם בהן אין תימוכין לסברתו של בית המשפט כי "הדעות חלוקות" ביחס לשתי הפרופוזיציות הנזכרות.¹⁴⁰

לא 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 באמונות להוסיף על סעדים בעשיית עושר. למעשה, ההפך הוא הנכון. באלה נדון בהמשך.

139 שם, בעמ' 444.

140 ההפניה במובאה הנ"ל (ליד ה"ש 129) אל ליכט דיני אמונות, לעיל ה"ש 28, בעמ' 262–263, אינה ברורה כל צורכה, שכן עמ' 262 חותם פרק בנושא סעדים בעשיית עושר בקשר להפרת חובת אמן, ועמ' 263 פותח פרק על התבנית החרוטה "הדינים החלים על הפרת חוזה". ההפניה לעמ' 439 בעניין ורגוס מכוונת, קרוב לוודאי, לאמירתו של בית המשפט שם כי "ניתן לשבח את עילת התביעה של הפרת אמן במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט", תוך הפניה לדניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט 309 (1982) (להלן: פרידמן עשיית עושר (1982)), שם נאמר כי "עילה זו של הפרת חובת אמן נקלטה בפסיקה הישראלית, ואפשר שהעובדה כי העילה איננה נחשבת לעילה בנוזיקין במובנה הטכני, הקלה על קליטתה בדין הישראלי" (במאמר מוסגר אציין כי מהדורה ראשונה זו של החיבור ראתה אור לאחר מהדורה מוקדמת: דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט (1970) (להלן: פרידמן עשיית עושר (1970))). דא עקא, דברים אלו אינם מופיעים בפרק על הפרת חובת אמן, אלא בפרק קודם, בחלק העוסק בהפרת סוד מסחרי, תוך שהמחבר כותב בסמוך (פרידמן עשיית עושר (1982), שם, בעמ' 308) כי "יש בכך משום הפרת חובת אמן (breach of confidence)". במילים אחרות, מדובר בתקלת תרגום מובנת לנוכח הערפל המינוחי האופף את המילה "אמן". ראו לעיל ליד ה"ש 113 ואילך. לגופו של עניין, אין מדובר בהפרת חובת אמן של אמונאי (fiduciary loyalty), אלא בהפרת חיסיון (שהוא מוסד משפטי אחר שעמדנו עליו לעיל), אשר סעד בעשיית עושר עשוי להתאים לה. ההפניה לעמ' 609 אצל פרידמן ושפירא בר-אור, לעיל ה"ש 7, מכוונת לעמוד הפותח את הפרק על הפרת חובת אמן במהדורה השלישית של החיבור. סיכומו של דבר, כל המחברים הנזכרים מכירים באפשרות העקרונית לתת סעד בעשיית עושר בנסיבות מסוימות של הפרת חובת אמן, ואיש מהם אינו שולל תביעה עצמאית בהפרת חובת אמן שסעדיה נפרדים, כפי שיבואר עוד להלן.

6. העילות והסעדים

נפנה כעת לדיון כללי בשאלה שניסח בית המשפט בעניין **אבנון** – "אם העילה המבוססת על הפרת חובת האמון היא עילה עצמאית העומדת על רגליה שלה"; ובשאלה הנוספת שעלתה מדבריו – אם "שתי העילות – עשיית עושר ולא במשפט והפרת חובת אמון... מובילות לסעד זהה"¹⁴¹. דהיינו, נבחן אם נכון לייחד ולהפריד את העילה והסעדים באמונאות מאלה שבעשיית עושר.

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 אשר קיים בכל שיטות המשפט המקובל ומוכר כ- fiduciary law – דיני אמונאות.¹⁴² פרשנות מילולית כזאת – שהפרת חובת אמון אינה אלא עשיית עושר ולא במשפט – עשויה להיטען 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 וכולי.¹⁴³ לנוכח זאת יש להבין את דברי בית המשפט כהבעת ספק טנטטיבית רק ביחס לקיומם של דיני סעדים נפרדים על הפרת חובת אמון, וכנקיטת עמדה שהם מתמצים בסעדים בעשיית עושר. ברם, עם כל הכבוד, גם סברה חלקית זו אינה עומדת במבחן הביקורת.

141 עניין **אבנון**, לעיל ה"ש 2, בפס' 19 ו-21 לפסק הדין של השופטת ברון.

142 מבלי להכביר מילים, נזכיר כי אין עדיין תרגום רשמי למונח fiduciary ביחס למי שמכהן ככזה, ליחסים הגלומים בתפקידו ולדין החל עליהם. הדבר מכביד מאוד את האפשרות לקיים דיון משפטי מדויק, שכן מונחים קיימים הגוזרים מהשורש אמ"ן – כגון "נאמן", "נאמנות" ו"אמון" – 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.

143 ראו דנ"א 1522/94 **נייגר נ' מיטלברג**, פ"ד מט(5) 314, 343 (1996) (דברי השופט מ' חשין, בדעת מיעוט אך לא בנקודה זו: "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 [חוק השליחות – ע' ל'] עיקרן הוא במצוות **לא תעשה** (לא יעשה, לא יקבל, לא ישתמש לרעה וכולי), ואילו אנו נדגיש את מצוות ה'**עשה**' שבחובות השלוח. ועל כל אלו נזכיר את חובת השלוח להעדיף את טובת השולח על טובתו שלו" (ההדגשות במקור)); ע"א 7735/14 **ורדניקוב נ' אלוניץ**, פס' 51 לפסק הדין של השופט עמית (אר"ש 28.12.2016) ("...ברי כי החובה לשקול אך ורק את טובתה של החברה היא ציווי בעל גוון כללי, שבגדרו מסתופפות מספר רב של חובות-משנה. עמדנו על הדברים לעיל, בהזכירנו את סעיף 254(א) לחוק [חוק החברות, התשנ"ט-1999 – ע' ל'] ויתר הסעיפים הקובעים איסורים ספציפיים שהפרתם תהווה הפרה של חובת האמונים"); עניין **גוונטהייט**, לעיל ה"ש 85, בפס' 83 (השופט גרוסקופף); תנ"ג (כלכלית ת"א) 20136-09-12 **ביטון נ' פאנגאיה נדל"ן בע"מ** 17 (נבו 21.10.2013) (השופטת קרת-מאיר) (להלן: עניין **פאנגאיה**).

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 אלרון שפירא בר-אור).¹⁴⁴ לדעתו, "חומרתי של חובת האמון משתקפת באיסור על הפקת רווח עקב הפרתה. מכאן גם חשיבותם המרכזית של דיני עשיית עושר ולא במשפט בתחום זה".¹⁴⁵ 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.¹⁴⁶ 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.¹⁴⁷ הוא מזכיר גם שאחריות לנזק שנגרם עקב הפרת חובה כנאמן אינה שווה לאחריות בחוזים או בנזיקין.¹⁴⁸ 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, ומבלי לנקוט עמדה, על הנסיבות של פרשת *Reading*.¹⁴⁹ שם, כזכור, הוטלה חבות וניתן סעד של חשבון ושלילה בדיני אמונאות בשל שימוש במדי צבא להפקת רווח.¹⁵⁰ הצעתו של פרידמן היא אפוא בגדר רעיון לפיתוחם של דיני עשיית עושר, אשר השופט קרא, בדעת יחיד בעניין **אבנון**, הביע נכונות ליישמו, ואשר יושם בפועל בעניין **יוסף ובעניין דבוש**.¹⁵¹ אולם, ככל שמדובר באמונאים אין בהצעה זו משום מענה לחסר כלשהו בדין, שכן חסר כזה אינו קיים כלל, והיא אף פוגעת בהגשמת תכליתו של הדין.¹⁵² לסיכום, עמדתו של פרידמן, שנודעה לה השפעה מכרעת על הדין הישראלי בתחום, נוקטת גישה מְרַבֵּנִית (מקסימליסטית) ביחס להיקף התחולה הראוי של דיני עשיית עושר. בד בבד, גישתו מודרכת על ידי הגיונם הפנימי של דיני עשיית עושר,

144 ראו פרידמן ושפירא בר-אור, לעיל ה"ש 7, בעמ' 609 ואילך.

145 שם, בעמ' 609–610. 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. העיקרון הוא נוקשה, וחומרתי משתקפת בכך שהעובדות הבאות, כולן או חלקן, אין בהן כדי לשמש לנאמן הגנה בפני תביעת השבה של הנהנה..."). ההתייחסות בטקסט היא אל "פרידמן" מכיוון שהדברים מופיעים למעשה בנוסח זהה כבר במהדורה השנייה של החיבור, שבתו משפט רבים הסתייעו בה. ראו דניאל פרידמן **דיני עשיית עושר ולא במשפט** כרך א 560 (מהדורה שנייה 1998) (להלן: פרידמן **עשיית עושר** (1998)).

146 פרידמן ושפירא בר-אור, לעיל ה"ש 7, בעמ' 52.

147 שם, בעמ' 609–610.

148 שם, בעמ' 615, ה"ש 19, וכן בעמ' 672, ה"ש 275 (שבה מתייחסים המחברים ל"פיצויים אקויטביליים"). באשר לתוכן הדברים שם חלה התפתחות מאז יצא הספר לאור. ראו לעיל ה"ש 97.

149 עניין *Reading*, ליד ה"ש 42. ראו פרידמן ושפירא בר-אור, לעיל ה"ש 7, בעמ' 688.

150 ראו לעיל ליד ה"ש 42 ואילך. עוד יוזכר כי באותו מקרה אף נאמר אגב אורחא שאין עילה בעשיית עושר, לפחות במצב הדין באנגליה דאז.

151 עניין **יוסף**, לעיל ה"ש 3; עניין **דבוש**, להלן ה"ש 217.

152 נשוב לנקודה זו להלן ביחס ל"השבה הרתעתית" בתת-פרק 4.

מתחשבת במגבלותיהם, ומודעת לקיומם של דינים אחרים אשר חלים על הפרת חובת אמן.

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 האמן של שלוח יכול להינתן סעד בעשיית עושר.¹⁵³ בדומה לפרידמן, גם ברק מציין שסעד זה מצטרף לסעדים אפשריים אחרים.¹⁵⁴ הוא גם מכיר בכך שלעיתים השבה בעשיית עושר אינה אפשרית מבחינה משפטית, כאשר יש ניגוד בין חבות בעשיית עושר לחבות לפי דיני השליחות.¹⁵⁵ כפי שניתן לצפות בהקשר של שליחות, הדוגמאות שברק מביא לכך סגוליות לחבות בדיני אמונאות.¹⁵⁶ עופר גרוסקופף, בכתבתו האקדמית, מצטרף גם הוא לגישתו של פרידמן, ורואה בהפרת חובת אמן קטגוריה מובחנת של עילת תביעה בשל "התעשרות עוולתית" (לצד התעשרות מנטילת רכוש הזולת), כאשר קיימת חובת אמן בין הצדדים והיא מופרת באמצעות ביצוע פעולה לקידום האינטרס העצמי.¹⁵⁷ זאת,

153 אהרן ברק **חוק השליחות** כרך א 1033, 1131 (מהדורה שנייה מורחבת 1996).
 154 ראו שם, בעמ' 1029–1032, ביחס לאחריות בנויקין. בעניין **קוסוי**, לעיל ה"ש 74, בעמ' 281, אף הקפיד השופט ברק להבחין בין פיצויים שבדין לפיצויים שביושר הניתנים בקשר להפרת חובת אמן ("פיצויי אמונאות"): "...המנהל אינו מפצה את החברה על מעשה נזיקין שביצע כלפיה אלא מביא לידי כך, שיושבו לה כספים שהוציאה בגין הפרת חובת האמן שלו כלפיה. ניתן לראות בכך פיצוי מיוחד (בחנית compensation שאינם damages...)". כן ראו את הדיון לעיל בה"ש 97.
 155 ברק, לעיל ה"ש 153, 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 וחרופה בין שתי מערכות הדינים"). ראו גם, בהסתמך על הדברים האלה, ת"א (מחוזי ב"ש) 1939-09-19 **סמליאנסקי נ' אוצר קרן היסוד התחדשות עירונית בע"מ**, פס' 51 (נבו 10.11.2021) (השופט פרידלנדר) ("הגם שדיני עשיית עושר ולא במשפט אינם מתייחסים לחומרה היתירה של הפרת חובת אמן, ולפיכך אינם ממצים את ההסדר התרופתי של השבה, מקום שבו הפרת חובת אמן הניבה זכיה לאמונאי המפר – ניתן לשאוב מהם שיקולי עור ליישום תרופת השבה גם בהקשר אמונאי"). כן ראו ת"א (שלום ראשל"צ) 42681-10-14 **מרצפות בת ים בע"מ נ' זפקו**, פס' 40 (נבו 3.1.2018) (השופט ארניה).
 156 ברק, לעיל ה"ש 153, בעמ' 1033–1034 ("...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").

157 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 אמן או מעין חובת אמן המחייבת אדם לפעול תוך דאגה ברמה גבוהה לאינטרס הזולת". "מעין חובת אמן" אינה קטגוריה משפטית מוגדרת, אך ניתן לשער שהכוונה לחובות שמקורן בדיני היושר, כגון איסור השפעה בלתי הוגנת וחובת חיסיון (confidence) ביחסי אמן (trust and confidence). אלה אינן חובות אמונאות, ודיני האמונאות אינם חלים עליהן, אולם דיני היושר אכן מקנים זכות להשבת רווח בגין הפרת של חובות אלו. ראו, באופן כללי, פרידמן ושפירא בר-אור, לעיל ה"ש 7, בעמ' 516–

לתכלית של הרתעה מפני עצם הכניסה למצב של ניגוד עניינים לנוכח הקושי לברר מבחינה עובדתית את ההפרה ותוצאותיה.¹⁵⁸ לבסוף, גם אבינועם מגן קרא לאחרונה לרתום הן את דיני עשיית עושר הן את דיני האמונות למאבק בשחיתות, תוך שהוא מבחין בין שני הדינים ומתייחס לתחום תחולתם החופף.¹⁵⁹

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

518. בד בבד, זו אינה תרופה בלעדית, ובאופן עקרוני תיתכן תביעת פיצויים בגין נזק, בהכרח לא 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) (UK). ראו לעיל ליד ה"ש 113 ואילך.

158 גרוסקופף "התעשרות מנטילה", לעיל ה"ש 157, בעמ' 778. ראו גם עופר גרוסקופף "הגישה העקרונית המצמצמת לדיני עשיית עושר ולא במשפט" **ספר יצחק אנגלרד** 191, 211 (דפנה ברק-ארז וגדעון ספיר עורכים 2009). בכך גרוסקופף מבטא מדיניות אשר מדריכה את דיני האמונות לפחות כשלוש מאות שנה, למן פרשת *Keech*, לעיל ה"ש 120. בתי המשפט של היושר, במיוחד למן תקופת כהונתו של לורד אלדון כצ'נסלור בראשית המאה התשע-עשרה, מגלים מודעות והבנה עמוקה בנוגע לחומרתה המיוחדת של בעיית המידע החלקי בקשר ליחסי אמונות – הן ביחסים בין הנהנה לאמונאי הן ביחס לביורר שיפוטי בקשר אליהם. לסקירה מפורטת ראו ליכט "בגנות ההגינות", לעיל ה"ש 75, בעמ' 681–686 ו-699–704. לנוכח זאת דיני האמונות נוקטים גישה מניעתית (prophylactic) תקיפה, שיש לה מופעים רבים בדוקטרינה. יודגש: מניעתית, ולא רק הרתעתית. ראו, למשל, *Harris v. Digital Pulse Pty Ltd.* [2003] NSWCA 10, para. 306 (Austl.) ("[T]hese 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, para. 153 (Austl.) ("[T]he 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 equity upholds"). ראו גם Matthew Conaglen, *The Nature and Function of Fiduciary Loyalty*, 121 LAW Q. REV. 452, 469–470 (2005); Matthew Conaglen, *Strict Fiduciary Loyalty and Accounts of Profits*, 65 CAMBRIDGE 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 73, בעמ' 572. השאלה אם תובנות נכוחות אלו צריכות להדריך את דיני עשיית עושר באופן כללי, גם מחוץ להקשרי אמונות, או שמא אמורים להתקיים זה לצד זה דיני עשיית עושר כלליים ודיני עשיית עושר ליחסי אמונות, תידון בפרק ד להלן.

159 ראו מגן, לעיל ה"ש 22, בעמ' 265 ואילך.

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

"חובת הנאמנות נגזרה מדיני עשיית עושר ולא במשפט, ולפיה, 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 מפיק ממשרתו טובת הנאה אישית החורגת מן התמורה שהוטחה 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 האישית שהפיק. חובת הזהירות המסורתית נגזרה מדיני הנזיקין, שם, תלויה האחריות ברשלנות בקיומה של חובת זהירות מושגית המוכרת בדין."¹⁶⁰

לדברים אלו נמצא הד בפסיקה, כאשר כמה בתי משפט חזרו עליהם בהסכמה.¹⁶¹ 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 דינאיים ייחודיים הנלווים אליו. מבחינה היסטורית, חובת האמון כמשטר כללי החל על אמונאים התפתחה לפני מאות שנים – תחילה בצורת משטר האקאונטביליות הייחודי להם,

160 אירית חביב-סגל **דיני חברות** כרך א 497, 505–506 (2007).

161 ראו עניין **ורדניקוב**, לעיל ה"ש 143, בפס' 48 לפסק הדין של השופט עמית ("חובת הזהירות התפתחה כענף של האחריות הנזיקית, והתמקדה ביסודות עולת 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 [לעיל ה"ש 160] כרך א 505)"; עניין **פינרוס**, לעיל ה"ש 77, בפס' 50 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר ("מקובל לומר, כי חובת האמונים מבוססת בעיקרה על דיני עשיית עושר ולא במשפט, המתמקדים בהתעשרותו העצמית של המפר והמניע הסובייקטיבי שלו להפיק רווח אישי מן הפעולה, על חשבון החברה עצמה") (בעקבות עניין **ורדניקוב** הנ"ל); תנ"ג (כלכלית ת"א) 47621-07-16 **חורב נ' בי קומיוניקיישנס בע"מ**, פס' 94 (נבו 18.7.2019). (השופט 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 143, בעמ' 15 (השופטת קרת-מאיר) ("בסקירה [מאת חביב-סגל, לעיל ה"ש 160, בפרק י – ע' ל] המתייחסת להתפתחות חובות האמון בדין האנגלי, הובהר כי חובת הנאמנות נגזרה מדיני עשיית עושר ולא במשפט וחובת הזהירות נגזרה מדיני הנזיקין").

ובהדרגה, עם התמורות שחלו במשפט המקובל במהלך המאה התשע-עשרה, היא לבשה את דמותה דהיום ובה חיובי האמונות המוכרים.¹⁶² בכל הזמן הזה היא הייתה ועודנה נחלתם של דיני היושר – בעבר מבחינה מבנית וכיום מבחינה מהותית.¹⁶³ 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, וישראל הייתה אחת החלוצות בכך (במידה רבה הודות לתרומתו של פרידמן).¹⁶⁴ כזכור, כאשר נפסקה הלכת *Reading* בשנת 1951 (שלא לדבר על הלכת *Bowes* משנת 1858),¹⁶⁵ ביסס אותה בית המשפט על חיוב חשבון של אמונאי, תוך שהוא מטיל ספק בעצם קיומם של דיני עשיית עושר כעיקרון מוכר במשפט האנגלי באותה עת.¹⁶⁶ בתפיסה החדשה, המכירה בעיקרון הכללי של עשיית עושר ולא במשפט, אלה בוודאי נתפסים כמוסדות משפטיים נפרדים (ועל כך עוד בהמשך).¹⁶⁷

162 לסקירה היסטורית בסיסית ראו ליכט **דיני אמונות**, לעיל ה"ש 28, בעמ' 235–242. לפירוט נוסף ראו Amir N. Licht, *Lord Eldon Redux: Information Asymmetry, Accountability and Fiduciary Loyalty*, 37 OXFORD J. LEGAL STUD. 770 (2017).
S.J. Stoljar, *The Transformations of Account*, 80 LAW Q. REV. 203 (1964).

163 למען הדיוק והאנקדוטה יוער שכאשר תביעת החשבון לבשה את דמותה המוכרת כיום (ובכלל זה בדין הישראלי), בשלהי ימי הביניים, היא נדונה 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.

164 נקודת המפנה הפורמלית בדין הישראלי הייתה חקיקתו של חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 (להלן: חוק עשיית עושר). קדמה לכך הכנה, בין היתר, בדמות פרידמן **עשיית עושר** (1970), לעיל ה"ש 140. במשפט האנגלי מקובל לציין כנקודת המפנה את פסק דין Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd. [1988] UKHL 12, [1991] 2 AC 548 (UK). גם לכך קדמה הכשרת לבבות אקדמית, בין היתר, בדמות ROBERT GOFF & GARETH JONES, THE LAW OF RESTITUTION (1966). להכרה תקדימית בעיקרון הכללי של התעשרות לא צודקת בקנדה ובאוסטרליה ראו, בהתאמה, Deglman v. Guaranty Trust Co. of Can. [1954] S.C.R. 725 (Can.); *Pavey & Matthews Pty Ltd. v Paul* (1987) 162 CLR 221 (Austl.).

165 עניין *Reading*, ליד ה"ש 42; עניין *Bowes*, לעיל ה"ש 33.
166 ספק זה המשיך לנקר עד שלב מאוחר יחסית. ראו, למשל, Orakpo v. Manson Inv. Ltd. [1978] AC 95, 104 (UK) ("[T]here is no general doctrine of unjust enrichment recognised in English law").

167 ראו, למשל, עניין *Harris*, לעיל ה"ש 158, בפס' 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 the fiduciary's behaviour..." ראו גם *Warman Int'l Ltd. v Dwyer* [1995] HCA 18, para. 23 (Austl.) (להלן: עניין *Warman*); ובמיוחד לאחרונה *Gray v. Global Energy Horizons Corp.* [2020] EWCA (Civ) 1668, [127] (UK) ("[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

נוסף על כך, מבחינה מבנית באשר לסמכויותיהם של בתי המשפט, דיני עשיית עושר לפי התפיסה דהיום משתרעים הן על הדין הן על היושר, אולם עילות התביעה הפרטיקולריות ותבניות התביעה הישנות שקדמו להן ואשר מהן הן צמחו, ובכלל זה כסף ששולם והתקבל, נחשבו בעבר חלק מהדין, ולא מהיושר. היבט זה יראה תפל למשפטן הישראלי, ובטעם, שכן במשפט הפרטי הישראלי לא התקיימה מעולם הפרדה מבנית בין הדין לבין היושר.¹⁶⁸ אולם הכללים המהותיים הם חלק מהדין הנוהג בישראל,¹⁶⁹ ומכל מקום, גם היבט זה מפריך את הסברה שחובת האמון נגזרה כביכול מדיני עשיית עושר. למעשה, כל אחת עומדת על רגליה שלה ואין קשר ביניהן.¹⁷⁰

equitable wrong, and still less with an independent cause of action in restitution to reverse *Recovery* ("...an unjust enrichment of the defendant at the expense of the claimant...")
 "The concept of unjust enrichment has, at best, only a) 112 בפס' 95, לעיל ה"ש 95, *Partners CA* (subsidiary and minor role to play in limiting the duty of a fiduciary to account" גם קונגלן עומד על ההבדל בין תביעת חשבון לבין עשיית עושר, הגם שהוא מציין כי הגישה האמריקנית נשענת על תפיסה זו במידה רבה יותר. ראו *Matthew Conaglen, Identifying the Profits for Which a Fiduciary Must Account*, 79 CAMBRIDGE L.J. 38, 57, n. 141 (2020) ("[T]he 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")

168 סמכויות מלאות בדין וביושר הוקנו לכל בתי המשפט בארץ בשנת 1947. ראו ע"א 145/58 **קלקודה נ' 'אגד' (א.ש.ד.) אגודה שיתופית לתחבורה בע"מ**, פ"ד יג 260, 266 (1959) (השופט זוסמן).
 169 תובנה זו שימשה ציר מרכזי בפסק דינו של השופט ש"ז חשין בע"א 76/51 **בר-און נ' טופול**, פ"ד ח 1065, 1073–1076 (1954) ("...יש לאל ידנו עתה לתאר כמה מן התכונות היסודיות של חיובים מעין-חוזיים... הם יונקים מתחומי עקרונות יושר, אולם שרשם בבתי-המשפט של חוק (courts of law), ואיכופם נעשה באמצעות תרופות שבחוק... מן הראוי לזכור – והדבר כבר נרמז לעיל – כי השיקולים אשר בית-משפט חייב גם כיום לשוותם לנגד עיניו שונים הם תכלית שוני בהירשו להעניק סעד שבדין או סעד שביושר"). פסק דין זה נמנה עם הפסיקה המכוננת של דיני עשיית עושר בדין הישראלי. ראו להלן ה"ש 279.

