

עבריינות הצווארון הלבן בישראל: האם נעשה די?

השיח בנושא הענישה הפלילית נוטה להתייחס לתכליות המצדיקות החמרה בעונש ככאלה הפועלות בכיוון אחד. ככל שיש הצדקה להחמיר בענישה בשל תכלית אחת, נובעת ממנה מיניה וביה גם הצדקה להחמרה בשל תכלית אחרת. כך, עברה שחומרתה וסיכונה גבוהים, ממילא תיחשב לרוב לכזו שמבחינה תועלתנית ראוי להרתיע מפניה, ולכזו שמשוכנותה מחייבת הרחקה של המורשע בה מן החברה. בד בבד, בעברות חמורות, מופחת משקלו של השיקום כשיקול להקלה בעונש.

ואולם, נראה כי שיח זה, שכוחו יפה לרוב העברות הפליליות, אינו הולם בהכרח את עברות הצווארון הלבן. בשונה משאר סוגי העברות, שקיים ספק רב בנוגע לאפקטיביות הענישה בגינן כגורם מרתיע, נחשבות עברות אלה לכאלה הנעשות מתוך שיקול תועלתני-רציונלי של השאת רווחים, ולפיכך – לכאלה שניתן להרתיע מפניהן באמצעות עונש שיאיין את אותה תועלת. מנגד, מבחינה דאונטולוגית, נחשבות העברות הכלכליות לעברות שחומרתן פחותה יחסית, למצער בהשוואה לעברות אלימות או לעברות מין משמעותיות. שיקולים דאונטולוגיים ותועלתניים עשויים, אפוא, לפעול בעברות אלה בכיוונים מנוגדים. בשיטות משפט המעמידות את הגמול כרף ענישה עליון, דוגמת השיטה הישראלית, עשויה ההגבלה על העונש המרבי בעברות כלכליות ליצור חסר הרתעתי, שיסכל את תכליתו לשמש אמצעי אפקטיבי למניעת עברות. זאת, גם אם מביאים בחשבון את ההשפעה המוגברת הנטענת של הענישה על עברייני הצווארון הלבן.

נוכח המסקנה שהמאפיינים של עברייני הצווארון הלבן ושל העברות הכלכליות נבדלים מאלה של יתר העברות, בוחן המאמר פתרונות שיקלו על הכוונת ההתנהגות של העומדים מאחורי תופעה זו, בלי לזנוח את שיקולי הגמול. בין היתר נדונות האפשרות להגדיל את תוחלת הסנקציה הפלילית באמצעות חיזוק משקל האכיפה – שאינה מערימה קשיים במישור הגמולני, על חשבון רמת הענישה המוטלת על העבריין הפוטנציאלי; שימוש באמצעים חלופיים מתוך הדין הפלילי, שאינם עונשיים במהותם, אך יש בהם כדי ליצור הרתעה כגון חילוט או פיצויים; ושימוש באמצעים חלופיים מחוץ לדין הפלילי

* מוסמך למשפטים (LL.M), אוניברסיטת קולומביה. ברצוני להודות לפרופ' אלון הראל, לדב גלעד כהן, למאור ברדיצ'בסקי ולאבי ארוניס על הערותיהם הטובות לטיוטה קודמת של מאמר זה, וכן לחברי מערכת "משפט חברה ותרבות" ולעורך דביר יוגב על עבודת העריכה הקפדנית והמועילה שתרמה רבות לשיפורו. מאמר זה מוקדש לאבי, יצחק לבני, שהלך לעולמו במהלך כתיבתו, אשר עודד אותי לכתוב את המאמר, ועודד אותי לכתוב בכלל. הדברים הכתובים במאמר מייצגים את דעת הכותב בלבד.

כגון אכיפה מנהלית. נוכח האפקטיביות המוגבלת של פתרונות אלה, בוחן המאמר אפשרות לבחינה נפרדת של העבריינות הכלכלית – שלא כחלק ממערך העברות הכולל – בין היתר תוך שינוי היחס שבין שיקולי הענישה, ובכלל זה חיזוק מעמדה של ההרתעה. יהיה הפתרון אשר יהיה, גורס המאמר כי אין לגזור גזירה שווה בין עבריינות הצווארון הלבן לעבריינות הכללית, וכי ההבדלים בין סוגי העברות צריכים להישקל גם במישור האכיפה.

א. מבוא ב. על הענישה ומטרותיה ג. הרפורמה בענישה בישראל: יצירת היררכיה בין התכליות ד. מדוע עבריינים מבצעים עברות? ה. על עבריינות הצווארון הלבן ו. עברות הצווארון הלבן: ההיבט הגמולני ז. האנומליה של הצווארון הלבן 1. מהות האנומליה 2. האומנם אנומליה? הרהורי כפירה ומענה להם ח. התמודדות עם אנומליית הצווארון הלבן 1. שימוש באיבר השני של מכפלת התוחלת 2. הרתעה באמצעים פליליים שאינם נושאים משמעות גמולנית 3. הרתעה באמצעים לא פליליים: אכיפה מנהלית 4. התייחסות לעבריינות הצווארון הלבן כקטגוריה נפרדת ט. סיכום

א. מבוא

השיח בנושא עברות הצווארון הלבן זכה בשנים האחרונות להתעניינות מוגברת. אף שהמושג נהגה לראשונה כבר בשנות הארבעים של המאה העשרים, ונדון לא אחת בכתיבה האקדמית במשך השנים, התפיסה החברתית והשיפוטית הרווחת נמנעה מלייחס לעברות אלה חומרה יתרה, והטלת עונשי מאסר בגינן לא הייתה בגדר חזון נפרץ.¹ ההנחה המקובלת הייתה שהפער בין עברות הצווארון הלבן להפרות רגולטוריות הוא מצומצם באופיו,² ושהנזק הנגרם לעברייני הצווארון הלבן מעצם העמדתם לדין ממילא גדול דיו.³ היו שטענו כי הקרבה המעמדית והמקצועית בין השופטים לחלק מעברייני צווארון לבן תרמה אף היא את תרומתה להתייחסות המקלה לתופעה זו. המגמה השתנתה במרוצת שנות השמונים של

1 Samuel W. Buell, *Is The White Collar Offender Privileged?*, 63 DUKE L. J. 823, 833 (2014) (להלן: בואל); Frank O. Bowman, *Pour Encourager les Autres? The Curious History and Distressing Implications of the Criminal Provisions of the Sarbanes-Oxley Act and the Sentencing Guidelines Amendments That Followed*, 1 OHIO ST. J. CRIM. L. 373, 385–91 (2004); Stephen Breyer, *The Federal Sentencing Guidelines and the Key Compromises upon Which They Rest*, 17 HOFSTRA L. REV. 1, 20–21 (1988)

2 John C. Coffee, Jr., *Paradigms Lost: The Blurring of the Criminal and Civil Law Models – And What Can Be Done About It*, 101 YALE L.J. 1875, 1878 (1992); "אפיונים מיוחדים של עבריינות הצווארון הלבן" עיוני משפט טו 3, 415, 421 (1990) (להלן: מן).

3 Kenneth Mann, Stanton Wheeler & Austin Sarat, *Sentencing the white-collar offender*, AMERICAN CRIMINAL LAW REVIEW 17, 484-485 (1980) (להלן: מן, וילר וסרט).

המאה הקודמת,⁴ וביתר שאת בעשור הראשון של האלף החדש, בין היתר על רקע פרשיות רחבות היקף של עבריינות כלכלית שסוקרו בהבלטה בכלי התקשורת.⁵ שינויים אלה התבטאו, בין היתר, ביוזמות חקיקה שביקשו להקשיח את הענישה בכמה מעברות הצווארון הלבן הלבן;⁶ תוך הרחבת קשת הכלים האכיפתיים,⁷ ובהחמרה ברמת הענישה בגין עברות אלה על ידי בתי המשפט.⁸ בד בבד עם שינויים אלה חל שינוי ברטוריקה השיפוטית שהתייחסה לעבריינות הצווארון הלבן ולנזקה הישירים והפוטנציאליים.⁹ בה בעת, וכפועל יוצא מכל אלה, חלה תנודה גם בסנטימנט החברתי כלפי העבריינות הכלכלית וכלפי המענה הראוי לה מבחינה ענישתית. ואולם, חרף שינויים אלה, לא קיימות אינדיקציות להצטמצמותה של תופעה זו, ובהיבטים מסוימים אף נראה שהיא הולכת וגדלה.¹⁰ נתון זה מעורר תמיהה

4 Francis T. Cullen, Bruce G. Link and Craig W. Polanzi, *The Seriousness of Crime Revisited: Have Attitudes Toward White-Collar Crime Changed?*, 20 CRIMINOLOGY. 83, (1982).

5 כזו היא, למשל, פרשת קריסתו של תאגיד הענק אנרון (Enron) בשנת 2001, לאחר שהחברה ביצעה תרמית חשבונאית מתוכננת ומתוחכמת לאורך זמן, באופן שיטתי ומונחה מלמעלה, דיווחה על מאזנים שקריים ובכיריה סחרו במניות על בסיס מידע פנים. ראו Ann Marie Tracey & Paul Fiorelli, *Nothing Concentrates the Mind Like the Prospect of a Hanging: The Criminalization of the Sarbanes-Oxley Act*, 25 N. ILL. U. L. REV. 125, 127 (2004). ראו, למשל, Sarbanes-Oxley Act (2002), Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745. ראו גם תיקון 45 לחוק ניירות ערך, ס"ח 2274, עמ' 206 (2011), שהביא להכפלת הענישה בגין שימוש במידע פנים שהתקבל מאיש פנים משנה לשנתיים; ולהחמרת הענישה בגין עברות דיווח במטרה להטעות משקיע סביר, משלוש לחמש שנים.

7 ראו, למשל, חוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000 (להלן: חוק איסור הלבנת הון).

8 ראו, למשל, ע"פ 4666/12 גורביץ' נ' מ"י (פורסם בנבו, 8.11.2012) (להלן: עניין גורביץ'); ע"פ 6020/12 מ"י נ' עדן (פורסם בנבו, 29.4.2013) (להלן: עניין עדן); כן ראו בואל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 835-837.

9 ראו, למשל, ע"פ 7014/06 מ"י נ' לימור, פס' 72 (פורסם בנבו, 4.9.2007) (להלן: עניין לימור); ע"פ 1042/03 מצרפס שותפות מוגבלת בע"מ נ' מ"י, פ"ד נח(1) 721, פס' 26 (2003).

10 ראו *Go Directly to Jail: White Collar Sentencing after the Sarbanes-Oxley Act*, 122 HARV. L. REV. 1728, 1734-1735 (2009) (להלן: *Go Directly to Jail*), שם מצוין כי מספר ההרשעות דווקא עלה בשנים שלאחר Sarbanes-Oxley Act, וכי בעת שזה עמד בתוקף, התרחשו פרשיות מרמה רחבות היקף דוגמת זו של ברני מיידוף; ראו גם DAVID WEISBURD, *CRIMES OF THE MIDDLE CLASSES: WHITE-COLLAR OFFENDERS IN THE FEDERAL COURTS* (1991) שהחיתות העולמי, ישראל במקום ה-32 מתחת לברזוואנה וקטאר "חדשות" nana10 27.1.2016 news.nana10.co.il/Article/?ArticleID=1171910 וכן "יותר גרועים מצ'ילה: ישראל במדרד השחיתות" Ynet 27.1.2016 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4758459,00.html (להלן: מדרד השחיתות העולמי). לפי הנתונים, ישראל הידרדרה בין השנים 2009 ל-2011 מהמקום ה-30 למקום ה-36, ובשנת 2012 אף למקום ה-39. בשנת 2013 אמנם נרשמה התאוששות שהתבטאה בעלייה למקום ה-36, אך שנה מאוחר יותר ירדה ישראל שוב למקום ה-37. בשנת 2015 עלתה ישראל עד למקום ה-32 אך הציון שקיבלה לא השתנה במידה ניכרת. ראו נתונים באתר שקיפות בינ"ל-ישראל ב-www.ti-israel.org/ti-international. מגמה דומה משתקפת

דווקא בשל אופייה הרציונלי של העבריינות הכלכלית, כשם שיפורט להלן, ובשל יכולתה של הענישה להשפיע על המוטיבציות לביצועה.

ברשימה זו נעמוד על המאפיינים של עבריינות הצווארון הלבן, על ייחודה, ועל הקשר בין מאפיינים אלה לבין דרכי ההתמודדות עמה במישור האכיפה. נצביע על האנומליה של עברות הצווארון הלבן, בהיותן מחד גיסא, בעלות חומרה פחותה בהשוואה לחלק מעברות הצווארון הכחול (דוגמת מרבית עברות המין והאלימות); ומאידך גיסא, אטרקטיביות לביצוע ובעלות רגישות מוגברת לענישה. נרחיב על המקרה הישראלי ועל הקושי הכרוך בקיומו של רף עליון מרבי בלתי־עביר לענישה, הנגזר משיקולים גמולניים, מאז כניסתו לתוקף של תיקון 113 לחוק העונשין בדבר הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה. נטען כי הגבלה זו יוצרת חסר הרתעתי המקשה על הכוונת התנהגותם של עברייני הצווארון הלבן בדרך יעילה, באמצעות אכיפה פלילית. בחלקו האחרון של המאמר נציע כמה פתרונות לאנומליה, שיש בהם כדי להגביר את כוחו המרתיע של העונש בלי לחצות את הרף העליון הגמולני. בשל חולשתם של פתרונות אלה נבחן את האפשרות לייחד לעבריינות הצווארון הלבן מסגרת ענישתית נפרדת, התואמת את מאפייניה ומספקת לה מענה.

ב. על הענישה ומטרותיה¹¹

קשה למצוא מקום שבו המדינה מתערבת בחירותו של הפרט ומטילה עליו הגבלות, יותר מאשר הענישה הפלילית. אכן, ענישה מטבעה גורמת סבל – ויהיה זה כאב גופני, כאב חומרי, כאב נפשי או כל סבל אחר.¹² אין מדובר בכאב קונבנציונלי, המבקש רק לאפשר חיים משותפים בחברה מתוך איוון בין הפרטים החיים בה, אלא כפי שהגדיר זאת הובס – הטלת

מבדיקת הנתונים בנוגע לפתיחת תיקים ולהגשת כתבי אישום בעברות ניירות ערך (על אף מסד הנתונים החלקי שיש בהיבט זה). כך, מספר תיקי החקירה שנפתחו במחלקת החקירות של רשות ניירות ערך בעברה של תרמית בניירות ערך (אולי המרכזית שבעברות ניירות ערך) עמד על שניים ב־2008; ארבעה בשלוש השנים 2009–2011; חמישה תיקי חקירה נפתחו בשלוש השנים 2012–2014; ורק בשנת 2015 ירד מספרם שוב לשלושה. מספר כתבי האישום בעברה זו עלה משניים בשנים 2011–2012 לשלושה בשנת 2013, שישה כתבי אישום הוגשו בשנת 2014, ורק בשנת 2015 ירד מספרם שוב לשלושה. הנתונים לקוחים מהדוחות השנתיים של רשות ניירות ערך ב־<http://www.isa.gov.il/%D7%94%D7%95%D7%93%D7%A2%D7%95%D7%AA%20%D7%95%D7%A4%D7%A8%D7%A1%D7%95%D7%9E%D7%99%D7%9D/Reports/176/Pages/default.aspx>.

11 על אף הברלים מסוימים בין המונחים "מטרות", "תכליות" ו"שיקולים" בכל הנוגע לענישה, ברשימה זו השתמשתי לסירוגין בכל אחד מהם כדי לתאר משמעות דומה הנוגעת למטרות הענישה בעברות מסוימות או לגבי עבריינים מסוימים (להבריל מההצדקות לעצם כינונו של מוסד הענישה). זאת, בשים לב לשימוש הרווח הנעשה בכל אחד מהם בפסקי הדין הרגילים בנושא. ראו, למשל, עניין לימור, לעיל ה"ש 9; ע"פ 4424/98 סילגרו נ' מ"י, פ"ד (5) 529 (2002).

12 שלמה גיורא שוהם, גבריאל שביט, גבריאל קאבאליון ותומר עינת עברות ועונשים: מבוא לפנולוגיה – על תורת הענישה והשיקום, מניעת פשע ואכיפת חוק 26–27 (2009) (להלן: שוהם, שביט, קאבאליון ועינת).

"אימה" ממש.¹³ אופי זה של הענישה מטיל על המדינה ועל שלוחותיה הגבלות כבדות הן ביצירת עברות פליליות¹⁴ הן בהפעלתן.¹⁵ מעבר לכך, אופי זה מחייב שהטלת עונשים בגין ביצוע עברות תיעשה רק כדי להגשים מטרות ראויות הגוברות במשקלן על הפגיעה הכרוכה בהתערבות הנרחבת בחיי הפרט.¹⁶

בקווים גסים נהוג לחלק את מטרות הענישה לשתי קבוצות עיקריות המתבססות על שתי תורות מוסר נבדלות זו מזו: תורת המוסר הגמולנית ותורת המוסר התועלתנית.¹⁷

במובנה הטהור, תורת המוסר הגמולנית-דאוטולוגית,¹⁸ הנסמכת על תורתו של הפילוסוף עמנואל קאנט, מעמידה במרכז את האדם כייצור תבוני וקובעת שיש להתייחס אליו כאל ישות עצמאית וכאל עולם ומלואו. בשל אופי זה, יש לראות באדם תכלית בפני עצמה ולא כלי להשגת מטרות חברתיות החורגות ממנו.¹⁹

על יסוד טבע זה של האדם, ובשל היותו יצור תבוני בעל אוטונומיה ורצון חופשי, יש לגמול לו על העברה שביצע, וכך לשרת את הצדק. זאת שכן בבצעו עברה, הפיק העבריין יתרון מהפרת חירותו של הזולת בעוד חירותו שלו נותרה בעינה. הגמול העונשי נועד להשיב על כנו את חוסר האיזון שיצרה העברה, והיקפו ייגזר רק מחומרת העברה ויהלום אותה,

13 תומס הובס לויטן 161 (יוסף אור מתרגם, התשכ"ב).

14 כזה הוא, למשל, הכלל שמקורו במשפט העברי (סנהדרין נ"ד, ע"א) ולפיו אין עונשין מן הדין (סעיף 1 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין)). כזו היא גם ההגבלה על קביעת עברות שעונש המאסר בגינן עולה על שישה חודשים, ועונש הקנס בגינן עולה על זה שאפשר להטיל בשל עברה שעונשה הוא "קנס שלא נקבע לו סכום", אלא בחקיקה ראשית, כשגם עברות חמורות פחות טעונות אישור ועדה של הכנסת (סעיף 2 לחוק העונשין).

15 בכלל זה קביעת רמת הוכחה של "מעבר לספק סביר", קביעת הגבלות ראייתיות קפדניות כגון היעדר קבילות של עדויות מפי השמועה והסייג הנוגע לעדות של בני זוג או של הורה וילד (סעיף 3-4 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971); ומערכת מורכבת של סדרי דין שאחת ממטרותיה המרכזיות היא הגנה על הזכויות והאינטרסים של הנאשם בהליך הפלילי.

16 על ההגבלות החוקתיות הניצבות לפני הדין הפלילי, ובכללן הדרישה לתכלית ראויה שבפסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ראו אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5 (1996).

17 לסקירה ראו יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין 1419-1450 (מהדורה שלישית, 2013) (להלן: רבין וואקי).

18 משמעותו של מונח זה, שמקורו ביוונית, היא "ראוי" או "צודק".

19 כפי שכתב קאנט בציווי המוחלט שהציב: "בכל הבריאה כולה אפשר להשתמש בכל מה שאנו רוצים ושעליו יש לנו שליטה כלשהי גם בחינת אמצעי בלבד; רק האדם, ועמו כל ייצור תבוני, הוא תכלית כשהוא לעצמו. שהרי הוא נושא של החוק המוסרי, שהוא קדוש, בכוח האוטונומיה של חירותו". מכוח ציווי זה גזר קאנט גם ציווי אופרטיבי: "עשה פעולתך כך שהאנושות, הן שבך שבכל איש אחר, תשמש לך לעולם גם תכלית ולעולם לא אמצעי בלבד". ראו עמנואל קאנט הנחת יסוד למטפיסיקה של המידות 94-95 (מ' שפי מתרגם, ש' שטיין עורך, התשנ"ד).

מידה כנגד מידה. שקילת שיקולים החורגים מהגמול הצודק לעברה – למשל מתוך רצון לקדם תכליות שמעבר לנאשם עצמו – תיחשב בלתי-מוסרית.²⁰ לעומתה, תורת המוסר התועלתנית מתמקדת בתוצאת המעשה, ורואה בענישה אמצעי להשאת האושר המצרפי וכלי לקידום ערכים חברתיים החורגים מהעברייני עצמו. תחת תורת המוסר התועלתנית – שהוגיה המרכזיים היו הפילוסוף הבריטי בן המאות ה־18–19, ג'רמי בנת'אם²¹ והפילוסוף הבריטי, ג'ון סטיוארט מיל²² – מסתופפות כמה תכליות קונקרטריות. התכלית הקונקרטית הראשונה היא הרתעה, ספציפית וכללית. שיקול זה מבוסס על הרצון למנוע עברות בשל הנזק שהן גורמות לסדר החברתי והציבורי ולביטחון של יתר הפרטים בחברה. בשונה מהשיקול הגמולני, הצופה פני עבר, ענישת העברייני התועלתנית מבקשת לגבות ממנו מחיר שילמדהו לקח, ויניאו מלשוב ולבצע את העברה בעתיד, מתוך פחד מהתוצאות הכרוכות בהפרת החוק. בצד זה, מבקשת ענישת העברייני היחיד לאותת לכלל ציבור העבריינים הפוטנציאליים לבל ישקלו לבצע עברות, פן תשיגם ידו של החוק ותגבה מהם מחיר. מחיר זה אינו אקראי: עליו לעלות על התועלת הצפויה לעברייני הטיפוסי מביצוע העברה. רק בדרך זו צפוי עברייני רציונלי להימלך בדעתו ולהימנע מביצוע עברה.²³ התכלית הקונקרטית השנייה היא מניעה. לפי תכלית זו, ענישת העברייני – ובמיוחד כליאתו מאחורי סורג ובריה – מבקשת להגן על החברה מפניו, מתוך תפיסה שעצם מסוכנותו מקימה עילה עצמאית להרחקתו מהחברה ולהגבלת יכולתו הפיזית לבצע עברות, בלי קשר לעוצמת הפגם המוסרי שבהתנהגותו.²⁴

התכלית הקונקרטית השלישית היא שיקום. לפי תכלית זו, ענישת העברייני נועדה גם לתקן את דרכיו הרעות, להביא לשיפור אישיותו ואורחותיו, ולאפשר את שילובו מחדש

- 20 ראו, למשל, Beryl G. Thompson, *The justification, Purposes and Functions of Punishment in Our Domestic Society*, 26 S.U.L. REV., 265, 270 (1999); MICHAEL S. MOORE, *THE MORAL WORTH OF RETRIBUTION* (2010); Andrew von Hirsch, *Proportionate Punishment*, in PRINCIPLED SENTENCING, 188-200 (Andrew von Hirsch, Andrew Ashworth & Julian ANDREW VON HIRSCH, DOING JUSTICE: (להלן: PRINCIPLED SENTENCING) Roberts eds., 1992) (von Hirsch – Justice: (להלן: THE CHOICE OF PUNISHMENT, 45-55 (1976).
- 21 JEREMY BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, in COLLECTED WORKS OF JEREMY BENTHAM (J.H Burns & H.L.A Hart eds., 1970); JEREMY BENTHAM, Punishment and Deterrence, in PRINCIPLED SENTENCING 66-62.
- 22 ג'ון סטיוארט מיל על החירות (ברק בן נתן עורך, אהרון אמיר מתרגם, 2006); ג'ון סטיוארט מיל התועלתניות (יוסף אור מתרגם, ח"י רות עורך, התשמ"ט). ראו גם רות קנאי "היחס בין מטרות הענישה ושיקולי הענישה לשיקול הרעת של השופט בקביעת העונש" מחקרי משפט י 39, 42 (1993) (להלן: קנאי).
- 23 שוהם, שביט, קאבאליון ועינת, לעיל ה"ש 12, בעמ' 32-33, 107.
- 24 Sentencing on the Basis of Risk: The Model Sentencing Act; Jean Floud, *Extending Sentences for Dangerous Offenders*, in PRINCIPLED SENTENCING 109-112, 124-128; שוהם, שביט, קאבאליון ועינת, לעיל ה"ש 12, בעמ' 159; קנאי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 64-70.

בחברה כאזרח שומר חוק. האופי התועלתני של תכלית זו נגזר מהתפיסה ששיקום העברייני והחזרתו למוטב הם הדרך היעילה ביותר להגן על החברה מעבריינות,²⁵ במיוחד כשאין מדובר במעידה חד-פעמית אלא בדפוס מושרש, באורח חיים או בהתמכרות.

כאמור, תכליות אלה השלוש אינן מתמקדות בשיקולי צדק הקשורים בחומרת העברה אלא באינטרסים חברתיים שמעבר לעברייני ולחומרת מעשהו – הרצון לכוון את התנהגותם של אחרים באמצעות ענישת העברייני היחיד (בהרתעה כללית); הרצון להגן על החברה מפני המסוכנות הנלמדת ממעשה העברייני; והרצון להפוך את העברייני לאדם יצרני ושומר חוק המשתלב בקהילה שבה הוא חי בלי להטיל עליה סיכון.

במשך הזמן נמתחה ביקורת על שתי גישות נוגדות אלה.

נגד הגישה הגמולנית נטען כי אין היא משרתת אלא תאוות נקם, וכי אין בה כשלעצמה כדי להצדיק את ענישת העברייני אם אין בכך כדי לתרום לרווחה החברתית. עוד נטען נגד השרירותיות שבקביעת עונש ראוי מדויק, ונגד נטייתה של גישה זו להתבונן במעשה העברה במנותק מהקשרו הרחב, ובמיוחד מנסיבות החיים והמציאות החברתית שעל רקע קיומן התבצעה העברה.

נגד הגישה התועלתנית נטען שהיא משתמשת בכני אדם ומקריבה את זכויותיהם בעבור מטרת חברתיות שאינן נוגעות להם. כך, למשל, נטען כי הטלת עונש על עברייני רק כדי להתרועע אחרים, "למען יראו וייראו", הופכת אדם לכלי ומתעלמת ממעמדו המוסרי.²⁶ מעבר לכך נטען – והדבר אף עוגן בחלק מהמחקרים בנושא – כי ענישה אינה כלי אפקטיבי להתרעה וכי החמרת הענישה אינה מובילה להפחתה בפשיעה.²⁷ בדומה נמצא במחקרים כי פעמים רבות, ההנחה שטיפול שיקומי (לא כל שכן בכלא) עשוי להביא לצמצום הפשיעה, מתנפצת על קרקע המציאות.²⁸ זאת, לבד מהקושי הגמולני שבהקניית טיפול מיטיב למי שסרח, תחת ענישה הולמת. גם תכלית המניעה אינה חסינה מביקורת – הן עקב הקושי הקונספטואלי שבענישת עברייני לא בגין מעשים שעשה בעבר אלא בשל אלה שאולי יעשה בעתיד; הן בשל קשיי הניבוי הכרוכים במניעת עבריינות עתידית; הן בשל העובדה שכל

25 שוהם, שביט, קאבאליון ועינת, לעיל ה"ש 12, בעמ' 130-131; קנאי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 58-64, Andrew von Hirsch, *Rehabilitation*, in PRINCIPLED SENTENCING, בעמ' 5-1, לעיל ה"ש 20.

26 ראו, למשל, Alan H. Goldman, *Deterrence Theory: Its Moral Problems*, in PRINCIPLED SENTENCING, לעיל ה"ש 20, בעמ' 93-98.

27 לסקירת מחקרים בנושא ראו Charyl M. Webster and Anthony N. Doob, *Searching for Sasquatch: Deterrence of Crime Through Sentence Severity*, THE OXFORD HANDBOOK FOR SENTENCING AND CORRECTION 173, 190 (Joan Petersilia and Kevin R. Reitz, eds., 2012) (להלן: וובסטר ודוב); Michael Tonry, *the Mostly Unintended Effects of Mandatory Penalties: Two Centuries of Consistent Findings*, 38 CRIME & JUST 65, (2009); Shawn Bushway and Raymond Paternoster, *The Impact of Prison on Crime*, in DO PRISONS MAKE US SAFER? THE BENEFITS AND COSTS OF THE PRISON BOOM, 119, 138-143 (Steven Raphael and Michael A. Stroll eds., 2009).

28 שוהם, שביט, קאבאליון ועינת, לעיל ה"ש 12, בעמ' 138, Robert Martinson, *What Works? Questions and Answers About Prison Reform*, 35 PUBLIC INTEREST, 22 (1974).

שתקופת המאסר מתארכת – מתוך רצון להגן על החברה – כך קטן הסיכוי שכאשר העבריין ישתחרר מהכלא בסופו של דבר, תפחת מסוכנותו. הביקורת על גישות קצה אלה הולידה גישות ביניים, הכוללות רכיבים משתי הגישות. לפי אחת מגישות הביניים הכולטות, אף ששיקולי צדק אינם מתיישבים עם עונש החורג מהעונש המרבי ש"מגיע" לעבריין בשל חומרת מעשיו, שיקולים תועלתניים עשויים לשמש לקביעת העונש המדויק בספקטרום העונשים שמתחת לעונש מרבי זה.²⁹

ג. הרפורמה בענישה בישראל: יצירת היררכיה בין התכליות

עד שנת 2012 נעדרה מערכת הענישה הישראלית קווים מנחים ליישום קונקרטי של תכליות אלה. תחת זאת שימשו התכליות השונות בערבוביה והוזכרו כולן להצדקת העונש. על מגמה זו הקלה העובדה שפעמים רבות פעלו התכליות ה"מחמירות" – זו הגמולנית ושתיים מבין התועלתניות, הרתעה והרחקה – בכיוון אחד: ככל שהעברה הייתה חמורה יותר מבחינה גמולנית, כך גברו ההצדקה והרצון להרתיע מפניה וקמה חזקת מסוכנות שחייבה את כליאת העבריין כדי להגן על הציבור מפני אפשרות ביצועה.³⁰ ככל שהיה מתח, הוא עמד בין התכליות המחמירות שצוינו לבין התכלית "המקלה" – השיקומית – ולא בקרב התכליות המחמירות עצמן. קביעה זו לא נעדרה יסוד. במקרה הפרדיגמטי, במיוחד בעברות חמורות, אכן עשוי להתקיים מתאם בין שלוש התכליות המחמירות. עם זאת, הרושם שנוצר מקריאת פסקי דין מאותה עת היה שאזכור כל התכליות כולן היה רטורי, ושעיקר מבוקשו היה לחזק את ההנמקה, בלי שהיה בו מסר כלשהו באשר ליחס בין התכליות או באשר לחשיבות הייחודית של אחת מהן בהשוואה לאחרות.³¹

בחודש יולי 2012 נכנס לתוקפו תיקון 113 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 בדבר הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה.³² אחד השינויים המשמעותיים שקבע התיקון הוא יצירת היררכיה בין שיקולי הענישה, תוך הענקת הבכורה לשיקולי גמול והעדפתם על פני שיקולים

29 Norval Morris, *Desert as a Limiting Principle*, in *PRINCIPLED SENTENCING* (להלן: מוריס), לעיל ה"ש 20, בעמ' 206-201.

30 קנאי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 75-73.

31 ראו, למשל, ע"פ 3873/08 **אטיאס נ' מ"י** (פורסם בנבו, 6.9.2010), שם ציין בית המשפט כי "בית משפט זה עמד לא אחת על כך ששיקולי גמול והרתעה מחייבים להחמיר בעונשם של עברייני המין ולבודדם לתקופה ארוכה מן החברה [...] מדובר בעברות שהמחוקק מייחס להן חומרה מיוחדת, המתבטאת, בין היתר, בעונש המרבי הקבוע בצדן בחוק. מעבר לכך, אין אנו רשאים להתעלם גם משיקולי הרתעה, מניעה וגמול"; ע"פ 9356/09 **פלוגי נ' מ"י** (פורסם בנבו, 24.10.2010), שם קבע בית המשפט כי "בצדק ראה בית המשפט להשית על המערער עונש משמעותי, הנותן משקל לשיקולי גמול והרתעה"; ע"פ 779/08 **מוסלי נ' מ"י** (פורסם בנבו, 1.4.2009), שבו נפסק כי "לבית המשפט הסמכות הבלעדית לשקול את שיקולי הענישה ולאזן בין שיקולי הגמול וההרתעה לבין שיקולי השיקום בעניינו של נאשם אינדיבידואלי. משגוזר בית המשפט על נאשם עונש מאסר בעבודות שירות, הוא נותן בכך משקל מיוחד להיבט השיקום בענישה על פני תכלית הגמול וההרתעה".

32 ס"ח תשע"ב מס' 2330 מיום 10.1.2012 עמ' 102.

תועלתניים ובראשם ההרתעה, שעד אותה עת תפסה מקום של כבוד בהנמקות של פסקי דין.³³ היררכיה זו נוצרה באמצעות אימוץ מודל מעורב, שגבולות הענישה בו מוגדרים על יסוד שיקולי גמול, ונגזרים מחומרתה המושגית של העברה בנסיבות ביצועה; ואילו מיקומו המדויק של העונש בגבולות אלה, שרוחבם מדוד, נגזר גם משיקולים תועלתניים ובהם הרתעה אישית והרתעה כללית. מודל זה תאם במידה רבה את מודל הגמולנות המגבילה המיוחס לנובל מוריס.³⁴ לפי מודל זה, הגמול אינו מגדיר רמת ענישה מדויקת אלא משרטט גבולות חיצוניים היוצרים מתחם ענישה, שכל אחד מהעונשים בתוכו משקף עונש ראוי מבחינה גמולנית. קביעת העונש המדויק מקרב העונשים שבמתחם נעשית על יסוד שיקולים המגלמים תועלת חברתית כגון הרתעה, שיקום והרחקה, וכן באמצעות שיקולים אישיים. אמנם, הגבולות של מתחם הענישה (כפי שהוא מכונה בתיקון 113) אינם בלתי־עבירים, ושיקולי תועלת של מניעת מסוכנות או של שיקום עשויים לאפשר במקרים מסוימים את פריצתו, ואולם בפועל אפשרות החריגה היא בגדר יוצא מן הכלל המעיד על הכלל.³⁵

כלל זה מציב במפורש במעלה הסולם את הרצון שהעונש יהלום את החומרה הנובעת מהעברה, הן מתוך תחושת צדק בסיסית, הן כאמת־מידה אובייקטיבית לצמצום פערי ענישה בין נאשמים. אשר להרתעה הכללית, שקודם לכן שימשה נימוק מרכזי להחמרת הענישה, זו נדחקה לתחתית הסולם, כשיקול אחד בין יתר השיקולים המאפשרים תנועה בגבולותיו הצרים של המתחם, שווה־ערך לנסיבות אישיות הקשורות בעבריו, שלרוב נחשבו משניות בחשיבותן. אכן, לא רק שההרתעה ממוקמת מתחת לגמול בסולם התכליות, היא אף הונמכה אל מתחת לשני השיקולים התועלתניים האחרים – שיקום (שכאמור, בשונה ממנה מאפשר חריגה לקולה מהמתחם) והרחקה (שבשונה ממנה מאפשרת חריגה מסוימת לחומרה). כפי שצוין, ביסוד ההיררכיה שנקבעה עמדה גם הירידה המתמשכת בקרנה של ההרתעה כשיקול המצדיק החמרה בענישה. ירידה זו הייתה פועל יוצא של מחקרים שלא מצאו קשר בין החמרת הענישה להרתעה, והעלו ספק בדבר היכולת למנוע עברות עתידיות באמצעות

33 המלצות ועדת השופט אליעזר גולדברג (שאומצו בתיקון 113 לחוק העונשין) – להגדיר את מטרת הענישה ולקבוע כי חומרת הענישה תהלום את חומרת העברה – נגזרו מ־Criminal Justice Act, 1991 האנגלי. עם זאת, בשונה מהדין הישראלי, הדין האנגלי לא הגדיר היררכיה בין המטרות. גישה זו ננקטה גם ב־Criminal Justice Act, 2003, המונה ב־142(1), את מטרת הענישה – דאונטולוגיות ותועלתניות – תוך הדגשה של Sentencing Guideline Council כי “The Act does not indicate that any one purpose should be more important than any other and in practice they may all be relevant to a greater or lesser degree in any individual case – the sentencer has the task of determining the manner in which they apply” ראו ב־http://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/web_seriousness_guideline.pdf.

34 מוריס, לעיל ה"ש 29, בעמ' 201-206.

35 ראו סעיפים 44-40טו לחוק העונשין; להרחבה בנוגע לתיקון 113 ראו עמי קובו "פירוש לתיקון מס' 113 לחוק העונשין בדבר הבניית שיקול הדעת בענישה" הסניגור 4, 183 (2012); חגית לרנאו וישי שרון "שמונה הכרעות ערכיות בחקיקת חוק הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה" הסניגור 14, 183 (2012); רבין וואקי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1534-1451; יוני לבני, "תיקון 113 – כתב הגנה (חלקי)" משפט מפתח 3, 71 (2015) (להלן: לבני).

