

## פרסום אודות עברה או פרסום בשל עברה?

על בעיית הכללת החסר בחוק חילוט רווחים מפרסומים שעניינם עברות

### צחי קרן-פז\*

- א. הצגת הבעיה
  1. פרסום וניצול מוניטין
  2. החוק המקורי של מדינת ניו-יורק ומעמדו החוקתי
  3. חקיקה מדינתית בארצות-הברית והפסיקה שדנה בה
  4. חקיקה במדינות אחרות
  5. פרשת Blake
- ב. סקירת החוק
- ג. הערכה ביקורתית
  1. איתור הרצינול המצדיק חילוט רווחים מפרסומים אודות עברה והיקף פריסתו
    - 1.1 פיצוי הנפגע?
    - 1.2 הפגם נעוץ בהתעשרות ולא בתוכן הפרסום
    - 1.3 חילוט רווחי עברה אינו ענישה
    - 1.4 מימוש המוניטין כאקט עצמאי ונפרד
    - 1.5 המבחן המוצע ויישומו
    - 1.6 נטל ההוכחה
    - 1.7 הגורמים השונים לשווי השוק של פרסום אודות עברה
    - 1.8 עברייני בעל מוניטין הקודמים לביצוע העברה
  2. ביקורת הגישה המוצעת
    - 2.1 קשר סיבתי
    - 2.2 הבחנה ממקרים אחרים
    - 2.3 שיקולי מדיניות
  3. משמעויות דוקטריניות והצעות לשיפור החוק
    - 3.1 הכללת חסר
    - 3.2 התעשרות או פרסום?
    - 3.3 הגדרת רווחי העברה
    - 3.4 הכללת יתר?
    - 3.5 שיקול דעת לשלול חילוט
    - 3.6 בעייתיות הדרישה של הצורך בהרשעה
    - 3.7 צו זמני ובעיית ריקון החוק מתוכן
    - 3.8 רווח שהועבר לבני משפחה
    - 3.9 חובת יידוע על צד שלישי
    - 3.10 תקופת התיישנות קצרה מדי
    - 3.11 שלילת חילוט משיקולים חלוקתיים וסוציאליים
    - 3.12 מעמד נפגע העברה
    - 3.13 קיום עילת עשיית עושר?

\* דוקטור למשפטים, מרצה, בית הספר למשפטים המסלול האקדמי המכללה למינהל. tsachikp@colman.ac.il ברצוני להודות לחנוך דגן על הערותיו לטייטה מוקדמת של מאמר זה, לליאורה שטרית ולאורי דרור על עזרתם במחקר ולנטע פיבישביץ' ולעופר מוסקוביץ, חברי מערכת "הפרקליט", על עזרתם בעריכה.

במרץ 2005 עבר בכנסת חוק חילוט רווחים מפרסומים שענינם עבירות, תשס"ה–2005 (להלן: "החוק"). ברשימה זו ברצוני לסקור את הוראות החוק האמור ולהעריכו. טענתי העיקרית היא שאף שחקיקת החוק היא ראויה ואף שככלל הוראותיו העיקריות יוצרות איזון ראוי בין האינטרסים של הצדדים השונים, תשתיתו הרעיונית לוקה בחסר בכך שהוא מתמקד בתוכן הפרסום (פרסום אודות העברה) כעילה לשלילת הרווחים, להבדיל מהתמקדות בעצם הניסיון לנצל את המוניטין השלייליים (Notoriety) שהעברה הצמיחה לעבריין על מנת להפיק ממנה רווח כספי (פרסום העבריין בשל העברה). כשל זה הופך את החוק ללוקה בהכללת חסר. החוק מייצג את המודל הישן של החקיקה המשווה שנכשלה מלעבור – בארצות הברית – ביקורת חוקתית בין היתר בשל כשל זה. בפרק א' אסקור בקצרה את ההיסטוריה של הבעיה שלפטרונה נדרשה חקיקת החוק ואת ההסדרים השונים של המשפט המשווה. בפרק ב' אציג את הוראות החוק. בפרק ג' אעריך את רציות ההסדר שאומץ בחוק תוך שאני עומד על שיקולי המדיניות השונים לעניין אימוץ הפתרון הראוי והבעיות הדוקטריניות שמתעוררות בניסיון להסדיר את הנושא.

## א. הצגת הבעיה

### 1. פרסום וניצול מוניטין

העניין הציבורי הרב שסיפורי פשיעה אמיתיים מעוררים, תרבות הצריכה של חברות מערביות והתחרות העזה בין גופי שידור שונים, חוברים כולם ליצור שוק לרכישת סיפורים מאת עבריינים לגבי הפשעים שביצעו. אף שלא כל מעשה פשיעה מעורר עניין ציבורי ואף שהציבור מעוניין לשמוע את תיאורם של אירועים בעלי פרופיל גבוה לא רק מפי הפושעים, תיאור המקרה מפי הפושע עצמו יוצר, כך נראה, משיכה מיוחדת (המעורבת ברחייה) לציבור הרחב. מאידך, הרעיון שלפיו הפושע ירוויח ממעשה הפשע שביצע מנוגדת לאינטואיציה מוסרית בסיסית ביותר המוצאת ביטוי לא רק בשאלתו של אליהו את אחאב "הרצחת וגם ירשת?",<sup>1</sup> אלא גם בשורה של דוקטרינות משפטיות בעלות תחולה רחבה שהבסיס המשותף שלהן ניתן לתמצות ברעיון של "אין חוטא נשכר".<sup>2</sup> כפי שהפרקטיקה מלמדת – ושהניתוח שלי להלן מדגיש – הפקת רווח כספי

1 מלכים א' כא יט'.

2 כמה ביטויים לרעיון זה בארץ ובשיטות משפט אחרות הם הדוקטרינה של "מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה" שנהגה בדיני החוזים והנזיקין במשפט המקובל, שלילת הירושה ממי שגרם למותו של המוריש (כלל המעוגן בישראל בס' 5 לחוק הירושה, תשכ"ה–1965), חוקים שונים המחלטים רווחי עברה ודיני עשיית עושר המאפשרים השבת רווח בשל העיקרון של אין חוטא נשכר גם בנסיבות שבהן קשה להצביע על זיקה בין התעשרות הנתבע לאינטרס מוגן של התובע. אף שהרעיון שאין חוטא נשכר אינו יכול להצדיק חילוט כל רווח שהופק תוך הפרת חובה משפטית, במקרים אחרים – כמו בסוגיית רווחי עברה – הרלוונטיות שלו כשיקול מדיניות אינה נתונה במחלוקת. דוקטרינות אחרות עשויות להיות מוסברות באופן חלקי על ידי העיקרון אין חוטא נשכר אף שהן משקפות גם (ולעתים בעיקר) גישה עונשית השונה מהרעיון של אין חוטא נשכר (או רעיונות אחרים). דוגמאות לדוקטרינות אלו הן

מהמוניטין שרכש לעצמו העבריין עקב ביצוע העברה המעוררת את הקושי של חוטא נשכר, יכולה להתבצע גם בדרכים אחרות ממכירת הסיפור על העברה. כך, למשל, בארצות-הברית התפתחה תופעה המכונה Murderabilia – מכירת פריטים השייכים לפושעים מפורסמים במחיר הגבוה בהרבה משווי השוק של אותם פריטים (וכן מכירת פריטים המזוהים עם העבריין או העברה כגון קלפים עם תמונת הרוצח).<sup>3</sup> הפער בין שווי השוק של פריטים אלו לשווי השוק של פריטים מקבילים השייכים ל"גברת ישראלי" הוא מימוש של שווי השוק של המוניטין השליליים. ביטוי לעליית שווי כזו התעורר בע"פ 1982/93 בנק לאומי לישראל נ' מ"י,<sup>4</sup> שהוא מספיקי פרשת האופנובנק. שם עובדתית הניחו הצדדים (לפחות במשתמע) כי אופנועו של רוני ליבוביץ' שחולט, יוכל להימכר בשווי גבוה משווי השוק שלו כשהפער משקף את המוניטין השליליים של האופנובנק.<sup>5</sup>

## 2. החוק המקורי של מדינת ניויורק ומעמדו החוקתי

החוק הראשון שנחקק על מנת למנוע רווחים בשל פרסום תיאור העברה נחקק במדינת ניויורק בעקבות מכירת הסיפור של דיויד ברקוביץ', רוצח סדרתי שכונה "Son of Sam" שפעל בשנות השבעים.<sup>6</sup> סוג חקיקה זה מכונה בארצות-הברית "Son of Sam Laws". החוק הניוירקי הורה במקור על הקמת קרן שלתוכה יועברו כספים שהתקבלו בתמורה לפרסום המתאר פשע. כספים אלו יוחזקו בקרן למשך חמש שנים מיום הכנסתם וישמשו בעיקרם למימוש פסקי דין לפיצוי נפגעי העברה. אף שהעברת הכספים אינה מותנית בהרשעה (כך שגם פרסום הכולל הוראה בפשע חוסה תחת כנפי ההסדר), זיכוי עבריין או הפסקת הליכים פליליים נגדו משחררים את הכספים. יתרת הכסף תוחזר לעבריין לאחר תקופת חמש השנים. החוק הטיל חובה על הצד המתקשר בחוזה עם עבריין ליידע את הרשות ולהעביר לה את הכספים המגיעים לעבריין על פי החוזה. בשנת 1991, פסל בית המשפט העליון האמריקני בפרשת *Simon & Schuster v. New York State Crime Victims Board*<sup>7</sup> את החוק כלא חוקתי בשל פגיעה מוגזמת בחופש הביטוי. בפרשה זו נדון יישום החוק בעניין

פיצויים עונשיים בנויקין ודוקטרינות שונות שמקורן בדיני היושר (ושחלקן אומצו בענפים שונים של המשפט הישראלי כמו משפט מנהלי, דיני נזיקין ודיני חוים) השוללות סעד מהתובע בשל התנהגותו (למשל, בשל היעדר ניקיון כפיים).

3 T.B. Cobb "Making A Killing: Evaluating the Constitutionality of the Texas Son of Sam Law" 39 *Hous. L. Rev.* (2003) 1483, 1503-1504.

4 ע"פ 1982/93 בנק לאומי לישראל נ' מ"י, פ"ד מח(3) 238, 244 (להלן: פרשת האופנובנק).

5 שם, בע' 284. בית המשפט קיבל את ערעור הבנקים על סירוב המדינה לאשר את מכירת האופנוע במכירה פומבית על מנת למנוע את תוספת ערך זו. יצוין שפרשת האופנובנק מעוררת את הקושי של זכויות צדדים שלישיים חפים.

6 N.Y. Exec. Law. § 632-a (Mckinney 1982 & Supp. 1991).

7 *Simon & Schuster, Inc. v. Members of the New York State Crime Victims Board*, 502 U.S. 105, 112 S.Ct. 501 (1991) (להלן: *Simon & Schuster case*). פרשת *Simon & Schuster*.

“Wiseguy: Life in a Mafia Family” (שעובר אחר כך לסרט Goodfellas). בית המשפט קבע כי החוק הוא תלוי תוכן (Content Based) וככזה הוא דורש בחינה מדוקדקת (Strict Scrutiny), שהיא המבחן המחמיר ביותר עם הרשות. על פי מבחן זה, על הרשות להראות כי החוק נועד לקדם אינטרס מדינתי חשוב ביותר (Compelling State Interest) וכי הוא מכוון באופן צר (Narrowly Tailored) להשגת מטרה זו. אף שהחוק מקדם שני אינטרסים מדינתיים חשובים ביותר – פיצוי נפגעים ומניעת התעשרות מפשע<sup>8</sup> – הוא נכשל בדרישת ה-Narrowly Tailored. החוק לוקה בהכללת יתר בכך שהוא מכפיף לכאורה להוראותיו כל עבודה ספרותית שמוזכרת בה עברה ולו באופן השולי ביותר וכן כל עברה ולו היא השולית ביותר. על פי דעת הרוב, המסקנה שהחוק לוקה בהכללת יתר מיתרת את הצורך להכריע בשאלת הכללת החסר, אולם מניחות דברי בית המשפט, נראה כי הוא סבר שהחוק לוקה בהכללת חסר בכך שלצורכי פיצוי הנפגעים הוא מתמקד ברווחי פרסומים שעניינם עברות, להבדיל מרווחי עברה אחרים ולהבדיל מסך נכסי העברייני<sup>9</sup>. בדעת יחיד סבר השופט בלקמן שהחוק לוקה גם בכפיית הכללת החסר.<sup>10</sup>

### 3. חקיקה מדינתית בארצות-הברית והפסיקה שדנה בה

בעקבות מדינת ניו-יורק, הרוב המכריע של המדינות בארצות-הברית חוקקו חוקי Son of Sam המאמצים הסדרים דומים.<sup>11</sup> ישנן כמה וריאציות בחוקים אלו: לעתים החוק מחלט את הכספים שנותרו בקרן לאחר חלוף תקופת התביעות לאוצר המדינה<sup>12</sup> או לקרן כללית של פיצוי נפגעי עברה,<sup>13</sup> ולעתים החוק מורה על השבת היתרה לעברייני<sup>14</sup>. ישנו גיוון מבחינת הגדרת הפרסומים שרווחיהם כופים לחילוט ולתנאי החילוט, כגון היקף החובות של הצד המתקשר בחוזה עם

8 ישנו חוסר בהירות מסוים בהנמקת בית המשפט לגבי זיהוי האינטרסים המדינתיים, ומכאן נגזר גם חוסר בהירות מסוים לגבי בחינת בעיית הכללת החסר. ניתוח סוגיה זו, כמו גם היבטים אחרים של הניתוח החוקתי של בית המשפט לגבי שאלת חופש הביטוי חורג מהיקף חיבור זה.

9 *Simon & Schuster case, supra note 7, at pp. 118-121*.

10 *Ibid, at pp. 123-124*.

11 (נכון לשנת 2000 יותר מארבעים מדינות והממשל הפדרלי אימצו חוקי Son of Sam). החוק המקורי של מדינת ניו-יורק תוקן לאחר פרשת *Simon & Schuster* על מנת להפכו לחוקתי על פי מבחני פסק הדין (לדעת כותבים מסוימים בהצלחה חלקית בלבד). בשנת 2001 תוקן החוק בשנית, והדגש הנוכחי שלו הוא יותר בפיצוי נפגעים מאשר בהחרמת רווחי עברה. לסקירה ראו: J. Yager “Investigating New York’s 2001 Son of Sam Law: Problems with the Recent Extension of Tort Liability For People Convicted of Crimes” 48 *N.Y.L. Sch. L. Rev.* (2003-2004) 433.

12 ראו לדוגמה: Ala. Code § 41-9-82 (1991).

13 ראו לדוגמה: Kan. Stat. Ann. § 74-7320 (b)(5) (1992).

14 ראו לדוגמה: Ohio Rev. Code Ann. § 2969.05 (Anderson 1995).

העברייני, התניית החילוט בהרשעה והוראות פרוצדורליות שונות.<sup>15</sup> מדינות שחוקיהן מתמקדים ברווחים מפרסום, מטילות לרוב חובה על המתקשר החוזי השני (שלרוב יהיה הוצאת ספרים או גוף תקשורת) לדווח לרשות על החווה, ולעתים חובה זו מלווה בחובות נוספות.<sup>16</sup> לענייננו, ישנם חוקים המורים על חילוט רווחים שהפיק העברייני בשל המוניטין השליליים שרכש לעצמו בעקבות העברה בלא קשר לשאלת הפרסום (Publication).<sup>17</sup> כך למשל החוק במדינת קליפורניה מגדיר Proceeds of Crime באופן המתמקד ברווחים הנובעים מפרסומים, אך מגדיר Profits of Crime באופן הכולל

“All income from anything sold or transferred, including any right, the value of which is enhanced by the notoriety gained from the commission of a felony for which a convicted felon was convicted”.<sup>18</sup>

עם זאת, החוק בקליפורניה מונע חפיפה בין שני הערוצים בקובעו שחלופת ניצול המוניטין אינה חלה כאשר “The seller is exercising his or her first amendment rights”<sup>19</sup>.

חוקי Son of Sam הועמדו בביקורת שיפוטית כמה פעמים בארצות-הברית על ידי בתי משפט שונים. המאפיין פסיקה זו הוא שמספר המקרים שבהם מתבקשת החרמת הרווחים הוא נמוך, ושמגמת בתי המשפט מחמירה עם חוקים אלו ונוטה לפסול אותם כלא חוקתיים, כיוון שגם לאחר הניסיון לתקנם בהתאם

15 לסקירות ההסדרים השונים ראו: S.J. Kealy “A Proposal for A New Massachusetts Notoriety-For-Profit Law: The Grandson of Sam” 22 *W. New Eng. L. Rev.* (2000) 1; L.F. Zavack “Can States Enact Constitutional Son of Sam Laws After *Simon & Schuster, Inc. v. New York State Crime Victims Board*?” 37 *St. Louis U. L.J.* (1993) 701, 717-718; D.A. Shields “The Constitutionality of Current Crime Victimization Statutes: A Survey” 4 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.* (1994) 929, 943-957; Uniform Law Conference of Canada *Financial Exploitation of Crime* (Ottawa, 11-15 August, 1996) (A Draft Working Paper, Joint Session of Uniform Law Section and Criminal Law Section) 40-43.

16 ראו לדוגמה: Ala. Code § 41-9-80 (1991); N.Y. Exec. Law § 632-a(2) (1997) (McKinney 1993); Md. Ann. Code art. 27 § 854(0)(1) (1997).

17 בין מדינות אלו ניתן למנות את קליפורניה, טקסס, צפון קרוליינה, יוטה, ניו-ג'רזי ואוקלהומה. ראו: Cal. Civ. Code 2225 (a),(b) (2002); Tex. Code Crim. Proc. Art. 59.06 § (k)(1) (2005); N.C. Gen. Stat. § 15B-31(3) (2004); Utah Code Ann. § 78-61-101(3) (2005); N.J. Stat. § 52:4B-69(a) (2005); 22 Okl. St. § (2004) 17. בנוסף, ישנם חוקים המחרימים כל רווח שעוברתית מקיים את מבחן “האלמלא” לפשע שבוצע ללא קשר לשאלת המקור של רווח זה. הגדרה רחבה זו יכולה לכלול גם רווח שהוא תוצאה של מימוש המוניטין שהשיג העברייני בעקבות העברה. ראו לדוגמה: Iowa Code Ann. § 910.15 (1) (d), (e) (West 1994).

18 Cal. Civ. Code § 2225 (a),(b) (2005).

19 *Ibid*, at § 2225(a)(3)(B).

לדרישות הלכת *Simon & Schuster*, הם עדיין אינם מעוצבים בצורה צרה מספיק על מנת להשיג את מטרותיהם.<sup>20</sup>

#### 4. חקיקה במדינות אחרות

חקיקה שמטרתה חילוט רווחים הנובעים מפרסומים נחקקה גם במדינות אחרות וביניהן חבל אונטריו שבקנדה,<sup>21</sup> ואוסטרליה.<sup>22</sup> חקיקה זו מתמקדת אף היא בהחרמת רווחים שנצמחו מתיאור הפשיעה. במדינות אחרות, כמו באנגליה, אין הסדרה מפורשת של הנושא. ההגדרה הרחבה של רווחי עברה עשויה לכלול גם רווח עקיף כגון זה הנצמח מפרסומים לגבי העברה או דרכים אחרות של מימוש המוניטין השלייליים שהעברה יצרה. אולם תחולת החוק (שתוקן כמה פעמים) על רווחים כאלו אינה ברורה, ונשמעים קולות לתקנו על מנת שרווחים כאלו יוחרמו.<sup>23</sup>

20 פסקי דין שבהם נקבע חוסר החוקתיות של החוק הרלוונטי הם: *Keenan v. Super. Ct.*, 40 P.3d 718 (2002) (שלילת תוקף מהחלק של החוק של קליפורניה המחרימ רווחים מפרסום בשל בעיות של הכללת יתר. פסק הדין לא שלל את התוקף של החלק של החוק המחרימ רווחים שנוצרו ממימוש השווי של המוניטין, אולם איי-החלת חלק זה על פעולות המוגנות בתיקון הראשון לחוקה, מונע את החרמת הרווחים); *Bouchard v. Price*, 694 A.2d 670 (1997) (להלן: *Bouchard case*) (פסילת החוק של רוד איילנד שבוסס על החוק המקורי של ניו-יורק, מטעמי הכללת יתר והכללת חסר). לדיון פרשני בהוראות חוקים שונים ובתחולתם על המקרה הנדון ללא דיון חוקתי ראו לדוגמה: *Rolling v. A-G of Florida*, 630 So.2d 635 (1<sup>st</sup> D.C.A 1994); *Curran v. Price*, 638 A.2d 93 (Md., 1994); *Sandusky v. McCummings*, 625 N.Y.S.2d 457 (Sep. 1995) (להלן: *Sandusky case* או פרשת *Sandusky*). לפסיקה הדנה בסוגיות דומות שאינן מבוססות על חוקי Son of Sam ראו: *United States v. Fountain*, 768 F.2d 790 (1985); *California First Amendment Coalition v. A-G of California*, No. C 95-0440-FMS, (U.S.D.C N.D. Cal. 1995); *Commonwealth v. Power*, 650 N.E.2d 87 (1995); *state v. Letourneau*, 997 P.2d 436, 440 (Wash. App. Div. 2000).