170 בשולי הדברים יוער כי טענתה של חביב-סגל, לעיל ה"ש 160, בעמ' 505 (שהפסיקה חזרה גם עליה), כי חובת הזהירות של נושא משרה בחברה נגזרה מדיני הנזיקין וקשורה לעולת הרשלנות, אף היא אינה מדויקת. הפרופוזיציה הזאת נכונה במשפט הישראלי, אך זאת הודות לפסיקה פורצת דרך של השופט לנדוי בע"א 333/59 **רוטלוי נ' ברשאי**, פ"ד יד 1156, 1160 (1960), אשר כיום מעוגנת בס' 252 לחוק החברות. כידוע, עולת הרשלנות וחובת הזהירות התגבשו כעיקרון משפטי כללי רק בשנת 1932, בהלכת *Donoghue v. Stevenson*, [1932] AC 562 (HL). זאת, במסגרת דיני הנזיקין, שהם חלק מהדין. לעומת זאת, ביתר שיטות המשפט המקובל אחריותם של אמונאים, ובכלל זה של נושאי משרה, בגין הפרה של חיובי מיומנות ואמצעי זהירות מושתתת על חיובים שהם אנלוגיים לחובת הזהירות בנוזיקין אך מקורם בדיני היושר, ונודעת כיום השפעה גם להוראות חרותות. מבחינה מהותית, יש הבדלים בין השיטות השונות בתוכנם של חיובי הזהירות אף בנוגע לשאלות יסוד, כגון תקן ההפרה (כלומר, אם נדרשת התרשלות "רגילה" או "רבתית"). ראו עמיר ליכט "שם הוורד: אמצעי זהירות ושיקול-דעת עסקי של נושא-משרה" **משפט ועסקים** יט 475, 478–481 (2016). ראו גם Jennifer G. Hill & Matthew Conaglen, *Directors' Duties and Legal Safe Harbours: A*

פרק ג: עילה בת עוולה בנוזיקין

בטרם נפנה לשימוש בדיני עשיית עושר לתביעת שלמוני שוחד, מן הראוי לערוך דיון ביניים באפשרות לתבוע אותם בעילה נזיקית, שכן בירור ההיבט הנזיקי משליך על הבנת העילה בעשיית עושר בדין הישראלי, לצד היותו רלוונטי כשלעצמו. תמונת מצב נאמנה למדי של מסגרת התביעה בנוזיקין בדין הישראלי הצטיירה בפרשת **אבנון**. במקרה זה טענה המדינה בשתי הערכאות כי עומדת לה גם עילה נזיקית, ובערעור לבית המשפט העליון היא אף באה בטרוניה על השופט קמא על שנמנע מלדון בכך.¹⁷¹ אולם מעבר לטענה שלדית זו, שנטענה "בשפה רפה" ובלא טיעון סדור ביחס לעוולה כלשהי, התקשתה המדינה לפרט, ומשכך פטר בית המשפט העליון את עצמו מלדון בחלופה זו.¹⁷² בעניין **אביעם נ' מדינת ישראל** לא נדונו כספי שוחד, אלא כספים שעובד ציבור גבה בגביית יתר ושלשל לכיסו, בנסיבות דומות במקצת לפרשת *Reading*. המדינה תבעה את הכספים הללו בעוולת גזל, אולם השופט י' כהן נמנע מלדון בעילה זו, והעדיף, כדבריו, "להשאיר את הבעיות המתעוררות בקשר לכך, לעת מצוא".¹⁷³ במקום זאת הוא הקדיש את פסק הדין לביסוס התביעה על עילה בעשיית עושר, שאותה הזכירה שם המדינה רק בחטף, בשולי טיעונה.

ההלכה המנחה בסוגיה נותרה אפוא מעוגנת בפסק הדין התקדימי בפרשת **מאיר נ' הנהלת הסוכנות היהודית לא"י**, אשר דן בתביעת שלמוני שוחד שניתנו לעובד ציבור.¹⁷⁴ המדינה השתיתה את תביעתה שם על שתי עילות – בעשיית עושר ובנוזיקין – והשופט ברנזון, בדעת הרוב, נענה לאתגר תוך התבססות על הדין האנגלי.¹⁷⁵ הוא עמד על פסקי הדין הרלוונטיים, כולם ותיקים כבר אז, ומביניהם הסתמך בהרחבה על פסק דין *Hovenden & Sons v. Millhoff*, אשר שיקף את הדין דאז, דהיינו, כי לשולח עומדות שתי עילות: תביעת פיצויים בנוזיקין בגין מרמה (fraud) או קשר לרמות (conspiracy to

Comparative Analysis, in RESEARCH HANDBOOK ON FIDUCIARY LAW 305 (D. Gordon & Andrew S. Gold eds., 2018). הדין הדלוורי בדבר חובת הזהירות של אמונאים בתאגיד נפתל במיוחד. ראו בקצרה עמיר ליכט "ודגלו עלי תאוה – אחריות נושא משרה להטרדות מיניות בחברה ובגדר חובת ההשגחה" **נקודה בסוף משפט** (9.2.2023) <https://amirlicht.wordpress.com/2023/02/09/246/>.

171 עניין **אבנון**, לעיל ה"ש 2, בפס' 6 ו-22 לפסק הדין של השופטת ברון.

172 שם, בפס' 22 לפסק הדין של השופטת ברון.

173 עניין **אביעם**, לעיל ה"ש 20, בעמ' 672. השופטים ברנזון ומני הסכימו לפסק הדין. בדומה לפרשת *Reading*, אביעם פעל בשחיתות כאשר הפיק טובת הנאה פרטית בקשר למשרתו בלא אישור.

174 עניין **מאיר**, לעיל ה"ש 61.

175 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").

(defraud) ותביעת השבה בטענת כסף ששולם והתקבל.¹⁷⁶ כבר אז, במפנה המאה הקודמת, השתמשו כמה חזקות ביחס לעילה הנזיקית, שאותן אימץ פסק הדין 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 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.”¹⁷⁷

השופט ברנזון הוסיף ועמד על כך שהחזקות בדבר היסוד הנפשי ובדבר יסוד ההשפעה (דהיינו, ההסתמכות) הן חלוטות, ואילו החזקה ביחס לשיעור הנזק אינה בהכרח כזו, ונראה שהיא ניתנת לסתירה.¹⁷⁸ 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

176 שם, בעמ' 397–399. בית המשפט אזכר בהקשר זה את Hovenden & Sons v. Millhoff [1900] 83 LT 41, [1900-03] All ER 848 (Eng.) Salford Corp. v. Lever [1891] (להלן: עניין Hovenden); 1 QB 168 (UK); Grant v. Gold Exploration & Dev. Syndicate, Ltd. [1900] 1 QB 233 (UK); Indus. & General Mortgage Co. Ltd. v. Lewis [1949] 2 All ER 573 (Eng.) (להלן: עניין General Mortgage). בית המשפט בעניין General Mortgage, שם, בעמ' 576, ציין כי התביעה בעניין Hovenden אושרה, באופן דווקני, רק על יסוד כסף ששולם והתקבל, לאחר שהמושבעים קבעו כי לא התקיימה מרמה.

177 עניין מאיר, לעיל ה"ש 61, בעמ' 398. ראו גם עניין אבנון, לעיל ה"ש 22, בפס' 15 לפסק הדין של השופטת ברון. המובאה בטקסט היא תרגומו של השופט ברנזון לדברי השופט סלייד (Slade) בעניין General Mortgage, לעיל ה"ש 176, בעמ' 578 (אם כי השופט סלייד אמר שם corruptly – בשחיתות – ולא “במרמה”). קודם לכן בעניין מאיר (שם, בעמ' 397) מביא השופט ברנזון – בהסכמה ובהרחבה – תרגום לדברים מתוך פסק דין Hovenden, לעיל ה"ש 176.

178 עניין מאיר, לעיל ה"ש 61, 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 – הובילו את השופט קיסטר להחלטה, בדעת מיעוט, להתנגד לאימוץ הכללים האלה. שם, בעמ' 404–407. זאת, מכיוון שהוא מצא בהם יסוד עונשי – יסוד שהוא התנגד לו בכל מאורו. בנפרד מסוגיית הפיצויים העונשיים, אשר באותה עת לא הוכרו עדיין בדין הישראלי, נדמה, עם כל הכבוד, שהשופט קיסטר תעה בערפל האופף את הסוגיה הכללית של תביעת שלמוני שוחד, הנדון בטקסט להלן. כלומר, מנקודת מבט נזיקית יש אומנם טעם רב בהתנגדותו העקרונית לגבייה כפולה משני מעוולים במשותף – המשחד והמשוחד – אולם מן הזווית של דיני אמונאות אין קושי דוקטרינרי במהלך כזה, ואף יש בו טעם מדיניות חזק, שכן הן האמונאי שהפר את חובת האמון הן הצד הזר אשר גרם להפרה או סייע בה חבים חשבון כלפי הנהנה, ובנסיבות מסוימות אפשר לגבות משניהם, גם בכפל גבייה.

החזקות ודרכי ההוכחה ואותה מידת הנזק";¹⁷⁹ 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 כשאינן אפשרות להוכיחן בצורה מדוקדקת ומדוייקת – כך גם כאן".¹⁸⁰

ממבט ראשון, העילה הנזיקית במקרי שוחד נראית פשוטה ועוצמתית במיוחד ולכן גם אטרקטיבית: משהוכח שוחד¹⁸¹ – בין בפועל ובין בכוח, בהבטחה לתיתו – כל יתר רכיבי העילה נקבעים מאליהם מכוח הדין, ולכאורה לא נותר אלא לפנות להליכי גבייה. ייתכן שהיבט זה תרם לכך שבעשורים האחרונים, ובמיוחד במאה הנוכחית, התרבתה באנגליה הפסיקה בתחום. אולם לאמיתו של דבר, הגם שאין עוררין על קיומה של עילה נזיקית במקרי שוחד, אשר אלה 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 נדונו בבתי המשפט של היושר, אשר התמחו בעניינים הקשורים לנאמנות וליחסי אמונאות נוספים. כך, עניין *Fawcett v. Whitehouse* משנת 1829 עסק בשותף שניהל משא ומתן בשם שותפות של שלושה שותפים וקיבל מן הצד האחר לעסקה סכום נכבד, שהוצג כהלוואה ללא מועד

179 שם, בעמ' 397. בציטוט נוסף שהביא שם השופט ברנוון מעניין *Hovenden*, לעיל ה"ש 176, בעמ' 850, אמר השופט ווהן ויליאמס (Vaughan Williams) 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"

180 עניין מאיר, לעיל ה"ש 61, בעמ' 400.

181 לא למותר לעמוד בנקודה זו על הגדרות השוחד הרווחות בפסיקה. ראו פסק דין *Novoship (UK) Ltd. v. Mikhaylyuk* [2012] EWHC 3586, [104]–[106] (UK), המסכם פסיקה קודמת: "In *Industries and General Mortgage Co Ltd v Lewis* [1949] 2 All ER 573 Slade J defined a bribe as follows (at page 575): '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.' 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.' 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..."

השופט חריש בהסכמה הגדרה דומה מתוך פסק דין *Hovenden*, לעיל ה"ש 176. ראו ת"א (מחוזי ת"א) 4274/66 הנהלת הסוכנות היהודית בארץ-ישראל נ' מאירי, פ"מ עח 172, 178–179 (1972).

פירעון ברור.¹⁸² הלורד צ'נסלור נענה לתביעת החשבון, וקבע, כמעט מניה וביה, כי הלה מחזיק שני שלישים מסכום ההלוואה בנאמנות עבור שותפיו, תוך שהוא מציין כי אין חשיבות להעדרו של נזק לשותפות וכן נקודות נוספות שהן בגדר פשיטא בדיני אמונאות – 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.¹⁸³ אז הופיעו שתי העילות שבדין הנזכרות לעיל – תביעת פיצויים בניזיקין ותביעת כסף ששולם והתקבל. גם לאחר שמכריותיהם של בתי המשפט של הדין ושל היורש אוחדו, בשנים 1873–1875, נותרה בעינה ההבחנה המהותית – העומדת בתוקפה עד עצם היום הזה – בין גופי הדינים שהעילות השונות משתייכות אליהם. דא עקא, שבעוד תביעת חשבון מתאימה לתרחישי שוחד ככפפה ליד, שתי העילות שבדין התאימו כאוכף לפרה, והצריכו התייחסות מיוחדת.

שנים ספורות לאחר שנפסקה אצלנו הלכת מאיר, פסקה מועצת המלכה בעניין *Mahesan v. Malaysia*¹⁸⁴ באותו מקרה שילם פלוני שוחד לדירקטור של אגודת דוור, שפעל כנציג שלה, כדי שהלה יגרום לכך שהאגודה תרכוש 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 (Diplock) ניצל את ההזדמנות לעריכת סקירה ביקורתית 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 חשובה שתידון להלן), ומצד אחר חשפה בלא כחל ושרק את חולשותיה של ההלכה מבחינת היסודות המשפטיים שעליהם היא נשענת. מבחינה פוזיטיבית נקבע כך:

"[B]oth 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

182 Fawcett v. Whitehouse [1829] 39 ER 51. שוב סדנא דארעא חד הוא. השוו ע"פ 1188/20 מדינת ישראל נ' נניקשוילי (אר"ש 6.1.2022), אשר עסק, בין היתר, בהרשעה במתן שוחד בגין מתן הלוואה בלא מועד פירעון לשר המנוח בן-אליעזר. ראו לעיל ליד ה"ש 23 ואילך.

183 ראו, למשל, את פסקי הדין המאוזכרים לעיל בה"ש 176. לסקירות ראו *Mahesan v. Malaysia Gov't Officers' Co-Operative Housing Soc'y Ltd.* [1977] UKPC 21, [1979] AC 374 (PC) (appeal taken from Malaysia); Derek Whayman, *Liability for Bribes and Secret Commissions at Common Law: Obsolete, Unnecessary and Probably a Fusion Fallacy*, 2 CONV. & PROP. LAW. 184 (2022).

184 עניין *Mahesan*, לעיל ה"ש 183.

in consequence of his entering into the transaction in respect of which the bribe was given, but he cannot recover both."¹⁸⁵

כבותם של המשוחד והמשחד היא יחד ולחוד, ובתביעה נזיקית יש חזקה שהנזק הוא לפחות בשיעור השוחד, אם כי לא ברור (עדיין) אם החזקה הזו חלוטה אם לאו.¹⁸⁶ לצד הזכות לתבוע כספים עומדת לשולח או לחברה גם זכות לבטל את החוזה הנגוע בשוחד.¹⁸⁷ דין זה תואם אפוא בעיקרו את ההלכה שנפסקה בפרשת מאיר בגזרה הנזיקית.

באשר לבסיס המושגי של העילה הנזיקית עמד תחילה לורד דיפלוק על כך ששורשיה מצויים בעוולה של מרמה קונסטרוקטיבית בדיני היושר (constructive fraud).¹⁸⁸ זוהי נקודה חשובה, שכן עילת המרמה (fraud), שמקורה ביושר, שונה מעולת התרמית (deceit) שבדיני הנזיקין, כלומר, בדין. כידוע, אחריות בתרמית מחייבת, בתמצית, הצגה של מצג שווא בידיעה שהוא אינו נכון, הטעיה בפועל (כלומר, הסתמכות) ונזק ממון שנגרם כתוצאה מכך.¹⁸⁹ לעומתה, המרמה שביושר רחבה יותר, ומודרכת על ידי התובנה הנכוחה כי "fraud is infinite".¹⁹⁰ בחלקה היא חופפת אפוא את התרמית, כך שאחריות במרמה שביושר תצמח בנסיבות שבהן תתקיים אחריות בתרמית. נוסף על כך, דיני היושר מתמודדים עם צורות נוספות של התנהגות נכלולית שאינה עולה

185 שם, בעמ' 383. בנסיבות של פרשת *Mahesan* עלה הנזק מחמת פערי המחירים כמעט ארבעה מונים על סכום השוחד, כך שהבחירה הייתה קלה מבחינת האגודה.
186 ראו שם, בעמ' 381, בעקבות עניין *Salford*, לעיל ה"ש 176; עניין *Daraydan*, לעיל ה"ש 69, בפס' 54.

187 עניין *Mahesan*, לעיל ה"ש 183, בעמ' 380–381. ראו גם *Honeywell Int'l Middle East Ltd. v. Meydan Group LLC* [2014] EWHC 1344 (UK), שבו הובהר כי זכות הביטול אינה נפגעת מכך שההסכמה על השוחד היא חוזה בלתי חוקי. כך נפסק גם בישראל בעניין *לוקמן*, לעיל ה"ש 46. לדיון ראו פרידמן ושפירא בר-אור, לעיל ה"ש 7, בעמ' 646. לסיכום תמציתי עדכני של יסודות העוולה ראו *Trafalgar Multi Asset Trading Company Ltd v. Hadley* [2023] EWHC 1184 (UK), [276]–[282] (Ch).

188 עניין *Mahesan*, לעיל ה"ש 183, בעמ' 380.
189 יסודות אלו מעוגנים אצלנו בס' 56 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], שהוא קודיפיקציה של הלכת *Derry v. Peek* [1889] 14 App. Cas. 337 (HL).

190 בספרות ובפסיקה מקובל לאשש נקודה זו בציטוט הבא: "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 (Hardwicke), שניהן כלורד צ'נסלור לפני זמן מה (1737–1756), אל לורד קיימס (Kames), מחבר ומשפטן סקוטי. המובאה שלעיל, המופיעה במקורות רבים, לקוחה מתוך C.H. Tham, *Equitable Fraud and Double Liability of a Debtor Following Notice of Equitable Assignment of the Debt*, 13 J. EQUITY 237, 238 (2019).

כדי תרמית מלאה באמצעות הדוקטרינה של מרמה קונסטרוקטיבית, אשר חלה בנסיבות שהיושר תופס כלא לגיטימיות.¹⁹¹ כך, בין היתר, ניתן לדבר על "מרמה" במובנה הרחב, הרופף, ביחס לאמונאי שפעל בניגוד עניינים הגם שבתום לב או ביחס לאמונאי שלא קיים את חובת הגילוי המלא מבלי להציג מצג כלשהו או בלי כוונה להטעות.¹⁹² 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"¹⁹³ לעומת זאת, בכמה פסקי דין, רובם מן העת האחרונה, נקטו בתי המשפט את המונח *deceit*, והיו שנקטו את שניהם יחדיו.¹⁹⁴ יתר על כן, הגם שבעניין *Mahesan* נאמר כי תביעה בגין שוחד עשויה להניב סעד בטענת כסף ששולם והתקבל או בטענת מרמה, בפסיקה

191 ראו SNELL'S EQUITY 200, para. 8-002 (John McGhee ed., 33d ed. 2015).
 192 ראו *Nocton v. Ashburton* [1914] AC 932, 954 (HL), שבו עמד בית הלורדים על ההבדל בין מרמה קונסטרוקטיבית לבין יסודות התרמית לפי הלכת *Derry*, לעיל ה"ש 189: "[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"

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

194 *National Grid*, לעיל ה"ש 107, בפס' 56; *Kensington Int'l Ltd. v. Republic of Congo* [2007] EWCA (Civ) 1128, [61] (Eng.); *Anangel Atlas Compania Naviera SA v. Ishikawajima-Harima Heavy Indus. Co. Ltd.* [1990] 1 Lloyd's Rep. 167, 169; *Libyan Inv. Auth. v. J.P. Morgan Markets Ltd.* [2019] EWHC 1452, [125] (להלן: עניין *Libyan Investment Authority*). לעיל ה"ש 69, הנחשב הלכה מנחה בסוגיית השוחד, נאמר בפס' 54 *Wood v. Commercial First Business Ltd.* [2021] EWCA (Civ) 471, [100]; *Armagas Ltd. v. Mundogas SA* [1985] 3 WLR 640, 675. בעניין *Daraydan*, לעיל ה"ש 69, הנחשב הלכה מנחה בסוגיית השוחד, נאמר בפס' 54 *or deceit*. בתי המשפט בשתי הערכאות בפרשת *FM Capital* חזרו על כך בלי הערה מיוחדת. ראו *FM Capital Partners Ltd. v. Marino* [2018] EWHC 1768 (Comm), [592]; *Marino v. FM Capital Partners Ltd.* [2020] EWCA (Civ) 245, [18] (להלן: עניין *FM Capital CA*). גם מחברים בני סמכא נקטו *deceit* בהקשר זה בלי התייחסות מיוחדת. ראו *BURROWS*, לעיל ה"ש 46, בעמ' 684; *PETER BIRKS, AN INTRODUCTION TO THE LAW OF RESTITUTION* 337 (1985);

באנגליה יש כיום אי־בהירות בשאלה אם שוחד הוא עוולה נזיקית בפני עצמה או רק כינוי למקבץ של עוולות במשפט המקובל, ביניהן העוולה של מרמה (או תרמית) וכן קשר להזיק לא כדין (conspiracy to injure by unlawful means).¹⁹⁵ לצד העניין העיוני בערפל המשפטי התמוה הזה, יש בו גם עניין ונפקות לדין הישראלי, כפי שראינו בעניין אבנון. נשוב אפוא לעניין *Mahesan*. לורד דיפלוק עמד שם, כאמור, על כך שתביעות השוחד "נעלמו" מהפסיקה בדיני היושר ואז "צצו" במשפט המקובל בשלהי המאה התשע־עשרה, מבלי שהבסיס הדוקטרינרי הכפול שלהן הובהר כל צורכו.¹⁹⁶ למבוכה הזאת ניתן ביטוי כבר בעניין *Hovenden*, והשופט ברנזון אכן עמד עליה בעניין מאיר.¹⁹⁷ כפי שראינו לעיל, משהוכח שוחד, כל יתר רכיבי העילה מוחזקים מכוח הדין, חלקם אף בחזקות חלוטות, כך שבפועל נוצרת חזקת אחריות בעולה, שהיא עצמה אינה ברורה כלל.¹⁹⁸ בכך יש אומנם יתרון מעשי ניכר, אלא שכפי שהראה לורד דיפלוק, הדבר מרוקן את העוולה מכל יסוד משפטי מהותי, וכאשר מדובר בתביעת נזק מעבר לסכום השוחד, נוצר שעטנז משפטי.¹⁹⁹ מייד בסמוך לכך קבע לורד דיפלוק כי גם

195 השו עניין *Wood*, לעיל ה"ש 194, בפס' 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 ,National Grid לעומת עניין *National Grid*, [Fraud (bribery)... is a label applied to various claims which may) בפס' 17 (Libyan (be brought at common law or in equity). והיו שאחזו בזה וגם מזה לא הניחו ידם. ראו *Libyan Investment Authority*, לעיל ה"ש 194, בפס' 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, לאחרונה נדונה הנקודה בסקוטלנד, ונקבע כי מדובר בעוולה עצמאית, לנוכח סברה כי זה המצב באנגליה. ראו *Oil States Indus. (UK) Ltd. v. "S" Ltd.* [2022] CSOH (להלן: עניין *Oil States*) (In summary, I find that bribery is a free-standing cause of (action, distinct from any cause of fraud...". בספרות הביע ג'וליוס גרוור תמיכה בגישה זו. ראו *Grower*, לעיל ה"ש 193, בעמ' 18.

196 עניין *Mahesan*, לעיל ה"ש 183, בעמ' 382–383.

197 ראו לעיל ליד ה"ש 179.

198 ראו *In re A Debtor* [1927] 2 Ch 367, 376 (UK) ("[T]he court ought to presume fraud in such circumstances").

199 ראו עניין *Mahesan*, לעיל ה"ש 183, בעמ' 383: "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 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" (ההדגשות במקור).