החמרה בעונש. גם ועדת גולדברג, שהדוח שהפיקה שימש בסיס לתיקון 113, הצטרפה לספק זה,³⁶ וכמוה גם הוועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים (להלן: ועדת דורנר), בדוח משנת 2015. בד בבד עם הממצאים בנוגע לאפקטיביות של ההרתעה – ואולי לא במנותק מהם – תרמה לירידה בקרנה של ההרתעה גם התחזקות התפיסה, שעליה כבר עמדנו, שהחמרה בענישה אך ורק במטרה להרתיע הופכת את העברייני לכלי בידי המדינה לקדם ערכים החורגים ממנו, ולפיכך לבעייתית מבחינה מוסרית ובלתי-מידתית מבחינה חוקתית.³⁷ למעשה, עקב הניסוח מכוון-התוצאה של השיקול ההרתעתי בתיקון 113 ("יש סיכוי של ממש שהטלת עונש מסוים תביא להרתעתו"; "יש סיכוי של ממש שהחמרה בעונשו של הנאשם תביא להרתעת רבים"),³⁸ קבלת הממצאים האמפיריים לגבי שיקול זה עלולה להוביל לדחיקתו כליל.

אם כן, תיקון 113 לחוק העונשין דירג את שיקולי הענישה כך שבראשם נמצא הגמול (המוגדר כ"הלימה"),³⁹ אחריו – השיקום, שלישית בדירוג – ההרחקה ובתחתית – ההרתעה. שיקול אחרון זה אינו מאפשר חריגה מהעונש מעבר לגבול העליון של מתחם הענישה, המשקף את הרף העליון הגמולני.

היו שסברו כי דירוג זה עלול לגרור החמרה בענישה.⁴⁰ אף בפסיקה נשמעו קולות שגרסו כי זו הייתה אחת מתכליות התיקון.⁴¹ בפועל, מחקרים שבחנו את גזרי הדין מאז כניסת התיקון לתוקף שללו הנחה זו, ולא מצאו אינדיקציה מובהקת להחמרה בענישה.⁴² למעשה, נוכח ההיחלשות במעמד השיקול ההרתעתי בעקבות תיקון 113 – שיקול המביא מטבעו להחמרה בענישה – אפשר שנתון זה אינו צריך להתקבל בהפתעה.

מדוח ועדת גולדברג, מהרטוריקה שליוותה את תיקון 113, מדברי ההסבר לתיקון וכן מיישומו בפועל – עולה בבירור כי תיקון 113 ראה כמקשה אחת את כל העברות המנויות

36 ראו הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת דין, דין וחשבון 12 (1997) (להלן: ועדת גולדברג או דוח ועדת גולדברג).

37 שם. ניצנים לאימוץ פסיקתי של גישה "קאנטיאנית" זו הופיעו קודם לכן ושימשו, בין היתר, לפסילת החוק המאפשר הקמת בית סוהר בניהול פרטי. ראו בג"צ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, 619 (2009).
 38 סעיפים 140, 140 לחוק העונשין.

39 ניתן אמנם להצביע על הבדלים מסוימים בין העונש הראוי מבחינה גמולנית לבין שיקול ההלימה שבתיקון. כך, למשל, בעוד שהאחרון נוגע ליחס בין חומרת העברה להומרת העונש, הראשון מביא בחשבון גם את נסיבותיו האישיות של הנאשם. ראו רות קנאי "הבניית שיקול הדעת של השופט בקביעת העונש בעקבות דוח ועדת גולדברג" מחקרי משפט טו 147, 154-155 (1999) (להלן: קנאי – הבניית שיקול הדעת). עם זאת, נראה כי התפיסה המקובלת היא שאימוץ ההלימה כשיקול מרכזי בתיקון 113 משקף גישה גמולנית.

40 ראו, למשל, ת"פ (מחוזי ת"א) 10291-01-12 מ"י נ' צ'רני, פס' 13-14 לפסק דינו של השופט רוזן (פורסם בנבו, 31.3.2014).

41 ראו ע"פ 8641/12 סעד נ' מ"י, פסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 5.8.2013).

42 קרן וינשל-מרגל וענבל גלון השפעת תיקון החוק בעניין הבנת שיקול הדעת השיפוטי בענישה על גזירת מאסרים (מחלקת המחקר של הרשות השופטת, אפריל 2014).

בחוק העונשין, על המוטיבציות שבבסיסן.⁴³ במילים אחרות: הכרעותיו של המחוקק בתיקון 113 – בנוגע למטרות הענישה, להשפעתן על העונש, להיררכיה ביניהן ולאופן יישומן – מניחות שהמתודולוגיה שביסוד התיקון פועלת באותו אופן על כל העברות ועל כל התופעות העברייניות. מכאן, שההבחנה ביניהן נוגעת לעוצמת חלותו של כל קריטריון – למשל עד כמה חמורה העברה – ולא לעצם היותו של הגמול עיקרון מוביל או של ההרתעה עיקרון משני. התוצאה היא שעולם הענישה כולו מכונן מסגרת יחסית, שבה עונש המוטל בגין עברה אחת יוצר אמת-מידה לענישה בשאר העברות, שכן ברקע ניצב כל העת סולם יחסי של חומרה, המגדיר יחס קבוע מראש ובלתי־משתנה בין העברות הניצבות על שלביו. כאמור, יחס גמולני זה גורר עמו מניה וביה יחס דומה גם בנוגע לשיקולים התועלתניים, כך שכל שהעברה חמורה יותר גובר הצורך להרתיע מפניה ולהגן על החברה מפני מבצעה.⁴⁴ האם התייחסות גורפת זו אכן משקפת את מצב הדברים במציאות – במיוחד אם ממקדים את התייחסותנו לשאלות תועלתניות של מניעת פשע? האם המוטיבציה שבבסיס העברות פועלת באופן דומה, כך שהמדרג הגמולני – המתייחס אל כל העברות כאל רצף ארוך אחד, ומאפשר פריצה שלו רק במקרים מוגבלים ומוגדרים מראש – אכן מאפשר מענה אכיפתי אפקטיבי?

תיקון 113 עצמו משיב על שאלה זו בשלילה. סעיף 40טו לחוק העונשין קובע כי "על ענישת קטין יחולו הוראות חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971", ומותיר את השימוש "בעקרונות ובשיקולים המנחים בענישה" שנקבעו בתיקון רק "ככל

43 דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 36; קנאי – הבניית שיקול הדעת, לעיל ה"ש 39; הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ו-2006, הצ"ח 241, 446 (2006).

44 התמונה לגבי שיקום מורכבת יותר, שכן הליכי שיקום יכולים להיות אפקטיביים יותר או פחות באותה עברה ממש, בהתאם למידת נכונותו של העבריין להשתקם ולהתאמתו לשיקום. חרף כך, גם בנוגע לתכלית זו, המשמשת שיקול להקלה בעונש, מוסיף מתאם זה לעמוד שעה שתיקון 113 מציב תנאים קשוחים יותר בעברות חמורות לאפשרות החריגה ממתחם הענישה בשל שיקום. סעיף 40ד(ב) לחוק העונשין קובע כי "היו מעשה העבירה ומידת אשמו של הנאשם בעלי חומרה יתרה, לא יחרוג בית המשפט ממתחם העונש ההולם, כאמור בסעיף קטן (א), אף אם הנאשם השתקם או אם יש סיכוי של ממש שישתקם, אלא בנסיבות מיוחדות ויוצאות דופן, לאחר שבית המשפט שוכנע שהן גוברות על הצורך לקבוע את העונש במתחם העונש ההולם בהתאם לעיקרון המנחה, ופירט זאת בגזר הדין". בצד היעדר הרצון לאפשר חריגה מהמתחם בעברות חמורות, אפשר שהדבר נובע גם מההסתברות הנמוכה להצלחתם של הליכי שיקום בעברות שמידת האנטי-חברתיות שלהן גדולה במיוחד. יצוין שההבחנות הכוללת על מכלול העברות לא הייתה רק נחלתם של ועדת גולדברג ושל מחוקק תיקון 113 לחוק העונשין. בדרך דומה נהגה גם ועדת דורנר, שקבעה מסקנותיה במאוחד אף שחוות דעתה לא התעלמה מההבדלים בין תופעות עברייניות שונות (לעיל ה"ש 36, בעמ' 19; ראו גם ע"פ 1656/16 דוידוביץ' נ' מ"י, פס' 105 לפסק הדין של השופט י' דנציגר (פורסם בנבו, 20.3.2017) (להלן: עניין דוידוביץ')). כמוהו דבקו בכך בעת האחרונה גם מציעי התיקון החדש לתיקון 113 לחוק העונשין, שכל הצעות התיקון שהעלו אינן חורגות מתפיסה זו.

שסבר שראוי לתת להם משקל בנסיבות המקרה". כשם שנראה בהמשך, העניין אינו יכול להתמצות בכך.

ד. מדוע עבריינים מבצעים עברות?

מה גורם לאדם להפר את החוק? מה עומד בבסיסה של התנהגות עבריינית? התפיסות בסוגיה זו ידעו שינויים. הוגי התאוריה הקלאסית – מונח המתייחס לפרדיגמה שגיבשו הוגים במאה השמונה-עשרה – גרסו כי התנהגות עבריינית היא תוצאה של בחירה מודעת וחופשית של דרך פעולה אפשרית, על-ידי יצור רציונלי ותבוני הפועל כדי להשיא לעצמו רווח לפי שיקולי עלות-תועלת. בחירה זו מקימה למבצעה אחריות מוסרית בשל הפרת האיזון הנורמטיבי בינו לבין השלטון ובינו לבין האזרחים האחרים, כפי שהדבר מוגדר באמנה החברתית.⁴⁵ כאמור, מתוך תפיסה זו התפתחו כמה גישות עונשיות: חלקן מתמקד ביצירת תמריץ שלילי להמשך ההתנהגות העבריינית, וחלקן מבקש לגמול לעבריין ולבטא את סלידתה של החברה ממעשיו. לשתי הגישות משותפת תפיסת הבחירה החופשית והאחריות המוסרית של מבצע העברה, וההנחה שבהיותו סוכן רציונלי, הוא יכול, בהתקיים תנאים מסוימים, להימנע מביצוע עברה.⁴⁶

עם הזמן העלו הוגים ספקות בנוגע לכמה מההנחות שביסוד התאוריה הקלאסית, בין היתר עקב ממצאים אמפיריים שסתרו אותן. כך, גישות פוזיטיביסטיות שצמחו במאה התשע-עשרה בהשפעת הדרוויניזם פקפקו בהנחה בדבר חופש הבחירה של הפרט, וטענו כי תורשה, נסיבות חיים והתנסות אישית, עשויות לפתח נטייה מוקדמת – דטרמיניסטית – לעבריינות, המחלישה את חופש הבחירה. בהתאם לגישה זו נטען, למשל, כי עברות של אלימות, רכוש וסמים מבוצעות פעמים רבות על ידי עבריינים שגדלו והתפתחו בסביבה המקשה על קבלת החלטות מחושבות.⁴⁷ גישות אחרות העלו סימני שאלה בנוגע להנחה שהתנהגות העבריינית היא רציונלית, ושהיא נבחרת לאחר בחינה שיטתית של עלות מול תועלת. כפי שהראו מחקרים, פעמים רבות בני אדם אינם שכלתניים כפי שהעריכו ההוגים הקלאסיים, והתנהגותם מושפעת גם ממניעים רגשיים ומשיקולים לא רציונליים.⁴⁸

- .CESARE MARCHESI DI BECCARIA, AN ESSAY ON CRIMES AND PUNISHMENTS (4th ed. 1775) 45
 חגית לרנאו עבריינות ואכיפת חוק – תיאוריה, מדיניות ביקורת 31-44 (2016) (להלן: לרנאו). 46
 Stephen W. Baron and Leslie W. Kennedy, *Deterrence and Homeless Male Street Youth*, 47
 40(1) CANADIAN JOURNAL OF CRIMINOLOGY AND CRIMINAL JUSTICE 27 (1998); (להלן: בארון
 וקנדי); RICHARD T. WRIGHT AND SCOTT H. DECKER, *BURGLARS OF THE JOB: STREETLIFE AND
 RESIDENTIAL BREAK-INS* (1994).
 כך, למשל, הראה אחד המלומדים כי עברות כגון גנבה מחנויות, השתייכות לכנופיות רחוב, 48
 שוד ואפילו רצח נובעות פעמים רבות מצרכים רגשיים, מכמיהה לתחושת שחרור ולסיפוק
 והנאה מידיים, מרצון בריגוש או בשליטה או משאיפה לקבל את הערכת הסביבה. ראו J. KATZ,
SEDUCTION OF CRIME: MORAL AND SENSUAL ATTRACTION IN DOING EVIL (2008). מחקרים
 אחרים הראו שישנן תחושות קוגניטיביות המעוותות את תפיסת המציאות של העבריין הפוטנציאלי
 ומקשות על הכוונת התנהגותו בהתאם לתפיסה כמותית קונבנציונלית של "תשלום מחיר".
 ראו, למשל, דן אריאלי לא רציונלי ולא במקרה: הכוחות הסמויים שמעצבים את ההחלטות

מנגד, כותבים אחרים נעזרו בתפיסה הבסיסית של התאוריה הקלאסית (שלפיה פרט המבצע עברות נוהג באופן רציונלי) כדי להפיק ממנה תפיסות מורכבות יותר באשר לסיבות לעבריינות. כזו היא, למשל, תאוריית הבחירה הרציונלית. תאוריה נאו-קלאסית זו, שהתפתחה במחצית השנייה של המאה העשרים, גורסת שעבריינות היא תוצאה של השוואת התועלת של העבריין מביצוע העברה לתוחלת הענישה שלו בעטייה, קרי: למכפלת העונש הצפוי לו בסיכוי שייתפס. לפי גישה זו, עבריין יבחר לבצע עברה כשהתועלת שהוא מפיק ממנה – שהיא לרוב אינה רגעית או מידית – עולה על תפיסתו את תוחלת הענישה.⁴⁹ גרסאות מרוכבות יותר של תאוריה זו ניאותרו להתחשב בהגבלות שונות על האופי הרציונלי הטהור של קבלת ההחלטות על ידי העבריין הפוטנציאלי, כמו הנטייה לשנאת סיכון. בתוך כך, וכנגזרת מתאוריית ההחלטה הרציונלית, התפתחו גישות המתמקדות באפשרויות הנפתחות ובהזדמנויות הנקרות לפני העבריין כגורמים המסבירים ביצוע עברות. כך, למשל, לפי תאוריית ההתנהגות השגרתית (Routine Activity Theory) עבריינות אינה בהכרח אקט דרמטי המתרחש במקרים חריגים, אלא פעולה המתרחשת באופן יום-יומי על ידי אנשים "רגילים", ללא רקע סוציו-אקונומי קשה ושלא מתוך דחף חסר תקנה, כשהתנאים הסביבתיים יוצרים הזדמנות נוחה להניב באמצעותה תועלת, בלי לשלם מחיר.⁵⁰

כך או כך, אף שהגישות השונות – שבחלקן סיגו ובחלקן שכללו את התאוריה הקלאסית – ביקשו לומר דבר מה כולל על תופעת העבריינות, בפועל הן לא תמיד התאימו לכל סוגי העברות ולא תמיד תאמו את המאפיינים של מבצעייהן. במשך המאה העשרים הראו מלומדים כי הביקורת נגד הטענה בדבר אופיין הרציונלי של העברות מתיישבת בעיקר עם עברות אקספרסיביות כגון עברות מין ואלומות. בעברות אלה ביצוע העברה כשלעצמו הוא מטרת

- שלנו (מתרגמת גילי ברהלל-סמו, 2009); A. Tversky & D. Kahneman, *Judgement Under Uncertainty: Heuristics and biases*, SCIENCE, NEW SERIES, 185 1124-1131 (1974); Matthew Haist, *Deterrence in a Sea of Just Deserts: Are Utilitarian Goals Achievable in a World of Limiting Retributivism*, 99 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY, 789 (2009)
- Gerhard Blickle, *Some Personality Correlates of Business White Collar Crime*, 49 INTERNATIONAL JOURNAL OF APPLIED PSYCHOLOGY, 225-233 (2006)
- Lawrence E. Cohen, & Marcus Felson, *Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach*, 44 AMERICAN SOCIOLOGICAL REVIEW, 588-608 (1979) 50
- אחרת להשקיף על השוני בין הגישות נוגעת להבדלים שבין נקודות המבט. הגישה הקלאסית והגישות הנאו-קלאסיות שבאו אחריה מתמקדות במעשה העברה ובהסברים (הרציונליים) שגרמו לעבריין לבצע, תוך התרחקות ממאפייני העבריין ומהטיפול הפרטי בו. העבריין הוא ככל האדם, והוא בוחר בפשע מתוך רצון חופשי. לעומתן, הגישה הפוזיטיביסטית מתמקדת בעבריין ובסיבות הטרמיניסטיות – ביולוגיות כלכליות או חברתיות – שהביאוהו לפשוע. לפי גישה זו, השליטה במעשי העבריין מוכתבת לא פעם על ידי כוחות שמעבר לו. ראו Jack Young, *Thinking Seriously about Crime*, in CRIME AND SOCIETY: READING IN HISTORY AND THEORY, 248 (M. Fitzgerald, G. McLennan and J. Pawson eds., (1981); Jack Young, *Incessant Chatter: Resent Paradigm in Criminology*, in THE OXFORD HANDBOOK IN CRIMINOLOGY, 69 (Mike Maguire, Rod Morgan & Rod Reiner eds., 1994); STANLEY COHEN, VISIONS OF SOCIAL CONTROL (1985)

העבריינין; מקורן בצורך בריגוש נפשי או פסיכולוגי, ופעמים רבות הן נעשות באופן לא מתוכנן, לעתים קפריזי, בלא מחשבה על השלכותיו האפשריות של המעשה. מצב הדברים שונה בעברות אינסטרומנטליות, המתבצעות מתוך מחשבה ויישוב דעת, ומתוך תכנון ושקילה של עלות מול תועלת ושל סיכוי מול סיכון. מטרתן של העברות האינסטרומנטליות היא למקסם את תועלתו העתידית של העבריינין, במידה שניתן לא אחת לכמת.⁵¹ עברות אלה, שמאפייניהן תואמים את הנחת היסוד של התאוריה הקלאסית, הולמות, אם-כן, יותר את התפיסות שליוו את תאוריית הבחירה הרציונלית.

ה. על עבריינות הצווארון הלבן

אף ש"עבריינות צווארון לבן" היא מונח שגור ושכיח לתיאור עברות כלכליות המבוצעות לרוב על ידי בני המעמד הגבוה, ואף שמונח זה עשה את דרכו לטקסטים פורמליים כגון פסקי דין,⁵² הוא מעולם לא נכלל מפורשות בחקיקה הישראלית. המונח הפציע לראשונה בשמי העולם בשנת 1949, בכתיבתו של הסוציולוג אדווין סת'רלנד.⁵³ סת'רלנד הגדיר את פשיעת הצווארון הלבן בעיקר מתוך התייחסות לזהות העבריינים – אנשים הנהנים ממעמד רם בחיי הכלכלה ומנצלים את מעמדם ועיסוקם כדי לבצע עברות.⁵⁴ חוקרים אחרים ביקרו את ההתמקדות של גישה זו במבצע העברה, וטענו כי ליבתן של עברות הצווארון הלבן נמצאת במאפייני העברות עצמן. לדידם, אין להגביל את עבריינות הצווארון הלבן לבני המעמד הגבוה דווקא, שכן רבים ממבצעי משתייכים למעמד הביניים.⁵⁵ כן נטען כי עבריינות כלכלית מתבצעת על ידי מי שאינם אוחזים בתפקידי ניהול בכירים לא פחות מביצועה על ידי מי שאוחזים בתפקידים כאלה.⁵⁶ לפי גישה זו, עברות צווארון לבן

- 51 יעקב בוק הענישה הפלילית 73 (1998) (להלן: בוק); שוהם, שביט, קאבאליון ועינת, לעיל ה"ש W.J Chambliss, *Types of Deviance and the Effectiveness of Legal Sanctions*, 12 בעמ' 18, WISCONSIN LAW REVIEW, 703 (1967); D. Huizinga & K.L. Henry, *The Effect of Arrest and Justice System Sanctions on Subsequent Behavior: Findings from Longitudinal and other Studies*, in THE LONG VIEW OF CRIME: A SYNTHESIS OF LONGITUDINAL DON MILLS: RESEARCH, 220 (A.M. Liberman ed., 2007); WILLIAM O'GRADY, CRIME IN CANADIAN CONTEXT, 127-130 (2nd edition, 2011).
- 52 ראו, למשל, ע"פ 5640/97 רייך נ' מ"י, פ"ד נג(2) 433, 472 (1999); ע"פ 9788/03 טופו נ' מ"י, פ"ד נח(3) 250, 245 (2004); ע"פ 816/10 גולד נ' מ"י, פס' 108 (פורסם בנבו, 3.9.2012); ע"פ 8458/11 שובל נ' מ"י, פס' 6 (פורסם בנבו, 11.9.2013).
- 53 Edwin H. Sutherland, *White Collar Criminality*, 5 AMERICAN SOCIOLOGICAL REVIEW 1-12 (1940).
- 54 DAVID O. FRIEDRICHS, TRUSTED CRIMINALS: WHITE COLLAR CRIME IN CONTEMPORARY SOCIETY (2009).
- 55 DAVID WEISBURD, STANTON WHEELER, ELIN WARING & NANCY BODE, CRIME OF THE MIDDLE CLASSES: WHITE COLLAR OFFENDERS IN THE FEDERAL COURTS (1991) (להלן: ויסבורד).
- 56 DAVID WEISBURD, ELIN WARING, WITH ELLEN F. CHAYET, WHITE COLLAR CRIME AND CRIMINAL CAREERS (2001); MICHAEL L. BENSON & SALLY S. SIMPSON, WHITE COLLAR CRIME – AN OPPORTUNITY PERSPECTIVE 13-17 (2009) (להלן: בנסון וסימפסון).

הן מעשים בלתי-חוקיים המבוצעים ללא אלימות, בדרך של הסתרה או עורמה, כדי להפיק כסף או רכוש, להימנע מתשלום או להשיג יתרונות אישיים במישור העסקי.⁵⁷ גישה מעט שונה משתי אלה בחר פרופ' קנת מן. מן הגדיר עבריינות צווארון לבן באופן המשלב מאפיינים הנוגעים לעברייין ולעברה כאחד. לפי מן, המונח "עבריינות הצווארון הלבן" אינו יוצר הגדרה נוקשה אלא מעין "אב טיפוס" המתבסס על קבוצה של מאפיינים, שקיבוצם מכונן תופעה מובחנת אך היעדרו של אחד מהם אינו שומט בהכרח את הקרקע מתחת לאב הטיפוס.⁵⁸ בין היתר, כוללים מאפיינים אלה מעמד גבוה של העברייין; ניצול משאבים מיוחדים כגון משרות, נכסים והשפעה פוליטית לשם ביצוע העברה; שימוש באמצעי הסוואה והטעיה המקשים על איתור העברה ועל גילוייה; קו גבול מטושטש בין לבין הפרות חוק אזרחיות; הפקת רווח בלתי-חוקי; גרימת נזק כלכלי; פעילות במסגרת ארגונית וכיצא באלה.⁵⁹

אכן, נראה שהתמקדות רק בהיבט אחד – העברייין או העברה – עשויה להיות צרה מדי (ובמובנים אחרים רחבה מדי) ולא לשקף כיאות את מהותה המדויקת של עבריינות הצווארון הלבן. כפי ששבו ולימדונו השנים האחרונות, ניצול כוח המשרה על ידי בעלי משרות בכירות עשוי להוביל גם לעברות שאינן כלכליות במהותן;⁶⁰ ומנגד, עבריינות כלכלית עשויה להתבצע גם על ידי רצידיביסטים מובהקים ואף על ידי משפחות פשע, כאקט משלים לפעילות אלימה.⁶¹ לעומת זאת, התקיימות מאפיינים מסוימים הנוגעים במצטבר לשני היבטים אלה – העברייין והעברה – עשויה להצליח "לתפוס" את האופי הייחודי של עבריינות הצווארון הלבן.

ומהו אותו אופי ייחודי? מה נכלל באב הטיפוס?

חרף הקושי להגדיר עברייני צווארון לבן, מחקרים שבוצעו בארצות-הברית הראו כי רמת השכלתם של מבצעי עברות כלכליות גבוהה מזו של עבריינים אחרים ואופי עיסוקם יציב

57 HERBERT EDELHERTZ, THE NATURE, IMPACT AND PROSECUTION OF WHITE COLLAR CRIME (1970); לגישות דומות המתמקדות בעברה ראו Susan Shapiro, *Collaring the Crime*, Not the Criminal: Reconsidering the Concept of White Collar Crime, 55 AMERICAN SOCIOLOGICAL REVIEW, 346-365 (1990).

58 מן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 416; עמדה דומה הביע בשנים האחרונות גם Green, ההתנהגויות הנופלות תחת המונח "צווארון לבן" מוביל לכך שבצד שורת המאפיינים שתופעה זו חולקת, אין אף מאפיין הכרחי לכינון התופעה. ראו STUART P. GREEN, LYING, CHEATING AND STEALING: A MORAL THEORY OF WHITE COLLAR CRIME, 18 (2006).

59 מן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 416, 421.

60 ראו, למשל, ע"פ 3372/11 קצב נ' מ"י (פורסם בנבו, 10.11.2011); ע"פ (י-ם) 2206/01 מ"י נ' מרדכי, פ"ד תשסא (1) 337 (2001).

61 בש"פ 1002/13 מ"י נ' שירזי (פורסם בנבו, 28.2.2013). על יסוד דוגמאות אלה יש המרחיבים את הגדרתם לעבריינות הצווארון הלבן עד כדי כך שהיא כוללת כל מעשה החורג מעבריינות רחוב קלאסית. ראו Arie Freiberg, *Sentencing White-Collar Criminals* (Paper presented at the Fraud Prevention and Control Conference, Australian Institute of Criminology, Surfers Paradise, Queensland, 24–25 August 2000), www.aic.gov.au/media_library/conferences/fraud/freiberg.pdf.

יותר, וכי מבחינה סטטיסטית, בעוד שהעבריינין הטיפוסי של עברות לא כלכליות (דוגמת עברות מין ואליםמות) הוא זכר, שחור, לא אחת רווק, כבן 30 – העבריינין הטיפוסי של עברות כלכליות הוא זכר, לבן, נשוי, כבן 40. עוד נמצא כי לרבים מהעבריינים הכלכליים יש דירה בבעלותם ומצבם הכלכלי תקין; כי רמת המועדות שלהם לבצע עברות נופלת במידה רבה מזו של עבריינים אחרים; כי הם נכונים לדחות סיפוקים מידיים לטובת תועלת לטווח ארוך; וכי במרבית המקרים הם אינם סובלים מבעיות של התמכרות לסמים או לאלכוהול.⁶²

בצד הזהות המובחנת של העבריינין, גם לעברות הצווארון הלבן עצמן קיים אופי מובחן. באופן טיפוסי מדובר בעברות אינסטרומנטליות, שנועדו להפיק רווח כלכלי, וביצוען הוא פרי תכנון או חישוב מראש, המתאפיין לא אחת במידה של תחכום. בכך שונות הן מהאופי האקספרסיבי של עבריינות הצווארון הכחול, שהעברות הכלולות בה הן לרוב מתוכננות פחות, ולא פעם נעשות מתוך גחמה רגעית, רצון בריגוש או צורך מידי. נוסף על כך, למרות האופי המתוכנן והמתחכם של העבריינות הכלכלית, מקובל לתארה גם כעבריינות אטרקטיבית במובן זה שבצד הרווחים הניכרים שהיא מניבה, ביצועה קל יחסית ואינו כרוך במאמץ מיוחד. כך, למשל, תרמית בניירות ערך אינה כרוכה לרוב ביותר מכמה הקלדות במחשב, בצד מידה של מומחיות בתחום, כדי להפיק סכומים ניכרים. בשל התחכום מצד אחד והקלות מהצד האחר, נהוג לומר כי עברות הצווארון הלבן הן "קלות לביצוע אך קשות לגילוי" (Easy to commit, hard to detect).⁶³ לבסוף, בחלק מהמקרים נמצא שעברייני צווארון לבן אינם תופסים בחומרה את הפרת החוק על ידם, בין בשל התבוננות על האיסור כעניין פרוצדורלי, בין בשל התעלמות מקיומו של קרבן ובין בשל אי-הסכמה עם האיסור עצמו.⁶⁴ בקרב כלל העברות החולקות מאפיינים אלה ומוגדרות "עברות צווארון לבן", נהוג למנות עברות של ניירות ערך, מס, איכות הסביבה, הגבלים עסקיים וכדומה.⁶⁵

- 62 LARRY J. SIEGEL, *CRIMINOLOGY: THEORIES, PATTERNS, AND TYPOLOGIES* (2012); ויסבורד, לעיל Michael L. Benson & Kent R. Kerley, *Life Course Theory and White Collar Crime*, *CONTEMPORARY ISSUES IN CRIME AND CRIMINAL JUSTICE: ESSAYS IN HONOR OF GILBER GEIS* (Henry N. Pontell & David Shichor eds., 2000); Ernest Poortinga, Craig Lemmen, and Michael Jibson, *A Case Control Study: White Collar Defendants Compared with Other Defendants Charged with Nonviolent Theft*, *JOURNAL OF THE AMERICAN ACADEMY OF PSYCHIATRY AND THE LAW*, 34: 82–89 (2006).
- 63 J. Scott Dutcher, *From The Boardroom To The Cellblock: The Justifications for Harsher Punishment of White-Collar and Corporate Crime*, 37 *ARIZ. ST. L.J.* 1295, 1299 (2005); לפי הגישה ההרתעתית, מידת האטרקטיביות של ביצוע העברה היא קריטריון להחמרת הענישה. ראו קנאי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 74–75.
- 64 Michael Benson, *Denying the Guilty Mind*; 69 בעמ' 56, רנסון וסימפסון, לעיל ה"ש 69, *Accounting for Involvement in a White Collar Crime*, *CRIMINOLOGY*, 23(4), 583 (1985); Michael L. Benson and Sarah M. Manchak, *The Psychology of White-Collar Offending*, <http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhandbook/9780199935383.001.0001/oxfordhb-9780199935383-e-008?print=pdf> (להלן: בנסון ומנצ'אק).
- 65 אמנם, הדיכוטומיה אקספרסיבי-אינסטרומנטלי אינה מעידה תמיד על סוג העברות. גם עברות

אם כן, בהתאם לגישה המתוארת, כדי להגדיר את עבריינות הצווארון הלבן נדרש שילוב בין שני יסודות: עברייני ועברה, כשכאמור, מעבר למסגרת הכללית של הפרות חוק לא אלימות למטרות רווח, אין זה הכרחי שכל אחד מהמאפיינים שתוארו יתקיים כדי שאב הטיפוס יוסיף ויעמוד. כך, לדוגמה, אדם אמיד, נטול עבר פלילי, העובד בדרג הביניים בחברה מסחרית ומועל בנכסיה מטעמים של בצע כסף, עשוי להיחשב עברייני צווארון לבן אף שאינו נושא בתפקיד ניהולי ואינו במעמד החברתי העליון.

ובכל זאת – מקרב אמות המידה האמורות, איזו חשובה יותר ואיזו חשובה פחות? במילים אחרות, מעבר למסגרת הכללית של עבריינות לא אלימה למטרות רווח – כיצד יוחלט אילו תנאים הכרחיים לקיום התופעה ואלו אינם? ההכרעה בשאלה זו נגזרת מהתכלית שבטעיה כונסה התופעה תחת הגדרה אחת. מלכתחילה נראה היה שבחירתו של סת'רלנד – להגדיר עבריינות צווארון לבן כנפרד מהעבריינות הרגילה – נבעה מכך שהשיח הקרימינולוגי הרווח בשנות השלושים של המאה העשרים התעלם כמעט לחלוטין מעבריינות של השכבה הכלכלית והעסקית הגבוהה, והתמקד בעבריינים ממעמד נמוך. גם כשכבר ניתנה הדעת לעבריינות הצווארון הלבן, ננקטה כלפיה גישה מקלה וסלחנית.⁶⁶ השאיפה להעניק טיפול הולם גם לעבריינים ממעמד גבוה ולא רק לעברייני רחוב רגילים ודאי מספקת גם היום הצדקה להציב זרקור אל מול עבריינות הצווארון הלבן.⁶⁷ אך הסבר זה אינו ממצה את הנימוקים לייחודה של עבריינות זו. לגישתי, במישור האכיפה, הסיבה לאבחון עבריינות הצווארון הלבן משאר העברות נעוצה בטעמים הייחודיים המביאים את עברייני הצווארון הלבן הטיפוסי לביצוע עברות אלה, ומאפשרים אותן, השונים מהטעמים המביאים לפחות חלק מרכזי מעברייני הצווארון הכחול לכדי עבריינות.

כפי שכותבים שונים מראים, מקרב ההסברים האפשריים לביצוע עברות, מודל ההחלטה הרציונלית הוא שמסביר בצורה הטובה ביותר את עבריינות הצווארון הלבן. על פי רוב, עברייני הצווארון הלבן אינו עובר על החוק כאקט אימפולסיבי נטול מחשבה, בלי להביא בחשבון את ההשלכות ארוכות-הטווח של מעשהו. תחת זאת – כפי שהמלחמה היא המשך המדיניות באמצעים אחרים – המעשה העברייני הוא דרך צדדית או משלימה בעבורו להפקת רווח כלכלי. העברה היא אפוא אקט פונקציונלי בעיקרו, הנעשה לאחר שקילת הרווח או ההפסד הצפויים מביצועה, ובאופן ספציפי לאחר השוואת התועלת הצפויה ממנה

אלימות (ואפילו רצח) עשויות להתבצע בקור רוח ומשיקולים אינסטרומנטליים של מקסום תועלת – ויהיו אלה שיקולים של הסרת חסמים עסקיים, זכייה בירושה או קבלה של כסף ביטוח. עם זאת, מתוך שעברייני המבצע רצח מעיד על עצמו שהוא מוכן לנקוט אמצעים שנוקם ועלותם עולים בהרבה על תועלתו הפוטנציאלית מהעברה, ולחשוף את עצמו לסיכון לענישה לא פרופורציונלית בהשוואה לתועלת זו, קשה יותר להתייחס לעברה כזו כמשקפת מעשה רציונלי במובן הרגיל. את דיונונו בהקשר זה נמקד אפוא בעברות שבהן יש הלימה, ולו יחסית, בין הנזק הפוטנציאלי לתועלת הצפויה ממנו לעברייני.

66 נסון וסימפסון, "לעיל ה"ש 56, בעמ' 7; SUSAN SHAPIRO, THINKING ABOUT WHITE COLLAR; CRIME – MATTERS OF CONCEPTUALIZATION AND RESEARCH (1980).

67 על התפיסה הסלחנית שאפיינה למצער עד שנות התשעים את היחס לעבריינות הצווארון הלבן ראו מרדכי קרמניצר ושלומית מנהיים-ולרשטיין "לא תשא פני דל ולא תהדר פני גדול": על פרשת דיניין" משפטים (ג) 13 (2003).

אל מול תוחלת הענישה.⁶⁸ יש המוסיפים גם פן המצביע על התרבות העסקית התחרותית, המורדת הצלחה במונחים חומריים ודוחפת את המשתתפים "במשחק" לבצע עברות במהלך העניינים הרגיל, במטרה להבטיח את מעמדם העסקי והכלכלי.⁶⁹ גם לפי תפיסה זו העברה אינה אלא כלי להפקת רווחים.

