



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 8551/11

לפני :
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

המערערים :
1. יצחק כהן סלכגי
2. פרסום אדיר

נ ג ד

המשיבה :
מדינת ישראל

ערעור על הכרעת הדין וגזר הדין של בית המשפט המחוזי
בתל אביב-יפו מיום 5.9.11 ומיום 27.9.11 בת"פ 54540-07-
10 שניתנו על ידי כבוד השופט דוד רוזן

תאריך הישיבה :
כ"ז בתמוז התשע"ב (17.7.2012)

בשם המערערים :
עו"ד רועי בלכר ; עו"ד משה מזור ; עו"ד אלעד כהן
עו"ד בלכר רועי

בשם המשיבה :
עו"ד סטיב בוארון

פסק-דין

השופטת ד' ברק-ארז:

1. בעליו של משרד פרסום והמשרד שבבעלותו פעלו כחלק ממערך של הפצת טבליות שנמכרו תוך הפרה של סימני מסחר, ואשר היו למעשה חיקויים לתרופות לטיפול באיז-אונות. חלקו של הבעלים התבטא ברכישת שטחי פרסום בעיתונים שבהם פורסמו מודעות, בשיווק כרטיסים לטלפונים סלולאריים שבהם השתמשו השליחים מטעם המפיצים ובהפקדת הכספים עבור מפיצי התרופות דרך חשבונות הבנק שלהם. בשלב זה, שבו המעורבים אינם טוענים עוד כנגד חלקם בפעילות פלילית, הם מעוררים טענות הנוגעות להיקף אחריותם ולמידת עונשם – טענות של אכיפה ברונית; טענות כנגד סיווג פעילותם גם כהלבנת הון אסורה; וכך טענות כנגד העונש שהושת עליהם.

התשתית העובדתית לפי כתב האישום ופסק דינו של בית המשפט קמא

2. בין השנים 2006-2010 הופצו ברחבי הארץ חיקויים לתרופות מסוג ויאגרה, סיאליס ולויטרה – כולן תרופות המשמשות לטיפול באיך-אונות. שמות התרופות הנ"ל נרשמו כסימני מסחר בפנקס סמני המסחר. מערך הפצתן של התרופות המזויפות פעל, על-פי כתב האישום, באופן הבא: בעיתונים פורסמו מודעות אודות הטבליות, שבהן צוינו מספרי טלפון שאליהם יכלו לקוחות מעוניינים להתקשר. מספרי טלפון אלה היו בשימוש של שליחים שונים שפעלו ברחבי הארץ. תפקידם של האחרונים היה למסור את הטבליות לפונים ולאסוף מהם את כספי הרכישה. הגורמים הפועלים מאחורי מערך זה היו מפיצי התרופות והמפרסמים שרכשו את שטחי הפרסום בעיתונים והעמידו אותם לרשות המודעות של המפיצים. הערעור שבפנינו מתמקד בחלקו של המפרסם – מי שסייע למפיצים לקדם את ענייניהם.

3. יצחק כהן, הוא המערער 1, הינו הבעלים של משרד "פרסום אדיר", המערער 2, שפעל כחלק ממערך ההפצה של התרופות המזויפות, כמתואר לעיל. המשרד רכש עבור המפיצים שטחי פרסום בעיתונים שונים ברחבי הארץ. בשטחי פרסום אלה פורסמו מודעות של מפיצי התרופות. מפיצי התרופות זוהו במסמכי המשרד באמצעות שמות בדויים והכספים שהתקבלו עבורם נרשמו תוך שימוש בשמות אלה. חלק מן הכספים שנאספו על-ידי השליחים הופקדו בחשבונות הבנק של המערערים, וחלקם האחר הופקד למשמרת לטובת המפיצים במשרדי המערער 2, לאחר שנוכו מהם דמי השירות שהגיעו להם בגין ביצוע המשלוחים (50 ש"ח בגין כל משלוח). במקרה אחד שהוכח, הרווח ממכירת התרופות המזויפות הועבר מן המערערים לאחד המפיצים בדרך של הוצאת תלוש משכורת. המערערים הפיקו רווחים מפעילות זו – הן מן העמלות ששולמו להם על-ידי המפיצים בגין שטחי הפרסום והן ממכירת הכרטיסים ששימשו את השליחים בשימוש בטלפונים הניידים שלהם.

4. על יסוד עובדות אלו הוגש נגד המערערים כתב אישום המייחס להם עבירות של סיוע למכירה והפצה של טובין שסומנו בלא רשות בעל הסימן (עבירה לפי סעיף 60(א)(3) לפקודת סמני המסחר [נוסח חדש], התשל"ב-1972 בצרוף סעיף 31 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין)); של הלבנת הון לפי סעיף 3(א) לחוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000 (להלן: חוק איסור הלבנת הון); של מכירת תרופות לפי סעיף 60 בצירוף סעיף 47 לפקודת הרוקחים [נוסח חדש], התשמ"א-1981, יחד

עם סעיף 31 לחוק העונשין וסעיף 338(א)(3) לחוק זה; וכן עבירה לפי סעיף 7(א)(ג) לפקודת הסמים המסוכנים, התשל"ג-1973 – אישום בו הודה המערער.

5. בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (השופט ד' זורן) קבע, כפי שעוד יפורט בהמשך, כי המערערים אכן ביצעו את המעשים שיוחסו להם ועל כן הרשיע אותם בעבירות המפורטות לעיל.

6. בגין כל האמור, ולאחר ששקל את חומרת העבירות אל מול נתוניו האישיים של המערער 1, גזר בית המשפט קמא את דינו ל-24 חודשי מאסר בפועל; 12 חודשי מאסר על תנאי שלא יעבור במשך 3 שנים עבירה מאותן עבירות שהורשע בהן; וכן קנס בסך 200,000 ש"ח או 12 חודשי מאסר תמורתו. המערערת 2 חויבה בקנס כספי בסך 50,000 ש"ח וכן חולט חלק מרכושה בהתאם לסמכות הקבועה בסעיף 21(א) לחוק איסור הלבנת הון.