את העילה של כסף ששולם והתקבל יש לקבל כעניין נתון, חרף הקשיים שבה, בבחינת "עת לעשות לה' הפרו תורתך".²⁰⁰ הסיבות שחוללו את הסבך המשפטי המתואר נותרו לוטות בערפל. הסבר משכנע שהוצע לאחרונה לתעלומה זו גורס כי מדובר בתקלה שהתמסדה.²⁰¹

ומה בישראל? המנגנונים המשפטיים שהתפתחו בדין האנגלי ביחס לאחריות בנוזיקין של משחד ומשחד מעוררים לכאורה קושי נוסף בדין הישראלי, שכן אין להם עיגון בפקודת הנוזיקין. בפרט, אין בפקודה עוולה של שוחד, ככל שזו קיימת בדין האנגלי, וגם אין בה עוולה של מרמה שביושר או של קשירת קשר להזיק לא כדין. לנוכח חסרונה של עוולה פרטיקולרית ממוקדת, הוצעו לה אצלנו כמה חלופות. כך, ניכר שהשופט ברנזון בעניין מאיר היה מודע לקושי זה, לנוכח העובדה שהוא ציין אפשרות טנטטיבית להיתלות בעוולה של גרם הפרת חוזה, בין המשחד לשולח במשמע.²⁰² הפרופוזיציה הזו התקבלה על דעתו של בית המשפט קמא באותה פרשה, אשר הסביר כיצד אפשר לדחוק את ההתנהגות הפסולה אל ד' אמותיה של עילה זו.²⁰³ פרידמן הציע נוסף על כך להכיר בעוולה של מרמה (שביושר) וכן בעוולה של גרם הפרת חובת אמון.²⁰⁴

200 ראו 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"

201 דרק ויימן טוען כי מדובר בתקלה משפטית מהסוג המכונה "פרכת ההיתוך" (fusion fallacy), שעיקרה עירוב מין בשאינו מינו, דהיינו, החלת כללים מהותיים מהיושר על סוגיות שבדין או להפך. תביעות בענייני שוחד היו בסמכותו של הצ'נסרי, שכן הן עסקו באמונאים שסרחו. במאה התשע-עשרה, כאשר הצ'נסרי נודע לשמצה בעומס התיקים הכבד ששרר בו, חיפשו עורכי דין בעלי תושייה דרכים להביא תביעות כאלה לבתי המשפט של הדין. לשם כך הם ניצלו כללים דיוניים הדומים לכללי הסמכות שבגררא. כללים דיוניים אלו בטלו מאז אוחדו סמכויותיהם של בתי המשפט, אלא שהתורה נשתכחה כנראה, וכך נעשו תביעות השוחד מעוגנות גם בעילות שבדין, אם כי באופן רעוע. ראו Whayman, לעיל ה"ש 183. על פרכת ההיתוך ראו עוד ליכט **דיני אמונאות**, לעיל ה"ש 28, בעמ' 426.

202 ראו עניין **מאיר**, לעיל ה"ש 61, בעמ' 399.

203 ראו עניין **מאיר**, לעיל ה"ש 181, בעמ' 182-183, שם תהה השופט חריש "ועילת הנוזיקין מה שרשה?", וקיבל את טענת התובעת בדבר העילה של גרם הפרת חוזה. לפרופוזיציה הזו יש תימוכין בספרות. ראו BIRKS, לעיל ה"ש 194, בעמ' 337-338; BURROWS, לעיל ה"ש 46, בעמ' 684.

204 ראו פרידמן ופשירא בר-אור, לעיל ה"ש 7, בעמ' 669. בע"א 141/80 **גפני נ' מאירוב**, פ"ד לה(3) 813, 826 (1981), בהערת אגב קצרה, קישרה השופטת בן-פורת בין תשלום שוחד לרמאות – "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..." – אך נראה שאין די בכך לבסס הכרה בעוולה של מרמה.

שתי החלופות הנזכרות כרוכות בקושי הכללי של הכרה שיפוטית יצירתית בעולות פרטיקולריות שאינן מנויות בפקודת הנזיקין.²⁰⁵ הגישה הרווחת בפסיקה זה שנים גורסת כי הדבר אינו אפשרי, שכן פקודת הנזיקין נתפסת כרשימה סגורה של עוולות, אשר אפשר להרחיבה רק בחקיקה.²⁰⁶ אולם גישה זו אינה הכרחית, לעניות דעתי, ונראה שראוי לעיין בדבר מחדש.²⁰⁷ הטעם בהכרה בעולה פרטיקולרית חדשה מתחדד כאשר העולות הפרטיקולריות הקיימות ועולות המסגרת אינן מספקות מענה הולם. כך הדבר ביחס לשוחד, כמדומה, לנוכח החזקות הייחודיות שמקורן בהלכה פסוקה. החזקות האלה מרוקנות מתוכן מהותי את יסודות האחריות בעולות הקיימות, והופכות אותן לקולב גרידא לאחריות. לפיכך, ככל שבתי המשפט ימצאו טעם להטיל אחריות בנוזיקין דווקא בתרחישי שוחד, יהיה אפשר – וכנראה עדיף – להכיר בעולה ממוקדת של שוחד, על חזקותיה הייחודיות (וחרף היותה חלולה, למעשה), אשר תתמקד בהתנהגות הפסולה המסוימת הזאת.

נוסף על ההצעות הנזכרות, הכרוכות בפיתוח משפטי ניכר, יש מקום לשקול גם חלופות מתוננות יותר, המתבססות על הקיים. במיוחד נראה אפשרי לדחוק אחריות בגין שוחד – הן קבלה הן נתינה או הצעה – לתוך התבנית של עילת התרמית. בשלב זה כבר ברור שכמעט לעולם לא יהיה אפשר להוכיח את יסודות האחריות בתרמית בנסיבות קונקרטיות של פרשיית שוחד, אלא שלא יהיה צורך בכך לנוכח החזקות העוצמתיות שהפסיקה אימצה ביחס אליהם, כמפורט לעיל. כשם שהאחריות הנוזיקית במרמה בתרחישי שוחד נקבעת על ידי חזקות, והעילה עצמה היא רק קולב חלול למדי להיתלות בו, כך אפשר להיתלות בקולב של עילת התרמית, שיהיה חלול באותה מידה. כפי שראינו, ליבם של בתי משפט באנגליה גס לא פעם בהבחנה בין מרמה לתרמית בתביעות שוחד, ובתי המשפט בישראל אינם איסטניסים יותר מהם.

205 נוסף על היבט זה, הכרה בעולה של מרמה, כפי שהציע פרידמן, כרוכה בשאלות מערכתיות כבדות ביחס למקומם של דיני היורש בדין הישראלי העכשווי, החורגות מן המסגרת הנוכחית. לעומתה, הכרה בעולה של גרם הפרת חובת אמון מיותרת. דיני האמונאות מציעים כבר כיום כלים עדיפים להטלת אחריות על הגורם להפרת חובת אמון או על המסייע בה. ככל שתוכר אי פעם עולה 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 28, בעמ' 426. כן ראו, באופן כללי, שם, בפרק השישי ("אחריות צדדים מעורבים"), העוסק בכך.

206 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 העולות בפקודת הנזיקין [נוסח חדש] הינה רשימה סגורה..."); בג"ץ 5239/11 **אבנרי נ' הכנסת**, פס' 25 לפסק הדין של השופט עמית (אר"ש 15.4.2015) ("ככלל, רשימת העולות בדיני הנזיקין נחשבת לרשימה סגורה, כאשר חיקוקים שונים יוצרים עולות חדשות...").

207 לדין ראו מישראל חשין "דין נזיקין ודין אבות נזיקין במשפט ישראל" **משפטים** א 346 (1968); אסף יעקב "שתלטנות הרשלנות" **משפטים** מז 227 (2018).

נוסף על האחריות בתרמית, יש יסוד להטלת אחריות בנוזיקין בתרחישי שוחד גם על בסיס עוולות המסגרת בצירוף החזקות הנזכרות, אשר מאיינות כאמור את יסודות האחריות המהותיים. ככל שמדובר בשוחד לעובדי ציבור, אפשר להטיל אחריות בגרם הפרה חקוקה לנוכח האיסורים שבחוק העונשין, התשל"ז-1977.²⁰⁸ 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".²⁰⁹ דגם זה של אחריות תופס ברשתו, כמדומה, גם את העוולה של קשר להיזק לא כדין.²¹⁰

יהא הבסיס להטלת אחריות בנוזיקין בקשר לשוחד אשר יהא, בתביעות קונקרטיות יהיה צורך להידרש לקיומו של נזק, כאשר אחד הצדדים יבקש לסתור את החזקה הלא-חלוטה ביחס אליו. התרחיש שהפסיקה נדרשה אליו – למשל, בפרשת *Mahesan* – נוגע במצב שבו נזקו של התובע עולה על סכום השוחד, ואז שומה עליו להוכיחו כדי לקבל פיצוי עליו.²¹¹ בכך אין קושי. אלא שגם המשוחד-הנתבע עשוי לעורר את הנקודה בטענה כי לנהנה-התובע לא נגרם כל נזק ממוני עקב השוחד. גוף הפסיקה הניכר בדין האנגלי עוסק רובו ככולו בתרחישים עסקיים של שוחד למנהל, לשלוח או לשותף. בנסיבות כאלה יש לפחות זיו 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 ציבור שקיבלו שוחד בקשר לפעילות ציבורית בעלת צביון מסחרי, כפי שהיה בפרשת *מאיר* או בפרשת *Carter* האמריקנית,²¹² שעסקו במשוא פנים בהענקת חוזים ציבוריים.

אולם החזקה בדבר נזק-כשיעור-פער-מחיר-כשיעור-השוחד קורסת כאשר אין ולא יכול להיות מחיר לפעולה שהמשחד מבקש להשפיע עליה (ומוחזק לחלוטין כמשפיע עליה) באמצעות השוחד. כפי שראינו לעיל בדיון בעילה האמונאית, הפסיקה באנגליה עמדה על כך שאין יסוד לעילה שבדין כאשר מדובר בעובד ציבור המפעיל סמכויות שיטור ופיקוח, כגון בפרשת *Goddard*.²¹³ אם נקדים מעט את המאוחר ונזכיר את פרשת

208 ראו ס' 290–295 לחוק העונשין. ברוח דומה הציע השופט טלגם בעניין **סאנסטאר**, לעיל ה"ש 126, בפס' 7, להיתלות בעברת עובדים ומנהלים בתאגיד לפי ס' 424 לחוק העונשין.

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

210 ראו ("A") [2000] 2 All ER (Comm) 271, [108] *Kuwait Oil Tanker Co. SAK v. Al Bader* 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" [2008] UKHL 19, [213] *Total Network SL v. HM's Revenue & Customs*.

211 ראו לעיל ה"ש 185.

212 עניין *Carter*, לעיל ה"ש 56.

213 ראו עניין *Goddard*, לעיל ה"ש 38, וכן לעיל ליד ה"ש 40 ואילך וליד ה"ש 69 ואילך.

יוסף, אשר תידון להלן,²¹⁴ הרי ששם דובר במתן היתרי כניסה ושהייה בישראל לפלסטינים תושבי יהודה והשומרון. זאת, בדומה לפרשת *King*, שעסקה במתן אשרות כניסה לארצות הברית, או לפרשת *Lo*, שעסקה במתן רשיונות נהיגה למי שלא למדו לנהוג.²¹⁵ כך גם אם נניח שינוי קל בנסיבותיה 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.²¹⁶ בכל המקרים הללו נמצא כי נזק יש, אך הוא אינו ממוני או בר כימות באופן שמאפשר להשוותו לשלמוני השוחד, והתביעה בנזיקין לסכום זה תסולק על הסף. עם זאת, ייתכן שבתרחיש כזה יהיה מקום לפסיקת פיצויים עונשיים במסגרת תביעה בנזיקין. בכך אין כדי להביע תמיכה בפסיקת פיצויים עונשיים באופן כללי, אשר לעניות דעתי ראוי להוסיף ולעייין בה, אולם מכיוון שהאפשרות לעשות זאת מוכרת כיום בדין הנוהג, תרחיש הולם במיוחד לפסיקתם הוא זה של קבלת שוחד.²¹⁷

214 ראו להלן ליד ה"ש 235–241.

215 עניין *King*, לעיל ה"ש 59; עניין *Lo*, לעיל ה"ש 53.

216 בעניין **יוסף**, לעיל ה"ש 3, זיהתה השופטת מצא את המעקש הזה ועקפה אותו. ראו להלן ליד ה"ש 235 ואילך. למעשה, בית המשפט העליון נקט עמדה עקרונית נחרצת בהקשר זה, ולפיה סמכויות שלטוניות מובהקות, כגון הפעלת בית סוהר, אינן יכולות להיות מושא למיקח וממכר על בסיס מסחרי. ראו בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר**, פ"ד סג(2) 545 (2009). ראו גם 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 בנדון יהיה בטל מחמת אי-חוקיות, כמובן.

217 במסגרת תביעה בנזיקין נפתח כבר הפתח לפסיקת פיצויים עונשיים (או בכינוי מדויק יותר שהציע יהודה אדר – תשלומים עונשיים). ראו ע"א 2144/13 **עזבון מנטין נ' הרשות הפלסטינאית** (אר"ש 6.12.2017); ע"א 71/18 **הרשות הפלסטינית נ' יורשי בן שלום** (אר"ש 10.3.2021). ברע"א 4657/21 **כהן נ' משה"ב חברה לבניין ופיתוח בע"מ**, פס' 55–56 לפסק הדין של השופט סולברג (אר"ש 3.8.2022) (להלן: עניין **משה"ב**) נקבע כי חברת בנייה שפלשה למקרקעין סמוכים והפיקה רווח מבנייה פתח־קרקע מבלי שנגרם נזק לבעליהם תחוב בפיצוי שהוא כפל הסכום שנפסק מכוח עילה בעשיית עושר ולא במשפט, חלף סעד של סילוק יד. השופט סולברג, בדעת הרוב, מצא מקור לסמכות לפסוק "שווי אי-סילוק יד" בעקרון תום הלב (שם, בפס' 25), ונדמה כי גם את כפל החיוב הוא עיגן באותו מקור (שם, בפס' 55). לכל דבר ועניין אלה תשלומים עונשיים בעשיית עושר, אולם למעט ניתוח כלכלי לפי בית מדרשו של רונלד קוז, היבט זה לא נדון, והנקודה אינה ברורה לגמרי. לדיון באפשרות לפסוק פיצויים עונשיים במסגרת דיני אמונאות בנסיבות של העדר נזק ראו ת"א (כלכלית ת"א) 25839-01-19 **בן יהודה נ' ויטנר** (נבו 16.8.2021) (השופט כבוב). ראו גם ת"א (מחוזי מר') 44266-12-19 **קרן קיימת לישראל נ' דבוש** (נבו 14.12.2022) (השופט דותן); 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/>. כן ראו, באופן כללי, ליכט **דיני אמונאות**, לעיל ה"ש 28, בעמ' 379–397. לדיון ב"השבה הרתעתית" בעשיית עושר ראו להלן תת־פרק ד.

לסיום חלק זה נשאל אם יכול להיות בצע בעילה הנזיקית – בגרסה ש"מחוזקת" בחזקות מכל עבר – לעומת העילה האמונאית או שמא העילה הנזיקית מיותרת.²¹⁸ באופן עקרוני, בתחום התחולה החופף של שתי העילות אין ספק שיש עדיפות לעילה האמונאית, מן הטעמים שנמנו לעיל.²¹⁹ ובכל זאת יש טעם לטעון גם לעילה הנזיקית לנוכח פשטותה הרבה, במיוחד ככל שהתובע מעריך שבית המשפט עלול להתקשות במישור דיני האמונאות – חשש שאין לבטלו כלאחר יד.

מעבר לכך, כעניין הגדרתי יהיה לעילה הנזיקית יתרון מוחלט מחוץ לתחום התחולה של דיני האמונאות, כלומר, כאשר המשוחד אינו אמונאי. אלא שאז מתעוררת השאלה אם יש בכלל מציאות כזאת, כלומר, אם איסור השוחד יכול לחול על מי שאינו אמונאי. מבחינה מושגית, עיונית ומעשית כאחד, תופעת השוחד מבוססת על הנעת המשוחד להשפיע על עניינו של אחר, הכפוף לכוחו, לא בידיעתו ובהסכמתו של הלה, בין באמצעות שימוש בסמכות שיש לו ביחס לעניינו של האחר ובין באמצעות ייעוץ לאותו אחר בנסיבות שבהן יש להניח שהייעוץ ניתן אך ורק לטובתו.²²⁰ בנסיבות כאלה כמעט מן ההכרח למצוא יחסי אמונאות. אכן, ההגדרות לשוחד אזרחי הרווחות בפסיקה מניחות באופן מובנה יחסים של שולח ושלוח, שהם קטגוריה מובהקת של יחסי אמונאות.²²¹ גם כאשר בתי המשפט התייחסו למתן עצה על ידי המשוחד, הם התייחסו דרך שגרה לשולח ושלוח או לאמונאים אחרים.²²²

218 העובדה שבתרחישי שוחד קשה לעיתים להצביע על נזק כלשהו עשויה לעורר תהייה יסודית בדבר עצם התאמתם של דיני הנזיקין לתרחישים אלו. השאלה ראויה לעיון נפרד. כאן אנו מניחים כי אחריות בנזיקין בתרחישים כאלה קיימת אצלנו אך טיבה אינו מחוור.

219 ראו לעיל ליד ה"ש 83 ואילך. זאת, זולת האפשרות לתבוע פיצויים עונשיים.

220 לא כל היועצים הם אמונאים. זאת, אף אם הצד שהזמין את העצה נותן ביועץ אמן מוחלט ותלוי בעצה, כך שיש ליועץ כוח כלפיו. נשווה בנפשנו "יועצת יופי" או "יועץ תפריט". ככלל, יועץ יהיה אמונאי אם הוא נמנה עם אחת הקטגוריות המוכרות של יחסי אמונאות, כגון יועץ משפטי, או שמתקיים לגביו המבחן המושגי הכללי של מי שהתחייב לפעול בשמו או לטובתו של אחר. ראו לעיל ליד ה"ש 29.

221 ראו לעיל ה"ש 181.

222 ראו, למשל, עניין *UBS AG*, לעיל ה"ש 65; עניין *Novoship (UK)*, לעיל ה"ש 181, בפס' 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..."); עניין *Daraydan*, לעיל ה"ש 69, בפס' 52 ("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"). לעמדה זו יש שורשים ותיקים. ראו *Panama & South Pacific Telegraph Co. v. India Rubber, Gutta Percha & Telegraph Works Co.* (1875) 10 LR 515, 528–529 ("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"). הנקודה הוכרעה לאחרונה בצורה ישירה בסקוטלנד בעניין *Oil States*, לעיל ה"ש 195,

על רקע זה נציין קו פסיקה שהתפתח באנגליה אשר מכיר בִּשְׁחָקָנִים במשפט הפרטי שחל עליהם איסור ניגוד עניינים אך בכל זאת אינם נחשבים אמונאים. קבוצה זו כוללת שלוחים מסוימים שאינם נחשבים אמונאים, וזאת חרף העובדה שמדובר בקטגוריה מוכרת של אמונאים.²²³ כך, בעניין *Wood* נפסק כי על שלוחים כאלה תחול אחריות בגין שוחד הגם שהם אינם בהכרח אמונאים.²²⁴ במגבלות המסגרת הנוכחית נציין כי קו הפסיקה הזה רעוע, עם כל הכבוד, ואין להסתמך עליו.²²⁵ עוד כלולים בקבוצה זו עדים מומחים, שניתן לראותם כמעין יועצים.²²⁶ באשר לאלה המצב המשפטי אצלנו אינו ברור לנוכח פסיקות סותרות לכאורה.²²⁷

במישור המושגי העקרוני, אם חל על פלוני איסור ניגוד עניינים ביחסיו עם אלמוני, כך שעליו לשוות את אלמוני לנגדו תמיד ואין עוד מלבדו, אזי פלוני הוא אמונאי כהלכה.²²⁸ כלומר, האיסור לפעול בניגוד עניינים נעשה עקר אם אין מצמידים אליו את

בפס' 19 (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..."

223 ראו *Wilson v. Hurstanger Ltd.* [2007] EWCA (Civ) 299; *Medsted Assoc. Ltd. v. Canaccord* *Genuity Wealth (Int'l) Ltd.* [2017] EWHC 1815 (Comm); *Reader v. SPIE Ltd.* [2021] EWHC 1221 (QB).

224 ראו עניין *Wood*, לעיל ה"ש 194, בפס' 102 ([W]here 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")

225 לביקורת נוקבת על פסיקה זו ראו Robert Flannigan, *Fiduciary Agency Denied*, 2021 J. Bus. L. 50. יודגש: להבחנה אפשרית בין שלוחים שיש להם שיקול דעת לבין כאלה שהם "טכניים" או "מיניסטריליים" גרידא לא אמורה להיות נפקות בהקשר זה. שוחד מכווין לפגוע ביכולתו של השלוח לפעול בתום לב לטובת השולח, בין בשליחות שבשיקול דעת ובין בשליחות טכנית, ועל כן יש לראותו כאמונאי בהקשר זה. עמדה זו משתקפת בס' 8 לחוק השליחות, שאינו מבחין בין סוגי שליחות לעניין תחולתה של חובת האמון על השלוח.

226 ראו 6 *Secretariat Consulting PTE Ltd. v. A Co.* [2021] EWCA (Civ).

227 השו"ר ע"א 1834/18 **שירותי בריאות כללית נ' פלונית** (אר"ש 3.5.2018) (השופטת וילנר), שם נקבע כי מומחה מטעם בית המשפט חב חובת אמון, לעומת ע"א 2706/22 **בוכריס נ' המשבב אייץ. אמ. טי. אס. בע"מ** (אר"ש 4.7.2023) (השופטת וילנר), שבו נקבע כי הפרת חובת הגילוי של מומחה מכריע בדבר קשרים מקצועיים עם צד אינה מספיקה לביטול חוות דעתו, ובמילים אחרות – כי הוא אינו חב חובת אמון. ראו גם עמיר ליכט "שמחה לעד – האם עד מומחה חב חובת אמון ללקוח?" **נקודה בסוף משפט** (2.5.2021) <https://amirlicht.wordpress.com/2021/05/02/202/>; עמיר ליכט "הכה את המומחה – חובת הגילוי של מומחה מכריע ודומיו: בין משפט ציבורי לפרטי" **נקודה בסוף משפט** (20.8.2023) <https://amirlicht.wordpress.com/2023/08/20/257/>. הדברים ראויים לדיון מפורט. בין כך ובין כך נראה מבורר שאסור למומחה בהליך שיפוטי לקבל שוחד.

228 השו"ר לדברי השופט מ' חשין בעניין **ניגור**, המובאים לעיל בה"ש 143. כן ראו, באופן כללי, עניין *Lehtimäki*, לעיל ה"ש 31. ראו גם עמיר ליכט "אין עבודה לזולתו – אימתי בעל מניות יהיה אמונאי

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 הכפופים למשטר חרות דומה. מכל מקום, אם יוכרו בכל זאת בדין הישראלי שחקנים שאינם אמונאים אך עם זאת אסור להם לקבל שוחד, עמלה סמויה או טובת הנאה אחרת מצד שלישי בקשר למשרתם, אזי תביעה אזרחית שתוגש נגדם בקשר לשלמונים שקיבלו תוכל להתבסס על העילה הנזיקית (וייתכן שגם על עילות נוספות שביושר שאינן באמונאות).²²⁹

פרק ד: "על חשבון" בדיני עשיית עושר ולא במשפט

לאחר שעמדנו על הדרך שלא נבחרה בעניין אבנון להטלת אחריות, באמונאות, ועל הדרך שנונחה, בנוזיקין, נפנה כעת לדרך שבה הלך בית המשפט – בעשיית עושר. נעמוד תחילה על הנמקתו של בית המשפט העליון בפרשה, ונרחיב את יריעת הדין לנוכח שני פסקי דין נוספים – פסק דין יוסף, שבו צעדה השופטת מצא בתלם שהבקיע בית המשפט העליון ביחס לעובד ציבור, ופסק דין דה לנגה, שבו דנה השופטת רונן 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".