מאפיין זה של עברייני הצווארון הלבן – הבוחר להסתכן בעברה אם התגמול שיקבל גדול דיו ועולה על אפשרות התפיסה והעונש – מבדיל אותו מחלק מהקבוצות העברייניות האחרות, שאינן בהכרח רואות לנגד עיניהן תועלת ברורה בזמן שהן מפרות את החוק, ומשליך במידה רבה על ההתמודדות האכיפתית הרלוונטית לו. פועל יוצא של האופי הרציונלי והאינסטרומנטלי של עבריינות הצווארון הלבן הוא ההשפעה של ההליך הפלילי ושל הענישה לסוגיה על נכונות העברייני להמשיך לבצע עברות.⁷⁰

- THE REASONING CRIMINAL: RATIONAL CHOICE PERSPECTIVE ON OFFENDING (Derek B. 68
Cornish & Ronald V. Clarke eds., 1986); MARGARET S. ARCHER & JONATHAN Q. TRITTER,
RATIONAL CHOICE THEORY: RESISTING COLONIZATION (2000); PETER GOTTSCHALK, WHITE
COLLAR CRIME – DETECTION, PREVENTION AND STRATEGY IN BUSINESS ENTERPRISES, 51
(2010); HAZEL CROALL, UNDERSTANDING WHITE COLLAR CRIME, 133 (2001)
MAURICE PUNCH, DIRTY BUSINESS: EXPLORING CORPORATE MISCONDUCT: ANALYSIS AND CASES
(1996); John M. Ivancevich, Thomas N. Duening, Jacqueline A. Gilbert and Robert
Konopaske, *Detering White-Collar Crime*, THE ACADEMY OF MANAGEMENT EXECUTIVE,
60386-06-14-14 (2003); 17, 114, 121; ראו גם דברי בית המשפט הכלכלי מהעת האחרונה בת"פ 60386-06-14 (מ"י נ' דנקנר, פס' 40 (פורסם בנבו, 4.7.2016): "הדעת נותנת שנאשמים כאלה מחשבים את
מידת הסיכון והסיכוי בטרם קבלת ההחלטה על התוואי והדרך שבה נקטו, כאשר הסיכון של
חשיפת מעשיהם והחשש מפני ההליך הפלילי שעלול להינקט כנגדם, לרבות הענישה שתוטל
במסגרתו, חייבים לקבל משקל סגולי משמעותי בשיקוליהם".
- Nikos Passas, *Anomie and Corporate Deviance*, 14 CONTEMPORARY CRISES 157-178 69
(1990); EDWARD GROSS, ORGANIZATIONAL CRIME: A THEORETICAL PERSPECTIVE IN STUDIES
IN SYMBOLIC INTERACTION (Norman Denzin ed., 1978) (להלן: גרוס).
- ראו בשורה רגב היבטים כלכליים וכמותיים למדיניות אכיפת חוק של עבריינות צווארון 70
לבן בישראל 131-132, 145 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, האוניברסיטה
העברית – הפקולטה למשפטים, 2008) (להלן: רגב); Paul H. Robinson & John M. Darley,
*The Role of Deterrence in the Formulation of Criminal Law Rules: At Its Worst When
Steven Klepper & Daniel Nagin, Tax ;Doing Its Best*, 91 GEO. L.J. 949, 956 (2003)
Compliance and Perceptions of the Risks of Detection and Criminal Prosecution,
Steven Klepper & Daniel Nagin, *Tax* ;23 LAW & Soc'y REV. 209, 236-239 (1989)
Compliance and Perceptions of the Risks of Detection and Criminal Prosecution, 23
LAW & Soc'y REV. 209, 236-239 (1989); Jay P. Shimshack, MONITORING, ENFORCEMENT
& ENVIRONMENTAL COMPLIANCE: UNDERSTANDING SPECIFIC & GENERAL DETERRENCE 10-
18 (2007); Wayne B. Gray & Jay P. Shimshack, *The Effectiveness of Environmental
Monitoring and Enforcement: A Review of the Empirical Evidence*, REV. ENVTL. ECON.
& POL'Y (2011); דורון טייכמן "הבניית שיקול הדעת בענישה: נקודת הראות הכלכלית"
עיוני משפט לב 649, 680 (2011); ראו גם ע"פ 3927/16 מ"י נ' בר-זיו, פס' 19 (פורסם בנבו,

אם כן, את ההיבטים הפרטניים של מאפייני עבריינות הצווארון הלבן שנמנו לעיל יש לבחון מתוך פריזמה הקשורה לטעמים שביסודה של עבריינות זו ולאמצעים למנעה, ובהתאם למידה שבה הם עולים בקנה אחד עם פריזמה זו. כך, למשל, מצבו הכלכלי היציב של העבריין אינו רק מאפיין סוציולוגי אלא גם אחד הטעמים לכך שעברות כלכליות אינן מתבצעות לרוב בשל חוסר ברירה או בשל היזקקות רגעית המתמקדת בטווח הקצר בלבד. השתכרות גבוהה של העבריין או רווחים גבוהים שפעילותו מניבה מסכירים את העלות הגבוהה הכרוכה מבחינתו בעושים המסכים לו אבדן הכנסה כמו מאסר, עניין המחזק את אופיו ההרתעתי של עונש זה.⁷¹ גם ההנחה שעברייני הצווארון הלבן מטבעם אינם כאלה החיים למען ההווה בלבד, אינם כאלה שמבקשים להפיק סיפוק מידי, ואינם כאלה האדישים למחיר שיחויבו לשלם בעתיד על מעשיהם,⁷² עשויה לספק הסבר לאפקטיביות האפשרית של מאסר בן כמה שנים לגביהם, כפי שעולה מחלק מהמחקרים, חרף התופעה בדבר "קיטון משקלו של העתיד".⁷³

כצד כל אלה, מעמדו המקצועי של מבצע העברה בתאגיד שבו הוא פועל אף הוא אינו רק נתון יבש, אלא גם כלי המאפשר לעבריין גישה פיזית או מקצועית לאמצעים לביצוע העברה או נגישות למידע רלוונטי, ובכך מקנה לו את ההזדמנות להוציאה אל הפועל. גם היעדר עבר פלילי, המאפיין חלק מרכזי מעברייני הצווארון הלבן, אינו רק נימוק להקלה בעונש אלא ביטוי לכך שהקבוצה הרלוונטית לעברות כלכליות אינה מורכבת לרוב ממי שעבריינות היא עבורם דרך חיים, ביטוי ליצר הרפתקני או גורל דטרמיניסטי – אלא דרך נקודתית להפקת רווח בהימצא הזדמנות. גילם המבוגר יחסית של עבריינים אלה ואופיין

71 (להלן: עניין בר-זיו); עניין דוידוביץ', לעיל ה"ש 44, בפס' 98-105 לפסק דינו של השופט י' דנציגר. יצוין כי בכמה מחקרים התקבלו תוצאות פחות מובהקות לגבי האפקט המרתיע של העונש בקרב עברייני צווארון לבן, בעיקר בכל הנוגע לעונשי מאסר ממושכים. ראו: Peter J. Henning, *Is Deterrence Relevant in Sentencing White Collar Defendants?* 61 WAYNE LAW REVIEW 27, 57 (2015); Sally S. Simpson, *Making Sense of White Collar Crime: Theory and Research* THE OHIO STATE JOURNAL OF CRIMINAL LAW 8: 481-502 (2011); J. Braithwaite and T. Makkai, *Testing an Expected Utility Model of Corporate Deterrence*, LAW AND SOCIETY REVIEW 25(1), 7-40 (1991); Raymond Paternoster and Sally Simpson, *A Rational Choice Theory of Corporate Crime*, in ROUTINE ACTIVITY AND RATIONAL CHOICE – ADVANCES IN CRIMINOLOGICAL THEORY, 5, 37, 40 (Ronald V. Clarke & Marcus Felson eds., 2008).

72 רגב, לעיל ה"ש 70, בעמ' 131.

73 כפי שציין בזק, "תצפיות הראו כי תת התרבות העבריינית מייחסת למאורעות עתידיים משקל קטן יותר משייחסיים להם בני המעמד הבינוני. ייתכן כי משום כך השפעת העונש עליהם פחותה יותר, ועל כן גדול בקרבם שיעור הפשיעה. כן ייתכן שאי התחשבות מספקת בעתיד נעוצה בגורמי סביבה האופייניים למצב כלכלי דחוק ותנאי דיור קשים, כשלא ניתן לאדם לצפות לשינוי כלשהו לטובה". לעיל ה"ש 51, בעמ' 78. ראו גם שוהם, שביט, קאבאלין ועינת, לעיל ה"ש 12.

74 ראו אלון הראל הגישה הכלכלית למשפט 637, 656-657 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012) (להלן: הראל).

המורכב של העברות מלמדים אף הם שהעברות מתבצעות ביישוב הדעת על ידי מי שנתן דעתו להשלכותיהן, ולא כמרד נעורים או מתוך היגררות.⁷⁴ לבסוף, הקלות היחסית שבביצוע העברות (בעבור אותם עבריינים מתוחכמים שאכן מבצעים אותן בסופו של דבר), בד בבד עם ההתבוננות בהן על ידי מבצעייהן כמעשים של מה בכך, הופכים את הענישה לכלי בעל חשיבות, גם מבחינתם שלהם, להפנמת החומרה שבה החברה תופסת את מעשיהם ולמחיר שהם צפויים לשלם כתוצאה מכך.

הקשר בין מאפיינים אלה לבין השפעת ההרתעה על עברייני הצווארון הלבן משתקף גם בבחינת ההסברים המועלים לרוב לכישלון ההרתעה במניעת עברות במישור הכללי. כך, בשונה מעברייני אלימות או סמים, ברי שאי־אפשר לתאר עברייני צווארון לבן כמי שמבצעים את מעשיהם (שהם לרוב מתוחכמים או מתוכננים) מתוך פריץ אימפולסיבי שמקורו בסביבה הסוציאקונומית שבה גדלו, ובהתעלם מהאפשרות שיענשו.⁷⁵ עוד מובן, כי בשונה מלא מעט מעברייני הצווארון הכחול, אין לומר שעברייני הצווארון הלבן אינם נרתעים ממאסר מתוך הרגל של כניסה ויציאה תדירות אל הכלא ומתוכו, או בשל אורח חיים עברייני שהכלא הוא חלק מ"הסיכון המקצועי" הכרוך בו.⁷⁶ גם ההנחה שהיעדר מידע לגבי העונשים או לגבי השינויים המתרחשים בהם פוגע בכושר ההרתעה שלהם, נראית רלוונטית פחות לעברייני הצווארון הלבן – הן בשל המעמד, רמת ההשכלה ומידת המעורבות הגבוהים שלהם; הן בשל כך שלמצער בנוגע לעבריינות המתבצעת בסביבה התאגידית, קיימים עורכי־דין ויועצים משפטיים במשרה מלאה העוקבים אחר הדין ומיידעים את נושאי המשרה על כל שינוי רלוונטי; הן בשל כך שלפחות בישראל, הפשיעה התאגידית מתייחסת לקהילה קטנה שחבריה מכירים זה את זה; והן בשל ההבלטה התקשורתית הניתנת להרשעה של עברייני צווארון לבן ולענישתם – לכל הפחות לאלה (הלא מעטים) שיש להם פרופיל ציבורי גבוה.⁷⁷ אמנם, במחקרים נוספים אותרו מאפיינים אחרים של עבריינים המבצעים עברות כלכליות, העשויים לכאורה לכרסם בהתייחסות אליהם כאל בני אדם נורמטיביים שסטו מדרך הישר מתוך החלטה כלכלית־רציונלית, שיכולה הייתה להתקבל על ידי כל אדם שנקרתה לפניו הזדמנות. כך, למשל, נמצא כי חלק מעברייני הצווארון הלבן עשויים להיחשב אנטי־סוציאליים בשל נטייתם לחפש הצדקות למעשיהם, להתכחש לאיסור או להפחית מהסבל של קרבתניהם (דבר שקל יותר לעשות בהיעדר קרבן גלוי קונקרטי, כפי שקורה לא אחת בעברות כלכליות) – תהליכים המכונים במאוחד "neutralizations". בהקשר זה נטען, כי חלק מהתכונות המאפשרות הצלחה בעסקים (כגון שאפתנות וגמישות מוסרית) הן גם אלה המביאות עברייני צווארון לבן לבצע עברות.⁷⁸ אכן, איננו טוענים שבכל אדם קיים פוטנציאל לבצע עברות כשנראה לו שהדבר מקדם את תועלתו האישית. ברי כי לרוב נדרשות תכונות נוספות כדי לתרגם את האינטרס בביצוע עברות לפעולה ממשית, והתכונות שנמנו הן

74 לעניין היחס ההפוך בין גיל לעבריינות (ככל שהגיל מבוגר יותר רמת העבריינות יורדת), ראו בזק, לעיל ה"ש 51, בעמ' 77.

75 וובסטר ורוב, לעיל ה"ש 27, בעמ' 181.

76 בארון וקנדי, לעיל ה"ש 47, בעמ' 52.

77 Michael Levi, *The Media Construction of Financial White Collar Crime*, in THE BRITISH JOURNAL OF CRIMINOLOGY 46 (2006).

78 בנסון ומנצ'אק, לעיל ה"ש 64; גרוס, לעיל ה"ש 69.

רק חלק מאלה המאפשרות תרגום כזה. ברם, קיומן של תכונות נוספות אלה אינו שולל את התכלית הכלכלית שביסוד עבריינות זו, ואת הרצון למקסם באמצעותה – ממש כמו באמצעות הכלים הלגיטימיים של העולם העסקי – את תועלתו האישית של העבריין. באחד המאמרים שבהם נותחו תכונות עברייניות נוספות אלה צוין:

The key [...] is not evil impulse but moral insensibility [...] Nature has not foredoomed them to evil by a double dose of lust, cruelty, malice, greed, or jealousy. They are not degenerates tormented by monstrous cravings. They want nothing more than we all want – money, power, and consideration – in a word, success; but they are in a hurry and they are not particular as to the means.⁷⁹

למעשה, בהיעדר מחסום מוסרי משמעותי העוצר את העבריין מביצוע עברות כלכליות, הופכת האכיפה הפלילית לאחד האמצעים המרכזיים – לא רק להניא את העבריין ממעשיו אלא גם לשמש עבורו תזכורת לאופיים האסור והפוגעני.

כך או כך, בני אדם הם יצורים מורכבים מטבעם, וכמוהם מורכבות גם הסיבות המניעות אותם לעבריינות עד שקשה לסווגן לקטגוריות מוגדרות ומדויקות. הגיוון האנושי, כמו גם הגיוון בעברות הצווארון הלבן, מכבידים על זיקוק אמירה קונקלוסיבית שתחול במלואה על כל המשתייכים לקבוצה. דווקא בשל כך בחרנו לצמצם את הגדרת התופעה ולהתמקד – בצד כמה מאפיינים – בעבריינים קונקרטיים ופוטנציאליים, שתאוריית הבחירה הרציונלית חלה לגביהם לפחות במידה מסוימת.

נסכם עד כה: לפי המודל שהוצג, עבריין צווארון לבן הוא באופן פרדיגמטי אדם המבצע עברות לא אלימות מתוך שיקול רציונלי של הפקת רווח כלכלי, וכזה שלענישה הפלילית יש השפעה שלילית אפקטיבית על נכונותו להוסיף ולבצע עברות. תכונותיו הטיפוסיות, ובכלל זה מעמדו המקצועי ורקעו הנורמטיבי, הם אינדיקטורים מאפשרים (גם אם לא הכרחיים) של אבטיפוס זה. מובן שמדובר בקטגוריה מכלילה: וכפי שעולה ממחקרים, עברייני צווארון לבן עשויים גם להיות רציוניסטים, כאלה שגם שיקולים לא רציונליים משפיעים על החלטתם או כאלה שענישה פורמלית אינה מרתיעה אותם. ברי גם שקיים יסוד מכליל בקיבוץ כלל עבריינות הצווארון הלבן בקבוצה אחת, שעה שייתכנו הבדלים בין סוגי העברות החוסים תחת הגדרה זו.⁸⁰ דווקא בשל כך נבחרה הגדרה הכוללת רק מי שמתקיימים בו המאפיינים הטיפוסיים שעליהם עמדנו. יהיה מי שיטען שיש בכך משום הנחת המבוקש אולם, כאמור, הנחה זו נסמכת על ספרות ענפה בנושא שהצטברה במשך שנים. ברור שדברינו בחיבור זה אינם חלים על מי שטעמים אחרים עמדו ביסוד העברות שביצע.

79 Edward Ross, *The Criminaloid*, In *WHITE COLLAR CRIME* 31 (Gilbert Geis and Robert Meier, eds., 1977)

80 עניין דירוביץ', לעיל הערה 44, בפס' 98-101 לפסק הדין של השופט י' דנציגר.

1. עברות הצווארון הלבן: ההיבט הגמולני

עד כה אפיינו שני אבות-טיפוס של עברות: עברות צווארון לבן ועברות צווארון כחול. הראינו שרגישותן של עברות מהסוג הראשון לענישה הפלילית היא פעמים רבות גבוהה מרגישותן של עברות מהסוג השני, ושהיכולת להרתיע מפניהן טובה יותר. את הפרק הבא ניחד ליחס בין שני סוגי עברות אלה במונחים גמולניים של חומרת העברה. ככלל, בבחינת חומרת העברה נהוג להתייחס לשני פרמטרים מרכזיים: הנזק לאינטרס המוגן ועוצמת היסוד הנפשי.⁸¹

לא אחת הועלו טענות בנוגע לחומרתן המוגבלת של כמה מעברות הדגל של הצווארון הלבן. כך, למשל, נמתחה ביקורת על היקף העברה של הפרת אמונים – עברה הנטועה בליבה של עבריינות הצווארון הלבן;⁸² הן בשל חומרת הנזק הנגרם בעטיה, הן בשל עוצמת היסוד הנפשי והמודעות לאיסור הגלום בה.⁸³ מלומדים אחרים תהו על מידת הפגיעה הגלומה בכמה מעברות ניירות הערך. נטען, למשל, שהנפגעים העיקריים משימוש במידע-פנים הם משקיעים מתחכמים שאינם זקוקים למשפט הפלילי כדי להגן על עצמם, ואילו הדיוטות – שהם רוב המשקיעים – דווקא מרוויחים מהמידע המוזרם לשוק בעסקאות הנעשות אגב ביצוע עברה זו.⁸⁴

81 Andrew von Hirsch, *Proportionate Punishment, in Principled Sentencing*, לעיל ה"ש, 20, בעמ' 199-196. HYMAN GROSS, *A THEORY OF CRIMINAL JUSTICE* (1979).

82 כפי שמציין שפירא, "אלמנט הפרת האמון... נתפס כמאפיין מרכזי בעברות צווארון לבן, ומהווה מרכיב מהותי בחומרה בה נתפסת עבריינות זו". ראו רון שפירא, "הצווארון הלבן – עד כמה הוא מלוכלך" קרית המשפט ב, 101, 113 (2002) (להלן: שפירא). בצד זה משמשת העברה כלי דומיננטי במאבק בשחיתות. ראו מרים גור אריה "אחריות פלילית כמצב של ניגוד עניינים – אימתי מוצדקת? על העברה של הפרת אמונים בעקבות הדיון הנוסף בפרשת שבס", ניגוד עניינים במרחב הציבורי – משפט, תרבות, אתיקה, פוליטיקה, 545, 548 (דפנה ברק-ארוז, דורון נבות, מרדכי קרמיניצר עורכים, תשס"ט).

83 בגדר כך נטען כי קיים קושי בהחלטה של הפרת האמונים על התנהגויות שהפגם הגלום בהן אינו חורג מפגיעה באמון הציבור בעובדי ציבור או בטהור המידות של השירות הציבורי. ראו דנ"פ 1397/03 מ"י נ' שבס, פ"ד נט(4) 385, 407-408 (2004); גור אריה, לעיל ה"ש 82, בעמ' 548-550; ראו גם יובל קרניאל "הפרת אמונים של עובדי ציבור: הצעה לפרשנות המבוססת על הערך המוגן על-ידי העברה" משפט וממשל ז 415 (2004). ביקורת רוחות אחרת נגעה לעמימות ולכלליות ניסוחה של עברה זו, המביאה להחלטה על קשת רחבה של מקרים שאינם מוגדרים מראש. לפי הטענה, כמצב זה יש משום פגיעה בעקרון החוקיות והוא עלול להביא לכך שירושע בגינה גם מי שעוצמת היסוד הנפשי שלו נמוכה יחסית. ראו מרדכי קרמיניצר, דורון נבות, נאוה בן אור, עמיר פוקס וגיא ורטהיים *מרמה והפרת אמונים* (2008).

84 עמרי ידלין "גבולות האיסור על שימוש במידע פנים" עיוני משפט כה(1) 143, 146-152 (2001); זוהר גושן וגדעון פרחמובסקי "הטעמים בעד ונגד השימוש במידע פנים: הערכה מחדשת" ספר שמגר 32; (חלק ג', 2003). היו שהצביעו על כך שחלק מעברות ניירות הערך שבעבר הסתיימו בעונשי מאסר מופנים היום להליכי אכיפה מנהלית ברשות ני"ע, כדי לתמוך בטענתם בדבר חומרתן הפחותה של עברות אלה. ראו ת"פ 44510-12-12 מ"י נ' חגאשי, פס' 22 (פורסם בנבו, 3.6.13). (להלן: עניין חגאשי).

הגדיל לעשות פרופ' רון שפירא, שסבר כי החומרה המיוחסת לעברות הצווארון הלבן בכלל, ולעברות מס ושוחד בפרט היא מופרזת, שכן נזקן הכלכלי מוגבל בהיקפו.⁸⁵ איני מקבל גישה זו. לתפיסתי, היקפן הגדול של העברות הכלכליות והממון הרב שמעורב בהן מעצימים את הנזק הנגרם לא אחת מהפעולות הפשוטות שמבצעים אלה האוחזים בעמדות מפתח. במקרים חריגים – למשל בעברות איכות הסביבה – נזקן של עברות כלכליות אף עשוי לחרוג מנזק כספי גרידא. מעבר לכך, אי־אפשר להתעלם מהנזק הבלתי־מוחשי לחיי הכלכלה, לאמוץ הציבור במערכת הפוליטית והכלכלית ולנכונות הציבור לקחת בהן חלק, במציאות שבה עברות כלכליות הן בגדר חזון נפרץ.

אלא שספק אם מוקד הדיון מצוי בחומרתן האבסולוטית של עברות אלה. ודוק, קיים קושי ממשי לכמת את חומרתה של עברה לכדי עונש קונקרטי או להצביע על מספר מדויק של שנות מאסר כפועל יוצא של אותה חומרה. נוסף על כך, רמת הענישה המדויקת ההולמת את העברות נגזרת גם מתפיסות תרבותיות, חברתיות, סוציולוגיות, פילוסופיות ואחרות, המשתנות מחברה לחברה ומפרט לפרט באותה חברה. לעומת הבדלים אלה, קיימת הסכמה רחבה יחסית באשר למדרג האורדינלי של חומרת העברות, קרי: שעברה מסוימת חמורה מאחרת וקלה משלישית.⁸⁶ בגדר כך – בקווים גסים, וחרף השוני בין סוגים שונים של אותה עברה – אפשר לומר שעברות הפוגעות במידה ניכרת בשלמות הגוף והנפש, כמו עברות מין ואליומות,⁸⁷ חמורות יותר מעברות הפוגעות ברכוש ובקניין, מבחינת טיב הנזק שהן גורמות.

85 לטענת שפירא, נזקן של עברות המס מצטמצם בהשוואה לעבירת גניבה רגילה, בין היתר עקב כך שהוא מתפור בין נישומים רבים; שההסכם בין המדינה לנישום שבעטיו משלם האחרון את המס מבוסס לכל היותר על הסכמה קונסטרוקטיבית; ושלא פעם מופנה המס למטרות שהנישום מתנגד להן בכיור. אשר לעבירת השוחד טוען שפירא, כי בהינתן משטר בירוקרטי בלתי יעיל, יש דווקא במתן שוחד כדי להביא לקידום יעיל של חיי הכלכלה. ראו שפירא, לעיל ה"ש 82, בעמ' 117-121. ראו גם: Mirko Bagaric & Theo Alexander, *A Rational Approach of Sentencing White-Collar Offenders in Australia* 34 ADELAIDE LAW REVIEW, 335-338 (2014) (להלן: בגאריק ואלכסנדר).

86 כפי שציינתי von Hirsch: "When desert theorists assert that desert is a determining principle here, they mean that the ordering of penalties must meet the following two requirements. The first is the requirement of *parity*: criminal conduct of equal seriousness should be punished equally [...] The other is that of *rank ordering*: penalties should be ranked and spaced to reflect the ranking and spacing in degree of seriousness among crimes". ראו Andrew Von Hirsch, Ordinal and Cardinal Desert, in *Principled Sentencing*, לעיל ה"ש 20, בעמ' 207-209; von Hirsch – *Doing Justice*, לעיל ה"ש 20, בעמ' 77-79; DAVID; גולי־איייל "מתחמים לא הולמים: על עקרון ההלימה בקביעת מתחם העונש ההולם" משפטים על אתר 1 ו 1, 8-6 (2013).

87 ברי כי עברות אלה עשויות לכלול ספקטרום רחב יחסית של חומרה, שרמתה התחתונה נמוכה יחסית. ענישה אינה מתייחסת רק לטיב האינטרס המוגן שנפגע אלא גם לעוצמת הפגיעה בו. לענייננו נתייחס לעברות צווארון כחול שמידת פגיעתן אינה מינורית, ומכאן שפגיעתן באינטרס המוגן ובסדר החברתי, ככלל, חמורה יותר מזו הנגרמת על ידי פגיעה רכושית.

זאת, הן לפי קריטריונים מהותיים (מהות הערכים המוגנים ועוצמת הפגיעה בהם),⁸⁸ הן לפי תפיסות אינטואיטיביות יותר של העמדה הציבורית בנוגע לעבריינות הכלכלית.⁸⁹ ביטוי להלך רוח זה משתקף, למשל, בדבריו של פודגור (Podgor):

White-collar offenders, for the most part, can hurt you economically. They can destroy dreams, demolish pensions, cause a loss of jobs, and devastate home values in a community. They are thieves who require punishment, especially when they take away your livelihood. But even after the damage caused by the white-collar offender, you are still alive. And even their worst acts of criminality never put you in fear of your life.⁹⁰

88 von Hirsch & Jareborg ניסו ליצור מדרג של חומרת העברות על יסוד רמת הפגיעה שגרמו. הם הגדירו קריטריון של פגיעה בסטנדרט החיים (Living Standard) הכולל ארבע קטגוריות, מהקל אל הכבד: Subsistence, הנוגע להישרדות עם תנאי קיום בסיסיים בלבד; Minimal Well Being, הנוגע לקיום ברמה מינימלית של נוחות וכבוד; Adequate Well Being, הנוגע לקיום בתנאי כבוד ונוחות הולמים; ו-Enhanced Well Being, הנוגע לקיום בתנאים טובים בהרבה מהסטנדרט של תנאי כבוד הולמים. הודגש שמדובר בתנועה על פני רצף ולא בדיכוטומיה, ומכאן שקטגוריות אלה כוללות תת-קטגוריות נוספות. כך, למשל, עברות הפוגעות ב-Subsistence עשויות להתייחס הן לעברות המתה הן לפגיעה נמוכה יותר בתפקוד הפיזי או הקוגניטיבי. בהתאם לחלוקה זו אפשר לומר שבעוד שרוב עברות האלימות מעוצמה בינונית ומעלה מסווגות בקטגוריה הראשונה, ורוב עברות המין שאינן פעוטות מסווגות בקטגוריה השנייה, רוב-רובן של עברות הצווארון הלבן מסווגות בקטגוריות השלישית והרביעית (כשלעניין זה בחלק מהעברות הנזק הוא עקיף, קשה לכימות ואינו מורגש על ידי רוב קרבנותיו הפוטנציאליים), ומיעוטן המצוי ברף הגבוה ביותר, עשוי במקרים חריגים להימצא בקטגוריה השנייה.

89 ראו, למשל, Kristy Holtfreter, Shanna Van Slyke, Jason Bratton & Marc Gertz, *Preceptions of White-Collar Crime and Punishment*, JOURNAL OF CRIME JUSTICE 36, 50-60 (2008); Giang Ly Isenring, *Perception of Seriousness and Concern about White-Collar Crime: Some Results of an Opinion Survey Among Swiss Banks*, EUR J CRIM POLICY RES 14, 371 (2008); קנאי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 44-45; אורן גזלי-אייל ורות קנאי "כיבוד קובעים עונשי מוצא?" חוקים ג 155, 164 (2011); אמנם בחלק מהמחקרים ניכרה החמרה בתפיסת הציבור לגבי ענישה בעברות כלכליות בהשוואה לשנות השישים והשבעים. נתון זה אינו צריך להתקבל בהפתעה בהתחשב בגידול בעיסוק התקשורתי בעברות אלה, בין היתר על רקע פרשות חמורות שזכו להד, וכן עקב ההפנמה שהיעדר קרבן ספציפי אינו מעיד על היעדר נזק ממשי ופוטנציאלי רחב-היקף. עם זאת, גישת החמרה במחקרים אלה התבטאה לרוב בכך שבין עברות צווארון לבן לעברות צווארון כחול הגורמות נזק דומה, נתפסות הראשונות כחמורות יותר. גם היום, חרף הגברת המודעות לעברות כלכליות, נזקים פיזיים בדרגה גבוהה נחשבים על פי רוב לחמורים מנזקים כלכליים מהסוג המאפיין עברות כלכליות. ראו, למשל, DONALD J. REBOVICH & JENNY LAYNE, THE NATIONAL PUBLIC SURVEY ON WHITE COLLAR CRIME (2000); John Braithwaite, *Challenging Just Deserts: Punishing White-Collar Criminals*, 73 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 723, 733-734 (1982) (להלן: בריית'ווייט).

90 Ellen S. Podgor, *Throwing Away the Key*, 116 YALE L.J. POCKET, 279, 282 (2007). יצוין כי לנוכח התמקדותו של פודגור בשיקולים גמולניים, הוא סבור (בניגוד לעמדתנו) כי יש להפחית מעונשם של עברייני הצווארון הלבן. יוזכר, כי הפער בין חומרתם היחסית של

לעוצמת הנזק הנגרם קיימת חשיבות רבה בהערכת חומרתה של העברה. כך, מבין שני הרכיבים המרכזיים המשקפים חומרה – עוצמת הנזק ורמת היסוד הנפשי – מרבית האנשים מקנים משקל רב יותר לתוצאה הממשית של העברה מאשר למידת הכוונה הפלילית שבבסיסה. כך, אדם שהתכוון לשרוט את חברו אך גרם למותו נתפס כמי שביצע עברה חמורה יותר מזה שהתכוון להרוג את חברו אך רק שרט אותו.⁹¹

ואולם, גם במישור היסוד הנפשי, שהוא, כאמור, הפרמטר השני להערכת חומרתה של עבירה, מסתפקות חלק מעבירות הצווארון הלבן בעוצמה נמוכה יחסית לשם גיבושן.⁹² הדבר עשוי לנבוע דווקא מחומרתו הפחותה יחסית של הנזק, ואולי אף מאיזיהויו של קרבן קונקרטי בחלק מהמקרים, דבר שעשוי להקשות על יכולתו של העבריין להפנים את עוצמת האנטי-חברתיות שבמעשהו. דוגמה לכך היא העברה הקבועה בסעיף 53(ה) לחוק ניירות ערך, המטילה אחריות פלילית על דירקטורים ועל מנכ"ל תאגיד בגין עברות דיווח של התאגיד עצמו (שלא ביצעו בעצמם), זולת אם הוכיחו "שהעברה נעברה שלא בידיעתם ולא היה עליהם לדעת עליה או שלא יכלו לדעת עליה"; או "שנקטו כל האמצעים הסבירים כדי למנוע את העברה". מדובר, אם-כן, בעברה המטילה על אורגנים בכירים בתאגיד עונש של עד חמש שנות מאסר בגין אחריות שילווחית שאינה טעונה מחשבה פלילית.⁹³

דוגמה נוספת נוגעת לרלוונטיות הייחודית של הגנת הטעות במצב המשפטי לעברות הצווארון הלבן. סעיף 34יט לחוק העונשין קובע כי "לעניין האחריות הפלילית אין נפקא מינה אם האדם דימה שמעשהו אינו אסור, עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו של האיסור, זולת אם הטעות הייתה בלתי נמנעת באורח סביר". מדובר בהגנה מצומצמת בהיקפה, שלשם שלילתה די להוכיח שהתרשלות הנאשם היא שגרמה לאי-ידיעת הדין.⁹⁴ אף שהסעיף לא יוחד לסוגי עברות מסוימים, אופיין המורכב של העברות הכלכליות, השינויים התדירים בהן והמומחיות הדרושה לעתים להבנתן, מביאים נאשמים לשימוש מוגבר בהגנה זו דווקא בעברות אלה, במסגרת המקרה הפרטי של טענה להסתמכות על עצת עורך-

שני סוגי העברות – כפי שהוא נתפס, לפי הנטען, על ידי שופטים – אף שימש הסבר בקרב מלומדים לנטייה המוגברת של בתי המשפט בארצות-הברית לחרוג מהנחיות הענישה המחמירות שנקבעו ב־Sarbanes-Oxley Act בראשית שנות האלפיים, ולהטיל ענישה מקלה ולא מרתיעה בעברות צווארון לבן. ראו *Go Directly to Jail*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1739-1741.

91 בוק, לעיל ה"ש 51, בעמ' 66-67.

92 זאת, בצד עברות אחרות הדורשות יסוד נפשי "חזק" כגון תרמית בניירות ערך לפי סעיף 54(א)(2) לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק ני"ע), שפורשה כדורשת כוונה להשפיע על שער נייר הערך (ראו ע"פ 99/14 מ"י נ' מליסרון, פס' קיא-קכא (פורסם בנבו, 25.12.2014) (להלן: עניין מליסרון); או עברה לפי סעיף 220 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], הדרושת כאחת מחלופותיה "כוונה להתחמק ממס".

93 ע"פ 2103/07 הורוביץ נ' מ"י, פס' 243 (פורסם בנבו, 31.12.2008) (להלן: עניין הורוביץ); ת"פ (ת"א) 23842-11-11 מ"י נ' לוי, פס' 349 (פורסם בנבו, 19.11.2013).

94 סטנדרט מחמיר זה, מנקודת מבטו של הנאשם, נגזר מהכלל שלפיו אי-ידיעת הדין אינה פוטרת מעונש, מעקרון החוקיות ומהרצון שלא לעודד אי-ידיעה של הדין על ידי עבריינים פוטנציאליים, דבר שימנע את הכוונה התנהגותם בהתאם לאיסורים הקבועים במשפט הפלילי. ראו ע"פ 3506/13 הבי נ' מ"י, פס' 42-45 (פורסם בנבו, 12.1.2016) (להלן: עניין הבי).

דין.⁹⁵ אלא שהפסיקה אינה ממהרת להתמסר: בשורה של פסקי דין נקבעו תנאים מחמירים להכרה בהסתמכות כזו, לרבות דרישה למהלך אקטיבי, חקרני וזהיר לכירור הדין; העדפה ברורה לחוות דעת בכתב וכיוצא באלה. באחת הפרשות ביטאה השופטת ביניש גישה נוקשה במיוחד, שלפיה הסתמכות על עצה מוטעית של עורך-דין (שניתנה בהקשר של הגבלים עסקיים) לא תיחשב בלתי-נמנעת באורח סביר בשל האפשרות לפנות לרשות השלטונית לקבלת עמדתה.⁹⁶ התוצאה היא אפוא שאדם יכול לבצע עברה כלכלית ולהיות חשוף לעונש חמור אף בלי ידיעה שהוא מפר את החוק, ותוך הסתמכות רשלנית על עצת עורך-הדין. לבסוף, חלק ניכר מעברות הצווארון הלבן הן מסוג *Mala Prohibita*, קרי: כאלה שפליליותן נובעת מעצם הגדרתן כאסורות על ידי המחוקק: "עבירות שאין טמון בהן כל פגם מוסרי ורוע, כגון עבירות על חוק ניירות ערך, חוק הגבלים עסקיים ועוד; להבדיל מאותן עבירות שהאכזריות והעדר המוסריות טבועים בהן והן אסורות בכל חברה נורמטיבית (*mala in se*), כגון רצח ואונס".⁹⁷ אופי זה של עברות הצווארון הלבן, אשר משליך הן על חומרת הנוק הנגרם בעטיין, הן על רמת היסוד הנפשי, מסביר אף הוא את טענתנו למיקומן הנמוך יחסית, בהשוואה לעברות מין ואלים, במדרג החומרה האורדינלי.

אמנם, אפשר לטעון שהעובדה שעברות הצווארון הלבן מבוצעות לא אחת על ידי נאשמים מיוחסים (*privileged*) שנהנו מכל יתרונות השיטה הקפיטליסטית, ולא מתוך צורך כלכלי שכפו עליהם נסיבות חייהם, הופכת את מעשיהם לחמורים יותר.⁹⁸ אך על טענה זו ניתן לענות בארבע אלה: ראשית, כפי שהוסבר, מבחינה סטטיסטית עברות צווארון לבן אינן מוגבלות לבני המעמד הגבוה, והן שכיחות גם בקרב בני מעמד הביניים שאינם אווזים בתפקידי ניהול דווקא. לגבי אלה, נראה שתחושת חוסר ההגינות המתעוררת עקב ניצול מעמדם היא בעוצמה פחותה; שנית, הגם שביצוע עברות על ידי נאשמים בעלי כוח עשוי לקומם, הטענה שנתון זה כשלעצמו מחמיר את הפגיעה באינטרס המוגן אינה מובנה מאליה; שלישית, ככלל, המשפט הפלילי נרתע מהכרה בעבריינות דטרמיניסטית, ולרוב מייחס משקל מועט בלבד לנסיבות חיים שאינן קשורות ישירות בעברה, לקולה או לחומרה;⁹⁹ רביעית, אף אם קיימת חומרה מוגברת בביצוע עברות בנסיבות אלה, היא עשויה להתאזן בשל הנפילה מאיגרא רמה לבירא עמיקתא שנאשם כזה חווה עקב העמדתו לדין וענישתו.¹⁰⁰

95 מרים גור-אריה "הסתמכות על עצה מוטעית של עורך דין. האם פוטרת מאחריות פלילית" עלי משפט ב 33 (2002); דן שינמן "מבטו של סנגור על הגנות ההסתמכות" ספר אור 19 (אהרן ברק, רון סוקול, עודד שחם עורכים, 2013).

96 ע"פ 845/02 מ"י נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית, פ"ד סב(3) 307, פס' 38 (2007); ע"פ 5672/05 טגר בע"מ נ' מ"י (פורסם בנבו, 21.10.2007); עניין הבי, לעיל ה"ש 94, בפס' 606-607.

97 ת"פ (ת"א) 40346-05 מ"י נ' ללום (פורסם בנבו, 15.12.2009).

98 ראו, למשל, ע"פ 395/75 צור נ' מ"י, פ"ד (2) 589, 598 (1976).

99 כך, למשל, השיקול ברבר "נסיבות חיים קשות של הנאשם שהייתה להן השפעה על ביצוע מעשה העברה" נכלל בסעיף 40יא לחוק העונשין במסגרת הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העברה, שהשפעתן על העונש מוגבלת לתנועה בתוך המתחם. אין סיבה להניח שנסיבות חיים הפוכות יקבלו משקל גבוה מזה לחומרה.

100 גם אם עוצמתו של שיקול זה היא, כפי שיובהר להלן, בעלת משקל מוגבל; ראו פרק 2.1 למאמר זה.

