



בבית המשפט העליון

ע"פ 5668/13

לפני: כבוד הנשיאה מ' נאור
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט נ' סולברג

המערער: ערן מזרחי

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על גזר הדין של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו
בת"פ 44540-06-12 מיום 4.7.2013 שניתן על-ידי השופט צ'
גורפינקל

בשם המערער: ד"ר גיל עשת, עו"ד

בשם המשיבה: עו"ד יוסי אלון

בשם שירות המבחן
למבוגרים: גב' ברכה וייס

פסק דין

השופט נ' סולברג:

1. במוקד הערעור – הונאת 'פונזי'; שכרה ועונשה.
2. ערעור על גזר הדין מיום 4.7.2013 שניתן בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (השופט צ' גורפינקל) בת"פ 44540-06-12. בהכרעת הדין מיום 18.4.2013 הורשע המערער, על-פי הודאתו, בביצוע שורה ארוכה של עבירות, ובכלל זה 84 עבירות של גניבה בידי מורשה; 101 עבירות של קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות; 28 עבירות של זיוף מסמך בנסיבות מחמירות; 28 עבירות של שימוש במסמך מזויף; 3 עבירות של הוצאת שיק ללא כיסוי; עבירה אחת של גניבה; ועבירות רבות של הלבנת הון. המערער

נדון ל-12 שנות מאסר; 18 חודשי מאסר על-תנאי; וקנס בסך של 300,000 ₪ או 9 חודשי מאסר תמורתו. כמו כן חויב המערער בתשלום פיצוי למתלוננים, לא יותר מ- 258,000 ₪ לכל מתלונן, כפי הקבוע בחוק.

עיקרי כתב האישום

3. כתב האישום, אשר בעובדותיו הודה המערער כאמור, מתאר מסכת ארוכה של מעשי גניבה, הונאה, מרמה וזיוף, מעשים שביצע המערער בתקופה של מספר שנים, באצטלה של פעילות השקעה לגיטימית, כשהוא משפיל ליצור בקפידה מצג שווא שמטרתו לשכנע משקיעים פוטנציאליים בדבר כדאיות ההשקעה.

4. החל משנת 2007 ועד ליום בו נעצר, 28.5.2012 (או בסמוך לכך), הציג עצמו המערער כבעליה של חברת השקעות מצליחה המתמחה בהשקעות בשוק המטבע העולמי (להלן: החברה). המערער רכש, בכזב, את אמונם של משקיעים פוטנציאליים (להלן: המתלוננים), בהבטיחו כי התשואה – גבוהה, הסיכון – נמוך, והכל בפרק זמן – קצר. במסגרת זאת החתים המערער רבים מהמתלוננים על הסכם (להלן: הסכם ההשקעה) אשר אלו הם עיקריו: המערער מתחייב להשקיע את הכספים בהשקעות מטבע-חוץ (להלן: מט"ח) באמצעות חשבונות בנק שייפתחו על-שם של המתלוננים בשווייץ או בישראל; החשבונות יפעלו ב'נאמנות עיוורת' מבלי שלמתלוננים תהיה אפשרות להתערב בשיקול דעתו של המערער; הסיכון לא יעלה על 5-7 אחוזים מסכום ההשקעה; בכסף המושקע יבוצעו אך ורק פעולות שהחברה מורשית לבצע עבור המתלוננים; רווחיו של המערער יהיו בשיעור של 20 אחוזים משיעור התשואה; המתלוננים יוכלו לקבל את כספם בחזרה בכל עת, על-פי הודעה מראש.

5. כדי להגביר את אמינותם של הדברים בעיני המתלוננים, היה המערער מצרף לעתים להסכם ההשקעה עלון מידע ובו פרטים על אודות 'הצלחת' החברה, פירוט אפיקי ההשקעה הסולידיים בהם מושקעים הכספים, והתשואה הגבוהה המובטחת. זאת ועוד, כדי להמחיש בפני המתלוננים את הצלחתו הרבה היה המערער מבליט את רמת החיים הגבוהה ממנה הוא נהנה, ובכלל זה וילה מפוארת שבה הוא מתגורר, מכוניות יוקרה שבבעלותו, וכיוצא באלו סממני עושר.

6. ב'גיוס' משקיעים לא סגי, ועל מנת שההונאה תניב את הרווחים המצופים היה על המערער להמשיך ו'לתחזקה' במשך תקופה ארוכה. לשם כך, היה המערער מציג למתלוננים מסמכים כוזבים אותם זייף, ובהם פירוט על אודות נתוני ההשקעות שנעשו לכאורה בכספים ו'התשואה' שהניבו. במעשים אלו עלה בידי המערער להניח את דעתם

של המתלוננים כי כספם מניב רווחים נאים כפי שציפו, וחלקם אף בחרו להשקיע כספים נוספים על סמך המסמכים שהוצגו להם. השמועה על הצלחתו המסחרית של סוחר המט"ח הצעיר עברה מפה לאוזן, ומתלוננים נוספים הפקידו את מיטב כספם בידיו, מקווים להנות אף הם מפירות ההצלחה.

7. בפועל, לא השקיע המערער את הכספים שקיבל במט"ח או באפיקי השקעה אחרים, וממילא גם לא התקבלה תשואה. הכספים שהתקבלו שימשו את המערער לשני יעדים מרכזיים: האחד, תשלום סכומי כסף למתלוננים השונים מעת לעת ובהתאם לצורך, אשר נועד להניח את דעתם כי העניין מתנהל כשורה. תשלומים אלו נחזו להיות כספי ה'תשואה' על ההשקעה, אך לאמיתו של דבר לא היו אלא השבה חלקית של כספי הקרן שהעבירו המתלוננים מלכתחילה. השני, מימון חיי הראווה והפאר שניהל המערער, לו ולבני משפחתו.

8. על בסיס מצג השווא האמור עלה בידי המערער לגייס 84 משקיעים אשר העבירו לחשבונה של החברה כספים רבים בהזדמנויות שונות באמצעות העברות בנקאיות, שיקים וכסף מזומן, בסך כולל של כ- 47.6 מיליון ₪. בנוסף, על בסיס מצג השווא האמור, גייס המערער 17 משקיעים נוספים אשר העבירו לחשבונה של החברה סך של כ- 10.2 מיליון ₪, וקיבלו מאת המערער כספים מעבר לסכום הקרן שהשקיעו, אשר הוצגו על-ידו כרווחים שהשיא על השקעתם.

עיקרי גזר הדין של בית המשפט המחוזי

9. המערער הורשע כאמור, על-פי הודאתו, בביצוע העבירות המתוארות בכתב האישום. בראשית גזר הדין סקר בית המשפט המחוזי את עיקרי כתב האישום, ומנה, אחד לאחד, את פרטי האישומים השונים המתארים את מעשיו של המערער. לאחר מכן עמד בית המשפט המחוזי בקצרה על עיקרי העדויות השונות שנשמעו לפניו, ובכלל זה עדויותיהם של כמה מהמתלוננים אשר תיארו את המצב הכלכלי הקשה אליו נקלעו בשל מעשיו של המערער, וסיפרו על אודות אורח החיים הראוותני שניהל. כמו כן, סקר בית המשפט המחוזי בתמצית את עדותו של המערער, אשר פרש לפני בית המשפט המחוזי את קורות חייו, את מעשיו נשוא כתב האישום, ואת השתלשלות העניינים אשר הובילה אותו, לדבריו, לעשות את אשר עשה.

10. לאחר מכן בחן בית המשפט המחוזי את טענות הצדדים ביחס לעונש ההולם בנסיבות העניין. מחד גיסא, עמד בית המשפט המחוזי על טענות המשיבה בסיכומיה בדבר הנסיבות המחמירות במעשיו של המערער, ובכלל זה היקפה העצום של ההונאה,

כאשר מתוך 57 מיליון ₪ אותם קיבל המערער מהמתלוננים, 'לקח לכיסו' סכום עתק של כ- 36 מיליון ₪; מספר העבירות הרב וחומרתן; מספר הנפגעים הרב, כמו גם זהותם – חלקם קרובי משפחה או חברים של המערער אשר מעל באמונם, חלקם אנשים מבוגרים שיצאו לגמלאות, מהם חולים, אשר הכסף שאיבדו היה משענתם היחידה לעת זקנה; המניע לביצוע העבירות – מימון חיי הפאר והמותרות של המערער; וכן פרק הזמן הארוך שבו בוצעה ההונאה – למעלה מחמש שנים – המעיד על התכנון, התחכום והשיטתיות שאפיינו אותה. לנוכח האמור סברה המשיבה כי מתחם העונש הראוי לכל עבירה הוא 3-5 שנות מאסר, ולכל אחת מעבירות הלבנת ההון 2-4 שנות מאסר. בסיכומם של דברים עתרה המשיבה לעונש שלא יפחת מ-15 שנות מאסר וקנס בסך של מיליון ₪ או 3 שנות מאסר תמורתו. כמו כן ביקשה המשיבה כי המערער יחויב בתשלום פיצויים למתלוננים.