1. הפסיקה

בדונה בטענה לעשיית עושר בעניין אבנון, ציינה השופטת ברוך כי אין חולק שבאותו מקרה התקיימו הנסיבות של התעשרות הנתבע בשיעור שלמוני השוחד ושל העדר זכות שבדין לקבלת טובת ההנאה. ההכרעה התמקדה אפוא בשאלה אם טובת ההנאה באה לו מן המדינה, הלא הוא היסוד המכונה "על חשבון".²³⁰ את הקביעה בעניין זה נביא באריכות מה:

החב חובת אמון" נקודה בסוף משפט (14.9.2020) <https://amirlicht.wordpress.com/2020/09/14/184/>

229 באשר לעובדים נראה שאיסור השוחד חל עליהם אף אם אין הם אמונאים מובהקים, במסגרת גישה המפרשת את תחולת האיסור בהרחבה (loosely), כך שביחס אליהם אין צורך בעילה נזיקית כדי להשלים חסר כביכול, אך הנקודה אינה ברורה לגמרי. ראו לעיל ליד ה"ש 112 ואילך.

230 עניין אבנון, לעיל ה"ש 2, בפס' 13 לפסק הדין של השופטת ברוך.

"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, 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.²³¹

"...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

231 שם, בפס' 15 לפסק הדין של השופטת ברון (ההדגשות במקור). ראו גם שם, בפס' 14 לפסק הדין של השופטת ברון ("...כבר נפסק כי התנאי השני, שלפיו הנתבע התעשר על חשבון התובע, עשוי להתקיים גם מקום שבו הנתבע לא התעשר על חשבון התובע באופן ישיר"; ההדגשה במקור).

שאליו ניתן להעביר את הרווח, מאחר שאבנון הוא עובד מדינה, ואת המעשים ביצע ובכספי השוחד 'זכה' במסגרת תפקידו זה.²³²

השופט מינץ הסכים לפסק דינה של השופטת ברון, כך שהקביעות בו מהוות את הלכת הפסק. לעומתם, השופט קרא הסכים לתוצאה אך הסתייג מהקביעה בדבר התעשרות "על חשבון" המדינה; הוא העדיף את הנימוק של "אין חוטא נשכר", והעיר שיש בכך יסוד מעין-עונשי.²³³ קביעה זו נותרה הערת אגב.²³⁴ בפרשת יוסף הורשע קצין תיאום בגזרת בית לחם בנטילת שוחד, לאחר שהנפיק כמאתיים היתרי כניסה לישראל בתמורה לקבלת כ-250,000 ש"ח. המדינה תבעה ממנו את הסכום הזה מכוח חוק עשיית עושר ודיני אמונאות.²³⁵ השופטת מצא סברה כי התנאי בדבר קבלה מן המזכה ("על חשבון" המדינה) לא התקיים, מכיוון שהשלמונים לא היו מיועדים אי פעם למדינה.²³⁶ אולם, לאחר שעמדה על השיקולים לפסיקת "השבה הרתעתית" 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'".²³⁷ ביחס

232 שם, בפס' 16 לפסק הדין של השופטת ברון. האזכור שם לעניין אגריפרם הוא לע"א 8728/07 אגריפרם אינטרנשיונל בע"מ נ' מאירסון (אר"ש 15.7.2010).

233 עניין אבנון, לעיל ה"ש 2, בפס' 1 ו-4 לפסק הדין של השופט קרא.

234 ככל שנתורה 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 (2011) ("בחינוך המשפטי שה'קשישים' שבנינו קיבלו הייתה ההבחנה בין רציו לבין אוביטר מוסד. כיום בכל תחומי המשפט קשה להבחין בין רציו לבין אוביטר"). 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").

235 עניין יוסף, לעיל ה"ש 3. בפרשייה נוספת הואשם יוסף בנטילת שוחד בכך שהיה לן ללא תמורה בדירה שכורה של עד המדינה, ובאותה דירה היה 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 היא נשענה לא התייחסו אליה. התביעה האזרחית בעקבות ההרשעה לא התייחסה אפוא לפרשייה זו, כך שלא נעשה ניסיון לשום את טובות הנאה שהופקו בה, הגם שמבחינה משפטית מעמדן זהה לשלמונים שהתקבלו בכסף.

236 שם, בפס' 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").

237 שם, בפס' 53. השופטת מצא סברה עוד (שם, בפס' 50) כי "כב' 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 ס' 1 לחוק עשיית עושר, אלא חורגת ממנו. השופט קרא, בדעת יחיד בעניין אבנון, לעיל ה"ש 2, בפס' 1, הפריד בין השניים.

לעילה האמונאית נקבע, בטעם, כי יוסף 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".²³⁸

באשר לסעד הדריך בית המשפט את עצמו, כנדרש ממנו, לפי הדברים בעניין **אבנון** המובאים לעיל, שבהם נאמר, בין היתר, כי "שתי העילות – עשיית עושר ולא במשפט והפרת חובת אמון... מובילות לסעד זהה".²³⁹ לפיכך הוא קבע כי "שתי העילות התגבשו – הן עילה לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט והן עילה מכוח דיני האמונות. משכך חב הנתבע בהשבה [של] הכספים שקיבל תוך הפרת חובת האמונים שחב למדינה".²⁴⁰ אלא שמכאן צעד בית המשפט כברת דרך נוספת מעבר לנקודה שאליה הגיע עניין **אבנון**. בדיון סדור למשעי בשיקולים שסעיף 2 לחוק עשיית עושר קורא לשקול להפחתת ההשבה ציון, בין היתר, כי הנתבע, אף שחטא, לא יצא נשכר ממעשיו, שכן הוא שילם קנס בסך 30,000 ש"ח במסגרת ההליך הפלילי, ולא השתכר במהלך שנות מאסרו; ולעומת זאת, למזכה – המדינה – לא נגרם חסרון כס. לפיכך נמצא יוסף ראוי לפטור חלקי מהשבת הסכום שבו התעשר, וחויב להשיב למדינה סכום של 170,000 ש"ח – כשני שלישים בלבד מסכום השוחד.²⁴¹

בפרשת **דה לנגה** הבטיח בעל השליטה בחברה ציבורית לנושאי המשרה בחברה כי אם יושלם בהצלחה מהלך עסקי מורכב של פיצול החזקות החברה, הוא ישלם להם מכיסו הפרטי בונוס בסך של כ-56 מיליון ש"ח, וזאת בנפרד מהתגמול שהם היו זכאים לו לפי תוכנית התגמול המאושרת בחברה.²⁴² הבטיח וקיים, ובעקבות זאת הוגשה בקשה לאישור תביעה נגזרת נגדם ונגדו להשבת הבונוס. השופטת רונן קבעה כי אף בהנחה שהמהלך העסקי נועד לטובת החברה, הבטחת הבונוסים קלעה את נושאי המשרה לניגוד עניינים.²⁴³ לשיטתה:

238 עניין **יוסף**, לעיל ה"ש 3, בפס' 56.

239 עניין **אבנון**, לעיל ה"ש 2, בפס' 19 לפסק הדין של השופטת ברון. ראו גם לעיל ליד ה"ש 129.

240 עניין **יוסף**, לעיל ה"ש 3, בפס' 58.

241 שם, בפס' 59–67.

242 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>

243 ראו עניין **דה לנגה**, לעיל ה"ש 4, בפס' 44. לפי דרישה של רשות ניירות ערך, עבר המהלך כולו, לרבות חלוקת הבונוסים, סדרה של אישורים כעסקה שלבעל השליטה יש עניין בה, לפי ס' 275 לחוק החברות, והעסקה אף זכתה בתמיכה 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. עניין **דה לנגה**, שם, בפס' 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/>.

"...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."²⁴⁴

עניין דה לנגה מורכב יותר משתי הפרשיות האחרות, ומעלה כמה היבטים של הסוגיה דנן. תחילה נעיר כי ראיית הבונוסים כשוחד אזרחי מבוססת היטב, וחרף הוותק של הלכת מאיר, וכן בעטיו, זוהי פסיקה חלוצית וחשובה.²⁴⁵ בית המשפט עומד אל נכון על החשש מניגוד עניינים ששוחד עלול לעורר ואשר הפסיקה הענפה במשפט המשווה שבה ומציינת אותו. הדבר משתקף היטב בקביעה כי הבטחת הבונוס משנה את "מעריך התמריצים" של נושאי המשרה.²⁴⁶ תרחיש שבו צד זה, כגון קרן גידור, משלם מכיסו לנושאי משרה "רק כדי לעודד אותם לעשות את עבודתם", כביכול, מכונה "רסן זהב" (golden leash, ובתרגום מילולי – "רצועה מוזהבת", של כלב במשמע). העובדה שזוהי פרקטיקה שכיחה בארצות הברית אינה גורעת מן הפסול שבה כנגועה בחשש לניגוד עניינים ובחשש לשוחד אזרחי.²⁴⁷

בד בבד, בנסיבות של 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 עליו איסור הרווח, אשר אינו מחייב קביעות כלשהן בדבר ניגוד עניינים בפועל או בכוח, כשם שהוא אינו מחייב קביעות כלשהן לנוק שנגרם לחברה או למקורו של הרווח. החבות צומחת מעצם עשיית הרווח.²⁴⁸ זווית זו תופסת

244 עניין דה לנגה, לעיל ה"ש 4, בפס' 115.

245 עצם המושג של שוחד אזרחי הוכר עוד קודם לעניין דה לנגה בהקשר של סעד של ביטול בעניין לוקמן, לעיל ה"ש 46, בעמ' 541–542. ראו גם ת"א 4663-11-11 קיבוץ תל-יוסף נ' בן אהרון 27 (נבו 29.12.2016) (סגן הנשיא הווארי).

246 ראו שם, בפס' 46–48.

247 בדלוור ראה סגן הצ'נסלור לסטר (Laster) בהסדר דומה בסיס לטענה של הפרת חובת אמון מחמת אמונאות כפולה (dual fiduciary), המעוררת ניגוד עניינים מסוג ניגוד חובה-חובה (duty-duty conflict). ראו גם *In re PLX Tech. Inc. Stockholders Litig.*, 2018 Del. Ch. LEXIS 336, at *92 (Del. Ch. Oct. 16, 2018). ראו גם John C. Coffee, Jr., *Shareholder Activism and Ethics: Are Shareholder Bonuses Incentives or Bribes?*, THE CLS BLUE SKY BLOG (Apr. 29, 2013), <https://clsbluesky.law.columbia.edu/2013/04/29/shareholder-activism-and-ethics-are-shareholder-bonuses-incentives-or-bribes/>; Stephen M. 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>.

248 *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver* [1967] 2 AC 134, 144–45 ("The rule of equity which insists on those, who by use of a fiduciary position make a profit, being liable to account

באחת את המשוחד וגם את המשחד, כמי שגרם להפרה או סייע בה.²⁴⁹ נוסף על כך, לאור הנמקתה של השופטת רונן היה אפשר לקבוע בנסיבות המקרה הפרה של חובת אמון גם בדרך של חשש ממשי לפעולה משיקולים זרים ושל גרימת הפרה כזאת על ידי בעל השליטה. זאת, בין היתר, לפי סעיף 106 לחוק החברות (אשר לא נטען, משום מה). במישור הסעדים עשה בא כוח המבקשת את מלאכתו נאמנה, וטען הן להשבה בעשיית עושר הן לחשבון באמונות.²⁵⁰ אולם בית המשפט דן בנושא רק במסגרת של עשיית עושר, מבלי לפרט מדוע הוא אינו שועה לתביעת החשבון. זאת, תוך שהוא מסתמך כדבעי דווקא על הלכות מנחות מדיני אמונות בסוגיית השוחד: ביחס לנושאי המשרה – על פרשות Reid ו-FHR; וביחס לבעל השליטה – על פסק הדין האוסטרלי בעניין Grimaldi, שהוא אחד המקורות החשובים בהלכות גורם ומסייע להפרה של חובת אמון.²⁵¹ ניתן לשער, באופן ספקולטיבי, כי בית המשפט הניח ששתי העילות "מובילות לסעד זהה", כפי שהניחו אחריו בתי המשפט בעניין אבנון ובעניין יוסף.²⁵² 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.²⁵³ ושוב: הקושי הוא שאת הבונוס-השוחד קיבלו נושאי המשרה מבעל

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 143.

249 היבט זה אכן נזכר בקשר לסעד, אך לא בקשר להפרה. ראו עניין דה לנגה, לעיל ה"ש 4, בפס' 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 בתי-חרושת א"י למלט פורטלנד בע"מ, פ"ד יא 1569, 1575 (1957) (השופט לנדוי). הלכת טוקטלי לא אוזכרה בפסק דין דה לנגה. על הנטייה המטרדית, במיוחד בערכאות הדיוניות, להתעלם ממנה חרף מקומה המרכזי בדין הישראלי ראו ליכט "חייב אדם לברך", לעיל ה"ש 234.

250 עניין דה לנגה, לעיל ה"ש 4, בפס' 102.

251 שם, בפס' 115 ו-130. ראו, בהתאמה, עניין Reid, לעיל ה"ש 1; עניין FHR, לעיל ה"ש 36; עניין Grimaldi, לעיל ה"ש 53.

252 וכן על זה הדרך ניתן לשער גם שתורמה לכך העובדה שבית המשפט הסתמך, בין היתר, על ספרם של פרידמן ושפירא בר-אור, לעיל ה"ש 7 – אשר דן בפרשות Reid ו-FHR בפרק על הפרת חובת אמון – ולכן סבר אולי שאפשר להסתפק בדיני עשיית עושר. למעשה, כמו בעניין Reid, גם הנשיא לורד נויברגר (Neuberger) בעניין FHR, לעיל ה"ש 36, בפס' 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". אכן, למקרא ההחלטה נדמה לכאורה שבית המשפט משתדל להימנע מן המסגרת של חשבון בדיני אמונות תוך שהוא מסתמך עליה. ראו ליכט "הנשר והכריש", לעיל ה"ש 103.

253 עניין דה לנגה, לעיל ה"ש 4, בפס' 113 ואילך.

השליטה, ולא מן החברה, וסכום זה לא היה אמור להגיע אליה אי פעם. יתר על כן, בעניין דה לנגה ניצבה השאלה הזו בחריפות יתרה, שכן קשה להלום כיצד תיתכן השבה ממי שהכסף יצא מכיסו אל מי שהכסף מעולם לא היה אמור להגיע אליו.²⁵⁴ בעל השליטה טען אפוא, לא בלי טעם,²⁵⁵ כי אם נגזר על נושאי המשרה להשיב את הבונוס כהתעשרות שאינה על פי זכות שבדין, אזי יש לראות אותו כמזכה, והכסף צריך לשוב אליו.²⁵⁶ לא 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;²⁵⁷ שנית, הלכת **מאיר**, על החזקות שהיא ייבאה מן המשפט האנגלי, אם כי נראה, עם כל הכבוד, שבית המשפט לא דייק ביישומה בהעדר נזק בנסיבות;²⁵⁸ ושלישית, פסק דין **אגריפרם** ורעיון "ההשבה ההרתעתית" שיושם שם בעקבות פרידמן.²⁵⁹ באשר לחבותו של בעל השליטה, בית המשפט לא הסתיר את הקושי הכרוך בדבר, תוך שהוא מצטט באריכות את ההתלבטות בספרם של

254 BURROWS, לעיל ה"ש 46, בעמ' 684, ה"ש 29, אכן מציין כי "[r]ecovery of the bribe from the briber probably cannot be justified on restitutionary principle"

255 למשל, בעל השליטה היה יכול לטעון להשבה בעשיית עושר מחמת תשלום בטעות, מכיוון שחשב בטעות שהבונוס מותר. טענה כזו אינה רלוונטית לשאלת האשם בגרימת הפרה של חובת אמון או בסיוע בה בדיני אמונאות.

256 באורח פרדוקסלי מעט, כללי הרישום החשבונאי הביאו לידי כך שהחברה רשמה קרן הון בגין תשלום הבונוס לעובדיה מכיסו של בעל השליטה. ראו עניין **דה לנגה**, לעיל ה"ש 4, בפס' 12, 101 ו-104. לכאורה יוצא אפוא שהחברה היא שהתעשרה על חשבון בעל השליטה, אשר פעל כתורם הון עד שנושאי המשרה נפסלו מלאכול בתרומה, כך שעליה כביכול חובת ההשבה כלפיו. אולם, כפי שקבעה השופטת רונן, שם, הרישום החשבונאי אינו מעיד על מהותו (הפסולה) של התשלום.

257 כן אוזכרו כתניא דמסייעא (שם, בפס' 119–120) הוראות חרותות לפי חוק הנאמנות וחוק השליחות בדבר חבותם של נאמנים ושלוחים – שניהם אמונאים מובהקים שהחזיקה על אודותיהם משקפת בצורה חלקית את חבותם ככאלה.

258 השופטת רונן סברה (שם, בפס' 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 המעניקים ששילם בעל-השליטה לנושאי המשרה". בהמשך, ביחס לחבותו של בעל השליטה, נאמר (שם, בפס' 135): "כן יש לקחת בחשבון את העובדה שההלכה הפסוקה (פס"ד **מאיר**) הניחה קיומו של נזק לחברה בשיעור דמי ה'שוחד' ששולם לנושאי המשרה בה – קרי במקרה דנן ניתן להניח כי כתוצאה מתשלום המעניקים על-ידי בעל-השליטה, ניזוקה החברה בסכום של לפחות 56 מיליון ₪." דא עקא, קרוב לוודאי שהחזקה בדבר נזק אינה חלוטה, ובנסיבות של עניין **דה לנגה** אף הניח בית המשפט (שם, בפס' 67) שהפעולה הנגועה בשוחד הייתה לטובת החברה (כפי שאכן הייתה), כך שהחזקה נסתרה. נזכיר כי בעניין **מאיר** נכרכה החזקה בשתי העילות – זו הנזיקית וזו של כסף ששולם והתקבל/מעין-חוזים/עשיית עושר. ראו לעיל ליד ה"ש 180 וכן ליד ה"ש 177.

259 עניין **דה לנגה**, לעיל ה"ש 4, בפס' 117. ראו עניין **אגריפרם**, לעיל ה"ש 232.

פרידמן ושפירא בר-אור בשאלה כיצד להטיל עליו חבות בעשיית עושר.²⁶⁰ כזכור, זו קושיה שגם לורד דיפלוק בעניין *Mahesan* תהה לגביה ולבסוף נואש מלתרץ אותה.²⁶¹ בסופו של דבר קם הפורקן מהלכת *Grimaldi*, אם כי בלא דיון מלא ומבלי לעמוד על כך שהאחריות שם היא באמונאות ומבוססת על אשם של מסייע בהפרת חובת אמון. על בסיס זה אפשר להשעין גם את הקביעה כי החבות תהיה יחד ולחוד, שכן בנסיבות המקרה יש מקום לטענה כי המשחד והמשוחד פעלו בתיאום.²⁶² אולם, משסבר בית המשפט כי אחריותו של בעל השליטה היא בעשיית 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.²⁶³

לנוכח קביעה זו ואישור זה הגיעו הצדדים לפשרה שעל פיה ישלמו נושאי המשרה כ-80% מהבונוסים 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. לזיתור זה יש משמעות לא מבוטלת".²⁶⁴ 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".²⁶⁵ מטבע הדברים, אין דינו של אישור פשרה כדינה של הכרעת דין, אולם באשרו את הפשרה בית המשפט מביע את דעתו שהיא סבירה והוגנת מבחינת החברה בהתייחס לטענות המשפטיות שעומדות לכאורה לנתבעים, דהיינו, שיש בהן ממש.²⁶⁶ כלומר, ביחס לנושאי המשרה בית

260 עניין דה לנגה, לעיל ה"ש 4, בפס' 126, תוך אזכור של פרידמן ושפירא בר-אור, לעיל ה"ש 7, בעמ' 679.

261 ראו לעיל ה"ש 200 והטקסט שלידה. להסבר המסבר את הדעת ראו לעיל ה"ש 201 והטקסט שלידה. כזכור, קו הפסיקה של הלכות *Salford, Hovenden* וכן *Mahesan*, שהלכת מאיר נשענת עליו, קובע אחריות יחד ולחוד למשחד ולמשוחד. ראו לעיל ליד ה"ש 186. הענף הלא-נזיקי של הלכת *Mahesan* – דהיינו, טענת כסף ששולם והתקבל/מעין-חוזים/עשיית עושר – התיישן. ראו להלן ליד ה"ש 275 ואילך.

262 ראו עניין *Grimaldi*, לעיל ה"ש 53, בפס' 558. ראו גם לעיל ליד ה"ש 103. נקודה זו לא נטענה, כנראה, ולא נדונה. 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. מכיוון שדובר שם בהתדיינות עסקית מובהקת, אין לצפות שבית המשפט יריב את ריבו של מי מהצדדים, וכך נותר הדיון חסר.

263 ראו עניין דה לנגה, לעיל ה"ש 4, בפס' 131 ו-136.

264 ראו תנ"ג (כלכלית ת"א) 15-07-18994-07 החברה לישראל בע"מ באמצעות התובעת הנגזרת דה לנגה נ' עופר, פס' 15 (נבו 18.3.2018) (להלן: עניין דה לנגה (פשרה)).

265 שם.

266 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

המשפט קובע למעשה כי לחברה יש כלפיהם עילה בעשיית עושר ולכן, במשתמע, יש להם אפשרות לטעון לפטור לפי סעיף 2, בין היתר מכיוון שהחברה לא נמצאה חסרה – פטור או הפחתה שאת התוחלת שלהם (כולל הוצאות ההתדיינות) כימתו הצדדים בכ- 20% משיעור הבונוס השוחדי; וביחס לבעל השליטה נקבע למעשה כי עצם העילה בעשיית עושר כלפיו אינה ודאית, ובאופן מפורש נקבע כי ככל שיש עילה כזו כלפיו, עומדות לו טענות לפטור לפי סעיף 2 – טענות שתמורת אי-בירורן אישר בית המשפט קביעה של מעשה בית דין.²⁶⁷

2. מבנה הדין, מקורות ותחולה

כפי שמלמדים פסקי הדין בפרשות **אבנון**, **יוסף ודה לנגה**, שוחד אזרחי הוא תרחיש מאתגר להחלה של אחריות בעשיית עושר, בשל הקושי לבסס את יסוד הזיקה בין התובע לנתבע כמזכה וזוכה, לאמור, את היסוד של "על חשבון" או את "הקשר הסיבתי", כפי שהוא כונה אצלנו.²⁶⁸ שלושת בתי המשפט שנדרשו לתרחיש זה התמודדו עם האתגר בדרכים שונות: דרך אחת, להפנות את המבט מדיני עשיית עושר אל דיני אמונאות, מתוך הנחה מפורשת או משתמעת שכלליהם זהים בהקשר זה; דרך שנייה, להפנות את המבט מדיני עשיית עושר אל דיני הנזיקין; דרך שלישית, לצאת מתחום התחולה המובהק של דיני עשיית עושר אל אזור הספר המשפטי של "השבה הרתעתית", שאינו אלא לשון נקייה לחילוט אזרחי; ורק הדרך הרביעית מישירה מבט אל דיני עשיית עושר עצמם ומבקשת להיבנות מתוכם ומיסודותיהם הסגוליים כדי להטיל אחריות, ואותה נקט רק בית המשפט בעניין **אבנון**, בדעת הרוב כנגד דעת יחיד חולקת בנקודה זו.

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

הנקודה האחרונה טעונה חידוד והבהרה. בתרחיש טיפוסי של הפרת חובת אמן האמונאי עשוי להתעשר ממש לא כדין על חשבון הנהנה או ממנו, תוך התרוששות של האחרון או אף מבלי לרוששו. כך הדבר, למשל, כאשר נאמן, אפוטרופוס, מנהל עיזבון ודומיהם רוכשים לעצמם בתנאים מיטיבים או בתנאי שוק נכס מנכסי האמונאות הנתונים

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).

267 ראו עניין **דה לנגה** (פשרה), לעיל ה"ש 264, בפס' 15.

268 ראו ע"א 2167/16 **Sanofi נ' אוניפארם בע"מ**, פס' 149 ואילך לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר (אר"ש 12.7.2021). לדעת מלצר, השימוש שנעשה בעניין **Sanofi** במסגרת של סיבתיות ביחס ליסוד של "על חשבון" אינו נקי מקשיים, ומוטב לראותה כדימוי או כמקור להיקש בלבד. ראו גם להלן ה"ש 327.