אם כן, עם כל חומרתן, ובהתחשב בתוצאותיהן הממשיות, עברות הצווארון הלבן – שהגדרנו לעיל כעברות שאינן כרוכות בפגיעה פיזית – חמורות פחות מעברות צווארון כחול מסוג עברות מין ואללימות (ברף בינוני ומעלה), ומבחינה גמולנית מצדיקות ענישה פחותה. ניתן אמנם לטעון מנגד שישנם קרבנות שהיו מבכרים פגיעה פיזית על פני פגיעה כלכלית, אך ספק אם העדפה זו חלה במקרים של פגיעה פיזית בעוצמה גבוהה (עד כדי מוות) או בעברות מין; ואפילו יש קרבנות ש"סיכמו" לכך, ספק אם הצבת החלופות זו מול זו ראויה מבחינה אתית.¹⁰¹ ניתן גם לטעון שהרקע הסוציו-אקונומי הנמוך המאפיין לא פעם את עברייני הצווארון הכחול, מציב את התנהגותם בתוך הקשר, ועשוי להפחית מחומרת מעשיהם בהשוואה לעברייני הצווארון הלבן, ואולי אף לאיין את הפער ביניהם. עם זאת, אפילו התגברנו על הקושי העקרוני שבייחוס משקל גבוה לשיקול זה,¹⁰² נראה שאפשר לאזנו עם תרומתם החברתית של רבים מעברייני הצווארון הלבן, הנשקלת אף היא בקביעת עונשם ומפחיתה מהתמונה הכוללת של חומרת מעשיהם.¹⁰³

ז. האנומליה של הצווארון הלבן

1. מהות האנומליה

בפרקים הקודמים דנו במאפיינים של עבריינות הצווארון הלבן וכיחס בינה לבין עבריינות הצווארון הכחול (כפי שהגדירנו בהתייחס לעברות ברמת חומרה גבוהה). במהלך הדיון התברר נתון הראוי לתשומת לב: באופן בסיסי היינו סוברים כי לפחות ברמת המגמות, שיקולי גמול והרתעה הולכים "יד ביד", שהרי ככל שהעברה חמורה יותר כך יגבר רצוננו למנעה, וכפועל יוצא מכך תוחמר עוצמת האמצעים שננקוט לשם כך.¹⁰⁴ ואולם, בפועל, חלק ניכר מהעברות החמורות ביותר הן עברות אקספרסיביות באופיין, ולכן היכולת להרתיע מפניהן באמצעות ענישה היא מוגבלת. אפילו קיימת מטרה קונקרטית העומדת בצד העברה, ההיעדר המוחלט של פרופורציה בין טיב האמצעי הננקט (והסיכון הכרוך בו למבצע, פיזית ומשפטית) לבין תכלית זו הוא משמעותי עד כדי כך, שקשה לראות בו אקט רציונלי ברתעה. לעומת זאת, עברות צווארון לבן – שהן עבירות חמורות פחות, והאינטרס המוגן בהן נמוך יותר במדרג – הן עברות שבהיותן אטרקטיביות לכיצוע נרצה

101 ראו לעניין זה, בהקשר הנזיקי, Cass R. Sunstein, *Incommensurability and Valuation in* Law, 92 MICHIGAN LAW REVIEW 779-861 (1994).

102 Andrew von Hirsch, *Constructing Guidelines for Sentencing: The Critical Choices for the Minnesota Sentencing Guidelines Commission*, 5 HAMLINE L. REV. 164, 203 (1982); Stephen J Morse, *Undiminished Confusion in Diminished Capacity* 75 J. CRIM. L. AND CRIMINOLOGY, 1, 30 (1984).

103 ראו, למשל, ע"פ 7068/06 מ"י נ' אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ, פס' 20 לפסק הדין של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 31.5.2007).

104 כפי שציינה קנאי, "ככל שמרובה הנזק שהעבירה גורמת לחברה, רב רצון החברה למנוע אותה, ועל כן יש להרתיע יותר מפני ביצועה". לדבריה, "הקשר בין הסולם ההרתעתי לסולם הגמולי מצוי בהחלטה הערכית המשותפת לשניהם, היינו מהי העבירה שהחברה מעוניינת יותר למנוע. או במילים אחרות, מהי העבירה החמורה יותר". ראו קנאי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 73-75.

להרתיע מפני ביצוען;¹⁰⁵ ובהיותן אינסטרומנטליות, יש בענישה כדי לשמש גורם אפקטיבי לדיכוי המוטיבציה של העברייין להוציאן אל הפועל.

עניין לנו, אפוא, באנומליה: בעברות הטעונות ענישה מחמירה יותר מבחינה גמולנית – אין בהחמרת הענישה כדי להרתיע, ואילו בעברות הטעונות ענישה מחמירה פחות מבחינה גמולנית – נדרשת רמה גבוהה יותר של ענישה כדי ליצור הרתעה. מצב זה עלול לעורר קשיים לא פשוטים בשיטות משפט, דוגמת זו הישראלית, המציבות את הגמולנות כרף עליון בלתי-עביר, תהיה יכולתו של העונש להרתיע אשר תהיה. נסביר.

הנחת המוצא לדיוננו היא שמטרת הדין הפלילי אינה לתמחר את העברות הפליליות אלא למנוע אותן. כבר עמדנו על הפוטנציאל הפוגעני הגדול של עברות הצווארון הלבן גדולות הממדים, ובעיקר על הנזק הכרוך בהן לשיטה הכלכלית והמשפטית ולאמון הציבור, גם כשקשה להצביע על ניוזק ישיר קונקרטי. לכן, אין להסתפק בענישה הנגזרת מרמת הנזק שנגרם, כך שבמצבים שבהם תוחלת התועלת של העברייין עולה על תוחלת הנזק מהעברה הוא יבחר לבצע, אלא יש לגזור את העונש מתוחלת התועלת עצמה, וכך לאיין את המוטיבציה של העברייין הרציונאלי להוציא את העברה אל הפועל.¹⁰⁶ אמנם, ניתן לשקלל גם נזקים לא ישירים בתוך הנזק המשמש אמת-מידה לחישוב הענישה, אולם הקושי לאתר ולכמת נזק כזה – והעובדה שחלק מנזקים אלה, דוגמת הפגיעה באמון הציבור, נגרמים כתוצאה ממסה קריטית מצטברת של עברות ולא מכל עברה בנפרד – מקשים על היצמדות לנזק כאמת-מידה אפקטיבית ל"תמחור" העונש.¹⁰⁷ כך או כך, אפילו תועלתו של העברייין גבוהה מהנזק שלו הוא גורם, עדיין יעיל יותר מבחינה חברתית שהעברייין יפיק את התועלת בעסקה רצונית בתנאי השוק ולא בפעולות מרמה.¹⁰⁸

- 105 כפי שציינה קנאי, עצם האטרקטיביות של העברה הוא גורם שעשוי להצדיק החמרה בענישה מנקודת מבט הרתעתית. ראו קנאי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 75.
- 106 להבחנה בין תאוריית ההפנמה לתאוריית המניעה, לעניין שיעורה האופטימלי של תוחלת הסנקציה הפלילית, ראו הראל, לעיל ה"ש 73, בעמ' 650.
- 107 ניקח לדוגמה את העברה של שימוש במידע-פנים. בעוד שהתועלת הכלכלית שהעברייין מפיך מביצועה היא לרוב ברורה, ומתבטאת בהפרש שבין המחיר לאחר פרסום מידע-הפנים לבין המחיר לפני פרסומו (בין שהרווח מומש ובין שלא), קשה יותר לחשב את גובה הנזק הכלכלי שנגרם כתוצאה מעברה זו, המתבטא בפגיעה באמון הציבור בשוק ההון עקב הפגיעה בתחושת השוויון בהגיונות. בע"פ 3164/14 מ"י ג' פן (פורסם בנבו, 29.6.2012) ציין בית המשפט: "בית המשפט המחוזי הנכבד [...] החליט לקבוע את גובה הקנס לפי 'טובת ההנאה הושגה' ולא לפי 'הנזק שנגרם'. החלטתו של בית המשפט בעניין זה ראויה, וזאת לאור הקושי הטמון בניסיון להתחקות אחר קורבנות העבירה והנזק שנגרם להם בעקבות ביצועה" (פס' 98). כפי שמצוין שם, סעיף 2B1.4 להנחיות הענישה הפדרליות בארצות-הברית (United States Sentencing Commission Guidelines Manual (Nov. 2014)) נוקט גישה דומה בנוגע לעבירה של שימוש במידע-פנים. לפי הסעיף: "Because the victims and their losses are difficult if not impossible to identify, the gain, i.e., the total increase in value realized through trading in securities by the defendant [...] is employed instead of the victims' losses"
- 108 נדגים את הדבר באמצעות בעל שליטה בחברה ציבורית המושך ממנה כספים, ללא האישורים הנדרשים כדין לעסקה עם בעל שליטה וללא ריבית כדין. סיטואציה כזו התעוררה בכמה תיקים

אם כן, כדי למנוע את עברת הצווארון הלבן נדרשת ענישה שתוחלתה תאיין את המוטיבציה לביצועה, קרי: שתעלה במקצת על תוחלת התועלת של העברייין. נניח לשם הדוגמה שהעברה תניב לעברייין באופן ודאי תועלת שגובהה שני מיליון (למשל, כי רווחיו מהעברה היו שני מיליון ש"ח, וכל שקל שווה עבורו יחידת תועלת אחת). כדי להרתיע את העברייין נדרש עונש שגובהו עולה ולו במקצת על תועלת זו, קרי: שיגרע ממנו מעט יותר משני מיליון יחידות תועלת (מאסר, קנס או אמצעי ענישה אחרים). דבר זה צריך להיעשות תוך התחשבות בתופעות מוכרות המפחיתות מאופיו המרתיע של העונש, כמו אהבת סיכון או התועלת השולית הפוחתת של עונשי מאסר. מאחר שלא כל העבריינים נתפסים – במיוחד בעברות המתוחכמות, המוסוות היטב ולפעמים הנטולות קרבן מובחן של הצווארון הלבן – אי-אפשר להסתפק בעונש שערכו שני מיליון, ויש להתחשב גם בסיכויי התפיסה. אם נניח סיכויי תפיסה של כ-10%, התואמים את הנתונים בהקשר זה,¹⁰⁹ אזי שעל העונש לעמוד על

שנדונו בערכאה הכלכלית של בית המשפט המחוזי בתל-אביב. ראו, למשל, ת"פ (מחוזי ת"א) 40213/05 מ"י נ' גבעוני (פורסם בנבו, 26.12.2012) (לתיק בבית המשפט העליון ראו עניין הבי, לעיל ה"ש 94; ת"פ (כלכלית) 14-08-44959-08 מ"י נ' רובינסון (פורסם בנבו, 29.3.2016)). נניח שהחברה מעריכה את שווי החזקת הכספים (סכום הכסף בתוספת הריבית שהיא יכולה לקבל) ב-100, ואילו בעל השליטה, הזקוק לכסף, מעריך שווי זה ב-200. עוד נניח שהעלות הכרוכה באיתור העברה ובתפיסת העברייין היא 50. התועלת החברתית ממעשהו של בעל השליטה היא אפוא $100 - 50 = 50$, והעלות החברתית שלה היא $100 + 50 = 150$. לפי גישת ההפנמה, גובה העונש צריך לעמוד על גובה הנזק, קרי: 150. עלות המשא ומתן בין בעל השליטה לחברה, לרבות מנגנון האישור, הוא 20 ש"ח, והוא מתחלק שווה בשווה בין השניים. התועלת החברתית עקב קבלת ההלוואה בהתאם למנגנון הקבוע בחוק (הדומה במהותו להעברה בשוק החופשי) הוא $200 - 100 - 20 = 80$. אם כן, ברור שהתועלת מהעברת ההלוואה במנגנון השוק עולה על זו הנעשית תוך הפרת החוק ($80 < 50$). חרף כך, בעל השליטה עלול להעדיף לפעול בניגוד לחוק, שכן מחיר קבלת ההלוואה לפי המנגנון החוקי יהיה בין 110 (השווי המינימלי שבו תסכים החברה לתת את ההלוואה, הנגזר מהשווי שבו היא מעריכה את הסכום ומעלות המשא ומתן) ל-190 (העלות המרבית שהוא יסכים לשלם בהינתן תועלתו ועלות המשא ומתן). אם, למשל, יעמוד הסכום על אמצעו של טווח זה – קרי: 150 – תעמוד תועלתו של בעל השליטה מהעברת הכסף לפי מנגנון השוק על $10 - 150 - 200 = 40$, ואילו תועלתו מהעברה בלתי-חוקית תעמוד כאמור על 50. מדוגמה זו ברור מדוע גם מבחינה כלכלית יעיל יותר לבכר את גישת המניעה על פני גישת ההפנמה. הדוגמה לקוחה מתוך הראל, לעיל ה"ש 73, בעמ' 652-653.

109 בהתאם לדוח השנתי של משטרת ישראל לשנת 2013, סיכויי העברייין להיתפס – המחושבים לפי אחוז כתבי האישום מסך התיקים שנפתחו לכגירים – עלו באותה שנה ל-13.37% (בשנת 2012 הם עמדו על כ-13.09%). ראו www.police.gov.il/Doc/TfasimDoc/din_veheshbon_2013.pdf. בהתאם לאמור בדוח, נתונים אלה הם בגדר שיפור ניכר בהשוואה לנתונים של השנים 2010-2011. ברי כי הנתונים האמורים, המתייחסים רק לתיקים שנפתחו (קרי: כאלה שהובאו לידיעת המשטרה), משקפים הטיה כלפי מעלה בהשוואה לנתוני ה"אמת", במיוחד בהתייחס לעברות ניירות ערך, שבהן לא תמיד יש קרבן קונקרטי. עוד יצוין כי נתונים אלה מתייחסים לכלל העברות, כשדרוב אחוזי התפיסה בעברות אלימות ומין עולים על אלה שבעברות רכוש. ראו בזק, לעיל ה"ש 51, בעמ' 76.

עשרים מיליון יחידות תועלת לפחות כדי שירתיע. ברם, יש טעמים טובים להניח שעונש זה חורג מהרף העליון שאפשר להטיל מבחינה גמולנית.

כאמור, בשונה משיקולי ההרתעה המאפשרים הצבה מדויקת יחסית של מספר שיאיין את המוטיבציה של העבריין לבצע עברה, ככלל קשה לגזור מהתפיסה הגמולנית ענישה קרדינלית מדויקת הנוקבת בנתון מספרי. כפועל יוצא מכך יש גם קושי להציב נתון מספרי "גמולני" יחסי הנובע מהשוואה לנתון המספרי "ההרתעתי". עם זאת, כפי שיובהר, נראה שהעונש המרבי הראוי מבחינה גמולנית בעברות כלכליות נופל מזה שיש בו כדי להגשים הרתעה. בחינת הפסיקה שקדמה לתיקון 113 מעלה שלהרתעה ניתן משקל מרכזי – לעתים מכריע – בקביעת העונש בעברות כלכליות. כך, למשל, נאמר בע"פ 2919/02 אלוני נ' מ"י (2002), שעסק בעברות הגבלים עסקיים, כי "העונש ההולם בעבירות כלכליות הוא מאסר בפועל", בשל "אפקט מרתיע במיוחד למאסר במגזר עברייני זה של אנשים שומרי חוק בדרך כלל, שאינם פועלים מתוך מצוקה כלכלית או סוציאלית". בדומה, נקבע בע"פ 6564/04 סטויה נ' מ"י (2004), בנוגע לעברות שוחד כי "השיקול המרכזי בענישתן של עבירות מסוג זה הוא הרתעתם של עובדי ציבור אחרים מפני ביצוע עבירות דומות".¹¹⁰ גישה דומה ננקטה בעברות מס,¹¹¹ בעברות ניירות ערך¹¹² ובעברות כלכליות נוספות. התפיסה השיפוטית המקובלת באותה עת גרסה, אפוא, שיש להרתעה משקל דומיננטי בענישה בעברות כלכליות, והיא משמשת נתון מוביל להצדקת החמרתה.

דחיקת השיקול ההרתעתי בתיקון 113, והפיכתו לשיקול משני שיכולתו לבוא לידי ביטוי כפופה להתקיימותו במקביל של השיקול הגמולני – שיקול המוגבל כשלעצמו במטרה לשמור על מדרג אורדינלי אל מול עברות אחרות – מקשה מאוד על הגשמת הרתעה יעילה ועלולה להביא לתת-הרתעה. אכן, מעצם היותה של ההרתעה השיקול הדומיננטי בענישה של עבריינות צווארון לבן נובע שחלק מהעונש הנגזר על המשתייכים לקטגוריה זו, מקורו באופן בלעדי בשיקול זה ולא בשיקולים אחרים. הצבת הגבלה גמולנית גורעת בהכרח חלק מהעונש המוטל (בשיעור החלק ההרתעתי השירי) ומביאה לתת-הרתעה. לשם הבהרת הבעיה, נציג שלוש דוגמאות.

הדוגמה הראשונה נוגעת לגובה הענישה הכלכלית בעברות צווארון לבן. הפסיקה עמדה פעמים רבות על מרכזיות הענישה הכלכלית בעבירות אלה. בין היתר הודגש כי לעונש הקנס

110 ראו גם ע"פ 389/72 זוקאים נ' מ"י, פ"ד (2) 487, 496 (1973); ע"פ 150/88 לושי נ' מ"י, פ"ד (2) 650, 659-660 (1988).

111 בנוגע לעברות מס נקבע כי "כאשר עסקינן בעברייני מס, אשר תקוותם היא להפיק רווח כספי, חשוב להטיל לצד הקנס, גם עונש של מאסר בפועל למען יידע העבריין שאין החוטא יוצא נשכר" וכי "עבירות המס הכלכליות הפכו בשנים האחרונות להיות רעה חולה ומכאן יש מקום ליתן לכך משקל בענישה על הפן ההרתעתי". ראו רע"פ 3137/04 חג'ג' נ' מ"י (פורסם בנבו, 18.4.2014); ע"פ 6474/03 מלכה נ' מ"י (פורסם בנבו, 19.2.2004).

112 כך, למשל, בת"פ 12-10-51462 מ"י נ' קאופמן (פורסם בנבו, 24.10.2011) צייין בית המשפט כי הרקע לביצוע עברות ניירות ערך "הוא כספי גרידא, והרצון לגרוף רווחים על חשבון אחרים, תוך התעלמות ממידת הנזק שגורמים מעשים אלה, מצדיקים ואף מחייבים פגיעה חמורה בכיסו של העבריין, לא כדי לגמול לו על מעשיו, אלא על מנת להעביר מסר הרתעתי כלפי אחרים, שבצע כסף אינו משתלם לעבריין".

יש "ערך בפני עצמו שנועד להרתיע פעילים אחרים בשוק ההון"¹¹³; כי "מטרת העונש על עבירות כלכליות היא בחלק ניכר פגיעה בכיסו של העבריין"; וכי "קנס גבוה ומשמעותי (ירתיע) את הרבים ממעורבות בעבירות אלה"¹¹⁴. ברם, בפועל בתי המשפט נוקטים זהירות מרבית בהטלת קנסות, ופעמים רבות גובהם המרכי חוצה אך במעט את גובהה של טובת ההנאה הממשית שהושגה, משתווה לה או אף נופל ממנה¹¹⁵ – דבר שעשוי להפוך את העברה ללא יותר מאשר מכה קלה ביד (Slap on the Wrist), ולמעשה למשתלמת.¹¹⁶

לאמתו של דבר, יכולתו המוגבלת של הקנס להרתיע מוכתבת כבר בחוק עצמו. סעיף 61 לחוק העונשין, המגביל את הקנס המרכי לסכום של פי ארבעה מטובת ההנאה (שעה שכאמור היקף האכיפה נמוך יותר), מציב לגובה הקנס – ככל הנראה מטעמים גמולניים – רף עליון שאין בכוחו ליצור הרתעה אפקטיבית. ממילא, ברוב רובם של המקרים גובה הקנסות בפועל נמוך בהרבה.

113 ת"פ (ת"א) 67492-12-15 מ"י נ' ניסנצוויג, פס' 82 (פורסם בנבו, 19.5.2016) (להלן: עניין ניסנצוויג).

114 ע"פ 2560/08 מ"י נ' וול, פס' רכב (פורסם בנבו, 6.7.2009).

115 ראו, למשל, ת"פ 52660-03-14 מ"י נ' קליינר (פורסם בנבו, 19.10.2014) (להלן: עניין קליינר), שבו הורשע הנאשם בתרמית בניירות ערך ובגנבה בשליחת יד, שבעטיים הפיק טובת הנאה של 400 אלף ש"ח. על קליינר הוטל קנס של 200 אלף ש"ח בצד עונש מאסר; בעניין ניסנצוויג, לעיל ה"ש 113, הורשע הנאשם בין היתר בתרמית בניירות ערך, בגנבה בשליחת יד ובהלבנת הון, שבעטיים הפיק טובת הנאה של כ-220 אלף ש"ח. על ניסנצוויג הוטל קנס של 50 אלף ש"ח בצד עונש מאסר; בת"פ 51462-12-10 מ"י נ' קאופמן (פורסם בנבו, 23.10.2011) הורשע הנאשם, בין היתר, בתרמית בניירות ערך, בגנבה ובקבלת דבר במרמה, כשכל אלה הניבו לו רווח שעלה על 1.5 מיליון ש"ח, והוטל עליו קנס של 35 אלף ש"ח בצד עונש מאסר; בת"פ 10571-02-15 מ"י נ' ממן (פורסם בנבו, 8.9.2015) הורשע הנאשם, בין היתר, בשוחד, בתרמית בניירות ערך, במרמה והפרת אמונים בתאגיד ובהלבנת הון, שבגינם הפיק טובת הנאה של כ-11 מיליון ש"ח, ומתוכם משך כ-2.5 מיליון ש"ח. בגין מעשיו הוטל עליו קנס של 500 אלף ש"ח בצד עונש מאסר; בת"פ 29935-01-14 מ"י נ' פפר (פורסם בנבו, 26.1.2012) הורשע הנאשם בתרמית בניירות ערך ובמרמה והפרת אמונים בתאגיד, שהניבו לו רווח של כ-200 אלף ש"ח. בגין מעשיו הוטל עליו קנס של 200 אלף ש"ח בצד עונש מאסר; בת"פ 9883-07-10 מ"י נ' גואטה (פורסם בנבו, 6.9.2012) הורשע הנאשם בגנבה בידי מורשה ובתרמית בניירות ערך, שבעטיים הרוויח כ-350 אלף ש"ח. על הנאשם הוטל קנס של 200 אלף ש"ח בצד עונש מאסר. אמנם, בחלק ממקרים אלה הושבו סכומי הגזלה או חלקם, אך לא רק שלפי תיקון 113 משקלו של שיקול זה מוגבל ומתמצה בתנועה בתוך מתחם הענישה (סעיף 40א(5)), אלא שגזירת קנס מינורי – שלכל היותר עולה (עם סכום ההחזר) במעט על טובת ההנאה – הופכת, בהינתן סיכויי התפיסה, את הפשע למשתלם – ולכן לא עומדת בשיקולי הרתעה. כך, במיוחד כשהחזר נעשה רק לאחר שהעבריין כבר נתפס – במצב שכזה יכול העבריין לכלכל את צעדיו מראש: אם ייתפס יחזיר את הכסף ויקבל עוד קנס מינורי; אם לא ייתפס, יישאר עם כל הכסף בידו. בתוחלת יוצא העבריין מרווח במידה ניכרת. על כך יש להוסיף שמההפחתה הניכרת בעונש בעקבות השבת הכסף עולה ריח לא נעים של קניית החירות בכסף.

116 קרואל, לעיל ה"ש 63, בעמ' 125.

אמנם, ניתן לטעון כי בין הקנס למאסר מתקיימים יחסי גומלין לעניין האפקט ההרתעתי, שהרי כפי שהקנס גובה מהנאשם עלות כספית כך המאסר גובה ממנו עלות מוחשית ובלתי-מוחשית כאחת, ואת כל העלויות יחד אפשר להגדיר כיחידות תועלת הנגרעות מהנאשם בעקבות העונש.¹¹⁷ ואולם, ראשית, בפסיקה נקבע לא אחת שיש להתייחס אל הענישה הכלכלית בעברות הצווארון הלבן כאל יחידה עצמאית שנועדה למנוע מהעבריין את רווחיו מהעברה בעין, במנותק מהפגיעה הבלתי-מוחשית שבמאסר.¹¹⁸ הטלת קנסות מתונים חרף כך מלמדת שבתי המשפט ראו את עצמם, גם אם לא במודע, מוגבלים בגובה הקנסות שהם רשאים להטיל משיקולי גמול. שנית, מהנוסח של תיקון 113 לחוק העונשין מתבקשת קביעת מתחמים נפרדים לעונשי המאסר והקנס. אופיו הנורמטיבי-ערכי של מתחם הענישה,¹¹⁹ והיותו אמת-מידה לעתיד וכלי לצמצום פערי הענישה אינם מתיישבים עם השינויים במתחם הקנס עקב קיומו או היעדרו של עונש מאסר. שלישית, גובהם המתון של הקנסות לא השתנה גם כשהעונשים שנפסקו לא כללו מאסר מאחורי סורג ובריח.¹²⁰

117 ע"פ 6799/14 אופיר נ' מ"י, פס' 13 (פורסם בנבו, 16.3.2015); ת"פ 5966/08 מ"י נ' מאיר, פס' 36 לגזר הדין (פורסם בנבו, 7.3.2016).

118 ע"פ 8465/15 בן-זקן נ' מ"י (12.9.2016) (להלן: עניין בן זקן), שם החמיר בית המשפט במידה ניכרת את עונשי הקנס שהוטלו על נאשמים שהורשעו בתרמית בניירות ערך, בצד עונש מאסר של יותר משנתיים שהוטל על הנאשם המרכזי, בציינו כי: "בית משפט זה פסק לא אחת כי מן הראוי להטיל קנסות משמעותיים על מי שהורשעו בעבירות כלכליות [...] מדיניות הענישה הנוהגת הנוגעת לקנס כספי אמורה להגשים את התכלית של מניעת כל טובת הנאה ממעשה העבירה, ואף יצירת מצב לפיו ביצוע העבירה לא יהא כדאי כיוון שהעבריין צפוי לכך שייפגע בכיסו אף מעבר לשוויה של טובת ההנאה שצמחה לו בעבירה [...] מדיניות זו יש ליישם גם כאשר הקנס מוטל לצד עונש מאסר" (פס' 17, ההדגשה הוספה).

119 ע"פ 7655/12 פייסל נ' מ"י (פורסם בנבו, 4.4.2013); ע"פ 1323/13 חסן נ' מ"י (פורסם בנבו, 5.6.2013).

120 ראו, למשל, ת"פ 12-10-51394 מדינת ישראל נ' ברזני (פורסם בנבו, 9.9.2013), שם הוטלו על נאשם שהורשע בעברות מרמה עבודות שירות בצד קנס של 1.8 מיליון ש"ח – כגודל טובת ההנאה שקיבל בעסקה נשוא המרמה. אמנם הנאשם טען שחלק מהסכומים שהועברו אליו באותה עסקה הועברו מטעמים לגיטימיים, אך בית המשפט קבע כי הטענה לא הוכחה וכי לו פעל הנאשם כשורה אפשר היה להבחין בין הכספים הלגיטימיים לאלה נושא המרמה. בהטילו את הקנס ציין בית המשפט כי הטלת קנס בשווי מלוא טובת ההנאה שהופקה יוצאת מתוך הנחה שחלק מהסכום שהועבר לנאשם היה לגיטימי, ומתוך תפיסה שעל הקנס לעלות על גובה טובת ההנאה. ברם, תפיסה זו נמנעת לחלוטין מלהתחשב ברכיב ההסתברותי במכפלה היוצרת את תוחלת הענישה, והופכת את הקנס לנמוך בהרבה מתוחלת התועלת של הנאשם; עניין מאיר, לעיל ה"ש 117, שבו הורשע הנאשם בתרמית בניירות ערך תוך הפקת רווח של 180 אלף ש"ח (כך לפי טענת התביעה, שבית המשפט לא קיבל או דחה במפורש, אך ציין כי "חומרת מעשי הנאשם במהותם [...] אף ברווחים שהופקו כתוצאה מהן. טענת ההגנה כי מדובר ברווחים זעומים מתעלמת מהפער הברור שבין היקף ההשקעה להיקף ההכנסה מהמכירה"). על הנאשם הוטלו שישה חודשי עבודות שירות ו-60 אלף ש"ח קנס, ואף צוין שמדובר בקנס גבוה המפצה על היעדרו של עונש מאסר.

דוגמה נוספת לחסר ההרתעתי הכרוך בענישה הגמולנית מצויה בשכיחותו הגוברת והולכת של השימוש בחילוט בתיקים כלכליים. חילוט הוא עיקול או חרמה של נכסים שמקורם בעברה פלילית, ששימשו לביצועה או הקלו עליה או שבוצעה בהם עברה. הדין הישראלי מקנה סמכויות חילוט בשורה של חוקים, ובכלל זה בפקודת הסמים המסוכנים (נוסח חדש), תשל"ג-1973 (להלן: פקודת הסמים המסוכנים); חוק איסור הלכנת הון; פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (נוסח חדש), תשכ"ט-1969 (להלן: פסד"פ) וכו'. על תכלית החילוט התגלעה במשך השנים מחלוקת: בחלק מפקסי הדין נאמר שחילוט אינו עונש,¹²¹ דבר הנתמך גם בסעיף 21(א) לחוק איסור הלכנת הון ובסעיף 39 לפסד"פ, הקובעות כי צו חילוט יינתן "בנוסף על כל עונש" (ולפיכך אינו עונש בעצמו). לפי עמדה זו, ההצדקה לחילוט היא מתחום הצדק המתקן – הרכוש אינו שייך לעבריין משום שהושג בדרך לא כשרה, ולכן יש להוציא את "בלעו של הגזלן מפיו". בפסקי דין אחרים סבר בית המשפט שחילוט הוא סנקציה עונשית או מעין-עונשית שאינה מוגבלת לסכום הגזלה, אשר בצד תכליתה הקניינית נועדה גם להרע את מצבו של העבריין, וכך להרתיעו.¹²² ברם, גם בפסקי דין שהכירו ברכיבים העונשיים של החילוט התבטא הדבר (בצד הרצון מתחום הצדק המתקן, להחזיר את המצב לקדמותו) בעיקר ברצון להניא עבריין פוטנציאלי מביצוע העברה, ולא בצורך לגמול לעבריין הספציפי על דרכו הרעה. כך, למשל, נאמר בעניין אלון כהן:

החילוט אינו עונש כמובנו הטהור, אף שהוא אמצעי בעל היבטים עונשיים [...]. תכליתו, כנדבך בהליך הפלילי, היא כפולה: התכלית הראשונה היא תכלית הרתעתי – פגיעה בתמריץ העיקרי שיש לעבריין בביצוע העבירה, ופגיעה בבסיס המימון של העבריינים [...]. התכלית השנייה, היא בעלת אופי קנייני יותר, והיא – "הוצאת בלעו של גזלן מפיו".¹²³

ברומה לכך, בדברי ההסבר להצעת חוק הנוגעת לסעיפי החילוט המשמשים גם בחוק איסור הלכנת הון, הוצע "לאפשר אמצעי לחימה שיפגע במוקד הכדאיות", מתוך תפיסה "שתתמקד לא רק בפרט העבריין אלא גם – ובעיקר – בבסיס הכלכלי המשמש מניע ודחף [...]"¹²⁴. היעדר הרלוונטיות של השיקול הגמולני בא לידי ביטוי גם בכך שזולת הצורך הכללי לנהוג במידתיות, אין מתאם הכרחי בין סכומי הכסף שנתפסים לשם חילוט במשפט הישראלי, הכוללים כלי רכב יקרים ששימשו לעברה וחשבונות בנק עתירי ממון שבהם עורבבו הכספים,

121 ראו דברי השופט קרמי בע"פ 7480/95 מ"י נ' בן שטרית, פ"ד נב(2) 385, 410 (1998); ע"פ 2333/07 תענן נ' מ"י, פס' 260 (פורסם בנבו, 12.7.2010) (להלן: עניין תענן); בש"פ 6817/07 מ"י נ' סיטבון, פס' 34 (פורסם בנבו, 31.10.2007).

122 ראו, למשל, ע"פ 7646/07 כהן נ' מ"י, פס' ח(9) (פורסם בנבו, 20.12.2007); ע"פ 4980/07 כהן נ. מ"י, פס' 45 (פורסם בנבו, 4.11.2010) (להלן: עניין אלון כהן).

123 לעיל ה"ש 122. להבחנה בין חילוט לבין ענישה קלאסית ראו גם רע"א 4096/04 בוטח נ' מ"י, פ"ד נט(1) 913, 921-922 (2004) (להלן: עניין בוטח).

124 הצ"ח 1893 (1988). ראו גם ע"פ 4496/04 מחג'נה נ' מ"י, פס' 6 (פורסם בנבו, 11.9.2005); ע"פ 4735/03 צברי נ' מ"י, פד נח(1) 681, 693 (2003).

לבין חומרת העברה ועוצמת פגיעתה באינטרס החברתי.¹²⁵ בלשון בית המשפט, אין מדובר במצב שבו משיבים "לרשע רע כרשתו".¹²⁶

אם כן, גם בהתאם לתפיסה הרואה חילוט כאקט מעין-עונשי, או כאקט הכולל היבטים עונשיים, מתבטאים היבטים אלה בעיקר בתפקידו ההרתעתי, המושג באמצעות אי-הגבלה של סכום החילוט לזה שהתקבל מהעברה, ולא בתפקיד הקלאסי של הענישה – להשיב לעברין כגמולו מטעמי צדק.¹²⁷

כאמור, בשנים האחרונות גבר במידה ניכרת השימוש בחילוט בעברות צווארון לבן. לפי נתוני משרד המשפטים, בשנים 2014-2015 נתפסו כ-58 מיליון ש"ח וכ-48 מיליון ש"ח בהתאמה. היקף הנכסים התפוסים בשנה זו עמד על כ-109 מיליוני ש"ח.¹²⁸ נתון זה יש לקרוא ביחד עם דברי בית המשפט, המורה לנהוג בזהירות בהפעלת סמכות זו, בשעה שכבר הוטלו על הנאשם אמצעי ענישה אחרים:

איתה סמכות חילוט היא סמכות שברשות, ובטרם יעשה בה בית המשפט שימוש, הוא מצווה לתת את דעתו גם על השלכותיה, וכיצד היא משתלבת במערך רכיביו האחרים של העונש. אכן, בנסיבות אחרות ראוי גם ראוי היה להורות על חילוט המכונית, אולם משנגזר למערער עונש מאסר, אותו אני מציע להאריך, סבורני כי בית המשפט המחוזי היה רשאי לקבוע כי בחילוט גלומה הכבדה מעבר לנדרש, ועל כן נכון להימנע ממ[נ]ה.¹²⁹

ההיזקקות לכלי הרתעתי נוסף – בהיקף כה רחב, המופעל אף שאין הוא נגזר בהכרח מטובת ההנאה מן העברה ולרוב ללא קיזוז מעונש הקנס¹³⁰ – מלמד על אומד דעתו של בית המשפט, כי לא די באמצעים העונשיים הקיימים – מאסר וקנס – כדי להשיג הרתעה יעילה. אחרת, היה הדבר מייתר את מנגנון החילוט, שמהותו פונקציונלית ולעתים יש בו מידה של אקראיות. דוגמה שלישית לקושי הכרוך במגבלה הגמולנית במישורי ההרתעה נוגעת לענישת תאגידים. כידוע, תאגיד הוא גוף משפטי, מופשט, יציר החוק, וככזה אין הוא מבצע את פעולותיו בעצמו במובן הפיזי, והוא נעדר מחשבה פלילית. חרף כך, הדין מאפשר העמדת תאגידים לדין תוך שימוש ב"תורת האורגניזם", המייחסת לתאגיד מעשים שנושאי משרה

125 ראו דברי השופט דנציגר בעניין תענך, לעיל ה"ש 121, בפס' 264; ע"א 6212/14 מ"י נ' ג'סארי (פורסם בנבו, 8.1.2016); השור: Austin v. U.S., 509 U.S. 602 (1993) p 621, שם ביטל בית המשפט חילוט של בית שבוצעו בו עברות סמים בשל היעדר פרופורציה בין הפגיעה החברתית הקלה יחסית שגרמה העברה לבין הפגיעה בעברין. כפי שיורחב בהמשך, בכל הנוגע להלבנת הון, סכום החילוט אינו נגזר מהסכום של עברת המקור אלא מזה של עברת הלבנת ההון.

126 רע"פ 2976/01 אס"פ נ' מ"י, פ"ד נו(3) 418, 462 (2002) (להלן: עניין אס"פ).

127 אמנם ניתן לטעון כי מתוך שהחילוט מנומק פעמים רבות ברצון שחוטא לא ייצא נשכר, מבצבצת תכלית גמולנית של עשיית צדק; אולם יש להבחין בין שיקולי צדק מתקן, המבקשים לקחת מהעברין את שהפיק כתוצאה מהעברה, לבין שיקולים עונשיים, שאינם מסתפקים בסכום שהרוויח, וגורסים כי הגמול כולל רכיבים הנוגעים גם לפגיעה שנגרמה מעצם ביצוע העברה.

128 הנתונים מאתר משרד המשפטים בכתובת: www.justice.gov.il/Units/ApotroposKlali/Departments/ApotroposKlali/Forfeiture/Statistics/Pages/hilut2015.aspx

129 ע"פ 6234/03 מ"י נ' זיתאוי, פס' 6 (פורסם בנבו, 9.3.2005).

130 ע"פ 8109/15 אביטן נ' מ"י, פס' 10 (פורסם בנבו, 9.6.2016).