הטענות בערעור

7. הערעור שבפנינו, שנטען בכישרון רב על-ידי עורך דין בלכר, נסב על שלוש טענות מרכזיות: ראשית, המערערים טענו לאכיפה בררנית; שנית, הם טענו נגד הרשעתם בעבירה לפי סעיף 3(א) לחוק איסור הלבנת הון (להבדיל מעבירות חמורות פחות לפי חוק זה); שלישית, ובהתאמה, הם טענו כנגד חומרת העונש שהושת עליהם. בעיקרו של דבר, הערעור נסב על אחריותו הפלילית ועונשו של המערער 1, שהמערער 2 הינו אך גוף משפטי שבבעלותו, ועל כן, נמקד את הדיון בו ובמעשיו.

אכיפה בררנית

8. המערער 1 טען שעומדת לו הגנה מן הצדק, בשל האכיפה הבררנית נגדו. טענה זו כיוונה עצמה הן למפרסמים אחרים שפעלו, לפי הטענה, בפעילות עבריינית דומה של פרסום והפצה של תרופות מזויפות, והן לעיתונים שבהם התפרסמו מודעות אלה.

9. בכל הנוגע לגורמים בתחום הפרסום, טענת האכיפה הבררנית התמקדה בסופו של דבר בגורם אחד בלבד – משרד פרסום נוסף בשם "כריזמה" שאוזכר בחקירתה של עדה בפרשה כגורם שפעל באותו תחום – אך עניינו לא נחקר (כפי שעולה מחומר החקירה שהועמד לעיונו של המערער 1 לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982), וממילא האנשים הקשורים בו לא הועמדו לדין.

10. בכל הנוגע לעיתונים שבהם התפרסמו המודעות, טען בא-כוחו של המערער 1 כי שטחי הפרסום שמכרו למטרות אלה היו גורם מכריע במערך ההפצה. למעשה, מערך ההפצה לא יכול היה להיות אפקטיבי ללא הפרסום הנרחב בעיתונות. בא-כוחו של המערער 1 אף הוסיף וטען כי מרשו הונע להיכנס לפעילותו העבריינית לאחר שנחשף לפרסומים הנרחבים בעיתונות של מודעות מסוג זה, והחליט "לתפוס הזדמנות" על דרך היתרון שעומד לו ברכישת שטחי פרסום.

11. בית המשפט קמא דחה את טענת האכיפה הבררנית לאחר שקבע כי המערער 1 לא הביא עדים ונתונים שיש בהם כדי לבססה. וכך נכתב בפסק הדין:

"פרסום כדורי האין אונות על ידי מפרסמים אחרים, ובעיקר על ידי עיתונים נפוצים במדינה, כמו ידיעות אחרונות מעריב ואחרים, שבה ועלתה במהלך המשפט. ההגנה לא ביקשה לזמן האחראים לפרסומים באותם עיתונים נפוצים ו/או מי מטעמם – עדים שבכוחם היה להבהיר ולתרום לסוגיה שבדיון. לא הוברר בבית המשפט – מעל מיני טענות שהושמעו על ידי הנאשם ופרקליטיו – וכן הפרסומים ובעיקר, מודעות המפרסמים להיות כדורי אין האונות מזוייפים. מתוך התמונה העובדתית שצויירה בבית המשפט לא הובררה אחריותם של אותם מפרסמים לפרסום בלתי חוקי, בוודאי, לא לובנה השאלה – בדרך זימון עדים ו/או חקירת גורמי האכיפה הרלוונטיים – האם מדובר באכיפה סלקטיבית או שמא מדובר באילוצים אובייקטיביים או אבחנה נכונה שנעשתה על ידי המדינה. במצב הדברים שהוכח בבית המשפט, לא ניתן לקבוע כי התנהלות המדינה חרגה מן השורה, בוודאי לא ניתן לקבוע כי מדובר בהתנהלות שרירותית, מפלה ו/או לא הוגנת" (עמוד 8 לפסק דינו של בית המשפט קמא).

12. בדיון בפנינו, המדינה חזרה ודחתה את טענת האכיפה הבררנית מכל וכול. טענותיה של המדינה התמקדו בהבחנה בין פעילותם של המערערים לבין חלקם של העיתונים במסגרתם פורסמו המודעות. המערערים היו שקועים במערך הפעילות העבריינית בהיבטים רבים ונוספים מעבר לחלקם בפרסום – מעורבות שהתבטאה בהעמדת הטלפונים הניידים ששימשו את הפעילים במערך ההפצה; קיבלו כספים עבור המפצים ורשמו אותם בשמות בדויים בספרי החשבונות שלהם ועוד. במישור הפרוצדוראלי, טענה המדינה כי הנטל רובץ לפתחם של המערערים לעורר ספק סביר בדבר קיומה של אכיפה בררנית, קרי לעורר ספק סביר ביחס לשיקולי האכיפה הפסולים.

13. במישור המשפטי הטהור, אין עוד חולק על המקום שראוי לתת להגנה מן הצדק במקרים מתאימים, בהתאם להלכה המנחה שנקבעה בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ', פ"ד נט(6) 776 (2005). בהקשר זה, אחד הטעמים להכרה בהגנה מן הצדק הינו אכיפה בררנית, שהוכרה כפסולה בשורת פסקי דין של בית משפט זה (ראו בעיקר בג"ץ 6396/96 זקין נ' עיריית באר שבע, פ"ד נג(3) 289 (1999)). השאלה היא רק אם נמצא בסיס לטענה זו בנסיבות העניין.