לניהולם בלא אישור כדין. בתרחיש כזה תהיה תחולה חופפת של שני הדינים, לפחות מבחינה עיונית: דיני האמונות יטפלו בו בדרכם, ועליה עמדנו בפרק ב, ואילו דיני עשיית עושר עשויים להקנות לנהנה עילה להשבת רווח, ככל שההפרה הצמיחה רווח לאמונאי המפר, או להשבה קניינית, ככל שנתעקש לראות בכך סעד בעשיית עושר דווקא, ולא בקניין.²⁶⁹ אולם אין כל ודאות שכל הפרה של חובת אמון תזכה בטיפול במסלול כפול כזה (וזאת בנפרד מהשאלה אם הטיפול והתוצאה בשני המסלולים הם זהים, והם אינם זהים). למעשה, ההפך הוא הנכון. הראשון שזיהה זאת 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.”²⁷⁰

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

נפנה אפוא לדיון בתחום התחולה של דיני עשיית עושר. כאן דרכיהם של המשפט הישראלי ושל המשפט האנגלי נפרדות, כך ששימושו המועיל בדרך כלל של האחרון כמשפט משווה טעון זהירות יתרה 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

269 ראו, למשל, ע"א 947/19 בורין נ' ת.מ.ג. נכסים בע"מ, פס' 40 (אר"ש 4.1.2022), שבו כרך השופט עמית בכריכה אחת את שלושת סוגי העילות – באמונות, בנויקין ובעשיית עושר – ביחס למתווך מקרקעין, אחד שמריה, שחטא באי-גילוי מלא, אך בהעדר טיעון בנושא, לא נדרש השופט להבדלים ביניהם: “הסכומים ששולמו לשמריה בכפר יונה והסכומים ששולמו לו והיו אמורים להיות משולמים לו על ידי ס.א.ל גבוהים עשרת מונים מדמי תיווך או מדמי ייזום מקובלים. ומכל מקום, משהוסתרו מעיני גוטמן והחברה, יש לראות את שמריה כמי שהפר חובות אמון ונאמנות, כמי שפעל בתרמית ובמצג שווא, כמי שפעל בניגוד לחובות המוטלות עליו על פי חוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996, וכמי שעשה עושר על חשבון גוטמן והחברה.”

270 פרידמן עשיית עושר (1998), לעיל ה"ש 145, בעמ' 33-34. נוסח זהה של הדברים מופיע אצל פרידמן ושפירא בר-אור, לעיל ה"ש 7, בעמ' 52. כמבואר בפרק ב לעיל, גם שלילת הרווח הנרחבת יותר בדיני עשיית עושר אינה ממצה את הסעדים כלפי האמונאי המפר לפי דיני אמונות.

מבחינה בין עילה מכוח העיקרון 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"), שעליה אין דיני עשיית עושר חלים. במסגרת זו נכללים, בין היתר, השבה בדיני חוזים ובדיני אמונאות. עמדה זו מופיעה כיום בריסטייטמנט האנגלי על עשיית עושר,²⁷¹ ונתמכת באמרות רבות בפסקי דין של בית המשפט העליון דשם.²⁷² בד בבד יש לציין כי במסגרת תהליך ההכרה בדיני עשיית עושר כתחום מובחן במשפט האנגלי החדיש, ובמיוחד בשנים האחרונות, הולכת ומתחזקת בפסיקה ההכרה בחשיבותו של העיקרון הכללי המזוהה עם פסק דינו של לורד מנספילד (Mansfield) בעניין *Moses v. Macferlan*.²⁷³ כפועל יוצא מכך, הרתיעה והספקנות כלפי התחום הזה, שאפיינו את המשפט האנגלי במשך דורות, מתפוגגות בהדרגה.²⁷⁴

271 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 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..." (אשר מונה מאז 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 46, בעמ' 12; GOFF & JONES, לעיל ה"ש 164, בעמ' 4-5; GRAHAM VIRGO, THE PRINCIPLES OF THE LAW OF RESTITUTION 417-418 (3d ed., 2015).

272 *Sempra Metals Ltd. v. HM's Commissioners of Inland Revenue* [2007] UKHL 34, ראו [116] (Lord Nicholls), [230]-[231] (Lord Mance); *Benedetti v. Sawiris* [2013] UKSC 50, [24] (Lord Clarke); *Lowick Rose LLP v. Swynson Ltd.* [2017] UKSC 32, [22] (Lord Sumption); *Commissioners for HM's Revenue & Customs v. Inv. Trust Co.* [2017] UKSC Morris-Garner v. One Step (Support) ; (להלן: עניין *Investment Trust*), [42], [29] (Lord Reed) (להלן: עניין *One Step*). [2018] UKSC 20, [81]-[82] (Lord Reed).

273 *Moses v. Macferlan* (1760) 97 ER 676 (KB) (Eng.) ראו עניין *Investment Trust*, לעיל ה"ש 272, בפס' 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"

274 פסיקה זו ופסיקות דומות נוספות ניתנו לאחר שהמהדורה השלישית של פרידמן ושפירא בר-אור, לעיל ה"ש 7, ראתה אור. לפיכך יש להתייחס בזהירות רבה 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 המשקפת

לתמורות במשפט האנגלי עשויה להיות השלכה על הדין הישראלי בסוגיית השוחד לנוכח התפקיד המרכזי שמילאו ההלכות האנגליות הוותיקות בסוגיה בעניין מאיר.²⁷⁵ הלכות אלו, אשר תוכלו בעניין *Mahesan*,²⁷⁶ נתפסו התם והכא כמקור לשתי עילות – אחת בניזיקין, שבה עסקנו בפרק ג, ואחת בטענת כסף ששולם והתקבל, אשר בית המשפט בעניין מאיר כינה "מעין-חוזים", ואשר כיום נכנה "עשיית עושר ולא במשפט". אולם העובדה שהתעשרות עוולתית אינה נכללת כיום בתחום התחולה של דיני עשיית עושר האנגליים הביאה לידי כך 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, כמוכח).²⁷⁷ בתי משפט שנדרשו לנקודה זו לאחרונה אכן פסקו כך בכירור.²⁷⁸

מבט ממעוף הציפור מעלה כי המשפט הישראלי נוקט עמדה שונה, המעוגנת בפסק הדין בעניין אדרס.²⁷⁹ 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

בפסיקה האמריקאית שאימצה את גישתו". ובאותה נשימה, כשם שהדין האנגלי שוב אינו דוחה בשתי ידיים את גישתו של לורד מנספילד בעניין *Moses*, לעיל ה"ש 273, כך בית המשפט העליון שם אינו ממהר להשליך אל מאחורי גוו מורשת פסיקתית עשירה שעודנה רלוונטית. ראו עניין *Investment Trust*, לעיל ה"ש 272, בפס' 39–40.

275 ראו לעיל ליד ה"ש 175 ואילך.

276 מבחינה פורמלית, הלכת *Mahesan*, לעיל ה"ש 183, נפסקה על ידי מועצת המלכה ביחס לדין של מלזיה, אולם אין חולק כי הניתוח המשפטי בה תפס גם ביחס לדין האנגלי, וכי בהיבט הנזיקי היא עודנה מתארת אותו כרבעי.

277 תיאורים עדכניים של הדוקטרינה בספרות, ובעקבות זאת גם בפסיקה חדישה, נוקטים את המונח "השבה" (*restitution*), המציין רק את הסעד, במקום "כסף ששולם והתקבל", שציינ תבנית תביעה או מעין עילה. ראו, למשל, *Airbus Operations Ltd. v. Withey* [2014] EWHC 1126 (QB), בעקבות *Bowstead and Reynolds on Agency*, art. 49 (19th ed. 2012).

278 ראו המובאה מתוך עניין *Gray*, לעיל ה"ש 167; עניין *FM Capital CA*, לעיל ה"ש 194, בפס' 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".

279 עניין אדרס, לעיל ה"ש 82. הדין הישראלי גם מאמץ ביתר חום את העיקרון הכללי בדבר השבה בעשיית עושר. לפסיקה חלוצית ראו, בין היתר, עניין בראון, לעיל ה"ש 169 (השופט ש"ז חשין); ע"א 412/54 ראש העיר, חברי המועצה ובני העיר תל אביב-יפו נ' חברת "ארמון אהרונוביץ 3" בע"מ, פ"ד י 1835 (1956) (ממלא מקום הנשיא ש"ז חשין); ע"א 278/56 סופרגו, חברה להפצת גז בע"מ נ' מזרחי, פ"ד יב 394 (1958) (ממלא מקום הנשיא ש"ז חשין). לאסמכתאות נוספות ולדין ראו פרידמן ושפירא בר-אור, לעיל ה"ש 7, בעמ' 39–41. לא למותר לציין כי השופט ש"ז חשין ראוי להיחשב גם האב המייסד של דיני האמונאות הישראליים, וכי אין לייחס לו אי-הבחנה בין שני הדינים.

בחווה שהופר".²⁸⁰ היו שמתחו ביקורת על גישה זו, ובראשם יצחק אנגלרד, אשר הצר על מוטת "כנפי הנשר הדורסני",²⁸¹ אולם מבחינה פוזיטיבית אין ספק שגישת "הנשר הגדול" היא הגישה השלטת כיום. על פיה, כשם שדיני עשיית עושר חלים על יחסים חוזיים, כך הם עשויים לחול גם על יחסי אמונאות. גם לגישה המכילה-המכלילה של הלכת אדרס יש תימוכין במשפט המשווה, ובפרט בדין האמריקני, אשר רוחב יריעתו גובל, במודע, בחוסר משמעות בהעדר ניתוח נוסף.²⁸² באשר לחוק עשיית עושר בכללותו, אין לו מקור גניאלוגי מובהק, אלא מתרוצצות בו גישות ממקורות שונים: אמריקניים, אנגליים וקונטיננטליים.²⁸³

אולם מבט קרוב יותר אל קרקע המציאות המשפטית מעלה כי 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 (1978) בע"מ נ' הורביץ** הבחין השופט ברק בין "מסגרת ההשבה" לבין "שיעור ההשבה", כשלכל אחד מהם עקרונות משלו.²⁸⁴ 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

280 עניין אדרס, לעיל ה"ש 82, בעמ' 266. לעמדות נוספות במחלוקת "הנשר הגדול" ולדיון ראו ליכט **דיני אמונאות**, לעיל ה"ש 28, בעמ' 255–263.

281 יצחק אנגלרד "כנפי הנשר הדורסני: דיני עשיית עושר ולא במשפט" **ספר זיכרון לגר טדסקי: מסות במשפט אזרחי** 37 (יצחק אנגלרד, אהרן ברק, מרדכי א' ראבילוב וגבריאלה שלו עורכים 1995).

282 ראו THE RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 1 cmt. a (2011): "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" "Such is the inherent flexibility of the concept of unjust (שם): שההערה מוסיפה ומבהירה (שם) 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"

283 ראו פרידמן ושפירא בר-אור, לעיל ה"ש 7, בעמ' 43–45.

284 ע"א 741/79 **כלנית השרון השקעות ובנין (1978) בע"מ נ' הורביץ**, פ"ד לה (3) 533, 541 (1981) (להלן: עניין כלנית השרון) ("מטרת ההשבה וטבעה הם למנוע התעשרות שלא כדין. אך מהו שיעורה של 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, והנגזרים מהעיקרון היסודי בדבר מניעת התעשרות שלא כדין").

"מסלולים" – אחד שמבוסס על סעיף 1 לחוק עשיית עושר, ואחר שמקורו בדיני חוזים – ואף התייחסה לשני המסלולים כאל שתי עילות.²⁸⁵

דימוי המסלולים של השופטת נאור מבטא רעיון מוכר בדיני עשיית עושר הישראליים, שעל פיו מבחינים בין "דין פנימי", שהוא הדין מכוח העיקרון הכללי וסעיף 1 לחוק עשיית עושר, לבין "דין חיצוני", כגון דיני חוזים, לעניין ההקניה של סעד השבה והתנאים להקנייתו, תוך ששניהם, על פי הגישה השלטת, מכונסים תחת כנפיו של הנשר הגדול²⁸⁶ – "כנשר יעיר קנו, על גוזליו ירחף; יפרש כנפיו יקחהו, ישאהו על אברתו".²⁸⁷

גישה שונה מעט מבחינה צורנית אך דומה מבחינה רעיונית הוצגה על ידי גרוסקופף בכתיבתו האקדמית,²⁸⁸ ואומצה על ידי בית המשפט העליון בעניין Sanofi.²⁸⁹ 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.²⁹⁰

285 דנ"א 10901/08 בייזמן השקעות בע"מ נ' משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ, פ"ד סה(1) 350, פס' 13 לפסק הדין של השופטת נאור (2011): "...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 של דיני עשיית העושר, כידוע, רק לאחר שהוכחה העילה של התעשרות שלא כדין מגיע זמנה של ההגנה בסעיף 2 לחוק עשיית עושר... ואילו באשר למסלול של 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 בגדר שיקולי ההשבה החוזיים." (ההדגשות במקור). נוסף על דבריו של השופט ברק בעניין כלנית השרון, לעיל ה"ש 284, הסתמכה השופטת נאור בעניין בייזמן השקעות, שם, על דבריו של 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) 545, 578 (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. שלא כמות אלה הם הצדק והיושר שבסעיף 2: אלה הם צדק ויושר חיצוניים לעילה. קיומם הוא לבר-העילה. רק משכונה עילה בעשיית עושר, רק-או עולים על הבימה הצדק והיושר שבסעיף 2." (ההדגשות במקור). דברים אלו ראויים לעיון החורג מן המסגרת הנוכחית.

286 ראו רע"א 5768/94 א.ש.ג. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289, 462–465 (1998) (להלן: עניין א.ש.ג.).

287 דברים לב 11.

288 ראו גרוסקופף "התעשרות מנטילה", לעיל ה"ש 157; עופר גרוסקופף הגנה על כללי תחרות באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט 107 (2002).

289 ראו עניין Sanofi, לעיל ה"ש 268, בפס' 74 ואילך לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר. בקשה לדיון נוסף בפסק הדין אושרה – ראו דנ"א 5679/21 SANOFI S.A נ' אוניפארם בע"מ (אר"ש 14.3.2022) – אך הדיון טרם נערך.

290 ראו גרוסקופף "התעשרות מנטילה", לעיל ה"ש 157, בעמ' 778–780. לעניין ההצדקה לשלילת רווח לדעת גרוסקופף ראו את הדיון לעיל בה"ש 157.

נקודת המפתח לענייננו היא שלדעתו של גרוסקופף, הנראית משכנעת, אין לראות בעיקרון 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"²⁹¹. כך, לדעתו, יש להבין את עמדתו של פרידמן במאמרו הקלסי, שאותה הוא תופס כעמדת ביניים.²⁹² בדימוי מפורסם אחר ביחס לדיני עשיית עושר – של גלגל בעגלת המשפט האזרחי²⁹³ – גרוסקופף עומד על ההכרח בתיאום מערכת: "...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."²⁹⁴ אכן, ביחס לחיוב בהשבה גורס פרידמן בספרו 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"²⁹⁵. בדומה לכך, ביחס להגנות או לשיקולים לפטור מהשבה הוא טוען כי "מגמה של אחידות מחייבת... להחיל את ההגנה שבס' 2 לחוק עשיית עושר על כל

291 גרוסקופף "התעשרות מנטילה", לעיל ה"ש 157, בעמ' 770.

292 שם, בעמ' 767–768, בעקבות Daniel Friedmann, *Restitution of Benefits Obtained Through the Appropriation of Property or the Commission of a Wrong*, 80 COLUM. L. REV. 504 (1980).

293 ראו Richard A. Epstein, *The Ubiquity of the Benefit Principle*, 67 S. CAL. L. REV. 1369, 1371 (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 אמונאות. כאשר מביאים אותו במניין, דיני השבה/עשיית עושר נדמים כגלגל חמישי...

294 גרוסקופף "התעשרות מנטילה", לעיל ה"ש 157, בעמ' 768. ראו גם את דבריו של השופט מ' חשין בע"א 3666/90 **מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה**, פ"ד מו(4) 45, 70 (1992) ("...בשטח החפיפה של השניים [דיני חוזים ודיני עשיית עושר – ע' ל'] 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..."); ואת דבריה של השופטת שטרסברג-כהן בעניין **א.ש.י.ר.**, לעיל ה"ש 286, בעמ' 412 ("מקובל עליי שקיימים תחומי חפיפה בין שתי מערכות הדינים וכי לעתים החפיפה היא מלאה, לעתים היא חלקית ולעתים אינה קיימת כלל. השאלה היא כיצד נתמרון ביניהן ונמצא את הדין ההולם ליישום במקרה נתון").

295 פרידמן **עשיית עושר** (1998), לעיל ה"ש 145, בעמ' 41, ה"ש 91. נוסח זהה מופיע אצל פרידמן ושפירא בר-אור, לעיל ה"ש 7, בעמ' 58, ה"ש 94. המובאה הפנימית לקוחה מדברי הנשיא ברק בעניין **אדרס**, לעיל ה"ש 82, בעמ' 263, אשר בתורו אימץ את עמדתו של פרידמן בסוגיה במהדורה קודמת של חיבורו.

החייבים שיסודם הרעיוני הוא מניעת התעשרות בלתי מוצדקת... זאת, אם אין כוונה ברורה אחרת משתמעת מאותו דבר חקיקה".²⁹⁶

במבט מפוכח, הפער בין הדין הישראלי לדין האנגלי בשאלת התחולה של כללים מדיני עשיית עושר מתברר אפוא כקטן מכפי שהוא נראה בראשונה. התפיסה האנגלית החדשה, המקבלת את העיקרון הכללי במלואו אך מוציאה את תחולתו ביחס להתעשרות עולתית (התעשרות שלגביה יש כללים מיוחדים להשבה בתחומי הדין השונים), אינה כה רחוקה מהתפיסה הישראלית. תהא הכותרת של המסגרת לחובת ההשבה בעשיית עושר לפי הגישות השונות אשר תהא – מסלול, עילה, פרדיגמה וכולי – לאמיתו של דבר לפנינו דיני עשיית עושר א, דיני עשיית עושר ב, ואולי גם גרסאות נוספות ברוח זו. בגרסה א חלים העיקרון הכללי לפי סעיף 1 וסייגיו לפי סעיף 2 לחוק במתכונתם הגנרית. בגרסה ב – שיש לפצלה לגרסות משנה ב1, ב2 וכולי לפי תחומי הדין השונים שהן חלות עליהם (חוזים, נזיקין וכולי) – יחולו העיקרון הכללי וסייגיו תוך התאמות נדרשות לתכלית המיוחדת של כל תחום דינים,²⁹⁷ וככל שאין באותו תחום כללים ייחודיים לו לצורך הגשמת תכליתו אל מול העיקרון השולל התעשרות בלתי צודקת.²⁹⁸ 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 אשר זה פועלם.²⁹⁹ כעת, מנקודת המבט של דיני עשיית עושר הישראליים, אשר חלים באופן עקרוני 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.³⁰⁰ התשובה היא "במידה זעומה בלבד, אם בכלל". היה זה מפתיע מאוד אילו התברר שגוף דינים זה, אשר התפתח והשתכלל במשך דורות במערכת דיני היושר, אינו רווי כבר ביסודות

296 פרידמן **עשיית עושר** (1998), לעיל ה"ש 145, בעמ' 49. נוסח זה מופיע אצל פרידמן ושפירא בר-אור, לעיל ה"ש 7, בעמ' 66.

297 בתוך כל תחום – למשל, בתחום החוזי – עשוי להיות הבדל בין מניעת התעשרות בלתי צודקת של המפר למניעת התעשרות בלתי צודקת של הנפגע.

298 ס' 6 (א) לחוק עשיית עושר קובע כי "הוראות חוק זה יחולו כשאין בחוק אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון ואין הסכם אחר בין הצדדים". להוראה זו יש נפקות מוגבלת בהקשר הנוכחי, שכן אין הוראות חוק חרותות בעניין הנדון, כך שהדין מעוצב לפי עקרונות יסוד דוקטרינריים.

299 ראו לעיל ליד ה"ש 160 ואילך, ובפרט ה"ש 167.

300 ראו, למשל, עניין **אדרס**, לעיל ה"ש 82; ע"א 588/87 **כהן נ' שמש**, פ"ד מה(5) 297 (1991); עניין **מלון צוקים**, לעיל ה"ש 294; עניין **בייזמן השקעות**, לעיל ה"ש 285. בד בבד נקבע לא פעם כי אין מקום לסעד בעשיית עושר בתחומי תחולתו של חוזה תקף. ראו לאחרונה ע"א 213/20 **רשות מקרקעי ישראל נ' מעונות ילדים בישראל קרית הילד ירושלים**, פס' 43-47 לפסק הדין של השופטת כנפי-שטייניץ וההפניות שם (אר"ש 23.10.2022).

דוקטרינריים המבטאים תפיסה עקרונית של צדק ויושר – *ex aequo et bono*³⁰¹ – ובכלל זה מניעת התעשרות בלתי צודקת. אכן, למי שציפו להפתעה כזו נכונה אזכרה. חרף העובדה שחובת האמון אינה מכוונת למנוע התעשרות בלתי צודקת, יסודות של מניעת התעשרות בלתי צודקת משולבים באופן מתוכלל במשטר האחריות בגין הפרתה, דהיינו, במערך כללי החשבון.³⁰² למעשה, יסודות אלו משולבים בו לא רק כדי להגן על הנהנה מפני כוחו של האמונאי, אלא גם בכיוון "הפוך", כלומר, כדי להגן על האמונאי, הכפוף לחובת חשבון מקיפה, מפני התעשרות בלתי צודקת של הנהנה על חשבון.³⁰³

נמצא כי כאשר בתי המשפט של היושר פיתחו ועודם מפתחים את כללי האחריות בדיני אמונות, הם מכירים היטב את העיקרון הכללי בעשיית עושר, ונותנים לו ביטוי פוזיטיבי בדוקטרינה ככל שהדבר נדרש כדי לעצבה 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.³⁰⁴ אם תרצו, אלה דיני עשיית עושר ב3. כפועל יוצא מכך, מכיוון שעקרונות עשיית עושר כבר מתוכללים בכללי האחריות בדיני האמונות – ואת אלה יש להכיר וליישם בקפדנות – החלתם "פעם נוספת" תסב נזק בדמות חתירה תחת הגשמת תכליתו של הדין, ומזאת יש להישמר.

כדי לסבר את הדעת, נעיין בכמה דוגמאות ליישום של חובת השבה בעשיית עושר לעומת סעד באמונות. תחילה נציין באופן שבו דיני האמונות כבר מתכללים את העיקרון הכללי נגד התעשרות בלתי צודקת (לאמור, את דיני עשיית עושר בגרסה א בתוך גרסה ב3). הנהנה הניפר ביחסי אמונות זכאי לשלילה מלאה ומוחלטת של כל

301 השו"ע"א 827/76 **ישראל נ' בנק הפועלים**, פ"ד לב(1) 153, 157 (1977) (השופט זוסמן) ("...לא רגש הצדק של השופט האינדיווידואלי 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 הבחין היטב בין הדין לבין היושר, בעקבות לורד מנספילד, והיה מודע לכך שהניסיון בעניין *Moses*, לעיל ה"ש 273, להטמיע במפורש בדין יסודות מן היושר, שמקורם במשפט הרומי, נותר נסיון נפל במשך יותר ממאתיים שנה עד שהעיקרון אומץ לבסוף.

302 ראו עניין *Harris*, לעיל ה"ש 158, בפס' 310: "The extent of the remedy of account of profits depends on the extent to which the fiduciary is unjustly enriched..." (דברי השופט היידון); *Heydon*; שם, בפס' 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 unjust enrichment and deterrence, both general and specific" (דברי השופט מייסון (Mason), בדעת מיעוט אך לא בנקודה זו). ראו גם את המובאה מעניין *Harris* בה"ש 167 לעיל, וסימוכין נוספים המובאים שם על ידי השופט היידון.

303 ראו, למשל, *Ultraframe (UK) Ltd. v. Fielding* [2005] EWHC 1638 (Ch) (UK). זהו פסק דין רחב יריעה ומעמיק במיוחד, אשר ניתן אומנם בערכאה קמא אך מצוטט רבות גם בערכאות בכירות כאסמכתה חשובה. ראו גם את פסק הדין המנחה בעניין *Warman*, לעיל ה"ש 167, בפס' 33. ליישום ראו *Mochkin v Klein* [No. 2] (2022) VCC 1835, [74]–[75] (Austl.).

304 ראו לעיל ה"ש 295 והטקסט שלידה.