21 *Prohibiting Profiting from Recounting Crimes Act*, S.O. 2002, c. 2 *Victims' Right to Proceeds of Crime Act*, 1994, S.O. 1994, c. 39. את 39 במישור הפרדלי, הצעת חוק לשלילת רווחי פרסומים אודות עברה, שהייתה מרחיקת לכת יותר מההסדר שהיה באותה עת באונטריו ומההסדר המקובל בארצות-הברית, נדחתה בסנאט. ראו: *Bill C-220, An Act to amend the Criminal Code and the Copyright Act (Profit From Authorship Respecting a Crime)*, 1<sup>st</sup> Sess, 36<sup>th</sup> Parl., 1997. הצעת החוק הפרדלי מרחיבה את הסדר החילוט בנותנה את זכות היוצרים בעבודה שכוו למדינה ובכך שההסדר חל גם על תיאור דמיוני המבוסס על מקרה אמיתי.

22 *Proceeds of Crime Act 2002 (Australia)* [Commonwealth Consolidated Acts] § 151-179.

23 ראו: *Tories Would Ban Convicts from Selling their Stories* *The Times* (28.2.05) [http://www.timesonline.co.uk/article/0,,2-1504322,00.html] (last visited on 26.10.05).

## .5

## פרשת Blake

חילוט רווחים הנובעים מפרסום המעורר ניצול של מוניטין בשל עברה התעורר גם בפרשת *Attorney General v. Blake*,<sup>24</sup> שם סוכן השירותים החשאיים בכריטיניה שריגל לטובת ברית-המועצות, נשפט, ברה מהכלא לברית-המועצות וכתר חווה לפרסום ספר עם הוצאת ספרים בריטית. בית הלורדים פסק כי ניתן להחרים את יתרת התשלום המגיעה לבלייק מהמוציא לאור על פי החווה ביניהם. אף שהעילה מכוח חוק חילוט רווחי עברה לא חלה מטעמים פרוצדורליים, נקבע שכיוון שהפרסום עולה כדי הפרת התחייבות חוזית של הסוכן שלא לפרסם ספר ללא אישור (Clearance) של המדינה, הרי שזהו מקרה מתאים (וחרג) לחייב את המפר בהשבת רווחי ההפרה. למעשה, ואף שבית המשפט לא תלה את הכרעתו בכך,<sup>25</sup> ברור ששיקול חשוב שתמך בהחלטה היה ששווי השוק של הספר, נבע מהמוניטין שנצמחו למחבר בשל הריגול ובשל הכריחה מהכלא.<sup>26</sup>

## ב. סקירת החוק

סעיף 1 לחוק מגדיר כמה מונחים שהעיקריים בהם "עבירה", "רווחי העבירה" ו"נפגע העבירה". "עבירה" מוגדרת כעברה שהעונש המרבי שנקבע לה הוא מאסר שבע שנים או יותר. "רווחי העבירה" מוגדרים כרווח מפרסום דבר שעניינו העיקרי עברה שהפיק או שעתיד להפיק אדם שהורשע בביצוע העברה, והרווח נמצא בחזקתו, בשליטתו או בחשבונו; לעניין זה אחת היא אם האדם שהורשע הפיק את הרווחים בעצמו או באמצעות אחר. "רווח" מוגדר באופן רחב כרווח בכסף או בשווה כסף, לרבות זכות להפיק רווח ולרבות רכוש שהוא תמורתו של רווח כאמור. "פרסום" מוגדר כמשמעותו בסעיף 34 ככד לחוק העונשין,

*Blake* פרשת *Attorney General v. Blake* [2000] 4 All E.R. 385 (H.L.) 24  
או *Blake case*.

*Ibid*, at p. 400 (Lord Nicholls of Birkenhead): "I am reinforced in 25  
this view by noting that most of the profits from the book derive indirectly from the extremely serious and damaging breaches of the same undertaking committed by Blake in the 1950s. As already mentioned, but for his notoriety as an infamous spy his autobiography would not have  
commanded royalties of the magnitude Jonathan Cape agreed to pay"

למסקנה דומה השוו: E.J. Weinrib "Punishment and Disgorgement as Contract Remedies" 78 *Chi.-Kent. Rev.* (2003) 55, 72 n. 59; P. Jaffey "Principle or 26  
Dogma?" 11 *Restit. L. Rev* (2003) 228-234, 233 n. 27  
*Blake* משלב את סוגיית החרמת רווחים שנוצרו מפרסומים המנצלים מוניטין שנצמחו לאדם בשל עברה, עם קבוצת מקרים אחרת (החורגת מתחום חיבור זה) שבה הפרסום עצמו מהווה הפרת חובה עצמאית (כגון הפרת חובה חוזית, עוולה, הפרת חובת אמון או הפרת חובת סודיות). במקרים כאלו לעתים ניתן סעד של השבת רווחים. ראו לדוגמה: *Snepp v. United States*, 444 U.S. 507 (1980) (להלן: *Snepp case* או פרשת *Snepp*) (השבת רווחים שנוצרו מפרסום של סוכן C.I.A. לשעבר שהפר חובה לקבל אישור לפני פרסום הספר, על בסיס חובת האמון שלו ואף על פי שהאינפורמציה לא הייתה סודית בעת הפרסום).

תשל"ז-1977. "נפגע העבירה" – מי שנפגע במישרין מהעברה וכן בן משפחה של מי שהעברה גרמה למותו. "בן משפחה" מוגדר כבן זוג, הורה או בן זוג של הורה, בת או בן, אח או אחות.

לב ההסדר קבוע בסעיף 2 לחוק. לבקשת בא כוח היועץ המשפטי לממשלה, יורה בית משפט מחוזי על חילוטם של רוחי העברה, כולם או חלקם. לבית המשפט יש שיקול דעת שלא להורות על חילוט אם סבר כי קיימות נסיבות המצדיקות זאת. הסעיף מונה שני שיקולים פרטניים שבית המשפט מוסמך לשקול ושאין מהווים רשימה סגורה. האחד, קיומו של ערך חינוכי או שיקומי לפרסום; השני, מידת ההשפעה של הפרסום על נפגע העברה. סעיף 8 לחוק קובע שאין לחלט רווחי עברה שהם בגדר מיטלטלין שאינם ניתנים לעיקול לפי סעיף 22 לחוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967 (להלן: "חוק ההוצאה לפועל"). בנוסף, בית המשפט לא יצווה על חילוט רווחי העברה, כולם או חלקם, אלא אם כן נוכח שלבעל הרכוש שיחולט ולבני משפחתו הגרים עמו יהיו אמצעי מחיה סבירים ומקום מגורים סביר.

החוק יוצר שתי זיקות בין נפגע העברה לבין חילוט הרווחים. האחת נוגעת להליך והשנייה לזכות לממש פסק דין מהסכום המחולט. באשר להליך, סעיף 5(ג) לחוק מאפשר לנפגע העברה שביקש זאת להביע את עמדתו בנוגע לבקשת החילוט. סעיף 5(א) לחוק מחייב את המדינה להודיע לנפגע העברה על בקשת החילוט ועל זכותו להביע את עמדתו, וזאת אם ניתן לאתר את נפגע העברה בשקידה סבירה בנסיבות העניין. בית המשפט רשאי להורות על פרסום הגשת הבקשה בדרך שייקבע (סעיף 5(ב) לחוק). באשר לזכות לפיצוי, על פי סעיף 2(ב) לחוק, אם החליט בית המשפט על חילוט והוצג בפניו פסק דין סופי שלא מומש במלואו לפיצוי הנפגע, יפחית בית המשפט מן הסכום שיש לחלט את הסכום שלא מומש, ויורה להעביר לנפגע העברה את רווחי העברה עד לסכום שלא מומש. סעיף 6 לחוק קובע כי גם לאחר שחולט סכום לאוצר המדינה, תשלם המדינה, בתקרת הסכום שחולט, לנפגע שיציג פסק דין לטובתו את החלק הלא מומש של פסק הדין. "פסק דין לפיצוי הנפגע" מוגדר בסעיף ההגדרות (סעיף 1 לחוק) כפסק דין שאין עליו עוד ערעור, שבו חויב מי שהפיק את רווחי העברה בתשלום פיצויים לנפגע העברה, בשל העברה.

סעיף 3 לחוק קובע דרישת התיישנות כפולה. לא תוגש בקשה לחילוט אם הפרסום נעשה למעלה מחמש שנים מיום ההרשעה או למעלה משלוש שנים מיום סיום ריצוי מאסר בפועל, לפי המאוחר. בנוסף, לא תוגש בקשה לחילוט אם חלפו חמש שנים מיום הפרסום.

סעיפים 4, 7 ו-9 לחוק קובעים כמה הוראות דיוניות. סעיף 4 לחוק קובע כי דיון בבקשת החילוט יתקיים במעמד בא כוח היועץ המשפטי לממשלה ובמעמד העבריין או בא כוחו. סעיף 7 לחוק – שבאופן מעט מפתיע הוא הארוך בסעיפי החוק – מסדיר את נושא הסעדים הזמניים. בית המשפט מוסמך לתת צו זמני לבקשת פרקליט המחוז, אם נוכח כי קיימות ראיות לכאורה להוכחת עילת חילוט וכי אימתן הצו יכביר על מימוש החילוט. בית המשפט רשאי ליתן צו זמני במעמד צד אחד, אם נוכח שיש חשש לעשיית פעולה מידית ברווחי העברה, וכי קיום דיון במעמד הצדדים יסכל את מתן הצו. בצד הוראות דיוניות שונות לגבי



משך תוקף הצו והיקפו, קובע הסעיף כי אם נתן בית המשפט צו זמני ולא חולטו רווחי העברה, רשאי בית המשפט להורות שמי שניזוק בשל צו כאמור יפוצה מאוצר המדינה. סעיף 9 לחוק מסדיר את נושא הערעור.

סעיפים 6(ב) ו-11 לחוק הם סעיפי שמירת דינים. סעיף 11 לחוק קובע כי אין בהוראות חוק זה כדי לגרוע מתוקפו של חוק אחר הקובע חילוט; סעיף 6(ב) לחוק קובע כי זכאות הנפגע לממש פסק דין מרווחי ההפרה המחולטים אינה גורעת מזכותו לממש את פסק הדין לפיצויו לפי כל דין, ואולם לא יועבר לנפגע העברה סכום מעבר לסכום שנקבע בפסק הדין לפיצויו. סעיף 12 לחוק מחיל את הוראות החוק באופן פרוספקטיבי – הוראות החוק חלות על רווחי עברה שהופקו מפרסום שנעשה לאחר יום תחילתו של החוק, ובלבד שהרווחים נתקבלו אחרי יום תחילתו. סעיף 10 לחוק קובע הוראות לעניין ביצועו והתקנת תקנות.

### ג. הערכה ביקורתית

בפרק זה ברצוני לבסס שתי טענות השלובות זו בזו. ראשית, אטען שהחרמת רווחי פרסום היא מוצדקת. מבחינה זו, עצם חקיקת החוק היא רצויה. שנית, אטען שמגיעת מימוש מוניטין שליליים שנצמחו לעברייני כתוצאה מהעברה לשם הפקת רווח כספי ("רציונל המוניטין") היא הבסיס העיוני והנורמטיבי המוצק ביותר להצדיק באמצעותו את החוק. תובנה זו תוליך לביקורת ההסדר שאומץ בחוק, הן בשל הכללת חסר הנובעת מהתמקדות בהתעשרות כתוצאה מרווחי פרסום בלבד והן בנוגע להוראות שונות שבחוק. בפרק ג.1. אתמקד בסוגיית גבולות ההצדקה שמספק רציונל המוניטין לחוק, תוך חידוד המקרים הכפופים ושאינם כפופים לו, ותוך השוואתו לרציונלים חלופיים. בפרק ג.2. אתמודד עם טענות שלפיהן חילוט רווחי פרסום אינו ראוי בשל היעדר קשר סיבתי משפטי בין העברה לרווח, ובשל שיקולי מדיניות השוללים לכאורה חילוט. בפרק ג.3. אבחן את המשמעויות הדוקטרינריות של גישתי ואבקר חלק מפרטי ההסדר שאומץ בחוק.

## 1. איתור הרציונל המצדיק חילוט רווחים מפרסומים אודות עברה והיקף פריסתו

### 1.1 פיצוי הנפגע?

חוקי חילוט רווחים מפרסומים שעניינם עברות יוצרים כמעט תמיד זיקה בין רווחי הפרסום לבין פיצוי הנפגע. בפרשת *Simon & Schuster* ציין בית המשפט העליון האמריקני את מטרת פיצוי הנפגע העברה כמטרה המשרתת אינטרס מדינתי חשוב ביותר.<sup>27</sup> למעשה, אף שמטרת פיצוי קרבן העברה בוודאי ראויה ביותר, היא נכשלת בהצדקת חוקים אלו בשל בעיה חמורה של הכללת חסר. לא ברור כלל מדוע אינטרס הקרבן בפיצוי צריך להיות מוגבל לרווחי עברה בכלל או לרווחי פרסום בפרט.<sup>28</sup> ודוקו, ייתכן שניתן לזהות זיקה מיוחדת בין רווחי הפרסום

*Simon & Schuster case, supra note 7, at p.118* 27  
*Ibid, at pp. 119-121* 28

(או רווחי עברה) לבין הקרבן מכוח דיני עשיית עושר. דרך כזו – שלגופה אינה פשוטה כלל ועיקר – יכולה לבסס הבחנה רציונלית בין רווחי העברה (שהופקו על חשבון הקרבן ולכן מגיעים לו בתביעת השבה) לבין נכסים אחרים של העברייני שאינם מקיימים זיקה כזו לקרבן.<sup>29</sup> אולם ככל שבאינטרס הקרבן בפיצוי עסקיני, אין להבחין בין רווחי עברה לנכסים אחרים.

### 1.2 הפגם נעוץ בהתעשרות ולא בתוכן הפרסום

המטרה השנייה, המוזכרת כהצדקה לחקיקה האמורה, היא מניעת התעשרות העברייני כתוצאה מהעברה שביצע. בראשית הדברים יש להבחין במה רציונל זה אינו יכול לתמוך. הפסול הוא בהתעשרות ולא בפרסום (Publication) עצמו. לכן לא הפגיעה ברגשות הנפגע מהעברה בשל הפרסום (כגון בשל חוויית הטראומה מחדש) ולא הפרה של חובה משפטית כלשהי המעורבת בפרסום (כגון פגיעה בפרטיות, לשון הרע, הפרת חובת נאמנות, הפרת חוזה, פרסום המהווה כלשעצמו עברה פלילית וכדומה) הן הגורם לחילוט הרווחים. ודוקו, במקרים שבהם הפרסום פוגע ברגשות הנפגע או מהווה הפרה של חובה משפטית ייתכן שיש טעם נוסף לחילוט הרווחים, אולם הרציונל הבסיסי התומך בחוק אינו נשען על תוצאות אלו, ואין להתנות את החילוט בהוכחת התוצאות האמורות. יש להבחין גם בין הפתרון המאומץ בחקיקה כזאת – חילוט הרווחים – לבין פתרון האוסר את הפרסום או שולל את זכות היוצרים מהמחבר. לבסוף, מאחר שהרציונל מאחורי החילוט הוא הרעיון של אין חוטא נשכר, החילוט חל רק על רווחים שהפיק העברייני (בעצמו או על ידי אחרים) מהפרסום ולא על רווחים שהפיקו אחרים מתיאור המקרה. כלל חלופי שכזה – שאיני תומך בו – יכול להיתמך על ידי התמקדות בנזק שהפרסום גורם לקרבן או ברעיון שקשה להגן עליו, שלפיו אסור להפיק רווח מטרגדיה של אחרים.

### 1.3 חילוט רווחי עברה אינו ענישה

כאמור, הרציונל מאחורי חקיקה זו הוא שאין חוטא נשכר. יש מחלוקת אם עיקרון זה יכול להנביע את כלל החילוט ואם אין לייחס את ההתעשרות לפעולת הפרסום להבדיל מייחוסה לעברה המתוארת בפרסום – שאלות שאדרש להן בפרק הבא – אולם אין מחלוקת רצינית שהעיקרון עצמו הוא ראוי. הרעיון שהעברייני ירוויח מחטאו ויתרה מזו, ירוויח ביוזן שחטא, הוא פגיעה אנושה בעקרון הגמול. בשלב זה ברצוני לעמוד על שני מאפיינים של הרעיון של אין חוטא נשכר ועל יישומו בסוגיית החילוט של רווחי פרסום אודות עברה. ראשית, מטרת החילוט אינה עונשית. הציווי המוסרי שחוטא לא יצא נשכר הוא אפילו בסיסי יותר מהציווי שהחוטא אמור להיענש על מעשיו. הפגיעה בעקרון הגמול קשה יותר כאשר חוטא נשכר – כאשר הוא משפר את מצבו בעקבות העברה לעומת מצב שבו אינו יוצא נשכר ואינו נענש. השאלה לטעמי היא בעיקרה שאלה של קו בסיס. עלינו

29 אני בוחר את ביסוסה האפשרי של זיקה שכזו להלן בפרק 3.1.31.

להבחין בין סנקציות שתוצאתן (או מטרתן) היא למנוע את שיפור מצבו של העבריין לעומת המצב שבו היה אלמלא העברה, לבין סנקציות שמטרתן להרע את מצבו של העבריין לעומת המצב שבו היה אלמלא העברה. סנקציות מהסוג הראשון אינן עונשיות, בניגוד לאלו מהסוג השני.

כנגד גישה זו ניתן לטעון כי העבריין נענש במישור הפלילי על חטאו, ולכן אין מקום לשלול ממנו את רווחי הפרסום. גישה זו מוטעית, כיוון שהענישה היא הסנקציה המוטלת עבור ההתנהגות האנטי-חברתית של העבריין (ותוצאותיה השליליות לקרבן ולחברה) ולא התמורה שהחברה גובה עבור טובת ההנאה שהפיק העבריין מעברתו. משמעות הגישה ההפוכה היא הכרה בזכות העבריין לעבור עברה אם הוא מוכן לשלם את המחיר, או בניסוח אחר, כפיית עסקה על החברה, שלפיה העבריין נוטל את הרווח מהעברה ומשלם בענישה המושתת עליו. כיוון שלעבריין אין זכות שכזאת, ולא ראוי שתהיה לו זכות שכזאת, אין לראות בפרות העברה – לרבות רווחי פרסום שעניינו עברה – את ה"תמורה" שלה זכאי העבריין כנגד העונש שקיבל. ניסוח אחר של אותו רעיון הוא שהמטרה העונשית צריכה להרע את מצבו של העבריין ביחס למצב שבו היה אלמלא העברה, תוך התחשבות בטובת ההנאה שהפיק העבריין מהעברה. גישה עונשית תדרוש שה"נטו" של תוצאות ביצוע העברה מבחינת העבריין – הסנקציה בניכוי טובת ההנאה שהפיק העבריין מהעברה – יהיה שלילי. כשם שלא נסבור שגנב רשאי להחזיק בבלעו כיוון שנענש,<sup>30</sup> כך עלינו להתנגד לסברה שהענישה מצדיקה את שלילת חילוט פרות העברה.<sup>31</sup> לפיכך תחת ההנחה שהענישה אינה משקללת בתוכה את הרווח העתידי שיפיק העבריין מהעברה, אין בענישה כדי לשלול חילוט. מטרת הענישה היא להרע את מצבו של העבריין ביחס למצבו לפני ביצוע העברה. מטרת החילוט היא למנוע ממנו להרוויח מהעברה. אף שהפקת רווח שכזה חותרת תחת הרציונל של הענישה והאפקטיביות שלה, מטרת החילוט אינה עונשית, אלא יותר בעלת אופי תרופתי מניעתי – למנוע מחוטא הפקת רווח מחטאו.