14. באופן עקרוני, את טענת האכיפה הבררנית יש לבחון תוך התייחסות לשלוש שאלות: השאלה הראשונה היא מהי קבוצת השוויון שעמה נמנה מי שמעלה את טענת האכיפה הבררנית. בנסיבות העניין, יש לבחון בהקשר זה האם המערערים הם חלק מקבוצת השוויון של העיתונים מצד אחד או של משרדי פרסום אחרים מצד אחר. השאלה השנייה היא – באותם מקרים שבהם אכן הרשויות לא אוכפות או לא אוכפות באותה מידה כלפי כל מי שנמנה עם אותה קבוצת שוויון – כיצד יש לאבחן מצבים של אכיפה בררנית פסולה ממצבים רגילים ולגיטימיים של אכיפה חלקית מטעמים של מגבלת משאבים וסדרי עדיפויות. השאלה השלישית היא מהו הנטל הראייתי המוטל על מי שמעלה טענה של אכיפה בררנית – באופן כללי, ובמשפט פלילי בפרט. יודגש, כי שלוש השאלות שהוצגו הן נפרדות, אך בחינתן צריכה להתקיים בזיקה הדוקה זו לזו. כך למשל, אי-בהירות עובדתית עלולה להקשות על שרטוטן של קבוצות השוויון. כמו כן, גם כאשר ניתן לקבוע שאנשים שונים נמנים על אותה קבוצת שוויון, הבדלים מסוימים בנסיבותיהם יכולים להשפיע על קביעת סדרי עדיפויות באכיפה במסגרת השלב השני של הבדיקה. הכרעה המתקבלת ביחס לאחת מהשאלות עשויה אפוא להשפיע על המשך הדיון.

15. מעבר לכך, במקרים שבהם ימצא בית המשפט שהרשויות נקטו באכיפה בררנית, יש להוסיף ולבחון, מהו הסעד הראוי לתיקון המצב. אין דומה טענת אכיפה בררנית המועלית בהליך פלילי לטענת אכיפה בררנית המועלית בהליך מינהלי. בהקשרו של הליך פלילי, יש להוסיף ולבחון האם האכיפה הבררנית מגיעה עד כדי הדרגה המקימה "הגנה מן הצדק" או שמא, חרף הפגם, התשובה המתאימה היא במישור הענישה. בהקשרו של הליך מינהלי, תיתכנה אפשרויות נוספות, ובהן דרישה לנקיטת פעולות אכיפה כלפי גורמים נוספים (שאינה מועילה לאדם העומד לדין פלילי, אך יכולה להיות בעלת משמעות בהקשרים אחרים). עם זאת, לכך טרם הגענו. נפתח אפוא בבחינת הדברים על-פי סדרם.

16. שאלה ראשונה: מהי קבוצת השוויון של המערערים? – הטענה של אכיפה בררנית היא ביסודה טענת הפליה באכיפה. על-כן, יש להקדים ולבחון, על-פי פסיקתו של בית משפט זה, מהי קבוצת השוויון שעמה נמנה מי שמעלה את הטענה. כדברי השופט י' זמיר בפסק דינו המנחה בבג"ץ 3792/95 תאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות, פ"ד נא(4) 259 (1997): "החובה לנהוג בשוויון חלה תמיד כלפי קבוצה מסוימת של אנשים או גופים, המהווים את קבוצת השוויון, ולא כלפי אנשים או גופים מחוץ לקבוצה זאת" (שם, בעמ' 281).

17. ככל שטענת האכיפה הבררנית של המערערים מבקשת למקם אותם באותה קבוצת שוויון עם העיתונים, מצאנו אותה בלתי-משכנעת על-פניה. אכן, אין למעט מחלקם של העיתונים בפרסומים אודות תכשירים רפואיים מפוקפקים, מבלי לעורר שאלות של ממש. אולם, גם אם מכירים בחלקו החשוב של הפרסום במערך ההפצה, אין ספק שמידת מעורבותם של המערערים במנגנון ההפצה של התרופות היתה משמעותית לאין ערוך, כפי שציינה המדינה בצדק בטיעוניה. בנוסף למעורבותם ברכישת שטחי הפרסום, הם הרוויחו משיחות הטלפון שהיו חלק ממערך ההפצה, ניהלו רישומים תוך שימוש בשמות בדויים עבור המפיצים והעמידו את חשבונות הבנק שלהם לצורך קידומה של הפעילות הפלילית. מידת מעורבותם העמוקה במערך עברייני זה מעמידה אותם על "מדרגה" אחרת לגמרי, וזאת מבלי לגרוע מן ההסתייגות מהאופן שבו היו העיתונים נכונים לשמש במה לפרסומים שתוארו.

18. לעומת זאת, ככל שטענת האכיפה הבררנית של המערערים מתייחסת למעורבותו של משרד פרסום נוסף, שפעל במתכונת דומה, לטענתם, בשירותם של מפיצי התרופות המזויפות, טענת האכיפה הבררנית צולחת לכאורה את המשוכה שמציבה השאלה הראשונה. הדברים נאמרים באופן לכאורי בלבד, מאחר שבדיקת ההשתייכות לאותה קבוצת שוויון נעשית בשלב זה על סמך ההנחה העובדתית שאכן המשרד הנוסף היה מעורב במידה דומה בפעילות העבריינית (גם מן ההיבטים של הלבנת הון לכאורית). הנחה זו היא, כמובן, טענת הוכחה, וכפי שיובהר בהמשך הנטל להראות זאת מוטל על המערערים, שמעלים את הטענה.

19. שאלה שנייה: אכיפה בררנית מול אכיפה חלקית לגיטימית – על-פי רוב, כאשר מועלית טענה של אכיפה בררנית, הדבר נעשה בנסיבות שבהן הטוען מצביע על מקרים רבים שבהם לא נעשתה אכיפה כלפי אחרים. במקרים מסוג זה, שבהם הטוען הוא במעמד של "שעיר לעזאזל" לכאורה יש בסיס איתן לטענת האכיפה הבררנית. עדיין, חשוב להוסיף ולברר האם האכיפה החלקית נעשית כחלק מקביעת סדרי עדיפויות

והקצאת משאבים מוגבלים. המקרה שבפנינו שייך לקבוצת מקרים בעלת איפיון שונה – הטוען לאכיפה בררנית מצביע על מקרה אחד אחר שבו לא הוגש כתב אישום. במקרה כזה, הדיון בטענת האכיפה הבררנית הוא במידה מסוימת קל יותר ובמידה מסוימת מורכב יותר. מחד גיסא, לעתים, היכולת להצביע על מקרה בודד שבו לא ננקטו צעדים משפטיים אינו מלמד על מצב של "שעירות לעזאזל" כמו בדוגמה הראשונה שהובאה. לעומת זאת, בהנחה שקיימים שני מקרים שנסיבותיהם דומות נחלש לכאורה טיעון שיכולה להעלות הרשות לפיו מטבע הדברים אינה יכולה לנקוט באכיפה כלפי כולם. לכן, במקרים מסוג זה של אכיפה בררנית, הרבה מאד יהיה תלוי בתשתית העובדתית שתונח ביסוד הטענה, מה שמוביל לשלב הבא של דיוננו.