בו מבצעים במסגרת עבודתם לשם השאת רווחיו.¹³¹ באין מחשבה פלילית, עקרון האשם אינו זה העומד בבסיס הטלת אחריות פלילית על התאגיד והשתת עונש על גבו, אלא הצורך להרתיעו ולהרתיע תאגידים דוגמתו, "כדי שלהבא ימנעו את הישנות העבירה על-ידי יצירת מנגנוני פיקוח ובקרה שיהא ביכולתם למנוע מראש מצבים המובילים אל עבר העבירה הפלילית".¹³² טיבה של תכלית זו, הנגזרת מאופיו הבלתי-אנושי של התאגיד, אף הביאה לשלילת האפשרות להטיל עליו דרכי ענישה "אנושיות" יותר כגון שירות לתועלת הציבור.¹³³ על רקע האמור, ברור מדוע יש בהגבלה הגמולנית כדי ליצור חסר הרתעתי. למעשה, באין אשם אצל התאגיד, מונע תיקון 113 לחלוטין את האפשרות להעניש תאגידים, שהרי כל ענישה שתוטל ודאי תחרוג מהרף העליון הגמולני, שכלל אינו משמש להצדקת ענישתם. אם כן, מדוגמאות אלה עולה כי ההגבלה הגמולנית הנובעת מהצורך לשמור על מדרג החומרה האורדנלי בין כלל העברות, עשויה להקשות על השגת הרתעה יעילה בעברות כלכליות, נוכח פערי העוצמה שבין השיקול הגמולני לשיקול ההרתעתי בעברות אלה. ובכל זאת, ישאל השואל, כיצד מתיישבת הטענה לחסר הרתעתי בשל ההגבלה הגמולנית שבתיקון 113 לחוק העונשין עם דבריהם החוזרים ונשנים של בתי המשפט – ובראשם המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל-אביב – דווקא בתקופה שלאחר התיקון, בדבר מגמת החמרה בענישה בעברות כלכליות?¹³⁴ על כך יש להשיב בשניים. ראשית, עצם קיומה של החמרה אין משמעותו שהעונש המוטל אינו לוקה בחסר הרתעתי גם אחרי מגמה זו. יעידו על כך דברי בית המשפט בשורה של פסקי דין שלפיהם אפשר היה לפסוק עונש חמור יותר,¹³⁵ כמו גם ערעורים שהגישה המדינה

- 131 ע"פ 3027/90 חברת מודיעים בינוי ופיתוח בע"מ נ' מ"י, פ"ד מה(4) 364, 381 (1991).
- 132 עניין מליסרון, לעיל ה"ש 92, בפס' קיא-קכא; ראו גם אירית חביבי-סגל, דיני חברות פרק ב, סעיף 4.ג; מרדכי קרמיצר וחאלד גנאים "האחריות הפלילית של תאגיד" ספר שמגר – מאמרים חלק ב', 33 (2003); אסף חמדני "עסקות בעלי עניין ואחריות התאגיד לתרמית בניירות ערך" מחקרי משפט כ"ג 769, 772-774 (2007).
- 133 ראו דעת הרוב בדנ"פ 8062/12 מדינת ישראל המשרד להגנת הסביבה נ' חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ (פורסם בנבו, 2.4.2015).
- 134 ראו, למשל, עניין קליינר, לעיל ה"ש 115, בפס' 30; ת"פ 12003-08-13 מ"י נ' אופיר, פס' 55 (פורסם בנבו, 3.9.2014). בית המשפט העליון הצביע גם הוא על מגמה דומה. ראו, למשל, ע"פ 4190/13 סמואל נ' מ"י, פס' 122 (פורסם בנבו, 18.11.2014); עניין גורביץ', לעיל ה"ש 8; עניין עדן, לעיל ה"ש 8; ע"פ 4430/13 שרון נ' מ"י, פס' 13 (פורסם בנבו, 31.3.2014). עם זאת, חשוב לציין כי מעולם לא נערך מחקר מסודר הבודק אם אכן חלה החמרה כזו, ולגבי חלק מהעברות הכלכליות לא ברור אם זו אכן התרחשה. כך, למשל, הקמת הערכאה המנהלית לפי חוק ניירות ערך (בסמיכות לכניסתו לתוקף של תיקון 113) הפכה עברות שבנסיבות מסוימת הוצמד להן בעבר עונש מאסר, לכאלה הנבחנות במישור המנהלי. כאלה הן, לדוגמה, עברות של תרמית בניירות ערך המתבצעות בהיקף מוגבל וללא פגיעה רכושית. ראו בנושא זה בעניין חגאשי, לעיל ה"ש 84, בפס' 27.
- 135 ראו, למשל, עניין בן זקן, לעיל ה"ש 118, בפס' 20 ("בהקשר זה יוער כי אלמלא ההלכה הנוהגת עמנו לפיה אין ערכאת הערעור ממצה את הדין עם נאשמים [...] לא מן הנמנע כי היה מקום להטיל על בן זקן ואלדר קנסות כבדים עוד יותר"); עניין עדן, לעיל ה"ש 8 ("מי שיעבור בעתיד עבירות של שימוש במידע פנים מוטב שיידע כי הוא צפוי לעונש מאסר בפועל, עונשים חמורים

לא פעם – דבר שאינו שכיח כשלעצמו – על העונש.¹³⁶ שנית, כאמור, בתיקון 113 הוגבל משקל ההרתעה כך שאין ביכולתה להשפיע על מתחם העונש. ברם, מגמת ההחמרה בשנים האחרונות מלמדת שגם לאחר התיקון מוסיפה ההרתעה לשמש שיקול דומיננטי, גם אם לא תמיד במפורש. אחרת, יש לתמוה כיצד מתיישבת החמרה זו (ולכל הפחות היעדר הקלה בענישה) עם דחיקת השיקול ההרתעתי, שכאמור משמש שיקול מוביל בעברות כלכליות, במסגרת תיקון 113 – במיוחד כשבשאר העברות לא נרשם שינוי מובהק ברמת הענישה. אפשרות אחת היא שחל שינוי מהותי בתפיסת החומרה של העברות הכלכליות, בד בבד עם קבלת התיקון (תקופה שבה גם הוקם בית המשפט הכלכלי). אף שאין לשלול אפשרות זו וגם היו לה הדים ברטוריקה של בתי המשפט, קשה לומר שחומרתן של העברות הכלכליות התגלתה רק בשנים האחרונות, שהרי גם בעבר נשמעו אמירות ברורות לא פחות בהקשר זה.¹³⁷ אפשרות שנייה, סבירה יותר, היא שחרף האמור בתיקון 113, מוסיפה ההרתעה גם היום לתת את הטון בעברות הכלכליות ולשמש שיקול דומיננטי בקביעת העונש, כשהגמול משמש יסוד מחמיר בצדה. הדבר אינו נלמד רק מהמרכזיות של שיקול זה בעברות כלכליות (שאינן להניח כי נגזוה באחת), ואף לא רק מכך שבכמה מקרים שנדונו גם לאחר התיקון הוזכרה במפורש חשיבותו (ואף היותו שיקול דומיננטי בעברות צווארון לבן),¹³⁸ אלא בעיקר בשל ההנחה שדחיקת ההרתעה למקום שהוקצה לה בתיקון 113 לא הייתה מאפשרת שימור של

- בהרכבה מזה שהוטל הפעם על קדיין"); ת"פ 32224-01-15 מ"י נ' מורגן, פס" 17 (פורסם בנבו, 14.2014) ("נסיונות ביצוע העבירות בשני כתבי האישום הן חמורות מאוד בעיני, עד כדי כך שאילו היה מורשע הנאשם ללא הסדר טיעון, אין ספק שהיה מוטל עליו עונש חמור בהרכבה מזה שהצדדים המליצו בפני בית המשפט לאמצו").
- 136 עניין בן זקן, לעיל ה"ש 118; עניין הבי, לעיל ה"ש 94.
- 137 כבר בע"פ 624/80 חברת וייס ארנסט בע"מ נ' מ"י, פ"ד לה (3) 211, 217-218 (1981) השמיע השופט ברק את אמירתו המפורסמת כי "ידעו נא עברייני הצווארון הלבן, כי צווארוננו של עושה העבירה הזו אינו 'לבן', והריהו כצווארוננו של כל פורץ ושודד, שהאחד שודד את קופתה של המדינה, והאחד שודד את קופתו של הפרטי"; ראו גם ע"פ 9788/03 טופז נ' מ"י, פ"ד נח(3) 245, 251 (2004).
- 138 ראו, למשל, ע"פ 1676/14 חייה נ' מ"י (פורסם בנבו, 26.6.2014), שם צוין כי "הלכה היא כי השיקול המרכזי בענישתן של עבירות מהסוג בהן הורשע המערער הוא הרתעה [...] ובפרט הרתעתם של עובדי ציבור ואחרים הן מפני לקיחת שוחד והן מפני מתן שוחד"; ע"פ 3587/12 דדון נ' מ"י, פס" 11 (פורסם בנבו, 20.3.2013), שם נאמר כי "בית משפט זה עמד לא אחת על כך שיש ליתן משקל רב לשיקול ההרתעתי, תוך מתן משקל מופחת לנסיונות אישיות, במסגרת שיקולי הענישה בעבירות 'כלכליות' אשר מבוצעות עבור בצע כסף ואשר כוללות שליחת יד לכספי המעביד או לכספי הציבור, על מנת ליידע עבריינים פוטנציאליים כי 'הסיכון גובר על הסיכוי'; רע"פ 674/13 ליטווק נ' מ"י, פס" 12 (פורסם בנבו, 28.1.2013), שם ציין בית המשפט כי "כשעסקינן בעבירות מס ככלל, כנפסק לא אחת, שיקולי ההרתעה גוברים על נסיבותיו האישיות של הנאשם, אף אם אינם מאיינים אותן". ראו גם עניין דוידוביץ', לעיל ה"ש 44, בפס" 98-105 לפסק הדין של השופט י' דנציגר.

רמת הענישה בעברות אלה, לא כל שכן את החמרתה. נטיית בתי המשפט בהקשרים אחרים, לסטות לא אחת מהוראות תיקון 113 ולבקר את מגבלותיו, תומכת אף היא בהנחה זו.¹³⁹ ברם, לנוכח הוראותיו הברורות של תיקון 113 לחוק העונשין – גם לפי הצעת החוק לתיקונו, בנוגע למשקלו המועט של השיקול ההרתעתי – ולנוכח דוח ועדת דורנר, המבקש להפחית אף יותר ממשקלה של ההרתעה,¹⁴⁰ ספק אם בטווח הרחוק אפשר יהיה להסתפק בפתרונות אדי-הוק שאינם תואמים את רוח החוק.

מן המקובץ עולה, אפוא, שהרף הגמולני העליון בעברות הכלכליות, הנגזר בין היתר מהצורך להעמיד את העברות במקום ההולם את חומרת המעשה מבחינה אורדינלית (בהשוואה לעברות בעלות רמת חומרה רבה יותר), עלול להביא לחסר הרתעתי ולהתמודדות חלקית בלבד עם תופעה עבריינית זו שיש למנוע. קיימת, אפוא, אנומליה של הצווארון הלבן – עברות שרמת חומרתן פחותה יחסית הן עברות שניתן לדכאן באופן אפקטיבי יחסית באמצעות ענישה (ואף יש רצון להרתיע מפניהן בשל האטרקטיביות הגלומה בביצוען), אך לא ניתן לעשות כן בשל רף עליון גמולני הנופל מרמת הענישה שיש בכוחה להרתיע.

2. האומנם אנומליה? הרהורי כפירה ומענה להם

אחת המסקנות המרכזיות מהדיון עד כה הייתה שעקב ההבדלים בין המניעים שביסוד עברות הצווארון הלבן לעומת אלה שביסוד עברות מין ואלומות בדרגה גבוהה, ובין המאפיינים הטיפוסיים של עברייני צווארון לבן לאלה של עברייני צווארון כחול מהסוג שעליו עמדנו – אי-אפשר להתייחס אל שתי קבוצות העבריינים כאל כאלה העשויות מקשה אחת, ולהפעיל על שתיהן מודל ענישה אחיד המתייחס להרתעה באופן סטטי.

יטען הטוען כי בפועל, לא קיימת בהכרח אנומליה, שכן בצד האפקטיביות המוגברת של החמרת הענישה הפלילית בהרתעת עברייני הצווארון הלבן, המצדיקה העלאה של רף העונש, מצדיק ההיבט הסובייקטיבי של ההרתעה דווקא הקלה בעונש המוטל עליהם בהשוואה לעברייני הצווארון הכחול, נוכח פגיעתה הייחודית של הענישה בעברייני צווארון לבן, ההופכת כל עונש למרתיע יותר באופן מעשי. לפי טענה זו, ניתן להסתפק בעונש קל יותר לשם הרתעת עברייני הצווארון הלבן, הנורמטיביים ברובם, שכן גם בעונש שכזה קיים אפקט פוגעני מנקודת מבטם, אשר די בו כדי להניאם מביצוע עבירות. נבחן עתה טענה זו.

139 ת"פ 47301-01-14 רשות המסים נ' פ.מ.מ בע"מ (פורסם בנבו, 16.6.2014), שם מתח בית המשפט המחוזי ביקורת נוקבת על "הנוקשות שבמתחם והיעדר כמעט מוחלט של 'נתיבי מילוט' וכינה אותו 'מיטת סדום'; ת"פ (מחוזי ת"א) 10291-01-12 מ"י נ' צ'רני, פס' 13 (פורסם בנבו, 31.3.2014). ראו גם לבני, לעיל ה"ש 35.

140 אותותיו של דוח זה ניכרים כבר עתה בפסיקת בתי המשפט. ראו, למשל, עפ"ג 60983-11-15 מ"י נ' אלקטראווי (פורסם בנבו, 31.12.2015); ת"פ 16191-11-15 מ"י נ' כבהא (פורסם בנבו, 31.12.2015). עם זאת, בעניין דוידוביץ' שפורסם זמן קצר לפני ירידת מאמר זה לדפוס, עמד בית המשפט על הרלוונטיות הפחותה של האמור ברוח בנוגע לעבירות צווארון לבן. לעיל ה"ש 44, בפס' 105 לפסק דינו של השופט י' דנציגר.

אף שאופייה האינדיבידואלי של הענישה הוא בגדר מושכלת יסוד – ובתי המשפט חזרו והדגישו עיקרון זה גם לאחר תיקון 113¹⁴¹ – בפועל, משקל השיקולים האישיים בקביעת העונש הוא מוגבל, ולרוב אין בהם כדי להקל מעבר לגבול התחתון של מתחם הענישה.¹⁴² מקור הדבר בתפיסה שמוקד העונש טמון בחומרה המושגית של העברה בנסיבות ביצועה. הנסיבות האישיות, לעומת זאת, אשר אינן קשורות בכיצוע העברה, מביאות מעצם טבען לפערי ענישה גדולים הפוגעים בתחושת הצדק, ומכאן שיש להגביל את משקלן.

ברם, הצגת השיקולים האישיים כחיצוניים לנסיבות העברה אינה מתארת תמונה שלמה. ודוקו: אחד ההיבטים הרלוונטיים לבחינת הגמול ההולם בגין ביצוע עברה נוגע להשפעת העונש על העברייני. אכן, הטלת עונשים זהים על עבריינים שונים היא שוויונית רק מבחינה פורמלית. שוויון מהותי מחייב התחשבות בנתונים אישיים הנוגעים לעברייני, ומשפיעים על עוצמת הפגיעה בו כפועל יוצא של הענישה – לא מתוך חמלה אלא מתוך תפיסה רחבה של מושג הגמול. כך, למשל, דיין מאסר בן חמש שנים המוטל על אם חד-הורית לילדים קטנים, שאין מי שיטפל בילדיה, אינו כדין מאסר המוטל על מי שאין ילדים הנסמכים על שולחנו; ואין דינו של עונש המוטל על חולה הנוטה למות כדין עונשו של אדם בריא.¹⁴³ תפיסה זו, הבוחנת את השפעת העונש על העברייני, אינה עניין תאורטי; היא מצאה את מקומה במשפט העמים ובכלל זה בהנחיות הפדרליות בנוגע למדיניות הענישה בארצות-הברית¹⁴⁴ ובקוד הפלילי השוודי.¹⁴⁵ גם הדין הישראלי אימץ לא אחת היבטים מסוימים של "גישת ההשפעה". עובר לתיקון 113 נשקלו שיקולים כמו מחלת נאשם או פגיעת העונש במשפחתו כחלק מהמסכת הכוללת של שיקולי ענישה, שהמשקל שיוחס לכל אחד מהם היה

141 ראו, למשל, ע"פ 59/14 פרלמן נ' מ"י (פורסם בנבו, 17.7.2014); ע"פ 7023/12 שרון נ' מ"י (פורסם בנבו, 21.1.2013).

142 אף שלרוב פועלים השיקולים האישיים לקולה, ברי כי הדברים יפים גם בנוגע לשיקולים אישיים לחומרה (דוגמת עבר פלילי) שהשפעתם מוגבלת אף היא עד לרף העליון של מתחם העונש ההולם.

143 Andrew Ashworth & Elaine Player, *Sentencing, equal treatment and the impact of sanctions*, in *FUNDAMENTALS OF SENTENCING THEORY* (Andrew Ashworth & Martin Wasik eds., 1998).

144 בהנחיות בנוגע למדיניות הענישה בכתי המשפט הפדרליים בארצות-הברית, שמפרסמת United States Sentencing Commission, התאפשרה חריגה ממתחם הענישה, בין היתר משיקולים של מצב בריאותי יוצא-דופן: "Physical condition or appearance, including physique, may be relevant in determining whether a departure is warranted, if the condition or appearance, individually or in combination with other offender characteristics, is presented to an unusual degree and distinguishes the case from the typical cases covered by the guidelines." Federal Sentencing Guidelines Manual (2014) §5H1.4. ראו למקרים שבהם הופחת העונש לאמהות כרי שתוכלנה לטפל בילדיהן, מתוך רציונל דומה, ראו Whitehead [1996] 1 Cr App R (S) 1; Bowden [1998] 2 Cr App R (S) 7.

145 לפי פסקה 5 לפרק 29 בקוד הפלילי של שוודיה (Swedish Criminal Code):

In determining the punishment, the court shall to a reasonable extent, apart from the penal value, consider: Whether the accused as a consequence of the crime has suffered serious bodily harm [...]:

עמום. ההתחשבות בשיקולים אלה לא נומקה לרוב מתוך תפיסה גמולנית אלא משיקולי חמלה.¹⁴⁶ לאחר קבלת התיקון הוגבל, כאמור, במפורש משקלן המקל של נסיבות אלה – שאינן נוגעות לחומרה המושגית של העברה – לתנועה בתוככי מתחם העונש ההולם, ללא פריצה של גבולותיו.¹⁴⁷ המקום היחיד שבו ניתן ביטוי במסגרת התיקון לגישת ההשפעה היה במתחמים הנוגעים לעונשי קנס, המתחשבים בשיקול הסובייקטיבי של מצבו הכלכלי של הנאשם בקביעת מתחם הענישה, כחלק מאימוץ גישת ה"השפעה" בהיבט זה.¹⁴⁸ חרף כך, גם לאחר התיקון ניאות לעתים בית המשפט לחרוג מהמתחם בשל פגיעה מוגברת בנאשם עקב מאסרו. כך, למשל, הקל בית המשפט בעונש של אסירה טרנסג'נדרית שנאלצה לרצות מאסר בבידוד כדי להגן עליה מאסירים אחרים, בנימוק ש"ריצוי עונש המאסר הינו קשה יותר עבור המערערת מאשר על 'עושים' אחרים".¹⁴⁹

1. Whether the accused as a consequence of the crime has experienced or is likely to experience a discharge from employment or other disability or extraordinary difficulty in the performance of his work or trade.
 2. Whether a punishment imposed according to the crime's penal value would affect the accused unreasonable severely due to advanced age or bad health.
- 146 ראו, למשל, ע"פ 9366/09 אלטורה נ' מ"י (פורסם בנבו, 6.6.2010) (לגבי פגיעה במשפחתו רבת-הנפשות של הנאשם); ע"פ 411/04 טטרו נ' מ"י (פורסם בנבו, 9.1.2006), שם צוין כי "בצדק קבע בית המשפט קמא כי אלמלא גילו ומצבו הבריאותי היה רואה לגזור עליו עונש כבד יותר".
- 147 כך, למשל, נמנו "הפגיעה של העונש בנאשם לרבות בשל גילו"; "הפגיעה של העונש במשפחתו של הנאשם"; ו"הנזקים שנגרמו לנאשם מביצוע העבירה ומהרשתתו" כשיקולים שניתן להתחשב בהם בעת גזירת הדין "ובלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם"; ראו סעיף 40א לחוק העונשין.
- 148 רבין וואקי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1531.
- 149 ע"פ 5833/12 פלונית נ' מ"י (פורסם בנבו, 12.9.2013); ע"פ 6819/14 פלונית נ' מ"י (פורסם בנבו, 1.2.2015). השווו' Nall-Cain (Lord Brocket) [1998] 2 Cr App R (S) 145 at p. 50. לחריגות נוספות מהמתחם משיקולים שעניינם מידת ההשפעה של העונש על הנאשם, ראו ת"פ 7215-09-11 מ"י נ' שלו (פורסם בנבו, 12.1.2014), שם נקבע כי "אמנם הנאשם כשל בביצוע מעשים חמורים, אך דומה כי מאסרו כיום עלול לגרום לו נזק בלתי הפיך ולפגוע בפגיעה קיצונית וחריגה בכבודו כאדם"; ת"פ (ק"ג) 1176/09 מ"י נ' ב' (פורסם בנבו, 14.3.2013), שם נאמר כי "נאשם שיש לגביו נסיבות חריגות ומיוחדות מאוד, והעונש עלול לגרום לו לסבל חריג ומיוחד מאוד, גם הערכת מתחם הענישה המתאים לו משתנה [...] ישנם נאשמים, אשר לגביהם מידת הסבל כתוצאה מהעונש שונה מאשר אדם מהישוב, כך למשל אינו דומה מי שהוא בריא וחזק, אשר יכול לעמוד בתנאי הכליאה בקלות יחסית למי שסובל ממחלה קשה במיוחד או נכות חמורה מאוד, אשר יקשו עליו בעת שהייתו במאסר. לא תהא זו מליצה לומר כי ישנם עבריינים אשר מצבם הרפואי הוא כזה שיום מאסר אחד קשה יותר עבורם מאשר שבוע מאסר לאדם מן היישוב. ענישת האדם החריג, לפי סטנדרט ענישה כללי, פוגעת בעקרון השוויון, שכן היא משווה את השונים. יתרה מזו, במקרים חריגים ומיוחדים, בהם עונש המאסר נושא בחובו עבור הנאשם המסוים סבל חריג, הרי שפסיקת ענישה לפי המתחם הרגיל תחרוג מעיקרון ההלימה ותפגע בנאשם שלא במידה הראויה, ומעבר לנדרש. הפתרון המשפטי לקושי זה הוא

אולם, לכד ממקרים חריגים, התפיסה השיפוטית הרווחת הייתה שתיקון 113 אינו מאפשר לשקול שיקולים אישיים בקביעת מתחם הענישה אלא רק לנוע בין גבולותיו, ושזוהי גם הדרך לקיים את תכליות התיקון.¹⁵⁰ ברם, בעקבות כמה מקרי קצה, שבהם חש בית המשפט כי פגיעת העונש בנאשם אינה מאפשרת להטיל עליו את העונש הראוי בהתחשב בחומרת העברה בנסיבותיה, הוגשה בשנת 2016 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 128) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשע"ו-2016.¹⁵¹ אחד השינויים המרכזיים בתיקון המוצע נוגע לאפשרות לסטות מהמתחם בשל השפעה חריגה של העונש על הנאשם, למשל בשל מצב בריאותי או גיל מתקדם, או כשביצוע העברה גרם לנאשם או לאדם קרוב לו פגיעה גופנית חמורה. בדברי ההסבר נאמר כי נסיבות אישיות עשויות לעתים להקים "נטל עונשי נוסף" המצדיק הבחנה בין הנאשם הספציפי לנאשמים אחרים מבחינת "השפעת העונש" (Impact), והקלה עמו דווקא משיקולי הלימה.¹⁵²

שבמקרים מיוחדים אלה, בעת קביעת מתחם ענישה ביחס לעבירה, על פי נסיבותיה, יש להוסיף ולגזור התאמה של מתחם הענישה עצמו לנסיבות המיוחדות של הנאשם המיוחד" (פס' 32); ת"פ (קריית-גת) 1392/08 מ"י נ' פרידריך (2013); ת"פ 12-09-36886 מ"י נ' נבאהין (פורסם בנבו, 6.1.2013), שם נקבע כי "הנסיבות האישיות של הנאשם, מצבו והשפעת המעצר עליו, הינם, במקרה זה, כאלו אשר יש להביאם במסגרת מכלול השיקולים. מובן, כי כל מעצר קשה לנאשם, ואולם אני מוצא במכלול האינדיקציות שבפניי כי עניינו של נאשם זה חריג" (פס' 7).

150 על הקושי שבשקילת שיקולים אישיים בקביעת המתחם ראו לבני, לעיל ה"ש 35.

151 הצ"ח הממשלה 1052, 1078 (2016) (להלן: הצ"ח לתיקון תיקון 113). בעת הזו (ינואר 2017) טרם אושר התיקון בכנסת.

152 כבר בשנת 2009 הצביעה חברת ועדת גולדברג, פרופ' רות קנאי, על כך שיישום עקרון ההלימה בתיקון אינה משקללת נסיבות אישיות המשליכות על השפעת העונש על הנאשם: "היש מקום להקל בעונש המאסר של חולה או זקן? לשאלה זו פנים רבות וניתן להרחיב אותה גם לגבי השפעת העונש על בני משפחה. כל עוד מדובר בהקלה בתוך המתחם של העונש ההולם, ניתן למצוא פתרון בהצעת הרוכ. הקושי מתעורר כאשר הקלה כזו אינה מספקת [...] כאן ניתן לעורר טענה, שאם אין מתחשבים בנסיבות המיוחדות, העונש אינו הולם; ויודגש, הטענה אינה שהעונש אינו ראוי אלא שאינו הולם. הטענה היא שעונש מאסר לחולה מכביד וקשה יותר מאשר לאחר, ולכן הוא חמור יותר ואינו הולם. משום כך גם שיטות משפט השומרות על הלימה בין חומרת העונש לחומרת העבירה מאפשרות התחשבות כזו". ראו קנאי – הבניית שיקול הדעת, לעיל ה"ש 39, בעמ' 154-155.

מהי נפקותם של דברים אלה לעברייני הצווארון הלבן?

הפסיקה והספרות בישראל¹⁵³ ומעבר ליס¹⁵⁴ הרבו להצביע על נזקם הייחודי של עברייני צווארון לבן כמי שבהיותם אנשים נורמטיביים, תורמים ובעלי זכויות רבות, נפלו מאיגרא רמה לכירא עמיקתא והפסידו את כל עולמם – כלכלית, חברתית, מקצועית ומשפחתית – עקב ענישתם בפלילים. לפי תפיסה זו, העובדה שמעמדם של עברייני הצווארון הלבן הוא שמספק להם לא אחת את ההזדמנות לבצע את העברה; העובדה שמדובר בעברות הכרוכות לרוב במידה גבוהה של תחכום; והעובדה שעברות רבות מתבצעות על ידי מי שזו להם הסתככות ראשונה עם החוק – כל אלה מכתכות פער ניכר בין מעמדם של עבריינים אלה עובר להעמדתם לדין פלילי לבין מעמדם לאחר מכן. פער זה עשוי להתבטא באבדן של מעמד חברתי ומקצועי, בהפסד כלכלי ובהשפלה רגשית. על כך יש להוסיף את ההשקות בכלא, המחליפה אורח חיים המתאפיין באופן טיפוסי ברמה גבוהה של שליטה, רווחה

153 כפי שצוין בפסק דין שבו הורשע בעל תפקיד בכיר בקיבוץ שפיים בגנבת מיליוני ש"ח מכספי הקיבוץ: "מדובר במי שהינו 'מלח הארץ', אדם נורמטיבי, איש תרומה, ואם הפך קיבוץ שפיים ל'גן עדן', הרי שהדבר התרחש לא מעט בזכות הנאשם [...] ואז, ביום אחד, נפל הנאשם מאיגרא רמה לכירא עמיקתא: לאחר שנים ארוכות של עשייה ותרומה לקיבוץ, בתפקידים בכירים, נזרק הוא, ביחד עם אשתו ושלוש בנותיו, מהקיבוץ; קלונו של הנאשם נחשף ברכים; הנאשמים, לדבריהם, עברו מסע השפלה קשה, במסגרתו, אף היה מי שירק עליהם, הם הוחרמו חברתית וחבריהם מהקיבוץ הפנו להם עורף [...] אם לא די באלה, עוד טרם החל המשפט, חרצה התקשורת את דינו של הנאשם [...] מצבה הכלכלי של המשפחה הורע עד מאוד, והיא הגיעה כמעט עד פת לחם [...] הנאשם, אשר היה מאושיות הקיבוץ, נשאר 'אפס', וכיום איש אינו מוכן לקבלו לעבודה, או שמוצעות לו עבודות מזדמנות שאינן משקפות את יכולותיו ואת מיומנותיו המקצועיות"; ת"פ (ת"א) 5306-08 מ"י נ' דורון (פורסם בנבו, 29.9.2013); ראו גם ת"פ (ת"א) 7473/03 מ"י נ' בן שבת (פורסם בנבו, 25.11.2008), שם ציין בית המשפט: "אין ספק בליבי, כי למעצרים של הנאשמים והעמדתם לדין היה אפקט משברי קשה וכואב עבורם ובעל השלכות מרחיקות לכת. נפילתם מאיגרא רמה לכירא עמיקתא היא ענישה בפני עצמה – להם ולמשפחתם, ענישה שלעיתים קשה כואבת ועולה על כל ענישה אחרת. כתם ההרשעה – אות הקלון הפלילי שהוטבע במצחם של הנאשמים ילווה אותם מכאן והלאה ויאפיל עליהם כצל כבד"; ת"פ 6366-07-09 מ"י נ' מצא (פורסם בנבו, 30.1.2013), שם נאמר בנוגע להרשעתו של ראש רשות המסים כי "הגעתו לרום המעלה של רשות המסים, נראית [...] כטבעית וראויה, בגדר של האדם הנכון במקום הנכון. צריך להזכיר גם את הרקע ממנו צמח הנאשם, שפילס דרכו לבדו, בהצלחה ובהצטיינות. כאשר נעצר והוטחו בו החשדות, היה זה, בוודאי, רגע קשה ביותר בעבורו. פעמים רבות שמעתי את הביטוי 'מאיגרא רמה לכירא עמיקתא'. לא תמיד תואם הכתוב הזה את הנסיבות שבהן הוא מוזכר. בענייננו, אין ממנו טוב לתאר את מצבו של הנאשם".

154 כך, למשל, ציין אחד משופטי בית המשפט המחוזי הפרדלי בארצות-הברית: "The white-collar criminal has more to lose by going to jail, reputation in the community, business as well as social community, decent living conditions, just the whole business of being put in a prison with a number on his back demeans this tremendous ego that is always involved in people who are high achievers". מובא אצל מן, וילר וסרט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 487.

וחריות, ועלולה לגבות מהנאשם עלויות רגשיות כבדות. מאפיינים אלה כונו על ידי חוקרים אמריקנים "הרגישות המיוחדת" (Special Sensitivity) של עברייני הצווארון הלבן לעונש המאסר, בהשוואה לעברייני הצווארון הכחול, תוך שהם מבססים את עמדתם על שיחות עם עשרות שופטים פדרליים.¹⁵⁵ ניתן לראות בכך משום עונש נוסף, שכמוהו כגרסה מודרנית של עונשי הביוש שננקטו במשך ההיסטוריה.¹⁵⁶

מדברים אלה עולה לכאורה שתוחלת הענישה הנדרשת להרתעה של עברייני צווארון לבן נמוכה מזו הנדרשת להרתעה של עברייני צווארון כחול. אכן, אם נקבל את הטענה שעוצמת הנזק הנגרם מההליך הפלילי גדלה ככל שגדל הפער בין המצב עובר להליך הפלילי לבין המצב אחריו, אזי כל שנת מאסר המוטלת על עברייני צווארון לבן כרוכה בנטל נוסף, המחמיר את העונש המוטל עליו בהשוואה לעונש זה המוטל על עברייני "רגיל". בהתאם להנחה בדבר הרציונליות המיוחסת לעברייני הכלכלי, הרי שלשם הרתעת עברייני כזה, המכלכל את צעדיו ו"שוקל" אם לבצע עברה, די בהטלת עונש נמוך מזה שהיה מוטל על עברייני צווארון כחול כדי להניאו מביצוע עברה. בצד זה, העובדה שחלק מהנזק נגרם מעצם ההרשעה ועונש המאסר, ולא מהחמתו, מחזקת – לגבי עברייני הצווארון הלבן – את תופעת התועלת השולית הפוחתת של הענישה (המתקיימת לגבי כלל העבריינים) ומעניקה לה משנה־תוקף.¹⁵⁷

ברם, אף שאין לשלול שעברייני צווארון לבן סובלים נזק מוגבר עקב ענישתם בפלילים (בשל הפער בין מצבם עובר להעמדתם לדין לזה שאחריו), ואף שמודעות לסבל זה עשויה לחזק את רתיעתם מביצוע עברה אקס אנטה – לגישתנו אין בכך כדי לשנות ממסקנתנו בנוגע לאנומליית הצווארון הלבן.

ראשית, ככל שנבקש להשקיף על סבלם הסובייקטיבי של עברייני הצווארון הלבן (עקב ההליכים הפליליים הננקטים בעניינם) כביטוי לחיזוק ההרתעה הסובייקטיבית של עבריינים אלה, הדבר מלווה גם בהחמרה סובייקטיבית של הפגיעה בעברייני מנקודת מבט גמולנית. אכן, אף שהביוש והפגיעה במוניטין אינם בבחינת עונש פורמלי המוטל כשלעצמו על ידי בית המשפט, ההכרה ביכולתו להגשים הרתעה אפקטיבית הולכת יד ביד, ובאותה פרופורציה, עם ההחמרה בכל עונש פורמלי מטעם בית המשפט. לא בכדי טענו עבריינים

155 מן, וילר וסרט, לעיל ה"ש 3; KENNETH MANN, STANTON WHEELER & AUSTIN SARAT, SITTING; IN JUDGEMENT: THE SENTENCING OF WHITE-COLLAR CRIMINALS (1988). המלומד Payne מצא כי חוויותיהם של עברייני הצווארון הלבן קשות מאלה של עבריינים אחרים בשל כמה סיבות: עומק נפילתם במורד הסולם החברתי; מספרם הקטן יותר של אסירים אחרים שעמם הם יכולים להזדהות; קשיי הזהות שהם חשים בשל הסטיגמה החברתית המורכבת להם; המעבר החד בין חיים של חירות ואוטונומיה לחיים של מגבלות חומריות ומשמעת קשוחה; והייאוש בנוגע לאפשרות שיוכלו לשוב אי פעם למעמדם הקודם. ראו BRIAN K. PAYNE, INCARCERATING WHITE-COLLAR OFFENDER: THE PRISON EXPERIENCE AND BEYOND (2003).

156 רבין וואקי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1408-1410.

157 הראל, לעיל ה"ש 73, בעמ' 656-657; Alon Harel & Uzi Segal, *Criminal Law and Behavioral Law and Economics: Observations on the Neglected Role of Uncertainty in Detering Crime*, 1 AMERICAN, LAW & ECONOMICS REVIEW 276, 295-297 (1999).

לא אחת כי הפגיעה שנגרמה להם עקב ההליכים הפליליים היא עונש חומר בפני עצמו.¹⁵⁸ האפקט הסובייקטיבי המצטרף לענישה (בהנחה שיש כזה) הופך כל עונש פורמלי לחמור יותר מהעונש עצמו, ולפיכך ממקם את הרף העליון הגמולני הפורמאלי (האובייקטיבי) במקום נמוך יותר, דבר המציב גם עתה הגבלה נוקשה על יכולתה של הענישה להתיע בלי לחרוג מרף זה.¹⁵⁹

שנית, יש להבחין בין פגיעה וביוש בתוך קבוצת ההתייחסות המקצועית-חברתית – שאז אפשר לטעון שעברייני שמקורו בקבוצה נורמטיבית עלול להיפגע יותר מעברייני שמקורו בקבוצה עבריינית;¹⁶⁰ לבין פגיעה וביוש בכלל החברה – שאז אין לומר בהכרח שהאינטואיציה פועלת באותו הכיוון. כך, למשל, אפשר להניח שעבריינים בעלי אמצעים כלכליים נרחבים ומומחיות בתחומם יהיו בעלי אפשרויות רבות יותר להשתלב בחברה לאחר שחרורם מהכלא. לעומתם, עברייני מין סובלים לא פעם מנידוי חברתי ומהתנכלויות בין כותלי הכלא, וגם לאחר שחרורם הם מתויגים ומוקצים.¹⁶¹ המחקרים שהוזכרו, שלפיהם התפיסה החברתית לגבי החומרה הכרוכה בעבריינות צווארון לבן נופלת מזו שבעבריינות צווארון כחול, אף הם תומכים בממצא זה.

שלישית, למצער בנוגע לחלק מההיבטים, ובראשם עצם השהות בכלא, כלל לא בטוח שאכן קיימת רגישות מיוחדת בקרב עברייני הצווארון הלבן. כך, מחקרים מהשנים האחרונות הראו שלפי קריטריונים כגון משך זמן להסתגלות, קשיי שינה, קיומם או היעדרם של דיכאון ולחץ, יכולת ליצור מערכות יחסים חברתיות, קיומה או היעדרה של הרגשת ביטחון, תחושת קרבנות, שמירה או הפרה של כללי בית הסוהר (לרבות שימוש בנשק, כניסה לעימותים עם סוהרים ואסירים וכו'), מעורבות בתכנית של בית הסוהר וכיוצא באלה – אי אפשר לבסס קושי חריג בקרב עברייני הצווארון הלבן, ובהיבטים מסוימים מצבם אף טוב יותר.¹⁶² ודוקו:

158 ת"פ (י-ם) 371/04 מ"י נ' סידה (פורסם בנבו, 23.3.2006); ת"פ (י-ם) 2450/03 מ"י נ' ע.ק.ל. חברה לכח אדם (פורסם בנבו, 10.7.2005).