11. מאידך גיסא, עמד בית המשפט המחוזי על טענות ההגנה בסיכומיה בדבר הנסיבות המקלות בעניינו של המערער, ובכלל זה הודאתו במיוחס לו, אשר חסכה זמן שיפוטי יקר ועוגמת נפש נוספת למתלוננים, שלא נדרשו להעיד; העדר תכנון מצד המערער, אשר "לא התכוון מלכתחילה לרמות איש, אלא נקלע למערבולת של הפסדים עקב חוסר ידע וחוסר נסיון"; סכומי הכסף המשמעותיים שהשיב המערער למתלוננים השונים, לחלקם אף יתר על מה שהשקיעו; שיתוף הפעולה מצד המערער ומאמציו לתיקון מעשיו; וכן נסיבותיו האישיות של המערער המצוי בהליכי גירושין. לעניין העונש ההולם בנסיבות העניין התרעמה ההגנה על העונש החמור לו עתרה המשיבה, אשר עומד הלכה למעשה על 18 שנות מאסר לנוכח אי-יכולתו של המערער לשלם את הקנס. לטענת ההגנה, אין לחרוג ממדיניות הענישה הנוהגת במצבים דומים, בהם מתחם העונש עומד על 4-10 שנות מאסר.

12. על רקע האמור פנה בית המשפט המחוזי לבחון את העונש הראוי בנסיבות העניין, ושקל את טענות הצדדים מזה ומזה, תוך שהוא נדרש, אף כי מ'מעוף הציפור' בלבד, לעקרונותיו של תיקון 113 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין או החוק) אשר נכנס לתוקפו כשנה לפני מתן גזר הדין. בהתייחסו לרמת הענישה הנוהגת במצבים דומים ציין בית המשפט המחוזי כי העניין הקרוב ביותר בנסיבותיו לנידון דידן הוא ע"פ 72/11 אליהו חפץ נ' מדינת ישראל (21.9.2011) (להלן: עניין חפץ), והסתייע בו כנקודת התייחסות לעונש הרצוי. בית המשפט המחוזי קבע כי העובדות והאישומים בעניין חפץ היו דומים במידה רבה מאד לעניינו של המערער, ובאותו עניין נדון חפץ ל-12 שנות מאסר ולקנס בסך של מיליון ₪ או שנת מאסר

תמורתו. בשים לב לתוצאה זו ולנסיבות העניין דנן הגיע בית המשפט המחוזי לכלל מסקנה כי העונש הראוי למערער הוא 12 שנות מאסר; 18 חודשי מאסר על-תנאי; וקנס כספי בסך של 300,000 ₪ או 9 חודשי מאסר תמורתו. בנוסף לכך פסק בית המשפט המחוזי פיצוי לכל אחד מן הנפגעים בהתאם לסכום הגניבה שעליו דיווח, לא יותר מ- 258,000 ₪ לנפגע, שהוא הסכום המקסימאלי שבית המשפט המחוזי מוסמך לפסוק כפיצוי לפי החוק.

מכאן הערעור שלפנינו.

עיקרי טענות המערער

13. לטענת המערער, שגה בית המשפט המחוזי בכך שלא גזר את עונשו בהתאם להוראות תיקון 113 לחוק העונשין, ולא איזן נכונה בין שיקולי הענישה השונים: ראשית, בית המשפט המחוזי לא נדרש לשאלה האם מעשיו של המערער עולים כדי אירוע אחד או מספר אירועים, והעדיר דיון בנקודה זו יצר הלכה למעשה עמדת פתיחה שגויה ומחמירה לרעת המערער. שנית, טעה בית המשפט המחוזי כשלא קבע מתחם ענישה הולם כמצוות סעיף 40ג(א) לחוק. לדבריו, אי-קביעת מתחם ענישה כאמור הובילה לכך שלא ניתן ביטוי נאות בגזר הדין לנסיבות העניין – אלו הקשורות בביצוע העבירה ואלו שאינן קשורות בביצוע העבירה, ואשר יש בהן כדי להקל מחומרתם של המעשים. שלישית, שגה בית המשפט המחוזי כשהחמיר את עונשו של המערער לשם הרתעת הרבים, שעה שכלל לא נקבע מתחם ענישה הולם, ואין ערובה לכך שבית המשפט לא חרג ממתחם זה. רביעית, שגה בית המשפט המחוזי בכך שלא דן כדבעי במדיניות הענישה הנוהגת במצבים דומים, לא נתן משקל מתאים לפסקי דין רלבנטיים, והסתמך באופן בלעדי על פסק הדין בעניין חפץ.

14. בשורה התחתונה, לטעמו של המערער, ישום הוראות התיקון כדבעי היה מוביל לקביעת עונש קל באופן משמעותי מזה שניתן. לשיטתו, מתחם העונש ההולם את מעשיו נע בין 4 ל-10 שנות מאסר, ובנסיבות העניין יש למקם את עונשו בטווח שבין 6 ל-8 שנות מאסר.

15. טענה נוספת של המערער מכוונת לעניין הקנס שהושת עליו. לדבריו, שגה בית המשפט המחוזי בהשיתו קנס ומאסר תמורתו שעה שאף בית המשפט המחוזי הסכים כי יש טעם בטענה ולפיה "הטלת קנס ומאסר ארוך תמורתו, תוביל בהכרח להוספת שנות מאסר", שכן המערער נותר ללא נכסים, וברי כי אין לאל-ידו לשלם את סכום הקנס שנפסק. זאת ועוד, לנוכח תשלום הפיצויים בשיעור הגבוה שהמערער חוייב בו, אשר

קודמים לתשלום הקנס (לפי הוראות סעיף 77(ג) לחוק העונשין), הרי שהלכה למעשה הופך הקנס עילה למאסר נוסף, ותכליתו אינה אלא להוות תמריץ לתשלום הפיצויים, וזאת בניגוד להלכה הפסוקה. נוכח האמור מבקש המערער להורות על ביטול הקנס, ולחלופין להורות על ביטולו של המאסר חלף הקנס.

16. לחלופין טוען המערער כי יש להורות על בטלותו של המאסר חלף הקנס, אשר אותו כבר סיים לרצות, וזאת בשל שורה של פגמים אשר נפלו בהפעלתו, בדגש על אי-מתן התראות כנדרש בטרם הפעלת המאסר.

עיקרי תשובת המשיבה

17. לטענת המשיבה דין הערעור להידחות, שכן בית המשפט המחוזי שקל ואיזן כראוי, בהתאם להוראות תיקון 113, והעונש שהושת על המערער הולם את מעשיו הרעים. לעניין הנסיבות, אלו הקשורות בביצוע העבירות ואלו אשר אינן קשורות בביצוען, הללו קיבלו לטענת המשיבה ביטוי מתאים ונכון בגזר הדין של בית המשפט המחוזי, ואינן מצדיקות את התערבותה של ערכאת הערעור.

18. לעניין הטלת הקנס והמאסר חלף הקנס טוענת המשיבה כי על-פי ההלכה הפסוקה הטלת קנס בעבירות כלכליות היא, ככלל, צעד מתבקש, ואף סניגוריו של המערער הבינו זאת בציינם במסגרת הטענות לעונש כי "אי אפשר להימנע מהטלת קנס". משכך, הטלת הפיצוי ועובדת היותו של המערער בפשיטת רגל, כשלעצמן, אינן עילה להימנע מהטלת קנס. זאת ועוד, לטענת המשיבה, אף שלא הוכח כי נותרו כספים ברשותו של המערער, הרי שגם בית המשפט המחוזי סבר כי "קיים ספק" בדבר, ויתכן אפוא שנותרו אצל המערער כספים המאפשרים לו לעמוד הן בתשלום הקנס, הן בתשלום הפיצויים. עדות למצבו הכלכלי השפיר של המערער ניתן למצוא בכך שבחר לשכור את שירותיהם של שני משרדי עורכי-דין מובילים, חלף שירותיו של סניגור אשר הועמד לייצגו מטעם הסניגוריה הציבורית. כמו כן, לטענת המשיבה, אין להשוות את העניין דנן לפסקי הדין עליהם מסתמך המערער, בהם הוחלט על ביטול הקנס או המאסר תמורתו, שכן בענייננו הקנס שהוטל מרתיע כשלעצמו, וישנה הלימה בין שיעור הקנס למשך תקופת המאסר תמורתו. בנסיבות אלו, אין פגם בהטלת הקנס.

19. בהתייחס לאופן הפעלת המאסר חלף הקנס טוענת המשיבה כי מהבהרות שנתקבלו משירות בתי הסוהר עולה כי פקודת המאסר בגין אי-תשלום הקנס ניתנה בהתאם למועד הקבוע בחוק, והמערער אף חתם עליה. המשיבה "אינה מתעלמת מכך שאפשר וכתוצאה מתקלה נפל בהליך פגם פרוצדורלי", ואולם אין בפגם זה כשלעצמו כדי

להצדיק את ביטולו של המאסר חלף הקנס (ולמעשה קיזוזו, שכן מאסר זה כבר רוצה על-ידי המערער).

דיון והכרעה

20. טענתו המרכזית של המערער, אשר עוברת כחוט השני בין טענותיו השונות בהודעת הערעור, היא כי בית המשפט המחוזי התעלם בגזירת עונשו, כמעט לחלוטין, מהוראות תיקון 113; וכי היצמדות להוראות התיקון, הן מבחינת סדר הניתוח, הן מבחינת מהותו, הייתה מובילה לקביעת עונש קל במידה ניכרת מזה שנקבע בגזר הדין.