בשולי הדברים אציין שלהבנה שחילוט רווחי עברה אינו בגדר ענישה יכולות להיות נפקויות לעניין ההגנות הפרוצדורליות והמהותיות שהעבריין זכאי להן. כיוון שאין מדובר בענישה, אין חובה להתנות את הפעלת ההליך בהרשעה בהליך פלילי, אין מקום להגנה של סיכון כפול, והדרישות הדיוניות אינן צריכות לעמוד במבחנים הראייתיים המחמירים של המשפט הפלילי.<sup>32</sup> כך, למשל, הבה נניח שמי

30 ודוקו, גם אם הבעלים המקורי אינו יכול להיות מאותר ולכן לא ניתן להסביר את לקיחת השלל כביטוי לעיקרון תרופתי של השבת מצב הנפגע לקדמותו להבדיל ממטרה עונשית, מעטים יחלקו שהמדינה רשאית ואף נדרשת (לכל הפחות מבחינה מוסרית) להחרים את השלל פרט לענישת העבריין. יתר על כן, גם אם שיקולי מדיניות ענישה תומכים באי-הטלת עונש על הגנב, ככל זאת, לפחות בהיעדר נסיבות יוצאות דופן, יהיה מוצדק לחלט את פרות העברה.

31 מי שמתנגד להשוואה זו יסבור מן הסתם שלא ניתן לראות ברווחי פרסום שעניינו עברה רווחי עברה באותו אופן שניתן לראות בשלל רווחי עברה. אמנם יש שוני עובדתי, אך מבחינה משפטית יש לראות בשני הרווחים כאחד כרווחי עברה. אני דן בשאלה זו להלן בפרק ג2.

32 במשפט האמריקני נקבע כי חוקי חילוט רווחי עברה אינם עונשיים וכי החילוט אינו בגדר סיכון כפול. ראו: *United States v. Ursery*, 116 S.Ct 2135, 2148-2149 (1996).

שזוכה במשפט פלילי מאשמת רצח מפרסם ספר שבו הוא מודה בכיצוע העברה. ככל שהוראה זו יוצרת או מגבירה את שווי השוק של הספר (או את התמלוגים שהוא מקבל), העיקרון של אין חוטא נשכר מצדיק את החרמת הרווחים. למעשה, במקרה ספציפי זה נתמך החילוט גם בעקרונות תום הלב, השתק על ידי מצג ומניעת העלאת טענות עובדתיות הפוכות בהליכים שונים.<sup>33</sup> מי שכפר באשמה בהליך הפלילי, צריך להיות מנוע מלהפיק רווחים המתבססים על הטענה ההפוכה שלפיה הוא ביצע את העברה.

#### 1.4 מימוש המוניטין כאקט עצמאי ונפרד

מאפיין נוסף של רווחי פרסומים שעניינם עברה ושל הפקת רווח אחר הנובע מהמוניטין השלייליים של העברייין הוא שפעולת המימוש – מכירת הזכויות לסיפור, קבלת תשלום עבור ריאיון, מכירת האופנוע של האופנובנק וכדומה – היא פעולה נפרדת מהעברה עצמה שמבצע העברייין, פעולה המבטאת את יכולת הבחירה המוסרית שלו (Agency) ושמביאה לרווח. לתובנה זו יש נפקויות שיובהרו בהמשך לעניין הקשר הסיבתי, סוגיית ההתיישנות, ושיקולי המדיניות לעניין ההצדקה לשלול את הרווח.

#### 1.5 המבחן המוצע ויישומו

המבחן שאני מציע לשלילת הרווחים בהקשר של פרסומים שעניינם עברות (כמו גם בהקשרים אחרים) הוא החרמת הערך העודף שהמוניטין השלייליים הצמיחו לעברייין.<sup>34</sup> על פי מבחן זה, הפרמטר הרלוונטי להפעלת החילוט הוא ניצול המוניטין לשם הפקת רווח ולא תוכן הפרסום. כך, למשל, אם יחליט יגאל עמיר לפרסם ספר על שנות ילדותו, ספר על חוויותיו כסטודנט בבריאיל או ספר בישול, וספרים אלו לא יזכירו את רצח רבין, הרי תחת ההנחה ששווי השוק של ספרים אלו נוצר או הוגבר בזכות העובדה שעמיר הוא המחבר, ראוי לחלט רווחים אלו.<sup>35</sup> יישום המבחן שאני מציע דורש – בנסיבות שבהן המוניטין השלייליים שנצמחו לעברייין מומשו בדרך אחרת שאינה פרסום – את החרמת הערך העודף של שווי הנכס או הזכות המיוחסים למוניטין השלייליים. כך, למשל, לו יגאל עמיר היה מצויר ציור שהיה נמכר בסכום גבוה, מוטל על עמיר להוכיח איזה שווי שוק יש לציור במנותק מזהותו של מצוירו. באופן דומה, לו האופנובנק היה מוכר את האופנוע שלו, היה מקום לחלט את הפרש בין שווי השוק של אופנוע רגיל לבין מה ששולם בהתבסס על העובדה שמדובר באופנוע של האופנובנק. כמצוין לעיל, גישה כזו אומצה לאחרונה בחוקי כמה מדינות בארצות-הברית, והיא בבחינת "הגל החדש" של חקיקה זו.

33 ראו רע"א 7831/99 צוריאנו נ' צוריאנו, פ"ד נז(1) 673, 683, 684, 692.

34 ניסוח מוצלח של מבחן זה נעשה בחוק של מדינת קליפורניה שצוטט לעיל בטקסט הנלווה להערה 18.

35 לעומת זאת, החוק אימץ מבחן תוכני: רק רווחי פרסום דבר שעניינו העיקרי עברה כפופים לכות החילוט של המדינה. על פי מבחן זה, רווחי עמיר מכל הספרים שכתב בדוגמה ההיפותטית שהבאתי אינם כפופים לחילוט.

## 1.6 נטל ההוכחה

האיזון הראוי בעיניי באשר לנטל ההוכחה הוא שעל המדינה להוכיח, על פי מאזן הסתברויות, כי העברייין רכש לעצמו מוניטין שליליים מביצוע העברה, ואם המדינה הוכיחה זאת, על העברייין לשלול, על פי מאזן הסתברויות, קשר סיבתי בין הרווח לגביו נטען שהוא רווחי ניצול מוניטין לבין המוניטין שרכש. ניתן להשלים הסדר זה על ידי קביעת חוקות מסוימות (הניתנות לסתירה) שעל פיהן רווח מסוים נובע ממוניטין שליליים או שהוא נובע מגורמים אחרים. ניתן להצדיק גישה זו בין היתר ברעיון שהעברה שביצע העברייין גרמה לנזק ראייתי.<sup>36</sup> גישה דומה קיימת בדני עשיית עושר בעניין ייחוס חלק מההתעשרות לתרומה כשרה של הנתבע.<sup>37</sup>

## 1.7 הגורמים השונים לשווי השוק של פרסום אודות עברה

המבחן המוצע על ידי – חילוט ערך עורף של נכס או זכות המיוחס למוניטין שליליים – מצריך בירור של הגורמים העובדתיים השונים התורמים לשווי השוק של הפרסום אודות עברה. הרוגמאות ההיפותטיות שהובאו לעיל בנוגע לפרסומים שונים של יגאל עמיר, מצביעות על קיום גורמים שונים לשווי השוק של פרסומים אלו. העובדה שהפרסום נוצר על ידי עברייין עשויה ליצור לפרסום שווי שוק אפילו אם התוכן אינו דן בעברה כלל. העובדה שתוכן הפרסום נסב סביב העברה, היא גורם אחר לשווי השוק. כך, סביר שספר שייכתב על ידי היסטוריון, פסיכולוג או איש מדע המדינה על נסיבות רצח רבין (בין שספר כזה יתמקד ברצח ובין שלא) יהיה בעל שווי שוק רב. העובדה שנכתב ספר שנושא עברה על ידי העברייין תורמת כמובן לשווי השוק של היצירה.

עולה מהאמור שרווחי פרסום שעניינו עברה שפרסם העברייין קשורים לעברה בכמה אופנים. ראשית, ביצוע העברה מספק את התוכן (Subject Matter) לפרסום. שנית, העובדה שהפרסום נעשה על ידי העברייין מאפשרת לו לתאר את האירוע מנקודת מבטו. שלישית, שווי השוק של הפרסום נוצר או מוגבר בשל העובדה שמדובר בתיאור עברה (True Crime Story). רביעית, שווי השוק של הפרסום נוצר או מוגבר בשל העובדה שהעברייין הוא העומד מאחורי הפרסום. תרומת המאפיינים השלישי והרביעי ניתנת להדגמה על ידי הניסוי המחשבתי הבא: לו העברייין לא היה מבצע את העברה ונשאר באלמוניותו ואותו אדם היה מפרסם תיאור דמיוני של העברה (שלא) ביצע, הרי שווי השוק של יצירה שכזאת (אם כלל יש לה כזה) היה נמוך בהרבה. בנוסף, שווי השוק של הפרסום מושפע מגורמים שונים שחלקם ניתנים לייחוס לעברייין, כמו כישרונו הספרותי, וחלקם לתרומה של גורמים אחרים. בין גורמים אלו ניתן למנות את העניין הקיים בציבור בתיאורי עברות ואת הכיסוי התקשורתי של העברה. לעתים זהות העברייין כידוען לפני העברה או זהות הקרבן, הם התורמים העיקריים לשווי השוק של הפרסום ולרווחי הפרסום שמפיק העברייין.

36 A. Porat & A. Stein *Tort Liability Under Uncertainty* (Oxford, 2001) ע"א 361/00 ד"אחר נ' מ"י (טרם פורסם), פדאור (2)05 (208).

37 ד' פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט (מהדורה שנייה, תשנ"ח, כרך א) 250.

## 1.8 עברייני בעל מוניטין הקודמים לביצוע העברה

מהנחתו שהוצע לעיל עולה כי פרסום שעניינו עברה הוא בראש ובראשונה מקרה פרטי של עליית ערך של נכס של העברייני בשל המוניטין שהפיק העברייני מהעברה. העובדה שברוב המקרים לפרסום שכזה לא היה שווי שוק לולא בוצעה העברה ואילו לנכס אחר יש שווי שוק עצמאי, אינה משפיעה על זיהויו הנכון של הרווח הנובע מפרסום אודות עברה כרווח מממוש מוניטין שליליים שיצרה העברה. מובן שקיימים גם מקרים חריגים, אולם במקרה כזה אופן יישום המבחן, להבדיל מהמבחן עצמו, הוא שמשנתנה. כך, למשל, בווריאציה על פרשת O.J. Simpson, לו היה מורשע סימפסון ברצח, ניתן היה לייחס את רווחיו מפרסום שעניינו עברה, גם להיותו של סימפסון ידוען לפני הרצח. במקרה כזה, ובהתעלם משיקולים עונשיים (שכאמור אינם עומדים מאחורי הרציונל של אין חוטא נשכר), ראוי לחלט רק את תוספת שווי השוק של הפרסום שניתן לייחס לעברה. כך, לדוגמה, אם לפרסום בהיעדר רצח היה שווי שוק של מיליון ובהינתן הרצח שווי השוק של הפרסום הוא חמישה מיליון, ההפרש צריך להיות מחולט מכוח הרעיון של אין חוטא נשכר.<sup>38</sup>

## 2. ביקורת הגישה המוצעת

התומכים בחילוט רווחי פרסומים אודות עברה – בין בגרסה המצמצמת המתמקדת בהיבט התוכני של הפרסום ובין בגרסה הרחבה שבה אני תומך, המבוססת על ניצול המוניטין השליליים להפקת רווח כספי – צריכים להתמודד עם שתי טענות. האחת, שראוי לייחס את הרווח מהפרסום לפרסום עצמו שהוא פעולה חוקית ולא לעברה המתוארת בפרסום; השנייה, ששיקולי מדיניות תומכים באי-החרמת רווחי הפרסום.<sup>39</sup> שתי הטענות מתקשרות לצורך להבחין בין רווחי פרסום אודות עברה למקרים אחרים של הפקת רווח מעברה שלגביהם כלל של חילוט נראה כבלתי רצוי.

### 2.1 קשר סיבתי

הטענה הראשונה היא למעשה טענה בדבר היעדר קשר סיבתי משפטי (או טענה של ריחוק רווח). כיוון שהרווח מהעברה הוא עקיף וכיוון שהפקתו מערבת גורם חוקי, מתעוררת השאלה אם ראוי לייחס רווח זה לעברה. באופן כללי יותר, נשאלת השאלה היכן ראוי למתוח את קו הגבול בין רווח שראוי לראותו כרווחי עברה לרווח שהוא מרוחק מדי. הדיון בסוגיית הקשר הסיבתי או היעדרו בין

38 לצורכי החילוט לאוצר המדינה – להבדיל אולי מעילה אפשרית בעשיית עושר של קרבן העברה – אין נפקות משפטית לשאלה אם המוניטין מהעברה נצמחו בשל זהות הקרבן (כמו למשל במקרה של רצח פוליטי), זהות העברייני (כמו המקרה של סימפסון) או אופן המעשה (כמו במקרה של רוצח סידרתי).

39 הטענה השנייה מתקשרת – לפחות בהקשר האמריקני – לטיעון חוקתי שלפיו חקיקה כזאת פוגעת באופן בלתי חוקתי בחופש הביטוי.

העברה לבין הרווח מהפרסום בספרות המנתחת את חוקי Son of Sam הוא מועט ושטחי; הוא מסתכם בלא הרבה יותר מקביעה שלפיה ראוי לייחס את הרווח לפרסום ולא לעברה.<sup>40</sup> הדיון בשורות הבאות ינסה להשלים את החסר ולבסס את הטענה כי יש קשר סיבתי עובדתי ומשפטי בין העברה לבין הרווח, וכי אף לא ראוי לאפשר לעבריין להחזיק בחלק מהרווחים המשקפים את חלקם של האלמנטים החוקיים של תרומתו להפקת הרווח.

בראשית הדברים יצוין שאין מחלוקת לעניין קיומו של קשר סיבתי עובדתי בין העברה לבין ההתעשרות. קשר זה קיים בהיעדר נסיבות חריגות<sup>41</sup> בשני מובנים. ראשית, אלמלא העברה לא היה קיים הפרסום. שנית, אלמלא העברה לא היה קיים לפרסום שווי שוק. נותר לברוק אם יש קשר סיבתי משפטי בין העברה לבין ההתעשרות. את טענתי שקשר כזה מתקיים אני מבסס על ארבעה אדנים. ראשית, אני טוען שיישום אנלוגי של מבחן הקשר הסיבתי המשפטי בנזיקין יצדיק מסקנה שקשר סיבתי שכזה מתקיים. בהקשר זה אני גם טוען שמכמה סיבות לא ניתן לראות באקט הפרסום משום גורם זר מתערב. שנית, אני טוען שהאנלוגיה הנזיקית ראויה משני טעמים. האחד, הרווח הופק מפעילות עוולתית. השני, קיים רציונל של קל וחומר שלפיו מבחן הקשר הסיבתי המשפטי בנזיקין אמור להיות נוח יותר לנתבע מאשר המבחן המקביל לעניין חילוט רווחים (בין מכוח חיקוק במישור הציבורי ובין מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט), וזאת בשל ההבחנה בין שלילת רווח לעומת נשיאה בהפסד. שלישית, אני טוען שאף על פי הגישה המקלה ביותר עם הנתבע בדיני עשיית עושר לעניין היעדר קיום קשר סיבתי משפטי בין הפעולה שלא על פי זכות שבדין לבין ההתעשרות, ראוי להכיר בקיום קשר סיבתי משפטי בנסיבות דנן. רביעית, אני טוען שעל פי מבחני ריבוי הגורמים בדיני נזיקין ובדיני עשיית עושר, לא ראוי (לפחות ככלל) להפחית מהחילוט סכום המשקף את תרומתו ה"חוקית" של העבריין לרווח. ארון בטענות אלו כסדרן.

40 ראו לדוגמה: A. Young "Son of Sam' and His Legislative Offspring: The Constitutionality of Stripping Criminals of Their Literary Profits" 4 *I.P.J.* (1989) 25, 51-53; A. Freiberg "Confiscating the Literary Proceeds of Crime" *Crim.L.R.* (1992) 96, 97 n. 11, 99-100; Zavack, *supra* note 15, at p. 722; D. Sternbach "Son of Sam: Trashing Popular Media and Criminalizing Crime-Related Expression" 19 *Hastings Comm/Ent L.J.* (1997) 771, 774-775. גם נ'ן מקמוס, שהוא אחד מהכותבים הבודדים הסבורים שקיים קשר סיבתי בין העברה לבין ההתעשרות מהפרסום אודותיה, תומך מסקנה זו בהשוואת רווחי פרסום לכלל המונע ירושה ממי שהרג את המוריש ולא מבסס את דעתו על כללים מהותיים של קשר סיבתי. ראו: J.D. McCamus "Recovery of the Indirect Profits of Wrongful Killing: The New Constructive Trust and the Olson Case" 20 *E.T.R.* (1985) 165, 169-170. *Simon & Schuster* הניח בית המשפט לצורכי ההתדיינות, ומבלי לפסוק, שרווחי פרסום אודות עברה מהווים רווחי עברה. *Simon & Schuster case, supra* note 7, at p. 119.

41 דוגמה חריגה היא מצבים - כמו וריאציות סימפסון - שבהם העבריין היה מפורסם עובר לביצוע העברה, ולפיכך לפרסום היה שווי שוק כלשהו אף אלמלא העברה. במקרים כאלו הרציונל שאני מגן עליו תומך בהחרמת החלק מהרווח המקיים קשר סיבתי עובדתי לעברה.

## 2.1.1 מבחן הקשר הסיבתי המשפטי הנזיקי

עובדתית, הרווח מהפרסום נבע משני גורמים עובדתיים: העברה והפרסום. הכלל האנלוגי הנזיקי הוא שכאשר גורם עוולתי (העברה) הצטרף לגורם חף (הפרסום) ושניהם מהווים גורם בלעדיו אין לנזק שאינו ניתן לחלוקה, הרי הגורם העוולתי אחראי למלוא הנזק.<sup>42</sup> כך, למשל, מי שברשלנותו גרם לדליפת דלק שהוצת בשל סערת ברקים, לא יוכל להינצל מאחריותו בטענה שאלמלא הגורם החף (סערת הברקים) רשלנותו לא הייתה גורמת לנזק.<sup>43</sup> באופן אנלוגי, העובדה שאלמלא הפרסום העבריין לא היה זוכה ברווח – גם בהנחה שהיא נכונה – אינה יכולה לפטור את העבריין מהחילוט כיוון שהעברה היא גורם בלעדיו אין לרווח. כאשר הנזק נגרם באשמו של המזיק, המבחן המקובל לתיחום הקשר הסיבתי המשפטי הוא מבחן הצפיות.<sup>44</sup> על פי מבחן זה, כפי שיובהר להלן בדיון בסוגיית הגורם הזר המתערב, יש קשר סיבתי משפטי בין העברה לבין הרווח, כיוון שקיום מוניטין שליליים כתוצאה מעברה והיכולת להפיק רווח מכך הם צפויים.