159 נבהיר טענה זו באמצעות דוגמה. נניח שבאופן אובייקטיבי הרף העליון הגמולני עומד על 20 יחידות עונש ואילו הענישה הנדרשת לשם הרתעה עומדת על 25 יחידות (קרי: קיימת תת-הרתעה לפי תיקון 113). עתה נניח שהרגישות הסובייקטיבית של עברייני צווארון לבן לענישה גבוהה מזו של עברייני צווארון כחול, כך שלשם הרתעה די בעונש של 15 יחידות. לכאורה, עתה לא קיימת עוד תת-הרתעה שכן 15 יחידות ההרתעה נמוכות מהרף העליון הגמולני של 20 יחידות. אולם, כשם שהרגישות הגבוהה של הענישה משליכה על מידת ההרתעה של עברייני הצווארון הלבן, כך משפיעה היא, ובאותו יחס, גם על הרף העליון הגמולני, והופכת כל יחידת ענישה עבור עברייני צווארון לבן לקשה יותר מאשר לעברייני צווארון כחול. מכאן, שכדי להשיג עונש גמולני השקול ל-20 יחידות, די בעונש של 12 יחידות. עונש זה נופל שוב מהעונש הנדרש להרתעה.

160 זאת, הגם שלא אחת מעשים עבריינים הם תוצאה של תרבות פנים-תאגידית של הפרת חוק, גם בקרב עברייני צווארון לבן.

161 ראו יהונתן לייס "אגף מיוחד לעברייני מין הוקם בכלא מעשיהו" וואלה: NEWS!, news.walla.co.il/item/916737

162 ראו Michael L. Benson, & Francis T. Cullen, *The Special Sensitivity of White-Collar Offenders to Prison: A Critique and Research Agenda*, JOURNAL OF CRIMINAL JUSTICE,

עברייני הצווארון הלבן מייבאים לכלא דפוסי התנהגות שאימצו בחייהם שמחוצה לו – רבות בעת ביצוע העברות – ובכלל זה ריסון ושליטה עצמית על רגשות, שיתוף פעולה עם עמיתים, כיבוד בעלי סמכות, נטילת אחריות ואפילו יכולת לתמרן ולעצב את מהלכיהם בבית הסוהר בחוכמה באופן שיפיק להם תועלת, תוך העדפת שיח ושכנוע על פני שימוש באלימות.¹⁶³ תכונותיהם האישיות של עברייני הצווארון הלבן, ובכלל זה הכריזמה ויכולת ההשפעה של חלקם על עמיתיהם, וכן הכלים והמיומנויות שמהם הם נהנים, מאפשרים להם להתנהל טוב יותר בסביבת בית הסוהר, ומשכך לא רק שהם אינם ניזוקים יותר מהשהות בכלא באופן שעשוי להרתיעם יותר מביצוע עברות, אלא שסבלם בכלא פחות בהשוואה לזה של אדם ממוצע.

אמנם, ניתן לטעון ששתי התשובות האחרונות מתייחסות להשפעה הפיזית של ההרשעה על העברייני אקס פוסט, ואינן פותרות את חששו המוגבר מהענישה אקס אנטה; ברם, אפשר להניח שככל שענישה משמעותית בעברות כלכליות תהפך שכיחה, וככל שיצטבר ניסיון של אחרים שיקבל פומבי – כך יתבצע תהליך של לימוד בקרב עבריינים פוטנציאליים, וזה עשוי להשפיע על התייחסותם לענישה גם בעת ההחלטה לבצע עברה.

רביעית, אחד הקשיים העיקריים בהתחשבות בסבל סובייקטיבי נוגע לאופי העמום ולקשיי הכימות הכרוכים בה. ודוקו: גם בשיטות שבהן הייתה נכונות מסוימת לשקול את השפעתו הסובייקטיבית של העונש על העברייני, הוגבל הדבר למקרים חריגים שבהם דובר בהשפעה ברורה ונגלית לעין ובמידה מסוימת אף מדידה – כגון גיל או מצב בריאותי או מנטלי – ולא לסבל הסובייקטיבי והמופשט יותר, הנובע מאבדן מעמד. כך, למשל, עד 2010 התאפשרה בדין האמריקני חריגה ממתחם הענישה רק במצב בריאותי קיצוני (“extraordinary physical impairment”).¹⁶⁴ אמנם בהמשך הורחבו אפשרויות החריגה מהמתחם, אך גם אז נדרש שהשפעת הגיל או המצב הבריאותי או המנטלי יהיו בדרגה חריגה (“unusual degree”).¹⁶⁵ בישראל, בהתאם להצעת החוק לתיקון תיקון 113, הוגבלה האפשרות לסטות מהמתחם בשל פגיעת העונש בנאשם ל“נסיבות מיוחדות ויוצאות דופן”, כמו מצב בריאותי חריג או פגיעה גופנית חמורה בנאשם או בכך משפחתו בשל העונש. בדברי ההסבר נאמר כי “השימוש בחריג זה נועד למקרים מיוחדים ונדירים בלבד. מתן משקל יתר לנסיבותיו האישיות של הנאשם יחתור תחת המטרות כולו”. ואכן, בפרשת לופוליאנסקי, שבה צוטט התזכיר להצעת החוק, הודגש שאפשרות החריגה מהמתחם בשל מצב בריאותי מוגבלת

16(3), 207-215 (1988); William A. Stadler, Michael L. Benson, & Francis T. Cullen, *Revisiting the Special Sensitivity Hypothesis: The Prison Experience of White-Collar Inmates*, JUSTICE QUARTERLY, 30(6), 1090-1114 (2013); WILLIAM A. STADLER, SPECIAL SENSITIVITY? THE WHITE-COLLAR OFFENDER IN PRISON, 106-129 (2012)

Laurie L. Ragatz, William Fremouw and Edward Baker, *The Psychological Profile of White Collar Offenders demographics, Criminal Thinking, Psychopathic Traits and Psychopathology*, CRIMINAL JUSTICE AND BEHAVIOR, 39 (7), 978-997 (2012); Drew Feeley, *Personality, Environment and the Causes of White Collar Crime*, LAW AND PSYCHOLOGY REVIEW, 30, 201-213 (2006)

.Federal Sentencing Guidelines Manual §5H1.4. (1987) 164

.§5H1.1, §5H1.3, §5H1.4, ב"ה לעיל ה"ש 163, Federal Sentencing Guidelines Manual 165

למקרים חריגים של סכנת חיים: "יודגש ויודגש היטב: פתח זה שאנו פותחים כאן לטובת חריגה ממתחם העונש ההולם – פתח צר הוא".¹⁶⁶ אין זו בחירה מקרית. סובייקטיביות מלאה של הענישה, סופה שתחייב התייחסות פרטנית למידת רגישותו הייחודית של כל אדם לשהות בכלא, דבר שיפגע בוודאות המשפטית ובשוויון בין נאשמים, ויהיה כרוך בהתדיינות אינסופית ונתון למניפולציות.

חמישית, הכרה בסבל הייחודי של עברייני הצווארון הלבן היא בעייתית גם משיקולי מדיניות. מתן הקלה בעונש לנאשם בשל אבדן משרה אטרקטיבית עשוי להיתפס כאקט מפלה המעניק עדיפות לנאשם "פריבילגי" על פני נאשם אחר, חסר עבודה לחלוטין, ומאפשר לנאשם עשיר "לקנות" בכסף את דרכו לחירות (או למצער להפחתה בענישה). דברים אלה מקבלים משנה־תוקף במצב הטיפוסי שבו המשרה שאבדה עקב ביצוע העברה שימשה גורם סיכתי בביצועה.¹⁶⁷

ח. התמודדות עם אנומליית הצווארון הלבן

אם כן, ענישת עברות הצווארון הלבן מתאפיינת באנומליית חומרה־הרתעה, שבשיטות דוגמת זו הישראלית גורמת לחסר הרתעת. כיצד אפשר להתמודד עם קושי זה?

1. שימוש באיבר השני של מכפלת התוחלת

כידוע, הרתעה אינה נוצרת רק מענישה אלא גם מרמת האכיפה של האיסור הפלילי, ובעיקר מראייתו של העבריין אותה – קרי: את סיכוייו להיתפס ולהיענש בגין מעשיו. יתרה מזו: מחקרים אמפיריים הראו כי השפעת הסיכוי להיתפס כגורם מרתיע עולה על זו של גובה העונש. לשון אחר, החמרה בענישה הפלילית היא בעלת השפעה פחותה על החלטת עבריין השוקל לבצע עברה, לעומת הגדלת הוודאות שייתפס ויעמד לדין.¹⁶⁸ עמדה זו נכונה עבור כלל העבריינים, ובכללם עברייני צווארון לבן, הנוטים לא פעם לאופטימיות באשר לאפשרות שתוטל עליהם ענישה מחמירה, אף אם המגבלה החוקית ומדיניות הענישה מאפשרים זאת.¹⁶⁹

166 ע"פ 4456/14 קלנר נ' מ"י, פס' 218 לפסק דינו של השופט פוגלמן בעניינו של לופוליאנסקי (פורסם בנבו, 29.12.2015). יצוין שרוחבה הצר של אפשרות החריגה מהמתחם בעילה זו הודגש מאוחר יותר, בין היתר ברע"פ 1076/16 כהן נ' מ"י (פורסם בנבו, 11.2.2016). ראו והשוו ע"פ 4506/15 בר נ' מ"י, פס' 10 לפסק דינו של השופט פוגלמן בעניינו של בר (פורסם בנבו, 11.12.2016); R v. Bernard [1997] 1 Cr App R (S) 135.

167 ANDREW ASHWORTH, SENTENCING AND THE CRIMINAL JUSTICE, 184-185 (2010). ראו גם עניין בר־זיו, לעיל ה"ש 70, בפס' 18.

168 ראו שוהם, שביט, קאבליון ועינת, לעיל ה"ש 51, בעמ' 114-118; וובסטר ורוב, לעיל ה"ש 27, בעמ' 190.

169 Mirko Bagaric, Theo Alefxander and Athula Pathinayake, *The Fallacy of General Deterrence and the futility of Imprisoning Offenders for Tax Fraud*, 26 AUSTRALIAN TAX FORUM 511 (2011); Stephanos Bibas, *White Collar Plea Bargaining and Sentencing after Booker*, 47 WM. & MARY L. REV. 721, 731 (2005).

על יסוד נתונים אלה ניתן להגיע להרתעה יעילה באמצעות ענישה קלה יותר, אם זו ודאית יותר.¹⁷⁰

בניגוד להחמרת הענישה, הטומנת בחובה קשיים דאונטולוגיים בשל הקרבת עניינו של הפרט על מזבח התועלת החברתית הכוללת, הגברת האכיפה נעדרת קושי כזה משום שהיא אינה משתמשת בעברייני אקראי כדי להגשים מטרת החורגות ממנו עצמו, אלא פועלת על כלל העבריינים הפוטנציאליים באופן זהה. אכן, בשונה מהטלת עונש, שיש לה משמעויות מרחיקות-לכת הנוגעות לתחושת הצדק של השופט באשר לעברייני האינדיבידואלי שלפניו, הגדלת מספר השוטרים או שיפור האפקטיביות של האמצעים המשמשים לתפיסת עבריינים הם עיוורים – ולו אקס אנטה – לזהות העברייני שילכד בעטיים, וככאלה אינם מעוררים קושי במישור הצדק. ההבדל בין החמרת הענישה להקשחת האכיפה מתבטא, בין היתר, ביחסו של הדין לשאלת ההסתמכות על כל אחד מאלה. בעוד שלעברייני מורשע יש זכות מוקנית לכך שהעונש שיוטל עליו לא יעלה על העונש המרבי שאפשר היה להטיל עליו בעת ביצוע העברה, מתוך תפיסה שהוא רשאי היה לכלכל את צעדיו ולקבל החלטה רציונלית אם לבצע עברה,¹⁷¹ אין הוא זכאי לטעון כי הסתמך על כך שרמת האכיפה תאפשר לו לחמוק ממתן הדין על מעשיו. אכן, בשונה מהענישה – הנחשבת דין מהותי שאין להחילו רטרואקטיבית – רמת האכיפה עוסקת בפרוצדורה, וככזו אין מניעה להחילה לאחור. בהקשר אחר, קשה גם לראות בעייתיות כלשהי בהחלטה עניינית על הגברת האכיפה כלפי קבוצה בלתי מסוימת של עבריינים, שאינם חולקים מאפיינים "חשודים" כלשהם כגון דת, גזע, מגדר או נטייה מינית. ככל שהגברת האכיפה נועדה לקדם תכלית ראויה הנובעת מן החוק המסמיך (כגון מניעה של "מכת מדינה" או התמודדות עם עבריינות מתוחכמת), לא תישמע טענה לאכיפה בררנית הפוגעת בשוויון.

אמנם, הגברת האכיפה כרוכה מידיית בעלויות כספיות, דבר שעלול להביא את קובעי המדיניות לבכר הגדלה של התוחלת באמצעות האיבר השני במכפלה – זה של החמרת רמת הענישה, שלכאורה אינה כרוכה בהגדלת עלויות בשלב הראשון, ויכולה לייצר הרתעה מעצם הכרוזתה. אולם, הנתונים מלמדים כי משעה שהחמרת הענישה עוברת מפסים דקלרטיביים לפסים מעשיים של הארכת משך הכליאה, כרוך הדבר בעלויות נכבדות לא פחות, וכאמור התועלת מאמצעי זה במישור ההרתעה היא פחותה.¹⁷²

170 בנת'אם ובקריה כבר עמדו על כך שוודאות בענישה מאפשרת ענישה מקלה יותר. ראו COLEMAN; PHILIPSON, THREE CRIMINAL LAW REFORMERS, BECCARIA, BENTHAM, ROMILLY, 299 (1970); קנאי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 71.

171 ראו סעיף 5 לחוק העונשין; רבין וואקי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 136. ההגנה על הסתמכותו של העברייני על העונש רחבה אף יותר, ומתפרסת עד כדי הסתמכותו על כך שלא יקבל עונש חחורג ממדיניות הענישה הנוהגת בבתי המשפט, אף אם עונש זה אינו חורג מהעונש המרבי. בהתאם לפסיקה, שינוי כזה במדיניות הענישה צריך להיעשות בהדרגה. ראו ע"פ 2247/10 ימיני נ' מ"י, פס' 85 (פורסם בנבו, 12.1.2011); עניין לימור, לעיל ה"ש 9, בפס' 76-77; ע"פ 2251/11 נפאע נ' מ"י, פס' 7 (פורסם בנבו, 4.12.2011).

172 בהתאם לנתונים שברוח ועדת דורנר, לעיל ה"ש 36, עלות כליאתו של אסיר מגיעה במישורין ל-120 אלף ש"ח בשנה, ועליה נוספות עלויות כגון הקטנת אוצר המדינה והגדלת תשלומי

לבסוף, בשל תחכומן של העברות הכלכליות, הקשות לגילוי, קיימת חשיבות ייחודית בהגברת האכיפה לגביהן. כפי שציין מן, בהתחשב בקושי המיוחד באיתור מידע לגבי עברייני צווארון לבן, נוכח שליטתם על זרימתו; ובהתחשב בפעולות ההסוואה המתוחכמות שהם מבצעים; בעורכי־דינם היקרים; ובהיעדרם בחלק מהמקרים של קורבנות שיתריעו שבוצעה עבירה; נדרשים "אמצעי חקירה יעילים [...] חוקרים ושיטות חקירה שיוכלו להתמודד עמם", וכן "הרחבתן של יחידות חקירה מיוחדות" ו"קליטת כלכלנים ורואי חשבון מן הטובים שבמשק בצוותי החקירות"¹⁷³. אכן, לא אחת גופי חקירה פועלים להבליט את אמצעי האכיפה המתוחכמים שברשותם כדי שאלה לא רק יופעלו אלא גם יראו, וישפיעו על יעילות ההרתעה.¹⁷⁴

אם כן, הגברת האכיפה עשויה להגדיל את תוחלת ההרתעה של עברות הצווארון הלבן בלי לעורר את הקושי הנובע מהצורך לחרוג מהרף העליון הגמולני.

ברם, ספק אם מדובר בפתרון ממצה. ראשית, כאמור, עברות הצווארון הלבן נחשבות קלות לביצוע אך קשות לגילוי.¹⁷⁵ הסיבות לכך הן, בין היתר, הפרופיל העברייני הקשה לאבחון, היעדר קרבן קונקרטי בחלק מהמקרים, פעולות ההסוואה של מבצעייהן והמיומנות המקצועית הנדרשת מחוקרי עברות אלה, הכוללת תחומי ידע רבים. פרקי הזמן הנדרשים לחקירה מקשים אף הם על הגברת האכיפה. באחת הפרשות צוין כי "בתיקים כלכליים מורכבים ורבי היקף [...] אורך לעיתים המשפט זמן רב יותר מתיקים אחרים, הן בשל היקפי החומר, הן בשל מורכבות השאלות"¹⁷⁶. אכן, על אף המשאבים הרבים, מספר המקרים המגיע לירי אכיפה מצומצם יחסית. כך, למשל, מספר המקרים שבהם נדון שימוש במידע־פנים בין השנים 2013-2015 מסתכם בתיקים ספורים בלבד (בכל שנת 2015 ניתן פסק דין בעברה זו בתיק

הביטוח הלאומי (עמ' 27-28). עלויות אלה רלוונטיות, אקס פוסט, גם לפתרון של הגברת האכיפה, שכן משמעות הצלחתו של פתרון זה היא כליאת מספר גדול יותר של עבריינים.

173 מן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 432.

174 ראו, למשל, גור מגידו "האתגר: אלגוריתם שיזהה חשבוניות קש" גלובס (29.4.2016), שבה מתוארת "הצצה למערכת הניטור האיתנית שכבר קלטה חשדות להרצת מניות בפרשות פסגות, נוחי דנקנר ואי די בי, יובנק, מליסרון ומנופים פיננסיים", ב" www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001120568; מחקר שבוצע בארצות־הברית לפני כעשור מלמד שמנקודת מבט ציבורית, רמת האכיפה נגד העבריינות הכלכלית בהחלט טעונה שיפור. ראו Andrea Schoepfer, Stephanie Carmichael, Nicole Leeper Piquero, *Do perceptions of punishment vary between white-collar and street crimes?*, JOURNAL OF CRIMINAL JUSTICE 35 (2007) 151-163.

175 ראו, למשל, J. Scott Dutcher, *From the Boardroom to the Cellblock: The Justifications for Harsher Punishment of White-Collar and Corporate Crime*, 37 ARIZ. ST. L.J. 1295, 1299 (2005).

176 עניין הורוביץ, לעיל ה"ש 93, בעמ' 337; ראו גם רע"פ 674/13 ליטווק נ' מ"י, (פורסם בנבו, 28.1.2013), שבו נאמר (כפס' 12) כי "טבען של עבירות כלכליות, ועבירות מס ביניהן, שחקירתן מצריכה משאבים רבים, והיא נוטה להתמשך לאורך תקופת זמן ארוכה יותר מאשר עבירות פליליות "רגילות".

177. בדרך זו קשה לשכנע עברייני פוטנציאלי כי יש הסתברות גבוהה שייתפס. אחד בלבד). שנית, בשונה מענישה, המתאפיינת במספרים מדויקים שאפשר לצפות ולו בקירוב, הגברת האכיפה – שהיא רק אחד מהמשתנים המובילים להגדלת סיכויי התפיסה – היא בעלת אופי אמורפי יותר, אינה תמיד מדירה, קשה לתיווך לכלל הציבור ותלויה בדימוי התקשורתי שלה לא פחות מאשר בהיקפה האמיתי. אכן, כפי שציין וילסון, אי-אפשר להפחית את אי-הוודאות בנוגע לסיכויי התפיסה והענישה ביותר מאשר מידה מתונה.¹⁷⁹

2. הרתעה באמצעים פליליים שאינם נושאים משמעות גמולנית

דרך נוספת שבה ניתן לכוון את התנהגותם של עברייני צווארון לבן, שלא באמצעות חריגה מהרף הגמולני העליון ההולם את מעשיהם, היא להוסיף לאמצעי האכיפה העונשיים המסורתיים, אמצעי אכיפה שאמנם אינם משוקללים בחישוב הגמול הראוי, אך יש בהם כדי לכוון את התנהגות העברייני.

דוגמה ראשונה היא החילוט הפלילי שעליו כבר עמדנו לעיל. כאמור, קיימת הסכמה רחבה יחסית שחילוט הוא אמצעי מעין-עונשי או כזה הכולל היבטים עונשים, במובן זה שסכמו אינו מתמצה בסכום הגזלה אלא חורג ממנו לצורך הרתעה. מנגד, החילוט אינו מבקש להשיב לעברייני כגמולו ואינו כפוף לרף ענישה נוהג כלשהו. מכאן, שבית המשפט אינו נדרש להביאו בחשבון בקביעת מכלול העונשים שיוטל על מי שהורשע, והוא אינו משמש רכיב מרכיבי הענישה. בעניין תענך ציין בית המשפט: "אין אנו מוצאים לנכון גם לקבל את הטענה לפיה החילוט שקבע ביהמ"ש המחוזי חורג מרף הענישה הנוהג במקרים דומים. ראשית, כאמור, חילוט אינו אקט עונשי וככזה הוא אינו כפוף לרף ענישה כזה או אחר [...]".¹⁸⁰

מאפיינים אלה של החילוט עשויים לסייע בדינו באנומליית הצווארון הלבן. מחד גיסא, אין מדובר באמצעי עונשי במובן המקובל, המשוקלל בגרדי הגמול ההולם את מעשה העברה; מאידך גיסא, תכליתו ההרתעתית ברורה – לסכל עברות עתידיות על ידי הפיכת הפשע לבלתי-משתלם. ניתן אמנם לטעון שהשימוש בחילוט כמענה לחסר ההרתעתי שבענישה

177 נתונים מתוך אתר רשות ניירות ערך: www.isa.gov.il/%d7%97%d7%a7%d7%99%d7%a4%d7%94/Enforcement/Criminal_Informent/Pages/default.aspx. ראו גם: קרואל, לעיל ה"ש 63, בעמ' 126.

178 אמנם הדבר עשוי להיות קשור גם בכך שבשונה ממרבית העברות – שהמשטרה חייבת לחקור כשמגיע לידה מידע – רשות ניירות ערך (המשמשת גם גוף חוקר של עברות ניירות ערך) אינה מחויבת לחקור כל מקרה, גם אם מגיע אליה מידע לגביו, בין היתר בשל מגבלות תקציב. ראו סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982; סעיף 52מד לחוק ניירות ערך. עם זאת, ספק אם נתון זה הוא הסיבה המרכזית לאחוזי התפיסה הקיימים, במיוחד מאז 2011, עת הורחבו אמצעי האכיפה ונוצר גם מסלול של אכיפה מנהלית, כמפורט להלן.

179 James Q. Wilson, *on Deterrence, in* CRIMINOLOGICAL PERSPECTIVES: ESSENTIAL READINGS, 307-314 (John Muncie, Eugence McLaughlin and Mary Langan eds., 1996).

180 לעיל ה"ש 121, בפס' 262 לפסק הדין. לדעה אחרת, הגורסת כי יש להתייחס לחילוט כאל עונש לכל דבר בעת קביעת מכלול הענישה, ראו יעל גרוסמן, רוני בלקין וסאלי ליכט איסור הלבנת הון להלכה ולמעשה 131 (2013) (להלן: גרוסמן, בלקין וליכט).

כמוהו כעקיפת המגבלה הגמולנית, שכן בפועל גם החילוט מסב לנאשם פגיעה בעלת אופי דומה לזה שמסב לה, למשל, עונש הקנס. אולם, השאלה אינה אם החילוט נושא עמו אפקט פוגעני – כפי שיוסבר להלן, פגיעה יכולה להיגרם גם על ידי אמצעים נעדרי כל זיקה להליך הפלילי כגון תביעה אזרחית נגררת – אלא מה מטרתו של הליך זה, ועד כמה גובהו נגזר מחומרת העברה. במובן זה, כאמור, החילוט אינו מבקש להיות אחת מדרכי הענישה; גובהו אינו נובע בהכרח מעוצמת הפגיעה באינטרס המוגן; ותכליתו המרכזית (בצד ביטול יתרונו הכלכלי של הנאשם) היא לכוון את התנהגות הפרט. התוצאה היא, אפוא, ששילוב החילוט נוסף על יתר אמצעי הענישה, כאמור בחוק, עשוי לאפשר הטלת מאסר או קנס קונבנציונליים עד לרף הגמולני, ולהוסיף חילוט בגובה ההפרש שבין הגמול להרתעה.

ואולם – למצער בהתאם לדין הנוהג בסוגיה זו – ספק אם החילוט מספק מענה לבעיה שתוארה. אף שהוראות החילוט פזורות בכמה חוקים, דבר החקיקה העיקרי המכונן את סמכות החילוט בעברות צווארון לבן הוא חוק איסור הלבנת הון, שסעיף 21 לו קובע כי חילוט רכוש של מי שהורשע בעברות הלבנת הון יהיה בשווי הרכוש שנעברה בו העברה, בשווי הרכוש ששימש לביצועה או בשווי הרכוש שהופק כתוצאה ממנה. הסעיף, כפי שנוסח ופורש, חושף את קשיי השימוש בו כפתרון לאנומליית הצווארון הלבן.

ראשית, הוא חל רק על מי שהורשע בעברות לפי חוק איסור הלבנת הון – עברות חמורות שעונשן נע בין שבע לעשר שנות מאסר – וחרף השימוש הגובר בהן אינן מופיעות בכל תיק כלכלי. אין מדובר אך בעניין פורמלי: החילוט הפלילי שבחוק איסור הלבנת הון הוא אמצעי "בלתי קונבנציונלי". הוא מקיף מגוון רחב של סוגי רכוש שבידי הנאשם; מאפשר להגיע לנכסים שכלל אינם קשורים בעברה, ובלבד שהם בשווי הרכוש הרלוונטי לה; ומתיר תפיסה זמנית של רכוש בהיקפים גדולים בשלב מוקדם של המשפט. תפיסה מרחיבה זו נובעת מהיותו של החילוט כלי מרכזי במאבק הבינלאומי בפשיעה המאורגנת ובהלבנת הון. ביצירתו של סעד זה – בצד כלים נוספים בחוק איסור הלבנת הון – ביקשה ישראל לא רק לחזק את האכיפה אלא גם לעמוד בסטנדרט הבינלאומי המחייב, ולצאת מ"הרשימה השחורה" של מדינות שלא התאימו את החקיקה המקומית שלהן לאמות-המידה הבינלאומיות של המדינות המתועשות.¹⁸¹ שימוש בסעד מרחיב כזה שלא בהקשר של עברות הלבנת הון אינו, אפוא, מהלך טריוויאלי.

שנית, חילוט לפי חוק איסור הלבנת הון נגזר מהשווי של עברת הלבנת ההון ולא מהשווי של עברת המקור. נתון זה הופך את החילוט מכוח חוק איסור הלבנת הון לכלי אפקטיבי להרתעה מפני עברה זו – אך מוגבל יותר להרתעה מפני עברות המקור.¹⁸² כך, למשל, אם ביקש העבריין להלבין רק חלק מהרכוש שהשיג בעברת המקור, באמצעות העברתו לחשבון אחר, אפשר יהיה לחלט רק רכוש בשווי אותו חלק ולא את מלוא הרכוש שהיה מעורב בעברת המקור, דבר המצמצם את היכולת להשתמש בו כאמצעי מרתיע לעברה זו. מנגד, הלבנת הון הנעשית באמצעות ערוב הרכוש שהופק בעברת המקור עם רכוש אחר (למשל: ערוב

181 יהודה שפר "העברות שבחוק איסור הלבנת הון: המאבק הבינלאומי בהלבנת הון במציאות הישראלית" המשפט יא 555, 560-557 (תשס"ז).

182 עניין תענך, לעיל ה"ש 125. ראו גם גרוסמן, בלקין וליכט, לעיל ה"ש 180, בעמ' 137-140. השוו סעיף 297 לחוק העונשין, העוסק, לפי תנאיו, בחילוט הנוגע לעבירת שוחד.

סכום כסף קטן יחסית בחשבון בנק עם סכום כסף גדול יחסית) מאפשרת, עקרונית, חילוט של מלוא הסכום שבחשבון – בבחינת רכוש ששימש לביצוע עברה – באופן החורג במידה ניכרת מהנדרש להרתעה מעברת המקור, ועלול לגרום הרתעת-יתר.¹⁸³

אמנם, הדין מאפשר חילוט רכוש "בנוסף על כל עונש" גם בלי שבוצעה עברת הלבנת הון, מכוח סעיף 39 לפסד"פ.¹⁸⁴ אולם, בשונה מחילוט הנעשה מכוח חוק איסור הלבנת הון – החולש על כלל רכושו של העבריין בשווי הרכוש הקשור בעברה, אף אם לא הוכח שנעברה בו כל עברה – חילוט לפי הפסד"פ מוגבל ל"אותו חפץ שבו נעברה, או עומדים לעבור, עברה או שהוא עשוי לשמש ראייה בהליך משפטי בשל עברה, או שניתן כשכר בעד ביצוע עברה או כאמצעי לביצועה".¹⁸⁵ הגבלה זו, המצמצמת במידה ניכרת את טיב הנכסים הכשרים לחילוט (במיוחד כשמדובר בעבריינים מתוחכמים שימהרו להעלים כל זכר לעברה), מכרסמת ביכולתו של החילוט לשמש אמצעי המשלים את החסר ההרתעתי שבענישת עברות הצווארון הלבן.

אם כן, חרף יתרונותיו, נראה כי אין בחילוט כדי לספק פתרון ממצה לאנומליה שתוארה, למצער לפי מידותיו בדין הישראלי.¹⁸⁶

אמצעי שני, שאף הוא אינו ענישתי באופיו, הוא פיצוי הקרבן לפי סעיף 77 לחוק העונשין. כפי ששב בית המשפט וציין, אף שכלי זה נחשב חלק מגזר הדין הפלילי, משמעותו המשפטית "אינה אלא טפלה", ובפועל – בהתאם ל"צופן הגנטי" שלו – מדובר בסעד אזרחי.¹⁸⁷ אכן, מאפייני הפיצוי מעידים על טבעו האזרחי. בין היתר, בשונה מהענישה הפלילית המתמקדת בעבריין, מציב הפיצוי את הקורבן במרכז הזירה;¹⁸⁸ בשונה מהדין הפלילי, הפיצוי מסתפק בהשבת מצבו של הקרבן לקדמותו ואינו מבקש לגמול לעבריין על מעשיו לפי חומרתם;¹⁸⁹

183 לעיל ה"ש 74.

184 כפי שציין קדמי, "הוראות החילוט שבפסד"פ היגן בעלות אופי כללי וחלות לעניין של כל עבירה שהדין בה הסתיים בהרשעה". ראו יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים חלק ראשון 734 (2009).

185 בש (ת"א) 90686/07 מ"י נ' גיידמק, פס' 5 (פורסם בנבו, 4.3.2007).

186 בשנת 2012 גובש תזכיר המבקש לאגד את הוראות החילוט הפוזרות בדין להוראה אחת, באופן שאינו כורך את החילוט דווקא עם הרשעה בעברות הלבנת הון. ראו תזכיר חוק סדר הדין הפלילי (חילוט תקבולי עברה), התשע"ב-2012 (2.7.2012).

187 כפי שנפסק, אין במאפיינים אלה "כדי להפוך את הפיצוי – שהיסוד הדומיננטי בו הוא יסוד אזרחי – לפיצוי שאותו של עונשין חרות במצחו [...] הפיצוי הוא 'נטע זר' בדין העונשין. המחוקק שתל זרע של משפט אזרחי בתוככי דין העונשין, אך זריעה זו לא שינתה מאופיו ומאפיונו של הזרע ושל צאצאיו". ראו עניין אסף, לעיל ה"ש 126, בעמ' 462, 465, 466; רע"פ 228/05 יאגודייב נ' מ"י, פ"ד נט(4) 518, 523-526 (2005); ע"פ 1281/06 בורשטיין נ' מ"י, פ"ד סב(4) 100 (2008) (להלן: עניין בורשטיין).

188 עניין אסף, בעמ' 462.

189 ראו, למשל, ע"פ 506/86 קיטרו נ' מ"י (פורסם בנבו, 31.12.1986); ע"פ 8465/14 כרכי נ' מ"י, פס' 17 (פורסם בנבו, 24.8.2015); ראו גם *Looking beyond the Sentence, in* PRINCIPLED SENTENCING, לעיל ה"ש 20, בעמ' 399-403.

בניגוד לקנס, אי-אפשר להמיר פיצוי שלא שולם במאסר¹⁹⁰ – כלל שבית המשפט מקפיד שלא לאפשר את עקיפתו;¹⁹¹ ובשונה מהדין לגבי קנסות, מצב כלכלי קשה אינו מקים עילה להפחתה בגובהו (כחלק מתפיסה רחבה של מושג ההלימה).¹⁹² אופי זה של הפיצוי משליך על המשקל הניתן לו בגזירת הדין לפי תיקון 113 – כנסיכה שאינה קשורה בכיצוע העברה, המאפשרת תנועה בתוך מתחם הענישה, אך לא כשיקול לקביעת המתחם עצמו.¹⁹³ ברם, על אף אופיו האזרחי, הפיצוי עשוי להגשים מטרות רלוונטיות לדין הפלילי כגון היטהרות, שיקום ובעיקר הרתעה. אכן, "לכסף אין ריח", ועברייני שדינו נגזר, אדיש במידה רבה לשאלה אם כספו משמש לתשלום קנס למדינה או לתשלום פיצוי לניזוק. תשלום הפיצוי, שאמת-המידה המרכזית לו היא הנזק הכלכלי שנגרם, מאיין למצער חלק מטובת ההנאה ויוצר אפקט מצנן כלכלי משלים בצד העונש.¹⁹⁴ הדברים באו לידי ביטוי גם בפסיקה, כשצוין כי "יש להטלת הפיצויים היבט הרתעתי. על עבריינים כדוגמת המערער לדעת שהוא צפוי לא רק לעונש אלא גם לפיצוי קורבן העבירה, וללא דיחוי".¹⁹⁵ אופיו הלא עונשי של הפיצוי מבחינה גמולנית, בד בבד עם כוחו המרתיע, עשויים לאפשר את שילובו כאמצעי משלים למניעת עברות צווארון לבן, תוך שימור ההלימה כרף העונשי העליון.

190 "ככל שמדובר בפיצוי הכספי [...] זהו חיוב אזרחי שלא יכולה להתלוות אליו כחלופה מאסר". ע"פ 4701/93 אבו שיכה נ' מ"י (פורסם בנבו, 26.7.1994); ע"פ 435/88 ניסים נ' מ"י, פ"ד מג(1) 498, 499-500 (1989).

191 ניסיונות לעקוף כלל זה נעשו באמצעות קביעת מאסר ממושך חלף אי-תשלום של קנס קטן, תוך שימוש בכלל שלפיו הקנס מתחיל להיות משולם רק לאחר השלמת תשלום הפיצוי. ראו, למשל, ע"פ 8458/11 שובל נ' מ"י (פורסם בנבו, 11.9.2013), שבו ציין השופט פוגלמן, בין היתר, כי "אין מקום להטיל קנס ומאסר תמורתו שתכליתו היחידה היא לתמרץ עברייני שנגזר דינו לשלם פיצוי לנפגע עבירה [...] ההכרעה בשאלה אם הטלתו של מאסר חלף קנס נועדה לתמרץ את הנאשם צריכה להבחן לפי אמת מידה אובייקטיבית ולא לפי כוונתו הסובייקטיבית של המותב שגזר את העונש. בנסיבות הפרטיקולריות של המקרה שלפנינו, כאשר מדובר בפיצוי בסך כולל של 774,000 ש"ח, לעומת קנס של 15,000 ש"ח, במבחן התוצאה המעשית נראה כי אין לקנס תכלית משל עצמו ומהותו היא לשמש תמרץ לגביית פיצוי. לפיכך [...] יש להורות על ביטול ההוראה בדבר ריצוי מאסר חלף קנס".

192 ע"פ 8774/15 פלוני נ' מ"י, פס' 17 (פורסם בנבו, 19.6.2016); ע"פ 8297/11 פלוני נ' מ"י, פס' 26 (פורסם בנבו, 17.11.2013).

193 ראו סעיף 41א(5) לחוק העונשין, שקובע את "מאמצי הנאשם לתיקון תוצאות העבירה ולפיצוי על הנזק שנגרם בשלה", כנסיכה שאינה קשורה בכיצוע העבירה, המשפיעה על תנועה בתוך מתחם העונש ההולם אך לא על קביעת מתחם העונש עצמו. יצוין שאף שבתי המשפט מעניקים לעתים משקל גבוה יותר לשיקול זה, תיקון להיבט זה לא נכלל בהצ"ח לתיקון של תיקון 113.

194 יש אף הסבורים כי בשל התכתבותו עם גובה טובת ההנאה, אופיו המרתיע של הפיצוי יעיל אף יותר מזה של הקנס, שסכמו אקראי ובלתי-צפוי (ואף נופל לא אחת מטובת ההנאה האמתית).

ראו *Notes – Criminal Restitution in the Criminal Process – A Procedural Analysis*, 97 HARV. L. REV 931 1983-1984; Kelly v. Robinson 479 U.S. 36, 49 (1986).