21. הלכה ידועה היא, וזו נקודת המוצא, כי "ערכאת הערעור לא תתערב בעונש שהושת על-ידי הערכאה הדיונית, אלא אם העונש סוטה במידה קיצונית מרמת הענישה הראויה, או כאשר נפלה טעות מהותית בגזר הדין, או בנסיבות מיוחדות אחרות אשר יצדיקו חריגה מהכלל" (ע"פ 8641/12 סעד נ' מדינת ישראל (5.8.2013), פסקה 30). הלכה זו נותרה על כנה גם לאחר חקיקתו של תיקון 113 (שם). השאלה המונחת אפוא לפתחנו היא האם ישום הוראות תיקון 113 בענייננו היה מוביל למסקנה כי אכן יש הצדקה להתערב בגזר הדין של בית המשפט המחוזי? בחנתי את נסיבות עניינו של המערער במשקפי תיקון 113, ולא מצאתי עילה לשנות מתוצאת גזר הדין. עונשו של המערער, הגם שחמור הוא, אינו מצדיק את התערבותנו. אדון אפוא בדברים כסדרם, ואשיב על ראשון – ראשון, ועל אחרון – אחרון, כדרך שמורנו תיקון 113.

ריבוי עבירות

22. סעיף 40 לחוק, כותרתו "ריבוי עבירות" וזו הוראתו:

"(א) הרשיע בית המשפט נאשם בכמה עבירות המהוות אירוע אחד, יקבע מתחם עונש הולם כאמור בסעיף 40ג(א) לאירוע כולו, ויגזור עונש כולל לכל העבירות בשל אותו אירוע.

(ב) הרשיע בית המשפט נאשם בכמה עבירות המהוות כמה אירועים, יקבע מתחם עונש הולם כאמור בסעיף 40ג(א) לכל אירוע בנפרד, ולאחר מכן רשאי הוא לגזור עונש נפרד לכל אירוע או עונש כולל לכל האירועים; גזר בית המשפט עונש נפרד לכל אירוע, יקבע את מידת החפיפה בין העונשים או הצטברותם.

(ג) בגזירת העונש לפי סעיף זה, יתחשב בית המשפט, בין השאר, במספר העבירות, בתדירותן ובזיקה ביניהן, וישמור על יחס הולם בין חומרת מכלול המעשים ומידת אשמו של הנאשם לבין סוג העונש, ואם גזר עונש מאסר – לבין תקופת המאסר שעל הנאשם לשאת."

האם יש לראות בעבירות הרבות שביצע המערער אירוע אחד או כמה אירועים נפרדים ורבים? לטענת המערער, לשאלה זו – שלא נדונה על-ידי בית המשפט המחוזי – נודעת חשיבות רבה בענייננו, שכן קביעה כי מדובר במספר רב של אירועים נפרדים, כפי עמדת המשיבה, מובילה הלכה למעשה לנקודת מוצא מחמירה ביותר ולפיה, בחישוב אריתמטי, עונשו של המערער צריך לעמוד על מאות שנות מאסר. הצגת הדברים באופן זה יוצרת את התפיסה המוטעית כי העונש שנגזר על המערער – 12 שנות מאסר – הוא סביר ומידתי בנסיבות העניין; ולא היא. המשיבה מצדה סבורה כי יש לראות את מעשיו של המערער כאירועים נפרדים, ואולם עתרה לעונש של 15 שנות מאסר לכלל האירועים במטרה למנוע מבית המשפט "אריתמטיקה מיותרת של קביעת עונשים בחופף ובמצטבר".

23. כיצד יש לסווג אפוא את מעשיו של המערער? לאחרונה, בעוד עניינו של המערער עודנו תלוי ועומד לפנינו, פרסם משרד המשפטים את תזכיר חוק העונשין (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה – תיקונים שונים), התשע"ו-2015 (להלן: התזכיר). למעלה משלוש שנים חלפו מאז נכנס לתוקפו תיקון 113 לחוק העונשין, והניסיון שהצטבר בתקופה זו הציף כמה וכמה בעיות וקשיים באשר ליישומן של הוראות התיקון. התזכיר מבקש להתמודד עם קשיים אלו, לתקן את הטעון תיקון, לבאר את הטעון ביאור. בטרם ניכנס בעובי הקורה, נזכור ונזכיר את שידענו היטב: התזכיר, נודעת לו כברת דרך עד ש'גדל' ויהיה לחוק. לא מן הנמנע כי עוד ישנה צורתו במידה זו או אחרת. לעת הזאת, אין לנו אלא הדין הקיים, כפי שנחקק וכפי שפורש. יחד עם זאת, יש להניח כי התזכיר משקף נאמנה את רחשי לבו של המחוקק. אך ראוי הוא כי בית המשפט, כפרשנו של החוק, יעשה אוזנו כאפרכסת.

24. ההבחנה בין תרחיש עובדתי שיש לראותו כאירוע אחד, לבין תרחיש עובדתי שיש לראותו ככמה אירועים, עוררה, ועודנה מעוררת, קושי לא מבוטל בקרב העוסקים במלאכת גזירת הדין. קושי זה נעוץ בעובדה שתיקון 113 לא הגדיר את המונח 'אירוע', וממילא גם לא הבהיר כראוי מהו היחס שבין מונח זה לבין המונחים 'מעשה' ו'עבירה', האמורים אף הם בסעיף 40 לחוק (ראו 4910/13 ג'אבר נ' מדינת ישראל (29.10.2014); פסקה 19 לפסק הדין של השופט דנציגר (להלן: עניין ג'אבר)).

25. התזכיר מבקש להתמודד עם אי-בהירות זו, ומציע תיקון המורכב משלושה נדבכים: הנדבך הראשון, עניינו החלפת המונח 'ריבוי עבירות' במונח 'ריבוי מעשים'. מטרתו של תיקון זה "להבהיר את היחס בין המונחים 'עבירה', 'מעשה' ו'אירוע', ולהדגיש כי סעיף זה נדרש אך ורק במקרים של ענישה במצב של ריבוי מעשים" (מתוך דברי ההסבר

לתזכיר; כך גם הציטוטים הנוספים שיובאו להלן בחלק זה, אלא אם צוין אחרת). אי-הבהירות המושגית בהקשר זה, כך מוסבר, הביא לכך שבמספר פסקי דין נקבע כי תחילה יש לבחון האם מדובר באירוע אחד או בכמה אירועים, ורק לאחר מכן לבחון כמה מעשים כולל כל אירוע (עניין ג'אבר, פסקה 8 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז; ע"פ 2519/14 אבו קיעאן נ' מדינת ישראל (29.12.2014) פסקה 7 (להלן: עניין אבו קיעאן)). "הלכה למעשה, סדר הדברים הוא הפוך. תנאי בסיסי לקיומם של מספר אירועים הוא מספר מעשים". התיקון המוצע "ינחה את בית המשפט כי ראשית עליו לקבוע האם בתיק שלפניו בוצעו מספר עבירות שאינן בגדר מעשה אחד, אלא מספר מעשים. ככל שכל פני הדברים, יהיה על בית המשפט לבחון 'האם מהווים המעשים אירוע אחד או כמה אירועים'".

26. הנדבך השני, עניינו הגדרת המונח 'אירוע'. כאמור, החוק במתכונתו הנוכחית אינו מגדיר את המונח 'אירוע', ובהעדר הגדרה ברורה פורש המונח על-ידי הפסיקה. בעניין ג'אבר נקבע בדעת רוב כי עבירות שיש ביניהן קשר ענייני הדוק ואשר ניתן להשקיף עליהן כמסכת עבריינית אחת יחשבו לאירוע אחד (פסקה 5 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז, ופסקה 2 לחוות דעתו של השופט פוגלמן). אשר למהותו של אותו 'קשר הדוק' ציינה השופטת ברק-ארז כי "המובן שיינתן למונח 'קשר הדוק' יתפתח ממקרה למקרה ואין צורך לקבוע אותו באופן קשיח כבר כעת", אך הוסיפה "כי ברגיל קשר כזה בין עבירות יימצא כאשר תהיה ביניהן סמיכות זמנים או כאשר הן תהיינה חלק מאותה תוכנית עבריינית אף כאשר הן בוצעו לאורך תקופת זמן שאינה קצרה (אך מבלי שפרמטרים אלה ימצו את מבחני העזר האפשריים לבחינת עוצמתו של הקשר בין העבירות)" (פסקה 5 לחוות-דעתה; ההדגשה הוספה). השופט פוגלמן הוסיף באותו עניין כי "התיבה 'אירוע אחד' רחבה דיה כדי לכלול גם פעולות עברייניות שבוצעו על פני רצף זמן; כללו מעשים שונים; ביחס לקורבנות שונים; ובמקומות שונים. הכל – כל עוד הם מהווים מסכת עבריינית אחת" (פסקה 2 לחוות-דעתו). גם אנוכי עמדתי לא מכבר על טיבו של מבחן 'הקשר ההדוק', והערתי את אשר הערתי בדבר אופן יישומו הראוי (ע"פ 1261/15 מדינת ישראל נ' דלאל (3.9.2015); פסקאות 13-25 (להלן: עניין דלאל)).