20. שאלה שלישית: התשתית הראייתית – טענת אכיפה בררנית אינה רק טענה משפטית עקרונית. היא, קודם כול, טענה עובדתית, וכפי שציין השופט י' זמיר בעניין זקין: "רשות מינהלית המבקשת לאכוף את החוק נהנית, כמו כל רשות מינהלית, מחזקת החוקיות. מי שמעלה נגד הרשות טענה של אכיפה בררנית, ולכן הוא מבקש לפסול את ההחלטה, עליו הנטל להפריך חזקה זאת" (שס, בעמ' 307).

21. למען הסר ספק, יצוין כי הגישה הנוהגת במשפט הישראלי ביחס לעילת ההפליה אינה מחייבת הוכחת מניע פסול, אלא מסתפקת בהוכחת תוצאה מפלה. יש מקרים שבהם הוכחת תוצאה מפלה כזו היא קלה יחסית, למשל כאשר ניתן להצביע על מדיניות מוצהרת של התביעה (ראו מיכל טמיר אכיפה סלקטיבית 390 (2008)) או כאשר ניתן לעשות שימוש בראיות סטטיסטיות בעלות מובהקות (שס, בעמ' 386). אולם, לא תמיד קיימות ראיות מסוג זה.

22. במקרה שלפנינו, הצביע בא-כוח המערער על כך שאחת העדות התייחסה למעורבות לכאורה של משרד פרסום נוסף במערך הפצת התרופות. בחומרי החקירה שהועברו למערערים לא היה ביטוי לחקירת כיוון נוסף זה, ואף בא-כוח המדינה לא ידע למסור פרטים של ממש לגבי הנסיבות המדויקות שהובילו לכך ומדוע לא קודמה החקירה באפיק זה. לא נכחד שלכאורה עובדות אלה מעוררות סימני שאלה. אולם, דומה שהמערערים לא עשו די כדי להניח תשתית מספקת לטענת האכיפה הבררנית. אין די בהעלאת סימני שאלה. מי שטוען לאכיפה בררנית צריך לבסס את טענתו. כך למשל, היה על המערערים להזמין את העדה ליתן עדות בפני בית המשפט ולחקור אותה בנקודה זו. הדברים לא נעשו וכך הטענה נותרה תלויה בחלל האוויר כמעוררת סימן שאלה כללי בלבד. בהעדר תימוכין נוספים, אין בכוחו של סימן שאלה זה כדי לסדוק את חזקת החוקיות.

לסיכום, ונוכח כל האמור, מצאנו כי בנסיבות העניין יש לדחות את טענת המערער בדבר אכיפה בררנית.

היסוד הנפשי הנדרש באיסור על הלבנת הון: "כוונה להסתיר" והוכחתה

23. המערער הורשע בעבירה לפי סעיף 3(א) לחוק איסור הלבנת הון, שמורה כך:

"העושה פעולה ברכוש, שהוא רכוש כאמור בפסקאות (1) עד (4) (בחוק זה – רכוש אסור) במטרה להסתיר או להסוות את מקורו, את זהותו בעלי הזכויות בו, את מיקומו, או את תנועותיו או עשיית פעולה בו, דינו – מאסר עשר שנים או קנס פי עשרים מהקנס האמור בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין -

(1) רכוש שמקורו, במישרין או בעקיפין, בעבירה;

(2) רכוש ששימש לביצוע עבירה;

(3) רכוש שאפשר ביצוע עבירה;

(4) רכוש שנעברה בו עבירה".

האישום נגד המערערים בעניין זה התייחס לכך שהם עשו פעולות בכספים במטרה להסתיר את העובדה שהושגו בפעילות עבריינית ואת זהותם של בעלי הזכויות בו, קרי המפיצים.

24. בית המשפט קמא קבע כי המערערים קיבלו לידיהם כספים שמקורם במכירת תרופות מזויפות, ופעלו לטשטוש מהות הכספים ומקור הולדתם, תוך שהם מחזיקים בכספים האסורים יחד עם כלל הכספים שהתקבלו אצלם ממקורות אחרים, וזאת לשם מימון ההוצאות השוטפות של פעילותם העסקית.

25. בית המשפט קמא הוסיף וקבע כי הוכח שהמערערים פעלו להסתרת זהות מפקידי הרכוש האסור (בשונה מהשליחים), כשלמעשה עלה בידם להקים חומה בצורה שמאחוריה הסתתרו מפיצי התרופות. פעולות אלו, כך נקבע, נעשו ב"עיניים פקוחות" מתוך רצון להסתיר את זהות המפיצים, תוך שהן מניבות למערערים תגמול כספי ויתרון תחרותי. עוד נקבע, כי על מנת להצליח לחמוק מרשויות האכיפה, ניהלו המערערים ספרי חשבונות ומערכת חשבונאית כוזבת, והכול על-פי הנחייתו המפורשת והקפדנית של המערער 1. על יסוד מכלול קביעות אלה, בא בית המשפט קמא לכלל מסקנה כי התגבשו כל יסודות סעיף 3(א) לחוק איסור הלבנת הון.

26. בהקשר זה, טוענים המערערים שתי טענות: האחת – כי היסוד הנפשי הנדרש לפי סעיף 3(א) לחוק איסור הלבנת הון מחייב להוכיח כי למבצע היתה מטרה של "להלבין כסף שחור לכסף לבן", ולא רק להסתיר או להסוות את מקורו בעבירת המקור; השנייה – כי שגה בית המשפט קמא כאשר החיל את הלכת הצפיות לשם הוכחת היסוד הנפשי הקבוע בסעיף 3(א) האמור. בהקשר זה, נסמך בא-כוח המערער על פסיקתו של בית משפט זה, לפיה החלת הלכת הצפיות על עבירות מטרה תיבחן לעניין כל עבירה ועבירה (ע"פ 6269/99 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 469, 504-505 (2001)). עוד נטען בעניין זה, כי טרם נקבע בפסיקתו של בית משפט זה כי ניתן להחיל את הלכת הצפיות על עבירת המטרה הקבועה בסעיף 3(א) לחוק איסור הלבנת הון. המערערים אינם כופרים באפשרות להרשיעם בסיוע לעבירה של הלבנת הון לפי סעיף 3(א), אך טוענים כי לשם הרשעה בעבירה העיקרית אין די בהוכחת כוונה להסתיר פעילות בכספים, הנלווית מטבע הדברים לפעילות עבריינית.