195 ע"פ 51/93 אלזעיל נ' מ"י (פורסם בנבו, 8.3.1993).

ברם, גם עתה ספק בלבנו אם נמצא מוצא. ראשית, כדי לשלם פיצוי נדרש קרבן מובחן, ואילו בעברות הכלכליות לא אחת קשה, כאמור, להצביע על קרבן קונקרטי, בין שמדובר בנזק ל"שיטה" כבעברה של תרמית בניירות ערך, הפוגעות בתקינות המסחר בשוק ההון ובאמון בו,¹⁹⁶ ובין שמדובר בנזק קשה לכימות, המפוזר על פני מספר קרבנות גדול, כבעברת שוחד. שנית, לא רק שבפיצוי מטבעו אין כדי להרתיע, בהיותו נסמך על שיקולי צדק מתקן, אלא שהפיצוי הפלילי כלל אינו מתיימר להשיג מטרה זו, כפי שנפסק, בהיותו אך סעד ראשוני ובלתי-ממצה לנפגע העברה, ו"פשרה בין שני שיקולים מנוגדים – מחד גיסא, הרצון להקל על נפגעי העבירה בקבלת פיצוי על נזקיהם, ומאידך גיסא, הכרה במגבלותיו של ההליך הפלילי כהליך שבו לא מתקיים בירור ממשי של היקף הנזק של קורבן העבירה, וממילא לא חלים עליו כל הכללים והכלים של דיני הנזיקין לפסיקת פיצויים".¹⁹⁷ איזון זה מכתוב את עיצובו של הפיצוי, ובעטיו נקבעה בין היתר הגבלת סכום קשיחה, שאינה משתנה גם אם העברה בוצעה כלפי מספר קרבנות רב.¹⁹⁸

גם הפיצוי הפלילי אינו פותר אפוא את אנומליית הצווארון הלבן.

סעד אחרון ממשפחה זו של סעדים, המבקשים לאיין את רווחי העבריינין, הוא זה המקיים "סמכות אזרחית נגדרת לפלילית". סעד זה, הקבוע בסעיף 77 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984, מסמך את בית המשפט שהרשיע נאשם לדון בתביעה אזרחית נגדו "בשל העובדות המהוות את העברה שבה הורשע" – אף תוך חריגה מכללי הסמכות העניינית, ובלבד שהתובענה האזרחית הוגשה בתוך 90 יום מהמועד שבו נהפך פסק הדין הפלילי לחלוט, ומגיש התובענה ביקש לנהל תביעה נגדרת כאמור. סעיף 77 לפקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א-1977 משלים הוראה זו וקובע כי בדיון בתביעה אזרחית נגדרת לפלילית, "יראו את הממצאים והמסקנות שנקבעו במשפט הפלילי כאילו נקבעו במשפט אזרחי". משמעות הדבר היא שבתובענה אזרחית נגדרת להרשעה בפלילים, רואים את הנתבע כמי שאחריותו הוכחה במאזן ההסתברויות הנדרש במשפט אזרחי, נוכח הממצאים שנקבעו במשפט הפלילי.¹⁹⁹

אכן, בד בבד עם ההחלטה לדבוק בהגבלת הפיצוי שבסעיף 77 לחוק העונשין, נקבע

בעניין טווק:

בהינתן אופיו המיוחד של הפיצוי לפי סעיף 77 לחוק העונשין, ברי כי דרך המלך צריכה להיות הגשת תביעה אזרחית, על ידי כל מי שרואה עצמו כנפגע העבירה. במסגרת זו, יהא עליו להוכיח, ככלל, קיומו של נזק, את שיעורו של הנזק, וקשר סיבתי בין מעשיו של הנאשם-הנתבע, לבין הנזק שנגרם לתובע. עוד יש לציין את המובן מאליו, כי סכום התביעה, במקרה של הגשת תביעה אזרחית, אינו מוגבל וניתן לתבוע את מלוא שיעור הנזק.²⁰⁰

196 ת"פ 11-11-23842 מ"י נ' מדר, פס' 18 (פורסם בנבו, 26.1.2014).

197 ע"פ 1076/15 טווק נ' מ"י, פס' 12 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 7.6.2016) (להלן: עניין טווק); ראו גם ע"פ 7090/15 ח'ליפה נ' מ"י, פס' 71 (פורסם בנבו, 25.8.2016).

198 עניין טווק. יצוין כי בפרשה זו הוחלט לקיים דיון נוסף; ראו דנ"פ 5625/16 פלונית נ' טווק (פורסם בנבו, 28.9.2016).

199 ע"א 8195/09 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 20.9.2015).

200 שם, בפס' 8 לפסק דינו של השופט אורי שוהם.

אופי זה של התביעה האזרחית, כאמצעי משלים להליך הפלילי, אף הביא לכך שהיה מי שראה בה מעין סנקציה אזרחית בעלת אופי עונשי,²⁰¹ אף שנראה כי אין לראותה כיוצאת דופן.²⁰²

דא עקא שגם עתה מוקדם לברך על המוגמר. בשונה מאמצעי ההרתעה שתוארו עד כה, הגשת תביעה אזרחית מונחת לפתחו של הקרבן. כבר עמדנו על היעדר קרבנות ברורים בחלק מהעברות הכלכליות; וגם בהימצא קרבן קונקרטי, זה אינו ממחר תמיד להגיש תביעה, ומספר התביעות הנגזרות המוגשות נותר זעום.²⁰³ אף כשכבר מוגשת תביעה, ועל אף הפטור מהוכחת אחריות הנתבע-הנאשם לנזק,²⁰⁴ נדרש התובע להוכיח קשר סיבתי, את קיומו של נזק ואת שיעורו – משימה שאינה תמיד פשוטה, גם בשל האמצעים הכלכליים שבידי רבים מעברייני הצווארון הלבן, המאפשרים להם ייצוג משפטי יקר ואיכותי.²⁰⁵

בצד פתרונות אלה, שאינם חלק מהענישה הפורמלית, ראוי להזכיר שגם במסגרת הענישה הרגילה ניתן לאתר פתרונות שעשויים לצלוח את אנומליית הצווארון הלבן. פתרון כזה טמון, למשל, בעונש של מאסר על תנאי. התכלית המרכזית העומדת ביסוד המאסר המתונה היא הרתעה, וביסודה ניצבת תפיסה שלפיה הנאשם, בהיותו רציונלי, יירתע מעברה נוספת ביודעו ידיעה ברורה ומוחשית שאם יעשה כן, יפעיל בית המשפט את התנאי ויוטל עליו

201 עניין בוטח, לעיל ה"ש 123, בעמ' 917-918; 435, 447- United States v. Halper 490 U.S. (1989) 448.

202 תפ (ב"ש) 48173-12-13 מ"י נ' אלרייט, פס' 50 (פורסם בנבו, 3.12.2015).

203 חני סלוטקי וחנן רביב "הערת פסיקה: תקרת הפיצוי בסעיף 77 לחוק העונשין בעקבות ע"פ 1076/15 טווק נ' מדינת ישראל" משפט ועסקים – מהדורה מקוונת (2016). מבריקה שערבו הכותבים עולה כי עד היום הוגשו רק 133 תביעות נגזרות.

204 סעיף 442 לפק' הראיות.

205 סעד נוסף שאינו עונשי אך עשוי להיות אפקטיבי להרתעה הוא סעד ההשבה. בהתאם לסעד זה, שאביו מולידו במשפט האזרחי והוא נטוע עמוק בעקרון הצדק המתקן, על העבריינן להשיב לקרבן את הכספים שהפיק, וזאת כשלב מקדים לענישה וחיצוני לה, ובמטרה לבטל את חוסר השוויון שיצרה העברה בין העבריינן לקרבן. לאחר שנים שבהן נעדר סעד זה מהענישה הפלילית, והמדינה לבדה קיבלה לידה כספים שנגבו בהליך הפלילי בדרך של קנסות, עלה בעשורים האחרונים קרנו של סעד זה – בד בבד עם השינוי במעמד הקרבן בהליך הפלילי – בכתיבתם של מלומדים ובשיטות משפט שונות. לדברי גולדברג ואביעד, סעד ההשבה נושא עמו יתרונות הן בתחום הצדק המתקן, לרבות שיקומו הרגשי והכלכלי של הקרבן, הן בתחום ההרתעה. אכן, בשים לב לאופי הרציונלי של העברות ולתכליתן הכלכלית, שלילת רווחי העבריינן וחיובו להשיבם מפחיתה מתמריציו לבצע את העברות, ובר בבד מפחיתה מתמריצי הקרבן לנקוט סעד עצמי להשבת רכושו – דבר שינציח את מעגל העבריינות. מנגד, הותרת כספי העברה בידי העבריינן עלולה לאותת שהעברה מניבה רווח כלכלי ושהפשע משתלם. עם זאת, סעד זה, הכרוך בחסרון כיס לקרבן – מצב שלא מתקיים תמיד בעברות כלכליות – טרם אומץ בדין הפלילי הישראלי. ראו שרון אהרוני-גולדנברג ויעל וילצ'יק-אביעד "עבריינות רכוש – מודל ענישה כלכלי" עיוני משפט לב 699 (2011) (להלן: גולדנברג ואביעד); STEPHEN SCHAFAR, COMPENSATION AND RESTITUTION TO VICTIMS OF CRIME 10-11 (2nd ed., 1970); Hoefner Martin, *Sentencing: Restitution*, 89 Geo. L.J. 1731 (2001); ANDREW R. KLEIN, *ALTERNATIVE SENTENCING – INTERMEDIATE SANCTIONS AND PROBATION* 163-169 (2nd ed. 1997).

עונש מאסר נוסף.²⁰⁶ בצד זה, אף שאין לומר כי מאסר על תנאי נעדר כל אפקט גמולני, מדובר באפקט שעוצמתו מוגבלת, ואף שנהוג למקמו רק בדרגה אחת מתחת למאסר בעבודות שירות, מחקרים שבדקו את תפיסות הציבור כלפי עונש זה גילו כי הוא נחשב לעונש קל ביותר הממוקם בתחתית סולם הענישה.²⁰⁷ נוכח היעדר רכיב של הסבת כאב ואי-נעימות, אף היו שסברו כי כלל אין מדובר בעונש.²⁰⁸ אם כן, השילוב בין עונש בעל יעד הרתעתי דומיננטי לעונש בעל מטרה גמולנית מוגבלת מאוד, עשוי לשמש אמצעי משלים למאסר ולענישה הכלכלית, ולחזק את ההרתעה בלי להשפיע על הרף הגמולני.

ואולם, גם עתה נראה שלא נמצא מוצא, שכן עיקר פועלו של המאסר המותנה הוא בתחום ההרתעה האישית, ואילו השפעתו על הרתעתם הכללית של עבריינים פוטנציאליים פחותה מטבעה. כאמור, בהתאם למודל הטיפוסי שהגדרנו, עברייני הצווארון הלבן אינו רצידיוויסט, והוא יבצע את העברה רק אם יסבור שתועלתה עולה על נזקה. עברייני פוטנציאלי כזה אינו מניח מראש שיבצע את העברה יותר מפעם אחת, ומכל מקום אינו שוקל את העונש שיוטל עליו אם יעבור את העברה בשנית. תחת זאת, מוקד דאגתו הוא העונש שיוטל עליו אם יחליט לבצע את העברה בפעם הראשונה. כשהוא בוחן את ענישתם של אלה המבצעים עברה כזו, הוא מגלה עונש הנופל בתוחלת מתועלתו מהעברה, המגובה במאסר על תנאי שיופעל רק בפעם הבאה שיבצעה. אם יגמול בלבו לבצע את העברה רק פעם אחת (ומכל מקום לא לחזור עליה לאחר שנתפס), כמרבית העבריינים כמודל שהגדרנו, לא תהיה, אפוא, למאסר על תנאי כל השפעה הרתעית. על כך יש להוסיף שתקופת התנאי מוגבלת לשלוש שנים,²⁰⁹ ושהמאסר על תנאי מוטל לרוב בגין עברות שהן בזיקה לעברה שבוצעה.²¹⁰ במצב דברים זה, ספק אם יש במאסר על תנאי כדי להגשים הרתעה כללית במידה שתתגבר על אנומליית הצווארון הלבן.

206 רבין וואקי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1647-1650. כפי שציינה השופטת דורנר באחת הפרשות, "מאסר על תנאי הינו אמצעי ענישה מיוחד, הנבדל מן המאסר בפועל. אמצעי זה נותן בידי בית המשפט כלי המאפשר להרתיע את הנדון הרתעה ממשית ומיוחדת, בלי להושיב אותו מאחורי סורג ובריח". ראו ע"פ 4103/92 מ"י נ' פינקלשטיין, פ"ד נא(3) 481 (1994). במקום אחר נפסק כי "העיקרון שביסוד המאסר על תנאי הוא הרתעתי [...] התניית המאסר בתנאים נועדה לאפשר את בחינת התנהגותו של הנאשם ולדרכנו לציית לחוק. בדרך זו הנאשם יודע מה העונש הצפוי לו אם יפר את התנאי, וההנחה היא שיריעה ברורה ומוחשית כזאת עשויה להרתיע את הנאשם מלחזור ולעבור עבירה". ראו גיא בן דוד "מניין תקופת המאסר על תנאי על פי פרשנותו של סעיף 52(ג) לחוק העונשין" מאזני משפט ח 155, 158-159 (2012) (להלן: בן דוד); ע"פ 4157/04 מסראווה נ' מ"י, פ"ד נט(6) 119, 126 (2005); בזק, לעיל ה"ש 51, בעמ' 151.

207 שם, בעמ' 151-162; רבין וואקי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1659-1660.

208 בן דוד, לעיל ה"ש 205, בעמ' 159-162.

209 סעיף 52(ב)(1) לחוק העונשין.

210 רבין וואקי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1665-1666.

3. הרתעה באמצעים לא פליליים: אכיפה מנהלית

אמצעי נוסף היוצר הרתעה ואינו כפוף למגבלה גמולנית טמון באכיפה המנהלית. בדין הישראלי פזורות הוראות רבות הקובעות סנקציות מנהליות להפרת הדין.²¹¹ הדוגמה הבולטת ביותר בעברות כלכליות היא בעברות ניירות ערך. בדברי ההסבר להצעת חוק ייעול הליכי האכיפה ברשות לניירות ערך (תיקוני חקיקה), התשע"א-2011, שמכוחו הוקם מנגנון מנהלי להפרות חוק ניירות ערך, נאמר כי כלי זה נועד לייעל את האכיפה עקב הסרבול והקושי בהליך הפלילי, מגבלותיו, הדרישה להוכחת מחשבה פלילית, עלויות ההתדיינות במסלול הפלילי והמגבלות של גופי האכיפה בכל הנוגע לאמצעים ולכוח אדם.²¹² אכן, הפרוצדורה המקלה יחסית בהליכים המנהליים בהשוואה לדין הפלילי, והרף הראייתי המופחת, קיצרו את הזמן להשלמת בירורן של הפרות מנהליות, והביאו להכפלת התיקים הנחקרים בכל שנה (פליליים ומנהליים).²¹³

במבט ראשון, עשויים ההליכים המנהליים להיראות פתרון הולם לאנומליית הצווארון הלבן. כבר עמדנו על חשיבותו ההרתעתית של רכיב "סיכויי התפיסה" בתחלת הענישה. להגמשת סדרי הדין, להקלת דרישות ההוכחה ולהגדלת מספר התיקים הנפתחים יש משמעות לא מבוטלת בהיבט זה. בה בעת, היעדר הדרישה להוכחת מחשבה פלילית (אלא רק רשלנות ובחלק מהמקרים אחריות קפידה), חומרתם המתונה של העונשים (שאינם כוללים מאסר)²¹⁴ והגדרת הפלטפורמה כמנהלית (תוך שימוש במונח "הפרה" ולא במונח "עברה"), דבר שיש לו השלכות משמעותיות לגבי הקלון שהמפר נושא ולגבי הפגיעה במוניטין שלו²¹⁵ – כל אלה מטשטשים מאוד את היסוד הגמולני שביסוד האכיפה המנהלית, שבסיסו בעקרון האשם, ומקרבים את הסנקציות המנהליות למודל אזרחי. כוחו המוחלש של יסוד האשם מקבל ביטוי מיוחד בהיעדר דרישה להודאה מצד מפר החותם על הסדר מנהלי עם רשות ניירות ערך, דבר שעלול להפוך הליכים אלה ללא יותר מאשר חלק מסיכונים ועלויותיה של כל עסקה מסחרית, ואף זכה לביקורת מצד ועדת האכיפה המנהלית.²¹⁶

- 211 ראו פירוט אצל רון שפירא "מאכיפה פלילית לאכיפה מנהלית" הסנגור 205, 4-5 (2014).
- 212 דברי ההסבר להצעת חוק ייעול הליכי האכיפה בניירות ערך (תיקוני חקיקה), התש"ע-2010.
- 213 צבי גבאי אכיפה מנהלית בדיני ני"ע 9-18 (2012) (להלן: גבאי); תומר גנון "האחראית לאכיפה המנהלית בני"ע": בענישת המפר מתחשבים גם במצבו הכלכלי" כלכליסט (28.1.2015), www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3651006,00.html; אילנה מודעי "כיפת ברזל של רשות ני"ע" עורך הדין 72 (ינואר 2013) (להלן: מודעי).
- 214 הוועדה המנהלית מוסמכת להטיל קנסות של עד חמישה מיליון ש"ח על תאגידים ועד מיליון ש"ח על יחידים, להטיל פיצוי לטובת נפגעי הפרה, לדרוש נקיטת פעולות לתיקון הפרה ולמניעת הישנותה, לאסור כהונה בגופים מסוימים, להתלות רישיון ולהטיל ענישה על תנאי.
- 215 כפי שציינה מודעי, מנהלת מחלקת אכיפה מנהלית ברשות ני"ע, "הקביעה כי אדם מסוים הפר הוראות מנהליות של חוק ני"ע איננה נושאת אות קלון ופגיעה במוניטין המתלווים להרשעה פלילית", לעיל ה"ש 213; ראו גם גבאי, לעיל ה"ש 213, בעמ' 17.
- 216 תיק אכיפה 1/12 רנ"ע נ' מבטח שמיר החזקות בע"מ, פורסם באתר רשות ניירות ערך, 19.2.2012 www.isa.gov.il/%D7%97%D7%A7%D7%99%D7%A7%D7%94%20%D7%95%D7%90%D7%9B%D7%99%D7%A4%D7%94/Enforcement/Admin_Enforcement/4562/4737/Documents/IsaFile_6550.pdf

ברם, ספק אם הליך זה יכול לשמש פתרון לעברות צווארון לבן חמורות. ודוק: אי אפשר לנתק את מאפייני האכיפה המנהלית מאופי ההפרות המובאות בהליכים המנהליים. בהתאם למדיניות הרשמית של רשות ניירות ערך, אחד הקריטריונים המרכזיים לניתוב תיק לאכיפה מנהלית הוא חומרת ההפרה. הפרות שיובאו לכחינה מנהלית הן הפרות קלות יחסית, שהנזק הנגרם בעטיין נמוך ורמת התרמית שבהן נמוכה אף היא,²¹⁷ עד שחלק גדול מהן כלל לא טופל עובר לכניסת האכיפה המנהלית לתוקף.²¹⁸ אין מדובר בנתון צדדי. קלותן היחסית של ההפרות היא שעומדת בבסיס נטל ההוכחה המקל – איי-הכפיות לדיני הראיות, הימנעות משמיעת עדויות בעל-פה וכיוצא באלה. אפילו יש בסנקציה המנהלית כדי להרתיע, הרחבת המענה הגמולני גם בעברות חמורות יותר, לאכיפה מנהלית – שהיא כלכלית בעיקרה והקלון המודבק בעטיה מצומצם – היא בכחינת החלפת בעיה אחת (היעדר הרתעה מספקת) בבעיה אחרת (היעדר גמול מספק).

זאת ועוד: מתן טיפול מנהלי למעשים החורגים מהפרות קלות עלול להיות בעייתי גם במישור ההרתעה. כאמור, אף שאין לומר שכל עברייני הצווארון הלבן מתאפיינים ביכולת כלכלית גבוהה, לא אחת מדובר במי שהפרוטה מצויה בכיסם. כפועל יוצא, הנזק השולי שנגרם להם עקב סנקציות כלכליות בלבד הוא מוגבל יחסית – אף אם הקנס גבוה – וספק אם די בו כדי להרתיע. בפועל, כמו בנוגע לקנסות פליליים, גם הסנקציות שוועדת האכיפה המנהלית מטילה הן לא פעם מתונות בהשוואה לטובת ההנאה מההפרה או לנזק שנגרם, ולכן ממילא יש ספק – במיוחד בהתחשב בסיכויי התפיסה – בדבר כוחן להרתיע במקרים חמורים.²¹⁹ בצד זה, שימוש באכיפה מנהלית, על מידת הקלון הפחותה שבה – לא כל שכן באין הודאה – גם בעברות חמורות, עשוי לכרסם באפקט ההרתעתי שבנחייתה מאיגרא רמה לבירא עמיקתא שעליו עמדנו לעיל.

לכסוף, ייתכן שאפשר היה להשתמש בדין המנהלי כאמצעי משלים לדין הפלילי, תוך השלמת החלק ההרתעתי השיורי החורג מהרף העליון הגמולני באמצעות סנקציה מנהלית. ברם, עיצוב הדין המנהלי המרכזי בישראל, בתחום ניירות ערך, נעשה מתוך תפיסה של הפרדה בין שתי מערכות הדינים ומתוך הבחנה ברורה יחסית בין הליך אכיפה מנהלי להליך פלילי. על רקע זה נקבע בסעיף 52 לחוק ניירות ערך כי חשוד שהועמד לדין פלילי לא יועמד בו-זמנית לדין מנהלי, אלא אם "יו"ר הרשות, בהתייעצות עם פרקליט מחוז, שוכנע,

217 תפ (ת"א) 8256-05-11 מ"י נ' קדץ, פס' 97 (פורסם בנבו, 5.7.2012); אמות-מידה לניתוב חקירה פלילית/הליך אכיפה מנהלי, ב-www.isa.gov.il/חקיקה/20ואכיפה/Enforcement/Admin_Enforcement/4564/Documents/IsaFile_6948.pdf

218 גבאי, לעיל ה"ש 213, בעמ' 13.

219 ראו, למשל, ת"מ 6/16 יו"ר רנ"ע נ' חכים (פורסם באתר רשות ניירות ערך, 14.7.2016) [www.isa.gov.il/%D7%97%D7%A7%D7%99%D7%A7%D7%94%20%D7%95%D7%90%D7%9B%D7%99%D7%A4%D7%94/Enforcement/Admin_Enforcement/4562/HESDSERHAKIM/Documents/14072016_16.pdf](http://www.isa.gov.il/%D7%97%D7%A7%D7%99%D7%A7%D7%94%20%D7%95%D7%90%D7%9B%D7%99%D7%A4%D7%94/Enforcement/Admin_Enforcement/4562/Enforcement/Admin_Enforcement/4562/HESDSERHAKIM/Documents/14072016_16.pdf); ת"מ 4/15 יו"ר רנ"ע נ' ברק (פורסם באתר רשות ניירות ערך, 14.2.2016) www.isa.gov.il/%D7%97%D7%A7%D7%99%D7%A7%D7%94%20%D7%95%D7%90%D7%9B%D7%99%D7%A4%D7%94/Enforcement/Admin_Enforcement/4562/HESDERBARAK/Documents/HAHLATA.pdf

בהחלטה מנומקת בכתב, כי מתקיימות נסיבות מיוחדות לפתיחת הליך מנהלי בנסיבות כאמור". גם במקרים החריגים שבהם יועמד חשוד לדין מנהלי בצד העמדתו לדין פלילי, יוגבל אמצעי האכיפה שיוטל עליו לאיסור כהונה במשרה בכירה בגוף מפקח או ביטול או התליה של רישיון או היתר – אמצעים שנחשבים מניעתיים ולא עונשיים.²²⁰ נוכח הוראה זו, הוראה העמדה בריזמנית לדין פלילי ולדין מנהלי משום סיכון כפול,²²¹ אין להשתמש בדין המנהלי כאמצעי משלים הרתעתי לדין הפלילי.²²²

4. התייחסות לעבריינות הצווארון הלבן כקטגוריה נפרדת

כאמור, ההנחה מאחורי תיקון 113 הייתה שנדרשת מדיניות זהה לכל סוגי העברות, ושלחוציא עברות של קטינים, אין להפעיל מודלים שונים של ענישה כלפי עבריינים שונים. לפי גישה זו, ההבדל בין סוגי העברות וסוגי המבצעים צריך להתבטא בהבדלים בתוך מודל הענישה עצמו. כאמור, המודל שנבחר בתיקון 113 תואם במידה רבה את מודל הגמולנות המגבילה, המציב רף עליון ותחתון גמולניים שכללל אין לסטות מהם, ומאפשר תנועה ביניהם על יסוד שיקולים תועלתניים ושיקולים אישיים. לפי מודל זה, הגמול הוא השיקול המוביל, אחריו השיקום, ההרחקה – שלישיית וההרתעה בתחתית הרשימה.

אלא שכמפורט לעיל, מודל זה טומן בחובו קשיים כשהוא נתקל בעבריינות צווארון לבן ומיושם לגביה. קשיים אלה נובעים מההבדלים שבין יחסי הכוחות הפנימיים בקרב שיקולי הענישה בעבריינות הכלכלית לבין אלה שנבחרו בתיקון 113. כבר עמדנו על הבעייתיות הכרוכה במשקל הנמוך שניתן לשיקול ההרתעתי ועל הקושי במניעת עברות כלכליות באין יכולת לחרוג מהרף העליון הגמולני. הפחתת משקלה של ההרתעה בתיקון 113 עשויה, אם־כן, להביא להקלה בעונש בהשוואה לזו הנדרש לשם הרתעת הרבים.

קושי אחר נוגע לשיקול השיקומי. כאמור, תיקון 113 מאפשר חריגה ממתחם העונש ההולם אם בית המשפט מצא כי "הנאשם השתקם" או כי "יש סיכוי של ממש שישתקם". האפשרות הבלתי־מגובלת לחרוג מהמתחם מטעמי שיקום (שיקול שקרנו דווקא ירדה בעשורים שקדמו לקבלת התיקון), עד כדי העדפתו במצבים מסוימים על פני הלימה, שימשה במידה רבה גורם מאזן אל מול החשש מהחמרת הענישה בעקבות חיזוק השיקול הגמולני, ואל מול

220 גבאי, לעיל ה"ש 213, בעמ' 388-408.

221 לדיון בטענת הסיכון הכפול בנוגע ליחס שבין סנקציות פליליות לסנקציות שאינן כאלה, ראו קנת מן "סנקציות אורחיות־פליליות" עיוני משפט טז(2) 243, 259-260 (1991).

222 בשונה מהמנגנון הישראלי, המנגנון המנהלי בארצות־הברית אינו מונע החלה בריזמנית של הדין הפלילי והדין המנהלי. עם זאת, בחלק מההיבטים, התנאים לתחולת הדין הפלילי נוקשים יותר מאשר בדין הישראלי. כך, למשל, גדר המקרים החוסה בצל העברה של שימוש במידע־פנים בדרך של קבלתו מאיש פנים בדין האמריקני מצומצם בהרבה מאשר בישראל, ומנגד – היקף סמכויות האכיפה של רשות ניירות ערך הישראלית צר מזה של SEC. כך, למשל, בדין האמריקני יש דרישה ליסוד נפשי של כוונה ולהפקת טובה הנאה אישית כדי לבסס עברה של שימוש במידע פנים – דרישות הנעדרות מהעברה הקבועה בדין הישראלי. ראו סעיף 32 ל־Securities Exchange Act (1932); ראו גם 17 C.F.R. §240.10b-5 וכן United States v. O'Hagan, 521 F.3d 17 (2017); United States v. Newman 773 F.3d 438 (2d Cir. 2014); U.S. 642 (1997).

החלשת משקלם של השיקולים האישיים המביאים לרוב להפחתה בעונש.²²³ אולם, מידת התאמתו של השיקום לעברייני הצווארון הלבן – שבמקרים רבים אינם רצידיביסטים, אינם מבצעים עברות בשל אימוץ אורח חיים עברייני, בשל חסך אישי או בשל התמכרות, אינם לוקים בחוסר ידע ובמקרים רבים עובדים²²⁴ – נראית על פניה מוגבלת. כפי שציין בעניין זה קרואל (Croall):

Rehabilitation has been a major goal of sentencing for conventional offenders, although its effectiveness has been questioned. It has, however, not been generally regarded as appropriate for white collar offenders, who have [...] not been considered to suffer from the kinds of individual or social problems at which rehabilitative policies have been addressed. White Collar offenders, who have not been as being in need of help and advice or as amenable to strategies aiming to change their motivations.²²⁵

בפסיקה הישראלית, בעיקר בבית המשפט הכלכלי, הובעה עמדה דומה:

אמנם מצבו האישי של הנאשם דורש "שיקום" – בריאותית, נפשית משפחתית וכלכלית; אולם כמדריניות משפטיות, בעבירות מהסוג בו הורשע הנאשם – עבירות שמטבען מבוצעות על ידי אזרחים נורמטיביים שהגיעו לעמדות השפעה, וניצלו אותה על מנת לשלוח ידם ברכושם של אחרים – אין מקום לחרוג ממתחם העונש, רק משום שלאחר שנתפסו שבו לחיות חיים "נורמטיביים".²²⁶

אכן, אם משמעות השיקום היא "ריפוי" העברייני מנטייותיו הפליליות ("curing" an offender [...] of his criminal tendencies)²²⁷, אזי ברור מדוע עברייני צווארון לבן, המבצע עברה מתוך החלטה רציונלית נקודתית להפיק רווח, אינו מועמד מתאים לתהליך כזה.

223 מקרב 11 הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העברה המנויות בסעיף 40א, רק אחת – קיומו או היעדרו של עבר פלילי – היא בעלת פוטנציאל ממשי להחמרת העונש. אמנם, אי-התקיימותן של יתר הנסיבות (למשל: פגיעת העונש בנאשם או במשפחתו, תרומת הנאשם לחברה או נסיבות חיים קשות) לא תביא להקלה בעונש, אך לרוב גם לא תגרור החמרה בו.

224 גולדנברג ואביעד, לעיל ה"ש 205, בעמ' 716-717, ובמיוחד עמ' 716 למאמרן, הדין בשיקום מוסרי.

225 לעיל ה"ש 68, בעמ' 134.

226 ת"פ (ת"א) 11-10-23192 מ"י נ' נתנאל (פורסם בנבו, 19.5.2013), שאושר גם בבית המשפט העליון בע"פ 4430/13 נתנאל נ' מ"י (פורסם בנבו, 31.3.2014). במקום אחר ציין בית המשפט: "לא נראה לי כי יש לדבר על 'שיקום' במקרה בו מוסכם שמדובר בנאשם שזוהי לו חריגה בודדת מדפוס חייו הנורמטיבי", ת"פ (ת"א) 11-01-10985 מ"י נ' בן ישראל, פס' 32 (פורסם בנבו, 30.7.2012). ראו גם, בהקשר אחר, דברי השופט הנדל בע"פ 695/16 פלוני נ' מ"י (פורסם בנבו, 30.4.2016), כי "הדבר לא ייחשב כתגלית אם יצוין כי יש עבירות ונסיבות שמתאים יותר לתת בגינן משקל רב לשיקול השיקום, ויש כאלה שמתאים בהן פחות". חרף כך, במקרים מסוימים היה בית המשפט נכון להתחשב בשיקולי שיקום גם לגבי עברייני הצווארון הלבן, אף אם במידה מוגבלת. ראו, למשל, עניין קליינר, לעיל ה"ש 115.

227 Andrew von Hirsch, *Rehabilitation, in* PRINCIPLED SENTENCING, לעיל ה"ש 20, בעמ' 1.

לחיזוק משקלו של השיקול השיקומי בתיקון 113, לאחר שנים שבהן הועם זוהרו עד כדי הפיכתו לשיקול השני בחשיבותו, יש, אם כן, נפקות מוגבלת לעברייני הצווארון הלבן.²²⁸ דוגמה שלישית לפרופורציות השונות בין שיקולי ענישה בעברות הצווארון הלבן לאלה שביתר העברות נוגעת למשקל שניתן לשיקולים האישיים ככלל ולעבר פלילי בפרט. בפסקי הדין העוסקים בעבריינות כלכלית נהוג לומר שהשיקולים האישיים ניגפים מפני שיקולי הרתעה. ספציפית, נהוג להמעיט ממשקלו של היעדר עבר פלילי לגבי עברייני צווארון לבן.²²⁹ כך, למשל, ציין בית המשפט הכלכלי כי "לנסיבות לקולה [...] יש לייחס משקל מתון בלבד, וזאת לאור העובדה שעברייני נירות ערך הם, כמעט תמיד, אזרחים נורמטיביים הנטולים עבר פלילי".²³⁰ במקרים אחרים הרחיק בית המשפט הכלכלי לכת אף יותר, וראה באופי הנורמטיבי של עברייני הצווארון הלבן, לרבות בהיעדר עבר פלילי, מעין שיקול מחמיר: "הנאשם אמנם נטול עבר פלילי, וסביר כי לא ישוב לבצע את העבירות בהן הורשע, אולם עבירות כלכליות מבוצעות כמעט תמיד על ידי אנשים 'נורמטיביים', ולכן, אין בכך כדי להביא להקלה בענישה הראויה בעניינם, אלא להיפך".²³¹

נימוק זה מחדד את הקושי שבכריכת עברות צווארון לבן עם יתר העברות. אכן, ככל שהעברות הכלכליות הן יחידה נפרדת שמשמשת קבוצת התייחסות בעבור עצמה, אפשר להצדיק את המשקל המופחת הניתן לכך שחלקם הגדול של עברייני הצווארון הלבן אינם רצידיביסטים, שכן שיקול זה אינו משמש להבחנה בין המקרים ואינו מצדיק הקלה בעונש בהשוואה למקרה הטיפוסי. ואולם, ככל שענישת עברייני הצווארון הלבן היא רק דוגמה אחת מתוך כלל העברות שבספר החוקים – המשמשות כולן, כל אחת בעבור רעותה, מקור התייחסות ואמת-מידה – הרי שאלא אם היעדרו של עבר פלילי כבר הובא בחשבון בקביעת רמת הענישה הקבועה בחוק לעברות צווארון לבן, לא ניתן להצדיק אימתן ביטוי עונשי להיעדר עבר פלילי, לא כל שכן לראות בכך משום שיקול מחמיר. הדברים מקבלים משנה-תוקף בשים לב לכך שנהוג לטעון כי עבר פלילי אינו משמש יסוד מחמיר, אלא כי היעדרו

228 בשונה מעברייני צווארון לבן "אנושיים", יש הסוברים שאפשר להשיג שיקום באמצעות ענישה כשמדובר בחברות העומדות לדין. כך, למשל, נטען כי לעומת הקושי לשנות את האופי האנושי, ניתן לשנות נורמות עברייניות של ארגון, למשל באמצעות שינוי בפרוצדורות ובכללים החלים בו וביצירת תכניות להחלתן, ובעיקר באמצעות יצירת גופי פיקוח ורגולציה פנים-ארגוניים שיבטיחו תרבות ארגונית ראויה. ראו GARY SLAPPER AND STEVE TOMBS, CORPORATE CRIME (1999); JOHN BRAITHWAITE, CORPORATE CRIME IN THE PHARMACEUTICAL INDUSTRY (1984); קרואל, לעיל ה"ש 68, בעמ' 135.

229 ראו, למשל, רע"פ 4233/16 מור נ' מ"י (פורסם בנבו, 4.7.2016); רע"פ 2259/16 חנוכייב נ' מ"י (פורסם בנבו, 2.5.2016); רע"פ 4584/15 משארה נ' מ"י (פורסם בנבו, 6.7.2015); רע"פ 6371/14 באסם נ' מ"י (פורסם בנבו, 28.10.2014). עמדה דומה הובעה גם בשיטות משפט אחרות, למשל בשיטת המשפט האוסטרלית; ראו R v. Swift (2007) 15 VR 497 R; v. Coukouils (2003) 7 VR 45, 59-60; McMahon v The Queen, NSWCCA 147 [2011]; לביקורת ראו בגאריק ואלכסנדר, לעיל ה"ש 84, בעמ' 344-343.

230 תפ (ת"א) 37235-12-11 מ"י נ' רבין, פס' 41 (פורסם בנבו, 29.1.2014) (להלן: פרשת אבוג'ן).

231 עניין חגאשי, לעיל ה"ש 84, בפס' 25 (ההדגשה הוספה).