רווח וטובת הנאה שצמחו לאמונאי בקשר להפרה.³⁰⁵ בד בבד, שיקולים של עשיית עושר להגנה על האמונאי המפר מביאים לידי כך שהרווח הכפוף לשלילה הוא הרווח הנקי בלבד, בניכוי הוצאות בפועל שהוצאו בהפקתו כאשר פעל לטובת הנהנה ואשר הוא יכול להוכיחן בהליך החשבון.³⁰⁶ עמדה זו אינה מובנת מאליה. שיקולים של הרתעה ונחיתות במידע תופסים מקום מרכזי בעיצובו של משטר האחריות בדיני אמונות. לכן היה אפשר לחשוב שבתי המשפט ינקטו גישה מחמירה יותר, שאינה מכירה בהוצאות, מתוך חשש שמא האמונאי "יעמיס" הוצאות מופרזות אשר יקשה עליהם לזהותן. שיקול זה בדיוק הדריך את בית המשפט העליון בהקשר סמוך, של חילוט עונשי, כאשר פסק בעניין **בלווא** כי חילוט נכסים הקשורים לעברה יהיה "ברוטו", מבלי שהמשיב יוכל להוכיח ולנכות הוצאות ומיסים.³⁰⁷ זהו דין בעל אופי עונשי, שהיושר סולד ממנו גם באופן עקרוני.³⁰⁸ שלילה מקיפה ומוחלטת "נטו", אשר מבטאת גם את העיקרון נגד התעשרות בלתי מוצדקת כפי שראוי בנסיבות, היא אפוא נקודת האיזון בדיני אמונות. ממנה אין לסטות בלא טעמים חזקים הנובעים מאופיים המיוחד של יחסי אמונות ושל הדין החל עליהם.³⁰⁹

כעת נשווה בין יחסים חוזיים ליחסי אמונות (ושוב, אם תרצו – בין דיני עשיית עושר ב1 לדיני עשיית עושר ב3). תרופת השלילה של רווחי אמונאי מפר היא מקיפה,

305 ראו ליכט **דיני אמונות**, לעיל ה"ש 28, בעמ' 346 ואילך.

306 ראו ליכט **דיני אמונות**, לעיל ה"ש 28, בעמ' 350.

307 ראו ע"פ 6339/18 **בלווא נ' מדינת ישראל** (אר"ש 15.1.2020).

308 ראו [239] Recovery Partners GP Ltd. v. Rukhadze [2022] EWHC 690 (Comm), (להלן: עניין "The remedy of an account of profits is not penal; equitable") (*Recovery Partners HC principles do not compel a fiduciary to disgorge more than he has received/earned by (reason of his breach...*), בעקבות 309, 333 Vyse v. Foster [1872] LR 8 Ch App. פסק הדין אושר בעניין *Recovery Partners CA*, לעיל ה"ש 95. ראו גם, בנימה שונה מעט, את דבריו הידועים של השופט היידון בעניין *Harris*, לעיל ה"ש 158, בפס' 470: "[E]quity does not bear the same relationship to the instinct for revenge as the institution of marriage does to the sexual appetite".

309 באשר לעניין הרווח "נטו" יש להבהיר: בעניין **אבנון**, לעיל ה"ש 2, בפס' 2 לפסק דינו, התנגד השופט קרא לעמדת הרוב כי אפשר לראות את תקבולי השוחד כמשקפים לפחות את הרווח של נותן השוחד, ואמר: "משמעות גישה זו עשויה להיות שהמדינה תוכל לתבוע מנותן השוחד "צ"ל מקבל השוחד – ע' ל' השבה רק של רווח 'נטו', קרי הרווח בחיסור הוצאות עסקת השוחד". הדבר עלול לפתוח פתח לדיון מקיף באשר לטיב רווחיו של נותן השוחד כתוצאה מעסקת השוחד, ואופן ההכרה בתקבולי השוחד כהוצאות עסקה. פתח זה, לטעמי, אל לנו לפתוח. מבלי להיכנס למחלוקת זו בין דעת הרוב לדעת היחיד, יש להדגיש כי אמידת הרווח נטו של אמונאי מפר אינה קשורה אליה. הכוונה היא לרווח נטו שהאמונאי הפיק בעת שפעל לטובת הנהנה תוך הפרה. במקביל, תביעת חשבון נגד נותן השוחד כגורם להפרת חובת האמון או כמסייע בה תכוון לשלול ממנו את הרווח נטו שלו. יש להניח שאת שלמוני השוחד יוכל הנהנה לגבות פעם אחת בלבד – מהמשלם או מהמקבל.

כאמור, והיא עניין שבזכות.³¹⁰ לא כך ביחסים חוזיים. הנפגע מהפרת חוזה יכול 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;³¹¹ וכך בדין האנגלי ביחס לאחותה המכוננת כמוה בפרשת *Blake*.³¹² בית המשפט העליון באנגליה אישר אותה לאחרונה, תוך שהוא מטעים מדוע ביחסים חוזיים נכון לשמור אותה למקרים חריגים בלבד.³¹³ גם בהקשר זה, מי שמבקש להביט על שלילה ביחסי אמונות מבעד למשקפיים של השבה בעשיית עושר נדרש להכיר את ייחודו של ההקשר האמונאי וליישם את הדין על פיו, ולא על פי העיקרון הכללי.³¹⁴

לעומת זאת, כדוגמה למהלך רעוע מבחינה פוזיטיבית ומבחינה נורמטיבית, עם כל הכבוד, נצביע על קו הפסיקה בעניין "שכר ראוי" לאמונאי מפר. בדומה לתביעת כסף ששולם והתקבל, גם תביעת שכר ראוי (*quantum meruit*) היא אחת מתבניות התביעה הנושנות במשפט המקובל שפעלו נגד התעשרות בלתי מוצדקת ואשר כיום מגולמות ישירות בדוקטרינה הכללית של עשיית עושר ולא במשפט; אצלנו – בחובת השבה לפי סעיף 1 לחוק עשיית עושר. תביעת שכר ראוי היא אפוא עניין שבזכות כלפי מי שקיבל שירות בעל ערך לא על פי זכות שבדין. לא כך באשר לאמונאי מפר שנתן שירות בעל

310 זאת, באופן עקרוני, בכפוף לשיקול הדעת של בית משפט של יושר בדבר נקיון כפיים, אך זהו תרחיש שולי. ראו עניין *Recovery Partners HC*, לעיל ה"ש 308. 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/> (להלן: ליכט "שניים סינים").

311 עניין אדרס, לעיל ה"ש 82. 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 לוי** 323, 333–337 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים 2013).

312 ראו *HM's A-G v. Blake* [2000] UKHL 45, [2001] 1 AC 268, 285 (UK) ("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")

313 ראו עניין *One Step*, לעיל ה"ש 272, בפס' 34–35; וכן שם, בפס' 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"

314 ראו את דברי לורד ריד (Reed) שם, בפס' 67, בעקבות דברי לורד ניקולס (Nicholls) בעניין *Blake* (לעיל ה"ש 312): "[R]emedies for breach of fiduciary duty... established 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"

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 החריג הנדיר של קצובה שביושר (equitable allowance), שאינה ניתנת כזכות,³¹⁵ אלא כחסד ובכפוף לתנאים, אשר המרכזי מביניהם הוא תום לב או יושר (honesty) של המפר.³¹⁶ אכן, האמונאי המפר ימצא כך כמי שנתן בלא תמורה שירות בעל ערך שהעשיר את הנהנה, אלא שזוהי קביעה מכוונת של הדין המיוחד לאמונאים, ולא העברת ערך פגומה. על כן אין לראות את הנהנה כמי שקיבל את השירות לא על פי זכות שבדין. בכך העיקרון הכללי בדיני עשיית עושר מותאם להסדר המיוחד שבדיני אמונות (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 כי השכר יהיה "בתחום הנמוך", כביכול כדי לבטא שאין דעת חכמים נוחה הימנו.³¹⁷ מעבר לטעות המשפטית הפוזיטיבית המצערת שבפסיקה זו – אשר ניתן להסבירה לנוכח הדומיננטיות של שיח עשיית העושר בפסיקה לעומת שיח האמונות הדל יחסית,³¹⁸ במיוחד בתחום הסעדים – היא רעועה גם משיקולי מדיניות. לדיני האמונות ולדיני עשיית עושר יש תכליות שונות במשפט

315 ראו עניין *Recovery Partners CA*, לעיל ה"ש 95, בפס' 116: "[A]n equitable allowance will not be the usual order or one which the defaulting fiduciary can expect as of right".

316 נזכיר כי בגדר החריג הזה אמונאי מפר שפעל בתום לב והביא תועלת רבה לנהנה עשוי לזכות בקצובה ברוחב יד ("liberally"), אולם עדיין בגדר חסד לא שכח שבשיקול דעת של היושר, ולא כזכות שבדין לפי אמות מידה אובייקטיביות. לפירוט ראו לעיל ליד ה"ש 95 ואילך.

317 ראו תנ"ג (כלכלית ת"א) 32007-08-11 **אפרת נ' בן שאול**, פס' 36 (נבו 12.12.2012) (השופטת רונן); תנ"ג (כלכלית ת"א) 52117-02-12 **רסולי נ' ישרם חברה להשקעות בע"מ**, פס' 22 (נבו 5.12.2013) (השופטת רונן); תנ"ג (כלכלית ת"א) 32007-08-11 **אילקס מדיקל בע"מ נ' בן שאול**, פס' 19 (נבו 13.7.2014) (השופטת רונן); ת"א (מחוזי מ"ר) 6368-06-08 **מעוז נסיעות בע"מ נ' יו.בי. אמ. טרוול בע"מ**, פס' 57 (נבו 6.10.2014) (השופט שינמן); תנ"ג (כלכלית ת"א) 8095-09-15 **ק.ר.ג.א. בע"מ נ' סלע קפיטל אינווסטמנט בע"מ**, פס' 34 (נבו 5.7.2017) (השופטת רונן); תנ"ג (כלכלית ת"א) 27061-07-16 **שיליאן נ' צרפתי**, פס' 39 ואילך (נבו 2.11.2020) (השופטת רונן); ת"א (שלום פ"ת) 20691-05-19 **גלברט נ' צמח** (19.6.2022) (השופט לוקשינסקי-גל). ליישום נכון של הדין ראו ה"פ (מחוזי ים) 7876-03-12 **ביטון נ' גולדפון בע"מ** (נבו 20.6.2012) (השופט נעם). השוו עניין **סמליאנסקי**, לעיל ה"ש 155, בפס' 46-50 (השופט פרידלנדר); רע"א 687/12 **דרורי נ' אי.אי.אל ישראל אקוויטי בע"מ** (אר"ש 23.1.2013) (הנשיא גרוניס) (בקשה לסעד ביניים). הסוגיה נדונה בעבר כמה פעמים. ראו, בין היתר, ליכט **דיני אמונות**, לעיל ה"ש 28, 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 וישראל – האם נושא משרה שלא נמצא ראוי לשכר ראוי לשכר ראוי?" **נקודה בסוף משפט** (8.2.2021) <https://amirlicht.wordpress.com/2021/02/08/194/>.

318 השערות בדבר הרקע למצב דברים זה ראו להלן בפרק הסיכום.

הפרטי, ובהתאמה גם מדיניות שונה באשר להגשמתן. תכליתם המרכזית של דיני האמונות היא להבטיח את יושרת המשרה של האמונאי, ככל שהדבר ניתן להשגה באמצעים משפטיים. האתגרים המיוחדים הכרוכים בכך הובילו לגיבושה של מדיניות תובענית ונוקשה הן ביחס לכללי ההתנהגות הנדרשת הן ביחס לאכיפתם, ועמדנו על כך במידת מה בפרק ב. לעומתם, התכלית המרכזית של דיני עשיית עושר היא תיקון העברות ערך פגומות. המדיניות המשפטית ביחס לתכלית זו תואמת אותה, והיא משתקפת אצלנו בראש ובראשונה בסעיף 2 לחוק עשיית עושר, דהיינו, במרחב השיקולים שבית המשפט עשוי לשקול ובאופן שבו הוא שוקל אותם בנסיבות המקרה כדי להגיע לתוצאה שתתקן את הפגם שאירע במאזן האזרחי באופן צודק מבחינת שני הצדדים. במילים אחרות, חמלה והתחשבות כביכול או איזון ותחכום – אשר מבקשים לכאורה דרך ביניים שתרחק ממלוא חומר הדין, ואשר יש להם מקום בפסיקת השבה בעשיית עושר – תלושים מן ההקשר כאשר מדובר באמונאי מפר. זאת, מכיוון שהם חותרים תחת עקרון היסוד אשר פוסל כל אפשרות לעקוף את הכלל האוסר רווח שאינו באמצעות הסכמה מודעת במלואה, ובתאגיד – במנגנון שנקבע לכך בלבד.³¹⁹ כך גם ככל שבתי המשפט ביקשו אולי לשמר שיקול דעת ביחס למתן הסעד.³²⁰ כל אלה יוצרים תמריץ מעוות להפר ב"שיטת מצליח", והדברים מובנים מאליהם. פסיקה זו טעונה תיקון אפוא.

על רקע זה נקל לראות את התקלה שאירעה בעניין יוסף, וכנראה גם בעניין דה לנגה.³²¹ לאור ההדרכה שמצאה בפסק דין אבנון, כי העילה באמונות והעילה בעשיית עושר מובילות כביכול לסעד זהה, הפחיתה השופטת מצא בעניין יוסף כשליש מסכום השוחד שיש להשיב מחמת שיקולי צדק "פתוחים", לפי סעיף 2 לחוק עשיית עושר. לכך

319 לא למותר להזכיר כי בפסק הדין המנחה בעניין Guinness Plc v. Saunders Plc [1989] UKHL 2, הסביר בית הלורדים, בדעת הרוב מפי לורד טמפלמן (Templeman) וברעת יחיד בהסכמה מפי לורד גוף (Goff) (שהוא מהמבשרים של דיני עשיית עושר החדשים בדין האנגלי), מדוע טענת *quantum meruit* אינה ממין העניין בדיון בתביעת שלילה נגד נושא משרה שמשך שכן בלא אישור. לורד גוף אף דחה את האפשרות לפסוק קצובה שביושר בנסיבות שם, חרף העובדה שנושא המשרה הביא תועלת מרובה לחברה. ראו גם Kohli v. Lit [2009] EWHC 2893, [162] (UK): "[T]he primary rule is that no fiduciary, however much he may be acting in good faith, may profit from his position of trust. In the case of directors, that means that they must give their services without reward unless they are properly authorised to receive remuneration. They cannot claim a *quantum meruit* instead, as the rule might thereby be evaded". זה הדין גם בדלוור. 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 <https://amirlicht.wordpress.com/2015/10/30/28/> (30.10.2015).

320 סעדים שביושר, ובכלל זה החשבון, הם לעולם סעדים שבשיקול דעת, אלא שזהו שיקול דעת מובנה על פי כללים מגובשים ידועים, ובקשר לתביעת חשבון שיקול הדעת לא לתיתו יופעל במקרים קיצוניים בלבד. לדיון מפורט ראו עניין *Recovery Partners HC*, לעיל ה"ש 308. ראו גם ליכט "שניים סינים", לעיל ה"ש 310.

321 לסקירת הפסיקה שם ראו לעיל ליד ה"ש 235 ואילך.

לא היה מקום. ראשית, שלילה מלאה של שלמוני השוחד נדרשת על פי דין ברור, יציב ומנומק היטב משיקולי מדיניות, ולא למותר לציין – גם מחייב בערכאות הדיוניות. שנית, גם הפגיעה בהשתכרות שספג יוסף עקב הרשעתו אינה יכולה להיחשב שיקול לפטור או הפחתה מהשבה, שכן רווחתו של האמונאי אינה אינטרס רלוונטי הראוי להגנה ביחסי אמונאות, אלא רק טובתו של הנהנה.³²² בדומה לכך, נכונותו של בית המשפט בעניין דה לנגה לדון בפטור לפי סעיף 2 – שצוינה במפורש לגבי בעל השליטה, המשחד, ואשר אפשר להסיקה במשתמע ביחס לנושאי המשרה, המשוחדים – אינה במקומה, עם כל הכבוד. בלשונו של בית המשפט עצמו בעניין דה לנגה, יש בכך כדי לעוות את מערך התמריצים שצריך לחול על האמונאים בחברה ובכלל. ככל שבית משפט מבקש ליישם דווקא את העיקרון הכללי בעשיית עושר לפי סעיף 1 (כאשר הדבר אפשרי, מה שאין כן בתרחישי שוחד), ומשכך לשקול שיקולים לפטור לפי סעיף 2 לחוק, שומה עליו אז ליישם – נוסף על כך ובנפרד – את דין הסעדים המיוחד והשונה של החשבון בדיני האמונאות, אשר אין בו מקום לפטור או הפחתה כאלה. זאת, כדי שלא להביא לידי עיוות הדין בכלל ועיוות דינו של הנהנה הניפר בפרט.

3. התעשרות "על חשבון" או "מן המזכה"

כעת, משנוכחנו כי הדין הישראלי מחיל חובת השבה בעשיית עושר ביחס להתעשרות עולתית ומשמדנו על המתכונת הראויה להחלטה, נעבור לאתגר המרכזי שבהחלת החובה בתרחישי שוחד, דהיינו, קביעת היסוד של "על חשבון" או הקביעה כי הזכייה באה לזוכה "מן המזכה" לפי סעיף 1 לחוק עשיית עושר או כי לנהנה נגרמו "נזק", "הפסד" או "חסר" ממוני.³²³ כפי שבתי המשפט הטעימו לא פעם, וכפי שצוין לאורך המאמר, היסוד הזה אינו מתקיים כפשוטו בתרחישי שוחד. עובד הציבור ואמונאים דוגמתו, הנתבעים, אינם מקבלים את שלמוני השוחד מן המדינה, מן החברה או מנהנה כמוהן. רעיון ההתעשרות "על חשבון" מוקשה עוד יותר ביחס להטלת חובת השבה על הגורם המשחד. עם גויעתה של עילת כסף ששולם והתקבל והחלפתה בעיקרון הכללי נגד התעשרות בלתי מוצדקת, אבד כלח גם על הסברה המעושה, לפי

322 ראו לעיל ליד ה"ש 85 והאסמכתאות שם.

323 לעיתים בתי המשפט מעירים כי לא נדרש להראות "נזק" כדי לבסס עילה בעשיית עושר, אלא שלא פעם ההערה מופיעה בסמיכות לדיון ב"השבה הרתעתית" מחמת "אין חוטא נשכר", שהיא קטגוריה שונה באופן מהותי מעשיית עושר לפי העיקרון הכללי. כדי למקד את הדיון, נתייחס ליסוד של "על חשבון" או "מן המזכה". מבין השניים, "מן המזכה" הוא הניסוח העדיף של הזיקה הנדונה. ס' 1 לחוק עשיית עושר מאפשר עילה כאשר טובת ההנאה שהפיק הנתבע לא הייתה כרוכה בחסרון כיס של הנתבע, אך בנסיבות כאלה יהיה מקום נרחב להפעלת הסמכות להפחית מהחבות לפי ס' 2 לחוק עשיית עושר. עם זאת, "על חשבון" רוח בשיח השגור בנושא, בעברית ובאנגלית, ואף אנו לא נתנזר ממנו.

הפסיקה האנגלית שהתיישנה, כאילו שלמוני השוחד התקבלו כביכול לשימוש של הנהנה.³²⁴

המצב בדין הישראלי ביחס ליסוד "על חשבון" אינו ברור, ובפסיקה יש עמדות לא לכידות בנושא. נקודת המוצא לדין היא שלשונו של סעיף 1 לחוק עשיית עושר אינה דורשת במפורש התרוששות של התובע, אלא מסתפקת בכך שיהיה מעבר של "זכייה" מהתובע לנתבע, לאו דווקא במישרין.³²⁵ אלא שבד בבד ברור גם שבדומה לצורך המוכר באמות מידה לתחיימת קשר סיבתי משפטי מתוך הזיקות העובדתיות אין-ספור שניתן לטעון להן, כך נדרשת אמת מידה משפטית לזיהוי זיקות רלוונטיות של מעבר הזכייה מהתובע המזכה לנתבע הזוכה. פרידמן ושפירא בר-אור מציינים, אגב הפסיקה בעניין חברת חשמל לישראל בע"מ נ' שליידר,³²⁶ כי פסק הדין מעלה "שאלה מעניינת בסוגיית ריחוק ההתעשרות", ולדבריהם, "השאלה היא מהם גבולות הלכה זו".³²⁷ באותו מקרה אושרה עילה של עשיית עושר בתביעה ייצוגית של צרכני חשמל בטענה שתעריף החשמל נופח מחמת דיווח לקוי של עלויות מפקפקות, אולם בית המשפט השתית את העילה על רעיון "ההשבה ההרתעתית" מחמת "אין חוטא נשכר". רעיון זה מצוי מחוץ לגדרי העיקרון הכללי בעשיית עושר, בדיוק בשל העדרו של יסוד ה"על חשבון"/"מן המזכה", שאליו נשוב בהמשך. הדרא קושיא לדוכתה.

השופט גרוסקופף בעניין יהודה נ' Hewlett-Packard Company נמנע אף הוא מפרשנות דוקנית של יסוד ה"על חשבון", אולם הפעם בתוך גדריה של נוסחת האחריות הכללית בעשיית עושר, כאשר אישר עילה של עשיית עושר בתביעה ייצוגית של צרכני מחסניות דיו נגד היצרנית והמשווקות המורשות, אשר לא סימנו את המחסניות כדין

324 ראו לעיל ליד ה"ש 275 ואילך. סברה זו יש להבחין מן החזקה הניתנת לסתירה בדבר נזק בקשר לעילה הנוזיקית ביחס לשוחד, אשר עומדת בעינה. ראו לעיל ליד ה"ש 185 וה"ש 211.

325 ראו פרידמן ושפירא בר-אור, לעיל ה"ש 7, בעמ' 103: "...השימוש בביטוי זכייה 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, זכייה יכולה לבוא מן התובע או להיות על חשבוננו, אף אם התגלגלה לידי הנתבע באמצעות פעולה פיזית או משפטית שעשה עם אדם אחר." ראו ברוח זו גם שם, בעמ' 36. בעניין א.ש.י.ר., לעיל ה"ש 286, בעמ' 414, הביעה השופטת שטרסברג-כהן אגב אורחא תמיכה בעמדה זו, שהופיעה כבר אצל פרידמן עשיית עושר (1998), לעיל ה"ש 145, בעמ' 24.

326 ע"א 3456/13 חברת חשמל לישראל בע"מ נ' שליידר, פס' סו לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין (אר"ש 29.8.2017).

327 פרידמן ושפירא בר-אור, לעיל ה"ש 7, כרך ב, בעמ' 1421. הביטוי "ריחוק ההתעשרות" עשוי להציע היקש מ"ריחוק הנזק", אולם שני הביטויים אינם מדויקים בהקשר הנוכחי. אין מדובר באמידת היקף ההתעשרות הכפופה לחובת ההשבה, שיש לתחום אותה בכלים משפטיים, אלא בזיקה הרלוונטית בין התובע לנתבע, אשר היקש הקרוב לה מנוזיקין הוא סיבתיות התוצאה או ההסתמכות בעוללות מבוססות מצג.

ובכך חסכו בעלויות.³²⁸ 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 נגד היצרניות והיבואנית הרשמית של מכוניות שהותקן בהן רכיב תרמיתי ביחס לעמידה בתקני זיהום אוויר – שעוררייה שזכתה בכינוי "דיזלגייט".³²⁹ 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 התרמיתי הייתה לכאורה להגדיל את רווחי המשיבות".³³⁰

לעומת זאת, בעניין המוסד לביטוח לאומי נ' ההסתדרות במרחב חיפה דחה בית המשפט העליון בקשה לאשר תביעה ייצוגית בעילה של עשיית עושר בשם עובדים נגד המוסד לביטוח לאומי, בשל כך שהוא גבה ממעבידים, כדין, כספים שנועדו לממן תגמולים לעובדים אולם נמנע, לא כדין, מלשלם את התגמולים הללו לעובדים.³³¹ השופט עמית, בדעת הרוב, קבע כי הכספים שנגבו מהמעבידים אינם יכולים להיות מושא לתביעת השבה בעשיית עושר, שכן אין לראותם כזכייה 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

328 ראו ת"צ 51324-03-14 (מחוזי מ"ר) יהודה נ' Hewlett-Packard Company, פס' 32 (נבו 3.5.2017) (להלן: עניין HP). זאת, בעיקר על סמך הדברים מאת פרידמן ושפירא בר-אור המובאים לעיל בה"ש 325.