לכלל הנזיקי האמור יש חריג כאשר הגורם החף (או הגורם שאינו באחריות הנתבע) עולה כדי גורם זר מתערב. במקרה כזה, הגורם העובדתי לנזק (העברה) אינו נחשב כגורם משפטי. על פי מבחני הגורם הזר המתערב במשפט הישראלי ובמשפט האנגלו-אמריקני, ברור שהליך הפרסום אינו גורם זר מתערב. במשפט הישראלי, החלופה היחידה הרלוונטית היא סעיף 64(2) לפקודת הנזיקין ונוסח חדש (להלן: "פקודת הנזיקין") הודן במצב שבו "אשמו של אדם אחר הוא שהיה הסיבה המכרעת לנזק".<sup>45</sup> ברור שסעיף זה אינו חל מכמה סיבות. ראשית, ההתנהגות המנתקת את הקשר הסיבתי אמורה להיות בת אשם בעוד שבפרסום עצמו אין פגם. שנית, ההתנהגות המנתקת אמורה להיות של אדם אחר ואילו כאן הפרסום נעשה על ידי העבריין. שלישית, התערבותו של הגורם הנטען להיות זר מתערב אמורה להיות בלתי צפויה,<sup>46</sup> ואילו הרווח מהפרסום והאפשרות לפרסום עצמו היא צפויה. רביעית, פעולת הגורם המתערב צריכה להיות בלתי תלויה באשם הנתבע באופן שפעולת הנתבע אינה מגבירה את הסיכוי שהגורם המתערב יפעל או שאם הגורם המתערב יפעל הוא יביא לנזק מוגבר. כלל זה שקיים כבירור במשפט המקובל הוא שילוב של הדרישות העולות מהכללים השני

42 ראו לדוגמה ע"א 2757/93 שרון נ' או.אר.אם, פ"ד מט(2) 781, 786, 791-792.

43 Restatement (Second) of Torts § 442B III. 1 (1965).

44 ראו לדוגמה ע"א 557/82 מ"י נ' אביטן, פ"ד מא(1) 563 (להלן: פרשת אביטן); ע"א 576/81 בן שמעון נ' ברדה, פ"ד לח(3) 1 (להלן: עניין בן שמעון). אף שתחולת שני המבחנים האחרים – סיכון ושכל ישר – על עוולות בנות אשם לא נשללה פורמלית, בפועל בתי המשפט בוחנים את הקשר הסיבתי המשפטי על פי מבחן הצפיות. כאשר נבדקים המבחנים החלופיים, בית המשפט מגיע למסקנה שתוצאות הפעלתם זהות – לתוצאות הפעלת מבחן הצפיות. ראו עניין בן שמעון, לעיל, בע' 7-9.

45 ברור ששתי החלופות האחרות בס' 64 לפקודת הנזיקין – גורם טבע בלתי רגיל ואשמו של מי הזומין קטין מתחת לגיל 12 לחצרו – אינן רלוונטיות.

46 פרשת אביטן, לעיל הערה 44, בע' 567.



והשלישי.<sup>47</sup> כך, למשל, פעולת הברק בדוגמה הקודמת אינה עולה כדי גורם זר מתערב, כיוון שהתרשלות הנתבע, בהשאירו דליפת דלק, הגדילה את הסיכוי שפעולת הגורם המתערב (הברק) תגרום לנזק. באופן דומה, התאונה הראשונה בע"א 22/75 אדרי נ' עזיזיאן,<sup>48</sup> הגבירה את הסיכוי (למעשה יצרה אותו) שהתאונה השנייה תתרחש, ולכן לגבי נזקי התאונה השנייה (ככל שניתן להפרידם מנזקי התאונה הראשונה) הנהג הראשון נחשב כגורם משפטי לנזק.<sup>49</sup> באופן דומה, לא ניתן לראות בעניין שהציבור מגלה בתיאור פשעים אמיתיים כגורם זר מתערב. אמנם עניין הציבור אכן מהווה גורם עובדתי אחר לרווח, אך אין מדובר בגורם בן אשם, ומכל מקום, פעולת גורם זה צפויה, והעברה הגדילה את הסיכוי שגורם זה יתממש.

### 2.1.2 היגיון של קל וחומר

האנלוגיה של המבחן הנזיקי מובילה למסקנה שיש לראות את הרווח כנגרם במלואו על ידי העברה. מסקנה זו נתמכת בשתי טענות. ראשית, הרווח מופק מפעילות שהיא עוולתית במובהק.<sup>50</sup> מטעם זה המבחן הנזיקי (להפסדים) נראה לכאורה כרלוונטי גם לרווחים שהופקו בשל פעילות עוולתית. שנית, המבחן הנזיקי ראוי שיחול מכוח קל וחומר כיוון שהטלת חובה לפצות היא סנקציה חמורה יותר מאשר שלילת רווח. דוקטרינת הקשר הסיבתי המשפטי נועדה לשמש כמסננת; ייעודה הוא למנוע הטלת חבות מוגזמת על הנתבע. מחקרים אמפיריים ותאורטיים בתחומי פסיכולוגיה התנהגותית וכלכלה, מצביעים על כך שנשיאה בהפסד גורמת לתחושת אבדן רווחה משמעותית יותר מאשר שלילת רווח. הדבר נובע משורה של סיבות וביניהן תועלת שולית פוחתת (או Wealth Effect) ואפקט ההקניה.<sup>51</sup> הטלת חובת פיצוי עשויה לרושש לחלוטין את הנתבע; לעומת זאת, סעד של שלילת רווחים שומר על רווחתו של הנתבע עובר להשגת הרווח. פיצוי מפחית את סך הנכסים הקיימים של הנתבע; שלילת רווח נוגעת לעתים לרווחה עתידית. מטעם זה סעד של חילוט רווחים מחמיר פחות עם הנתבע מאשר

47 ראו: *The Oropesa* [1943] 1 All.E.R. 211 (C.A.); *Carslogie Steamship Co. Ltd. v. Royal Norwegian Government* [1952] A.C. 292 (H.L.)

48 ע"א 75/22 אדרי נ' עזיזיאן, פ"ד (1) 701 (להלן: פרשת עזיזיאן). באותה פרשה נפגע הנזוק בתאונת דרכים ראשונה, ובעודו שוכב על הכביש נפגע בתאונת דרכים שנייה מרכב אחר. על התאונה חלו הוראות פקודת הנזיקין.

49 בשל היעדר יכולת להבחין – מושגית וראייתית – בין נזקי שתי התאונות, חבו שני הנהגים ביחד ולחוד למלוא הנזק שנגרם בפרשת עזיזיאן.

50 ניתן אולי לסבור שכיוון שההתנהגות העבריינית חמורה יותר מהתנהגות שהיא עוולתית בלבד, חל רציונל של קל וחומר נוסף לזה שנדון בסמוך בטקסט. קל וחומר זה אינו פשוט בעיניי בשל זכאותו של נאשם בפלילים להגנות מוגברות. לעומת זאת, טיעון הקל וחומר הנדון בטקסט פטור מקושי זה, שכן חילוט רווחי עברה אינו מהווה ענישה במובנה הפלילי. ראו לעיל פרק 1.3.

51 ראו: D. Kahneman & A. Tversky "Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk" 47 *Econometrica* (1979) 263; R. Korobkin "The Status Quo Bias and Contract Default Rules" 83 *Cornell L. Rev.* (1998) 608, 625.

סעד של פיצוי.<sup>52</sup> כיוון שמבחן הקשר הסיבתי המשפטי מצדיק את הטלת הסנקציה החמורה (פיצוי), הוא יכול להצדיק גם את הטלת הסנקציה הקלה (שלילת רווח). זאת ועוד, בהקשר הנזיקי יש תימוכין לגישה שלפיה מבחני הקשר הסיבתי מחמירים יותר עם מבצעי עוולות כוונה.<sup>53</sup> גישה זו תומכת אף היא באימוץ דרישת קשר סיבתי משפטי בין העברה לבין הרווח שאינה מקלה עם העברייני לעומת המבחן הנזיקי הרגיל החל לגבי התנהגות בת אשם של הנפגע.

### 2.1.3 מבחן קשר סיבתי בדיני עשיית עושר

דיני עשיית עושר, בניגוד לדיני הנזיקין, לא פיתחו מבחני קשר סיבתי מפותחים, לפחות בכל הנוגע לרווחים שהושגו בשל פגיעה עוולתית בזכותו של התובע (Restitution for Wrongs). לעומת גאף וג'ונס (Goff & Jones), התומכים בכלל של השבת כל רווח המקיים קשר סיבתי עוברתי למעשה העוולתי,<sup>54</sup> פיטר בירקס (Birks) מציין שדיני עשיית עושר יצטרכו לפתח דיני קשר סיבתי משפטי כשם שדינים אלו פותחו בדיני הנזיקין.<sup>55</sup> השילוב של חומרת התנהגות הנתבע בקטגוריית רווחים שהושגו בשל פגיעה עוולתית בזכותו של התובע, ובמיוחד בקטגוריית רווחים כתוצאה מביצוע עברה, ביחד עם העובדה שסנקציה של השבת רווחים מחמירה פחות עם העברייני מסעד של פיצוי, מצדיק אימוץ מבחן המחמיר עם העברייני, כך שמבחן הקל וחומר מתקיים גם בהשוואה בין דיני נזיקין לדיני עשיית עושר.

52 השוו: D. Friedmann "Restitution of Benefits Obtained Through the Appropriation of Property or the Commission of a Wrong" 80 *Colum. L. Rev.* (1980) 504, 552; R.B. Thompson "The Measure of Recovery Under Rule 10b-5: A Restitution Alternative to Tort Damages" 37 *Vand. L. Rev.* (1984) 349, 384-385. כך למשל במשפט האנגלי בהקשר של קניין רוחני, כאשר המפר הוא תם לב, נשלל סעד של פיצוי אך יש סעד של השבה. ראו: Copyright, Designs and Patent Act 1988 c 48 (Eng.) § 97(1), 96(2).

53 Restatement (Second) of Torts § 435B com. a (1965); ע"א 3108/91 רייבי נ' רייגל, פ"ד מו(2) 497, 510.

54 R. Goff & G. Jones *The Law of Restitution* (London, 6<sup>th</sup> ed., 2002) 785 השוו: Thompson, *supra* note 52, at p. 385. צריך להיות כה הדוק כמו הקשר בין נוקו של התובע להטעיה בעוולת התרמית; P. Jaffey "Accounting for Wrongful Profits" *Lloyd's Mar. & Com. L.Q.* (1995) 462, 465 (כאשר מטרת ההוראה המורה על השבת רווחים היא למנוע את התעשרות הנתבע מחטאיו על החבות לכלול לכל רווח שהופק מהפרת החובה המשפטית בלי שימת לב לכל תרומה לגיטימית של הנתבע להפקת הרווח); P. Jaffey "Restitutionary Damages and Disgorgement" 3 *Restit. L.R.* (1995) 30, 43 n. 71 ("For the purposes of quasi-punitive remedy, there seems no reason why there should be any discount to reflect the skill and labour expended by the defendant in committing the wrong") לוויתור אפילו על דרישת קשר סיבתי עוברתי בהקשר של השבת רווחים שהופקו מתרמית בשוק ההון ראו: *Janigan v. Taylor*, 344 F.2d 781, 786 (1965); C.E. Nesemann & M.E. Nelson "Securities Arbitration Damages" 852 *PLI/Corp* (1994) 275, 286-287.

55 P. Birks *An Introduction to the Law of Restitution* (New York, 1989) 351

## 2.1.4 שלילת ייחוס חלק מהרווח לפעילות החוקית

לכאורה, ניתן היה לנסות ולחלק את הרווח שהופק מהפרסום ולייחס חלק ממנו לעברה וחלק ממנו לתרומה החוקית ליצירתו. הנייתו הנזיקי ישלול חלוקה שכזו: כאמור לעיל, כאשר נגרם נזק אחד בעקבות שילוב של גורם עוולתי וגורם חף, המעוול אחראי למלוא הנזק. עיון בדוקטרינת דיני עשיית עושר מלמד על תמונה מורכבת יותר. לעתים מתירים בתי המשפט לזוכה להשאיר בידי חלק מהרווח המשקף את תרומתו להפקת הרווח, גם כאשר השימוש העוולתי בנכס של הזוכה היווה תנאי בלעדיו אין להפקת כל הרווח, ולעתים החיוב בהשבה הוא על מלוא הרווח.<sup>56</sup> השיקולים העיקריים להכרעה הם מידת אשמו של הנתבע, סוג האינטרס של התובע שהנתבע ניצל לשם הפקת רווח, ייחודיותו של אינטרס זה, משמעותיות תרומת פעולת הנתבע להפקת הרווח, טיב מערכת היחסים בין הנתבע לתובע והקושי בחישוב תרומת התשומות של הנתבע והתובע בהפקת הרווח.<sup>57</sup> כמפורט להלן, ככל שהמשפט חרד יותר להגן על אינטרס מסוים של הנפגע ולהרגיש את הערך החברתי של אינטרס זה (ושל ההגנה עליו), וככל שהוא רוצה להרתיע מפני התנהגות מסוימת או לגנות אותה, כך יגדל שיעור ההשבה

56 פסקי הדין המחייבים בהשבה על מלוא הרווח הם: ע"א 28483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדינולד, פ"ד נח(4) 314 (השבת רווח שהופק בשל הפרת סימן מסחר. בשל היעדר התייחסות בכתב הטענות, לא דן בית המשפט באפשרות להפחית את ההוצאות שהוצאו מתוך התקבול החווי שעלה כדי הרווח האמור); *Edwards v. Lee's Adm'r*, 96 S.W.2d (1936) 1028 (להלן: *Edwards case* או פרשת *Edwards*) (השבה מלאה – לגבי החלק מהרווח שהופק מאינטרס של התובע – בנסיבות שבהן הפעיל הנתבע עסק תיירותי למערת אטרקציות ששכנה בחלקה מתחת לאדמת התובע כאשר הכניסה היחידה למערה הייתה ממקרקעי הנתבע); *Pan Coal Co. v. Garland Pocahontas Coal Co.*, 125 S.E. (1924) 226 (להלן: *Pan Coal case* או פרשת *Pan Coal*) (השבה של מלוא התקבולים ללא ניכוי הוצאות של גולן שאינו תם לב שגול פחם מחלקה של התובע); *Snepp case*, *supra* note 26 (השבת מלוא הרווחים מהפרת חובת אמון של סוכן C.I.A. שהפר את חובתו להשיג אישור לפרסום הספר); *Creach v. Ralph Nichols Co.*, 267 S.W.2d (1953) 132 (גולן של מיטלטלין שאינו תם לב שב השבת הרווח); *Peter Pan Manufacturing Co. v. Corsets Silhouette Ltd.*, [1963] 3 All.E.R 402 (השבת מלוא הרווח מייצור תוך ניצול אינפורמציה חסויה). פסקי דין שאינם מחייבים השבה מלאה הם: *Young v. Ethyl Corp.*, 581 F.2d 715 (1978) (גולן תם לב של פחם חב רק בהשבת השווי של של שנלקח ולא ברווח או ברווח יחסי); *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Co.*, 309 U.S. 390 (1939) (חיוב של מפר זכות יוצרים לשלם 20% מהרווחים שהסרט המפר הפיק. סכום זה גבוה כפי ארבעה מהסכום שעליו דובר במשא ומתן בין הצדדים לרכישת הזכויות במחזה לשם הסרט); *Greenwood v. Bennett*, [1973] 1 Q.B. 195 (Eng. C.A. 1972) (הבעלים של מכונית שהושבחה לא יקבל השבה בעין אם לא ישלם עבור ההשבה).

57 ראו: H. Dagan *The Law and Ethics of Restitution* (Cambridge, 2004) 213–217; D. Friedmann "Restitution for Wrongs: The Measure of Recovery" 79 *Tex. L. Rev.* (2001) 1879, 1887–1890; G.E. Palmer *The Law of Restitution* (Vol. I, Boston, 1978) 161 (פרידמן, לעיל הערה 37, בע' 606. בהקשר של עילה אפשרית בעשיית עושר להשבת רווחי פרסום אודות עברה, סבור פרידמן שיש הצדקה לשלול רק את הרווח שמפיק העבריין כתשלום עבור תיאור העברה. לדיון בקשיי היישום הנגרמים מגישה זו ראו פרידמן, לעיל הערה 37, בע' 600.

עד שיגיע לכדי חילוט מלוא הרווחים ללא הותרת רווח יחסי לזוכה. גישה נורמטיבית ראויה זו אף מקבלת ביטוי דוקטרינרי בדין הנוהג של עשיית עושר.<sup>58</sup> בנוגע לפרסומים אודות עברה, אין מקום להפחית מהחילוט את השווי של תרומת הרכיבים החוקיים בשל שש סיבות עיקריות. ראשית, שיקול חומרת ההתנהגות מצביע בכירור על השבת מלוא הרווח. כשהתנהגות הנתבע היא חמורה, חיוב ההשבה נעשה על הצד הגבוה, והמדיניות היא לעתים עונשית במובן זה שאפילו החלק מההתעשרות שאינו מקיים קשר סיבתי עוברתי לפעולת הנתבע כפוף להשבה.<sup>59</sup> בענייננו, כאשר הפעילות שהביאה להתעשרות היא לא רק מודעת, אלא אף עבריינית, לא ראוי להפחית דבר מהחיוב בהשבה. שנית ועיקר, בניגוד למקרים טיפוסיים בפרדיגמה של רווח מהפרת חובה, אין לעברייני חלופה חוקית המאפשרת הפקת רווח זה. כאשר יש אפשרות להפקת הרווח (או חלקו) באמצעים חוקיים, ניתן לטעון שכעניין של קשר סיבתי, אותו חלק שניתן היה להפיק על ידי פעילות חוקית (כגון התקשרות בעסקה מרצון עם התובע להשתמש באינטרס שלו) אינו תוצאה של ההתנהגות המעוולת.<sup>60</sup> לעומת זאת, רווחי מימוש מוניטין שליליים בהגדרה הם הרווחים הנוצרים בעקבות ההתנהגות הלא חוקית של העברייני, ולא ניתן להשיג את הסכמת הקרובן לביצוע העברה. גם לו הייתה ניתנת הסכמה כזאת, היא הייתה שוללת את השווי של המוניטין השליליים המבוססים על הפרסום שהשיג העברייני כיוון שפעולתו עבריינית. בנסיבות כאלו, יש לחלט את כל ההתעשרות, כיוון שאין כל דרך חוקית שבה ניתן היה להפיק את הרווח. שיקול זה הוא בעיניי המכריע כנגד הכרה באפשרות לחלט רק חלק מהרווחים על מנת לשקף את רכיב התרומה החוקית של העברייני להפקת הרווח. שלישית, גם השווי של הרכיב החוקי ביצירת הרווח מפרסום אודות עברה – הליך הפרסום – נוצר על ידי גורמים שבחלקם המכריע הם היצוניים לתרומת העברייני. העניין של הציבור הרחב בפרסומים אודות עברה והכיסוי התקשורתי שניתן לעברה ולפרסום הם אלו היוצרים את עיקר שווי השוק. כאשר הפער בין שווי השוק של הזכאות הניטלת והרווח שהשיג הנתבע נובע מגורם היצוני לתרומתו של הנתבע, אין טעם טוב לאפשר לזוכה להרוויח מפער זה, וכאשר תרומתו של הזוכה שולית ניתן להתעלם ממנה.<sup>61</sup> רביעית, תרומתו החוקית של העברייני להשגת הרווח – האקט של ניצול ומימוש המוניטין השליליים (בין בדרך של פרסום אודות עברה ובין בדרך אחרת) – ראויה לגינוי מוסרי, מטעמים

58 ראו באופן כללי: H. Dagan *Unjust Enrichment: A Study of Privet Law and Public Values* (Cambridge, 1997)

59 ראו לדוגמה: *Pan coal case*, *supra* note 56; Friedmann, *supra* note 57, at p. 1924; גישה זו מוצאת ביטוי מובהק בגישת ה-ALI בטיטת הרסטייטמנט השלישי של עשיית עושר. ראו: Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment (Draft) (להלן: "ALI, Tentative Draft. No. 4, 2005) § 40(2), 41(2), 42(2) (הבחנה בין מי שפגע בזכות של אחר ביודעין, החייב בהשבת רווח מלא לבין מי שפגע בזכות של אחר בתום לב החייב בהשבת שווי שוק של מה שנטל).