משמש יסוד מקל.²³² אמנם, המשקל הניתן להיעדר עבר פלילי פחת בעקבות תיקון 113, ובדומה להרתעה, כל שבכוהו הוא לאפשר תנועה בתוך מתחם הענישה. עם זאת, בפועל גם לאחר התיקון מביא היעדר עבר פלילי לא אחת להקלה ניכרת בענישה.²³³ דוגמה אחרונה לייחוד של עבריינות הצווארון הלבן נוגעת לשיקול של הרחקה מהחברה. ככלל, בהתחשב במאפייני העבריינות הכלכלית, לרבות אופייה הרציונלי וטבעה נעדר האלימות, עברייני הצווארון הלבן אינם נחשבים לבעלי מסוכנות גבוהה המצדיקה כשלעצמה להרחיקם. אינדיקציה לכך מצויה, למשל, בכך שהעברות הכלכליות אינן מקימות חזקת מסוכנות סטטוטורית, ובכך שמספר החשודים בעברות אלה המוחזקים במעצר בתקופת משפטם הוא נמוך למדי.²³⁴ על רקע זה נראה כי ככל שמדובר בקביעת מתחמי מאסר וקנס, ספק אם שיקול זה – שהוא כאמור שלישי במדרג השיקולים בתיקון 113 – הוא בעל רלוונטיות מובהקת לעבריינות כלכלית. עם זאת, הוא עשוי להיות רלוונטי אם ייושם באמצעים שאינם נמנים עם דרכי הענישה המרכזיות, ובראשם איסור עיסוק במקצוע מורשה או מניעת כהונה בתפקידים בכירים. הרלוונטיות של אמצעים אלה בולטת במיוחד בשל התפיסה שהזכרה לעיל, המבקשת להסביר את עבריינות הצווארון הלבן בקיומה של הזדמנות לבצעה, הנגזרת משילוב שבין עברייני בעל מוטיבציה, מטרה מתאימה והיעדר שמירה ופיקוח.²³⁵ הרחקת העברייני מהרכיבים הסביבתיים היוצרים הזדמנות – ויהיה זה בית ההשקעות שבו מעל בכספים או רישיון עורך־הדין ששימש אותו לעברות – עשויה לספק נדבך חשוב במניעת עבריינות עתידית.²³⁶

מערך השיקולים הטיפוסי המאפיין את עבריינות הצווארון הלבן, והיחס בין שיקולים אלה, שונים, אפוא, מאלה שביתר העברות, כפי שהדבר הוגדר בתיקון 113. לפיכך, לגישתנו יש לשקול מסגרת חקיקתית שתאפשר בחינה נפרדת של עבריינות זו – שלא כחלק ממערך העברות הכולל אלא כמודל ייחודי (*sui generis*), שהיחס בין שיקולי הענישה בו, והמשקל של כל שיקול, אינם תואמים את אלה שבתיקון 113, ושהעברות הכלולות בו משמשות נקודת התייחסות ואמת־מידה זו לזו, לא בהכרח מתוך התכתבות עם העברות שמחוץ למודל.²³⁷

232 טיעון זה מבקש להשיב על ביקורת שעלתה נגד התחשבות בעבר פלילי, בטענה שמדובר בענישה בגין העברייני ולא בגין העברה, ובענישה חוזרת בגין מעשה שכבר נעשה. ראו דיון אצל Mirko Bagaric, *Double Punishment and Punishing Character: The Unfairness of Prior Convictions*, 19(1) CRIMINAL JUSTICE ETHICS 10 (2000).

233 ראו, למשל, ע"פ 2557/13 לזר נ' מ"י (פורסם בנבו, 3.9.2013), שם נומקה הפחתה בעונש בגין שוד, בין היתר בהיעדר עבר פלילי; עפ"ג (י-ם) 24934-09-15 כראעין נ' מ"י (פורסם בנבו, 16.2.2016), שם הופחת עונשו של נאשם בעברות אלימות, בין היתר על יסוד עברו הנקי.

234 סעיף 21(א)(1) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996; קרואל, לעיל ה"ש 68, בעמ' 135.

235 בנסון וסימפסון, לעיל ה"ש 56, בעמ' 195.

236 אמצעים אלה מופיעים גם היום בעברות ניירות ערך, כחלק מאמצעי האכיפה המנהליים. ראו סעיפים 52-55 נז לחוק ניירות ערך.

237 האפשרות ליצור איזון שונה בין שיקולי הענישה השונים בעברות כלכליות מופיעה בכמה דברי חקיקה. כך, למשל, בהנחיות הענישה הפדרליות בארצות־הברית נאמר בנוגע לעברות מס כי: "Because of the limited number of criminal tax prosecutions relative to the estimated

נדגיש שבצד חיזוק ההרתעה, איננו מבקשים לזנוח את השיקול הגמולני. מודל המשתית עצמו רק על שיקולי תועלת עלול לגרור תוצאות בלתי צודקות, בין בשל הרשעת חפים מפשע או בשל אכיפה סלקטיבית מוכתבת מראש. ממילא ניתן להטיל ספק אם קיים ערך מוסף הרתעתי במודל כזה, המשדר תחושה של שרירותיות. תחת זאת אנו מבקשים להכיר בכך שהשיקולים שעמדו ביסוד דחיקת ההרתעה בתיקון 113 אינם בהכרח יפים לעברייני צווארון לבן, וכי לשם התמודדות אפקטיבית עם תופעה זו יש לאמץ גישה שונה.

נזכיר שכבר עתה קיימת מחלקה כלכלית המתמחה בעברות ניירות ערך במסגרת בית המשפט המחוזי בתל-אביב. אמנם הטעמים שעמדו ביסוד הקמתה, ובראשם הגברת היעילות ושיפור במומחיות השופטים,²³⁸ שונים מאלה שעליהם עמדנו, אך הדבר מספק פלטפורמה לקליטת מודל ייחודי רחב יותר.

החלת מודל ענישתי נפרד על קבוצה עבריינית נבדלת אינה עניין כה חריג; דוגמה מובהקת לכך, שלגביה מלכתחילה לא הוחל תיקון 113, היא, כאמור, עבריינות הנוער.

קיימם שלושה טעמים עיקריים שעל בסיסם מוסברת מדיניות הענישה הנפרדת כלפי קטינים: (1) נטייתו המוגברת של הקטין להתנהגות פזיזה, לא אחראית ולא בוגרת, המתאפיינת בבחינת גבולות, הופכת את מעשיו לחמורים פחות משל בגיר;²³⁹ (2) השפעת העונש על הקטין גדולה מהשפעתו על הבגיר, דבר המצדיק הקלה בעונשו מטעמי הגינות ושוויון;²⁴⁰ (3) מעמדו המיוחד של השיקום בעבריינות נוער, עד כדי הפיכתו לשיקול המרכזי שבעטיו מוטל העונש.²⁴¹ יצוין שבשל טיבו המלאכותי-משהו של קו הגבול המפריד בין קטינות לבגרות, ובשל תקפותם של חלק מהשיקולים גם עבור מי שחצו את גיל 18,²⁴² הנהיגה

incidence of such violations, deterring others from violating the tax laws is a primary consideration underlying these guidelines .USSG §2T1.1. ראו

238 הצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 59) (סמכות בעניינים כלכליים), התש"ע-2010, הצ"ח 484, 358 (2010).

239 Matti Marttunen, *Juvenile Criminal Justice: Comparative and Criminal Policy Perspective on Sanctioning Juveniles*, NATIONAL RESEARCH INSTITUTE OF LEGAL POLICY 236, 451, 455 (2008); Roper v. Simmons 543 U.S. 551, 125 S. Ct. 1183 (2005); Thompson v. Oklahoma, 487 U.S. 815, 835, 101 L. Ed. 2d 702, 108 S. Ct. 2687; A. Haider, *Roper v. Simmons: The role of the science brief*, OHIO STATE JOURNAL OF CRIMINAL LAW 3, 369-377 (2005); ע"פ 5048/09 פלוני נ' מ"י פ"ד סד' (1) 1, פס' 5 (2013); לרנאו, לעיל ה"ש 46, בעמ' 109-111.

240 Graham v. Florida, 560 U.S. (2010); ע"פ 5048/09 לעיל ה"ש 238, שם.

241 ע"פ 5048/09, לעיל ה"ש 238, שם.

242 התפיסה המקובלת היא שהמניעים לכיצוע עברות אצל קבוצת ה"בגירים צעירים", ובכלל זה לחץ חברתי והתחברות לקבוצות עברייניות (Lawrence Steinberg, Cognitive and Affective Development in Adolescence 9(2) Trends in Cognitive Sciences (2005) 69-73), המשבשים את שיקול הרעת והשליטה ביצרים ומביאים לנטילת סיכונים והתנהלות פזיזה וקלת דעת (אבלין קרונה, המוח בגיל ההתגברות) (קרלה פרלשטיין תרגמה, M. Beckman, *Crime, Culpability and the adolescent brain*, SCIENCE, 305, 596- (2013) 599 (2004); A.S. Burke, *Under Construction: Brain Formation, Culpability and the Criminal Justice System* INTERNATIONAL JOURNAL OF LAW AND PSYCHIATRY, 34(6), 381-385

הפסיקה מדיניות ענישה ייחודית גם לבני 18-25, המכונים "בגירים צעירים",²⁴³ אף אם לא במסגרת נבדלת.

ניתן למצוא נקודות דמיון רבות בין שיקולים אלה לבין עבריינות הצווארון הלבן. כמו בעבריינות נוער, הסיבות לכיצוע עברות צווארון לבן שונות פעמים רבות מאלה של עברייני הצווארון הכחול;²⁴⁴ כמו עברייני נוער, גם עברייני צווארון לבן עלולים לספוג פגיעה בלתי-הפיכה בעתידם עקב מעורבותם בפלילים; וכמו עברייני נוער, גם לגבי עברייני צווארון לבן שיקול ענישתי שונה מאצל יתר העבריינים הוא הדומיננטי בענישתם. אין זה מקרה, אפוא, שלשתי הקבוצות הוקם טריבוטל ייחודי שלשופטיו התמחות ספציפית בהליכים משפטיים של חברי כל קבוצה. למותר לציין שההבדלים בין מאפייניהן הפרטניים של שתי הקבוצות רחבים מאוד. די אם נזכיר את המניעים הרציונליים של האחת לעומת דחפיה הקשים לריסון של האחרת, ואת מעמד השיקום בכל אחת מהן. ברם, איננו מבקשים להשוות בין התכונות הטיפוסיות של חברי כל קבוצה; כל רצוננו הוא לטעון שחלק ניכר מהטעמים העקרוניים המצדיקים את ייחוד האחת, ובראשם מערך היחסים יוצא הדופן בין שיקולי הענישה, עשוי להצדיק גם את ייחוד האחרת.

דוגמה שנייה, גם אם שונה מאוד בנקודת המוצא שלה ובמסקנותיה הקונקרטיות, היא זו של **בתי משפט לפתרון בעיות**. בתי משפט אלה, שהתפתחו בעשורים האחרונים בארצות-הברית ובמדינות המשפט המקובל, לרבות בישראל, מבקשים לטפל במניע לפשיעה ובסיבות לה, תוך גמישות והתאמה של ההליך לבעיות שעמן הוא נועד להתמודד. קטגוריה זו כוללת בתי משפט לסמים, בתי משפט לאלימות במשפחה, בתי משפט לטיפול בעברות של חולי נפש ובתי משפט קהילתיים – כולם מובלים לפי מודל תועלתני של מניעת פשיעה. בתי משפט אלה נשענים על ידע ומומחיות ייחודיים במטרה למצוא פתרון לבעיה שגרמה לפשיעה לפי מאפייניה הפרטניים.²⁴⁵

כאמור, התפיסה מאחורי בתי המשפט לפתרון בעיות מתמקדת בשיקום העברייני, אשר נעשה תוך שיתוף פעולה עם הקהילה ועם גורמי הרווחה, כדי למנף את ההליך הפלילי לטיפול שורשי בבעיות המביאות לפשיעה. במובן זה קיים הבדל מהותי בין מודל זה למודל המוצע לעברייני צווארון לבן, שבמקרה הפרדיגמטי העבירה שביצעו אינה תוצאה של

(2011) דומים למניעים אצל קטינים. ההתייחסות הייחודית נומקה גם בנוק הפסיכולוגי המוגבר הכרוך בעונש המאסר לבגירים צעירים תוך קיבוע דפוסים קוגניטיביים פסולים (KRISTY N.) MATSUDA, THE IMPACT OF INCARCERATION ON YOUNG OFFENDERS (2009, www.ncjrs. PRISON REFORM TRUST, *Old Enough to*; gov/pdffiles1/nij/grants/227403.pdf) *Know Better? A Briefing on Young Adults in the Criminal Justice System in England & Wales* (2012, www.prisonreformtrust.org.uk/Portals/0/Documents/OldEnoughToKnowBetter.pdf); טעם נוסף להתייחסות הייחודית לקבוצה זו הוא המעמד הייחודי של השיקום לגביה; ראו ע"פ 8480/12 בלצאו נ' מ"י (פורסם בנבו, 29.11.2012); כש"פ 2403/13 פרי נ' מ"י (פורסם בנבו, 8.4.2013).

243 ע"פ 7781/12 פלוני נגד מ"י, פס' 39 (פורסם בנבו, 25.6.2013).

244 אף שהטעמים לעבריינות הנוער אינם רצוניים, למצער בחלקם; בעוד הטעמים לעברות צווארון לבן הם בעלי אופי ווולונטרי.

245 דוח ועדת דורנר, לעיל ה"ש 172, בעמ' 36.

הסביבה שבה חיו, ואינה משקפת דפוסים עברייניים. עם זאת, תפיסה זו חולקת עם המודל המוצע את ההנחה שעבריינות אינה עשויה מקשה אחת, ושיש להתאים את דרכי הענישה למאפיינים הקונקרטיים של העבריינות הנוגעת לעניין.

דוגמה שלישית להתנהלות ייחודית הנוגעת לענף ספציפי של עברות – הפעם בהתייחס לקרבן העברה ולשאלות של ראיות וסדרי דין – נוגע לעברות מין. עיון בפסקי דין העוסקים בעברות מין מצביע על גישה מובחנת של הפסיקה בהערכת עריות של מתלוננות בעברות מין. בין היתר, נוטה הפסיקה שלא להחמיר עם מתלוננות שכבשו את עדותן לאורך זמן; לתת משקל מועט לסתירות בגרסאותיהן או לחוסר עקביות; ולא לשפוט לכף חובה התנהגות בלתי־רציונלית, לרבות יצירת קשר עם העברייין לאחר העברות. אף בחקיקה יש הבחנה מסוימת בין קרבנות אלה לקרבנות אחרים. כך, למשל, תקופת ההתיישנות להגשת תלונה על עברות מין במתלונן או מתלוננת קטינים על ידי בן משפחה או אחראי עליהם, עשויה להתמשך בתנאים מסוימים עד שימלאו לקרבן 38 שנה.²⁴⁶ ברם, כפי שהודגש, גישה זו אינה משקפת מדיניות מקלה אלא הכרה במציאות החיים הנוגעת לקרבנות אלה:

אומר בכנות כי טרונייתו של בא־כוח המערער לפיה כל 'חור' בעדות המתלוננת בעבירות מין בא על פתרונו, בעוד שכל פגם בעדותו של הנאשם זוכה ליחס מחמיר לכאורה, מובנת לי. זה הרושם שעשוי להתקבל מעיון בחלק מפסקי הדין העוסקים בעבירות מין. ברם, ההלכות הנזכרות לא הגיחו לעולם בחלל ריק. הן שואבות את הצדקתן מתוך ניסיון החיים המצטבר בכל הקשור בעבירות מין והשלכותיהן על הנפגע או הנפגעת. הן נועדו להקל על בית המשפט להתאים את בחינת המהימנות למאפייניו הייחודיים של העד כנפגע עבירת מין [...] תכליתן לאפשר הערכה מדויקת יותר ושלמה של מהימנות העדים, שתאפשר ירידה אמיתית לחקר האמת – היא לבי־לבו של ההליך הפלילי. לולא האפשרות להשתמש בהן, אין לכהד כי במקרים רבים יצא אדם אשם זכאי בדינו. כמוכן זה – ובמובן זה בלבד – קיים שוני ביחסו של בית המשפט להערכת מהימנותם של הנאשם והמתלונן או המתלוננת, כאשר עסקינן בעבירות מין. ברם, השוני בגישת בית המשפט מקורו בצורך לכרר אם יכולתו של המתלונן לתת עדות מוגבלת בשל החוויה הטראומטית שעבר והחותם שהותירה עליו, ולא על מנת ליצור חוסר איזון בין הצדדים ולהעמיד את הנאשם בעמדת נחיתות מובנית.²⁴⁷

אם כן, הדרך המיוחדת שבה נבחנות הראיות בעברות מין – מתוך תפיסה שיש להתאים את הבחינה למאפיינים הטיפוסיים של קרבנות העברות – היא דוגמה נוספת למדיניות פרטנית המתאימה את עצמה לנמעניה, במקום מדיניות כוללנית הרואה בדיני הראיות ענף אחד ההולם את כל העברות בצורה זהה.

התפיסה הדורשת התאמה של מודל הענישה למאפייני העברייין, ובעיקר לטעמים שהביאוהו מלכתחילה לביצוע העברה, אינה חדשה. כך, הפרדיגמה הפוזיטיביסטית בקרימינולוגיה

246 סעיף 354 לחוק העונשין.

247 ע"פ 78810/13 פלוני נ' מ"י, פסקה 36 (פורסם בנבו, 11.5.2015); ע"פ 6643/05 מ"י נ' פלוני (פורסם בנבו, 3.7.2007); השוו ע"א 7426/14 פלונית נ' דניאל (פורסם בנבו, 14.3.2016).

גורסת שעל התגובה החברתית לעברות להתאים לסיבות שהביאו את העבריינין לבצען.²⁴⁸ הדברים מקבלים משנה־תוקף בנוגע לשיקולי הרתעה, המשתנים מאדם לאדם וגם בין קבוצות אוכלוסייה, הנבדלות ביניהן, בין היתר, לפי אמות מידה של הטעמים שעמדו ביסוד העברה, של היחס לסיכון או של אמונת הפרט לגבי מה שהוא עתיד לאבד אם ייתפס וייענש.²⁴⁹ ביטוי נוסף לתפיסה זו, גם אם נקודת המוצא שלו ומסקנתו שונים, מופיע בזרמים תאורטיים הגורסים כי המכנה המשותף בין עברות הוא מוגבל מאוד, ולכן יש למצוא דרכים מגוונות לטפל בכל תופעה, בהתבסס על מאפייניה ועל הגורמים לה.²⁵⁰

ביקורת מתבקשת בהקשר זה תטען שיצירת מסגרת ייחודית לעבריינות הצווארון הלבן, שעלולה להביא להחמרה בענישה, עולה כדי אפליה. על כך יש להשיב שמנקודת מבט הרתעתית, החמרת הענישה על עבריינין שהצורך והאפשרות להרתיע את הציבור מפניו גבוהים יותר, אינה צריכה להיחשב בלתי־שוויונית.²⁵¹ כאמור, נקיטת מדיניות ייחודית כלפי עבריינות צווארון לבן אינה בגדר החמרה עם קבוצה מסוימת על יסוד זהות המשתייכים לה, אלא התחקות אחר תופעה עבריינית והמניעים שביסודה, וניסיון להעמיד פתרון המתמודד עמם. כפי שהוסבר, עבריינות כלכלית אינה מוגדרת לפי זהות העבריינין או לפי מהות העברה אלא לפי השילוב בין השתיים, ולפי יכולתו של השילוב להסביר את מקורות התופעה באופן שיאפשר את מניעתה. אפילו תאמר שבסופו של דבר מדובר בקבוצה מובחנת, עדיין חברה הם בעלי מאפיינים המבחינים אותם משאר העבריינים ומצדיקים הבדל בגישה העונשית, בבחינת יחס שונה לשונים. מכל מקום, כלל לא בטוח שהתייחסות נפרדת לעברייני הצווארון הלבן משמעותה החמרה עמם. כך, למשל, בצד חיזוק ההרתעה (המביאה להחמרה בענישה), נחלש משקלן של ההרחקה וההגנה על הציבור (שיקולים המביאים להקלה בענישה) נוכח מאפייני העבריינות כפי שהגדרנוה. אף אם התיקון המוצע עלול להביא לעתים להחמרה עם קבוצה סוציו־אקונומית מסוימת, הרי שכפי שאמר הארט – לעתים טובת הציבור עשויה לגבור על פגיעה בשוויון,²⁵² שאינו "עיקרון־על ויש שהוא נדחה מפני שיקולים הגוברים עליו בעוצמתם".²⁵³ בענייננו, ניתן להצדיק החמרה כזו, בין היתר, בהיותה של עבריינות הצווארון הלבן "מכת מדינה"²⁵⁴ ובפגיעה המוגברת הכרוכה בכך בערך המוגן.²⁵⁵

Marvin E. Wolfgang, *The Just Deserve vs. the Medical Model*, in CONTEMPORARY 248
Masters in Criminology, 279-291 (1995); לרנאו, לעיל ה"ש 46, בעמ' 77.

FRANKLIN E. ZIMRING & GORDON J. HAWKINS, DETERRENCE: THE LEGAL THREAT IN CRIME 249
CONTROL (1976).

Louk Hulsman, *Critical Criminology and the Concept of Crime*, CRIME, LAW והשוו 250
& SOCIAL CHANGE 10(1) 63, 74 (1986); W. De Haan, *Abolitionism and Crime Control*,
in CRIMINOLOGICAL PERSPECTIVES: ESSENTIAL READING 381, (Eugene McLaughlin, John
Muncie & Gordon Hughes eds. 2nd ed. 2005)

קנאי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 85.

H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW, 161 (1961) 252

בש"פ 7686/03 רפייב נ' מ"י, פ"ד לז(6) 753 (2003); בש"פ 5540/08 מרון נ' מ"י (פורסם
בנבו, 9.7.2008).

ראו מדד השחיתות העולמי, לעיל ה"ש 10.

רבין וואקי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1534-1533.

טענה אחרת שעשויה לעלות בהקשר זה היא שחזיון ההרתעה הכללית היא בעייתית מבחינת שיקולי צדק, בשל השימוש בנאשם ככלי להגשמת מטרות החורגות ממנו עצמו. במשך השנים הוצעו תשובות אפשריות לקושי זה. בין היתר נטען שאפשר לייחס לעברייני רציונלי (דוגמת עברייני צווארון לבן הטיפוסי) הסכמה, ולו קונסטרוקטיבית, לכללי השיטה המשפטית שבה הוא פועל, ובכללם לרמות הענישה החלות בה.²⁵⁶ לפי טענה אחרת, אי-המוסריות (ככל שקיימת) שבענישת עברייני לשם הרתעת הרבים אינה שונה מאי-המוסריות שבאי-מניעת העברה, כשאפשר לעשות זאת באמצעים עונשיים. לפי טענה זו, במסגרת חובתה לדאוג לביטחון הפרטים החיים בה בהתאם לאמנה החברתית, מוטלת על המדינה חובה להשתמש באמצעים שבידה למניעת עברות.²⁵⁷ טענה שלישית ביקשה להצדיק את ההתמקדות בגישה התועלתנית תוך שימוש בשיקולי צדק דווקא – באמצעות הצבעה על הפער שבין מבצע העברה, הנהגה ממלוא החירות להחליט אם לבצעה, מתי ובאיזה היקף, לבין קרבנה, שהעברה נחתת עליו ללא אזהרה וללא שליטה. עמדה רביעית גרסה כי תשומת הלב בהרתעה הכללית צריכה להיות מופנית לאיום שבהטלת עונש להבדיל מהעונש עצמו, המוטל רק לעתים רחוקות. עם זאת, מרגע שבוצעה עברה, אין מנוס מלהטיל בגינה עונש, שאחרת יהיה הרבר בגדר "הפרת התחייבות" כלפי עבריינים פוטנציאליים שנמנעו מביצוע עברות רק בשל איום זה.²⁵⁸

גם אם בצד הקשיים הברורים בטענות אלה יש בחלקן ממש, אינני סבור שאפשר להתעלם מהקושי שבהטלת עונש החורג מהעונש ההולם מבחינה גמולנית. מנגד, קשה להשלים עם המשך קיומן של עברות צווארון לבן – על הנזק הכבד הכרוך בהן והאטרקטיביות הגבוהה שבביצוען – בלי להשתמש בכלים נוספים שהדין מציע. מבחינה זו נראה כי לפי אמות-המידה החוקתיות של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הפגיעה בזכות הנאשם לחירות ולקניין היא

256 לטענה זו נשמעו הדים גם בדעת המיעוט של ועדת גולדברג. לנוכח הצעת הרוב להפחית ממשקלו של השיקול ההרתעתי, צוין בדעת המיעוט (שהתומכים בה כללו את ש"ז פלד, סביונה רוטלי, עדנה ארבל, יהודית קרפ ודליה איש שלום) כי "הרתעת הרבים היא מטרה בסיסית של דיני העונשין, החייבת, לפי השקפתנו, לעמוד לנגד עיני השופט בבואו לגזור את הדין בכל מקרה קונקרטי. יתר על כן, ניסיון החיים מלמד כי מטרה זו ידועה לציבור בכלל, ולציבור העבריינים בפרט, בעת שהם מבצעים את עבירותיהם, והמהרהר בדבר ביצוע עבירה מביאה בחשבון". ראו דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 36, בעמ' 49.

257 כפי שצוין בדעת המיעוט בוועדת גולדברג "על הענישה להלוך אף את תודעת הציבור, שהיא בין השאר, תובעת וזכאית לתבוע הגנה מתאימה מפני התופעה העבריינית הקיימת והפוטנציאלית". שם, שם.

258 ראו, למשל, Zachary Hoskins, *Deterrent Punishment and Respect for Persons*, OHIO STATE JOURNAL OF CRIMINAL LAW, 8, 369 (2011); Christopher H. Wellman, *The Rights Forfeiture Theory of Punishment*, ETHICS, 122, 371 (2012); Anthony Ellis, *A Deterrence Theory of Punishment*, PHILOSOPHICAL QUARTERLY, 53: 337 (2003); Claire Finkelstein, *Punishment as Contract*, OHIO STATE JOURNAL OF CRIMINAL LAW, 8, 319 (2011). שהוצעו לטענות אלה ראו למשל: DAVID BOONIN, THE PROBLEM OF PUNISHMENT 103-119; Richard Dagger, *Social Contracts, Fair Play, and the Justification of Punishment*, OHIO STATE JOURNAL OF CRIMINAL LAW, 8, 341 (2011).

לתכלית ראויה (הן במישור מניעת עבריינות, הן במישור החינוכי); ולפי עקרון השיוריות, ספק אם אפשר להגשימה באותה מידה באמצעי שפגיעתו פחותה. הפתרון הראוי לעניין זה צריך לשלב, אפוא, ככל האפשר בין שתי תכליות הענישה המרכזיות – גמול והרתעה – תוך מתן בכורה לאחרונה רק בהימצא אינדיקציות ברורות לכך שהרף העליון הגמולני אינו מרתיע, במעין הגנת "צורך".²⁵⁹

אף שבחיבור זה אין בכוונתי להציע הסדר חלופי מפורט, אפשר להעלות על הדעת שני מודלים אפשריים. הראשון נסמך על מודל הגמולנות המגבילה שאומץ כאמור בתיקון 113, אך תוך פתיחת פתח לחריג נוסף, המאפשר סטייה מהרף העליון הגמולני לשם הגשמה של הרתעה כללית. מודל כזה יבטיח את המשך מרכזיותם של השיקולים הדאונטולוגיים כל עוד די בהם כדי להרתיע, אך תוך אפשרות לחרוג מהם כשנדרשים אמצעים נוספים להשגת הרתעה. לדעתי, הסדר כזה אינו חורג במידה ניכרת מהסדר הקיים כיום בתיקון 113. ראשית, בשונה ממודל Commensurate Desert של von Hirsch, שלפיו גם הקביעה המדויקת של העונש המוטל על הנאשם צריכה להיגזר במידה מלאה משיקולים גמולניים, במודל הגמולנות המגבילה רק עונשי מינימום ומקסימום נקבעים לפי שיקולים גמולניים, ואילו העונש המדויק נקבע גם לפי שיקולי תועלת.²⁶⁰ בהנחה שמבחינה גמולנית יש רק עונש אחד התואם את חומרת העברה בנסיבותיה (אף אם מביאים בחשבון גם שיקולים אישיים, שיש להם השפעה על מידת הפגיעה בעברייני עקב העונש), הרי שעצם האפשרות לשקול שיקולי הרתעה כללית גם בתוככי מתחם העונש ההולם עשויה ללמד כי העונש המדויק המוטל בסופו של דבר, חורג מהעונש האחד התואם במדויק את הגישה הגמולנית. במובן זה, הפער בין חריגה ממתחם הענישה משיקולי הרתעה לבין שקילת ההרתעה במסגרת תנועה בתוך המתחם – מצטמצם. שנית, הפתח שנפתח בתיקון 113 לחריגה מהרף העליון הגמולני משיקולים תועלתניים (לרבות לחומרה משיקולי מסוכנות), מלמד כי ההחלטה שלא לאפשר חריגה משיקולי הרתעה לא נבעה דווקא מהקושי המוסרי שבכך, ככל שקיים, אלא מהממצאים בנוגע להיעדר האפקטיביות של שיקול זה. בהינתן ההבדלים בסוגיה זו לגבי עבריינות הצווארון הלבן, ייתכן שיש מקום לשקול שוב עמדה זו. שלישית, באין אמת-מידה מדויקת לקביעה קרדינלית של רמת הענישה הגמולנית, הופכת שאלת שרטוטו של הרף העליון הגמולני ואפשרות החריגה ממנו, למלאכותית במידת מה, באופן המחליש מעוצמת הקושי הקונספטואלי של מהלך זה.²⁶¹

259 ראו ההצעה ל"Contingent Priority Approach אצל רובינסון: "It sets priorities [...] but it also sets conditions assuring that a purpose is given priority only in those cases where a defined level of reliability or effectiveness is present [...] The virtue of such an approach is that it permits a purpose to control only to the extent that the assumptions underlying the effectiveness or accuracy of the purpose are true". P.H. Robinson, *Hybrid Principle for the Distribution of Criminal Justice*, 82 Nw. U. L. Rev. 29 (1988). (להלן: רובינסון).

260 Andrew von Hirsch, *The Principle of Commensurate Desert*, in von Hirsch – Justice לעיל ה"ש 20, בעמ' 66-76; קנאי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 53.

261 בהקשר זה נזכיר כי בהתאם להחלטת בית המשפט העליון הפדרלי בארצות-הברית משנת 2005 הפכו הנחיות הענישה הפדרליות לבעלות אופי מייעץ בלבד, ובית המשפט רשאי לחרוג מהן במקרים מתאימים. אמנם, נראה כי המוטיבציה שעמדה ביסוד ההחלטה נגעה דווקא לצורך

מודל אפשרי שני מציג רובינסון (Robinson). רובינסון תוהה אם יש מקום להעניש עבריינים יותר מה"מגיע" להם, כשהחלופה היא פשיעה רבה יותר. לדעתו, הדבר תלוי במידת החריגה מהעונש "המגיע" ומהיקף תוספת הפשיעה שעלול להתרחש ללא חריגה כזו. על יסוד זה הוא מציע מודל המייחס עדיפות לשיקול הגמולני – אלא אם החלתו מביאה לרמת פשיעה בלתי־נסבלת, שעשויה להימנע אם תינתן בכורה להרתעה. לפי המודל, העדפת שיקולי הרתעה תישמר כל עוד אין בה כדי להביא לפגיעה בלתי־נסבלת בתחושת הצדק.²⁶² גישתו המתוארת של רובינסון משתמשת אמנם במונחים כלליים, ויישומה מחייב עוד עבודה רבה – בראש ובראשונה מתן הגדרה (שאינה פשוטה) למונחים "רמה בלתי־נסבלת של פשיעה" ו"פגיעה בלתי־נסבלת בתחושת הצדק". עם זאת, המודל מספק כבר עתה קווי מתאר להחלת מודל מידתי למניעת פשיעה, שבו נכונות להקרבה מסוימת של כל אחת מתכליות הענישה כדי להגשים את האחרת. כך, למשל, ניתן לחשוב על התמקדות בעונשים מוניטאריים או במניעת עיסוק ולא בעונשי מאסר לצורך החלק ההרתעתי השיורי (הדלתא החורגת מהרף העליון הגמולני); על החלת מודל ההרתעה לתקופת ניסיון שבסופה תיבדק האפקטיביות שלו; ועל עצם החלת מודל זה רק על סוג מסוים של עברות, כאמצעי הרתעה מידתי שאינו מסב פגיעה בלתי־נסבלת בתחושת הצדק.

לפני סיום יצוין כי נראה שבמקומות מסוימים אימץ הדין הישראלי גישת הרתעתית, גם אם לא במפורש. כך, למשל, סעיף 3(ב) לחוק איסור הלבנת הון קובע איסור על עשיית פעולה ברכוש – בין שמדובר ברכוש הקשור בעבירת מקור כלשהי ובין שמדובר ברכוש לגיטימי – כדי שלא יהיה דיווח כנדרש בחוק או כדי לגרום לדיווח לא נכון.²⁶³ באמצעות עברה זו ביקש המחוקק לאכוף את החובות המוטלות על נותני שירותים פיננסיים – לזיהוי, לניהול רישומים ולשמירתם ולדיווח. חובות אלה כוללות גם את החובה לדווח על פעולות במזומן מעל לסכום מסוים או על פעולות בלתי־רגילות שנראה כי מטרתן לעקוף את חובות הדיווח, ואת החובה המוטלת על אדם הנכנס לישראל או יוצא ממנה לדווח על כספים שהוא נושא עמו מעבר לסכום מסוים.

בעניין שם טוב הגדיר השופט חשין את מטרת החוק בהבטחת "בקרה שוטפת וצמודה ופיקוח מתמיד ועקשני על הפעולות הפיננסיות השונות [...] מתוך הכרה כי בשל הקושי הרב הכרוך בחשיפה לא יהא ניתן אחרת להתחקות באורח אפקטיבי אחר עבירות ועבריינים".²⁶⁴ מדברים אלה עולה כי העברה לפי סעיף 3(ב) לחוק איסור הלבנת הון אינה מכוננת הלבנת

להקל בענישה, ובתי המשפט אכן חרגו לקולה מהנחיות הענישה כשהדבר הצדיק זאת; אך הדבר מלמד כי גם במשטרים המותווים על ידי הנחיות ענישה קיימת נכונות לחרוג מההנחיות במקרים מתאימים. ראו *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005); *Go Directly to jail* לעיל ה"ש 10, בעמ' 1730-1731.

262 רובינסון, לעיל ה"ש 258, בעמ' 36-41.

263 גרוסמן, בלקין וליכט, לעיל ה"ש 180, בעמ' 47-68 והאסמכתאות שם.

264 ע"פ 9796/03 שם טוב נ' מ"י, פ"ד נט(5) 397, 411, 415-417 (2005). ראו גם ת"פ 13742-

04-11 מ"י נ' דזלדטי, עמ' 103-105 (פורסם בנבו, 2.12.2015); תפ (ת"א) 26228-07-14

מ"י נ' אוחנה, פס" 310 (פורסם בנבו, 26.10.2015); ת"פ 40131-08 מ"י נ' ג'רבי, עמ' 32-33

(פורסם בנבו, 1.9.2013).

הון כשלעצמה, אלא יוצרת כלי או אמצעי שנועדו להבטיח את משטר הדיווחים באמצעות הגדרת עברה פלילית.

חרף כך, מצמיד חוק איסור הלבנת הון לעברה זו עונש של עשר שנות מאסר, וקנס הגבוה פי עשרים מהקנס הקבוע בסעיף 61(א)(4) (העומד על 226 אלף ש"ח) – עונש זהה לעונש בגין עברת הלבנת ההון החמורה הקבועה בסעיף 3(א) לחוק. על חומרתה החריגה של סנקציה זו נמתחה ביקורת,²⁶⁵ אלא שביקורת זו התבססה כולה על תפיסה גמולנית והתמקדה בחוסר ההלימה בין חומרת המעשה לעוצמת העונש. ניתוח העברה לפי תפיסה הרתעתית המתיישבת עם תכליתה – להניא עבריינים פוטנציאליים מביצוע פעולות שיקלו על הלבנת הון (הנעשית לא פעם בסכומים ניכרים ביותר) – ומביאה בחשבון גם את סיכויי התפיסה, עשוי לספק הסבר רציונלי (גם אם אפשר שמרחיק-לכת) לרמת ענישה זו. נראה כי הגיעה השעה לצעוד צעד נוסף.

ט. סיכום

אף שעבריינות הצווארון הלבן מקבלת תשומת לב ציבורית גדלה, המלווה גם בהחמרה ברמת הענישה המוטלת בגינה בבתי המשפט, קשה להצביע על מגמה של צמצום בהיקפן של עברות אלה בישראל, ובהיבטים מסוימים התופעה אף הולכת ומתרחבת. ברשימה זו ביקשתי להסביר נתון זה תוך הצבעה על תהליכי ההרתעה בעברות הצווארון הלבן בישראל, במיוחד לאחר תיקון 113 לחוק העונשין, עקב הצורך להגביל את הענישה לרף עליון הנגזר משיקולים גמולניים. בחנתי פתרונות מתוך הדין המצוי, העשויים לספק מענה לחסר ההרתעתי בלי לשלם על כך "מחיר" במישור הגמולני. נוכח כוחם המוגבל של פתרונות אלה נבחנה האפשרות לייחד מסגרת ענישתית נפרדת לעבריינות הכלכלית, המתייחסת באופן פרטני למאפייני העבירה והעברייני, ובעיקר לטעמים שהביאוהו מלכתחילה לביצוע העברה. היחס בין שיקולי הענישה השונים במודל זה, והמשקל הניתן לכל שיקול, אינם תואמים את אלה שנקבעו בתיקון 113, והעברות הכלולות בו משמשות נקודת התייחסות ואמת-מידה זו לזו, לא בהכרח מתוך התכתבות עם כלל העברות הניצבות מחוץ לו. אין לכחד שגם מודל זה אינו נקי מקשיים. עם חלק מקשיים אלה נעשה ניסיון להתמודד ברשימה, בין היתר באמצעות שימוש בדרכי ענישה הנחשבות "מתונות" יותר, בעבור ה"דלתא" החורגת מהעונש הראוי מבחינה גמולנית. כך או כך, נוכח השלכותיה הקשות של עבריינות הצווארון הלבן, נראה כי דרושים צעדים נוספים בתחום האכיפה לשם מיגורה.

265 גרוסמן, בלקין וליכט, לעיל ה"ש 180, בעמ' 56, 59-60, 67-70.