329 ראו ת"צ (מחוזי ת"א) 756-10-15 גולן נ' Volkswagen AG (נבו 28.9.2022) (להלן: עניין Volkswagen).

330 שם, בפס' 126. הקביעה כי ההתעשרות הייתה על חשבון הציבור הרחב, שסבל מזיהום אוויר, מעוררת קושי ביחס לעילה בעשיית עושר דווקא של צרכני מכוניות פולקסווגן ואאודי שבהן הותקן הרכיב התרמיתי. ייתכן שהיה מוטב למצוא לה עיגון בחבות מחמת "אין חוטא נשכר" או להימנע לגמרי מלהסתמך עליה. ראו גם שם, בפס' 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 רוכשיהם מעוררת תהייה, אך התוצאה אינה תלויה בה. הסבר עדיף להתעשרות על חשבון הצרכנים או מהם – וספק רב אם הייתה כזו בכלל – יצביע אולי על חיסכון בעלויות של פיתוח וייצור של מנוע לא מזהם, בדומה לעניין HP, לעיל ה"ש 328. ראו והשוו גם את הדין בהפרת כללי התחרות להלן ליד ה"ש 334–336.

331 ראו בר"מ 6729/10 המוסד לביטוח לאומי נ' ההסתדרות במרחב חיפה (אר"ש 8.7.2021).

ששילם (המעביד) לבין מי שתובע את הסכום ששולם (העובד), ואין זהות בין הסכום ששולם (דמי ביטוח) לבין הסכום שנתבע (הפרשי גמלה/תגמולים).³³²

היסוד המשותף לתרחישים שנדונו בפסקי הדין האלה הוא שבכולם היו גורמים נוספים שהיו מעורבים במסלול שבין התובע לנתבע וכך לכאורה עשו את הזכייה לבלתי ישירה. במקרים מסוימים בית המשפט לא ראה בכך מכשול לקביעה שהיסוד של "על חשבון" התקיים מבחינה משפטית, ואילו באחרים הוא ראה בכך מכשול כאמור, 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"/"מן המזכה" התקיים מבחינה משפטית. אולם נראה שיקשה ליישם את הדברים בקריאה לשונית דווקנית. אף כאשר לא הייתה זהות כפולה כזו, ראתה הפסיקה לעיתים להתעלם מתחנות ביניים ומשינויים בסכום (או בֶּעֶרְך) במהלך מעברה של הזכייה אל הנתבע.³³³ נראה מבורר שהדין הישראלי מאפשר "דילוגים" או "תמורות" כאלה, והפסיקה אף נראית לפעמים כחוגגת את האפשרות של התעשרות עקיפה. אולם באותה מידה נהיר שעל התובע בעשיית עושר להראות מסלול הגיוני של ערך הזכייה ממנו אל הנתבע, אשר ייחשב מבחינה משפטית כקרוב דיו, שלא לומר בפשטות – "ישיר". לעת עתה, בדין הישראלי דהיום, זולת האמירה הנכונה תמיד כי הכל נחתך לפי נסיבות המקרה, אין למהלך הזה הסבר מתכלל אשר מספק אמת מידה לכידה לזיקה מספיקה בין התובע לנתבע.

בהקשר אחר קבע בית המשפט העליון בעבר – או לפחות הניח – כי נדרש קשר ישיר בין התעשרות של הנתבע לבין התובע, אף אם לא קשר של התרוששות ממש. כך היה בפרשת **אטלנטיק נ' דג פרוסט**, שעסקה בהפרת כללי התחרות בדמות מכירה במחירי היצף, אשר הובילה לדחיקת רגליו של מתחרה.³³⁴ בעניין **Sanofi** ביטל בית המשפט

332 בפס' 4 לפסק הדין של השופט עמית (הדגשות הוסרו). ראו גם שם, בפס' 5 לפסק הדין של השופט עמית: "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 כדין." השופט הנדל הצטרף לדעת השופט עמית. המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר, בדעת מיעוט, סבר, בין היתר, כי המוסד לביטוח לאומי מחזיק את הכספים בנאמנות עבור העובדים וחב להם חובת אומון, ובשל כך יש להם עילה להשבה בעשיית עושר. ראו שם, בפס' 39–40 ו-45 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר. סברה זו מעוררת קשיים נוספים, שגם בעטיים יש להעדיף את דעת הרוב, אך דיון בה חורג מן המסגרת הנוכחית.

333 הדיון כאן מתמקד בזהות אחת – זו הנוגעת בזיקה שבין המזכה לזוכה. הזהות האחרת, הנוגעת ביסוד ההתעשרות, עשויה לשמש נושא לדיון נרחב, ובה לא נעסוק בפירוט.

334 ראו ע"א 6126/92 **אטלנטיק, חברה לדייג ולספנות בע"מ נ' דג פרוסט תעשיות דייג (1984) בע"מ**, פ"ד נ(4) 471, 478–479 (1997) (השופט ברק): "ההתעשרות לא באה ישירות מאטלנטיק, אלא מן השוק שאטלנטיק, לטענתה, פיתחה בהשקעה גדולה, ומן הלקוחות שלאטלנטיק הייתה ציפייה כי

העליון את הדרישה הזו, שתוארה כקשר סיבתי, והסתפק בקשר בלתי ישיר, אלא שלשם כך הוא ראה לנחוץ להכיר בפרדיגמה שלישית, חדשה ומובחנת, של עשיית עושר ולא במשפט בהפרת כללי התחרות.³³⁵ 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 המסוים.³³⁶ קביעתה של פרדיגמה שלישית נפרדת (דיני עשיית עושר ג?) מציעה שהדבר נחוץ כדי לאפשר את ביטול הדרישה להעברת ערך ישירה, וזאת מטעמים המיוחדים להקשר של הגנה על שוק תחרותי.³³⁷

יקנו את דגתם ממנה... הווה אומר, שגם התעשרות 'שבאה לזוכה' מלקוחות של 'המזכה' בשוק שפותח על-ידי, תיחשב כאילו 'באה' לזוכה ישירות מן המזכה."³³⁵ ראו עניין Sanofi, לעיל ה"ש 268, בפס' 97 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר: "...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."

³³⁶ שם, בפס' 94: "...הטעם המדויק שבגינו יש להכיר בציפייתם של מתחרים לקשר עם לקוחותיהם איננו ציפיהם 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 329, אך כמבואר כאן, הוא אינו מבוסס על התעשרות מן הנתבע בגדר העיקרון הכללי.

³³⁷ הבעיה המבנית שאיתה מתמודדים כללי התחרות, ועימם דיני עשיית עושר התומכים בהם, נוגעת בתקינות פעולתו של שוק תחרותי. בעיה דומה מתעוררת בשוק ניירות הערך. בהקשר זה נחשבת "יושרת השוק" (market integrity) – ובמיוחד יושרת המחיר – כערך מוגן בזכות עצמו בכל הקשור להיותם של השוק ושל מחירי ניירות הערך נקיים מהשפעה של מרמה, לצד ההגנה על המשקיע המסוים. לנוכח העובדה שאמצעי האכיפה העיקריים במשפט הפרטי נגד הפרות בשוק ניירות הערך מבוססים על דגם של תרמית, ושזו 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 יושרת המחיר בו. את הפרדיגמה השלישית של עשיית עושר, העוסקת בהפרת כללי התחרות, אפשר לנתח באופן דומה. זהו צידוק נוסף לקביעת פרדיגמה מובחנת שבגדרה מבוטלת למעשה הדרישה ליסוד של "על חשבון". השו עניין Sanofi, לעיל ה"ש 268, בפס' 171 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר: "...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." (ההדגשה במקור).

דוקטרינת התרמית על השוק בתחום ניירות הערך מעוגנת בפסק הדין המכונן בעניין Basic v. Levinson, 485 U.S. 224 (1988). בית המשפט העליון דחה במפורש את אימוצה בדין הישראלי. ראו רע"א 8268/96 רייכרט נ' שמש, פ"ד נה(5) 276, פסק הדין של השופט שטרסברג-כהן (2001). אף על פי כן היא יושמה – וכך אומצה למעשה – בת"צ (כלכלית ת"א) 67187-11-18 רהב נ' דנקור

בנקודה זו ראוי לשוב ולפנות אל המשפט המשווה. בכפוף לכך שבישראל חל העיקרון הכללי נגד התעשרות בלתי צודקת לפי סעיף 1 לחוק עשיית עושר, נעיין במקורות השוואתיים ביחס ליסוד של "על חשבון" בתחומי תחולתו של העיקרון הכללי.³³⁸ 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 גלגולים בדרכה אליו.³³⁹ לאחר שהשאלה נדונה באנגליה כמה פעמים בערכאות נמוכות, היא הגיעה להכרעה בבית המשפט העליון שם בעניין *Investment Trust*. בעניין זה נדונה תביעה 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, והוא בתורו התנהל מול רשויות המס, ומחמת קיוזו העביר אליהן רק חלק מהסכום ששילמו העוסקים.³⁴⁰ 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 (Reed), בשם המותב כולו, פסל תחילה (מחמת עמימות יתר) מבחנים שהוצעו בפסיקה קודמת, כגון "קשר סיבתי מספיק", "זיקה מספקת", "קרבה" או "קשר כלכלי מספיק".³⁴¹

(נבו 5.5.2021) (השופט רונן). לדעתי, זוהי התפתחות הולמת ורצויה, ובלבד שהיא תוחל בהקפדה ראויה. ראו עמיר ליכט "הסתמכות נחזית – האם דוקטרינת 'תרמית על השוק' נקלטה בישראל?"

נקודה בסוף משפט (30.5.2021) <https://amirlicht.wordpress.com/2021/05/30/205/>

338 נזכיר כי מן הזווית של דיני האמונאות, תביעת החשבון אינה מבוססת על עשיית עושר, ובפרט לא על יסוד של "על חשבון". ראו לעיל ה"ש 167 והטקסט שליידה.

339 לסקירה יסודית ומקיפה ראו Stephen Watterson, *At the Claimant's Expense*, in RESEARCH HANDBOOK ON UNJUST ENRICHMENT AND RESTITUTION 262 (Elise Bant, Kit Barker & Simone Degeling eds., 2020). הנושא נדון בפירוט בספרות הכללית על עשיית עושר והשבה, וכן בחיבורים מיוחדים המוקדשים לו, הנסקרים על ידי ווטסון. ראו, בין היתר, Goff & Jones, לעיל ה"ש 164, בעמ' 149 ואילך; Virgo, לעיל ה"ש 271, בעמ' 104 ואילך. מבחינת הדין האנגלי, הנוף המשפטי השתנה בצורה דרמטית בשנת 2017 לאחר פסק דין *Investment Trust*, לעיל ה"ש 272, הנדון להלן. מבחינת הדין הישראלי, הדיון העיוני בסוגיה מצומצם יחסית. ראו פרידמן ושפירא בר-אור, לעיל ה"ש 7, בעמ' 36. סקירה מלאה חורגת מן המסגרת הנוכחית.

340 ראו עניין *Investment Trust*, לעיל ה"ש 272. בשולי הדברים נציין כי פרידמן ושפירא בר-אור, לעיל ה"ש 7, בעמ' 36, ראו לנגד עיניהם את פסק הדין 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, משמצא כי ההדרכה שיש בקביעות אלו – בפסיקתו של בית המשפט לערעורים ובפסיקות נוספות המפורטות שם – היא עמומה מדי.

341 בהתאמה: sufficient causal connection, sufficient link, proximity, sufficient economic connection. ראו עניין *Investment Trust*, לעיל ה"ש 272, בפס' 37–38 ובפס' 59–60. במיוחד ראויה לתשומת לב הביקורת שבית המשפט מותח על גישות המסתפקות בזיקה כלכלית. כידוע לכל משפטן אזרחי, לא פעם קל להצביע על שרשרת של השפעות כלכליות, אך אין בכך מענה לצורך

תביעה בעשיית עושר, הדגיש, אינה בגדר היתר להפעלת שיקול דעת (חופשי במשמע) ביחס להגינות בנסיבות המקרה.³⁴² תכליתם של דיני עשיית עושר היא לתקן העברות ערך פגומות,³⁴³ כך שכנגד ההתעשרות צריך להתקיים "הפסד" רעיוני.³⁴⁴ במסגרת זו משמש היסוד "על חשבון" כגורם המבטיח שאכן עבר ערך מהתובע לנתבע.³⁴⁵ יסוד זה מתקיים בוודאי כאשר העברת הערך הייתה ישירה, כאשר הצדדים פעלו זה מול זה, אולם הוא יתקיים גם אם העברת הערך נחזית ככלתי ישירה בשעה שהחזות הזאת אינה תואמת את המציאות.³⁴⁶ כך הדבר, למשל, אם גורם הביניים בשרשרת העברות הערך פעל כנציג של אחד הצדדים, או כאשר מדובר בסדרה של עסקאות מתואמות במסגרת תוכנית אחת.³⁴⁷ בנסיבות המקרה נקבע כי לא הייתה העברת ערך ישירה, שכן גורם הביניים פעל מול רשויות המס בענייניו שלו, ולא עבור העוסקים.

לצד הבדלים שיש בין הדין הישראלי לבין הגישה האנגלית לעשיית עושר לפי העיקרון הכללי, כפי שהיא משתקפת בהלכת *Investment Trust*,³⁴⁸ הלכה זו – על הנמקתה המעמיקה בסוגיה דנן של יסוד ה"על חשבון" – נראית אסמכתה השוואתית רלוונטית לדין הישראלי, וראויה לאימוץ. היא מתיישבת היטב עם מבחן "הזהות הכפולה" שנקט השופט עמית בעניין **המוסד לביטוח לאומי**,³⁴⁹ שיש לה קווי דמיון עובדתיים עימו, ומציעה מסגרת פרשנית מעשית ליישומו. כפי שציין לורד ריד (וכפי

לזהות השפעות בעלות נפקות משפטית, ולעיתים הניתוח הכלכלי והניתוח המשפטי יהיו שונים לגמרי.

342 שם, בפס' 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 (שם) כי אין הכוונה לביקורת המוכרת שהעיקרון הכללי נגד עשיית עושר מטעמי צדק ויושר אינו אלא כסות לחשיבה מרושלת ("well-meaning sloppiness of thought") – ביקורת שהנשיא זוסמן בעניין **ישראל**, לעיל ה"ש 301, בעמ' 157, דחה בשתי ידיים.

343 ראו המובאה לעיל בה"ש 273.

344 ראו עניין *Investment Trust*, לעיל ה"ש 272, בפס' 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..."

345 שם, בפס' 43.

346 שם, בפס' 46–47.

347 שם, בפס' 48, 50 ו-61.

348 למשל, הדין האנגלי החדש נראה מובנה יותר מהדין הישראלי בשאלה מה ייחשב "בלתי צודק" (unjust) או "לא על פי זכות שבדין" לעניין ס' 1 לחוק עשיית עושר (ועוד יותר מכך – לעניין ס' 2 לחוק), הגם שהנוסחאות המילוליות כפשוטן מציעות את ההפך. השוו עניין **שמש**, לעיל ה"ש 300, בעמ' 325; עניין **א.ש.ר.**, לעיל ה"ש 286, בעמ' 465–467; עניין **רשות העתיקות**, לעיל ה"ש 285, בעמ' 579–580.

349 ראו עניין **המוסד לביטוח לאומי**, לעיל ה"ש 331, וכן לעיל ליד ה"ש 332–333.

שפרידמן העיר עוד קודם לכן ביחס לסעיף 1 לחוק עשיית עושר),³⁵⁰ אין לפנינו חיקוק הדורש במפגיע התעשרות ישירה, אלא יש יסוד חיוני של נוסחת האחריות לפי העיקרון הכללי, שמקורו בפסיקה, ואפשר לפתחו ולהתאימו לפי הצורך. כך, המושג direct transfer of value, לפי הלכת *Investment Trust*, כולל גם העברות אשר בעליל אין ישירות אך מבחינה 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 – יכולות להתרחב מעט לפי אותן הרחבות שצוינו בעניין *Investment Trust*, וכך לשמש מבחן לכיד מבחינה עיונית ושימושי מבחינה מעשית.³⁵¹

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".³⁵² 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 המסוים המשחדים בעניין **אבנון** אכן קיבלו מן המדינה בגולה טובת הנאה בעלת ערך כספי שהיה לפחות כסכום שלמוני השוחד. אלא שהיסוד הזה הוא אידיאליסטי לחלוטין, ואי-אפשר לבסס עליו הלכה כללית. ראשית, המדינה עצמה טענה כי "אבנון גרם למדינה נזק שאינו בר כימות כתוצאה מחציבה בלתי חוקית".³⁵³ מכיוון שמדובר בנכסים פיזיים סחירים ("חציץ, כבוד השופט, חציץ", כפי שנאמר באחת הפרשות), אפשר לאמוד את נפחם החסר בקלות

350 ראו, בהתאמה, עניין *Investment Trust*, לעיל ה"ש 272, בפס' 41; ההפניות המובאות לעיל בה"ש 325.

351 למשל, ניתן לשאול אם היסוד של "מן המזכה", אשר יתפרש לפי הלכת **המוסד לביטוח לאומי**, לעיל ה"ש 331, יחד עם הלכת *Investment Trust*, לעיל ה"ש 272, מתקיים בנסיבות של פרשת **HP**, לעיל ה"ש 328, שבה מוצר עבר שרשרת של גורמי שיווק שלא עשו בו דבר. זאת, להבדיל מההתנהלות של הנישומים מול רשויות מע"מ ושל ההסתדרות מול העובדים והמעבידים. הנקודה טעונה פיתוח. לסקירת התרחיש של שרשרת עסקות במתכונות שונות ולדין בו ראו Watterson, לעיל ה"ש 339, בעמ' 269–279.

352 עניין **אבנון**, לעיל ה"ש 2, בפס' 15 לפסק הדין של השופטת ברוך. למי שעייפו מתלאות הקריאה או הצטרפו אליה רק כאן נזכיר עוד כי בית המשפט הסתמך שם על הלכת **מאיר**, לעיל ה"ש 61, לצורך "[ה]חזקה שלפיה גובה הנזק שנגרם לתובעת הוא לפחות כשיעורו של השוחד", ולצורך הקביעה כי "חזקה זו חלה בין אם עילת התביעה נעוצה בדיני הנזיקין בין אם בדיני 'מעין-חוזים', הם דיני עשיית עושר ולא במשפט". ההקשר הנזיקי נדון בפרק ג לעיל, ואילו ביחס לעילה בעשיית עושר ההלכות שעליהן נסמכה הלכת **מאיר** התיישנו. שאלה היא, אפוא, אם כך ראוי להתייחס גם לחלק זה של ההלכה, כלומר, אם בגישה החדישה לעשיית עושר יש להראות את כל רכיבי החבות.

353 עניין **אבנון**, לעיל ה"ש 2, בפס' 6 לפסק הדין של השופטת ברוך.

המדינה או "ממנה", או אפילו רק יניח לשם כך שהפעלת הסמכות השלטונית עוברת לסוחר.³⁵⁷ הפסיקה בעניין יוסף בנקודה זו נכונה אפוא.³⁵⁸

זהותו של הגורם המעביר את טובת ההנאה בתרחישי שוחד – לאמור, המשחד – אף היא אינה מתיישבת עם נוסחת החבות לפי העיקרון הכללי נגד עשיית עושר ולא במשפט, שלפיה טובת ההנאה צריכה לבוא מן התובע, דהיינו, הנהנה, ובפרט המדינה או הרשות כאשר השוחד ניתן לעובד ציבור. לשם כך היה על המדינה לשלם את השוחד לעובד הציבור או שהיה צריך לקבוע כי הגורם המשחד פעל כנציג של המדינה או של עובד הציבור לצורך הפעילות האסורה. האבסורד 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 כללית כי ההתעשרות יכולה להיות עקיפה, תפחת חשיבותו של גורם זה עד שהוא יתנוון לגמרי, וכל התביעות בעשיית עושר ייפכו לתביעות חילוט אזרחי מחמת "אין חוטא נשכר". גם תביעה בענייני שוחד לא תכשל אז בשל העדר היסוד של "על חשבון"/"מן המזכה". אולם אם בית המשפט העליון יסבור כי היסוד הזה בנוסחת האחריות אינו זניח – כפי שעולה בבירור מהפסיקות השונות-אך-תואמות בפרשות המוסד לביטוח לאומי ו-Sanofi, שנפסקו שתיהן לפני עניין אבנון,³⁵⁹ וכן מהפסיקה בעניין שליידר³⁶⁰ – אזי המחסום בפני תביעות שוחד בעשיית עושר יעמוד במלוא עוצמתו. הפסיקה במשפט המשווה מלמדת כי אכן כך הדבר. בפרשת *FM Capital*, שעסקה בנושא משרה בחברה שקיבל שוחד מכמה 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

357 ראו גם את הדין בקשר לעילה האמונאית ולעילה הנזיקית לעיל ליד ה"ש 69 ואילך וליד ה"ש 213 ואילך, בהתאמה.

358 יודגש: אין הכוונה לכך שבית המשפט מעודן מכדי לעסוק באמונאים המוכרים את שיקול דעתם תמורת טובת הנאה חומריות ואחרות. בתי משפט אינם בוחלים בעיסוק בחוזים בלתי חוקיים, ובכלל זה לעניין עשיית עושר. אלא שכפי שצוין כבר לעיל, הפסול בהתנהלות שוחדית אינו נעוץ בהעברת ערך פגומה, אלא בהשחתה של יושרת המשרה, שהיא נשמת אפם של יחסי אמונאות.

359 בעניין אבנון, לעיל ה"ש 2, אזכר בית המשפט את עניין Sanofi, לעיל ה"ש 268, אך לא את עניין המוסד לביטוח לאומי, לעיל ה"ש 331.

360 עניין שליידר, לעיל ה"ש 326.

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."³⁶¹

עניין *FM Capital* נדון לאחר הפסיקה בעניין *Investment Trust*, כך שאת ההתייחסות ל"העברות ערך ישירות" (direct transfers of value) יש לקרוא לאורה, דהיינו, בגישה מצמצמת אולם לא לשונית דווקנית, כך שהיא כוללת הרחבות הגיוניות הכרחיות. גישה זו ראויה לאימוץ כפרשנות 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 המשוחד לא יישמע בטענות לפטור או הפחתה מהשבה לפי סעיף 2 לחוק עשיית עושר. זאת, בניגוד לפסיקה בעניין יוסף, וכפי שעשוי להשתמע מעניין דה לנגה, שנראה כי טעו כאן. וכך הדברים, קל וחומר, ביחס לתביעה נגד המשוחד.³⁶²

4. "השבה הרתעתית" – חילוט אזרחי

לנוכח הקשיים בהטלת אחריות להשבה בעשיית עושר כהלכתה, בהעדר העברת ערך פגומה מן המדינה לעובד הציבור, פנו השופט קרא בדעת יחיד בעניין אבנון והשופטת מצא בעניין יוסף אל הנתיב של הטלת חבות מחמת "אין חוטא נשכר", המכונה גם "השבה הרתעתית". בדומה להם, בעניין דבוש הלך השופט דותן בעקבות השופט קרא, וחיוב דירקטור שקיבל שוחד לשלם את הסכום לחברה כ"השבה הרתעתית".³⁶³ עוד קודם לכן הזכירה השופטת רונן בעניין דה לנגה "השבה הרתעתית" כגישה ראויה

361 עניין *FM Capital CA*, לעיל ה"ש 194, בפס' 49. את הדברים יש לקרוא בעזרת משקפיים משפטיים ישראליים. מכיוון שהדין הישראלי, בניגוד לדין האנגלי, מכיר בעילה בעשיית עושר בגין התעשרות עוולתית, במקום שבו civil wrong כתיב, עילה באמונאות ובנוזיקין וגם בהתעשרות עוולתית קרי. היבט זה אינו משפיע על האמרות בקשר לעילה בעשיית עושר לפי העיקרון הכללי, שכוחן יפה התם והכא.