27. המדינה דחתה את הטענות שעניינן פרשנותו של סעיף 3(א) בשני המישורים שבהן הועלו. לטענתה, אין מקום לקריאת היסוד המגביל הנוסף של "להלבין כסף שחור לכסף לבן" אל תוך נוסחו של סעיף 3(א) לחוק איסור הלבנת הון; היא הוסיפה וטענה כי מן הפסיקה משתקפת מגמה הנוטה להחיל את הלכת הצפיות בעניינו של סעיף 3(א) לחוק, אף שלא נקבע כן מפורשות. מכל מקום, לטענת המדינה, בית המשפט קמא לא השתית את פסק דינו על החלת הלכת הצפיות, אלא על העובדות והראיות שהונחו לפניו.

מהי "כוונה להסתיר"?

28. פרשנות יסודות העבירה של הלבנת ההון לפי סעיף 3(א) לחוק איסור הלבנת הון, ובכלל זה רכיב הכוונה המיוחדת של "כוונה להסתיר", נגזרת מתכליתו של חוק זה. חוק איסור הלבנת הון, שנחקק בשנת 2000, הוסיף קבוצה חדשה של עבירות למשפט הפלילי – עבירות הלבנת הון. בלשונו הציורית של המשנה לנשיא מ' חשין: "אל 'שדה החוחים' של העבירות הפליליות במשפטינו ניתוסף קוץ חדש – זן חדש של עבירות – הלא הן עבירות הלבנת הון" (ע"א 9796/03 שם טוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 397, 405 (2005) (להלן: עניין שם טוב)). בבסיס החקיקה עמדה ההכרה בכך שנטרול יסוד הרווח הצומח מעבירות פליליות מהווה כלי חשוב במאבק בפשיעה. קחו את פירותיה של העבירה הכלכלית או את היכולת להשתמש בהם והקטנתם את הטעם או התמריץ לביצוע העבירות הללו מלכתחילה: "השקעת אמצעים לנטרול יסוד הרווח מעסקאות עברייניות משרתת תוצאה כפולה: האחת – הון המוצא מן המחזור לא ניתן

לשימוש חוזר לצורך מימון עסקאות עברייניות נוספות, השניה – מניעת הרווח מן העבריין מבטלת את התמריץ לעבור עבירה" (דברי הסבר להצעת חוק איסור הלבנת הון, התשנ"ט-1999, ה"ח 2809, בעמ' 421). משמע, כאשר עוסקים בעבירות פליליות אשר שכר בצידן ומטרתן אינה עשיית הפעולה העבריינית גרידא, כדוגמת עבירות אלימות, אכיפה המבקשת לטפל בעבירה עצמה מבלי לטפל בהשלכותיה הכלכליות היא אכיפה חסרה. הגברת מאמצי האכיפה בשלב השימוש בפירות העבירה, במובחן מאכיפה ביחס לעבירה עצמה, מטפלת בשורש הבעיה ולא רק בתסמינים שלה. כך, האיסור על הלבנת הון מתייחס לאותן פעולות שנעשות ברווחים או ברכוש הקשורים בעבירה המולידה לעבריין רווח, המכונה "עבירת מקור" (כלשון כותרת המשנה של סעיף 2 לחוק).

29. הגם שהמניע לחקיקתו של חוק איסור הלבנת הון היה המאבק בפשעים חמורים, כגון: עבירות בתחום הסמים המסוכנים, הזנות, סחר בנשק וכיוצא בזה, במסגרתן נוקטים עבריינים פעולות מתוחכמות ומגוונות, שמטרתן שמירה על רווחי הפעילות העבריינית וניצולם, החוק לא הוגבל לתחום זה בלבד. הרציונל בדבר מניעת הרווח מפעילות עבריינית חל ביחס לכלל עבירות המקור המפורטות בתוספת הראשונה לחוק זה (המוגדרות כעבירות המקור מהן הופק אותו רווח) (ראו: ע"פ 2333/07 תענך נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 12.7.2010) (להלן: עניין תענך); עניין שם טוב, בפסקאות 23-25)).

30. סעיף 3(א) לחוק איסור הלבנת הון, הקובע את העבירה שבה הורשעו המערערים, מהווה את לב ליבו של חוק זה (בש"פ 1542/04 מדינת ישראל נ' טובה אדר, פ"ד נח(3) 613, 620 (2004); עניין תענך, בפסקה 234). בסעיף זה עיגן המחוקק את האיסור על ביצוע פעולות ברכוש אסור במטרה להסתיר את מקורו, את זהות בעלי הזכויות בו, את מיקומו, את תנועותיו או עשיית פעולה בו.

31. היסוד העובדתי בסעיף 3 מורכב מרכיב התנהגותי בדבר "עשיית פעולה" ומרכיב נסיבתי לפיו הפעולה נעשית ב"רכוש אסור". היסוד הנפשי בסעיף דורש כי עשיית הפעולה ברכוש האסור תעשה מתוך כוונה להסתיר או להסוות את מקורו, מיקומו וכיוצא בזה. אין מדובר בעבירת תוצאה, שכן אין דרישה כי התוצאה המיוחלת בדבר הסתרת או הסוואת הרכוש האסור אכן תתממש. במקביל, זוהי עבירה שמאופיינת בדרישה של "כוונה מיוחדת" – על העושה לפעול מתוך "כוונה להסתיר". המחוקק ביקש שלא לשוות נופך פלילי אך לעשיית פעולה ברכוש אסור כשלעצמה, ודרש כי תהיה מלווה ביסוד נפשי מיוחד.