27. בתזכיר מובע חוסר שביעות רצון מן הפרשנות שנתנה הפסיקה למונח 'אירוע' ("המבחנים הרחבים שבהלכת ג'אבר חותרים תחת סעיף ריבוי העבירות"), ומוצעת בו הגדרה שונה, מצומצמת יותר, שאת 'גבולות הגזרה' שלה יש לשרטט באמצעות שני מבחנים: "המבחן הראשון והמרכזי הוא מבחן טכני באופיו אשר בוחן האם המעשים בוצעו בקרבת זמן ומקום". ההיגיון העומד בבסיסו של מבחן זה, כך מוסבר, הוא כי ביצוע מעשים שונים במרחק של מקום וזמן, מבטא מידת אשם מוגברת, אשר צריכה להתבטא

בחלוקה לכמה אירועים; המבחן השני הוא מבחן מהותי באופיו, מטרתו לסייג את המבחן הראשון, והוא מונחה על-ידי שני פרמטרים – זהות האינטרסים המוגנים ומספר הקרבנות. "כך, גם אם המעשים בוצעו בקרבת זמן ומקום, ככל שהמעשים פוגעים באינטרסים מוגנים שונים יותר וככל שמדובר בפגיעות בקרבנות שונים, תגבר ההצדקה לקבוע שמדובר בשני אירועים שונים".

28. הנדבר השלישי, והוא החשוב לענייננו, מטרתו להסדיר מצבים של ריבוי עבירות דומות וחוזרות. כך, מקום בו נקבע – על-פי המבחנים המוזכרים לעיל – כי מדובר בכמה אירועים נפרדים, אך מדובר באירועים דומים אשר בוצעו באופן שיטתי, לאורך זמן, "יהיה רשאי בית המשפט, לאחר ששקל את טיב האירועים וחומרתם, לקבוע מתחם עונש הולם אחד בלבד לכל האירועים" (ההדגשה הוספה). הגיונו של התיקון, על-פי המוסבר, נעוץ בשיקולים רעיוניים ומעשיים כאחד:

"על-פי לשונו של סעיף 40יג, ישנה חובה לקבוע מתחם נפרד לכל אירוע. חובה זאת מעוררת לעיתים קושי מושגי ומעשי כאשר הנאשם מורשע בביצוע עבירות רבות הדומות האחת לשנייה. במקרים כאלה, כדוגמת עבירות מס, עבירות מרמה, ולעיתים אף עבירות חמורות יותר, אין עקרון ההלימה מצדיק בהכרח קביעה של מתחמים נפרדים. על דרך הכלל, מידת האשם של מי שמבצע עבירות דומות באופן חוזר ונשנה ובסמיכות זמנים, נמוכה ממידת האשם של מי שמבצע עבירות לא זהות במרחק זמן זו מזו.

גם מבחינה פרקטית, אין בכך כדי לייעל ולהכווין את שיקול הדעת השיפוטי. החזרתיות על אותו מעשה עברייני מצביעה על הצורך לשיקול ענישה אחודה בעניין, על אף שלא מדובר באותו אירוע. משכך, על פי המוצע, במקרים אלה יהיה לשופט שיקול דעת האם לקבוע מתחם אחד בלבד לכל האירועים הנפרדים, או לקבוע מתחמים נפרדים לכל אירוע. ודוק, קביעת מתחם אחד למספר אירועים אין משמעה שמדובר באירוע אחד. היא משמרת את ההכרה בדבר הפעולה העבריינית המובחנת ובה בעת מאפשרת דרך קלה ונכונה יותר לגזירת הדין, לנוכח הדמיון והחזרתיות" (ההדגשה הוספה).

29. מן הכלל אל הפרט. בחינת עניינו של המערער על-פי מבחן 'הקשר ההדוק' מלמדת כי את מעשיו יש לראות כאירוע אחד. הונאת 'פונזי', כגון זו שביצע המערער, מורכבת על-פי טיבה מפעולות רבות המאופיינות בתכנון, תחכום ושיטתיות, ולפיכך

קשורות זו בזו בקשר ענייני הדוק. הדברים יפים ביתר שאת בהונאה מסוג זה (המכונה גם 'תרמית פירמידה'), במסגרתה – הונאתו של אחד מבוססת על הונאתם של אחרים, ולהפך. טול אחד או יותר ממרכיבי הפירמידה, וערערת את יציבותה של הפירמידה כולה. כמפורט לעיל, המערער נדרש 'לתחזק' את ההונאה באמצעות העברת סכומי כסף שונים לנפגעים במשך השנים, ובכך להניח את דעתם כי השקעתם מניבה תשואה יפה כמצופה. לאמיתו של דבר, לא היו אלו רווחי השקעה, אלא כספים שקיבל המערער מאת נפגעים אחרים. במובן זה, מעשיו של המערער שלובים ואחוזים זה בזה לבלתי-הפרד, פיצולם לאירועים שונים גורע לכאורה מאופיים הייחודי של מעשיו כמכלול, בבחינת 'השלם גדול מסך כל חלקיו', ונכון לראותם כמסכת עבריינית אחת (עניין דלא, פסקה 22). אכן, מעשיו של המערער נעשו ביחס לנפגעים רבים, בזמנים שונים, במקומות מגוונים בפרק זמן ממושך של כ- 5 שנים, ואולם על-פי מבחן הקשר ההדוק אין בכך כדי להפוך את מעשיו של המערער לאירועים נפרדים רבים. זוהי הונאת 'פונזי', וכך יש לראותה. תוצאה זו נתמכת גם על-ידי שיקולים מעשיים, שכן סיווג מעשיו של המערער כאירועים נפרדים היה מחייב את בית המשפט לקבוע למעלה משמונים (!) מתחמי ענישה נפרדים (לכל אחד מן הנפגעים), וקשה להלום תוצאה כזאת, הדורשת מטבע הדברים זמן שיפוטי ומשאבים רבים (ראו גם עניין ג'אבר, פסקה 7 לחוות-דעתה של השופטת ברק-ארז). הנה כי כן, מעשיו של המערער עולים כדי אירוע אחד, ובהתאם – יש לקבוע מתחם עונש אחד בלבד.

30. לעומת זאת, בחינת עניינו של המערער על פי המבחנים המוצעים בתזכיר, מובילה למסקנה כי יש לראות במעשיו כמה אירועים נפרדים. כאמור, מעשיו של המערער נעשו ביחס לנפגעים רבים, על פני תקופה ממושכת, ובמקומות שונים. ברי, כי על-פי המבחן המוצע בתזכיר יש לראותם, למצער את רובם, כאירועים נפרדים, ובהתאם לכך לקבוע מתחם עונש נפרד לכל אירוע ואירוע. יחד עם זאת, מאחר שמדובר במעשים רבים המאופיינים בדמיון וחזרתיות, אזי שיקולי הלימה, כמו גם שיקולים מעשיים – כמפורט בדברי ההסבר לתזכיר שהובאו לעיל – מצדיקים לקבוע בעניינו מתחם עונש אחד.

31. הנה כי כן, אף שהם מובילים לתוצאה שונה לעניין סיווג מעשיו של המערער כאירוע אחד או ככמה אירועים; ב'שורה התחתונה' – הן לפי מבחן 'הקשר ההדוק' שנקבע בפסיקה, הן לפי המבחנים המוצעים בתזכיר – די בקביעת מתחם עונש אחד בלבד. נפנה עתה לקבוע את מתחם העונש ההולם, כמצוות סעיף 40ג(א) לחוק.

32. בקביעת מתחם העונש ההולם יש לבחון שלוש אמות מידה: הערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה ומידת הפגיעה בו; מדיניות הענישה הנוהגת; ונסיבות הקשורות בביצוע העבירה (ע"פ 8641/12 טעד נ' מדינת ישראל (5.8.2013), פסקה 25).

33. במעשיו הרעים פגע המערער פגיעה קשה בערכים חברתיים בסיסיים עליהם מושתת קיומה של חברה תקינה. המערער גנב, רימה, זייף והונה – הכל מתאוות ממון ולמען בצע כסף, תוך שהוא בוגד באמונם של משקיעיו – חלקם קרוביו ומכריו. אכן, המערער לא פגע בגופם של הנפגעים, אלא בממונם 'בלבד', ואולם כל נקל ראש בכך: "אמר רבי יוחנן: בא וראה כמה גדול כוחו של חמס, שהרי דור המבול עברו על הכל, ולא נחתם עליהם גזר דינם עד שפשטו ידיהם בגזל, שנאמר (בראשית, ו יג): 'כִּי מָלְאָה הָאָרֶץ תִּמָּס מִפְּנֵיהֶם, וְהִנְנִי מַשְׁחִיתָם אֶת הָאָרֶץ'" (בבלי, סנהדרין קח, א). אין תקומה לחברה שבה הגזל, המרמה, הכחש והכזב קונים להם שביתה. חובתו של בית המשפט היא להעביר מסר חד וברור כי המחיר בגין מעשים אלו – גבוה. על אחת כמה וכמה נכונים הדברים בענייננו, שהיקף הפגיעה כמו גם תוצאותיהם הקשות של מעשי המערער מצדיקים ואף מחייבים עונש כבד.

34. אמת מידה נוספת היא בחינה של הענישה הנוהגת. מספר פסקי דין שעניינם באירועים דומים הוצגו לפני בית המשפט המחוזי, אשר סבר כי פסק הדין בעניין חפץ הוא הקרוב ביותר לענייננו, ועליו נשען כנקודת התייחסות מרכזית לעניין מידת הענישה הנוהגת. חפץ הציג עצמו כמנהל תיקי השקעות שוויצרי והוליך שולל עשרות אנשים, מרביתם בני משפחה וחברים קרובים, מהם קיבל עשרות מיליוני ₪ תוך הבטחה לתשואה גבוהה. חפץ הודה בעובדות כתב האישום ולבסוף נדון ל-12 שנות מאסר ולקנס בסך של מיליון ₪ או שנת מאסר תמורתו.