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

363 ראו עניין **דבוש**, לעיל ה"ש 217, בפס' 122 ("לכאורה אין מקום לפסיקת פיצוי להימנותא, שכן, לא נגרם לה כל נזק, היא לא הוציאה כל הוצאה, וההתעשרות לא באה על חשבונה. אולם, ישנם מקרים, חריגים ונדירים יחסית, שבהם ראוי, במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט, להורות על 'השבה הרתעתית', או 'השבה מחמת שאין חוטא יוצא נשכר'"). סעדים באמונאות לא נדונו בפסק הדין כלל, הגם שלמיטב ידיעתי, הם נטענו בפני בית המשפט.

להטלת אחריות על בעלי שליטה המשלמים שוחד לנושאי משרה.³⁶⁴ 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 וכדומה.

הטלת חבות מחמת "אין חוטא נשכר" תיתכן בכמה הקשרים שבהם המשפט הפרטי מתקשה לזהות בעל דין שיוכל לנקוט צעדים אפקטיביים לתיקון המאזן האזרחי שנפגע בעקבות מעשה נבלה.³⁶⁵ הדבר עשוי לקרות כאשר בעל הדין ה"טבעי" נעדר – למשל, אם הוא עבר לעולם שכולו טוב בתרחישי "הרצחת וגם ירשת" – או כאשר אין בנמצא יריבות שיש בה עילות תביעה מוכרות, כגון בתרחישים הצרכניים שנדונו בפרשת שליידר, כנראה גם בפרשת Volkswagen, ובמידה פחותה גם בפרשת Sanofi.³⁶⁶ בתרחישים כאלה הציבור הרחב נושא בסבל מבלי שיש לפרטים מקרבו עילה נזיקת או חוזית מגובשת, וכשלים מגוונים בתפקודה של המדינה לצד קשיים אובייקטיביים באכיפה ציבורית יוצרים תמריץ אצל המפרים להפר ולהרוויח מן ההפרה. כמענה מסוים לבעיה זו, חיקוקים שונים מקנים כוח למדינה לחלט נכסים הקשורים לעברה, ובכלל זה חילוט בקשר לעברות שוחד לפי סעיף 297 לחוק העונשין. על פי הפסיקה, לחילוט יש תכלית עיקרית, והיא להוציא את בלעו של המפר מפיו, ולצידה גם תכלית מעין-עונשית ותכלית מניעתית,³⁶⁷ וההבדלים בין שלוש התכליות האלה דקים עד טמירים.

הטלת חבות אזרחית על מפר למסור את פירות ההפרה לצד אחר – שבלעדיה אין לאותו צד עילה מוכרת כלפי המפר, ובמיוחד לא טענה לפירות ההפרה – רק מן הטעם של "אין חוטא נשכר" משרתת תכליות זהות לאלה של החילוט הפלילי, ותוצאותיה זהות לאלה של חילוט פלילי. אין זה אפוא אלא חילוט אזרחי. קיומו במשפט הפרטי עשוי להיחשב 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 העיקרון הכללי בדיני עשיית עושר ולא במשפט. לפיכך הכינוי "השבה הרתעתית" שדבק בו מטעה, שכן הוא מְשווה לו אופי שאין לו וקונוטציות שגויות, ומוטב להימנע ממנו.

בפסק דין **משה"ב** הטיל בית המשפט העליון, בדעת הרוב, חיוב הרתעתי מובהק ומפורש, שאותו קשר להשבה בעשיית עושר, אולם הוא נמנע – ולטעמי, בטעם –

364 ראו עניין דה לנגה, לעיל ה"ש 4, בפס' 132.

365 לסקירה ולדין ראו את הפרק בנושא זה בספרם של פרידמן וספירא בר-אור, לעיל ה"ש 7, בעמ' 683 ואילך, אשר נודעה לו – לרבות במהדורות קודמות שלו – השפעה ניכרת על הפסיקה.

366 ראו, בהתאמה, עניין שליידר, לעיל ה"ש 326; עניין Volkswagen, לעיל ה"ש 329; עניין Sanofi, לעיל ה"ש 268.

367 ראו, בין היתר, ע"פ 80/19 אהוד מאיר שאיכות בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' 15 (אר"ש 11.8.2019) (השופט ברון); ע"פ 8312/17 ברהמי נ' מדינת ישראל, פס' 36 (אר"ש 17.4.2018) (השופט עמית); ע"פ 6145/15 פישור נ' מדינת ישראל, פס' 21 (אר"ש 25.10.2015) (השופט זילברטל); ע"פ 7475/95 מדינת ישראל נ' בן שטריח, פ"ד נב(2) 385, 410 (1998) (השופט קדמי).

משימוש במונח "השבה הרתעתית", שאף לא נזכר בו כלל.³⁶⁸ חברת בנייה פלשה שם לתת-קרקע במקרקעין סמוכים, כדי לחסוך בעלויות הבנייה, מבלי לגרום כל נזק למקרקעין או לבעליהם. בית המשפט העליון, בדעת הרוב, אמד את "שווי אי סילוק היד" – דהיינו, את הזכייה שזכתה חברת הבנייה מבעלי המקרקעין כתוצאה מכך שזכות הקניין שלהם לא קיבלה הגנה מלאה – וחייב את החברה בתשלום של כפל הסכום הזה: מנה אחת בעשיית עושר ומנה נוספת מטעמי הרתעה.³⁶⁹ לעיל טענתי כי ניתן לראות בכך תשלומים עונשיים בעשיית עושר.³⁷⁰ כאן יש להדגיש כי אין מדובר בחילוט אזרחי. המנה הראשונה היא השבה בעשיית עושר כהלכתה לפי העיקרון הכללי, ואילו המנה השנייה אינה מחלטת דבר בלע כלשהו שמבקשים להוציא מפיו של המפר שהתעשר בו, אלא היא עיצום טהור, המוטל ככזה.

נדמה שאין מי שיחלוק על כך שלנוכח פועלו החמור של החילוט האזרחי, יש להגביל את תחולתו לנסיבות שבהן הוא אכן בגדר הכרח בל יגונה. בסופו של דבר, זוהי הפקעה פרטית בעלת אופי מעין-עונשי.³⁷¹ בניגוד לחילוט פלילי, המנוהל על ידי עובדי ציבור לטובת אוצר המדינה ובחסות הגנות דינויות מסוימות, החילוט האזרחי ניזום ומנוהל על ידי צדדים פרטיים למטרת רווח אישי בהליך אזרחי רגיל. נשאלת אפוא השאלה אם אכן יש הכרח בכלי של חילוט אזרחי בתרחישי שוחד, ובאופן כללי יותר: אם חילוט אזרחי – תחת הכותרת המושכת "השבה הרתעתית בעשיית עושר" – אכן הכרחי בתרחישים של הפרת חיובי אמונאות. דעת לנכון נקל שהתשובה שלילית. אומנם תביעת חשבון בדיני אמונאות תורה היא ולימוד היא צריכה, אך כפי שראינו בפרק ב, לפי כל אמת מידה רלוונטית היא עדיפה על תביעה ל"השבה הרתעתית" בעשיית עושר. במילים אחרות, אין כל צורך, ובוודאי לא הכרח, בסעד של חילוט אזרחי בתרחישים של שוחד או של הפרות חיובי אמונאות אחרים, ולפיכך אין לו מקום בהם.

368 ראו עניין **משה"ב**, לעיל ה"ש 217.

369 שם, בפס' 55 לפסק הדין של השופט סולברג. נסיבות המקרה דומות לנסיבותיו של פסק הדין המכונן בדיני עשיית עושר שניתן בעניין *Edwards v. Lee's Administrators*, 96 S.W. 3d 1028 (Kentucky C.A., 1936). בעל מקרקעין, אשר בשטחו נמצא פתח למערת שוהם (onyx) גדולה שאותה הפעיל כאתר תיירות, חויב שם בתשלום חלק מרווחיו לבעל מקרקעין סמוכים, שהמערה השתרעה גם מתחת להם.

370 ראו את הדין לעיל בה"ש 217 והטקסט שלידה.

371 ראו עניין **אגריפרם**, לעיל ה"ש 232, בפס' 40–41 וההפניות שם. יורם דנציגר וליאת בבלוקי-פילרסדורף "השבה הרתעתית – אימתי? בשולי ע"א Sanofi 2167/16 נ' אוניפארם בע"מ" **ספר מרים נאור** 645 (אהרן ברק ואח' עורכים 2023) טוענים כי בפרשת *Sanofi* היה אפשר להטיל חיוב ב"השבה הרתעתית". הדברים ראויים לעיון. בדומה למהלך שנקט באותו עניין, בדמות פרדיגמה שלישית של עשיית עושר שאין בה יסוד מובהק של "על חשבון"/"מן המזכה", זה גם פועלו של החילוט האזרחי בכינויו "השבה הרתעתית". אולם ייתכן שחילוט אזרחי מתמודד טוב יותר עם האתגר להצדיק מדוע דווקא המתחרה התובע זכאי למלוא ההתעשרות הגם שהיא לא באה ממנו, מכיוון שהוא מחליש את האתגר הזה בנוקטו גישה מעין-עונשית במוצהר.

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" ככיוון לפיתוח הדין.³⁷² בהקשר זה אוזכרה הלכת *Reading* כמערכת נסיבות הולמת להחלת גישה זו. דא עקא, דווקא בנסיבות כגון אלה של פרשת *Reading* – שבה מבריחים שיחדו סמל בצבא הבריטי כדי שיסייע להם בנוכחותו במדים – אין כל צורך בחילוט אזרחי מחמת "אין חוטא נשכר", מכיוון שלמדינה יש יריבות ברורה, עילה משובחת וסעדים עצמתיים ועדיפים באמונאות כלפי אותו חוטא (כפי שאכן נפסק באותו עניין ובמקרים נוספים). במילים אחרות, זוהי דוגמה חזקה מדי לשם הצדקת חילוט אזרחי גנרי, כך שספק רב אם פרשת *Reading* מספקת בסיס טוב להיקש ביחס לנסיבות שאינן מערבות אמונאים. בדומה לכך, מקובל לאזכר את עניין *אגריפרם* כאסמכתה מהפסיקה לרעיון ההשבה הרתעתית.³⁷³ באותו מקרה נדונה הפרת חוזה מסחרי, והנפגעת תבעה גם סעד של השבת רווחי המפר. השופט דנציגר קבע כי הגם שההתעשרות לא הייתה "על חשבון" הנפגעת יש מקום להורות על "השבה הרתעתית", ומנה שיקולים לכך:

"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, כך כאשר מדובר בשותפים, בכני־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."³⁷⁴

כמה נקודות ראויות לתשומת לב בדברים אלו. ראשית, זולת בני משפחה, כל הדוגמאות שמצדיקות לדעת השופט דנציגר פסיקת "השבה הרתעתית" הן של יחסי אמונאות מובהקים – יחסים שדווקא בהם, כאמור, אין שום צורך בסעד זה.³⁷⁵ שנית, הטעם בפסיקת "השבה הרתעתית" ייחלש, אליבא דשופט דנציגר, אם יש אמצעי אכיפה

372 ראו לעיל ליד ה"ש 148 ואילך.

373 עניין *אגריפרם*, לעיל ה"ש 232. לדיון מפורט ראו יהודה אדר "מגמות ותנודות בדין החוזים הכללי – ישראל 2010" *דין ודברים* ו 41, 66–84 (2011).

374 עניין *אגריפרם*, לעיל ה"ש 232, בפס' 42.

375 השאלה אם בני משפחה הם אמונאים אהרדי היא קשה, והנקודה אינה ברורה. ראו, באופן כללי, נפתלי בן ציון, לעיל ה"ש 44, בעמ' 149 ואילך.

אפקטיביים חלופיים. ושוב, ביחסי אמונות יש כבר אמצעי אכיפה אזרחית אפקטיביים במיוחד.³⁷⁶ שלישית, בתביעת "השבה הרתעתית" מתעוררת בהכרח שאלה בדבר מידת הקרבה של התובע לנתבע, במיוחד בהעדר יריבות אחרת ביניהם.³⁷⁷ לעומת זאת, ביחסי אמונות 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 לפסיקת חילוט אזרחי בנסיבות לא אמונאיות, שדווקא בהן הוא עשוי להידרש מטעמי "אין חוטא נשכר". לפתחם של בתי המשפט עדיין רובצת, לפיכך, המשימה לפתח מסגרת כללית משכנעת לדוקטרינה של חילוט אזרחי.

סיכום, או איככה?

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

בשלב זה, לעת סיכום, מתבקשת מאליה השאלה כיצד הגיעה הפרקטיקה המשפטית בישראל למצב זה, אשר פוגע – בלא טעם נראה לעין – באפשרות להתמודד ביעילות עם תרחישי שוחד באמצעות המשפט האזרחי, ואשר אף שונה מן המצב במשפט המשווה,

376 למעשה, בתרחישי שוחד האמונאי המפר (ולצידו הגורם המשחד) עשוי להיות חשוף הן לחילוט פלילי הן לתביעת חשבון ושלייה בדיני אמונות נוסף עליו, כך ש"השבה הרתעתית" בעשיית עושר מחוירה לעומתם. ראו ת"א (מחוזי מר') 46448-03-13 **חברת החשמל לישראל בע"מ נ' כהן** (נבו 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/ דא 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/.

377 בעניין **אגריפרם**, לעיל ה"ש 232, הייתה יריבות חוזית בין הצדדים. לאמיתו של דבר, הגם שהסעד שנפסק שם כונה "השבה הרתעתית", הוא לא חרג מאינטרס הציפייה, כפי שמעירים אנידג'ר, זמיר וכץ, לעיל ה"ש 311, בעמ' 57. כלומר, לא הייתה בו רבותא שרק חילוט אזרחי של ממש יכול להשיג.

שהדין הישראלי קרוב אליו במיוחד. בשורות הבאות נציע בקצרה השערות ראשוניות בדבר מענים אפשריים לשאלה, כמצע לעיון ודיון נוספים בעתיד. השערה אחת מבוססת על העובדה שהידע על אודות דיני האמונות החלים בדין הישראלי דעך במידה רבה בקרב הקהילה המשפטית בארץ, וכיום שוב אינו מוכר כפי שהיה בעבר.³⁷⁸ משכך, באי כוחם של נהנים ביחסי אמונות אינם טוענים לעילות ולסעדים באמונות, ובהתאמה, בתי המשפט אינם נדרשים לדון ולהכריע בהם.³⁷⁹ מכיוון שמדובר בסכסוכים אזרחיים ממוניים, אין זה בדרך כלל מתפקידו של בית המשפט לשמש פה לתובעים ולערוך את דינם במקום באי כוחם.³⁸⁰ וכך, משהטענות הראיות אינן נטענות כדבעי ואינן נדונות, הדין משתכח ומתנוון. דעיכתו של הידע בדיני אמונות בארץ היא תופעה מרתקת ומטרידה כאחד. בין הגורמים שהובילו לכך אפשר להצביע בעיקר על העדר הכשרה סדורה בנושא בישראל. במשך שנים לא נלמד בארץ קורס בדיני אמונות (בשם זה או אחר), הגם שמדובר בענף חשוב של המשפט הפרטי. גורם נוסף שתרם כנראה לדעיכת הידע המשפטי ולאובדן העניין בו הוא ניסוחן המשובש של הוראות חרותות בחקיקה האזרחית בדבר תרופות על הפרת חובת אמון של אמונאים מסוימים. הוראות אלו מציעות כביכול שמדובר בתרופות

378 כדוגמה לכך נצביע על קושי מתמשך בפסיקה ביחס לשאלה אם תובע המבקש מתן חשבונות 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 חשבונות על פי דרישה או על יסוד חשד ממשי להפרת חיוב אמונות ותו לו. אלה הם "החשבון הרגיל" ו"החשבון מחמת הפרה" הנזכרים לעיל ליד ה"ש 87–88 וליד ה"ש 106, ויש טעמים טובים להעדרה של דרישה להראות זכות לכספים במסגרת תביעה כזו למתן חשבונות. ראו ע"א 127/95 מועצת הפירות ייצור ושיווק נ' מהדרין בע"מ, פ"ד נא(4) 337, 344–345 (1997) (השופט ביניש); ע"א 5444/95 עמותת בני מוטרנות הגליל נ' הארכיבישוף שלום, פ"ד נא(4) 811, 819 (1997) (השופט ביניש); רע"א 5685/17 זילכה נ' קלדרון, פס" 9–10 (אר"ש 6.9.2017) (השופט סולברג); ת"א (שלום ב"י) 45700-08-16 ששון נ' אמקאן אחזקות (1995) בע"מ, פס" 27 (נבו 2.2.2022) (השופט חסדיאל). לדיון כללי ראו ליכט דיני אמונות, לעיל ה"ש 28, בעמ' 251–255. להשערה בדבר גורם אפשרי לתקלה ראו ליכט "מן הגורן", לעיל ה"ש 34.

379 ראו, למשל, עניין יעקב יעקב ובניו, לעיל ה"ש 114, שבו קבעה השופטת שטמר כי שולם שוחד למנהל של תאגיד ציבורי, אך התביעה והדיון המשפטי התנהלו במסגרת חונית בלבד. לדיון ראו ליכט "אמון ללא אמונות", לעיל ה"ש 114.

380 חריג לעיקרון זה יימצא כאשר בית המשפט פועל בבחינת "בית דין אביהם של יתומים", דהיינו, כאשר אין לנהנה ייצוג בר סמך, שאז בית המשפט עשוי להידרש לעזור וליישם את הדין ביוזמתו. כך הדבר, למשל, בבקשה למתן הוראות מצד נאמן או אפוטרופוס, כאשר הלה מצוי בניגוד עניינים או בחשש ממשי לכך, וכן בהליך אישור פשרה בתביעה נגזרת, שבו הן התובע הנגזר (או מבקש האישור) הן האמונאים הנתבעים של החברה מצויים בניגוד עניינים או בחשש ממשי לכך. ראו עמיר ליכט "האור בקצה המחילה – גילוי מלא של חומרי ועדה מייעצת לקראת פשרה בתביעה נגזרת" נקודה בסוף משפט (16.2.2021) /16/195/2021/02/16/195/; עמיר ליכט "שופט ובודק – מינוי מומחה בהליכי תביעה נגזרת, אישור פשרה, ושוב 'ועדה עצמאית'" נקודה בסוף משפט (22.1.2023) /22/245/2023/01/22/245/.

על חיובים חוזיים או נזיקיים: חלקן מפנות ל"דינים החלים על הפרת חוזה";³⁸¹ חלקן קובעות כי האמונאי "אחראי לנזק" שנגרם עקב ההפרה;³⁸² וחלקן מסתפקות בקביעת זכות לפיצויים.³⁸³ פרשנותן של הוראות אלו נחזית כפשוטה, אלא שזהו חזיון תעתועים, והן אכן תעתעו ועודן מתעתעות בבתי משפט לפרקים.³⁸⁴ בד בבד, ולא בלי קשר בין הדברים, דעכה גם ההסתייעות במשפט המשווה לפיתוח הדין הישראלי בתחום זה. בדור הנוכחי יש במשפט המשווה, ובעיקר במשפט האנגלו-אוסטרלי, תנופה גדולה בפיתוח דיני האמונות, תוך מתן מענה לסוגיות עיוניות ומעשיות שהנסיבות החדשות מציבות. מכיוון שדיני האמונות בישראל מושגתים במידה קרפית על הדין הזה, בתי המשפט בארץ יכולים להפיק ממנו כיום תועלת רבה, כפי שעשו קודמיהם בעבר.³⁸⁵

השערה שנייה מכלילה את השערתו של בית המשפט העליון בעניין **אבנון** בדבר זהות הסעדים בשתי העילות, כמפורט לעיל. על פיה, הן תובעים פוטנציאליים הן בתי המשפט התנהלו במשך שנים מתוך שכנוע או הנחה שדיני עשיית עושר מספקים מענה מלא בכל הקשור לסעדים על הפרת חובת אמון. זאת, בין היתר, לנוכח עלייתם והתבססותם של דיני עשיית עושר בדין הישראלי הודות לתרומתו של פרידמן, שעליה עמדנו בפירוט לעיל. לפי הלך מחשבה כזה, עיון בספרו של פרידמן "מייתר" כביכול את הצורך לבחון וליישם את דיני האמונות, שהם המסגרת העדיפה לכך (אם כי אין לכתחילה שהם היו נגישים פחות עד לאחרונה).³⁸⁶ כפי שראינו, דיני עשיית עושר אכן תופסים במצודתם לא פעם גם נסיבות של הפרת חובת אמון, כך שהיזקקות לכללי החבות בדיני אמונות עשויה להיראות מיותרת, ולא היא.

381 ראו ס' 256(א) לחוק החברות; ס' 9(א) לחוק השליחות.

382 ראו ס' 57 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962; ס' 88 לחוק הירושה; ס' 12(א) לחוק הנאמנות.

383 ראו ס' 12(א) לחוק הנאמנות יחד עם ס' 5 לחוק השומרים, התשכ"ז-1967; ס' 283(ב) לחוק החברות.

384 לדין מפורט בתבנית "דינים החלים על הפרת חוזה" ראו ליכט **דיני אמונות**, לעיל ה"ש 28, בעמ' 263-295. לדין ראשוני וחלקי בתבנית "אחראי לנזק" ראו עמיר ליכט "המעורן והנשגב – אשם תורם בהפרת חובת אמון" **נקודה בסוף משפט** (14.12.2015) <https://amirlicht.wordpress.com/> 2015/12/14/33/.

385 במקרים מאוחרים שבהם פנו בתי המשפט למקורות המשפט האנגלו-אוסטרלי הניבה הפסיקה לא פעם התקדמות משמעותית. ראו, למשל, תנ"ג (כלכלית ת"א) 61475-07-14 **דהן נ' דהן** (נבו 16.5.2019) (השופטת רונן); פר"ק 2308/08 **בורגר ראנץ מרכז (1983) בע"מ (בפירוק ובכינוס נכסים) נ' הכונס הרשמי** (נבו 13.7.2015) (השופטת אגמון-גונן); עניין **פאנאיה**, לעיל ה"ש 143 (השופטת קרת-מאיר). לעומת זאת, לפנייה לדין הדלוורי בתחום דיני החברות, שנעשתה אופנתית בשנים האחרונות, נודעה השפעה מעורבת ולעיתים אפילו גרסיבית על הדין הישראלי. הפנייה לדין זה, אשר יש לו פוטנציאל השוואתי לא מבוטל, צריכה להיעשות בזהירות יתרה.

386 ראו, למשל, לעיל ה"ש 252 והטקסט שלידה. ראו גם את האזכורים לסברתה של חביבי-סגל בדבר הקשר בין חובת האמון לדיני עשיית עושר, לעיל בה"ש 161, ואת הדיון בסברה רעועה זו לעיל ליד ה"ש 161 ואילך, אשר גם בה היה כדי לעודד פנייה לדינים אלו ולמקור המוסמך בקשר אליהם בספרו של פרידמן.

לבסוף, השערה שלישית מסתעפת מן ההשערה השנייה ומצביעה על מגמה כללית בפרקטיקה המשפטית בארץ. הכוונה להשתלבותם של דיני עשיית עושר בתחומים שמעבר לעיקרון הכללי נגד התעשרות בלתי צודקת, כפי שהוא משתקף בסעיף 1 לחוק עשיית עושר. השתלבות זו מחייבת שינויים והתאמות להקשרים הנוספים האלה, כדי להבטיח שתכליתם המיוחדת לא תסוכל. בהקשר הנוכחי הניסיון להחיל את דיני עשיית עושר בתרחישים של יחסי אמונאות אינו עולה יפה לעת עתה, בעיקר מחמת ההנחה הרעועה בדבר זהות הסעדים ואי-עריכת ההתאמות הנדרשות. פסקי הדין בענייני שוחד הנדונים במאמר מדגימים זאת היטב. השערה זו משתקפת בדברים שכתב השופט עמית בכתיבה חוץ-שיפוטית:

”בדיני חוזים יש כמה כלים שבהם בית המשפט מתערב בתוכן החוזה. פרשנות ותום 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.”³⁸⁷

אלה דברים נכוחים. בשינויים קלים הם יפים לענייננו, אם נחליף את “הזכויות החוקתיות” ב”השבה בעשיית עושר”. מה לנו אצלנו ומה לנו פטיש כאשר יש לנו “קונגו”, ולולא דמסטיפינא היינו אומרים D9.

387 עמית, לעיל ה”ש 234, בעמ’ 34.