60 השו: Friedmann, *supra* note 57, at pp. 1903–1904, המתייחס לכך כשאלת הקטנת רווח באנלוגיה להקטנת נזק בדיני נזיקין.

61 השו: *Ibid.*, at pp. 1989, 1891.

שיובהרו להלן.<sup>62</sup> מתרומה כזו ראוי להתעלם.<sup>63</sup> חמישית, באופן טיפוסי המוניטין השליליים של העברייני הם תוצאה של פגיעה באינטרס של שלמות הגוף וקדושת החיים של הקרבן, ואינטרס זה, ראוי שיוגן על ידי כלל שליטה המעניק השבה של הרווח במלואו.<sup>64</sup> ודוק, כמצוין להלן, זכאות הקרבן להשבה של רווחי מוניטין שליליים אינה מובנת מאליה, שכן יש קשיים ביצירת הזיקה בין האינטרס הנפגע לבין ההתעשרות.<sup>65</sup> עם זאת, לא ניתן לחלוק על כך שהאינטרס הנפגע ראוי מכל אינטרס אחר להגנה מצד הדין, שתפחית למינימום את הסיכוי לפגיעה בו מצד העברייני ושתבטא את הערך שהחברה נותנת לו. חילוט הרווח במלואו משרת את ההגנה על אינטרס זה, גם אם הוא צופה פני עברייני (שיקול הרתעתי או ערכי) ולא דווקא צופה פני קרבן (שיקול תרופתי).<sup>66</sup> שישיית – ושיקול זה מתבסס על השיקול השני – ככל שתרומת התובע להשגת הרווח שבגיניו מתבקשת ההשבה ייחודית יותר, כך יש פחות מקום להביא בחשבון את תרומתו של הנתבע. כאשר למה שנלקח מהתובע יש תחליף זמין בשוק, ניתן לסבור שהתעשרות הנתבע מתבטאת רק בחסכון תשלום שווי השוק של הזכאות שניטלה. לעומת זאת, כאשר אין שוק לאינטרס שניטל, או שמדובר בנכס המצוי במחסור, יכול היה התובע להפיק את רוב הרווח שהפיק הנתבע מנטילת זכאות התובע ללא הסכמתו.<sup>67</sup> כיוון שזכות הקרבן שלא להיות קרבן לעברה אינה ניתנת לנטילה בכל אופן חוקי על ידי העברייני וכיוון שהעברייני אינו יכול להשיג כדין כל תחליף לאינטרס הקרבן בשלמות גופו, הרי האינטרס של כל קרבן הוא ייחודי ולכן מנביע השבה של מלוא הרווח, בלא התחשבות ברכיב תרומת העברייני להפקת הרווח.<sup>68</sup>

62 ראו להלן פרק 2.2.3.

63 לכך שהתנהגות שיש בה פגם, גם אם אינה מפרה נורמה חוקית חיצונית לדיני עשיית עושר, עשויה להשפיע על היקף חבות הנתבע להשיב ראו: Friedmann, *supra* note 57, at pp. 1889, 1924 רע"א 5768/94 א.ש.ר. יבוא ייצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289, 432.

64 לרלוונטיות סוג האינטרס שנפגע וחשיבותו לעניין היקף החיוב בהשבה ראו: Dagan, *supra* note 58, at pp. 40–49, 63–70, 107. ליישום בהקשר של האינטרס לשלמות גופנית ראו: *Ibid.*, at pp. 97–98.

65 ראו להלן פרק 3.1.3.

66 להבחנה זו ראו: ALI, Tentative Draft, *supra* note 59, introductory note cmmt 3.  
67 Friedmann, *supra* note 57, at pp. 1894–1895; פרידמן, לעיל הערה 37, בע' 613–612 הערת שוליים 41; בפרשת *Edwards*, הביא בית המשפט נקודה זו בחשבון בקובעו שאחת מהאטרקציות המרכזיות במערה, שכנה מתחת למקרקעין של התובע. (*Edwards case*, *supra* note 56, at p. 1029). מאידך, כפי שפירדמן מצוין בצדק במאמרו, Friedmann, *supra* note 57, at p. 1904, בפרשת *Edwards* גם תרומת הנתבע להפקת הרווח הייתה ייחודית כיוון שהכניסה היחידה למערה הייתה מקרקעין. לכן מקרה כזה מערב בעיה של מונופולין דו־צדדי. העובדה שפעמים רבות למקרקעין התובע, שהנתבע עשה בהם שימוש ללא היתר, אין תחליף סביר מבחינת הנתבע, עשויה להסביר את העובדה שסעד ההשבה על פגיעה באינטרס זה נפסק על הצד הגבוה.

68 לצורכי הטיעון כאן, אין הכרח להסכים שהזכאות לרווחי ניצול מוניטין שליליים היא של הקרבן. אם המדינה היא הבעלים של הזכות שכנגדה עומדת חובת העברייני שלא לבצע עברה, הרי שהטיעון המוצג בטקסט מנביע את זכותה לקבלת מלוא הרווח, שהרי לזכות זו אין תחליף אותו יכול היה העברייני להשיג באופן חוקי.

## 2.2 הבחנה ממקרים אחרים

### 2.2.1 שלוש הדוגמאות

מסקנת הדיון בפרק הקודם היא שרווחי פרסום אודות עברה – כמו גם רווחי מימוש מוניטין שליליים אחרים – הם רווחים המקיימים קשר סיבתי עובדתי ומשפטי לעברה, ולכן ראוי לחלטם. טענה אפשרית כנגד הניתוח שהוצע לעיל היא שניתוח זה מוכיח יותר מדי. על פיו יוצא לכאורה שמי שרכש מיומנות (ומוניטין) כפורץ ומשתמש אחר כך במיומנות זו במתן שירות של ייעוץ להגנה מפני פריצה, מפיק רווח עקיף מהעברה, המקיים את מבחן הקשר הסיבתי שנותח לעיל, ולפיכך דינו חילוט (להלן: "הדוגמה הראשונה"). בספרות המבקרת את חקיקת חילוט רווחי פרסום אף הובאה דוגמה מרחיקת לכת יותר: מי שנכלא בשל עברה ואז עבר קורס הכשרה מקצועית – נניה כנגר – ואחר כך השתחרר ועבד במקצוע שלו, יהיה כפוף לכלל החילוט (להלן: "הדוגמה השנייה").<sup>69</sup> קושי דומה קיים לכאורה בנוגע למי שנכלא בשל עברה שביצע והוא מוציא בעודו בכלא (או אחר כך) ספר המתאר את עוולות הכלא (ספר שאולי מתאר גם את העברה שבשלה נכנס לכלא) (להלן: "הדוגמה השלישית"). בכל המקרים הללו לכאורה מתקיים מבחן הקשר הסיבתי, אף שאינטואיטיבית נראה שלא ראוי לחלט את הרווחים, והדבר ברור במיוחד לגבי שתי הדוגמאות האחרונות. ניתן לתת מענה לקושי זה בשני מישורים שונים. ראשית, לא ברור שמתקיים קשר סיבתי בכל הדוגמאות. שנית, גם אם קיים קשר סיבתי משפטי בין העברה לבין ההתעשרות, את השיקול של אין חוטא נשכר יש לאזן כנגד שיקולים אחרים. תוצאת האזון בשלוש הדוגמאות המתוארות עשויה להיות שונה מנקודת האזון במקרה של פרסום רווחי עברה הן כיוון שלא כל רווח מעברה הוא פוגעני באותה מידה והן כיוון שמשקלם של השיקולים התומכים באי-חילוט עשוי להיות רב יותר בדוגמאות שהובאו. לפירוט טענות אלו אפנה כעת.

### 2.2.2 היעדר קשר סיבתי בדוגמאות השנייה והשלישית

על פי המבחן שהוצע לעיל, אין קשר סיבתי משפטי בדוגמאות השנייה והשלישית בין העברה לבין הרווח. בשני מקרים אלו, העברה המקורית היוותה רק זירה – היא רק נתנה הזדמנות במושגים של מרחב וזמן – לפעולת הגורם האחר שהוא הגורם הדומיננטי להפקת הרווח. תרומת העברה במקרים אלו להפקת הרווח דומה לתרומה של נהיגה מהירה לנזק שנגרם מתאונה שאירעה לאחר שהנהג האט ופגע ללא אשם בהולך רגל שחצה את הכביש. אמת, בדוגמה השנייה, אלמלא העברה לא היה העברייני לומד מקצוע ולא היה משתכר כנגר. אולם העברה רק הביאה את העברייני לסיטואציה שבה יכול היה ללמוד מקצוע; העברה לא הגבירה את הסיכוי שמקצוע הנגרות ילמד ויביא להכנסות ולא הגבירה את הרווחיות מעיסוק במקצוע זה. הרווח נובע מפעולת הנגרות, וניתן היה להפיק את אותו רווח לו למד העברייני את המקצוע בדרך אחרת. באופן דומה, בדוגמה השלישית תרומת העברה לרווח מתבטאת רק בהבאת העברייני לכלא במקום ובזמן מסוימים

<sup>69</sup> *Zavack, supra note 15, at p. 722 n. 174*

שמאפשרים לו לתאר את חוויותיו משם. העברה לא הגבירה את הסיכוי שהעוולות המתבצעות בכלא והמתוארות בפרסום יבוצעו, או את שווי השוק של תיאור חוויות אלו. הרווח נובע מהווי הכלא, וגם לו היה נכנס לכלא אדם חף מפשע הוא היה חווה את אותן החוויות.<sup>70</sup> לפיכך, ההבדל הקריטי בין שתי דוגמאות אלו להתעשרות מפרסום אודות עברה, הוא שהרווחים המופקים בשתי הדוגמאות לעיל יכולים היו להיות מופקים גם אלמלא ביצוע העברה. בנוסף, בניגוד לרווחי ניצול מוניטין, הרכיב החוקי התורם ליצירת הרווח בשתי הדוגמאות לעיל – העבודה כנגד ופרסום החוויות מהכלא – אינו ראוי לגינוי כיוון שהעברין אינו מנסה לנצל את המוניטין שלו כעברין. מטעמים אלו, הויקה בין הרווח לבין העברה והאינטרס של הקרבן אינה קיימת.

### 2.2.3 שיקולי מדיניות בדוגמה הראשונה

הדוגמה הראשונה בעייתית יותר מבחינת קשר סיבתי. ההתנהגות העבריינית לא רק שסיפקה הזדמנות לעברין לעבוד במקצוע, היא גם הסיבה הרומיננטית להפקת הרווח. ראשית, העברין משתמש במיומנויות שרכש תוך פעילותו העבריינית (להבדיל מהנגר ומכותב הספר על חוויותיו בכלא). שנית, העברין מנצל את המוניטין המקצועיים שרכש בתור פורץ על מנת לספק את שירותי הייעוץ למניעת פריצות. שווי השוק של שירותיו כמונע פריצות נוצר בחלקו הגדול בשל המוניטין שלו כעברין. אמנם נסיבות אלו הופכות את החילוט לתוצאה אפשרית, אולם יש לשים לב ששיקולי המדיניות כאן שונים בתכלית ומספקים תמיכה חזקה בהרבה לשלילת חילוט לעומת המקרה של ניצול מוניטין שליליים. ראשית, השימוש בשירותי הייעוץ נועד לשם מניעת פשיעה עתידית. כל אפקט מקביל בהקשר של פרסום אודות עברה הוא ספקולטיבי בלבד. שנית, העברין בדוגמה הראשונה מנצל את המוניטין המקצועיים שלו כפורץ להבדיל מהמוניטין שלו בידוען. אם תרצו, הפורץ היועץ מנצל את ניסיונו כעברין, העברין הדברן מנצל את תהילתו כעברין. ניצול התהילה גרוע יותר מניצול הניסיון, כיוון שיותר מכל הפקת רווח עקיף אחר מעברה הוא הופך את תורת הגמול על ראשה. ניצול ההיסטוריה של העברין לשם הפקת רווחים בדוגמה הראשונה הוא אינסטרומנטלי. לעומת זאת, ניצול ההיסטוריה בפרסומים אודות עברה מאדיר את העבריינות באופן שהעברין מרוויח בשל האופי האנטי-חברתי של התנהגותו. שלישיית, השילוב של שני הגורמים הראשונים הופך את הפעילות של העברין בדוגמה הראשונה לבעלת אופי שיקומי. בניגוד לכך, בפרסום אודות עברה ניצול המוניטין כידוען הוא צעד אנטי-שיקומי, המלמד על היעדר הפנמה מצד העברין בנוגע לאופי האנטי-חברתי של התנהגותו. מסקנה זו נלמדת – ובלא קשר לתוכן הפרסום – מעצם האקט של מימוש המוניטין השליליים על מנת להפיק מהם רווח. רביעית, ניצול המוניטין כעברין מערב בהכרח אלמנט של

70 בדוגמה זו הרווח מופק בשל הניסיון של העברין כאסיר וכקרבן ולא בשל הניסיון שלו כעברין. השוו: *Sandusky case, supra note 20*, שם נקבע כי פיצוי בשל פגיעה במהלך שוד מירי רשלני של המשטרה אינו עולה כדי רווחי עברה.

פומביות. הפרסום גורם לנראות (Visibility) של העברייין ושל הרווח שהוא מפיק מהעברה, ומנציח ואולי מחזק את מעמדו כידוען. אלמנט הפומביות חשוב בעיניי, כיוון שהוא משרד זלזול מופגן ומיוחד בתפיסות גמול מקובלות ובסדר החברתי. אם הפקת רווח עקיף מעברה יכולה להימשל להשתנה בבריכה, הפקת רווח ממוניטין שליליים משולה להשתנה מהמקפצה. האקט האחרון חמור יותר כיוון שהוא משרד זלזול בסדר החברתי המקובל. באופן דומה, הפקת רווח ממוניטין שליליים משרדת זלזול שכזה בסדר החברתי המקובל וברגישות החברתית והמוסרית המקובלת.

ורוקו, הטיעון שלי מבוסס על אדנים דאונטולוגיים ואקספרסיביים ולא מכשיריים. מתן אפשרות לעברייין להרוויח כתוצאה מהפרסום שרכש מביצוע העברה הוא רע כשלעצמו, ושלילת אפשרות כזו אינה תלויה בתוצאות השליליות שהכרה באפשרות זו עשויה להביא. בנוסף, שלילת אפשרות שכזאת היא חשובה כמתן ביטוי חברתי לחשיבות האינטרסים הנפגעים של קרבנות העברה לחיים ולשלמות הגוף. איני סבור שניתן להגן על כלל החרמה בטענה התמריצית שעבריינים פוטנציאליים שוקלים את הסיכוי להתעשר מניצול מוניטין שליליים כאחד השיקולים בהחלטתם אם לפשוט או לא. עם זאת, כלל החרמת רווחי מוניטין שליליים עשוי להיתמך – בנוסף לטעם הדאונטולוגי והאקספרסיבי – גם בחשש של התערערות הסדר החברתי. טיעון זה מבוסס על גישתו של דורקהיים (Durkheim), שלפיה למשפט הפלילי תפקיד בשמירה על הלכידות החברתית.<sup>71</sup> חברה המאפשרת לעברייניה לקצור את פרות המוניטין השליליים שיצרו לעצמם, היא חברה שסכר שחבריה יחושו פחות מחויבות להתנהגות נורמטיבית, כיוון שיראו שהתנהגות לא נורמטיבית באה על שכרה (ההיבט של העברייין) וזוכה להאדרה חברתית (ההיבט של הציבור המתעניין בעברייין).<sup>72</sup> תובנות אלו מוליכות אותי לדון בשאלה, אם שיקולי מדיניות שונים יכולים להצדיק את שלילת כלל החילוט או את סיוגו, אף שהעובדה שרווחי פרסום עברה (כמו גם ניצול אחר של מוניטין שליליים) הם רווחי עברה, וככאלו נקודת המוצא צריכה להיות שראוי שהם יחולטו.

### 2.3 שיקולי מדיניות

גם אם אכן יש לייחס את הרווח מפרסום אודות עברה לעברה עצמה ולא להליך הפרסום, יש הטוענים שהחקיקה אינה ראויה כיוון שחילוט הרווחים מוביל לתוצאות חברתיות בלתי רצויות. בהקשר זה מועלים שלושה טיעונים עיקריים.<sup>73</sup>

71 E. Durkheim *The Division of Labor in Society* (Glencoe, Ill., G. Simpson trans., c1933) 62–63. ראו: E. Durkheim

72 לטיעון דומה לזה המובא בטקסט ראו: S. Woodward "Debt to Society: A Communitarian Approach to Criminal Antiprofit Laws" 85 *Georgetown L. J.* (1996) 455, 483–487.

73 טיעונים אחרים שבהם לא אדון כאן ושאיני מוצא אותם משכנעים הם שחילוט רווחים אינו צורך כיוון שהוא פוגע באופן מוגזם בעבריינים, משום שהעברייין הסובל מתוצאות המוניטין השליליים שלו, זכאי ליהנות מהיתרונות של מוניטין זה, וכיוון שהמוניטין השליליים נוצרים בשל כלי התקשורת והציבור.



האחד, שרווחי הפרסום מאפשרים לעבריינין להשתקם.<sup>74</sup> השני, שלפרסום עשוי להיות ערך חברתי וששלילת הרווחים תפגע בתמריץ של העבריינין לפרסם פרסומים אודות העברה.<sup>75</sup> לטיעון האחרון יש, לפחות בהקשר האמריקני, גם פן חוקתי. הטענה היא שחילוט רווחים פוגע בחופש הביטוי בכך שהוא יוצר אפקט מצנן (Chilling Effect) על הפרסום. השלישי, שכלל החילוט יפגע במטרת הפיצוי לנפגעים, שכן הפגיעה בתמריץ לפרסם תקטין את מסת הנכסים שממנה יכול להיפרע הנפגע.<sup>76</sup> לטעמי, אף אחד משלושת הטיעונים אינו משכנע כנימוק לשלילת החילוט.

### 2.3.1 פגיעה בשיקום

בעיה אחת עם הטיעון שאין לחלט רווחי פרסום או מוניטין מטעמי שיקום היא שהטיעון מוכיח יותר מדי. אם אכן האינטרס החברתי בשיקום העברייני מצדיק אי-חילוט רווחי פרסומים אודות עברה, אף שרווחים אלו הם רווחי עברה מבחינת קשר סיבתי משפטי, אין לחלט גם רווחי עברה אחרים כגון רווחים מסחר בסמים, מהימורים ומירושת מי שהרג את המוריש. לטעמי, הדעה העדיפה היא שהחברה צריכה לשרטט דרכים לרכישת קניין באופן לגיטימי ולא לאפשר למי שרכש קניין בדרכים אסורות להחזיק בבלעו בהסתמך על התועלת החברתית בפתרון שיאפשר לו להחזיק ברווחים אלו. גם כעניין של צדק חלוקתי ושוויון אופקי בין עבריינים, קשה לקבל פתרון שלפיו עבריינים שהפיקו רווחי עברה יזכו ביתרון שיקומי על פני עבריינים עניים שלא הפיקו רווח שכזה. אם אכן חשוב לאפשר לעבריינים בסיס כלכלי מינימלי על מנת לאפשר את שיקומם, מן הראוי לחשוב על דרכים מקיפות יותר לעשות כן מאשר לאפשר למיעוט אקראי של עבריינים, המסוגלים להרוויח מהפרסום שרכשו בעקבות העברה, להחזיק ברווח זה שהפיקו בדרך בעייתית. בעיה אחרת עם הטיעון של מימון-שיקום היא שמתן אפשרות לעבריינין להרוויח מהמוניטין השליליים שלו נראה דווקא כצעד אנטי-שיקומי בטווח הארוך. אפשרות זו מתקפת ומחזקת את הסטיגמה של העבריינין ואת מעמדו כסוטה חברתית ולכן נראית כמחבלת במטרה של שילוב מחדש ושיקום. זאת, הן מנקודת המבט של העבריינין עצמו והן מנקודת המבט של החברה.<sup>77</sup>

### 2.3.2 אבדן הערך החברתי מפרסומים אודות עברה

לטיעון הערך החברתי בפרסום אודות העברה יש שתי תשובות. הראשונה, היא שאין זה ברור כלל שלפרסומים כאמור אכן יש ערך חברתי חיובי. רוב הטיעונים בדבר היתרונות מפרסומים שכאלו הם ספקולטיביים ומכל מקום קונטינגנטיים. בין טיעונים אלו ניתן למנות את הסברה שהפרסום יספק אינפורמציה רלוונטית לקרימינולוגים, לסוציולוגים ולפסיכולוגים בדבר שורשי הפשיעה,<sup>78</sup> את הסברה

74 ראו לדוגמה: Freiberg, *supra* note 40, at p. 104.