32. הערעור שבפנינו מתמקד בשאלת פרשנותה של אותה "כוונה להסתיר", שכן אין עוד מחלוקת באשר להתקיימות היסוד העובדתי של האיסור. לשיטת המערערים, יש לקרוא דרישה זו כמצמצמת את תחולת העבירה רק לאותם מצבים שבהם ניתן להוכיח כוונה "להפוך כסף שחור לכסף לבן". טענה זו שואבת השראתה מדבריו של המשנה לנשיא חשין בעניין שם טוב: "מטרתם של מלביני הון היא להפוך כסף שחור לכסף לבן, רכוש שהאדים להלבין כשלג, להעלות כספים מצינורות הביוב ולעדנם בניחוח של פרחי אביב" (שם, בעמ' 405). לשיטת המערערים, פרשנות זו מבקשת למנוע תחולה רחבה כרוחבו של עולם מסעיף 3(א) ומנטרלת את החשש שכל עבריין המבקש להסתיר רכוש שהושג בעבירה, כדי למלט עצמו מאימת הדין (כלומר, למנוע את חשיפת ביצוע העבירה על-ידו), ייחשב כמלביין הון. כל פרשנות אחרת תהפוך כל אדם – שמבצע עבירה בעלת היבטים רכושיים ומבקש שלא להיתפס – למלביין הון, בניגוד לכוונת המחוקק ולמדיניות העונשית הראויה. לחיזוק טענתם זו מסתמכים המערערים על פסק דינו של בית המשפט העליון בארצות הברית בעניין *Cuellar v. United States* 170 L. Ed. 2d 942 (2008), שבו זוכה מעבירה של הלבנת הון אדם שניסה להבריח למקסיקו כספים שמקורם בעסקאות סמים, מאחר שלא הוכח שהתכוון להלבין כספים אלה (הגם שהסתיר אותם).

33. חרף חשיבותו הרבה של חוק איסור הלבנת הון, ניתן להבין גם את החשש ממתיחתו מעבר לתכליתו המקורית, כך שכל עבריין (אשר מטבע הדברים אינו מבצע את פעילותו העבריינית באופן גלוי וחשוף לאור השמש) יהיה, אגב כך, גם מלביין הון. עם זאת, דומה שהפרשנות המוצעת על-ידי המערערים חוטאת בכיוון הפוך – של צמצום החוק עד כדי הפיכתו לבלתי ניתן לאכיפה באופן אפקטיבי.

34. אכן, באופן כללי, הגדרת התכלית הכללית של חוק איסור הלבנת הון היא למנוע "הפיכת כסף שחור לכסף לבן". אולם, לא בכדי נמנע המחוקק משימוש בנוסח מצמצם זה בניסוחו של סעיף 3(א). השגת תכלית החוק מתאפשרת בעזרת הגדרה של כמה עבירות אשר כולן ביחד מבקשות לחתור לאותה תכלית כללית, אך אף אחת מהן אינה מבקשת לעשות שימוש בהגדרה מגבילה זו, שניסוחה הוא יותר ציורי מאשר משפטי.

35. אנו מסכימים עם המערערים שיש להימנע מלפרש את סעיף 3(א) לחוק איסור הלבנת הון באופן שמחיל אותו על כל מקרה של פעילות עבריינית הנעשית בחשאי. אולם, ניתן לקבל טענה זו ועדיין לא ללכת את מלוא כבדת הדרך שבה מבקשים ללכת

המערערים בפרשנותם. סעיף 3(א) נוקט בנוסח של "להסתיר את מקורו" ומכאן ניתן ללמוד כי הוא מיועד להגביל את תחום פריסתו למצבים שבהם כוונת העושה אינה מתייחסת לעצם הסתרת הכספים או הרכוש (כדי להסתיר עובדת ביצועה של עבירת המקור), אלא רק למצבים שבהם קיימת כוונה להסתיר את הכספים או הרכוש כך שיתאפשר שימוש עתידי בהם. כוונה מיוחדת זו מתיישבת היטב עם תכליתו של חוק איסור הלבנת הון. השלב הראשון בחתירה אל היעד של מלביני כספים – "להפוך כסף שחור לכסף לבן" – הוא הסתרת מקורם של כספים או רכוש בעצם ביצוע עבירה. במלים אחרות, הסעיף מסתפק בהסתרה שהולכת מעבר להסתרת העבירה המקורית – אך אינו דורש כוונה המתייחסת לתהליך הלבנת ההון כולו – אלא רק לשלב הראשון שלו (שבלעדיו אין מבחינת מלביני ההון).

36. אין הצדקה לקרוא לתוך מילות החוק כוונה להכשיר את הכסף העברייני או כפי שניסה לטעון בא כוח המערער "להפוך כסף שחור לכסף לבן". אמנם, ברוב המקרים הסוואת מקורו, מיקומו או בעלי הזכויות ברכוש אסור תעשה מתוך מטרה סופית לטשטש את עקבותיו של הרכוש, ולהכשיר ולהטמיע אותו בתוך מערכת העסקים הרגילה. עם זאת, על מנת להשיג את תכלית החוק בדבר נטרול יסוד הרווח העברייני יש להסתפק בכל מטרה המבקשת לאפשר בעתיד הנאה מפירות עבירת המקור. אחרת, חוק איסור הלבנת הון יפסח על פני כל אותם גורמים ראשוניים בשרשרת הלבנת ההון אשר חלקם בהלבנת ההון אינו בשלב הכשרת הרכוש אלא בשלב הסתרתו. כפי שצוין, הלבנות ההון נעשות מתוחכמות ומגוונות יותר מיום ליום. יש להניח כי רשת האנשים הנוגעים בדבר מתרחבת גם היא כך שחלקו של כל אדם בה קטן. יהיו אנשים שתפקידם יהיה להסתיר את הרכוש האסור, אחריהם יגיעו אלה שתפקידם יהיה לטשטש את הקשר בין הרכוש לעבירת המקור ולבסוף יגיעו אחרים שתפקידם יהיה להטמיע את הרכוש מחדש במחזור העסקים הרגיל. שכרנו יצא בהפסדנו אם נגביל את עבירת איסור הלבנת הון רק לשלבים המתקדמים של השרשרת בהם מתגבשת המטרה בדבר הכשרת הרכוש האסור. מטבע הדברים תכלית החוק, כפי שפורשה לעיל, משליכה על דרך הפרשנות הראויה של המטרה.