35. לטענת המערער, שגה בית המשפט המחוזי בכך שהסתמך באופן בלעדי על פסק הדין בעניין חפץ, שכן ניתן להצביע על הבחנות רבות בין עניינו של חפץ לענייננו: ברשותו של חפץ נותרו כספים אותם החביא ל'יום שאחרי השחרור', גם במחיר של שנות מאסר נוספות; חפץ הציג לנפגעים פרטים כוזבים לגבי עצם זהותו, עיסוקיו והכשרתו; חפץ לא החזיר למי מהנפגעים כספים יותר מכפי השקעתם; בעניינו של חפץ החלו להישמע ראיות; חפץ הורשע בעבירות נוספות של הטרדת עדים ושיבוש הליכי חקירה ומשפט. לנוכח האמור סבור המערער, כי שגה בית המשפט המחוזי משלא ראה את עניינו של חפץ כחמור באופן משמעותי מעניינו-שלו. לא זו אף זו, לטענת המערער, שגה בית המשפט המחוזי משלא נתן משקל מתאים לשורה של פסקי דין רלבנטיים

אשר הוצגו לפניו במסגרת הטיעונים לעונש, בראש ובראשונה דנ"פ 2334/09 פרי נ' מדינת ישראל (23.5.11) (להלן: עניין פרי) וע"פ 2597/04 דויטמן נ' מדינת ישראל (20.11.2006) (להלן: עניין דויטמן) בהם היקף ההונאה – גדול יותר, והעונש שהושת – קל יותר.

36. מנגד, המשיבה טוענת כי עניין חפץ הוא המתאים ביותר לשם השוואה לענייננו, וסומכת ידיה על מסקנותיו של בית המשפט המחוזי. המשיבה הוסיפה וציינה כי בית המשפט המחוזי קבע שמעשיו של המערער חמורים מאלו של חפץ לנוכח היקפה הגדול יותר של ההונאה, אלא שעונשו הוקל בסופו של דבר בשל התחשבות בהודאתו של המערער ובנסיבותיו האישיות.

37. הצורך בבחינת מדיניות הענישה הנהוגה נובע מעקרון אחדות הענישה (העומד כאמור בבסיסו של תיקון 113 כולו), אשר בתורו נגזר מעקרון השוויון בפני החוק (ע"פ 7350/12 פלוני נ' מדינת ישראל (14.1.2013) פסקה 10) (להלן: עניין פלוני). ואולם ישומו של עקרון אחדות הענישה, הלכה למעשה, אינו דבר פשוט כלל ועיקר: טול שתי פרשות דומות במהותן, ולעולם תוכל למצוא בהן את הצד השונה. כל פרשה יחודית היא, ואין עברייני אחד דומה לחברו. איש איש ונסיבותיו, איש איש ורוע מעלליו. קשה עד בלתי-אפשרי לאפיין כל פרשה על-פי אמות מידה ברורות ומהן לגזור את העונש ההולם. אנו, לא במדעים מדויקים עסקינן, אלא בדיני נפשות, אשר מטיבם וטבעם אינם עניין לנוסחאות מתמטיות (שם). אכן, בדיוק לשם כך נתקן תיקון 113, שעניינו הוספת ודאות במקום שזו הייתה חסרה. אולם ודאות אינה נוקשות, ואחידות אינה זהות. יש לשמור על מרחב סביר של שיקול דעת הנתון לבית המשפט הגוזר את העונש. אמת נכון הדבר, עיון בפסקי הדין השונים שהוצגו לפני בית המשפט המחוזי מעלה כי עונשו של המערער נמצא ברף העליון של מדיניות הענישה הנהוגה. יחד עם זאת, אין לומר כי הוא חורג ממדיניות הענישה הנהוגה באופן המצדיק הקלה בעונשו. זאת ועוד, יש לזכור כי "עקרון אחדות הענישה אינו חזות הכל. השיקול בדבר אחידות הענישה הינו שיקול אחד מבין מכלול השיקולים שעל בית המשפט לשיקול על מנת להגיע לתוצאה מאוזנת המגשימה את תכלית ההגנה על עניינו של הציבור והפרט" (שם). לבסוף, ספק בעיני אם פסקי הדין השונים בהם תומך המערער את יתדותיו מבססים 'מדיניות ענישה נהוגה'. גזרי הדין בעניינם של חפץ, פרי ודויטמן ניתנו עובר לתיקון 113 ולא יוסדו על עקרונותיו. במצב דברים זה, משקלה של הטענה בדבר חריגה ממדיניות הענישה הנהוגה אינו גבוה.

38. אמת המידה השלישית עניינה בנסיבות הקשורות בביצוע העבירה. טענתו המרכזית של המערער בהקשר זה היא כי בית המשפט המחוזי לא נתן משקל הולם לכך ש'עוצמת' היסוד הנפשי ('הלך רוח' בלשון) אשר ליווה את מעשיו הייתה נמוכה באופן יחסי, וכי לפני בית המשפט המחוזי הובאה שורה של אינדיקציות המעידות על כך. לטענת המערער, אין לראות בו נוכל מקצועי אשר תכנן תרגיל 'עוקץ' רחב היקף במחשבה תחילה, ומעשיו אינם אלא תוצאה של 'סחרור' מתמשך אליו נכנס, בלא שמצא "את העוצמה הנפשית הפנימית לעצור את מעשיו ואת כדור השלג שהוא עצמו יצר". במסגרת זאת הצביע המערער על כך שבמהלך התקופה בה ביצע את העבירות השיב למתלוננים אחוזים ניכרים מן הכספים שקיבל, לעתים אף במחיר של הגדלת היקף התחייבויותיו האישיות, ובשלב מסוים אף פנה לאפיקים עסקיים נוספים בניסיון להפיק רווחים כדי להשיב למתלוננים את כספם. כמו כן, המערער ציין את קביעתו של בית המשפט המחוזי כי אין ראייה לכך שנותרו בידיו כספים, עובדה המלמדת אף היא על כך שמעשיו אינם בגדר תכנית הונאה מחושבת, ועל העדר מניעים פסולים.

39. מנגד, טוענת המשיבה כי יש לדחות טענה זו מכל וכל, שכן היא עומדת בסתירה להודאתו של המערער בכתב האישום, ומה גם שנסיבות ביצוע העבירה מעידות באופן חד וברור על כך שמעשיו של המערער תוכננו בקפידה, ובכלל זה: היקפה האדיר של ההונאה; משכה; חיי הפאר והמותרות שניהל המערער על חשבון המתלוננים, דבר המעיד על מניעיו; ופעולותיו הרבות של המערער להסוות את מקור הכסף ויעדו. זאת ועוד, בהתייחס לטענה כי במהלך תקופת ההונאה השיב המערער חלק ניכר מן הכספים לנפגעים, טוענת המשיבה כי בכך אין כל רבותא, שכן השבת כספים לנפגעים ב'זמן אמת' היא חלק מטיבה של הונאת 'פונזי'. כספים אלו, הנחזים להיות כתשואה על ההשקעה, הם אלו המניעים את גלגלי ההונאה ומדרבנים את הנפגעים להמשיך ולהעביר ליוזם ההונאה כספים נוספים ולהמליץ על תכנית ההשקעה באוזני מכריהם. אלמלא השבה חלקית של הכספים במהלך תקופת ההונאה היה דבר המרמה מתגלה מוקדם הרבה יותר, ומשכך אין לראות בהשבת הכספים נסיבה מקלה כלל ועיקר.

40. נאמנות עלי טענות המשיבה. אכן, מטבע הדברים, הונאה בסדר גודל כזה, הנמשכת על פני שנים, אינה עשויה מקשה אחת, ואפשר שתצריך סטייה מהתכנון המקורי בהתאם להתפתחויות. ברם, אין בכך כדי לשנות מן התמונה הכוללת כפי שהיא מצטיירת מכתב האישום, ולפיה המערער הגה, תכנן וביצע הונאה בהיקף אדיר, כאשר הוא מבין היטב את משמעות מעשיו. בניגוד לטענתו, בידיו של המערער היה לחדול

בכל שלב ממעשיו, להתוודות, ובכך למנוע נזק נוסף מהנפגעים, אלא שלמרבית הצער לא כך עשה, ותחת זאת המשיך לנהל חיי פאר ועושר על חשבון הנפגעים.

41. נוסף על התכנון, ניתן דעתנו על הנזק הרב שהסבו מעשיו הרעים של המערער לנפגעים. רבים רבים נותרו מחוסרי כל לאחר שהמערער גנב מהם את כל חסכוניותיהם. מהם איבדו את מה שהותירו למחייתם לעת זקנה, ועתה אינם יודעים מאין יבוא עזרם. המערער טוען כי אין בידו כספים נוספים להשיב לנפגעים, ובכך למעשה מודה כי "מִעֲנַת לֹא יוּכַל לְתַקֵּן וְתִסְרֹן לֹא יוּכַל לְהַמְנוֹת" (קהלת, א טו). עוד חשוב לציין: בשעה שלקח המערער את הכסף מהנפגעים, ידע היטב כי אין בכוונתו להשקיע כספים אלו כלל, וכי כספים אלו נועדו לשם סיפוק מאוייו החומריים, שלו ושל בני משפחתו. אף על-פי כן, לקח ולא חמל. הנה כי כן, הסיבות שהביאו את המערער לבצע את העבירות אינן שאיפות עסקיות לגיטימיות כשלעצמן, אף לא מטרות אחרות שהיה בהן כדי 'לקדש' את האמצעים. שאיפתו היחידה של המערער הייתה לאפשר לו ולבני משפחתו להנות מרמת חיים גבוהה, הנגועה בפזרנות ובזבזנות, והכל על חשבונם של משקיעים תמימים שנתנו בו אמון.

42. לאחר שקלול של אמות המידה כמפורט עד כה, באתי לכלל מסקנה כי מתחם העונש ההולם את מעשי העבירות שביצע המערער נע בין 8 שנים ברף התחתון, לבין 12 שנים ברף העליון.

גזירת העונש

43. משקבענו את מתחם העונש ההולם, נותר לקבוע את העונש המתאים למערער בתוך מתחם זה. כאן המקום להתחשב בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה. לטענת המערער עומדות לו כמה נסיבות לקולא, ובכללן העובדה שבחר להודות במעשיו בשלב מוקדם של ההליך, דבר שחסך זמן שיפוטי יקר והטרדה נוספת של הנפגעים; הביע חרטה על מעשיו; והעובדה שאינו נושא באמתחתו עבר פלילי. המערער ציין גם את הפגיעה הקשה שהסבו ההליכים המשפטיים למשפחתו, ואת מאמציו לשיקום ולתיקון מעשיו, בדגש על שיתוף הפעולה עם כונס נכסיו ועם חלק מן הנפגעים המנהלים תביעה אזרחית נגד הבנק בו ניהל המערער את החשבונות (לחיצוק טענתו האחרונה ביקש המערער להגיש כראיה מכתב מטעם עורך הדין המייצג את הנפגעים בתביעתם). מנגד טוענת המשיבה, כי במהלך חקירתו במשטרה, כאשר עוד ניתן היה לאתר חלק מן הכספים, סירב המערער לשתף פעולה עם חוקריו, וכי כונס הנכסים טען אף הוא בעדותו שהמערער סירב לשתף עמו פעולה ולמסור מידע על אודות נכסיו.

בנסיבות אלו, קשה לראות בשיתוף הפעולה של המערער עם עורך-דינם של הנפגעים המנהלים תביעה נגד הבנק משום הצדקה להקלה בעונשו.

44. שיקול נוסף שיש ליקח בחשבון בשלב זה, ואשר בית המשפט המחוזי דן בו הוא 'הרתעת הרבים'. בית המשפט המחוזי ציין כי יש "להרתיע את ציבור הרמאים", ולהבהיר כי על מעשי מרמה וגניבה כגון דא "לא יעברו לסדר היום, והגמול בגין זאת יהיה בצורת ענישה חמורה ומכאיבה".

45. בשקלול הדברים סבר בית המשפט המחוזי כי יש לבפר את הצורך בהרתעת הציבור על-פני עניינו האישי של המערער, ומשכך החמיר בעונשו חרף הנסיבות המקלות. דעתי כדעתו של בית המשפט המחוזי. מעשיו של המערער חריגים בחומרתם, הן בהיקף ההונאה, הן בשיעור הנזק. גם טענותיו של המערער על מאמציו להשתקם, החיוביים כשלעצמם, אינם מצדיקים הקלה בעונשו. כפי שצוין בתסקיר שירות המבחן, עדיין "דרוש תהליך טיפולי ארוך ואינטנסיבי" עד שיוכל המערער להבין לעומק את "משמעות הנזק המאסיבי שגרם לקורבנותיו". המסר צריך אפוא להיות ברור: ידע כל המבקש לעשות מלאכתו רמייה, כי אף שה'תשואה' גבוהה, הסיכון והמחיר גבוהים כפליים.

46. סיכומם של דברים, בחינת הערכים החברתיים בהם פגע המערער; הענישה הנהוגה; נסיבות העניין – אלו הקשורות בביצוע העבירה ואלו שאינן קשורות; והצורך בהרתעת המערער ואחרים שכמותו – מחייבים את המסקנה כי על עונשו של המערער להיות חמור ומרתיע. אכן, העונש שגזר בית המשפט המחוזי חמור ביותר, ונמצא ברף העליון של מתחם העונש. יחד עם זאת, בנסיבות העניין, אינני סבור כי יש בכך כדי להצדיק את התערבותנו בגזר הדין, ועל כן יש להשאיר את עונשו של המערער על כנו, קרי – 12 שנות מאסר.

הקנס והמאסר תמורתו

47. המערער טוען כי שגה בית המשפט המחוזי בהשיתו קנס ומאסר תמורתו שעה שאף בית המשפט המחוזי הסכים כי בנסיבות העניין יש טעם בטענה ולפיה "הטלת קנס ומאסר ארוך תמורתו, תוביל בהכרח להוספת שנות מאסר". כמו כן, טוען המערער כי לנוכח העובדה שתשלום הפיצויים קודם על-פי החוק לתשלום הקנס, ובהינתן סכום הפיצויים הגבוה בו חוייב, הרי שהלכה למעשה הופך הפיצוי להיות עילה להטלת מאסר נוסף, וזאת בניגוד להלכה הפסוקה.

48. כאמור, המערער עשה את אשר עשה למען בצע כסף, ואמנם עלה בידו לגנוב מן הנפגעים סכום כסף בשיעור גבוה ביותר המגיע לכדי עשרות מיליוני ₪. מן המפורסמות הוא, כי הטלת קנס היא חיונית ומתבקשת דווקא במעשים מעין אלו:

“עניינו של הקנס בגמול, ובמיוחד בהשגת הרתעה כלכלית, למנוע מן העבריין להפיק רווח מביצוע עבירה... חשיבות מיוחדת נודעת לקנס בעבירות שבהן קמה למבצע טובת הנאה חומרית, ובעבירות שבעטיין נגרם נזק ממוני לזולת. הקנס מבקש לאיין טובת הנאה זו ואף להסב הפסד ממוני ניכר לעבריין, עד פי ארבעה מאותה טובת הנאה (סעיפים 61, 63(א) ו-63(ב) לחוק העונשין). הקנס נועד להתריע על שער בת רבים כי הפשע אינו משתלם. הציפייה היא לכך שהקנס יועיל למניעת רצידיביזם אצל העבריין, ולהרתעת אחרים שכמותו מלילך בעקבותיו” (דברי ברע”ב 1049/15 נזרי נ’ שירות בתי הסוהר (18.6.2015) פסקה 29).

49. בנדון דידן, נוכח חומרת המעשים והיקפם, הדברים נכונים ביתר שאת, ואף סנגוריו של המערער הבינו זאת בציינם במסגרת הטענות לעונש כי “אי אפשר להימנע מהטלת קנס”. אלא שהשתת קנס אינה נעשית בחלל ריק, ויש ליתן את הדעת ליחס שבין הקנס לבין רכיבים אחרים בגזר הדין כמו גם לנסיבות רלבנטיות. טענותיו של המערער מניחות לפתחנו שתי שאלות מהותיות המחייבות בחינה: ראשית, האם יש לראות את הקנס והמאסר תמורתו כיוצרים הלכה למעשה תמריץ עבור המערער לשלם את הפיצוי לנפגעים? שנית, האם גובה הקנס והמאסר תמורתו הולמים וראויים לנוכח מצבו הכלכלי של המערער?

50. על-פי ההלכה הפסוקה “אין זה ראוי להטיל קנס, ומאסר תמורתו, שתכליתם האחת והיחידה היא תשלום הפיצויים” (ע”פ 2143/10 שלום נ’ מדינת ישראל (20.1.2011) פסקה 9) (להלן: עניין שלום). זאת, שכן “אילו חפץ המחוקק בקביעת מאסר כאמצעי להבטחת תשלום הפיצויים היה עושה כן במפורש” (ע”פ 4782/97 בטימי נ’ מדינת ישראל (4.11.1998) פסקה 3; ראו גם ע”פ 8458/11 שובל נ’ מדינת ישראל (11.9.2013) פסקה 8 (להלן: עניין שובל) וע”פ 4190/13 סמואל נ’ מדינת ישראל (18.11.2014) פסקאות 126-128). יצוין כי הפסיקה הדגישה שהבחינה בהקשר זה היא אובייקטיבית, וכי “גם אם לא הייתה כוונה לעשות שימוש בקנס ומאסר תמורתו כ’מנגנון’ להבטחת תשלום הפיצויים, אך עקב נסיבות המקרה זו התוצאה המעשית של הטלת מאסר חלף קנס, אין מקום להטיל מאסר” (עניין שלום, שם; וכן עניין שובל, שם). המערער מבקש להיבנות

מהלכה זו, וטוען כי הקנס שבו חוייב, והמאסר תמורתו, אינם אלא תמריץ לתשלום הפיצויים, ומשכך אחת דינם – להתבטל.

51. סבורני כי אין הנדון דידן דומה לפסקי הדין בהם תומך המערער את טענתו. בכל אותם עניינים ניתן להצביע על חוסר הלימה מובהק בין רכיבי הענישה השונים – המאסר, הקנס, המאסר חלף הקנס והפיצוי – באופן שמתקבל הרושם החד-משמעי כי מטרתו של הקנס אינה אלא להבטיח את תשלום הפיצויים. מסלול עוקף – מאסר תמורת פיצוי – אינו קבוע בדין, ואותו ביקשה הפסיקה למנוע. בענייננו, לעומת זאת, גובה הקנס כשלעצמו; היחס בינו לבין משך המאסר תמורתו; והיחס בין משכו של המאסר חלף הקנס לעונש המאסר שנגזר על המערער – הולם ומידתי. הקנס שהושת על המערער והמאסר תמורתו הם אפוא בבחינת 'חי הנושא את עצמו', ואין לראות בהם תמריץ לתשלום הפיצויים.

52. אשר לשאלה השנייה, דומני כי הקנס שהושת הולם את מצבו הכלכלי של המערער, ולמצער אינו חורג מן הסביר באופן המצדיק את התערבותו. סעיף 40ח לחוק העונשין קובע כי בהשיתו קנס, שומה על בית המשפט להתחשב, נוסף על השיקולים המנויים בסעיף 40ג(א) לחוק העונשין, במצבו הכלכלי של הנאשם לצורך קביעת מתחם הקנס ההולם. גם בפסיקה מקובל העיקרון כי על בית המשפט הגוזר קנס ומאסר תמורתו להתחשב במצבו הכלכלי של הנאשם:

"ראוי כי תימצא קורלציה בין גובה הקנס והמאסר הנגזר במקומו לבין יכולתו הכלכלית האמיתית של הנאשם לעמוד בתשלום הקנס, לבל יהווה המאסר שבמקומו תוספת עקיפה לתקופת המאסר הרגיל, אלא אמצעי שנועד בעיקרו להמריץ את הנאשם לשלם את הקנס שהוטל עליו... על-כן נדרשת... הבחנה בין נאשם בעל יכולת כלכלית המסוגל לעמוד בתשלום קנס (ובכלל זה מי שהבריח את נכסיו כדי לחמוק מתשלום), לבין מי שאין ידו משגת באופן אמיתי לעמוד בתשלום. על היקף המאסר במקום הקנס שיוטל – אם יוטל – להיגזר באורח ישיר מההערכה האמורה" (ע"פ 5023/99 חכמי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 406, 429 (2001); ההדגשות הוספו – נ' ס'; ראו גם ע"פ 7159/13 ברזילי נ' מדינת ישראל (16.3.2015) פסקה 11).

53. בענייננו, אף שבית המשפט המחוזי לא קבע מהו מתחם הקנס ההולם בנסיבות העניין, הרי שהוא כן נתן דעתו לשאלת מצבו הכלכלי של המערער, ובהשיתו את הקנס ציין כי הוא מבקש "למנוע מצב של הטלת מאסר חלף הקנס, כאשר ברור שהמאסר ימומש". דברים אלו אמר בית המשפט המחוזי למרות קביעתו כי קיים ספק אם אמנם נשארו בידי המערער כספים מכספי הנפגעים, וחרף אמירתו כי "יש טעם בטענת הסנגורים כי הטלת קנס ומאסר ארוך תמורתו, תוביל בהכרח להוספת שנות מאסר בגין אי תשלום הקנס". על רקע האמור דומני כי לשיטת בית המשפט המחוזי גובה הקנס שהושת והמאסר תמורתו מבטאים איזון ראוי בין ההכרח להשית קנס בגין עבירות מעין אלו שביצע המערער מצד אחד, הספק אם אמנם נותר ברשותו של המערער כסף מכספי הנפגעים מצד שני (ודוק: בית המשפט המחוזי לא קבע באופן פוזיטיבי כי נחה דעתו שאכן לא נותרו בידי המערער כספים נוספים), ושיעור הפיצוי בו חויב המערער מצד שלישי. משאָלו הם פני הדברים, לא מצאתי עילה להתערבותנו בעניין זה.

אופן הפעלת המאסר חלף הקנס

54. אין זה ברור כיצד נשתרבו עניין זה לערעור דנן. טענות המערער במישור זה, מטיבן ומטבען, אינן מענייננו של המשפט הפלילי אלא של המשפט המנהלי. אלא שהמערער טען, המשיבה מצדה השיבה לגופם של דברים, ואף בית משפט זה קבע בהחלטתו מיום 19.11.2014 ביחס לבקשת המערער לעיכוב ביצוע תשלום הקנס כי "מוסכם על הצדדים כי כל טענות המבקש [המערער – נ' ס'] – לרבות הטענה בדבר הפעלה שלא כדין של פקודת המאסר חלף קנס – שמורות לו ואלה תתבררנה בשלב הערעור". גם אנוכי לא נתתי דעתי לעניין זה עד לשלב כתיבת פסק הדין. כך או אחרת, אין זה נכון כי בית משפט זה בשבתו כערכאת ערעור על בית המשפט המחוזי בעניינים פליליים ידון אגב הערעור גם בסוגיות מנהליות שהתעוררו לאחר מתן פסק הדין, וקשורות בענייננו של המערער. דרך המלך שנקבעה בחוק לעניין זה היא הגשת עתירה לבית המשפט המחוזי, אשר על החלטתו ניתן לערער לפני בית משפט זה אם ניתנה רשות לכך (ראו סימן ח'1 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971; להלן: פקודת בתי הסוהר).

55. מכל מקום, בנסיבות העניין, ומאחר שהדברים כבר הובאו לפנינו, ראיתי לנכון להמליץ כך: לנוכח העובדה שאף המשיבה מודה שנפל בהליך הפעלת המאסר חלף הקנס פגם פרוצדורלי, ומאחר שהמערער גם כך מרצה תקופת מאסר ממושכת, סבורני כי תהיה זו פשרה הוגנת בנסיבות העניין לקבוע כי תקופת המאסר שכבר ריצה המערער חלף הקנס תהא בטלה; 9 חודשי המאסר שאותם ריצה המערער חלף הקנס יזקפו לזכותו לעניין עונש המאסר הרגיל; למערער תינתן שהות נוספת של כחצי שנה לשלם

את הקנס שהושת עליו; ואם בתום המועד שיוקצב לו לא ישלם המערער את הקנס, או אז יופעל המאסר חלף הקנס בהתאם להליך המקובל.

56. ככל שיסרב מי מהצדדים להמלצתי, תהא שמורה לו למערער הזכות להגיש עתירה לבית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים ככל משפטה וחוקתה של פקודת בתי הסוהר.

סוף דבר

57. אשר על כן, אציע לחברי לדחות את הערעור, ולהמליץ לצדדים את אשר המלצתי לעניין טענותיו של המערער בדבר אופן ביצועו של המאסר חלף הקנס.

ש ו פ ט

הנשיאה מ' נאור:

1. אני מסכימה לתוצאת פסק-דינו של חברי, השופט נ' סולברג, שלפיה יש לדחות את הערעור על גזר הדין. אוסיף כמה הערות משלי לעניין סיווג העבירות שביצע המערער כ"אירוע אחד" או כ"כמה אירועים".

2. בדומה לחברי, אני סבורה כי בענייננו קיימת זיקה עניינית בין העבירות שביצע המערער, זיקה הנובעת בעיקר מהנסיבות המיוחדות המאפיינות את המקרה דנן, ובהן סוגה וטיבה של ההונאה שבוצעה ("הונאת פונזי"). קיומה של זיקה זו תומך במסקנה כי יש לסווג את העבירות כ"אירוע אחד" (ראו והשוו: ע"פ 4910/13 ג'אבר נ' מדינת ישראל (29.10.2014) (להלן: עניין ג'אבר); רע"פ 4760/14 קיסלמן נ' מדינת ישראל (7.5.2015)). מנגד, לא ניתן להתעלם במקרה שלפנינו מהתקופה הארוכה שבמהלכה בוצעו העבירות – משנת 2007 ועד ליום 28.5.2012 – וממספר הנפגעים הרב (101 משקיעים). נתונים חריגים אלה מטילים את הכף, לכאורה, אל עבר ראיית העבירות הרבות שביצע המערער כמספר אירועים נפרדים (ראו והשוו: ע"פ 1082/14 ג'סאר נ' מדינת ישראל (23.7.2015) (להלן: עניין ג'סאר), שבו ציין השופט נ' הנדל כי לגישתו, יש להתחשב בפרמטרים של נפגעי העבירה, מועד ביצוע העבירה ואופני תכנון שונים; אך השוו לדבריה של השופטת ד' ברק-ארז שם, להם הסכים השופט צ' זילברטל, המשקפים גישה שונה). כחברי, אף אני סבורה כי במסגרת סיווג העבירות כאירוע אחד או כמספר אירועים, יש לשקול גם את הקושי בקביעת מתחמי ענישה נפרדים רבים. עם

זאת, דומה כי במקרה זה, שבו דפוס המעשים זהה, קושי זה יכול היה לבוא על פתרונו בדרך של קביעת מתחמי ענישה זהים לכל אחד מהאירועים, והטלת עונש כולל (השוו: ע"פ 2626/13 אל צופי נ' מדינת ישראל, פסקאות 14-15 לפסק-דין (6.1.2015) (להלן: עניין אל צופי)).

מכל מקום, אין צורך לדעתי להכריע בכך במקרה דנן. לפי ההלכה הפסוקה, גם כאשר כמה מעשים נחשבים כחלק מאירוע אחד, הרי שבקביעת מתחם הענישה יש להתחשב במספרם ובחומרתם של המעשים (ראו, למשל: עניין ג'אבר, פסקה 9 לפסק-דין של השופט ד' ברק-ארז). כפי שהראה חברי, במקרה שלפנינו היקפן של העבירות, התכנון שאפיין אותן והנזק שהסבו לנפגעים רבים, מצדיקים שלא להתערב בגזר-דינו של בית המשפט המחוזי (ראו והשוו: עניין ג'טאר, פסקה 31 לפסק-דין של השופט ד' ברק-ארז). לכן, גם בהנחה שהייתה מתקבלת טענת המערער – שלפיה קביעה כי מדובר באירוע אחד תוביל לנקודת מוצא פחות מחמירה – אין בכך כדי לסייע לו בנסיבות העניין.

גם לו היינו קובעים כי מדובר במספר אירועים, שבגינם יש להטיל כאמור עונש כולל, לא הייתה משתנה מסקנה זו. במסגרת קביעתו של עונש כולל בגין כמה אירועים, על בית המשפט להתחשב, בין היתר, במספר העבירות, בתדירותן ובזיקה ביניהן (סעיף 40יג(ג) לחוק העונשין; עניין אל צופי). שקילת פרמטרים אלה מובילה לתוצאה זהה, קרי כי אין מקום להתערבות בגזר הדין.

3. אכן, צודק המערער בטענתו שלפיה בית המשפט המחוזי גזר את עונשו מבלי ליישם כלשונן את הוראות תיקון 113 לחוק העונשין, ומן הראוי היה לעשות כן. אולם, מקובלת עליי מסקנתו של חברי, שלפיה במקרה שלפנינו אין די בכך כדי להוביל לקבלת הערעור.

4. בנתון להערוך אלה, אני מצטרפת כאמור לתוצאה אליה הגיע חברי, השופט נ' סולברג, כי דין הערעור להידחות.

ה נ ש י א ה

השופט נ' הנדל:

1. אני מסכים לפסק דינו של חברי השופט נ' סולברג. אתייחס בקצרה להערותיו הראויות לעניין ריבוי עבירות, נוכח חשיבותה הכללית של הסוגיה. חשיבות זו נגזרת מסעיף 40ג לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק), הקובע:

40ג. (א) הרשיע בית המשפט נאשם בכמה עבירות המהוות אירוע אחד, יקבע מתחם עונש הולם כאמור בסעיף 40ג (א) לאירוע כולו, ויגזור עונש כולל לכל העבירות בשל אותו אירוע.

(ב) הרשיע בית המשפט נאשם בכמה עבירות המהוות כמה אירועים, יקבע מתחם עונש הולם כאמור בסעיף 40ג (א) לכל אירוע בנפרד, ולאחר מכן רשאי הוא לגזור עונש נפרד לכל אירוע או עונש כולל לכל האירועים; גזר בית המשפט עונש נפרד לכל אירוע, יקבע את מידת החפיפה בין העונשים או הצטברותם.

(ג) בגזירת העונש לפי סעיף זה, יתחשב בית המשפט, בין השאר, במספר העבירות, בתדירותן ובזיקה ביניהן, וישמור על יחס הולם בין חומרת מכלול המעשים ומידת אשמו של הנאשם לבין סוג העונש, ואם גזר עונש מאסר – לבין תקופת המאסר שעל הנאשם לשאת.

עינינו רואות כי המחוקק שם זרקור על המונח אירוע. ככל שנאשם הורשע במספר עבירות, שהן אירוע אחד, על בית המשפט לקבוע מתחם עונש אחד לאירוע הכולל (סעיף 40ג (א) לחוק). ואולם, ככל שהעבירות מהוות מספר אירועים, על בית המשפט לקבוע מתחם עונש הולם לכל אירוע ואירוע. עם זאת, העוקץ הוצא מן ההבדל במובן זה שלאחר קביעת העונש ההולם לכל אירוע, רשאי בית המשפט לגזור עונש נפרד לכל אירוע או לחילופין עונש כולל. תהיה התוצאה המעשית אשר תהיה, המחוקק מדריך את בית המשפט לקבוע עמדה בשאלה האם מדובר באירוע אחד או במספר אירועים, כאשר עסקינן בריבוי עבירות. דא עקא, המחוקק לא פירש – אירוע מהו. הצבעתי על חסר זה בעבר, וציינתי כי בהעדר אמרה מפורשת מטעם המחוקק יש לשאוף למבחן "ברור, מובן וקל ליישום ככל הניתן". אף הבעתי תקווה "שהניסיון הפסיקטי יעשה את שלו, וניתן יהא לנסח מבחן קונקרטי להבדיל ממבחני עזר כגון השכל הישר או ניסיון החיים" (ע"פ 2519/14 אבו קיעאן נ' מדינת ישראל (29.12.2014)).

2. על רקע דברים אלה, תזכיר חוק העונשין (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה – תיקונים שונים), תשע"ו-2015, שמתייחס לסוגיית אירוע מהו ואף קורא

לשינויים, הוא צעד מבורך. התזכיר חשוב בעיניי במיוחד בשל שתי סיבות. הראשונה, משום שהובאה בו הסתייגות מע"פ 4910/13 ג'אבר נ' מדינת ישראל (29.10.2014), בגדרו קבעה השופטת ד' ברק-ארוז, אליה הצטרף באופן כללי השופט ע' פוגלמן, ובניגוד לדעתו של השופט י' דנציגר, את מבחן הקשר הענייני ההדוק. בתזכיר נכתב כי המבחנים הרחבים שבהלכת ג'אבר חותרים תחת מטרת סעיף ריבוי העבירות (עיקר 3 בעמ' 5 לתזכיר). מבחן רחב טמונים בו יתרונות, אך בעיניי, הרקמה פתוחה מדי, ולטעמי, כפי שיובהר, הוא אינו נותן די משקל לבחינת האירוע מנקודת מבטם של נפגע העבירה וליתר דיוק – נפגעי העבירה.

3. עניין זה מוביל לסיבה השנייה שבגינה סבורני כי התזכיר חשוב. וכך נקבע בתזכיר:

"הניסיון שהצטבר בפסיקת בתי המשפט מצביע על צורך בשלושה תיקונים מרכזיים לסעיף הקיים. ראשית, מוצע להחליף את המונח "ריבוי עבירות" המשמש בסעיף הקיים במונח "ריבוי מעשים". שנית, מוצע לקבוע בחוק הגדרה למונח אירוע. שלישית, מוצע לקבוע כי במקרים של עבירות חוזרות דומות המהוות אירועים נפרדים, ניתן יהיה לקבוע מתחם עונש אחד בלבד" (שס).

כמובן לא ניתן ליישם תזכיר חוק, כאילו חוק הוא. אך, לנוכח החסר בהגדרת המונח אירוע, נראה כי ניתן להיעזר כבר היום בנקודה השנייה בתזכיר אשר קובעת כך:

"מוצעת הגדרה מצומצמת יותר מזו שבפסיקה למונח אירוע, באמצעות שני מבחנים. המבחן הראשון והמרכזי הוא מבחן טכני באופיו אשר בוחן האם המעשים בוצעו בקרבת זמן ומקום. כאשר אדם מבצע מעשה במקום ובזמן מסוימים ואז מבצע מעשה במקום או בזמן אחר, זהו ביטוי למידת אשם מוגברת, אשר צריכה להתבטא בחלוקה לאירועים נפרדים. המבחן האחר הוא מבחן מהותי, הבא לסייג את המבחן הטכני ולאפשר חלוקה לאירועים למרות קרבה בזמן ובמקום. למבחן זה שני פרמטרים – זהות האינטרסים המוגנים ומספר הקרבנות. כך, גם אם המעשים בוצעו בקרבת זמן מקום, ככל שהמעשים פוגעים באינטרסים מוגנים שונים יותר וככל שמדובר בפגיעות בקרבנות שונים, תגבר ההצדקה לקבוע שמדובר בשני אירועים שונים" (שס).

סבורני כי מבחן זה עשוי להביא תועלת. הוא מבטא את המתח בין המבחן הפורמאלי – סמיכות זמן ומקום – לבין המבחן המהותי-ערכי יותר – זהות האינטרסים המוגנים ומספר הקרבנות. כך יאה לעקרון ההלימה, שהוא עקרון העל הקבוע בסעיף 113 לחוק.

תוצאה כזו משקללת את חווית הנאשם ואת חווית הנפגע. כמובן גישה זו תפתח שאלות יישומיות חדשות בדבר המיקום של שני המבחנים באשר לאירוע מסוים, אך לדעתי מוטב בשלב זה, בהעדר הגדרה על פי דין, להתקדם במסלול זה [לסקירה יסודית ומעניינת לגבי סעיף ריבוי עבירות, לרבות תזכיר החוק, ראו: דיקלה ואקי "בין ריבוי אירועים לריבוי עבירות" משפט מפתח (3) 9, 100 (2015)].

4. כאמור, אני מצטרף לדעתו של חברי השופט נ' סולברג.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק הדין של השופט נעם סולברג.

ניתן היום, ז' באדר ב' התשע"ו (17.3.2016).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א ה