75 ראו לדוגמה: McCamus, *supra* note 40, at p. 173.

76 ראו לדוגמה: Zavack, *supra* note 15, at p. 728.

77 להרחבת נקודה זו ולהבהרתה ראו לעיל פרק 2.2.3.

78 McCamus, *supra* note 40, at p. 173; Freiberg, *supra* note 40, at p. 103.

(הפורחת) שפרסום העברה עשוי להפחית פשיעה עתידית,<sup>79</sup> את הטענה שלפרסום עשוי להיות ערך ספרותי<sup>80</sup> ואת הטענה שלהליך הכתיבה (או החשיפה) עצמו יש ערך שיקומי או תרפויטי.<sup>81</sup>

בהערכת טענות אלו יש לבדוק אם הן נתמכות בטענות אמפיריות, ואם לא, אם הן מסתברות כנכונות באופן כללי ומובהק. כמו כן, יש לבחון אם את היתרונות האמורים, שלכאורה אובדים בשל כלל החילוט, לא ניתן להשיג באמצעים אחרים. לאור אמות מידה אלו נראה לי שהטיעונים אינם משכנעים כטעם לאי-חילוט רווחי הפרסומים. כך, למשל, מידע בדבר שורשי הפשיעה ניתן להשיג מכל עברייני המעוניין לשתף פעולה עם אנשי מקצוע, ואין סיבה להניח שאבדן המידע מפרסומים שעניינם עברות הוא משמעותי. מכל מקום, למערכת הענישה והשיקום יש דרכים לתמרץ שיתוף פעולה שכזה בדרכים בעייתיות פחות ממתן אפשרות לעברייני להפיק רווחים מתהילתו כעברייני. אין כלל סיבה אפריורית להניח שהליך הכתיבה או התוצר שלה יועילו דווקא להליך השיקום (בחלק מהמקרים הם אולי יזיקו לו) או שהפרסום ירתיע (במקום לעודד) פשיעה עתידית או שהכתיבה תהיה בעלת ערך ספרותי גבוה להבדיל מערך ממוצע או נמוך. כנגד יתרונות אפשריים של פרסומים כאמור ניתן לחשוב על שורה של תוצאות שליליות אפשריות. הפרסום עשוי לפגוע ברגשות הקרבתנות והציבור הרחב,<sup>82</sup> לספק רעיונות לעבריינים פוטנציאליים, להעלות את סף הרגישות החברתי לאלומות (Desensitization) ולהגביר עבריינות בחברה.<sup>83</sup> זאת ועוד, בלי קשר לתוכן הפרסום ולהשפעת הליך הכתיבה או החשיפה על העברייני, נראה שעצם הפרסום והפקת הרווח מהמוניטין השליליים מערבים בהכרח תופעות שליליות של האדרת פושעים ופשיעה וערעור הסדר החברתי הנגרם בשל הפיכת תורת הגמול על ראשה. מבחינה זו, ככל שאבדן התמריץ הכספי עשוי להפחית את מספרם של פרסומים אודות עברה, יש למנות בצד ההפסד החברתי מצמצום מספר זה, גם את היתרון שבחיווק הלכידות החברתית. בהיעדר מחקר אמפירי מקיף, אין, לדעתי, בסיס לסברה שהיתרונות מסוג כזה של פרסומים – ככל שהם קיימים – עולים על החסרונות מפרסומים אלו. כיוון שכך, השיקול המוסרי הבסיסי שלפיו אין לאפשר לאדם להרוויח מהעברה שביצע צריך להכריע את הכף בעד כלל החילוט.

79 Ibid.

80 Ibid.

81 Freiberg, *supra* note 40, at p. 104; McCamus, *supra* note 40, at p. 17382 ראו לדוגמה: E.C. Viano "The News Media and Crime Victims: The Right to Know versus the Right to Privacy" *Critical Issues in Victimology International Perspectives* (New York, E.C. Viano ed., 1992) 24, 24–26, 31–33

83 בהקשר זה רלוונטית תאוריית "העבריינות כמגיפה" ראו: J.S. Mausner &amp; A.K. Bahn

G.O. Greenman *Epidemiology* (Philadelphia, Saunders, 1974) 276"Son of Simon & Schuster: A 'True Crime' Story of Motive, Opportunity and the First Amendment" 18 *U. Haw. L. Rev.* (1996) 201, 231–233, 240 n.

216, 242, הסוקר את המחלוקת האמפירית בדבר קיום תופעת העלאת סף הרגישות לאלומות בעקבות חשיפה אליה.

התשובה השנייה לטיעון הערך החברתי של הפרסום חושפת את הבעייתיות בהנחה שעליה מתבסס הטיעון, שלפיה כלל החילוט אכן יביא להפחתת מספר הפרסומים אודות עברה. בהקשר זה, נראה שדווקא פרסומים שסביר שאכן יהיה להם ערך חברתי גבוה – עבריינים המעוניינים להסביר את מעשיהם, אלו החושבים שנפלו קרבן לאי־צדק חברתי או משפטי לפני ביצוע העברה והמשפט או לאחריהם או אלו המגלים חרטה כנה – סביר שיופיעו גם ללא מתן תמריץ כספי לעבריינין. יש לזכור שהכלל מתמקד בחילוט רווחי הפרסום ולא באיסור על הפרסום עצמו. אם אכן נכונה הסברה שפרסומים בעלי ערך חברתי גבוה סביר שיהיו מונעים פחות מתמריץ כספי, הרי שכלל החילוט דווקא יגביר את הערך החברתי הממוצע של הפרסום על ידי סינון הפרסומים בעלי הערך החברתי הנמוך.

בשולי הדברים אציין שגם מבחינת הפן החוקתי של הבעיה, היוריספרודנציה האמריקנית, הרואה בחילוט רווחי פרסום משום פגיעה בחופש הביטוי בשל האפקט המצנזן, נראית בעיניי כמוטעית. עם זאת, הפתרון שאני מציע, של חילוט כל רווח כתוצאה ממימוש מוניטין שליליים, מפחית את הבעייתיות של כלל החילוט מבחינת המשפט החוקתי האמריקני, בכך שהוא אינו מפלה לרעה פרסום לעומת מקורות אחרים של רווח ממימוש מוניטין.

### 2.3.3 פגיעה במטרת פיצוי הקרבנות

גם הטיעון שלפיו חילוט רווחי פרסומים אודות עברה פוגע במטרת פיצוי הקרבנות – בשל שלילת התמריץ לייצר את הפרסום שיביא להגדלת מסת הנכסים שממנה יכול הניזוק להיפרע – אינו משכנע. אם העבריינין יודע שהרווח מהפרסום ישמש למימוש פסק דין שניתן לטובת הנפגע מהעברה, ממילא ייפגע התמריץ שלו להפיק את הרווח האמור אף בהיעדר כלל חילוט. למעשה, כלל של היעדר חילוט ייתן תמריץ כלכלי לעבריינין להוציא את הפרסום רק אם רווחי הפרסום יהוו את ההבדל בין מצב של חדלות פירעון לבין מצב של פירעון. רק כאשר רווחי הפרסום מותירים עודף בידי העבריינין לאחר פירעון כל חובותיו (בצירוף סך נכסיו האחרים), תיתן שלילת החילוט לעבריינין תמריץ לייצר את הרווח שממנו יוכל הנפגע להיפרע. כיוון שבאופן טיפוסי חבות העבריינין עולה בהרבה על רווחי העברה וכיוון שבאופן טיפוסי העבריינין יהיה חדל פירעון, הרי שהטיעון שהחילוט יפגע במטרת פיצוי הנפגע אינו משכנע.

יתרה מזאת, טיעון זה מבוסס על תפיסה צרה של רציונליות שאינה משקפת בהכרח את המציאות. מבחינת העבריינין, לפחות כל עוד קבלת הכספים קודמת לצו החילוט, ייתכן שהיעדר מידע על הכלל המשפטי יגרום לו להתקשר בפרסום. בנוסף, על פי ההסדר שאומץ בחוק, שיקול הדעת שיש ליועץ המשפטי אם להגיש בקשה לצו חילוט ושיקול הדעת של בית המשפט אם לצוות על חילוט, עשוי לגרום לעבריינין להתקשר בחוזה לפרסום אודות העברה למרות קיום כלל החילוט. מבחינת הנפגע מהעברה, הטיעון מניח שהנפגע בהכרח יתנגד לכלל של חילוט אם כלל כזה יביא להקטנת הסכום שממנו הוא יוכל להיפרע. כיוון ששיקולי הנפגע מעברה אינם רק כספיים וכיוון, כפי שהוסבר, שההבדל בין כלל חילוט לבין כלל היעדר חילוט מבחינת יכולת הנפגע להיפרע מהעבריינין הוא

זניה, הרי שבהחלט ייתכן שנפגעים יעדיפו כלל של חילוט על פני כלל היעדר חילוט. מכל מקום, אם כיבוד רצון הנפגע צריך לקבל עדיפות מכרעת, הכלל שהעדפה זו צריכה לגזור איננו היעדר חילוט, אלא אחד משני הכללים הנאים: כלל אחד הוא חילוט הכפוף לזכות הנפגע לוותר עליו. כוח כזה בידי הנפגע עשוי (לפחות על פי השקפות כלכלנים ניאוקלאסיים) להותיר מרחב למשא ומתן בין העברייין לנפגע בדבר חלוקת רווחי הפרסום ביניהם. בפועל, יש סיבות לפקפק בהצלחת משא ומתן שכזה לא רק משום שמדובר במונופולין דו-צדדי אלא גם משום שהמשקע האמוציונלי בין הנפגע לעברייין ימנע השגת הסכמה ביניהם.<sup>84</sup> לחלופין, כלל שני המבטיח שחלק מהרווח מפרסום אודות עברה ייוותר בידי העברייין נותן לעברייין תמריץ מסוים להפיק את הרווח. פתרון כזה בעייתי בעיניי שכן בעיית עידוד העברייין להפיק רווחים לשם פיצוי הנפגעים מהעברה קיימת תמיד, ויצירת כלל המשריין לעברייין מבין כלל מסת נכסיו דווקא נכסים שהם רווחי עברה לוקה בהכללת חסר, והיא מעניקה, באופן מעוות, טיפול מועדף דווקא לסוג הנכס שראוי פחות מכול להשאירו בידי העברייין. מכל מקום, כיוון שכל הסברה שכלל חילוט יפגע במטרת פיצוי הנפגע נראית לי כלא מבוססת, איני תומך בהמרת כלל החילוט באחד משני הפתרונות שהוצעו לעיל.

### 3. משמעויות דוקטרינריות והצעות לשיפור החוק

#### 3.1 הכללת חסר

מהניתוח לעיל עולה שהכשל העיקרי בחוק הוא הכללת החסר שבו. החוק מתמקד ברווח מפרסום אודות עברה שהוא רק מקרה פרטי – אם כי מרכזי – של הבעיה האמיתית הטעונה פתרון: ניצול המוניטין השלייליים שנצמחו לעברייין בעקבות העברה שביצע לשם הפקת רווח כספי. דווקא על רקע הטענות לפיהן לפרסום אודות עברה יש ערך חברתי ובשל הערך של חופש הביטוי, התמקדות בתוכן הפרסומים (אם הם אודות עברה או לא) והתמקדות ברווחי פרסומים להבדיל מרווחי ניצול אחר של מוניטין שליליים אינו ראוי. לפיכך, ראוי לתקן את החוק כך שרווחי עברה יוגדרו כ"כל גידול בשווי נכסיו של העברייין שנגרם כתוצאה מהמוניטין השלייליים שרכש העברייין לעצמו עקב ביצוע העברה". ההגדרה יכולה לכלול את ההגדרה הקיימת כדוגמה בלתי ממצה של רווחי עברה. בסוגיית נטלי ההוכחה דנתי לעיל.<sup>85</sup>

84 השו: W. Farnsworth "Do Parties to Nuisance Cases Bargain After Judgment? A Glimpse Inside the Cathedral" 66 *U. Chi. L. Rev.* (1999) 373 (היעדר התניה על כלל ציווי בסיומה של התדיינות לגבי עוולת המטרד).

85 ראו דיון לעיל בפרק 1.6ג.

### 3.2 התעשרות או פרסום?

חילוט רווחי פרסומים אודות עברה יכול להיתמך רעיונית בטענה שהפרסום עצמו אינו ראוי או לחלופין בטענה שההתעשרות מהפרסום אינה ראויה. הבסיס הנכון לטעמי הוא השני, כשכאמור לא תוכן הפרסום אלא ניצול המוניטין של העבריין הוא העומד בבסיס הצדקת החילוט. התבוננות בחוק מלמדת על טשטוש בין רציונלים אלו המתבטא ברלוונטיות שהחוק נותן לתוכן הפרסום לעניין שאלת החילוט. כך, למשל, הפרסום שרווחיו כפופים לחילוט הוא "דבר שענינו העיקרי עבירה".<sup>86</sup> הגדרה זו מחייבת את בית המשפט להיכנס לניתוח תוכני של הפרסום ולבחון אם העברה היא העניין העיקרי של הפרסום.<sup>87</sup> שני השיקולים היחידים המוזכרים מפורשות בסעיף 2(א) לחוק כשיקולים שאותם על בית המשפט לשקול בהחליטו אם לחלט את הרווחים הם ערך חינוכי או שיקומי לפרסום ומידת ההשפעה של הפרסום על נפגע העברה. אמנם קיום שיקול דעת לעניין החילוט נראה לי רצוי, אך המבנה של החוק מעורר את הרושם שלפיו תוכן הפרסום, להבדיל מההתעשרות שהפרסום יוצר, הוא הסיבה לחילוט הרווחים. לשיטתי, גם אם לפרסום יש ערך חינוכי ושיקומי, אין בכך כדי להצדיק את אי-שילת הרווחים, שהרי לא הפגם בפרסום אלא הפגם בהתעשרות הוא העומד מאחורי כלל החילוט. מטעם דומה, גם אם הפרסום אינו משפיע לרעה על הנפגע, אין בכך משום להצדיק את אי-חילוט הרווחים.

### 3.3 הגדרת רווחי העברה

המבחן התוכני שאימץ החוק מחייב תיחום של היקף הפרסומים והעברות המצדיקים חילוט. הבה נבחן כדוגמה היפותטית פרסום אוטוביוגרפיה של יגאל עמיר. כיוון שפרסום הכפוף לתחולת החוק הוא רק כזה שעניינו העיקרי עברה, מתעוררת השאלה מה דינה למשל של אוטוביוגפיה המזכירה את הרצח אך עוסקת ברובה בחייו של עמיר עד שהחל ללמוד באוניברסיטה? האם מבחן "עניינו העיקרי" יימדר על פי מספר העמודים המוקדש לתיאור העברה (או כל מדר תוכני אחר), או שהוא יימדר על פי מרכזיות תיאור העברה לשווי השוק של הספר? לשיטתי, ברור שהמבחן השני הוא הנכון, ובמקרה כזה מתייתרת דרישת העניין העיקרי. על פי המבחן שאני מציע, ככל שתיאור העברה או העובדה שהפרסום נעשה על ידי העבריין הגבירה את שווי השוק של הפרסום, יש לחלט רווחים אלו.

ניתן להתווכח על הגבול המדויק אותו שרטט החוק, אולם הגישה המוצעת על ידי חוסכת את הצורך בשרטוט גבולות אלו. שאלת ניצול המוניטין היא שאלה עובדתית שאינה תלויה בחומרת העברה ובמשקל שניתן לתיאור העברה בפרסום. כך, למשל, אם רב עיר אלמוני הורשע בשורה של גנבות מחנויות (Shop Lifting) ורכש עקב כך מוניטין שליליים שאותם הוא מנסה לממש על ידי פרסום, אין הצדקה להניח לו להרוויח ממוניטין זה רק כיוון שעונשה המרבי של

86 ס' 1 לחוק.

87 השוו פרידמן, לעיל הערה 37, בע' 600.

העברה שבה הורשע – גניבה – הוא נמוך משבע שנים. אמת, סביר שחומרת העברה מהווה גורם לעניין פוטנציאל ניצול המוניטין השליליים. עם זאת, אין לשלול את האפשרות שמוניטין יצמחו גם כתוצאה מעברה שעונשה המרבי נמוך יותר, ואין הצדקה לאפשר לעברייני שכזה להחזיק בידיו רווח ממוניטין שליליים שנצמחו כתוצאה מעברה קלה.

כנגד זאת ניתן לטעון ששיקולי יעילות אדמיניסטרטיבית מצדיקים תיחום של היקף החילוט בהתאם לכלל טכני בדבר חומרת העברה כסוג של קירוב (Proxy). על פי גישה זו כלל של חילוט פרסומים אודות עברות שעונשן המרבי עולה על שבע שנים הוא ברור יותר להפעלה מסטנדרט שלפיו יש לחלט את עודף הרווח מפרסום שניתן לייחסו למוניטין השליליים של העברייני. טענה זו אינה משכנעת כיוון שהניסיון מהמשפט המשווה מלמד שמספר המקרים שבהם חקיקת Son of Sam מיושמת הוא מועט ביותר. בחירה בין סטנדרטים לכללים צריכה להיות מושפעת ממספר הפעמים שבהם הכלל או הסטנדרט יושמו בהתדיינות. כאשר מספר ההתדיינות נמוך הרי שיש יתרון לסטנדרט (שעלויות ייצורו זולות ועלויות הפעלתו יקרות, ומאידך הוא מונע בעיה של הכללת יתר וחסר) על פני כלל (הסובל מהכללת יתר וחסר אבל עלויות הפעלתו זולות).<sup>88</sup> בנוסף, ההסדר שנקבע בחוק אף הוא מצריך בדיקה פרטנית לשם קביעה אם עניינו העיקרי של הפרסום הוא עברה, כך שהוא אינו נהנה מעדיפות משמעותית מבחינת עלויות התדיינות לעומת הכלל המוצע על ידי.

#### 3.4 הכללת יתר?

אחת הביקורות כנגד החוק הניו-יורקי המקורי הייתה הבעיה של הכללת היתר, שלפיה היה החוק עלול להחרים רווחים מפרסומים המאזכרים באופן שולי עברה זניחה. המבחן המוצע על ידי מונע בעיה זו כיוון שאזכור שולי של עברה זניחה אינו הגורם לרווח מן הפרסום. בכפוף להערותיי להלן, ההסדר הקבוע בחוק – דרישה להרשעה בעברה שהעונש המקסימלי עליה הוא שבע שנים, דרישה שהפרסום יהיה בעיקר אודות עברה ושיקול הרעת שיש לבית המשפט שלא לחלט – נותן מענה יפה לבעיית הכללת היתר.

#### 3.5 שיקול דעת לשלול חילוט

עקרונית, מגמת החוק להעניק לבית המשפט שיקול דעת שלא לחלט את רווחי העברה, רצויה בעיניי. הן על פי המודל שהחוק אימץ – הבדיקה התוכנית של הפרסום – והן על פי המודל המוצע על ידי – חילוט רווחים הנובעים מניצול המוניטין – יש מקום לאפשר שיקול דעת שכזה על מנת לתת משקל לשיקולים נוגדים העשויים במקרים קונקרטיים להצדיק שלילת חילוט. הרציונל מאחורי

88 ח' דגן "תקנת השוק כביטוח" ספר ויסמן – מחקרי משפט לכבודו של יהושע ויסמן (ד' לוינסון) ומיר' וש' לרנר עורכים, תשס"ב) 15, 22-24.

החקיקה, לדעתי, הוא רציונל של עשיית עושר,<sup>89</sup> ולפיו לא ראוי שהעברייני יחזיק בהתעשרות שמקורה בעברה, וככזאת, ההתעשרות היא שלא כדין. בדיני עשיית עושר מוכרת הגנה כללית מפני תביעות השבה הנתונה לשיקול בית המשפט. הגנה זו מצאה את ביטויה החקיקתי בסעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 (להלן: "חוק עשיית עושר ולא במשפט"). הגישה המורדנית שלפיה העיקרון של "מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה" מרוכך על ידי שיקולי צדק שהפעלתם נתונה לשיקול דעת (חלקי) של בית המשפט ומצאת את ביטויה גם בהוראות סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: "חוק החוזים") בנוגע לתוצאותיו של חוזה פסול.

העובדה שממילא מספר המקרים שבהם עתיד החוק להיות מופעל אינו גבוה, משככת כאמור את החשש שהכנסת רכיב שיקול הדעת תביא לידי עלויות מנהליות משמעותיות בהפעלת החוק. עם זאת, מן הראוי להפעיל את שיקול הדעת באופן מצמצם. הכלל הברור צריך להיות חילוט רווחי פרסום אודות עברות, ורק במקרים נדירים במיוחד מן הראוי לשלול חילוט.<sup>90</sup> אין לעקוף את כלל החילוט על ידי הפעלה ליברלית של שיקול הדעת לשלול אותו. כמצוין לעיל, אין לתת משקל רב לשיקולים הקונקרטיים לשלילת חילוט המנויים בסעיף 2(ב) לחוק – ערך שיקומי לפרסום והשפעה על הנפגע – לעניין ההחלטה אם לחלט, כיוון שהם מתייחסים לערך החברתי של הפרסום, ואילו הרעיון מאחורי החוק הוא שההתעשרות מהפרסום פסולה, אפילו אם יש לפרסום ערך חברתי. כיוון שעל פי המבנה שהחוק יוצר שאלת הדיון בחילוט מאוחרת להחלטת העברייני לפרסום פרסום אודות עברה, לקיום שיקול הדעת לא צפויה להיות השפעה משמעותית על תמריצי העברייני אם להוציא את הפרסום. בנסיבות כאלו, השיקולים התומכים בחילוט מקבלים משקל יתר.

### 3.6 בעייתיות הדרישה של הצורך בהרשעה

החוק אימץ גישה מצמצמת באשר לתחולתו בהתנתות את צו החילוט בהרשעה של העברייני בפסק דין סופי. גישה זו מעוררת כמה קשיים, עיוניים ומעשיים. קושי אחד שבו ארון בהמשך הוא האפשרות לשים את הוראות החוק פלסטר על ידי קבלת כספים על ידי העברייני והעלמתם באופן אפקטיבי לפני ההרשעה. קושי אחר שהוזכר לעיל מתעורר כאשר מי שזוכה בדינו אך לאחר מכן מודה שביצע את העברה, מנצל את המוניטין שלו לשם הפקת רווחים. מקרים אלו זועקים לחילוט במיוחד הן בשל עקרון תום הלב הדורש – בין היתר – מניעת מצגים סותרים והן כיוון שבמקרים אלו העברייני המרוויח מהמוניטין השליליים שלו

89 אין כוונתי לטעון כי ישנו אך רציונל אחד מאחורי דיני עשיית עושר; טענתי היא שהרציונל מאחורי החקיקה הוא אחר הרציונלים שעליהם מושתתים דינים אלו – מניעת התעשרות ממעשה שלא כדין שחומרתו רבה.

90 השוו למשל את המבחן של החוק באונטריו: Prohibiting Profiting from Recounting Crimes Act, 2002, S.O. 2002, c. 2, s. 4 § 4(1) (להלן: "Ontario Act"), לפיו יחלט בית המשפט את הרווחים אלא אם כן "[I]t would clearly not be in the interests of justice".

אפילו לא נענש. מטעם זה, יש לתקן את החוק כך שיחול על רווחי מי שהורשע בעברה או הודה בביצועה. למעשה, על מנת להתגבר על החסר שהגדרת החוק יוצרת לגבי רווחים המופקים לפני ההרשעה, ראוי אולי להחיל כלל אחר שלפיו רווחים ממוניטין שליליים שמפיק מי שהואשם בביצוע עברה או שנעצר בנוגע לה, כפופים לחילוט, וכי כספים אלו יוחזרו לעברייני אם הוא זוכה או אם הגיעו רשויות התביעה למסקנה שאין מקום להעמדה לדין בשל היעדר אשם או בשל היעדר ראיות (להבדיל מהיעדר עניין לציבור).

גם קביעה קטגורית שזיכוי צריך לשלול אפשרות לחילוט ראוייה לבחינה זהירה. מי שזוכה למשל מרצח שביצע בשל אי-שפיות בעת ביצוע המעשה או שהוא אינו כשיר לעמוד לדין, צריך להיות כפוף לכלל החילוט.<sup>91</sup> בהקשר זה יש נפקות דוקטרינרית לטענתי שהחילוט אינו בגדר ענישה. העובדה שיש טעם לפטור את המבצע מאחריות פלילית, אינה מצדיקה לאפשר למבצע להרוויח מהמעשה שעשה בזכות המוניטין שצבר לעצמו. קושי מיוחד מתעורר במקרים שבהם הנאשם זוכה במשפט פלילי וחויב במשפט אזרחי, או במקרים שבהם על פי מאזן הסתברויות בוצעה עברה, אך אין סיכוי סביר להרשעה. כמובן, ככל שהעברייני(?) מודה בביצוע העברה, לשיטתי, ממילא ראוי להפעיל את כלל החילוט. בהיעדר הודאה, ההכרעה קשה יותר. מחד, גישה כזו מרחיבה מאוד את תחולת כלל החילוט, והיא מתקרבת לכלל המחלט רווח ממוניטין שנוצרו בשל ביצוע עוולה. מאידך, וזו בעיניי הגישה העדיפה, ניתן לסבור שכיוון שהחילוט אינו עונשי, יש להסתפק במאזן הסתברויות לגבי הוכחת ביצוע העברה. ההתנהגות שהיא הבסיס לחילוט צריכה לעמוד במבחן מהותי המצדיק את חילוט הרווח על בסיס הרעיון של אין חוטא נשכר כך שלא כל פעילות המנוגדת לדין והמביאה לרווח, תביא להפעלת החילוט על פי כלל המסתפק במאזן הסתברויות. גישה זו מאומצת בחקיקה מקבילה של כמה מדינות.<sup>92</sup>

### 3.7 צו זמני ובעיית ריקון החוק מתוכן

סעיף 7 לחוק קובע הסדר מפורט לגבי האפשרות לתת צו זמני. הסעיף מעורר שאלת פרשנות אם ניתן לתת צו זמני לפני הרשעת הנאשם. לפחות על פי פשוטו של מקרא, אפשרות זו אינה קיימת. סעיף 7(א) לחוק מתנה את סמכות בית המשפט לתת צו זמני בהגשת בקשה על פי סעיף 2(א) לחוק; בקשה מוגשת בנוגע לחילוט רווחי עברה, ורווחי עברה מוגדרים כרווחים שהפיק או שעתיד להפיק אדם שהורשע בביצוע העברה. משמע, כל עוד לא הורשע אדם, אין רווחי עברה, וממילא לא ניתן להגיש בקשה על פי סעיף 2(א) לחוק כמו גם בקשה למתן צו זמני על פי סעיף 7(א) לחוק. זאת ועוד, סמכות בית המשפט לתת צו זמני במעמד

91 לגישה דומה השוו: Va. Code Ann. 19.2-368.19 (2005); Ontario Act, id, c. 2, s. 2 (Definition of "Convicted").

92 לאימוץ פתרון כזה בחקיקה ראו: Proceeds of Crime Act 2002 ch. 29, s. 156 § 7 (Eng). Alaska Stat. § 12.61.020(d), (e)(1) (2005); Ontario Act, id § 10 P. Jaffy תמליכה במבחן ביניים לגבי חילוט רווחי עברה בהליכים אזרחיים ראו: "Restitutory Damages and Disgorgement" 3 Restit. L.R. (1995) 30, 40.



צר אחד הקבועה בסעיף (זב) לחוק (סמכות שבכל מקרה מוגבלת מבחינת משכה) מותנית אף היא בעשיית פעולה ברווחי עברה, ובהיעדר הרשעה אין רווחי עברה. תוצאה פרשנית זו מעקרת במידה רבה את אפקטיביות החוק. במקרים שבהם נתפס עבריין בעל פרופיל ציבורי גבוה, בכל התקופה עד למועד הרשעתו הוא יכול לנצל את המוניטין השליליים שלו ללא שניתן לחלט רווחים אלו. אמנם משעה שהורשע העבריין, יחול החילוט על רווח שהופק ועל גלגוליו,<sup>93</sup> אולם החילוט מוגבל לרווח "בחזקתו, בשליטתו או בחשבונו"<sup>94</sup> של העבריין. בתקופת הביניים יכול העבריין להעלים את הרווח. הניסיון האמריקני מלמד שהגבלת החילוט למועד המאוחר להרשעה אכן מרוקנת את החוק מתוכו.<sup>95</sup> ישנם כמה פתרונות לבעיה זו. ראשית, ניתן להקדים את מועד החילוט למועד מוקדם יותר בהליך הפלילי כגון פתיחת חקירה, מעצר או הגשת כתב אישום.<sup>96</sup> שנית, ניתן להרחיב את סמכות בית המשפט למתן צו זמני גם לנסיבות שבהן אין עדיין סמכות חילוט; במקרה כזה יש להסמיק את בית המשפט לתת צו זמני לגבי כל רווח שעתיד להיחשב כרווחי עברה אם בעתיד יחול התנאי הרלוונטי ההופך רווח כזה לרווחי עברה (כגון הרשעה במשפט, אם תישמר דרישה זו, או הודאה). שלישית, על מנת להקטין את הסיכוי לעקיפת הוראות החוק, ניתן להטיל חובת דיווח על צד המתקשר בעסקה עם העבריין. פתרון זה אומץ במספר לא מבוטל של חוקים במדינות ארצות-הברית<sup>97</sup> וידון בסמוך.

### 3.8 רווח שהועבר לבני משפחה

קושי נוסף בהסדר שאומץ בחוק הוא הגבלת החילוט לרווח שנמצא בחזקתו, בשליטתו או בחשבונו של העבריין עצמו.<sup>98</sup> גם כאן הוראות החוק אינן חד-משמעיות. אמנם הסיפה של הגדרת "רווחי העבירה"<sup>99</sup> קובעת "אחת היא אם האדם שהורשע הפיק את הרווחים בעצמו או באמצעות אחר",<sup>100</sup> אולם הוראה זו עניינה, לדעתי, בשימוש בשלווה או באדם אחר (כגון סופר צללים) לשם השגת הרווח, ועניינה איננו בגורם המקבל את הכסף. יוצא מכך שאם התקשר העבריין בחוזה לטובת צד ג' המעביר למוטב (ללא תמורה) את רווחי העברה, או אם הוא פשוט מעניק רווחים אלו במתנה לאדם אחר (כגון קרוב משפחה), רווחים אלו אינם ניתנים לחילוט. תוצאה זו אינה ראויה בעיניי אף על פי שהעבריין עצמו

93 זאת עולה מהגדרת "רווחי העבירה" בס' 1 לחוק "רווח [...] שהפיק [...] אדם שהורשע" ומהגדרת "רווח" [...] ולרבות רכוש שהוא תמורתו של רווח כאמור.

94 הגדרת "רווחי העבירה" בס' 1 לחוק.

95 ראו: Cobb, *supra* note 3, at p. 1511.

96 כך למשל, Ontario Act § 6, מאפשר עם הגשת כתב אישום להוציא צווים להקפאת רווחים כאמור, להפקידם בבית משפט או למנות כונס נכסים. בהתאם לתוצאת ההליך הפלילי, הכסף יחולט או יוחזר לנאשם שזוכה.

97 ראו דיון על פתרון זה לעיל בפרק 3א.

98 הגדרת "רווחי העבירה" בס' 1 לחוק.

99 שם, שם.

100 שם, שם.

אינו מתעשר ישירות,<sup>101</sup> ולכן תחושת חוסר הצדק חריפה פחות, ולמרות העובדה שהחקיקה האזרחית מבחינה לעניין שיקולים עונשיים או מעין עונשיים בין החוטא עצמו ובין בני משפחתו.<sup>102</sup> מוצע לכן שרווחי חילוט יוגדרו גם כרווחים שהופקו על ידי העברייין והועברו לצד שלישי. במקרה כזה תהיה הגנה לצד שלישי אם עמד בדרישות תום לב ותמורה.<sup>103</sup>

### 3.9 חובת יידוע על צד שלישי

מטרת החוק עשויה להיות מסוכלת בשל קשיי אכיפה ובשל פערי המידע בין העברייין למדינה לגבי רווחים שהעברייין מפיק מהמוניטין שלו (או מפרסומים אודות עברה). בחקיקה המשווה הוטלה לעתים חובה על צד שלישי המתקשר בחוזה עם העברייין לגבי רווחי פרסום להודיע לגורם האחראי לביצוע החוק על פרטי ההסכם.<sup>104</sup> גישה זו רצויה בעיניי, אולם היא מעוררת קשיי יישום לגבי המודל המוצע על ידי המרחיב את כלל החילוט לכל רווח שהופק תוך ניצול המוניטין השליליים של העברייין. קושי זה הוא תוצאת העובדות הבאות: רוב העבריינים אינם זוכים לפרסום, ולכן אינם יכולים לנצל מוניטין שליליים להפקת רווח; היקף העסקאות שעבריינים מעורבים בהם הוא רחב; המודל המוצע על ידי מכפיף להוראות החילוט גם מי שטרם הורשע. ניתן לפתור קושי זה על ידי קביעת כמה קטגוריות הכפופות לחובת דיווח של הצד השלישי כגון לגבי עסקאות הנוגעות לפרסום אודות עברה (ראיונות, זכויות לספרים), עסקאות הנוגעות לממורבייליה (הדפסי חולצות, תמונות וכו'), עסקאות מעל שווי מסוים ועסקאות שבהן יש פער מסוים בין שווי השוק של נכס דומה לבין המחיר שהושג עבור נכס של העברייין.

### 3.10 תקופת התיישנות קצרה מדי

הסדר התיישנות הקבוע בסעיף 3 לחוק אינו ראוי. הסעיף קובע שתי מגבלות התיישנות. האחת, שהבקשה לחילוט תוגש בטרם חלפו חמש שנים מיום הרשעה או שלוש שנים מיום ריצוי המאסר, לפי המאוחר. השנייה, שטרם חלפו חמש שנים מיום הפרסום. החלופה הראשונה מיותרת. כיוון שהבסיס לחילוט נעוץ בשילוב ביצוע העברה המקורית (שייצרה את המוניטין השליליים) ובאקט הנפרד והמאוחר של מימוש המוניטין השליליים להפקת רווח כספי (בדרך של פרסום

101 התעשרות העברייין במקרה כזה היא נורמטיבית בכך שרצונו להעשיר מישוה אחר התגשם.

102 ראו הוראת ס' 7ב לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975.

103 בסעיף ההגדרות בחוק באונטריו יש הגדרה רחבה של "Agent", הכוללת בין היתר גם מוטב או נמחה של רווחים שהיו צריכים להיות משולמים לעברייין, תאגיד בשליטתו ובני משפחה בקרבה מסוימת. האינטרס של צד שלישי חף (Legitimate Owner) הובא בהשכון לגבי החלטת החילוט (סעיף 34 לחוק), וצר כזה מוגדר כמי שנתן ערך (Fair Value) ולא ידע ולא היה עליו לדעת בעת רכישת הזכות שמדובר ברווחי עברה, וחליף של אותו אדם. Ontario Act § 1, 4(3).

104 ראו לעיל פרק א, 3, לעיל הערה 16 והטקסט הנלווה לה; § 3, c. 2, s. 3 Ontario Act, id., מטיל סנקציה של קנס עד \$50,000 על מי שמפר את חובת הדיווח הקבועה בסעיף.

כמשמעו בחוק או בדרך אחרת), אין להתנות את החילוט במגבלת זמן ביחס לביצוע העברה. ההתעשרות מהמוניטין השליליים משתכללת באקט שבו ממש העבריין את המוניטין השליליים שרכש לשם השגת רווח כספי. תקופת ההתיישנות צריכה להתחיל ממועד המימוש שהוא האקט האחרון המשכלל את רווחי העברה. ודוקו, אקט הפרסום עצמו (או המימוש עצמו) הוא חוקי, אולם הוא מלווה בפגם כיוון שבחירת העבריין לנצל את המוניטין השליליים שלו להפקת רווח היא מעשה שבפני עצמו ראוי לגינוי ולתגובה (של החרמת הרווח). חלופת ריצוי העונש אינה רלוונטית, והיא יוצרת זיקה מוטעית בין ההליך הפלילי העונשי לבין ההליך של החילוט שאינו מבוסס על רציונל ענישתי במובנו הצר. בנוסף, מועד ההרשעה ותום ריצוי המאסר אינם רלוונטיים למודל המוצע על ידי שאינו מתנה בהכרח את החילוט בהרשעה. הקושי בהסדר ההתיישנות שאומץ בחוק מתחוויר היטב על פי עובדות פרשת *Blake* שהוזכרה לעיל,<sup>105</sup> שם פרסם המרגל שברח ספר על מעלליו שהתרחשו שנים רבות לפני הפרסום. האם יש הצדקה לאפשר לבלייק להרוויח מהמוניטין השליליים שרכש לעצמו כמרגל וכמי שברח מהכלא? על פי הוראות החוק הישראלי לא היה ניתן לחלט רווחים אלו.<sup>106</sup> באשר לחלופה השנייה, אין הצדקה ליצור תקופת התיישנות קצרה מתקופת ההתיישנות הרגילה הקבועה בחוק. העובדה שמדובר ברווחי עברה מצדיקה גישה המחמירה עם העבריין ולא גישה המקלה עמו.<sup>107</sup> בנוסף, לשיטתי, המרחיבה את כלל החילוט לכל מימוש מוניטין שליליים, תקופת ההתיישנות צריכה להיות שבע שנים ממועד המימוש ולא רק ממועד הפרסום שהוא מקרה פרטי של מימוש מוניטין שליליים.

### 3.11 שלילת חילוט משיקולים חלוקתיים וסוציאליים

סעיף 8(א) לחוק מסייג את סמכות החילוט של בית המשפט לגבי מיטלטלין שאינם ניתנים לעיקול על פי חוק ההוצאה לפועל. ובנוסף, סעיף 8(ב) לחוק מורה לבית המשפט שלא לצוות על חילוט אלא אם כן נוכח שלבעל הרכוש שיחולט ולבני משפחתו הגרים עמו יהיו אמצעי מחיה סבירים ומקום מגורים סביר. אמנם המגמה הכללית של דאגה לצורכי החייב הנצרך היא ודאי ראויה בעיניי, אולם ניתן לתהות על צדקת ההסדר הקבוע בסעיף 8(ב) לחוק. תהייה מקדמית היא, אם צורכי העבריין יכולים להצדיק הותרתם של רווחי עברה בידו? כזכור, על פי הניתוח שנערך לעיל יש לראות ברווחי הפרסום (וברוחי מימוש מוניטין

<sup>105</sup> *Blake case, supra note 24*.

<sup>106</sup> בפרשת *Blake* הפרסום עצמו היווה עברה על חוק הסודות הרשמיים האנגלי. לגבי עברה זו לא ניתן היה לחלט את הרווחים על פי החוק האנגלי (ותוצאה זהה הייתה מושגת ככל הנראה על פי החוק בארץ) כיוון שבשל בריחתו של בלייק לחו"ל הוא לא היה עתיד להיות מורשע על עברה זו.

<sup>107</sup> Ontario Act § 4(5) קובע תקופת התיישנות של חמש-עשרה שנים מיום קבלת התשלום הראשון על פי החוזה. יושם אל לב שמירוז תקופה ארוכה זו מחל מיום קבלת טובת ההנאה ולא מיום ביצוע העברה או ההרשעה. להרחבה המשמעותית של תקופת ההתיישנות בחוק בניו-יורק כפי שתוקן בשנת 2001 ראו: Yager, *supra note 11*, at pp. 458-461.

שליליים) משום רווחי עברה. לא ברור שהאינטרס החברתי בדאגה למינימום קיום לעברייני, יכול להצדיק את הותרת רווחי העברה בידי העברייני.<sup>108</sup> בהקשר זה ניתן להבחין בין שיקולים לעניין הגנה על חייב בהליך אזרחי לשיקולים לעניין הגנה על עברייני מפני חילוט רווחי עברה. הקניין של החייב ברכושו שריר וקיים, והעובדה שסך חובותיו עולים על סך נכסיו אינה מצדיקה התפשרות על האינטרס החברתי לשמור לחייב הנצרך קניין מינימלי לשם סיפוק צרכים בסיסיים. שונה המצב לגבי רווחי עברה. השיטה המשפטית אינה מכירה בזכאות של עברייני לגבי רווחי עברתו, ולכן לא ברור שבעת שלילת רווחים אלו ממנו יש לתת מקום לשיקולי צורך. אמנם אני חסיד של הגברת משקלם של שיקולים חלוקתיים במשפט הפרטי ובמשפט בכלל,<sup>109</sup> אך נראה לי שישנם אתרים אחרים במשפט שהטמעת רגישות חלוקתית בהם דחופה יותר ומוצדקת יותר מאשר בהקשר הנוכחי. ודוקו, לא מעמדו של העברייני כעברייני הוא הרלוונטי לטיעון המובא כאן, אלא העובדה שמדובר ברווחי עברה שלגביהם זכאותו של העברייני ממוקפת מלכתחילה. לפחות כל עוד השיטה המשפטית אינה מכירה בטענה כללית של גזלן או גנב לחסינות מהשבה או חילוט בהתבסס על שיקולי צורך, אין מקום ליצור חריג שונה לגבי רווחי פרסום או רווחי ניצול מוניטין שליליים שכנטען להלן יש לראותם כמו כל רווחי עברה אחרים.

גם אם נקודת המוצא של סעיף 8(ב) לחוק מוצדקת, בכל זאת יש מקום לשני שינויים בהסדר. האחד, הייתי מטיל על העברייני את הנטל להוכיח את טענתו שהחילוט ישלול ממנו אמצעי מחיה סבירים. השני, בנסיבות שבהן כספי החילוט מיועדים לפיצוי הקרבן<sup>110</sup> והפיצוי נדרש על מנת לאפשר לקרבן ולבני משפחתו החיים עמו אמצעי מחיה סבירים ומקום מגורים סביר, יש מקום לחלט את הרווחים גם אם העברייני ומשפחתו נצרכים. כאשר הן הקרבן והן העברייני נצרכים, שיקול האשם דורש את העדפת הקרבן.

### 3.12 מעמד נפגע העברה

מגמת החוק להעניק מעמד ריוני לנפגע העברה בשאלת החילוט ראוי בעיניי. למעשה, ניתן לשיקול את הרחבת מעמד הנפגע בכך שיוכל אף הוא לבקש צו חילוט בנוסף לבא כוחו של היועץ המשפטי לממשלה. בנוגע לקישור שהחוק מבצע בין החילוט לבין פיצוי הנפגע ציינתי לעיל, שמבחינה פיצויית, קשה להגן על הסדר המייחד רווחי עברה לפיצוי הנפגע בניגוד לנכסים אחרים של העברייני. ההסדר שנקבע בחוק – הסוטה מההסדר בחלק מהחקיקה המשווה<sup>111</sup> – מבהיר שמטרת החילוט היא העיקרית, וכי מטרת הפיצוי טפלה לה. תוצאה זו מוצדקת

108 השוו לביקורתי על שיקול השיקום המבוססת על טעמים דומים, לעיל בפרק 2.3.1ג.  
 109 ראו לדוגמה צ' קרן-פו "לי זה עולה יותר: דחיית טיעוני חוסר לגיטימיות והעלות המוגזמת כנגד קידום שוויון במשפט הפרטי" משפט וממשל ז (תשס"ה) 541; T. Keren-Paz "An Inquiry into the Merits of Redistribution through Tort Law: Rejecting the Claim of Randomness" 16 *Can. J. L. & Jur.* (2003) 91.  
 110 ראו ס' (ב) 2' וס' 6' (א) לחוק. לדיון ראו לעיל פרק ב'.  
 111 ראו לעיל פרק א'.

על ידי הניתוח שלעיל, כמו גם הוראת סעיף 6(ב) לחוק המבחירה שזכויות הנפגע מעברה נשמרות לממש את פסק הדין לפיצוייו בדרכים אחרות.

### 3.13 קיום עילת עשיית עושר?

הזיקה שיוצר החוק בין נפגע העברה לבין החילוט מתמקדת בזכות הנפגע למימוש פסק דין שניתן לטובתו לפיצוי על הנזק שנגרם לו כקרוב העברה. שאלה שונה וקשה שהחוק שותק לגביה, היא זכאותו של הנפגע להשבת רווחי פרסום אודות עברה (או מימוש אחר של מוניטין שליליים) על בסיס עילת עשיית עושר ולא במשפט. בהקשר זה מתעוררות כמה שאלות. האחת, האם דיני עשיית עושר יכולים להכיר בעילה שכזו? השנייה, אם התשובה לכך חיובית, האם יש כלל צורך בחוק? השלישית, אם לנפגע יש עילה מכוח דיני עשיית עושר, מהו היחס בין עילתו לבין עילת החילוט שהחוק יוצר למדינה? הרביעית, אם דיני עשיית עושר אינם מכירים בעילה כזאת, האם ראוי שהחוק יקנה לבית המשפט שיקול דעת להורות על השבה מלאה או חלקית של רווחי מימוש מוניטין (כאשר השבה שכזאת עולה על נזקי הנפגע מהעברה)? דיון מפורט בשאלה הראשונה לברר מצריך מאמר נפרד, ולכן הערותיי לגבי ארבע השאלות תהיינה תמציתיות.

שאלת זכאות הנפגע להשבת רווחי פרסום (או רווחי ניצול מוניטין שליליים) היא סבוכה, ובמשפט המשווה אין נטייה להכיר בה, ואין מקרים רבים שבהם תביעה זו התלבנה.<sup>112</sup> על פי דיני עשיית עושר התובע צריך להוכיח כי הנתבע: (1) התעשר; (2) על חשבון התובע; (3) שלא על פי זכות שבדין.<sup>113</sup> על מנת להצליח בתביעת עשיית עושר, על התובע להוכיח לא רק שראוי כי העברין לא יחזיק ברווחי המוניטין השליליים, אלא גם שיש זיקה בין רווחים אלו לבין אינטרס מוגן של הנפגע, ולכן ראוי לתעל רווחים אלו אליו. הרכיב הבעייתי בעילת עשיית עושר, בהקשר הנוכחי, הוא הוכחת הזיקה בין ההתעשרות לבין אינטרס הנפגע. אין מחלוקת שהתעשרות קיימת, והניתוח שערכתי לעיל לגבי הקשר הסיבתי העוברתי והמשפטי בין העברה לבין רווחי המוניטין יפה גם להוכחת הרכיב של "שלא על פי זכות שבדין". הוכחת הזיקה בין אינטרס הנפגע לבין ההתעשרות היא אפשרית אולם היא אינה פשוטה, ואין כלל ודאות שבתי המשפט יסכימו לאמץ קונסטרוקציות המבססות זיקה שכזאת. כאשר מיהות הנפגע היא שהפכה את העברין למפורסם (חשבו לדוגמה על רצח רבין שפרסם את יגאל עמיר), קל יחסית לבסס את טענת הזיקה, אף על פי שאפילו במקרה כזה הטענה אינה נקייה מקשיים. ניתן לטעון שמעשה העברה גלגל את המוניטין של

112 הטענה הועלתה ונדרחה תוך דיון קצר ביותר ב" *Fasching* Bouchard case, supra note 20; *Fasching* v. *Kallinger*, 510 A.2d 694 (N.J. Super. A.D App. 1986) (להלן: *Fasching* case או פרשת *Fasching*). בפרשת *Fasching*, עילת עשיית העושר הופנתה כלפי המוציא לאור וכלפי המחברת של הספר (שנכתב תוך שיתוף פעולה עם העברין). השוו: *Rosenfeldt v. Olson*, 25 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 472 (1986) (רחיית תביעה בעשיית עושר של הורי קרבנות כנגד הרוצח להשבת כספים שקיבלו בני משפחתו מהמדינה. כספים אלו שולמו בהתאם לחווה בין המדינה לבין הרוצח בתמורה לקבלת מידע לגבי מיקום הגופות של הקרבנות).

113 ס' 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט.

הנפגע למוניטין שליליים של העברייין.<sup>114</sup> לנפגע מפורסם אין מונופול על ניצול המוניטין שלו על ידי אחרים (תוך קיום הריגים של שימושים מסוימים שאינם רלוונטיים לענייננו), אך השילוב של המעשה הלא חוקי שביצע העברייין יחד עם העובדה שהוא רוכב על מוניטין הקרבן לשם הפקת מוניטין שליליים מבסס את הזיקה בין הרווח לבין האינטרס המוגן של הנפגע.

לגבי המקרה הכללי שבו הקרבן אינו מפורסם לפני העברה, ניתן לגרוס שהפגיעה בזכותו לשלמות הגוף (או בכל זכות רלוונטית אחרת) היא תנאי בלעדיו אין ליצירת השווי של המוניטין השליליים של העברייין ולכן יש לראות בשווי זה (באופן מלא או חלקי) תחליף לאינטרס מוגן של הנפגע שניטל שלא כדין על ידי העברייין והומר למוניטין שליליים, ומכאן נובעת זכות הנפגע להשבה.<sup>115</sup> תמיכה מסוימת בקונסטרוקציה זו ניתן אולי למצוא בגישת השופט אור בדנ"א 2568/97 *בנען נ' ממשלת U.S.*<sup>116</sup> לפיה זכות הצד הטועה לבקש ביטול על פי סעיף 14(ב) לחוק החוזים היא תחליף לשווי התמונה שאברה לבעלים המקורי, ולכן לבעלים המקורי יש זכות עקיבה לגבי זכות זו.<sup>117</sup> גישה מרחיבה זו לגבי אופן הגלגול של שווי של נכס (התמונה) לשווייה של זכות (הביטול), יכולה לתמוך בטענה שלפיה שווייה של הזכות שלא להיות קרבן לעברה התגלגל לנכס שהוא המוניטין השליליים של העברייין.

דרך נוספת לעגן קיומה של עילת עשיית עושר לקרבן עברה היא להכיר בכך שהעיקרון הכללי של אין חוטא נשכר מצדיק, בנסיבות מתאימות, את ריכוכה של דרישת הוכחת הזיקה בין אינטרס הקרבן לבין התעשרות העברייין.<sup>118</sup> ואמנם, דיני עשיית עושר מכירים בהקשרים מצומצמים (בעיקר בנסיבות של הפרת חובת

114 יושם אל לב שתאוריית עקיבה רגילה אינה ישימה כאן כיוון ששווי הנכס של המוניטין השליליים לא לווה בהקטנת שווי המוניטין של הנפגע (למעשה במקרה הספציפי של רצח רבין הרצה הגדיל את המוניטין החיוביים של רבין). תוצאה זו מוסברת בכך שמוניטין הוא נכס לא מוחשי המקיים את תכונת היעדר היריבות (Nonrivalry) של טובין ציבוריים. לכן ניצול המוניטין של הנרצה יצר מוניטין שליליים של הרוצח מבלי להפחית את השווי של המוניטין של הנרצה.

115 מובן שסיטואציות עובדתיות שונות תצרכנה ניתוח שונה. שאלה עקרונית המתעוררת היא אם יש לייחס את כל השווי של המוניטין השליליים לאינטרס של הקרבן שניטל על ידי העברייין. שאלות משנה בהקשרים קונקרטיים מתעוררות לגבי ריבוי קרבנות (רוצה סדרתי שנהפך למפורסם בשל ריבוי הקרבנות) – במקרה כזה ניתן לחלק את רווחי הפרסום בין עיזבונות הקרבנות – ולגבי סיטואציות שבהן העברייין (להבדיל מהקרבן) היה מפורסם לפני ביצוע העברה ( כמו או. ג'יי. סימפסון). לרעתי, כל הרווח שניתן לייחסו עובדתית למוניטין השליליים בעקבות ביצוע העברה צריך להיות מיוחס לאינטרס של הנפגע(ים). מכל מקום, אין לייחס כל חלק מרווח זה לתרומת העברייין להפקתו. השוו פרידמן, לעיל הערה 37, בע' 600. הניתוח של פרידמן לגבי ייחוס החלק מהרווח הכפוף להשבה שונה מהניתוח שלי בשל השוני בעמדות המוצא שלו (מבחן תוכני) ושלי (מבחן ניצול מוניטין שלילי).

116 דנ"א 2568/97 *בנען נ' ממשלת U.S.*, פ"ד נז(2) 632 (להלן: פרשת *בנען*).

117 שם, בע' 668-679. השופט אנגלרד התנגד בפרשת *בנען* לקונסטרוקציה האמורה, שם, בע' 694.

118 לסקירת העיקרון הכללי ראו: G. Jones "Stripping the Criminal of the Profits of Crime" 59 *T.I.L.* (2002); פרידמן, לעיל הערה 37, בע' 594-601. לבחינת סוגיית רווחי פרסום אודות עברה ראו פרידמן, לעיל, בע' 599-601.

אמון) בחובת השבה גם בנסיבות שבהן התובע לא יכול היה להפיק את הרווח בעצמו אלמלא התנהגותו שלא כדין של הנתבע.<sup>119</sup> פרופ' פרידמן סבור כי השבה במקרה כזה חורגת ממה שהיה מקובל בעבר וכי השאלה פתוחה. לשיטתו, עילת השבה מוצדקת רק לגבי תשלום שניתן לפרסום אודות עברה (להבדיל מרווח מפרסום הנובע בשל ניצול המוניטין כעברייני) ובשל שיקולי הרתעה (להבדיל מהשבה המתבססת על קיום זיקה בין האינטרס שניטל מהקרוב לבין הרווח שהפיק העברייני).<sup>120</sup> שיטתו המתבססת על שיקולי הרתעה מעוררת את הקושי הבא. לא ברור מדוע התעשרות מניצול מוניטין שליליים ראויה פחות לגינוי ולהרתעה מהתעשרות הנובעת מתשלום שקיבל העברייני עבור פרסום שבו הוא מתאר את ביצוע העברה. להיפך, ניתן לסבור שלעומת פרסום אודות עברה שלו ערך חברתי מסוים (השנוי במחלוקת), לצורות התעשרות שאינן תלויות פרסום אין ערך כזה, ולפרסומים של העברייני שאינם אודות העברה יש (בממוצע) אותן ערך כמו פרסומים אודות עברה.

גם על פי הגישה החלופית (שבה אני נוטה לתמוך), שלפיה ניתן לבסס זיקה בין אינטרס של הקרוב לבין התעשרות העברייני, אין מקום להבחין בין פרסום אודות עברה לניצול אחר של מוניטין שליליים. שני הרכיבים המאפשרים לעברייני להפיק רווח – רכישת המידע אודות העברה המובילה לתוכן הפרסום שהעברייני "מוכר" והמוניטין השליליים – נוצרו מאותה פגיעה באותו אינטרס של הקרוב, וקשה להבין מדוע הרכיב הראשון מקיים זיקה הדוקה יותר לאינטרס של הקרוב מאשר הרכיב השני. בהיעדר העברה שפגעה באינטרס של הקרוב לא ניתן לבסס זיקה בין הקרוב לבין תוכן הפרסום (שעסק בתובע והביא רווח לנתבע) כשם שבהיעדר העברה לא ניתן לבסס זיקה בין הקרוב לבין המוניטין של הנתבע שהביא לו רווח. גישה השוללת זיקה בין העברה להתעשרות צריכה להימנע מלהבחין בין שני הרכיבים וכך אף גישה המכירה בזיקה האמורה.

לשאלה אם ניתן לבסס זיקה "אמיתית" בין התעשרות העברייני לבין אינטרס של הנפגע מעברה, יש נפקות לצורך מענה על השאלות השנייה, השלישית

119 ראו למשל בהקשר של הפרת חובת אמון: *Boardman v. Phipps*, [1967] 2 A.C. 46; *Reading v. Attorney-General*, [1951] A.C. 507; *Attorney General for Hong Kong v. Reid*, [1904] 1 A.C. 324, 1 All E.R. 1, 4-5 (P.C.) פרשת *Kong v. Reid*. (Edwards case, supra note 56), הוא דוגמה נוספת להשבה בנסיבות שבהן התובע לא יכול היה להפיק את הרווח ללא שיתוף פעולה עם הנתבע ולהשבה בנסיבות בהן הסעד (של השבת מלוא הרווח) לא יכול להיות מוסבר במלואו כנסילת ההודמנות לעשות עסקה עם הנתבע, שכן ברור שעסקה כזאת הייתה מותרת בידי התובע פחות מהרווח המלא. גם שלילת הירושה ממי שהרג את המוריש מביאה לתוצאה בה הירושה החלופי זוכה בטובת הנאה רק בשל הרעיון של אין חוטא נשכר. לקו זה של דיני עשיית עושר מתקשרת היסטוריית דוקטרינת ויתור על עוולה (Waiver of Tort) המבוססת על פיקציה שלפיה היה המעוול לשלוחו של הניזוק מכוח אשורו בדעיבת של הניזוק למעשה שביצע המזיק, ומכאן, שכשולח יש לו זכאות לרווחים שהפיק המזיק מהעוולה (להבדיל מפיצוי על הנוק שהעוולה גרמה לניזוק). עם זאת, המשפט המקובל לא הכיר בעיקרון כללי של ויתור על עוולה, רוב העוולות שעליהן ניתן לוותר הן רכושיות. ראו: *Goff & Jones*, supra note 54, at pp. 776-778. בנוסף, קיים ספק לגבי תוקפה של הדוקטרינה במשפט הישראלי. ראו ע"א 304/70 אביעם נ' מ"י, פ"ד כה(1) 665, 670.

120 פרידמן, לעיל הערה 37, בע' 599-600.

והרביעית שהוצבו לעיל. אם זיקה כזאת תוכר על ידי בית המשפט, הרי נובע מכך שיש פחות צורך בחקיקת החוק שכן העיקרון של אין חוטא נשכר יוגשם לרוב בדרך של תביעת השבה על ידי הקרבן. כמו כן, קיום זיקה שכזאת מצביע על כך שיש לתת עדיפות לתביעת הנפגע על פני תביעת החילוט של המדינה. אם תוכר זיקה כאמור, התועלת העיקרית בחקיקת החוק היא בקביעת כלל חילוט במקרים שבהם בוצעו עברות ללא קרבן ספציפי, ולכן לא ניתן לזהות בהם נפגע מעברה היכול לתבוע השבה מהעבריינין. כיוון שיש ספק רציני אם תהיה הכרה שיפוטית בעילת עשיית עושר של נפגע עברה, הרי שחשיבות החוק גוברת כמו גם ההצדקה לחקיקתו. במקרה כזה, אם לגוף העניין אנו סבורים שלא ניתן לבסס זיקה אמיתית בין ההתעשרות לבין אינטרס הקרבן, כיום, לאחר חקיקת החוק, מתייתר הצורך להכיר בעילת עשיית עושר מכוח העיקרון של אין חוטא נשכר, שהרי בהיעדר זיקה ספציפית שכזו, עדיף לחלט את רווחי הפרסום לאוצר המדינה מאשר להעניקם לנפגע שאינו מסוגל לבסס זיקה אמיתית אליהם. לבסוף, ניתן להשלים את ההסדר החקיקתי על ידי מתן שיקול דעת לבית המשפט לפסוק חלק מרווחי העברה לנפגע על מנת לבטא את אינטרס ההשבה שלו, להבדיל מהאינטרס שלו לפיצוי. מתן שיקול דעת לבית המשפט יאפשר גישה גמישה היכולה לקחת בחשבון סיטואציות עובדתיות שונות ולבטא את מידת הזיקה המשתנה של הנפגע לרווח שהופק.