37. פרשנות תכליתית זו מתיישבת היטב עם לשון החוק, שתומכת אף היא בפרשנות יסוד הכוונה כפי שהוצגה לעיל. ראשית, אין זכר במילות החוק לדרישה כי המטרה בפעולה ברכוש האסור תהא הכשרת הרכוש. חזקה על המחוקק כי אם רצה לדרוש מטרה שכזו היה עושה כן. שנית, לשון הסעיף מחזקת את הגישה כי די במטרה לאפשר הנאה מפירות עבירת המקור. כך למשל, די במטרה להסתיר את מיקומו של הרכוש האסור. כפי שכבר הוסבר: נדרש כי מטרת הפעולה תהא הסתרת פירות עבירת

המקור ולא הסתרת עבירות המקור עצמה. יש להבחין לשם כך בין הסתרה לשם מניעת גילוי עבירת המקור או שמירה על היתכנות ביצוע עבירת המקור לבין הסתרה לשם ניצול פירות עבירת המקור.

38. למעלה מן הצורך, ניתן למצוא חיזוק לפרשנות זו אף בדיוני ועדת המשנה של ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת בעת שדנה בהצעת חוק איסור הלבנת הון, התשנ"ט-1999. מדיונים אלה ניתן ללמוד בכירור כי שאלת הכוונה הנדרשת בסעיף 3(א) זכתה להתייחסות, בשל חשיבותה הרבה לאכיפתו האפקטיבית של החוק המוצע. יו"ר הוועדה דאז, ח"כ ציפי לבני, התייחסה לעניין באומרה: "לא צריכה להיות לך כוונה להלבין את זה במובן של הלבנין כדי שהמטרה לא תגלה, מספיק שאתה יודע ומספיק שזה מקורו של הרכוש כדי שתתפס במקרה הזה" (פרוטוקול ישיבה מס' 5 של ועדת המשנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט לעניין הצעת חוק איסור הלבנת הון, הכנסת ה-15, 14 (8.2.2000)). במקום אחר, צוין כי "הלבנת הון היא ההסוואה של הרכוש" (שם, בעמ' 13). אם כן, גם בהליך החקיקה ניתנה הדעת לשאלה של "להפוך כסף שחור לכסף לבן" וניתן ביטוי לדעה שתכלית החקיקה מחייבת לאסור כבר על השלב הראשון של הליך הלבנת ההון, ולא דווקא להליך כולו.

39. כפי שצוין לעיל, בא-כוח המערערים ביקש להיתלות בפסיקתו של בית המשפט העליון של ארצות-הברית בעניין Cuellar וללמוד ממנו כי גם לגישתו אין די בכוונה להסתיר כספים כדי לעמוד בדרישת הכוונה המיוחדת, המהווה אחד מן המרכיבים של עבירת הלבנת ההון גם במשפט האמריקאי (פסק הדין נסב על פרשנותו של section 18 USC 1956, שאף בו קיים יסוד של כוונה מיוחדת שבא לידי ביטוי בנוסח "designed to conceal or disguise the nature, location, source, ownership or control of the money"). כאמור, בפסק דין זה נקבע כי לא ניתן היה להרשיע אדם שהסתיר כספים במכונית שנהג לכיוון מקסיקו משום שהסתרת הכסף כשלעצמה לימדה על הרצון לנייד את הכסף, אך לא היוותה הוכחה לקיומה של כוונה להסתיר את פירותיהן של עבירות הסמים באמצעות ניוד זה.

40. פסק דינו של בית המשפט העליון האמריקאי בעניין זה הוא אכן רלוונטי לענייננו, על אף שאינו מחייב מבחינה פורמאלית, בהתחשב באופייה חוצה הגבולות של תופעת הלבנת ההון וההתמודדות עמה בכלים דומים במדינות השונות. לאמיתו של דבר, עיון בפסק הדין אינו מחזק את הגישה הפרשנית שלה טענו המערערים, אלא עולה בקנה אחד עם הפרשנות המובאת בפסק דיננו. אכן, בעניין Cuellar הובהר כי אין די בכוונה להסתיר כספים. אולם, הטעם לכך היה נעוץ באפשרות שכספים יוסתרו על מנת

להוסיף ולעשות בהם שימוש לפעילות עבריינית (בנסיבות העניין, כספים הוברחו למקסיקו על מנת שימשו להחזר חוב לעבריינים שם). במקביל לכך, מודגש בפסק הדין כי אין לצמצם את תחולת האיסור על הלבנת הון (בארצות-הברית) רק למצבים שבהם העושה מבקש להציג כספים שהושגו בעבירה ככספים לגיטימיים. כדברי השופט Thomas:

"It might be possible for a defendant to conceal or disguise a listed attribute without also creating the appearance of legitimate wealth" (ibid, at p. 952).

41. על-פי פרשנות זו, בנסיבות העניין שבפנינו, כל שיש להוכיח הוא שהמערערים התכוונו להסתיר את מקור הכספים שהועברו לחשבונות העסק שלהם עבור המפיצים, כך שיתאפשר למפיצים להשתמש בהם הלאה. דומה, שלא יכולה להיות מחלוקת על כך שיסוד נפשי זה הוכח, בהתחשב בעבודה שרישום שמותיהם של המפיצים במסמכי העסק נעשה תוך שימוש בשמות בדויים. משמע, המטרה היתה לנתק את הקשר בין עבירת המקור לבעלי הכספים, היינו המפיצים. דוגמה מובהקת במיוחד לכך משמשת הפעולה של הוצאת תלוש משכורת לאחד מן המפיצים, פעולה אופיינית של הסוואת מקורם של כספים על מנת להקל על השימוש בהם בעתיד.

42. הפקדת כספים שמקורם בפעילות בלתי חוקית בחשבון בנק של עסק לגיטימי, כפי שעשו במקרה זה המערערים, היא, לאמיתו של דבר, אחת הדוגמאות המובהקות למקרה שבו הנסיבות מלמדות על קיומה של "כוונה להסתיר" ועל רצונם של המערערים בניתוק הזיקה בין המקור האסור של הכסף לבין המשך השימוש הלגיטימי בו. דוגמה זו נזכרת גם בפסיקתו של בית המשפט הפדראלי לערעורים (של האזור העשירי) בעניין *United States v. Garcia Emanuel*, 14 F. 3d 1469, 1476 (1994) "depositing illegal profits in the bank account של *of legitimate business*".

43. מאחר שבמקרה זה הוכחה קיומה של "כוונה להסתיר" שוב לא נדרשת הכרעה ישירה בשאלה האם "הלכת הצפיות" חלה על סעיף 3(א) לחוק איסור הלבנת הון, שאלה שהושארה בצריך עיון בעניין תענך (שם, בפסקאות 237-238). על כן, גם במקרה זה, ניתן להותירה בצריך עיון. למעלה מן הצורך אוסיף כי לכאורה החלתה של הלכה זו בהקשר הנוכחי היא מתבקשת, בהתחשב בתכליתו של חוק איסור הלבנת הון. חוק איסור הלבנת הון מחיל עצמו, במקרה הרגיל, על מצבים שבהם נעשות עסקאות מורכבות ומתוחכמות שתכליתן הסתרת מקורו של הון שהושג בפעילות עבריינית.

בעסקאות מסוג זה המודעות לאפקט שלהן מעידה, באופן כמעט מתבקש, על קיומה של כוונה. באופן דומה, לא מצאנו להידרש לשאלת היחס שבין סעיפים 3(א) ו-4 לחוק איסור הלבנת הון, סוגיה שלה טענו המערערים, לאחר שקבענו למעלה מכל ספק כי בנסיבות העניין התקיימו יסודותיו של סעיף 3(א), כמוסבר לעיל.

העונש ההולם

44. בכל הנוגע לעונש שהושת על המערערים, עיקר הטיעון נשען על העובדה כי המפיצים – אלו שהפיקו את עיקר רווח – לא הורשעו בעבירות על איסור הלבנת הון וכי עונשו של המערער חמור מעונשם. כן נטען לעניין נסיבותיו האישיות של המערער 1, כמי שגדל בסביבה של עוני, פשע ודחק, וכי למעט עבירה של גרימת חבלה ופגיעה בנסיבות מחמירות שנעברה לפני 15 שנה, הוא מקיים אורח חיים נורמטיבי, נשוי ואב לשניים. עוד נטען שיש ליתן משקל לטענה בדבר אכיפה בררנית במסגרת גזירת הדין, אפילו אם תדחה טענה זו כטענת הגנה במסגרת הכרעת הדין גופה.

45. מנגד, המדינה ממקדת את תשובתה בשונות מעשיו של המערער 1, בתחכמו, בשיטתיות הפעולה שהנהיג ובהשפעות הרוחב של עסקיו, כמי שפעל מול מפיצים רבים. כן נטען כי הנאשמים האחרים הודו בפרשה, בניגוד למערער, וכי בשקלול טעמים אלו ייתכן ואף היה מקום להחמיר עם המערער, ודאי לא להקל עימו.

46. לאחר ששקלנו את טענות הצדדים מצאנו שגם בעניין זה אין להקל עם המערער 1. עונש המאסר שהושת על המערער 1 ארוך אמנם מזה שהושת על המערערים הנוספים בפרשה, אך אין מדובר בפער משמעותי. יתר על כן, לא בכדי הושת על המערער 1 עונש מאסר ארוך יותר. נכון הדבר כי המערער 1 הורשע אך בסיוע להפצת הטבליות המזויפות ולא הורשע בעבירה העיקרית עצמה, אלא שהמערער 1 הוא שאיפשר ויצר את התשתית למספר רשתות הפצה בשונה מרשת אחת ויחידה. המערער 1 היווה גורם בלעדיו אין, ולמצער גורם חשוב, להיתכנות הפצת הטבליות המזויפות. ללא המנגנון המשומן שיצר המערער 1, ללא החיץ שהקים בין המפיצים לשליחים, ללא האנונימיות שהבטיח, יש להניח כי מערך הפצת הטבליות המזויפות היה הרבה פחות יעיל. המערך שיצר המערער 1 כה קרץ למפיצים פוטנציאלים של טבליות מזויפות עד כי הללו התקבצו סביבו כמו דבורים לדבש. יתר על כן, המערער 1 אף הורשע, ובצדק, בעבירה של הלבנת הון, שלא היתה מנת חלקם של כל יתר המערערים בפרשה. כפי שהוסבר, לעבירת הלבנת ההון חומרה מיוחדת שכן בגדרה מנצל העבריין את פירות הפשיעה. טעם זה מהווה טעם נוסף להחמרה בענישתו של המערער 1. על כל אלה יש

להוסיף את העובדה כי המערער 1 ניהל הליך הוכחות שלם (כפי שאמנם היה זכאי), אשר רק בסופו הורשע. לעומת זאת, מעורבים אחרים בפרשה, אשר מעונשם מבקש ללמוד המערער 1, הודו בעבירות שיוחסו להם במסגרת הסדרי טיעון וכך חסכו זמן שיפוטי יקר. לבסוף, אנו מוצאים לדחות את טענתו האחרונה של המערער 1 ביחס לנפקות האכיפה הבררנית שלה הוא טען, מן הטעם הפשוט שזו לא הוכחה, כמפורט לעיל.

47. מכל המקובץ עולה, כי ייתכן שאף היה מקום להחמיר בעונשו של המערער. התוצאה היא שהעונש שקבע בית המשפט קמא יעמוד על כנו. הערעור נדחה על כל חלקיו. המערער 1 יתייצב ביום 14.10.2012, בשעה 10:00, במזכירות בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, לשם ריצוי עונש המאסר שנגזר עליו.

ש ו פ ט ת

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט י' דנציגר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינה של השופטת ד' ברק-ארז.

ניתן היום, כ"ד באב תשע"ב (12.8.2012).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט