

# רכיבי הענישה הכלכליים – בעקבות תיקון 113 לחוק העונשין

אפרת פינק\* ורתם רוזנברג-רובינס\*\*

## תקציר

- א. מבוא – רכיבי ענישה כלכליים לאחר תיקון 113
1. רכיבי הענישה הכלכליים הנהוגים בישראל
2. חשיבותם של רכיבי הענישה הכלכליים
- ב. רכיבי הענישה הכלכליים וחשיבותם
- ג. עיקרי תיקון 113 לחוק העונשין
- ד. רכיבי הענישה הכלכליים בעקבות תיקון 113 – בראי הפסיקה
1. תחולת תיקון 113 על רכיבי הענישה הכלכליים
2. הערכים החברתיים ושיקולי ענישה
3. קביעת מתחם העונש ההולם
- 3.1 הגדרת "אירוע"
- 3.2 היחס בין הנזק ובין מתחם הקנס ופסיקת הפיצויים
- 3.3 התחשבות במצבו הכלכלי של הנאשם בקביעת מתחם הקנס וגובה הקנס
4. קביעת העונש המתאים
- 4.1 נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה
- 4.2 חריגה ממתחם העונש ההולם משיקולי שיקום
- ה. תחולת תיקון 113 על רכיבי הענישה הכלכליים
- ו. מסקנות: הצורך ביישום תיקון 113 גם ביחס לרכיבי הענישה הכלכליים
- ז. סיכום

---

\* אפרת פינק שופטת בית המשפט המחוזי מרכז.

\*\* רתם רוזנברג-רובינס מרצה בפקולטה למשפטים במרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת גן ומרצה מן החוץ בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב.  
העמדות המובעות במאמר הן על דעת הכותבות בלבד. תודתנו נתונה לעו"ד חגית שביט שסייעה בעבודת המחקר.

## תקציר

תיקון 113 לחוק העונשין נחקק במטרה להנחות את שיקול הדעת השיפוטי בהליך גזירת הדין, ליצור האחדה של שיקולי הענישה, לקבוע היררכיה בין השיקולים ובכך להביא לענישה שוויונית וצודקת יותר. אולם, כפי שנראה במאמר זה, בעשר השנים שחלפו מאז כניסתו לתוקף של תיקון 113, עקרונותיו כמעט שלא הוחלו על קטגוריה שלמה של ענישה, והיא הענישה הכלכלית (קנסות, התחייבויות להימנע מעבירה ופיצויים עונשיים). המאמר בוחן לראשונה את השפעתו של תיקון 113 על רכיבי הענישה הכלכליים ודן בחשיבותו של החלת התיקון על רכיבי הענישה הללו. עוד מצביע המאמר על כמה שאלות משפטיות חשובות המתעוררות ביחס לתחולת התיקון על רכיבי הענישה הכלכליים, ומראה כי בית המשפט העליון – ובעקבותיו הערכאות הדיוניות – טרם נתן דעתו על מרבית השאלות הללו. לסיכום, המאמר מבקש להציע כמה כיוונים להלכות רצויות באותן שאלות משפטיות שטרם קיבלו מענה בפסיקה.

### א. מבוא – רכיבי ענישה כלכליים לאחר תיקון 113

תיקון 113 לחוק העונשין, התשל"ז-1977,<sup>1</sup> נחקק במטרה להנחות את שיקול הדעת השיפוטי בהליך גזירת הדין, ליצור האחדה של שיקולי הענישה ובכך להביא לענישה שוויונית וצודקת יותר.<sup>2</sup> התיקון אף נועד לקבוע היררכיה ברורה בין שיקולי הענישה השונים, תוך הצבת עקרון ההלימה – הגמול – כעיקרון המנחה בענישה.<sup>3</sup> יתר השיקולים כגון שיקום, הגנה על שלום הציבור, הרתעה אישית והרתעת הרבים<sup>4</sup> נסוגו מפניו. בשנים שחלפו מאז נחקק התיקון נערכו כמה מחקרים שבחנו אם בתי המשפט מיישמים את התיקון ואם התיקון השיג את מטרותיו.<sup>5</sup> מחקרים אלו התמקדו בעונשי המאסר. לעומת זאת, עד כה לא נבחנו

1 חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2012, ס"ח 102 (להלן: "תיקון 113" או "התיקון"). התיקון נכנס לתוקף ביום 10.7.2012. ראו ס"ח 2330.

2 דברי הסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ו-2006, ה"ח 46.

3 ס' 240-ג לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

4 ס' 140-140 לחוק העונשין.

5 קרן וינשל-מרגל וענבל גלון "ההשפעה של תיקון החוק בהבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה על גזירת מאסרים" עיוני משפט לח 221 (2016); אורן גזל-אייל, חיים אזולאי ואיתי המר "האם שופטים מציינים לחוק" משפטים מז 327 (2018); סיגל קוגוט, אפרת חקאק ואיתמר גלבפיש "מי מפחד מהבניית שיקול הדעת בענישה? על ערכאת הערעור ותיקון 113" משפט חברה ותרבות – משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים 267 (2017); למחקר נוסף שעסק במתחמי ענישה בעבירה של שהייה בלתי חוקית

במחקר השאלה כיצד תיקון 113 יושם בפסיקה ביחס לקטגוריה מובחנת של ענישה, היא הענישה הכלכלית, שרכיביה העיקריים הם קנסות, התחייבויות להימנע מעבירה ופיצויים עונשיים. רכיבי הענישה הכלכליים הם רכיבים נפוצים ביותר,<sup>6</sup> שלהם השלכה מכרעת על זכויות הפרט, גם אם פחותה מזו של רכיבי הענישה הגופניים ובראשם כליאה. הרכיבים הללו עשויים להטיל חבויים בלתי מבוטלות על הנאשם ובכך להביא לפגיעה ברכושו ובקניינו. הם אף עשויים להשפיע על המצב הכלכלי של משפחת הנאשם. כאשר מדובר בקנסות, אי-עמידה בתשלום הקנס אף עלולה להוביל למאסרו של הנאשם לתקופה שיכולה לנוע בין כמה ימים לשלוש שנים, ובלבד שתקופה זו תוגבל לתקופת המאסר המרבית בגין העבירה.<sup>7</sup> יתר על כן, לרכיבי הענישה הכלכליים יש השלכה ישירה על צמצום ההוצאה הציבורית על ענישה, שכן, במקרים ההולמים, הם יכולים לשמש אלטרנטיבה לכליאה. הצורך במציאת אלטרנטיבות לכליאה הולך וגובר, בין היתר, בשל הנטל החברתי הבלתי מבוטל של עלויות הכליאה, בעיקר כאשר מדובר במאסרים קצרים, שלרוב נזקם עולה על תועלתם.<sup>8</sup> מכאן, שיש חשיבות רבה לכך שגם רכיבי הענישה הכלכליים, בדומה לרכיבי הענישה הגופניים, ייגזרו באופן שוויוני ומנומק, תוך שקילת מכלול השיקולים החברתיים והאישיים הנוגעים בדבר, כדי שאפשר יהיה להשתמש בהם שימוש מושכל.<sup>9</sup>

מאמר זה מבקש למלא את החסר ולבחון כיצד מתמודדת הפסיקה, ובעיקר פסיקת בית המשפט העליון, עם השאלות המשפטיות המרכזיות שתיקון 113 מעורר באשר לרכיבי הענישה הכלכליים. המאמר יתאר את השאלות המשפטיות המתעוררות באשר לרכיבי הענישה הכלכליים המרכזיים, קרי, קנסות ופיצויים,

ראו אורן גזל-אייל "מתחמים לא הולמים: על עיקרון ההלימה בקביעת מתחם העונש ההולם" משפטים על אתר 1 (2013). עם זאת, מאז נערך מחקר זה חל שינוי משמעותי בפסיקה שעניינה בעבירות שהייה בלתי חוקית בעקבות רע"פ 3677/13 אלהרוש נ' מדינת ישראל (נבו 5.12.2014); רע"פ 1441/14 חמיס נ' מדינת ישראל (נבו 8.12.2014) ורע"פ 3242/13 ג'ראדאת נ' מדינת ישראל (נבו 9.12.2014). (להלן יחד: "הלכת אלהרוש").

6 שלמה גיורא שוהם, גבריאל שביט, גבריאל קאבאליון ותומר עינת עבירות ועונשים: מבוא לפנוולוגיה – על תורת הענישה והשיקום, מניעת פשע ואכיפת חוק 284 (מהדורה שלישית, 2009) (להלן: "שוהם ואח").

7 ס' 71 (א) לחוק העונשין. להלכה שקבעה, בדעת רוב, כי תקופת המאסר חלף קנס מוגבלת, בפני עצמה – ולא במצטבר לעונש המקורי שנגזר על הנאשם – לתקופת המאסר המרבית בגין העבירה, ראו ע"פ 5023/99 חכמי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 406 (2001).

8 משרד המשפטים הוועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים – דין וחשבון (2015) (להלן: "דוח ועדת דורנר").

9 לטענות דומות, המתמקדות ברכיבי הפיצויים, ראו Lorraine Slavin & David J. Sorin, *Project: Congress Opens a Pandora's Box: The Restitution Provisions of the Victim and Witness Protection Act of 1982*, 52 *FORDHAM L. REV.* 507 (1984).

ויבחן אם וכיצד בתי המשפט הכריעו בהן עד כה. הדיון בשאלות הללו יתבסס על פסקי דין של בתי המשפט, ובעיקר בית המשפט העליון – מאז תיקון 113 ועד שנת 2022.

מטרת המאמר היא לעמוד על הפער שבין מדיניות הענישה הכלכלית המתבקשת, לעמדתנו, בעקבות תיקון 113, לבין המדיניות הרווחת בפסיקה. חשוב לציין כי בכך אין כוונה לטעון שבתי המשפט שגו בהכרח בתוצאות הקונקרטיות שאליהן הגיעו בפסקי הדין שנסקרו להלן. ייתכן בהחלט, שרכיבי הקנס, הפיצוי או ההתחייבות שגזרו בתי המשפט באותם פסקי דין היו סבירים ואף צודקים בנסיבות המקרה. מטרתנו אינה לבקר את התוצאה בכל אחד מהתיקים, אלא להצביע על המחירים העקרוניים שעלולים להיות לאי-החלת תיקון 113 על רכיבי הענישה הכלכליים, ובראשם אי-בהירות באשר לדין המצוי, פגיעה בעקרון השוויון המהותי ושחיקה במעמדו של עקרון ההלימה כעיקרון המנחה בענישה. עם זאת, חשוב לומר שברבים מפסקי הדין, קיים ממילא קושי ממשי לבקר את החלטתו הקונקרטית של בית המשפט ביחס לרכיבי הענישה הכלכליים, וזאת בשל היעדר הנמקה של השיקולים שהנחו את בית המשפט בגזירת רכיבים אלו. יוער כי תיקון 113 מטיל על בתי המשפט חובת הנמקה רחבה יחסית,<sup>10</sup> ונראה כי יש בכך כדי לתרום לשקיפותם של גזרי הדין ולעודד החלטות מושכלות ויסודיות. לפיכך, יתרון משמעותי נוסף בהחלת התיקון על רכיבי הענישה הכלכליים הוא עידודם של בתי המשפט לנמק את מדיניות הענישה הכלכלית שבה נקטו, באופן שיקל להעמיד את החלטותיהם לביקורת שיפוטית, אקדמית וציבורית.<sup>11</sup>

מסקנת המאמר היא כי בתי המשפט ממעטים ליישם את עקרונות תיקון 113 ואת הוראות התיקון על רכיבי הענישה הכלכליים. בפסיקה יש דיון מצומצם באשר לקנסות ואין כמעט כל יישום של התיקון כשמדובר בפיצויים ובהתחייבויות להימנע מעבירה. בית המשפט העליון ממעט להנחות את הערכאות הדיוניות באשר לאופן שבו יש לבחון את רכיבי הענישה הכלכליים בעקבות תיקון 113, וממשיך לפסוק בהתאם למרבית הכללים וההלכות שקדמו לתיקון, בלי להתמודד עם השאלות המשפטיות שהתיקון מעורר ביחס לאותם כללים. מגמה דומה ניכרת בפסקי רבים של הערכאות הדיוניות. בשל כך, נותרו בפסיקה כמה שאלות משפטיות פתוחות שחשיבותן רבה. כך, למשל, קיימת אי-בהירות באשר לעצם תחולתו של תיקון 113 על פיצויים והתחייבויות. כן קיימת אי-בהירות באשר להשלכות שיש לירידת קרנו של שיקול ההרתעה, כפי שבא לידי ביטוי בתיקון 113, על ההלכות הנותנות בכורה לשיקול זה בעת גזירת רכיבי הענישה הכלכליים,

<sup>10</sup> ס' 40 יד לחוק העונשין.

<sup>11</sup> לחשיבותה של חובת ההנמקה השיפוטית ראו, למשל, דורון מנשה "תכליתה ומהותה של חובת ההנמקה העובדתית במשפט הישראלי" עלי משפט יא 399, 407-410 (2014).

ובפרט בעבירות כלכליות. עבירות כלכליות, שיש המכנים אותן גם עבירות "צווארון לבן", הן עבירות שמטרתן השגת רווח כלכלי, דוגמת עבירות מס, הלבנת הון, עבירות בניירות ערך, עבירות על חוקי ניהול תאגידים ועבירות על חוק ההגבלים העסקיים.<sup>12</sup> עבירות אלה, אשר פוגעות בקופת המדינה או בציבור הצרכנים, נתפשות לרוב כרציונליות ומתוכננות ועל כן מבצעה נחשבים כמי שניתן וראוי להרתיעם באמצעות ענישה מחמירה.

חלק ב' יפתח בתיאור רכיבי הענישה הכלכליים וחשיבותם, לרבות קנסות, התחייבויות – שהן קנסות על תנאי – ופיצויים. חלק ג' יציג בקצרה את עיקרי תיקון 113 לחוק העונשין ונראה כי תיקון זה לא החריג את רכיבי הענישה הכלכליים ועל כן אמור, באופן עקרוני, לחול גם על רכיבים אלו. חלק ד' יסקור את הפסיקה העוסקת ברכיבי הענישה הכלכליים מאז תיקון 113, תוך מיפוי השאלות המשפטיות המרכזיות המתעוררות בעקבות התיקון, שעיקרן: תחולת תיקון 113 על התחייבויות ופיצויים; השפעתו של מדרג שיקולי הענישה שנקבע בתיקון על 113 על הלכות קודמות של בית המשפט העליון, הנותנות ככורה לעקרון ההרתעה בהטלת רכיבי ענישה כלכליים; שאלות שעניינן קביעת מתחם העונש ההולם, לרבות האופן שבו יש להגדיר "אירוע" לצורך קביעת המתחם, היחס בין הנוק שנגרם לבין מתחם הקנס ופסיקת הפיצויים והאופן והמועד שבו יש להעריך את מצבו הכלכלי של הנאשם; שאלות שעניינן קביעת העונש המתאים, לרבות היחס שבין הנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה ובין שיקולי הרתעה והמקרים שבהם ראוי לחרוג ממתחם העונש ההולם מטעמי שיקום. כפי שמראה חלק זה, בתי המשפט טרם נתנו דעתם על מרבית השאלות המשפטיות הללו. חלק ה' ידון ברלוונטיות של תיקון 113 לרכיבי הענישה הכלכליים ויבהיר מדוע לעמדת הכותבות, ובניגוד לגישה הכללית העולה מהפסיקה, יש להחיל את התיקון על רכיבי הענישה הללו. זאת, הן על בסיס הדין הפוזיטיבי והן בהתבסס על כמה טיעונים נורמטיביים. חלק זה יבקש גם להתמודד עם כמה טיעוני נגד הגורסים כי אין מקום להחיל את תיקון 113 על רכיבי הענישה הכלכליים. לבסוף, חלק ו', שיוקדש לסיכום ומסקנות, יעמוד על הקשיים הנובעים מתת-היישום של תיקון

<sup>12</sup> ראו, למשל, קנת מן "אפיונים מיוחדים של עבריינות הצווארון הלבן" עיוני משפט טו 415, 416-417 (1990); מאיר גלבע "החקירה בעבירות הכלכליות ובעבירות הצווארון הלבן" מגמות בקרימינולוגיה: תאוריה, מדיניות ויישום 711, 714 (2003); בשורה רגב היבטים כלכליים וכמותיים למדיניות אכיפת חוק של עבירות צווארון לבן בישראל – (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים" האוניברסיטה העברית 2008); יוני לבני "עבריינות הצווארון הלבן בישראל: האם נעשה די?" משפט חברה ותרבות – משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים (2017). להטלת ענישה כלכלית בעבירות כלכליות ישנם היבטים ייחודיים, וזאת בעיקר משום שבעבירות אלו ישנו קשר אינהרנטי בין העבירה עצמה ובין רכיבי הענישה הכלכליים.

113 באשר לרכיבי הענישה הכלכליים ויציע הצעות לתיקונם. חלק זה יתייחס לדין הראוי, ובפרט לצורך בהכרה בהיבטים הכלכליים של הענישה בפלילים, כדי שגזרי הדין ישקפו תוצאה צודקת ושוויונית יותר.

## ב. רכיבי הענישה הכלכליים וחשיבותם

### 1. רכיבי הענישה הכלכליים הנהוגים בישראל

את רכיבי הענישה המקובלים אפשר לחלק לעונשי גוף ולעונשים כלכליים.<sup>13</sup> בעוד עונשי המאסר ממוקדים בגרימת סבל במישור הגופני-נפשי לעבריין, העונשים הכלכליים ממוקדים בגרימת סבל ממוני. עם זאת, גם לעונשי מאסר עשויות להיות השלכות כלכליות. כך, למשל, שלילת חירותו של עבריין מובילה לפגיעה בהשתכרותו ובמצבה הכלכלי של משפחתו. בה-בעת, גם לעונשים הכלכליים עשויות להיות השלכות במישור הגופני. כך, למשל, ענישה כלכלית קשה, שאין הנאשם יכול לשאת, עשויה להוביל למאסרו חלף תשלום קנס.<sup>14</sup>

בחוק העונשין מנויים שלושה רכיבי ענישה כלכליים מרכזיים. הראשון הוא רכיב הקנס, שמשמעותו תשלום סכום כסף לקופת המדינה.<sup>15</sup> השני הוא התחייבות להימנע מעבירה, שהיא למעשה קנס על תנאי, שמכוחו הנאשם חותם על ערובה שלא יעבור עבירה או עבירות מסוג מסוים למשך תקופה קצובה, ואם לא עבר את העבירה או העבירות הרלוונטיות הערובה פוקעת מאליה.<sup>16</sup> השלישי הוא פיצוי לקורבן העבירה, המחייב את הנאשם לשלם לקורבן סכום כסף שקבע בית המשפט.<sup>17</sup> מדובר ברכיבי ענישה שיש להם ביטוי כלכלי ישיר בגרימת סבל ממוני לעבריין.<sup>18</sup>

13 גבריאלי הלוי תורת דיני העונשין כרך ג 867 (2010).

14 רביע אנבריה ואיילת עוז "משלמים בחירותם: האם בשלה העת להורות על ביטולו של המאסר חלף הקנס?" עיוני משפט מב 477 (2020).

15 סי' ד' לפרק ו' לחוק העונשין.

16 סי' ה' לפרק ו' לחוק העונשין.

17 סי' ו' לפרק ו' לחוק העונשין.

18 לשלושת הרכיבים הללו מצטרף רכיב נוסף, שהוא חילוט רכוש שנתפס ושיש לו קשר לעבירה. עם זאת, החילוט מאפיינים ייחודיים ולכן לא נעסוק בו במאמר זה. על החילוט חלות הוראות חוק מגוונות ומורכבות. ראו ס' 234–235, 297, 468–469 ו-483 לחוק העונשין; פרק ו' לחוק איסור הלבנת הון, התש"ס–2000; פרקים ד'–ה' לחוק איסור מימון טרור, התשס"ה–2005; ס' 27 לחוק הבלו על דלק, התשי"ח–1958; ס' 36 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג–1973. לדיון במסלולים השונים המאפשרים חילוט רכוש וביחס שבין דברי החקיקה השונים, ראו בש"פ 1359/17 מדינת ישראל נ' ברוך (נבו) (15.3.2017). להשלמת התמונה יצוין כי יש הרואים גם בהוצאות משפט סוג של רכיב

הקנס משולם לקופת המדינה ותכליתו עונשית. בית המשפט העליון עמד על יתרונותיו של הקנס בהגשמת מטרות המשפט הפלילי וקבע כי הקנס מגלם את מטרות הענישה ותכליתו למנוע מהעבריין הפקת רווח מהעבירה. הקנס נעדר תופעות לוואי שליליות הנלוות למאסר; עלויות תפעולו נמוכות באופן יחסי לעלויות הכליאה; אין הוא מטיל מעמסה כלכלית על החברה; והוא מניב הכנסה לאוצר המדינה. יתרונו ההרתעתי של הקנס מתבטא בעיקר בהטלתו בעבירות כלכליות ובעבירות שתכליתן הפקת רווח חומרי, והוא אמצעי המבטיח כי חוטא לא יצא נשכר משללו וכי אין הפשע משתלם.<sup>19</sup> מכאן נקבע, שככלל, יש להטיל קנס בעבירות שיש בהן משום טובת הנאה כלכלית לעבריין.<sup>20</sup>

מספר היבטים של הקנס מוסדרים בסימן ד' לפרק ו' שבחוק העונשין הדין ב"דרכי ענישה". סעיף 61 לחוק העונשין קובע את שיעורי הקנס המרביים בשיעור משתנה בהתאם לחומרת העונש על העבירה:<sup>21</sup> לעבירה שעונשה מאסר לתקופה של עד שישה חודשים – קנס בשיעור של עד 14,400 ₪; לעבירה שעונשה מאסר לתקופה שבין שישה חודשים לשנה – קנס בשיעור של עד 29,200 ₪; לעבירה שעונשה מאסר בין תקופה של שנה ובין תקופה של שלוש שנים – קנס בשיעור של 75,300 ₪; לעבירה שעונשה מאסר של יותר משלוש שנים – קנס בשיעור של עד 226,000 ₪. יתרה מכך, עבירות מסוימות בחוק העונשין מאפשרות לבית המשפט לגזור את כפל הקנס המנוי בסעיף 61 לחוק.<sup>22</sup> נוסף על כך, לפי סעיף 63 לחוק העונשין רשאי בית המשפט להטיל על נאשם, בשל עבירה שהיה בה כדי לגרום נזק ממון, להשיג טובת הנאה לעצמו או לאחר, או שקיבל שכר בעד ביצועה, קנס פי ארבעה משווים של הנזק שנגרם או טובת הנאה שהושגה, או את הקנס שנקבע בחוק, הגבוה מביניהם. להגדלת שיעור הקנס שבסעיף 63 לחוק העונשין יש יסוד הרתעתי, משום שיש בכך להגדיל את תוחלת הנזק של העבריין מביצוע העבירה בעוד תוחלת התועלת של העבירה נותרת זהה.<sup>23</sup> בקביעת סכום הקנס

ענישה כלכלית. ראו, למשל, גבריאל הלוי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 868. אולם, עמדנו היא שאין מדובר באחד מרכיבי הענישה, אלא בתוצר כלכלי של המשפט, שכן אין הוא חלק מדרכי הענישה בגזר הדין המנויים בחוק העונשין.

<sup>19</sup> ע"פ 522/82 עאזם נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 411 (1982); ע"פ 8573/96 מרקדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 481, 587 (1997); ע"פ 6474/03 מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 721 (2004); ע"פ 8585/05 שאלון נ' מדינת ישראל (נבו) 13.9.2006; ראו גם: יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך ג 1620, 1711, 1713-1714 (מהדורה שלישית 2014); גבריאל הלוי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 870.

<sup>20</sup> ע"פ 6711/12 קאסם נ' מדינת ישראל, פס' 8 לפסק הדין של השופטת ארבל (נבו) 3.12.2013.

<sup>21</sup> הסכומים עודכנו ביום 13.4.2000, ועודם רלוונטיים במועד כתיבת המאמר.

<sup>22</sup> ראו, למשל, ס' 225, 227 ו-228 לחוק העונשין.

<sup>23</sup> גבריאל הלוי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 872.

רשאי בית המשפט להתחשב, בין השאר, בהשפעה שתהיה לקנס על יכולת הנאשם לפצות את הניזוק. קביעת הקנס תהיה כערך הנזק או טובת ההנאה ביום ביצוע העבירה או ביום מתן החלטת בית המשפט, הגבוה מביניהם. חוק העונשין ממשיך וקובע הוראות לעניין עדכון הקנסות על פי השינויים שחלו במדד, מועדי התשלום, תוספת פיגורים, גביית קנסות והטלת מאסר חלף קנס.<sup>24</sup>

רכיב ענישה כלכלי אפשרי נוסף שרשאי בית המשפט להטיל על נאשם בגזר הדין הוא ההתחייבות. רכיב זה מוסדר בסימן ה' בפרק ו' בחוק העונשין. לפי סעיף 72 לחוק העונשין, בית המשפט רשאי להטיל על נאשם שהורשע התחייבות להימנע מביצוע עבירה בתוך התקופה שקבע בית המשפט ושלא תעלה על שלוש שנים. בית המשפט רשאי גם להטיל על אדם, שנקבע כי ביצע את העבירה אולם הוא לא הורשע, התחייבות לתקופה שלא תעלה על שנה אחת. התחייבות תהיה בסכום שלא יעלה על סכום הקנס שניתן להטיל בגין אותה עבירה, והיא יכולה לכלול ערבות בצידה. כן נקבעו בחוק אמצעי כפייה לחתימה על התחייבות ומנגנוני גבייה.<sup>25</sup> מדובר באחד העונשים שבית המשפט רשאי להטיל על תנאי, והוא כולל התחייבות לתשלום סכום כסף, אם יופר התנאי. משמע, אם תתבצע עבירה שהוגדרה תוך תקופת התנאי.<sup>26</sup> ההתחייבות נחשבת לקלה שבעונשים ומתאימה לעבירות קלות או לנסיבות שבהן החליט בית המשפט להקל על העבריין משיקולי שיקום.<sup>27</sup> בית המשפט שדן בהפרת התנאי הקבוע בהתחייבות יפעיל את ההתחייבות, ללא שיקול דעת של ממש.<sup>28</sup>

הפיצוי הוא רכיב עונשי כלכלי נוסף שבית המשפט רשאי להטיל במסגרת גזר הדין, לפי סימן ו' בפרק ו' לחוק העונשין. לפי סעיף 77 לחוק העונשין, בית המשפט רשאי לחייב נאשם שהורשע, בשל כל אחת מן העבירות שהורשע בהן, לשלם לאדם שניזוק פיצוי בגין נזק או סבל בסכום שלא יעלה על 258,000 ₪.<sup>29</sup> קביעת הפיצויים תהא לפי ערך הנזק או הסבל שנגרמו ביום ביצוע העבירה או ביום

24 ס' 64-71 לחוק העונשין.

25 ס' 74 ו-76 לחוק העונשין.

26 ש"ז פלר יסודות בדיני העונשין כרך ג 338 (1992); גבריאל הלוי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 877; רבין וואקי דיני עונשין, לעיל ה"ש 19, בעמ' 1753-1767; רות קנאי "עונשים בחומרה בינונית" ספר שמגר 246 (אהרון ברק עורך 2003).

27 דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 107) (התחייבות להימנע מעבירה), התש"ע-2009, ה"ח 463; רבין וואקי דיני עונשין, לעיל ה"ש 19, בעמ' 1759.

28 דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 107); ע"פ (מחוזי ת"א) 70683/06 מדינת ישראל נ' אלכסנדר (נבו 7.3.2007); ת"פ (שלום אי') 49392-02-15 מדינת ישראל נ' בללטי (נבו 14.3.2016).

29 ס' 77 (א) לחוק העונשין. הסכום בתוקף מיום 14.4.2010 לפי צו התש"ע-2010 בס' 1 לצו העונשין (שינוי שיעורי קנסות).



מתן ההחלטה על הפיצויים, לפי הגבוה מביניהם.<sup>30</sup> כן נקבעו בסעיף 78 לחוק העונשין דרכי גבייה והעמדת הפיצויים לפירעון. חיוב בפיצויים לפי סעיף 77 לחוק נושא מאפיינים אזוריים מובהקים הן מבחינת המהות והן מבחינת סדרי הדין. אולם, בה-בעת, זהו אחד מרכיבי הענישה הכלכליים והוא חלק מדרכי הענישה בגור הדין.<sup>31</sup> הפיצוי בהליך הפלילי מאפשר תשלום מהיר ויעיל לניזוק באמצעות ההליך הפלילי ובכך יש בו כדי לחסוך מהנפגע לכתת רגליו לבית המשפט האזרחי. הפיצוי נועד לסייע, בין היתר, לנפגעי עבירה דלי אמצעים שאין להם יכולת לנהל הליך אזרחי ממושך ויקר.<sup>32</sup> מדובר בכלי כלכלי, ראשון במעלה, שיש בו כדי לבטא, בדרך של הערכה נומינלית ועל דרך האומדנה, את הנזקים שנגרמו לנפגע העבירה, וזאת במגבלות ההליך הפלילי.<sup>33</sup> המגמה לחייב את הנאשם בתשלום פיצויים לקורבן העבירה הולכת וצוברת תאוצה הן באמצעות החקיקה והן בפסיקת בתי המשפט. מגמה זו משקפת שינוי ביחס המשפט הפלילי אל נפגעי העבירה וזכויותיהם, תוך שבתי משפט מעודדים את השימוש במנגנון לאור העלייה במעמדן של זכויות נפגעי העבירה בהליך הפלילי.<sup>34</sup>

עם זאת, אין סעיף 77(א) לחוק העונשין קובע מהם השיקולים שעל בית המשפט לשקול בקביעת שיעור הפיצויים. לפי הפסיקה, אף על פי שמדובר בהליך מעין אזרחי, אין הוא נפסק באמות מידה דינויות אזרחיות של הוכחת נזק, אלא בית המשפט קובע את שיעור הפיצויים על דרך האומדנה.<sup>35</sup> מדובר בסעד ראשוני

<sup>30</sup> ע"פ 4209/14 קרן נ' מדינת ישראל (נבו 15.11.2015).

<sup>31</sup> סימן ו' שכותרתו "פיצויים והוצאות" הוא חלק מפרק ו': דרכי ענישה, בחוק העונשין. לדיון בדבר מהותם של הפיצויים ראו: רע"פ 2976/01 אסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 418, בפס' 10 ו-19 לפסק הדין של השופט חשין (2002); רע"פ 228/05 יאגודייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 518 (2005); ע"פ 5761/05 מג'דלאוי נ' מדינת ישראל (נבו 24.7.2006); רע"פ 9727/05 גליקסמן נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(2) 802, 813 (2007); ע"פ 481/12 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 36 (נבו 30.12.2014).

<sup>32</sup> דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 28), התשמ"ח-1988, ה"ח 1872.

<sup>33</sup> על היחס שבין הפיצויים בהליך הפלילי לפיצויים בהליך האזרחי ראו: רע"א 6970/07 פלונית נ' פלוני (נבו 6.7.2009); ע"פ 6452/09 עלי נ' מדינת ישראל (נבו 22.7.2010); ע"פ 8745/08 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 30.11.2011); ראו גם, גיל סגל ואורי ניר "פיצויים לקורבנות עבירה בתאונות דרכים – האם הם עומדים בסתירה לעקרון ייחוד העילה" עיוני משפט לו 621 (2015).

<sup>34</sup> עניין אסף, לעיל ה"ש 31, בעמ' 437-438; ע"פ 7033/04 יאיר נ' מדינת ישראל (נבו 11.9.2006). ראו גם: דנה פוגץ' "מהפכת הקורבנות – היום שאחרי: לקראת מודל המכיר בשיקולי ענישה פרטיים" קרית המשפט ד 229 (2004); יפעת ביטון "בין נזיקין לעונשין או בין הנזק ועונשו? דילמות מבניות, דינויות ותפקודיות בייצוג נפגעות תקיפה מינית" עיוני משפט לו 657 (2015); אסנת אלירם "פיצויים לקרבן העבירה: הצעה לדגם חדש" מחקרי משפט יט 205, 234 (2002).

<sup>35</sup> ע"פ 10632/07 מזרחי נ' מדינת ישראל, פס' 11 (נבו 10.6.2008) (להלן: עניין מזרחי); ע"פ

והניזוק רשאי להגיש גם תביעה אזרחית.<sup>36</sup> בפסיקה נקבע גם, כי במקרים שבהם יש נפגעים יש להעדיף פסיקת פיצויים על הטלת קנס. זאת כפי שעולה גם מסעיף 77(ג) לחוק העונשין, המורה לזקוף סכום ששילם הנאשם תחילה לטובת תשלום פיצויים ורק לאחר מכן לטובת קנס.<sup>37</sup> עוד נקבע כי מכוח אופיו האזרחי של ההסדר ומטרתו לפצות את הקורבן על נזקיו, אין להתחשב במצבו הכלכלי של מבצע העבירה לשם קביעת גובה הפיצוי,<sup>38</sup> וכן כי בקשת התביעה אינה תנאי לפסיקת פיצויים.<sup>39</sup> אפשר לפסוק פיצויים לעובד קורבן עבירה שנפטר,<sup>40</sup> וכן אפשר לפצות גם אנשים במעגל הקרוב אליו, לרוב ילדיו או הוריו.<sup>41</sup>

רכיב הקנס מתאים בעיקר לעבירות רכוש ועבירות כלכליות וכן לעבירות קלות יחסית, שבהן אין הצדקה לגזור עונש מאסר. הגם שאין רכיב זה נגזר רק או בעיקר בעבירות כלכליות, הרי ששיעור הקנסות בעבירות מסוג זה גבוה באופן ניכר מבעבירות אחרות.<sup>42</sup> רכיב הפיצויים, לעומת זאת, הולך ותופס אחיזה בעבירות שבהן ישנו נפגע עבירה מסויים, ובפרט בעבירות שבהן נגרמו נזקי מאסר או נזקים כלכליים לקורבן העבירה.<sup>43</sup>

## 2. חשיבותם של רכיבי הענישה הכלכליים

עד תיקון 113, שהתווה את שיקול הדעת בענישה, לא נכללו בחוק העונשין הוראות מפורשות הדנות במטרות הענישה או בשיקולי ענישה, ולא נכללו בו כללים להפעלת שיקול הדעת השיפוטי בענישה.<sup>44</sup> מטבע הדברים, הדבר היה נכון

- 
- 4666/12 גורביץ' נ' מדינת ישראל, פס' 14-15 לפסק הדין של השופטת ברק-ארוז (נבו 8.11.2012).
- 36 ס' 88 לחוק העונשין; עניין גליקסמן, לעיל ה"ש 31, בעמ' 819; רע"פ 228/05 יאגודייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 518, 524 (2005); רבין וואקי דיני עונשין, לעיל ה"ש 19, בעמ' 1880 ו-1884; ביטון, לעיל ה"ש 34, בעמ' 657, 667-668.
- 37 עניין גורביץ', לעיל ה"ש 35, פס' 11-14 לפסק הדין של השופטת ברק-ארוז; לעניין הקדימות שיש ליתן לתשלום הפיצויים ראו גם, עניין מזרחי, לעיל ה"ש 35.
- 38 עניין מג'דלאוי, לעיל ה"ש 31, בפרק ט'; רע"פ 2174/11 לוזון נ' מדינת ישראל (נבו 25.5.2011).
- 39 ע"פ 5860/14 לביא נ' מדינת ישראל (נבו 6.3.2016).
- 40 עניין מג'דלאוי, לעיל ה"ש 31.
- 41 ע"פ 2196/10 אגבריה נ' מדינת ישראל, פסקה כ"ב (נבו 8.3.2012).
- 42 אגבריה ועוו, לעיל ה"ש 14, בעמ' 5-6; אורן גזל-אייל, ענבל גלון וקרן וינשל-מרגל שיעורי הרשעה וזיכוי בהליכים פליליים 19-22 (הרשות השופטת, מחלקת המחקר 2012).
- 43 שם, בעמ' 21.
- 44 לדיון מקיף בגישות העיקריות העומדות בבסיס מטרות הענישה ראו רבין וואקי דיני עונשין, לעיל ה"ש 19, בפרק 37; רות קנאי "הנחיות לשופט בהפעלת שיקול דעתו בקביעת העונש"

אף לרכיבי הענישה הכלכליים, כאשר החוק הסתפק בקביעת הסכומים המרביים שבית המשפט רשאי לפסוק. לבתי המשפט ניתן שיקול דעת רחב ביותר בהחלטה אם לגזור רכיבי ענישה כלכליים, באיזה מהרכיבים לבחור, וכן ביחס לקביעת שיעורם. הדיון שהתקיים בפסיקה באשר לרכיבים הללו, קודם לתיקון 113 ובחודשים הראשונים שלאחריו, היה מצומצם יחסית.<sup>45</sup>

מיעוט עיסוק הפסיקה ברכיבי הענישה הכלכליים מצוי במתח עם חשיבותם הרבה של רכיבים אלו. ראשית, הגם שהענישה הכלכלית נחשבת, במידה רבה של צדק, לחמורה פחות מהענישה הגופנית, הרי שלמעשה רכיבי הענישה הכלכליים עשויים להטיל נטל כבד על הנאשם ואף להביאו, במקרים מסוימים, כדי מצוקה כלכלית של ממש. מטבע הדברים, אין ההשלכות הללו מוגבלות לנאשם עצמו, והן עשויות לפגוע קשות גם במשפחתו. זאת ועוד, יש לזכור כי במקרה של קנסות, אי-עמידה בעונש הכלכלי שנגזר על הנאשם אף עלולה להוביל לענישה גופנית, בדמות מאסר חלף קנס.<sup>46</sup> אפשרות זו רחוקה מלהיות תיאורטית. כפי שהראו אגבריה ועוז,<sup>47</sup> מאסר חלף קנס מופעל לעיתים קרובות ופוגע בעיקר בנאשמים המשתייכים לקבוצות מוחלשות. אף הושמעה קריאה מצד הסנגוריה הציבורית לבטל את מוסד המאסר חלף קנס, בטענה כי אין עונש זה צודק ואף אינו יעיל.<sup>48</sup> דוח הסנגוריה,<sup>49</sup> הוסיף וקבע כי חובות הנוצרים במהלך ההליך הפלילי בשל רכיבי הענישה הכלכליים השונים והריביות הגבוהות המוטלות על מי שמתקשים לעמוד בתשלומם, הפכו בפני עצמם לגורם מכביד ולעיתים מכשיל, המאיים לשבש את שיקומם של עוברי החוק ולהחזירם אל מעגל הפשיעה. מכאן, שאין להקל ראש בהשלכותיהם של רכיבי הענישה הכלכליים, והגיעה העת להפסיק לראות בהם רכיבי ענישה שוליים ומשניים.

שנית, לרכיבי הענישה הכלכליים יש פוטנציאל להיות, במקרים המתאימים, תחליף ראוי לעונש הכליאה אשר בשנים האחרונות מתפתחת תפיסה הקוראת לצמצם את השימוש בו. ההכרה בחשיבותן של אלטרנטיבות לכליאה מבוססת על מודעות גוברת לנטל המוטל על החברה בשל עלויות הכליאה, כפי שבא לידי ביטוי,

מחקרי משפט ה' 234 (1986); רות קנאי "הנחיות לקביעת גור-הדין בפסיקת בית המשפט העליון" משפטים כד 97, 98 (1994).

45 ראו, למשל, ע"פ 5541/11 אזולאי נ' מדינת ישראל (נבו 13.12.2012); ע"פ 816/10 גולד נ' מדינת ישראל (נבו 3.9.2012); ע"פ 9093/08 נאצר נ' מדינת ישראל (נבו 7.12.2011); ע"פ 2143/10 שלום נ' מדינת ישראל (נבו 20.1.2011).

46 ראו לעיל ה"ש 8. לעומת זאת, אי אפשר להטיל מאסר חלף פיצוי לנפגע העבירה, שהנאשם לא עמד בתשלומו. ראו ע"פ 2906/19 פלוני נ' מדינת ישראל, בפס' 18 (נבו 14.7.2019).

47 ראו לעיל ה"ש 14.

48 הסניגוריה הציבורית דוח פעילות לשנת 2019 134-147 (2020).

49 שם.

בין היתר, בכתיבה האקדמית בישראל ובמדינות שונות.<sup>50</sup> מספרם ההולך וגדל של אסירים בחלק ממדינות העולם, לרבות בישראל,<sup>51</sup> מטיל מעמסה כלכלית על המדינה ועל החברה. פסק דינו של בג"ץ,<sup>52</sup> המורה למדינה להגדיל את שטח המחייה של אסירים ועצורים בישראל, אף יצר צורך ממשי ודחוף בהפחתת שיעור הצפיפות בבתי הכלא.<sup>53</sup> מן הראוי כי מדיניות הענישה בישראל תביא בחשבון גם שיקולים מעין אלו, לצד שיקולי הלימה.<sup>54</sup>

מכאן מסקנתם של מלומדים רבים היא כי מוטב לבחון אמצעי ענישה אלטרנטיביים שיהיה בהם כדי להגשים את מטרת הענישה תוך צמצום עלותה.<sup>55</sup> כחלק ממגמה זו, אפשר לראות בישראל התפתחות של מגוון אלטרנטיבות לכליאה, כגון הסדרי סגירת תיק מותנה והפניית נאשמים לבתי משפט קהילתיים.<sup>56</sup>

בה בעת הולכת ותופסת אחיזה העמדה כי אין החמרה בענישה מביאה להרתעה ולירידה בעבריינות, וזאת בעקבות מחקרים שלא מצאו קשר ברור בין שתי התופעות.<sup>57</sup> אומנם, אפשר למצוא גם מחקרים מעטים התומכים במסקנה

- 
- 50 ראו, למשל, Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in ESSAYS IN THE ECONOMICS OF CRIME AND PUNISHMENT I (Gary S. Becker & William M. Landes eds. 1974); BRUCE WESTERN, PUNISHMENT AND INEQUALITY IN AMERICA (2006); JOHN SCHMITT ET AL, THE HIGH BUDGETARY COST OF INCARCERATION 6, 13 (Center For Economy and Policy Research, 2010) <https://bit.ly/4ckPgpq>; Shawn Bushway & Raymond Paternoster, *The Impact of Prison on Crime*, in DO PRISONS MAKE US SAFER – THE BENEFITS AND COSTS OF THE PRISON BOOM (Steven Raphael & Michael A. Stoll eds., 2015); HADAR AVIRAM, CHEAP ON CRIME: RECESSION-ERA POLITICS AND THE TRANSFORMATION OF AMERICAN PUNISHMENT 119, 138–143 (2009); חגית לרנאו עבריינות ואכיפת החוק, מעמ' 241 ואילך (2016).
- 51 למספרי הכלואים בעולם, לרבות בישראל, ראו ROY WALMSLEY, ISPC, WORLD PRISON POPULATION LIST (9<sup>th</sup> ed. 2012), available at [www.prisonstudies.org](http://www.prisonstudies.org); Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *Crime and prisoners*, in SOCIETY AT A GLANCE 2016: OECD SOCIAL INDICATORS (2016).
- 52 בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח נ' השר לביטחון פנים (נבו 13.6.2017).
- 53 ראו, למשל, אורן גזל-אייל "החובה לצמצם את הצפיפות בבתי הסוהר מוטלת על בתי המשפט, הפרקליות והתביעה המשטרית" 27.6.2017 ICON-S-IL BLOG.
- 54 רבין וואקי דיני עונשין, לעיל ה"ש 19; יניב ואקי, רות קמיני ויורם רבין "עונש המאסר – תכליות מגמות והלכות" הפרקליט נג 11, 38–39 (2014); בועז סנג'רו "מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר? על הצעת חוק העונשין (תיקון): הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ה–2005 עלי משפט ה 247, 258 (2006); איילת עוז "הצפיפות בבתי הסוהר כשיקול בגזירת הדין" הסניגור 119–120 (2007).
- 55 לרנאו "אכיפת החוק", לעיל ה"ש 50, בעמ' 67–69 וההפניות המובאות שם.
- 56 חגית לרנאו ואיילת עוז "מערכת האכיפה הפלילית בישראל בעשור האחרון – האם ניתן לחוש ברוחות של שינוי?" הסניגור 247, 4 (אוקטובר, 2017).
- 57 Charyl M. Webster & Anthony N. Doob, *Searching for Sasquatch: Deterrence of*

ההפוכה,<sup>58</sup> ובעיקר מחקרים המראים כי הגדלת הסיכוי להיתפס,<sup>59</sup> וענישה מיידית של העבריין – להבדיל מהחמרת העונש – מגבירות את ההרתעה,<sup>60</sup> לפחות בעבירות מסוימות.<sup>61</sup> עם זאת, הספרות המחקרית מראה כי כאשר בוחנים את השפעתה של ההחמרה בענישה, ובעיקר של הרחבת השימוש בעונש הכליאה, על תופעת העבריינות, חשוב להביא בחשבון את האפקט הקרימינולוגי של הענישה, קרי, את עידוד הנטייה לעבריינות.<sup>62</sup> כך, מחקרים מתחום הקרימינולוגיה מראים שהמאסר חושף את האסיר לדפוסי התנהגות עברייניים ומגדיל את הסיכון לרצידיביזם במקום להפחיתו. בשל כך, ממליצים כיום קרימינולוגים רבים להימנע ככל האפשר מעונשי מאסר קצרים, שכן אלו חושפים אנשים שביצעו עבירות קלות לנורמות עברייניות וגורמים בכך יותר נזק מתועלת.<sup>63</sup> המלצה זו רלוונטית במיוחד לישראל, שבה רוב הכלואים מרצים תקופת מאסר של שנה אחת ומטה – קרי, המאסר הקצר הוא הכלל במקום החריג.<sup>64</sup> עוד יצוין, שבישראל כמעט שלא השתמשו בקנסות כחלופה לעונשי מאסר, כעולה ממחקר שהראה כי הקנס הוא במרבית המקרים עונש נלווה, המצטרף לעונש מאסר בפועל או לכל הפחות למאסר מותנה.<sup>65</sup> זאת בניגוד למדינות אחרות שבהן קנסות החליפו את המאסר כאמצעי הענישה המרכזי.<sup>66</sup>

- 
- Crime Through Sentence Severity*, THE OXFORD HANDBOOK FOR SENTENCING AND CORRECTION 173, 190 (Joan Petersila & Kevin R. Reitz, Eds., 2012); Michael Tonry, *The Mostly Unintended Effects of Mandatory Penalties: Two Centuries of Consistent Findings*, 38 CRIME & JUST. 65 (2009) בעמ' 114–118.
- 58 כך, למשל, הכלכלן סטיבן לויט ערך מחקרים שמצאו אינדיקציות לכך שהחמרה בענישה מקדמת הרתעה כללית. לסקירה ראו Steven D. Levitt & Thomas J. Miles, *Empirical Study of Criminal Punishment*, 1 HANDBOOK OF LAW AND ECONOMICS 455, 471–474 (2004). לביקורת על מחקר זה ראו Webster & Doob, *שם*, בעמ' 185–187.
- 59 ראו שוהם ואח', לעיל ה"ש 6, בעמ' 118.
- 60 לרנאו "אכיפת החוק", לעיל ה"ש 50.
- 61 כך, למשל, נמצא כי בעבירות "אינסטרומנטאליות" (דוגמת עבירות רכוש ועבירות כלכליות), לעומת עבירות "אקספרסיביות" (דוגמת עבירות אלימות ומין), רמת האכיפה משפיעה על שיעור הפשיעה. שוהם ואח', לעיל ה"ש 6, בעמ' 118.
- 62 ראו, למשל, Lynne Vieraitis et al, *The Criminogenic Effect of Imprisonment: Evidence from State Panel Data, 1974–2002*, 6 CRIMINOLOGY & PUB. POL'Y 589 (2007).
- 63 ראו, למשל, שם; Francis T. Cullen et al, *Prisons Do Not Reduce Recidivism: the High Cost of Ignoring Science*, 91 THE PRISON JOURNAL 48 (2011).
- 64 קטרין בן צבי ודרור ולק "חוזרים למאסר רצידיביזם של אסירים פליטים משוחררים בישראל" צוהר לבית הסוהר 14, 18 (2011). ראו גם, דו"ח ועדת דורנר, לעיל ה"ש 8.
- 65 אורן גזל-אייל, ענבל גלון וקרן וינשל-מרגל, לעיל ה"ש 42, בעמ' 19–22.
- 66 אגבריה ועוז, לעיל ה"ש 14, בעמ' 6.

המסקנות בדבר אי-יעילותה של ההחמרה בענישה מנקודת מבט הרתעתית ובדבר הנזקים הגלומים בעונשי מאסר קצרים אין פירושן, כמובן, כי תמיד יהיה זה מוצדק לבחור באמצעי חלופי למאסר. עונש מאסר, ואפילו קצר, עשוי להיות מוצדק משיקולים שאינם הרתעתיים ותועלתניים, ובראשם שיקול ההלימה, שנקבע כאמור כעיקרון המנחה בענישה בתיקון 113. ייתכנו למשל עבירות, שעונש המרבי בצידן לא מאפשר מאסר ממושך, אך נסיבות ביצוען במקרה כזה או אחר אינן מאפשרות, מטעמים גמוליים, להסתפק באמצעי מתון יותר כגון ענישה כלכלית. יש לזכור שלענישה הפלילית יש גם מימד אקספרסיבי, בהיותה כלי להבעת תרעומת וגינוי מוסרי כלפי מי שמעשיהם מנוגדים לערכים חברתיים מוסכמים.<sup>67</sup> בהקשר זה יש הטוענים כי לעונש המאסר יש, במקרים מסוימים, חשיבות סמלית, בהיותו עונש שנתפס ציבורית כחמור במיוחד ומתרגם את הגינוי המוסרי של העבריין להרחקתו מהחברה שכלפיה פשע.<sup>68</sup>

עם זאת, במקרים שבהם אין מדובר בעבירה המחייבת גינוי מוסרי חמור, עשויים עקרון ההלימה והעיקרון התועלתני להתיישב זה עם זה ולהוביל למסקנה בדבר הצורך באלטרנטיבה לכליאה. רכיבי ענישה כלכליים, כדוגמת קנסות, התחייבויות ופיצויים, עשויים לשמש אלטרנטיבות כאלה, באופן המתיישב עם העיקרון המנחה בענישה שנקבע בתיקון 113. משמע, ככל שבית משפט יסבור כי מתחם העונש ההולם עשוי לכלול הן רכיבי ענישה כלכליים והן מאסר, אפשר יהיה להסתפק בהטלת רכיבי ענישה כלכליים שפגיעתם פחותה. בה-בעת, אין בעונשים הללו כדי להטיל עלויות נוספות על החברה, ובמקרה של קנסות יש בהם אף כדי להעשיר את הקופה הציבורית. מדובר בעונשים הומניים יותר מעונשי מאסר, שפגיעתם בזכויות פחותה לרוב, ויש בהם כדי לחסוך מהשפעתו השלילית של המאסר על הנאשם ומשפחתו. הדבר נכון על אחת כמה וכמה כשמדובר בעבירות קלות יחסית, שבהן לא רק ניתן אלא אף נדרש, מבחינה גמולית, להסתפק בענישה כלכלית, ואשר ממילא אינן צפויות להוביל לעונשי מאסר ארוכים.

ההבנה כי יש לבחון אלטרנטיבות לכליאה כדי לצמצם את עלויות הענישה, בין היתר באמצעות המרת מאסרים בעבודות שירות והפניית משאבים לאלטרנטיבות אחרות, באה לידי ביטוי בדוח הוועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים בראשות שופטת בית המשפט העליון (בדימוס) דליה דורנר.<sup>69</sup> הוועדה, שמונתה לבדוק את דרכי הטיפול בעבריינים וענישתם במטרה להביא לניצול

67 לערכה האקספרסיבי של הענישה ראו, למשל, Joel Feinberg, *The Expressive Function of Punishment*, in *WHY PUNISH? HOW MUCH? A READER ON PUNISHMENT* 111 (Michael Tonry ed., 2011); אלון הראל "מדוע בכל זאת המשפט חשוב" עיוני משפט לח 202–201, 193 (2015).

68 Feinberg, שם, בעמ' 121.

69 דוח ועדת דורנר, לעיל ה"ש 8.

מיטבי של ההוצאה הציבורית לצורך מניעת עבריינות,<sup>70</sup> גיבשה המלצות לצמצום במספר האסירים וחיסכון בהוצאות המדינה על הכליאה. ההמלצות אומצו על ידי הממשלה,<sup>71</sup> ועל ידי המחוקק, שתיקן את החוק העונשין כך שיאפשר לגזור על נאשמים מאסר בדרך של עבודות שירות למשך תקופה של תשעה חודשים.<sup>72</sup> למעשה, ועדת דורנר אימצה הכרעות ערכיות דומות לאלו שאומצו בתיקון 113 לחוק העונשין, ובכלל זה הירידה במרכזיות עקרון ההרתעה והבחירה בעקרון ההלימה כעקרון-על המנחה את שיקול הדעת בענישה.<sup>73</sup> הוועדה התייחסה לכמה גורמים שיש להם השלכה על הכליאה, תוך שקבעה, בין היתר, כי לא נמצא קשר מובהק בין החמרה בענישה לבין הרתעה. לפיכך, נקבע כי אין טעם בניסיון לקדם את ההרתעה באמצעות הרחבת השימוש במאסרים או באמצעות הטלתם של מאסרים ממושכים יותר, ויש להתחשב בעלויות הכליאה הגבוהות ובמשאבים שניתן היה להפנות לאמצעים אלטרנטיביים לצמצום הפשיעה. הוועדה המליצה לפעול לצמצום המאסרים במקרים שבהם אין המאסר הכרחי ולהרחיב את השימוש בעונשים זולים ויעילים יותר, העולים גם הם בקנה אחד עם עקרון ההלימה.<sup>74</sup> שופטים מסוימים בערכאות הדיוניות אימצו את גישת הוועדה וקבעו כי יש להביא בחשבון את העלויות הכלכליות הנגרמות לחברה עקב שימוש יתר במאסרים, וכי אין מקום לקדם את ההרתעה באמצעות הרחבת השימוש במאסרים או באמצעות מאסרים ארוכים יותר.<sup>75</sup> עם זאת, אפשר למצוא בפסיקה, בעיקר של בית המשפט העליון, גם גישה שונה של שיקולי עלות-תועלת, הגורסת שאין לאמץ את מסקנות ועדת דורנר שלפיהן מאסרים לא מקדמים הרתעה, עד לאימוץ המסקנות על ידי המחוקק.<sup>76</sup>

- 70 החלטה 3767 של הממשלה ה-32 "הקמת ועדה ציבורית לבחינה של מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים" (23.10.2011).
- 71 החלטה 1840 של הממשלה ה-34 "ייעול מדיניות הענישה ושיקום האסירים בישראל" (11.8.2016).
- 72 חוק העונשין (תיקון מס' 133 – הוראת שעה), התשע"ח-2018. עוד יצוין כי, פרקליט המדינה גיבש הנחיה הקובעת מדיניות בנוגע לריצוי מאסר בעבודות שירות למשך יותר משישה חודשים. ראו הנחיה מס' 9.19 מדיניות התביעה בעניין הטלת עונש מאסר בעבודות שירות לתקופה העולה על שישה חודשים (26 מרץ 2019).
- 73 ראו, למשל, דוח ועדת דורנר, לעיל ה"ש 8, בעמ' ד.
- 74 שם, בעמ' ג-ד.
- 75 עפ"ג (מחוזי חי') 55303-03-17 דארי נ' מדינת ישראל (נבו) (17.5.2017); עפ"ת (מחוזי חי') 16-05-1267 חזיגילוב נ' מדינת ישראל (נבו) (29.6.2016); תפ"ח (מחוזי חי') 14-09-60159 מדינת ישראל נ' פלוני (נבו) (16.12.2015); עפ"ג (מחוזי חי') 16-10-43978 מזרחי נ' מדינת ישראל (נבו) (9.2.2017); עפ"ג (מחוזי חי') 16-12-53142 רחמימוב נ' מדינת ישראל (נבו) (17.5.2017); ת"פ (שלום ת"א) 12-10-32224 מדינת ישראל נ' אדוט (נבו) (12.7.2017).
- 76 ראו, למשל, בע"פ 1656/16 דוידוביץ' נ' מדינת ישראל (נבו) (20.3.2017); ראו גם: רע"פ 3077/16 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו) (2.5.2016) – שם ציין השופט אורי שהם כי שיקול

ועדת דורנר לא דנה כלל באפשרות להגביר את השימוש ברכיבי הענישה הכלכליים כאלטרנטיבה לכליאה במקרים ההולמים. ייתכן שהדבר נבע מהתמקדותה של הוועדה בחלופות שיקומיות. עם זאת, העמדה שלפיה יש להגביר את השימוש באלטרנטיבות לכליאה ובפרט למאסרים קצרים, מתיישבת היטב עם הטלתם של רכיבי ענישה כלכליים, באופן העולה בקנה אחד עם עקרון ההלימה. מכאן, שתיקון 113, כמו גם הרציונלים שבבסיס המלצות ועדת דורנר, עשויים לתמוך בהרחבת השימוש ברכיבי הענישה הכלכליים כאלטרנטיבה ראויה לכליאה במקרים ההולמים. הרחבת השימוש ברכיבי הענישה הכלכליים צריכה להיעשות, לעמדתנו, בד-בבד עם הבניית שיקול הדעת השיפוטי ביחס לרכיבים הללו, כפי שיובהר להלן.

### ג. עיקרי תיקון 113 לחוק העונשין

תיקון 113, שבמסגרתו חוקק סימן א'1 לחוק העונשין על סעיפיו<sup>77</sup> נועד, לראשונה, להתוות ולכוון את שיקול הדעת השיפוטי בהליך הענישה בישראל. עד לתיקון זה, לבית המשפט היה שיקול דעת רחב ביותר בגזירת הדין,<sup>78</sup> ומודל הענישה שהיה מקובל בישראל היה מודל מעורב. לפי מודל זה בתי המשפט התחשבו במכלול שיקולי הענישה (גמול, הרתעה, מניעה ושיקום), תוך קביעת איזונים משתנים בין השיקולים השונים, הכול בהתאם למקרה הנדון.<sup>79</sup> בית המשפט העליון קבע בהקשר זה כי במלאכת הענישה חייב השופט למצוא את המשקל הראוי לכל אחד מהשיקולים השונים ולשקללם.<sup>80</sup> למול שיקול דעת רחב זה, עמד עקרון האחידות בענישה.<sup>81</sup> במצב שקדם לתיקון 113 לחוק העונשין, מצאו מחקרים שונים כי בהיעדר הכרעה מוסכמת בדבר מטרות הענישה והיחס ביניהן, ובהיעדר הנחיות ליישום שיקול הדעת השיפוטי, התוצאה היא חוסר אחידות בענישה והפליה.<sup>82</sup>

ההתרעה לא עומד לבדו וממילא שיקולי ענישה אחרים עשויים לתמוך בהטלת עונשי מאסר; לעניין היחס להרתעה בעבירות כלכליות ראו גם: רגב, לעיל ה"ש 12, בעמ' 14-15, 32-34 ו-148; לבני, לעיל ה"ש 12.

77 ס' 40-44 טו לחוק העונשין.

78 רות קנאי "היחס בין מטרות הענישה ושיקולי ענישה לשיקול הדעת של השופט בקביעת העונש" מחקרי משפט 39 (2003); קנאי "הנחיות לקביעת גזר-הדין", לעיל ה"ש 44, בעמ' 101.

79 ע"פ 433/89 אטיאס נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 421, 434 (1989); ע"פ 4890/01 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 594 (2001); ע"פ 4272/04 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(6) 175 (2005); ע"פ 11100/08 שרעבי נ' מדינת ישראל (נבו) 14.9.2011; ע"פ 6294/11 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו) 20.2.2014.

80 ע"פ 212/79 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 421, 434 (1979).

81 קנאי "הנחיות לקביעת גזר-הדין", לעיל ה"ש 44, בעמ' 136-138.

82 רות קנאי "הצעה לתיקון קביעת גזר הדין" מחקרי משפט יג 227 (1996). למחקרים



מכאן, שבבסיס ההחלטה להתוות את שיקול הדעת השיפוטי שהוביל לתיקון 113 עמדו שלוש סיבות עיקריות: ראשית, עקרון החוקיות – משמע, הבטחת יתר ודאות, בהירות וצפיות של העונש שבית המשפט עומד להטיל; שנית, עקרון השוויון – שנועד להבטיח אחידות בענישה; ושלישית – הכרעה מעוגנת בחוק בדבר שיקולי הענישה שתבטא את כוונת המחוקק.<sup>83</sup>

ההנחה שבבסיס התיקון היא כי באמצעות קביעת הכללים לגזירת הדין והשיקולים שעל בית המשפט לשקול בגזירת הדין, יושגו המטרות הנזכרות, ללא פגיעה בשיקול הדעת ובעצמאות השיפוטית.<sup>84</sup> תיקון 113 הביא, לראשונה בישראל, להסדרה בחקיקה של מטרות הענישה וההיררכיה ביניהן. החוק גם התווה את אופן ההנמקה.<sup>85</sup> הוראות תיקון 113 מבכרות את עקרון ההלימה על פני יתר שיקולי הענישה.<sup>86</sup> לצד זאת, בחר המחוקק להגביל את משקלו של עקרון ההרתעה. נקבע כי אפשר להתחשב בהרתעת היחיד רק אם יש סיכוי של ממש שהטלת עונש מסוים תביא להרתעתו. גם במקרים אלו אין לחרוג ממתחם העונש ההולם, אלא אפשר להתחשב בשיקול ההרתעה אך כחלק מקביעת העונש המתאים בתוך המתחם.<sup>87</sup> הוראה דומה נקבעה ביחס לשיקול של הרתעת הרבים.<sup>88</sup> התוויית שיקול הדעת לפי תיקון 113 מתבצעת בהליך רב-שלבי:<sup>89</sup> בשלב

אמפריים ראו שומרון מויאל ומימי אייזנשטדט "פערי ענישה בעבירות נהיגה בשכרות" משפטים מד 933, 955 (2015); הדר אבירם "השופט הטוב והשופט הרע? זהות השופט כרכיב משפיע על גזירת העונש" הסניגור 110 (2006); יעל חסין ומרדכי קרמניצר "עבירת ההתפרצות – המשתנים המשפיעים על מידת האחידות בענישה" משפטים כב 533 (1994); מ"ס חג' יחיא, גיורא רהב ומאיר טייכמן "בית משפט השלום ותפקדו עם המיעוטים בישראל" פלילים ד 157 (1994); יעל חסין ומרדכי קרמניצר "אחידות בענישה בעבירת תעבורה" משפטים יח 103 (1988); ולעניין היעדר אחידות בהטלת קנסות ראו Tomer Einat, *Sentencing Rationales, Judicial Discretion and the Practice of Criminal Fines in Israel*, J. CRIM. JUSTICE 36, 444 (2008)

83 רבין וואקי דיני עונשין, לעיל ה"ש 19, בעמ' 1458-1459.

84 לעיל ה"ש 2.

85 עמי קובו "פירוש לתיקון 113 לחוק העונשין בעניין הבניית שיקול הדעת בענישה" הסניגור 183 (2012); חגית לרנאו וישי שרון "שמונה הכרעות ערכיות בחקיקת חוק הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה" הסניגור 183 (2012); יניב ואקי ויורם רבין "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא" הפרקליט נב 413, 438 (2013).  
86 ע"פ 8641/12 סעד נ' מדינת ישראל, בפס' 21 לפסק הדין של השופט סולברג ובפס' 1-10 לפסק הדין של השופט רובינשטיין (5.8.2013).

87 ס' 140 לחוק העונשין.

88 ס' 140 לחוק העונשין.

89 עניין סעד, לעיל ה"ש 86; ע"א 2918/13 דבס נ' מדינת ישראל, פס' 6 לפסק הדין של השופט פוגלמן (נבו 18.7.2013); ע"פ 1903/13 עיאשה נ' מדינת ישראל, פס' 7-9 לפסק הדין של השופט ארבל (נבו 14.7.2013); ע"פ 1323/13 חסן נ' מדינת ישראל, פס' 6-9 לפסק הדין של השופט ארבל (נבו 5.6.2013); ראו גם, קובו, לעיל ה"ש 85, בעמ' 5.

הראשון בית המשפט יחליט אם מדובר באירוע אחד או בכמה אירועים.<sup>90</sup> בשלב השני יקבע בית המשפט את מתחם העונש ההולם לכל אירוע. לפי סעיף 40 לחוק העונשין, בית המשפט יקבע את מתחם העונש ההולם בהתאם לערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה ומידת הפגיעה בו, מדיניות הענישה הנהוגה והנסיבות הקשורות בביצוע העבירה. בשלב השלישי, יקבע בית המשפט את העונש המתאים לנאשם בתוך המתחם. לפי סעיף 40 יא לחוק העונשין, בית המשפט יקבע את העונש המתאים בהתחשב בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה. לפי סעיפים 140 ו-140 לחוק העונשין, בית המשפט רשאי להתחשב בשיקול של הרתעה אישית והרתעת הרבים אם מצא כי יש צורך בהרתעת היחיד או הרבים מביצוע עבירות, וכי יש סיכוי של ממש כי החמרה בענישה תוביל להרתעה. בית המשפט רשאי לחרוג ממתחם העונש ההולם לצורכי שיקום או לצורך הגנה על שלום הציבור, וזאת לפי סעיפים 140 ו-40 לחוק העונשין. לפי פסיקת בית המשפט העליון, על בתי המשפט לגזור את הדין בהתאם למנגנון הקבוע בתיקון 113, ואף לפרט הנמקתו ביחס לכל שלב ושלב.<sup>91</sup> הנימוק מבטא את הבניית שיקול הדעת בענישה. יש בו משום ערובה לשמירה על החוק ושיקפות באשר לגזירת הדין וכן הדבר מאפשר ביקורת, אם יהיה צורך בכך בשלב הערעור.<sup>92</sup>

תיקון 113 אינו עוסק במישרין ברכיבי הענישה הכלכליים ואינו דן בהם באופן מפורט. זאת למעט התייחסות אחת ומצומצמת לרכיב הקנס במסגרת סעיף 40,<sup>93</sup> שלפיה אם בית המשפט קבע כי מתחם העונש ההולם כולל עונש קנס, יתחשב גם במצבו הכלכלי של הנאשם לצורך קביעת מתחם עונש הקנס ההולם. עם זאת, מתוך הוראות החוק ונוסחן עולה כי תיקון 113 חל על כלל רכיבי הענישה, לרבות כל רכיבי הענישה הכלכליים. לכך ניתן גם ביטוי בדיונים בהצעת החוק ואף בדוח הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין, בראשות השופט (בדימוס) אליעזר גולדברג (להלן – "דוח ועדת גולדברג").<sup>94</sup> תיקון 113 נועד להבנות את שיקול הדעת השיפוטי בענישה, ואין בו כל הבחנה בין דרכי הענישה השונות. סימן 1א לחוק העונשין, הכולל את מכלול הוראותיו של תיקון

90 ע"פ 4910/13 ג'אבר נ' מדינת ישראל (נבו 29.10.2014); ע"פ 1261/15 מדינת ישראל נ' דלאל (נבו 3.9.2015).

91 עניין סעד, לעיל ה"ש 86.

92 רבין וואקי דיני עונשין, לעיל ה"ש 19, בעמ' 422-423.

93 ס' 40 לחוק העונשין.

94 משרד המשפטים דין וחשבון הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין 25 (1997) (דוח ועדת גולדברג). בדיונים בכנסת התעוררה השאלה אם יש למנות בחוק את אמצעי הענישה שעליהם יחול, כפי שנעשה בדוח ועדת גולדברג, או להשאירם לשיקול דעתו של השופט. החשש שהועלה היה שמנוסח החוק יעלה כי הוא יחול על מאסר וקנס בלבד, אולם צוין כי אין ספק שהתיקון חל על כלל רכיבי הענישה. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 178 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (16.3.2010);

113, הוא חלק מפרק ו' לחוק העונשין שעניינו דרכי ענישה. נוסף על כך, אין הוראת חוק המוציאה את רכיבי הענישה הכלכליים מגדר התיקון. לעומת זאת, עקרון ההלימה, הקבוע בסעיף 40ב לחוק העונשין, מורה לבית המשפט להקפיד על יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם לבין "סוג ומידת העונש המוטל עליו". משמעות הדבר היא כי על בית המשפט מוטל לבחור מתוך מגוון סוגי הענישה.<sup>95</sup> המסקנה המתבקשת היא שתיוקן 113 חל גם על רכיבי הענישה הכלכליים ואין אלו מוחרגים ממנו.

#### ד. רכיבי הענישה הכלכליים בעקבות תיקון 113 – בראי הפסיקה

בדומה לרכיבי הענישה האחרים, גם הענישה הכלכלית סבלה מהיעדר התוויית שיקול הדעת קודם לתיקון 113. הואיל והתיקון לא הוציא מגדרו את רכיבי הענישה הכלכליים, אפשר היה לצפות ליישום התיקון עליהם, וזאת כדי להשיג את המטרות שעמדו בבסיסו, משמע, מתן גזרי דין צודקים ושוויוניים יותר. במילים אחרות, אפשר היה לצפות שכל גזר דין הכולל ענישה כלכלית יקבע את מתחם העונש ההולם, קרי, את מנעד הסכומים הרלוונטיים לרכיבי הענישה הכלכליים, ולאחר מכן יחיל על הרכיבים הללו את ההוראות הרלוונטיות לקביעת העונש בתוך המתחם או לסטייה מהמתחם.

המחקר האקדמי שבחן עד כה את יישומו של תיקון 113 לא עסק ברכיבי הענישה הכלכליים אלא התמקד בהשפעת התיקון על עונשי מאסר בפועל. מחקר זה אף לא עסק בשאלות המשפטיות שמעורר תיקון 113 או בהלכות שקבע בית המשפט העליון ביחס לאותן שאלות, אלא בבחינה אמפירית של מידת ואופן יישומו של התיקון על ידי בתי המשפט. כך, מחקר ראשוני,<sup>96</sup> שנערך במחלקת המחקר של בית המשפט העליון בחן גזרי דין בין השנים 2011–2014 והתמקד בעונשי מאסר בפועל ובשאלה אם היה בתיקון 113 כדי להביא להחמרה בענישה, כפי החשש שהובע טרם התיקון.<sup>97</sup> בחלוף כשלוש שנים מהתיקון,<sup>98</sup> מצא המחקר

<sup>95</sup> ראו פרוטוקול ישיבה מס' 193 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (11.5.2010); פרוטוקול ישיבה מס' 199 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (25.5.2010); לרנאו ושרון, לעיל ה"ש 85, בעמ' 17.

<sup>96</sup> קרן וינשל-מרגל וענבל גלון, לעיל ה"ש 5.

<sup>97</sup> לסלי סבה ואיריס ויינריב "רמות ענישה בחיפוש אחר תאוריה" חוקים ג 99, 100 (2011); סנג'רו, לעיל ה"ש 54. חשש זה הובע אף בהליכי החקיקה. ראו, למשל, פרוטוקול ישיבה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (2.3.2010); פרוטוקול ישיבה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (11.5.2010); פרוטוקול ישיבה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (25.5.2010). ראו גם, גזל-אייל "מתחמים לא הולמים", לעיל ה"ש 5, העוסק בחומרת מתחמי הענישה שנקבעו ביחס לעבירות של שהייה לא חוקית.

<sup>98</sup> תיקון 113 נכנס לתוקף ביום 10.7.2012. ראו ס"ח 2330, ט"ו בטבת התשע"ב, 10.1.2012.

כי אומנם בתי המשפט מיישמים, ככלל, את הוראות תיקון 113 לחוק העונשין. בה-בעת, מצא המחקר כי לא חלה החמרה בעונשי מאסר בעקבות התיקון לחוק והשונות בענישה בין אישומים דומים קטנה. לפי המחקר, ממצאים אחדים מצביעים על אפשרות של הקלה בגזירת עונשי מאסר בעקבות התיקון, אולם לא היה אפשר להצביע על קשר סיבתי בין התיקון וההקלה וזאת משום שלהערכת החוקרות ההקלה עשויה לנבוע מסיבות אחרות שלא נבחנו דיין.

מחקר נוסף,<sup>99</sup> בחן אם שופטים מיישמים את תיקון 113 לחוק העונשין, בחלוף כארבע שנים מהתיקון, וזאת באמצעות בחינת גזרי דין שבהם הוטלו מאסרים בבתי משפט השלום וכן ערעורים על גזרי דין שנדונו בבית המשפט העליון. מחקר זה לא בחן גזרי דין בעבירות כלכליות וגם לא בעבירות על חקיקת עניינים מקומיים. לפי תוצאות המחקר, ככל שחולף הזמן מכניסת התיקון לתוקף, בתי משפט השלום מקפידים על יישום הוראות תיקון 113 לחוק העונשין בגזירת עונשי מאסר. לפי המחקר, בעוד בין השנים 2012 ועד 2015 עמד שיעור הציות לחוק על 67%–74%, הרי שבתקופה שבין חודש מרץ 2015 ועד סוף 2015 עמד שיעור הציות על 96%. לפי המחקר, דווקא בבית המשפט העליון, הולכת ופוחתת רמת הציות להוראות תיקון 113, ובית המשפט העליון קבע מתחמי ענישה בשיעור של 39.5% בלבד מתוך הערעורים שהתקבלו ושהיה עליו לקבוע בהם מתחם.

מחקר אחר,<sup>100</sup> בחן את יישומו של תיקון 113 בערכאות הערעור, ובפרט עסק בשאלה אם ערכאות הערעור קובעות מתחמים מנחים. גם מאמר זה התמקד בעיקר בעונשי מאסר. לפי תוצאות המחקר, ערכאות הערעור ממעטות בביצוע תפקידן בקביעת מתחמים מנחים.

בניגוד למחקרים שעסקו בתיקון 113 עד כה, אין מאמר זה מתמקד בניתוח אמפירי של גזרי הדין שניתנו מאז תיקון 113. תחת זאת, השאלה העומדת במוקד הסקירה שתובא לעיל היא כיצד מתמודדת הפסיקה עם השאלות המשפטיות המרכזיות שמתעוררות ביחס לרכיבי הענישה הכלכליים בעקבות התיקון. בכלל זאת, אם וכיצד הכריע בית המשפט העליון בשאלות אלו והאם הוא מנחה את הערכאות הנמוכות בסוגיות המתעוררות? מסקנת המאמר, כפי שנראה להלן, היא כי בית המשפט העליון ממעט לדון במרבית השאלות המתעוררות.

אם כן, נעבור לסקור את גישתו של בית המשפט העליון לרכיבי הענישה הכלכליים, בשנים שחלפו מאז חקיקת תיקון 113. הדיון יתבסס על סקירה של פסיקת בית המשפט העליון מיום התיקון ועד שנת 2022, ובמסגרתה תיבחנה הסוגיות המרכזיות שמעורר התיקון ביחס לרכיבי הענישה הכלכליים וההתייחסות לסוגיות אלה בפסיקת בית המשפט, ככל שישנה. במקרים שבהם התקיים דיון

99 גזל-אייל, אזולאי והמר, לעיל ה"ש 5.

100 קוגוט, חקאק וגלבפיש, לעיל ה"ש 5.

חשוב בנושא רכיבי הענישה הכלכליים בפסקי דין של הערכאות הדיוניות, נתייחס בקצרה גם לפסקי הדין הללו – אם בגוף המאמר ואם בהערות השוליים. מסקירת פסקי הדין עולה כי הערכאות הדיוניות ממעטות לבחון את רכיבי הענישה הכלכליים בהתאם לתיקון 113 וכמעט שאינן דנות בסוגיות העקרוניות המתעוררות בעניין זה. לכך ישנה כמוכח השלכה גם על היקף הדיון הנערך בבית המשפט העליון.

הגם שהפסיקה לאחר תיקון 113 מלמדת כי החל דיון ראשוני בשאלות שמעורר התיקון באשר להטלת רכיבי ענישה כלכליים, הרי שמדובר בדיון חלקי בלבד שלא כולל התייחסות לחלק מהשאלות המרכזיות המשפטיות המתעוררות. כך, לא ניתן בפסיקה מענה לשאלה העקרונית בדבר תחולתו של תיקון 113 על כלל רכיבי הענישה הכלכליים, ובפרט על פיצויים, כאשר אין בית המשפט מבהיר כיצד – בהנחה שאין לפעול לפי מתווה תיקון 113 – יש לקבוע את אותה "אומדנה" המהווה את המנגנון לקביעת הפיצוי העונשין. כן חסר דיון בשאלה העקרונית בדבר היחס שבין הערכים החברתיים שבבסיס תיקון 113 לבין תכליות הענישה הכלכלית ושיקולי הענישה הנהוגים ביחס לענישה זו, אשר באופן מסורתי מדגישים את שיקול הרתעה (בעיקר בעבירות כלכליות).<sup>101</sup> שאלות נוספות שמתעוררות וטרם קיבלו מענה בפסיקה עניינן השיקולים השונים הרלוונטיים לקביעת מתחם העונש ההולם; האופן שבו יש להגדיר "אירוע" לצורך קביעת המתחם; היחס שבין נסיבות אישיות שאינן קשורות לביצוע העבירה לבין שיקולי הרתעה; המיקום הרעיוני של הסרת המחדל על ידי הנאשם; ומקומם של שיקולי שיקום בהחלטה אם לחרוג ממתחם העונש ההולם. נעבור כעת לבחון את השאלות המשפטיות הללו.

## 1. תחולת תיקון 113 על רכיבי הענישה הכלכליים

אי אפשר למצוא בפסיקת בית המשפט העליון דיון בשאלה העקרונית אם תיקון 113 חל על פיצויים והתחייבויות להימנע מעבירה. לא מצאנו בפסיקה גיבוש כלשהו של כללים והנחיות לעניין יישום תיקון 113 על הטלת התחייבויות להימנע

<sup>101</sup> ראו, למשל, ע"פ 268/89 מדינת ישראל נ' הראל, פ"ד מג(4) 31 (1989); עניין מלכה, לעיל ה"ש 19; רע"פ 512/04 אבו עביד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 381 (2004); ע"פ 7068/06 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ, פס' 14 (נבו 31.5.2007); ע"פ 2103/07 הורוביץ נ' מדינת ישראל, פס' 339 (נבו 31.12.2008); ע"פ 7593/08 ריטבלט נ' מדינת ישראל (נבו 1.9.2009); רע"פ 7135/10 חן נ' מדינת ישראל, פס' י' (נבו 3.11.2010); קנאי "הנחיות לקביעת גזר-הדין", לעיל ה"ש 44, בעמ' 105-106.

מעבירה,<sup>102</sup> ואף לא נקבע כי יש לעשות זאת בעתיד. אשר לרכיב הפיצוי,<sup>103</sup> הרי שמהפסיקה העדכנית אפשר ללמוד כי אין בית המשפט נוהג לדון ברכיב ענישה זה בהתאם לעקרונות התיקון. קביעת שיעור פיצויים עודנה מתבצעת על דרך האומדנה, כפי שהיה מקובל לפני התיקון,<sup>104</sup> ורק במקרים נדירים ביותר נוהגים בתי המשפט להתייחס בגזר הדין למתחם הפיצוי ההולם או לאופן חישוב הפיצוי.<sup>105</sup> אין פסיקה זו נותנת את הדעת לשאלה אם אומנם אין הוראות תיקון 113 חלות על החיוב הפיצויים, אף על פי שרכיב זה לא הוצא מפורשות מגדרו. יתר על כן, הפסיקה העדכנית הוסיפה לדבוק בהלכה שהייתה קיימת לפני תיקון 113,<sup>106</sup> שלפיה בניגוד לקנסות, בקביעת פיצויים אין להתחשב במצבו הכלכלי של הנאשם, אלא אך בנסיבות הקשורות לעבירה ולקורבן.<sup>107</sup> משמע כי אף על פי שסעיף 40יא(8) מאפשר לבית המשפט, בשלב קביעת העונש המתאים בתוך המתחם, להתחשב בנסיבות חייו הקשות של הנאשם שהיתה להן השפעה על ביצוע העבירה, לרבות נסיבות כלכליות, הרי שלפי הפסיקה העדכנית אין נסיבה זו לרונטית בקביעת פיצויים. הגם שמתחם הפיצוי ההולם אכן צריך להיקבע בראש ובראשונה על בסיס אומדנת נזקו של הקורבן, הרי שבקביעת הפיצוי המתאים בתוך המתחם, נראה כי מתחייב לתת משקל לנסיבות אחרות, ובהן יכולתו הכלכלית של הנאשם.

- <sup>102</sup> כאמור, לפי פרוטוקול ישיבה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (16.3.2010); לעיל ה"ש 94, תיקון 113 חל על כל דרכי הענישה. דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 94, מציינ את הקנס על תנאי כאחד מסוגי העונשים שיש להתוות בהם את שיקול הדעת.
- <sup>103</sup> ואקי ורביץ "הבניית שיקול הדעת", לעיל ה"ש 85, בעמ' 428-429.
- <sup>104</sup> ראו, למשל, אלירם, לעיל ה"ש 34, בעמ' 227; דנ"פ 3319/21 פלוני נ' פלוני (נבו) (4.8.2021); ע"פ 1076/15 טווק נ' מדינת ישראל, פס' 11 לפסק הדין של השופטת ברק-ארוז (נבו) (7.6.2016). בית המשפט קיים בתיק דיון נוסף. ראו דנ"פ 5625/16 אסרף נ' טווק (נבו) (13.9.2017). ראו גם: ע"פ 8465/14 כרכי נ' מדינת ישראל, פס' 17 (נבו) (24.8.2015); ע"פ 3887/16 עבד אלהאדי נ' מדינת ישראל (נבו) (26.6.2016); ע"פ 1062/19 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו) (9.7.2019).
- <sup>105</sup> ת"פ 17-04-20736 (שלום נצ') פרקליטות מחוז צפון – פלילי נ' אסלאן (נבו) (18.3.2019); ולעניין אופן חישוב הפיצוי, ראו, דעת המיעוט של כבוד השופטת רות רונן בע"פ 2858/23 שיר נ' מדינת ישראל (נבו) (1.4.2024).
- <sup>106</sup> ראו, למשל, עניין מג'דלאוי, לעיל ה"ש 31, בפס' ט.
- <sup>107</sup> שם; ע"פ 4277/12 בכוראשוילי נ' מדינת ישראל, פס' 44 (נבו) (28.7.2013); ע"פ 322/16 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו) (9.10.2016); ע"פ 4919/14 אזולאי נ' מדינת ישראל (נבו) (6.3.2017) (להלן: עניין אזולאי); ע"פ 8449/17 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו) (16.6.2019), פס' 51 לפסק הדין של השופט סולברג; ע"פ 3991/18 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו) (3.4.2019); ע"פ 990/21 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו) (30.11.2022). מנגד, במקרים חריגים, בבואו לקבוע את שיעור הפיצוי, בית המשפט התחשב בשיקולים לקולא כגון קטינות. ראו ע"פ 5359/20 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו) (13.4.2021).

בדומה לכך, נראה כי בתי המשפט ממעטים להתחשב, בעת פסיקת פיצויים, בנסיבות אישיות שיש בהן כדי להטות את הכף לחומרה, כגון אי-התמדה של הנאשם בהליך שיקום שבו החל. כך, למשל, קבע בית המשפט העליון, בעניין פלוני,<sup>108</sup> כי פיצוי שנפסק לטובת נפגע העבירה מכוח סעיף 77 לחוק העונשין הוא בעל גוון אזרחי מובהק ונועד בעיקרו לשפות את הנפגע על הנזק והסבל שנגרמו לו עקב ביצוע העבירה. באותו מקרה התערב בית המשפט בסכום הפיצוי והפחיתו משמעותית, משקבע כי הנזקים שנגרמו לקורבן העבירה לא מצדיקים את הסכום שקבע בית המשפט המחוזי. זאת חרף אי-התמדה של המערער בהליך השיקום וקביעת בית המשפט כי בשל כך אין להקל במאסרו.

עיון בפסיקה מעלה כי ישנן אך התייחסויות מצומצמות ומוגבלות לסוגיות כגון הנסיבות הרלוונטיות לקביעת שיעור הפיצויים והאופן שבו יש להעריך את נזקי הנפגע. כאמור, התייחסויות אלו לא כוללות דיון בהוראות תיקון 113 וכפי שנראה בסעיפים הבאים, הן אף מתנגשות בחלקן עם הוראות התיקון.

שונה המצב באשר לרכיב הקנס, רכיב שעליו תיקון 113 חל, כאמור, בבירור, ואף לפי לשונו המפורשת של החוק. מהפסיקה עולה כי החל דיון משפטי ראשוני בכללים ליישומו של תיקון 113 על עונש הקנס. עם זאת, מדובר רק בתחילתו של דיון, שעודנו חסר התייחסות לסוגיות מרכזיות אשר יפורטו בסעיפים הבאים. יצוין כי בפסיקת הערכאות הנמוכות מסתמנת מגמה לנמק את רכיב הקנס בהתאם למתווה תיקון 113. אומנם, זאת בעיקר באותם מקרים שבהם הקנס הוא עונש עיקרי ולא נלווה,<sup>109</sup> אך אפשר למצוא מתחמי קנסות גם בגזרי דין שבהם הקנס נלווה לעונש מאסר.<sup>110</sup> לעומת זאת, כפי שנראה מיד, בית המשפט העליון מוסיף לפסוק בנושא קנסות בהתאם לעקרונות ולערכים שהיו נהוגים טרם תיקון 113 בלי לתת דעתו לשינוי המהותי שחל.

108 ע"פ 1062/19 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 9.7.2019).

109 ראו, למשל, ע"פ (ארצי) 49519-05-19 בוחבוט נ' מדינת ישראל (נבו 12.1.2020); ת"פ (שלום רמ') 8723-08-15 המחלקה לאכיפת דיני מקרקעין נ' פריד חאג יחיא (נבו 19.12.2019); תו"ב (שלום ב"ש) 54782-02-15 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה נ' אבו עראר (נבו 19.9.2016).

110 ראו, למשל, ת"פ (מחוזי י-ם) 22847-12-10 מדינת ישראל נ' בובליל (נבו 24.11.2019); ת"פ (מחוזי נצ') 40356-02-16 מדינת ישראל נ' חלו (נבו 13.2.2018) (אם כי מתחם הקנס שנקבע שם היה רחב מאוד – בין 300,000 למיליון ש"ח); ת"פ (שלום נצ') 22481-07-09 מדינת ישראל נ' סלימאן (נבו 7.1.2018); ת"פ (שלום ת"א) 10795-04-13 מדינת ישראל נ' קולברפי ישראל (2006) בע"מ (נבו 3.5.2015); עפ"א (מחוזי ת"א) 22128-08-16 ברהום עזרא נ' עיריית תל אביב (פורסם נבו 23.11.2016). ראו גם, ת"פ (מחוזי מר') 47787-06-19 מדינת ישראל נ' דרור (נבו 13.5.2020), אם כי שם הגיעו הצדדים להסדר טיעון שכלל הסכמה לעניין יתר רכיבי העונש ולא לעניין גובה הקנס, לכן, מטבע הדברים, הנמקתו של בית המשפט התמקדה ברכיב זה.

## 2. הערכים החברתיים ושיקולי ענישה

הכלל שרווח עד לתיקון 113 היה כי יש להטיל קנס בעיקר בעבירות שרווח כלכלי בצדן, וזאת כדי שחוטא לא יצא נשכר.<sup>111</sup> מפסיקת בתי המשפט לאחר התיקון נראה כי לא חל שינוי של ממש בהקשר זה. הפסיקה עודנה מדגישה את ההלכה שלפיה תכלית הקנס למנוע רווח כלכלי מהעבריין.<sup>112</sup> זאת בלי לדון בשאלת היחס שבין הלכה זו לבין הוראות תיקון 113 לחוק העונשין, שלפיהן קנס יוטל רק אם בית המשפט קבע כי זהו עונש הולם בנסיבות העניין. יתר על כן, אין בפסיקה דיון בשאלה כיצד תכלית זו מתיישבת עם עקרון ההלימה ומהו היחס ביניהם. כאמור, לפי הוראת תיקון 113 לחוק העונשין, בשלב הראשון על בית המשפט לקבוע אם קנס הוא חלק ממתחם העונש ההולם, וזאת בהתאם לערך המוגן, לנסיבות ביצוע העבירה ולמדיניות הפסיקה. לאור זאת נראה כי התכלית של מניעת רווח כלכלי מהעבריין אינה עקרון-על מנחה ביחס לקנסות, אלא אחד הערכים החברתיים שבבסיס רכיבי הענישה הכלכליים, אשר יש לאזנם עם יתר השיקולים המנויים בתיקון 113. עיון בפסיקה מעלה כי בתי המשפט ממעטים לעשות זאת, ומוסיפים לרוב לפעול בהתאם לדין הישן.<sup>113</sup> ייתכן, כמובן, כי ההנחה של בתי המשפט היא שבעבירות שרווח כלכלי בצידן, הפגיעה בערך המוגן, נסיבות העניין ומדיניות הפסיקה הופכות את הקנס לעונש הולם. עם זאת, לפי הוראות תיקון 113, לא די להניח זאת ויש לנמק את גזר הדין בהתאם, תוך התייחסות למכלול שיקולי הענישה. שאלה נוספת הראויה לליבון עניינה בנסיבות שבהן, בהתאם להוראות תיקון 113, ישנה הצדקה להטלת קנס חרף העובדה שלא היה רווח כלכלי בצידה של העבירה. אף שאלה זו לא זוכה למענה בפסיקה. בהיעדר ליבון מסוג זה גם אי אפשר לדעת אם, בנסיבות העניין עצם הטלת הקנס עמדה בעקרון ההלימה.

הלכה נוספת וקשורה שרווחה לפני תיקון 113, הייתה כי בעבירות כלכליות יש להטיל קנסות משמעותיים. זאת כדי לשלול את טובת ההנאה ממעשה העבירה ואף לפגוע בכיסו של העבריין מעבר לשוויה של טובת ההנאה, כדי שידע מראש כי לא כדאי יהיה לבצעה. נקבע כי המניע לביצוע עבירה כלכלית טמון בבסיס

<sup>111</sup> עניין קאסם, לעיל ה"ש 20.

<sup>112</sup> ע"פ 2422/15 סרור נ' מדינת ישראל (נבו) 7.11.2016; רע"ב 1049/15 נזרי נ' שירות בתי הסוהר, פס' 29 לפסק הדין של השופט סולברג (נבו) 18.6.2015; עניין אזולאי, לעיל ה"ש 107, פס' 12 לפסק הדין של השופט עמית (נבו) 6.3.2017; ע"פ 4190/13 סמואל נ' מדינת ישראל (נבו) 18.11.2014; ת"פ (מחוזי מר') 50614-07-12 מדינת ישראל נ' מנע (נבו) 9.7.2013; ואקי ורביץ "הבניית שיקול הדעת", לעיל ה"ש 85, בעמ' 439.

<sup>113</sup> ע"פ 8465/15 בן זקן נ' מדינת ישראל, פס' 19-20 (נבו) 12.9.2016; עניין דוידוביץ', לעיל ה"ש 76, פס' 113.



העבירה, וכי על בית המשפט, באמצעות הטלת עונשים שיהפכו עבירות כאלו לבלתי כדאיות, להעביר את המסר שעבריינות כלכלית לא משתלמת<sup>114</sup> כמו גם באמצעות עונשי מאסר בפועל. לפיכך, בעבירות כלכליות, בהיעדר נסיבות חריגות, שיקולי הרתעה גוברים על נסיבותיו האישיות של הנאשם.<sup>115</sup> גישה זו מעוגנת בהנחה כי מדובר בעבירות אינסטרומנטליות הדורשות תכנון ויצירתיות והמטרה המרכזית העומדת לנגד עיני העבריין היא הפקת רווח כספי מהעבירה.<sup>116</sup> עם זאת, אי אפשר להתעלם מכך שגם קודם לתיקון החוק, היה קיים פער מסויים בין הרטוריקה, שלפיה יש להחמיר את העונשים בעבירות כלכליות, ואף להטיל עונשי מאסר בפועל, לבין העונשים שהוטלו הלכה למעשה.<sup>117</sup> למעשה, טרם תיקון החוק, ביצעו בתי המשפט בגזרי דין שעניינם בעבירות כלכליות, פעמים רבות, איזון אופקי בין שני שיקולים מרכזיים: הרתעה, מחד גיסא, ונסיבות אישיות שאינן קשורות בביצוע העבירה, מאידך גיסא.<sup>118</sup>

מהלך זה של איזון בין שני שיקולים מרכזיים בענישה עבר שינוי נורמטיבי משמעותי כחלק מתיקון 113 לחוק העונשין. כאמור, תיקון 113 לא הוציא את

114 ע"פ (מחוזי ת"א) 80034/08 קריינר נ' מדינת ישראל (נבו) 14.7.2008; ע"פ 2919/02 אלוני נ' מדינת ישראל (נבו) 1.10.2002; ע"פ 6564/04 סטייה נ' מדינת ישראל (נבו) 18.10.2004; ע"פ 2636/12 עזבון המנוח שלוש ז"ל נ' מדינת ישראל (נבו) 5.3.2013; ע"פ 5783/12 גלם נ' מדינת ישראל (נבו) 11.9.2014; ע"פ ג (מחוזי י-ם) 3544-01-13 מדינת ישראל נ' קנובי (נבו) 29.4.2013; ת"פ (שלום רמ') 1754/07 פרקליטות מחוז ת"א – מיסוי וכלכלה נ' כהן (נבו) 2.9.2013; ע"פ 8458/11 שובל נ' מדינת ישראל, פס' 6 לפסק הדין של השופט הנדל (נבו) 11.9.2013.

115 ראו, למשל, עניין הראל, לעיל ה"ש 101; עניין מלכה, לעיל ה"ש 19; עניין אבו עביד, לעיל ה"ש 101; עניין אריאל הנדסת חשמל, לעיל ה"ש 101; עניין הורוביץ, לעיל ה"ש 101, בפס' 339; עניין ריטבלט, לעיל ה"ש 101; עניין חן, לעיל ה"ש 101; ראו גם, קנאי "הנחיות לקביעת גזר-הדין", לעיל ה"ש 44, בעמ' 105-106. כפי שצוין בהקשר של קנסות, בהלכה זו לא חל שינוי בעקבות תיקון 113. ראו ע"פ 1522/12 ולד נ' מדינת ישראל (נבו) 27.1.2014; ע"פ 4430/13 שרון נ' מדינת ישראל, פס' 13 לפסק הדין של השופט דנציגר (נבו) 31.3.2014.

116 רגב, לעיל ה"ש 12, בעמ' 13-15, 29-30; קנאי "הצעה לתיקון", לעיל ה"ש 82, בעמ' 236.

117 רע"פ 3873/07 בושנאק נ' מדינת ישראל (נבו) 17.10.2007; ע"פ 3829/13 שניידר נ' מדינת ישראל (נבו) 10.10.2013 והשוו סקירת מגמת ההחמרה בענישה בעניין דוידוביץ', לעיל ה"ש 76, פס' 109 לפסק הדין של השופט דנציגר; לבני, לעיל ה"ש 12.

118 יוער, כי גם בגזרי דין על עבירות אחרות קובעים בית המשפט, לעיתים, כי שיקולי הרתעה גוברים. עם זאת, בעבירות כלכליות, מדובר בהלכה של ממש, ולא ביישום על מקרה מסויים. ראו גם: עניין מלכה, לעיל ה"ש 19, בפס' 7; רע"פ 254/06 קעדאן נ' מדינת ישראל (נבו) 20.6.2006; רע"פ 1572/06 עאסלה נ' מדינת ישראל (נבו) 4.4.2006; רע"פ 3641/06 צ'צקס נ' מדינת ישראל (נבו) 28.8.2006; רע"פ 4791/08 כהן נ' מדינת ישראל (נבו) 9.2.2009. לשינוי שחל ביחס לשיקול ההרתעה ראו גם, גזל-אייל "מתחמים לא הולמים", לעיל ה"ש 5, בעמ' 10.

העבירות הכלכליות מתוכו והוא חל על מכלול העבירות שבספר החוקים.<sup>119</sup> לפי המתווה העדכני שחל לגבי מכלול העבירות, בשיקול הדעת השיפוטי לא נדרש עוד איזון אופקי בין שיקולי הרתעה לנסיבות אישיות, שהרי תיקון 113 בחר בעקרון ההלימה כעיקרון המנחה. לצורך קביעת העונש המתאים, על בית המשפט לקבוע תחילה את מתחם העונש ההולם בהתחשב בערך החברתי שנפגע, במדיניות הענישה ובנסיבות ביצוע העבירות. רק לאחר מכן על בית המשפט לקבוע את העונש המתאים בתוך המתחם, בהתאם לנסיבות האישיות. עם הבחירה בעקרון ההלימה כעיקרון מנחה איבד שיקול הרתעה את בכורתו ונקבע כי הוא ייכלל בגדר שיקול הדעת השיפוטי רק בנסיבות המפורטות בסעיפים 140 ו-140 לחוק העונשין. משמע, אם בית המשפט מצא כי יש צורך בהרתעת הנאשם, או הרבים, וכי יש סיכוי של ממש שהטלת עונש מסוים תביא להרתעה כאמור.<sup>120</sup>

מכאן, שאפשר היה לצפות לירידה במרכזיותה של ההרתעה גם בפסיקה שעניינה עבירות כלכליות, ובעקבות זאת אולי גם לירידה בהטלת עונשי מאסר, העדפת רכיבי ענישה כלכליים כחלופה למאסר או ירידה בשיעור הקנסות. זאת לכל הפחות באשר לעבריינים מעוטי יכולת. ציפייה זו מתיישבת גם עם סעיף 40 לחוק העונשין, משמע עם החובה להתחשב במצבו הכלכלי של הנאשם בקביעת מתחם הקנס ההולם. עם זאת, ציפייה זו לא מתממשת במלואה בפסיקת בית המשפט העליון, שבה עדיין אפשר למצוא את העיקרון שלפיו בעבירות כלכליות יש להעדיף שיקולי הרתעה.<sup>121</sup>

כך, למשל, בעניין **אזולאי**,<sup>122</sup> העיר השופט עמית שיש הגורסים כי בעבירות כלכליות, כמו עבירות מס, משיקולי הרתעה לא יינתן משקל לנסיבות אישיות ולמצוקה כלכלית. אין בפסק דין זה נימוק כיצד עמדה זו מתיישבת עם הוראות התיקון אף על פי שפסק הדין ניתן לאחר תיקון 113 לחוק העונשין. בפסק הדין בעניין **דנקנר**,<sup>123</sup> ציין השופט רובינשטיין כי בעבירות כלכליות יש מקום להתחשב בשיקולי הרתעה לפי סעיפים 140 ו-140, גם לאחר תיקון 113 לחוק העונשין, וזאת למרות שאין הפן ההרתעתי מטרתו העיקרית של העונש. עוד קבע כי עונש

119 למעט תחולה בענישת קטינים. ראו ס' 40 לחוק העונשין.

120 השופט ד"ר עמי קובו ציין כי "ההרתעה ירדה מגדולתה" בעקבות תיקון 113, ראו קובו, לעיל ה"ש 85, בעמ' 7; לרנאו ושרון, לעיל ה"ש 85.

121 ראו, למשל, רע"פ 977/13 אודיו נ' מדינת ישראל, פס' 7 (נבו 20.2.2013); רע"פ 74/13 חלירו נ' מדינת ישראל (נבו 17.3.2013); רע"פ 7964/13 רובינשטיין נ' מדינת ישראל, פס' 9 (נבו 31.12.2013); ע"פ 1676/14 חייה נ' מדינת ישראל (נבו 26.6.2014); רע"פ 6371/14 באסם נ' מדינת ישראל (נבו 28.10.2014), רע"פ 1688/14 כץ נ' מדינת ישראל (נבו 9.3.2014), רע"פ 1717/14 יאיר ליזרוביץ נ' מדינת ישראל (נבו 30.3.2014).

122 עניין **אזולאי**, לעיל ה"ש 107, פס' 47 לפסק הדין של השופט עמית.

123 ע"פ 677/14 דנקנר נ' מדינת ישראל, פס' לח (נבו 17.7.2014).

הרתעתי נועד להרתיע לא רק את הנאשם עצמו אלא גם את אותם אנשים נורמטיביים, המתכננים את מעשיהם בעבירות מסוג זה, וזאת חרף מעמדה הנורמטיבי הנמוך של הרתעת הרבים כשיקול ענישה בהתאם לתיקון 113. למעשה, עמדה זו מתעלמת מהתנאים להחלת עקרון ההרתעה, המנויים בסעיפים 140 ו-140 הנזכרים.

בעניין דוידוביץ',<sup>124</sup> קבע בית המשפט העליון כי כבר אין ספק שמתווה הענישה שנקבע בתיקון 113 חל גם על עבירות כלכליות. עוד התייחס בית המשפט העליון לכמה כללים נוספים המיישמים את תיקון 113 על עבירות כלכליות. כך נקבע כי בקביעת מתחם העונש ההולם, יש להתחשב במדיניות הענישה הנהוגה לגבי עבירות כלכליות דומות בלבד, ואשר נועדו להגן על אותם ערכים חברתיים, ולא למדיניות הענישה ביחס למכלול העבירות הכלכליות.<sup>125</sup> עם זאת, בית המשפט הבהיר כי אומנם התקבלה הכרעה ערכית בתיקון 113 להעדיף את עקרון ההלימה, אולם יש להתחשב גם בשיקולי הענישה האחרים, ובעבירות כלכליות יש להתחשב בפרט בשיקולי הרתעה. ההנחה בבסיס מסקנות אלו היא כי עבירות כלכליות הן עבירות אינסטרומנטליות הדורשות תכנון ויצירתיות והמטרה המרכזית העומדת לנגד עיני העבריין היא הפקת רווח כספי מהעבירה. לפיכך, נקבע כי בבחינת יעילותה והצלחתה של ההרתעה, יש להבחין בין עבירות אינסטרומנטליות ורציונליות, כמו עבירות כלכליות, לבין עבירות אימפולסיביות.<sup>126</sup> גם קביעה זו מתעלמת מהתנאים המנויים בסעיפים 140 ו-140, אשר אינם מבחינים בין עבירות כלכליות לעבירות אחרות.

נראה כי פסיקת בתי המשפט ממשיכה, ברובה, ליתן משקל בכורה לשיקולי הרתעה בעבירות כלכליות, וזאת אף על פי שלפי תיקון 113, שיקולי הרתעה הם שיקולים ממדרג שני, משמע שיש לשקול אותם רק כחריג לקביעת מתחם העונש ההולם. יתר על כן, מהפסיקה שפורטה עולה כי עדיין מחילים את הכלל שלפיו יש להטיל קנס שיש בו לשלול את טובת הנאה, ולא דווקא קנס הולם וראוי בהתאם למתווה תיקון 113 לחוק העונשין.<sup>127</sup> פסיקה זו מבוססת בעיקרה על ההלכות שקדמו לתיקון 113 לחוק העונשין, אף על פי שאין כל החרגה של עבירות כלכליות מתחולתו של תיקון 113 לחוק העונשין.

יתר על כן, הפסיקה שלאחר התיקון לא נותנת ביטוי מספיק להבחנה המתבקשת בין עבירות כלכליות מסוגים שונים. כפי שצוין לעיל, ישנן עבירות כלכליות הדורשות תכנון, אולם עבירות כלכליות רבות נעשות מתוך מצוקה

<sup>124</sup> עניין דוידוביץ', לעיל ה"ש 76.

<sup>125</sup> שם, בפס' 100 ו-105 לפסק הדין של השופט דנציגר.

<sup>126</sup> עניין דנקנר, לעיל ה"ש 123, פס' לח.

<sup>127</sup> ראו, למשל, עניין דוידוביץ', לעיל ה"ש 76, בפס' 113-114.

כלכלית ורבות מהן לא דורשות תכנון רב. כך, למשל, אי-הגשת דוחות מס בשל מצוקה כלכלית. בעבירות מסוג זה הטלת קנסות גבוהים עשויה לסתור את ההוראה שלפיה יש להתחשב דווקא במצבו הכלכלי של הנאשם בקביעת מתחם העונש ההולם, שנובע ממנה כי הקנס לא בהכרח יהיה שווה ערך או גדול מטובת ההנאה שהתקבלה.<sup>128</sup>

### 3. קביעת מתחם העונש ההולם

שלוש שאלות מרכזיות מתעוררות באשר לקביעת מתחם העונש ההולם של רכיבי ענישה כלכליים. השאלה הראשונה עניינה ביחס שבין הגדרת "אירוע" לעניין מתחם העונש לבין ריבוי עבירות או ריבוי ניזוקים. השאלה השנייה עניינה ביחס שבין הנזק שנגרם כתוצאה מביצוע העבירה לבין מתחם הקנס ופסיקת הפיצויים. השאלה השלישית עניינה הערכת מצבו הכלכלי של הנאשם ומיקומה של נסיבה זו יחסית לנסיבות אחרות.

#### 3.1 הגדרת "אירוע"

הסוגיה הראשונה שלגביה חל שינוי מסוים בפסיקה בעקבות תיקון 113, עניינה הגדרת ה"אירוע". בהתוויית שיקול הדעת בענישה לפי תיקון 113 לחוק העונשין, יש לקבוע בשלב מקדמי אם מדובר באירוע אחד או בכמה אירועים.<sup>129</sup> סעיף 40יג לחוק העונשין מורה לבית המשפט לקבוע מתחם עונש הולם לכל אירוע ולגזור עונש כולל לכל העבירות בשל אותו אירוע. להגדרת המונח "אירוע" עשויה להיות השלכה משמעותית על רכיבי הענישה הכלכליים, וזאת משום הנטייה לגזור עונשים כלכליים המושפעים בין היתר ממספר האירועים שבהם הורשע הנאשם. כך, למשל, לפי ההלכה שרווחה עד תיקון 113, כל דוח מס תקופתי שנאשם לא הגיש היה אירוע בפני עצמו, ורכיבי הענישה הכלכליים נגזרו מכל אירוע.<sup>130</sup> לעומת זאת, בעקבות תיקון 113 קבע בית המשפט העליון כי יש לפרש את המונח "אירוע" לאור מבחן הזיקה. משמע יש לבחון קיומו של קשר ענייני הדוק בין העבירות כדי לבחון אם מדובר באירוע אחד, אם לאו.<sup>131</sup> בהמשך לכך, בעבירות כלכליות הולכת ומתגבשת העמדה כי יש להשקיף, ככלל, על ריבוי עבירות מסוג

<sup>128</sup> ס' 40ח לחוק העונשין.

<sup>129</sup> ס' 40יג לחוק העונשין.

<sup>130</sup> בר"ע 717/85 קונפורטי נ' מדינת ישראל, פד לט(4) 806 (1985); רע"פ 5953/08 עתאמלה נ' מדינת ישראל (נבו 3.7.2008).

<sup>131</sup> ע"פ 5668/13 מזרחי נ' מדינת ישראל (נבו 17.3.2016); ע"פ 4527/14 פרינץ נ' מדינת ישראל (נבו 4.2.2006); ע"פ 4456/14 קלנר נ' מדינת ישראל, בפס' 103-104 (נבו 29.12.5015).

דומה כמסכת עבריינית אחת שהוא אירוע אחד.<sup>132</sup> גם תזכיר חוק העונשין (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה – תיקונים שונים), התשע"ו–2015, אשר פורסם ביום 1.11.2015, הציע לתקן את סעיף 40 לחוק העונשין כך שבית המשפט יהיה רשאי לקבוע מתחם אחד גם אם מדובר בכמה אירועים הדומים במהותם, שבוצעו באופן שיטתי ולאורך זמן, כמו למשל עבירות מס.<sup>133</sup>

לעומת זאת, כאשר מדובר ברכיב הפיצויים, דן בית המשפט במקרים של ריבוי עבירות וריבוי נפגעים במנותק מהגדרת "אירוע" לפי מתווה תיקון 113.134 כך העיר בהערת אגב השופט רובינשטיין, בעניין טווק,<sup>135</sup> כי הגדרת העבירות והנפגעים, לעניין פסיקת פיצויים, תלויה בנסיבות, וישנן עבירות שיהיו טפלות לעבירה העיקרית ולא יפוצו בנפרד. לדעתו, מעשה העבירה הרחב חובק את העבירות המשניות.<sup>136</sup> מכאן קבע כי יש לראות את התמונה הכוללת לעניין מעשה העבירה וכי פיצול הפיצוי לגבי עבירות יהא רלבנטי כאשר יש נזק שונה מכל עבירה. עוד נקבע, בדעת רוב, כי תקרת הפיצוי שקובע סעיף 77(א) לחוק העונשין משקפת את סכום הפיצוי הכולל שאפשר לפסוק לקרוביו של הקורבן שהיה הניזוק ישיר מהעבירה.<sup>137</sup> בית המשפט העליון, בדעת רוב, דחה את הבקשה לדיון נוסף תוך שחזר על העמדה כי יש להגביל את תקרת הפיצוי, כאמור, לסכום המרבי שבסעיף 77(א) לחוק העונשין. בה-בעת, הרחיב בית המשפט את מעגל הניזוקים העקיפים שלהם אפשר לפסוק פיצויים.<sup>138</sup>

ואמנם, בהקשר זה נתן בית המשפט פרשנות שונה בפסיקת פיצויים מהפרשנות שניתנה בתיקון 113 להגדרת אירוע, וזאת אף בלי לדון בעצם תחולת התיקון על רכיב הפיצויים. לעמדתנו, מן הראוי לקבוע מבחנים אחידים להגדרת אירוע שיחולו על כלל הרכיבים הכלכליים של הענישה, וזאת, בין היתר, בשל

132 שם. ראו גם: עניין ג'אבר, לעיל ה"ש 90; עניין דלאל, לעיל ה"ש 90; רע"פ 4760/14 קיסלמן נ' מדינת ישראל (נבו) 7.5.2015; ת"פ (שלום אש') 13-02-42283 מדינת ישראל נ' ביטון (נבו) 31.1.2017; ת"פ (שלום רח') 14-01-52069 מע"מ רחובות נ' פילו (נבו) 31.5.2016; ת"פ (שלום רח') 13-07-52021 מע"מ רחובות נ' טייר (נבו) 31.5.2016.

133 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 128) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשע"ו–2016, ה"ח 1052; והשוו: עניין מזרחי, לעיל ה"ש 35.

134 ואקי ורביץ "הבניית שיקול הדעת", לעיל ה"ש 85, בעמ' 441–444.

135 דעת המיעוט בעניין טווק, לעיל ה"ש 104, בפס' ט לפסק הדין של השופט רובינשטיין.  
136 ראו ע"פ 4289/91 נ' מדינת ישראל (1992) שבו ציין הנשיא שמגר, שהפרשנות לעניין העבירות בסעיף נשוא ענייננו היא כזו הניתנת לביטוי "עבירה נוספת" לפי ס' 56 לחוק העונשין; והשוו: ר"ע 375/84 רובין נ' מדינת ישראל, פ"ד (לח) 155 (1988).

137 עניין אסרף, לעיל ה"ש 104. ראו גם: ע"פ 7090/15 ח'ליפה נ' מדינת ישראל, בפס' 71 (25.8.2016); ע"פ 1153/15 קסאי נ' מדינת ישראל (6.10.2016), שבמסגרתו נדחה הדיון בפיצויים עד לאחר קבלת פסק הדין בדיון הנוסף בעניין טווק.

138 עניין אסרף, לעיל ה"ש 104.

הזיקה בין פיצויים לבין קנסות. נראה כי הבחנה בין רכיב הפיצוי לרכיב הקנס לעניין הגדרת אירוע, עלולה להקשות על שופטים המבקשים להתחשב בפיצוי שנקבע ביחס לאירוע מסוים, בבואם לגזור על הנאשם קנס בגין אותו מעשה עבירה.

### 3.2 היחס בין הנזק ובין מתחם הקנס ופסיקת הפיצויים

לפני תיקון 113, סוגיית שיעור הקנס שיש להטיל מתוך הקנס המרבי האפשרי לא זכתה להתוויה, ואף לא נקבעו כללים ברורים בפסיקה בנושא זה. זאת, למעט קביעות כלליות שלפיהן יש להתאים את שיעור הקנס לגובה הנזק שנגרם ולטובת ההנאה שצמחה מהעבירה.<sup>139</sup> חוק העונשין קבע, כאמור, סכומי קנס מרביים לפי המדרג שנקבע בסעיף 61(א), וכן נקבע, לפי סעיף 63 לחוק העונשין, כי אפשר להטיל קנס בגובה פי ארבעה משווי טובת ההנאה או משווי הנזק, לפי הגובה מביניהם.<sup>140</sup> כאמור, לאחר תיקון 113 לחוק העונשין, הכלל הוא כי גובה הקנס ייקבע בהתאם למתווה התיקון על שלביו. הוראות תיקון 113 לחוק העונשין מסמיכות את בית המשפט להתחשב בנזק שנגרם כאחת הנסיבות בלבד בקביעת המתחם, וזאת לפי סעיף 40ט(4) לחוק העונשין. כן מסמיכות הוראות תיקון 113 את בית המשפט להתחשב במכלול נסיבות – שאינן קשורות לגובה הנזק – ובחלקן יש כדי להקל בקביעת מתחם הקנס וממילא להפחית את שיעור הקנס המרבי.<sup>141</sup> לכך יש להוסיף את הנסיבות בתוך המתחם, שגם הן עשויות להביא להקלה בקביעת הקנס עצמו.<sup>142</sup>

היחס שבין סעיף 63 לחוק העונשין לבין מתווה שיקול הדעת לפי תיקון 113 ראוי לליבון, וזאת משום שבשתי קבוצות ההוראות ישנה התייחסות שונה לאופן שבו רשאי בית המשפט להתחשב בנזק שנגרם.<sup>143</sup> אומנם, אפשר לראות בסעיף 63

<sup>139</sup> ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (2005); ע"פ 1784/08 פרי נ' מדינת ישראל (נבו 5.2.2009); ע"פ 2560/08 מדינת ישראל – רשות ההגבלים העסקיים נ' וול (נבו 6.7.2009); ע"פ 3164/14 פנ' נ' מדינת ישראל (נבו 12.11.2014). פסק הדין בבית המשפט העליון ניתן לאחר תיקון 113 אולם הוא עוסק בגזר דין שקדם לתיקון. והשוו: הטלת קנס גם ללא הוכחת גובה הנזק בהגבלים עסקיים, ע"פ 7014/06 מדינת ישראל נ' לימור (נבו 4.9.2007).

<sup>140</sup> דברי חקיקה ייחודיים קבעו סכומי קנס שונים. ראו למשל ס' 47 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988; ס' 191א-191ג ו-225א לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]; ס' 95, 96, 117, 118 ו-142 לחוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975; ס' 219 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965.

<sup>141</sup> ס' 40ט(6) – (9) לחוק העונשין.

<sup>142</sup> ס' 40יא לחוק העונשין.

<sup>143</sup> מעניין לציין כי בהצעת החוק נכללה הוראה המאפשרת לבית המשפט להתחשב ברווח הכלכלי שהפיק הנאשם בקביעת מתחם העונש ההולם, וזאת כחלק מהנסיבות הקשורות לביצוע העבירה. הוראה זו נשמטה בסופו של דבר מתיקון 113, לעיל ה"ש 1, בס'

הוראה ייחודית לעניין הקנס המרבי שנועדה להטיל קנס בשיעור התואם את הנזק או טובת ההנאה שהופקה.<sup>144</sup> לפי גישה זו, התוויית שיקול הדעת בענישה לפי תיקון 113 תחול עד למסגרת הקנסות המרביים שנקבעו, לרבות לפי סעיף 63 לחוק העונשין. עם זאת, אין בגישה זו כדי לבאר את היחס שבין סעיף 63 לבין סעיף 40(ט)(4) הנזכר, שלפיו הנזק הוא רק אחד השיקולים שישקול בית המשפט בקביעת המתחם ובוודאי לא שיקול מכריע או בלעדי.<sup>145</sup> כך, למשל, בפסק דין בן זקן,<sup>146</sup> קבע בית המשפט העליון כי יש להעמיד את סכום הקנס על מלוא טובת ההנאה בלי שהבהיר כיצד קביעה זו מתיישבת עם מתווה תיקון 113. דוגמה מעניינת נוספת היא פסק דין ממן,<sup>147</sup> שם קבע בית המשפט המחוזי בתל-אביב, כי בקביעת שיעור הקנס יש לאזן בין גובה הקנס שאפשר להטיל לפי סעיף 63 לחוק העונשין, דהיינו פי ארבעה משווי טובת ההנאה או משווי הנזק, לבין יכולתו ביטוי בתיקון 113, אולם אין הוא מיישם את שלבי התוויית שיקול הדעת לפי התיקון, אלא עורך איזון בין שתיים מהנסיבות המנויות בשלבים שונים של מתווה שיקול הדעת. לפי הוראות תיקון 113 שווי הנזק הוא שיקול אחד מרבים בקביעת מתחם העונש ההולם, ואילו יכולתו הכלכלית של הנאשם היא שיקול אחד מרבים בקביעת העונש המתאים בתוך המתחם, ומכאן שאין מקום לאזן ביניהם. עם זאת, אפשר גם למצוא בפסיקת הערכאות הנמוכות מגמה חדשה, שלא לקבוע את גובה הקנס בהתאם לסעיף 63, אלא לאזן בין גובה הנזק או טובת ההנאה לבין נסיבותיו האישיות של הנאשם, בהתאם לעקרונות תיקון 113.<sup>148</sup>

שאלת היחס שבין הנזק לבין מתחם הקנס (כמו גם גובה הקנס) נותרה אפוא פתוחה בפסיקה. יצוין שככל שימצא בית המשפט העליון לנכון לקבוע אמות מידה לפסיקת פיצויים בעקבות תיקון 113, יתחדד גם הצורך בקביעת היחס שבין הנזק לבין מתחם הפיצוי ההולם. מכל מקום, הותרת המצב המשפטי הנוכחי על כנו היא קשה ומתעלמת מההכרעה הערכית של המחוקק.

---

140(ג)(16).

144 רבין וואקי דיני עונשין, לעיל ה"ש 19, בעמ' 1717-1718.

145 השוו: עניין קלנר, לעיל ה"ש 131, בפס' 116-117.

146 עניין בן זקן, לעיל ה"ש 113, פס' 14.

147 ת"פ (מחוזי ת"א) 10571-02-15 מדינת ישראל פרקליטות מחוז תל-אביב (מיסוי וכלכלה) נ' ממן (נבו 8.9.2015).

148 ראו, למשל: ת"פ (מחוזי ב"ש) 27183-10-13 מדינת ישראל נ' כהן (נבו 24.9.2019); ת"פ (שלום חי) 37109-03-16 מדינת ישראל המשרד להגנת הסביבה נ' עברון (נבו 22.1.2020).

## 3.3 התחשבות במצבו הכלכלי של הנאשם בקביעת מתחם הקנס וגובה הקנס

סעיף 40 לחוק העונשין מסמיך, כאמור, את בית המשפט להביא בחשבון את מצבו הכלכלי של הנאשם בקביעת מתחם הקנס, אם החליט כי מתחם העונש ההולם כולל קנס. מדובר בהוראה חריגה משום שהיא מאפשרת להתחשב בנסיבה הקשורה בנאשם כבר בשלב קביעת מתחם העונש ההולם, השמור לפי סעיף 40 לנסיבות הקשורות לביצוע העבירה. עם זאת, לפי הוראות החוק, יכולתו הכלכלית של הנאשם אינה שיקול יחידי בקביעת מתחם הקנס, ויש להתחשב בשיקולים נוספים, לרבות הערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, נסיבות ביצוע העבירה ומדיניות הענישה הנהוגה, כאמור בסעיף 40ג(א) לחוק.<sup>149</sup> ברמה הפרקטית נראה כי יש היגיון בכך שמצבו הכלכלי של הנאשם ישמש לקביעת מתחם הקנס, שאם לא כן, עלול הדבר להביא לתוצאה בלתי צודקת, הנוגדת את השוויון המהותי בין נאשמים.<sup>150</sup> הוראת החוק עשויה להביא להקלה בקנס שהוטל על נאשם חסר אמצעים או להחמרה עם הנאשם עתיר האמצעים. בכך יושג שוויון מהותי. הקלה עם נאשמים חסרי אמצעים אף מסייעת להבטיח כי אותם נאשמים יצליחו לשלם את הקנס ולא ייכלאו בשל כך שלא עמדו בתשלומם. עם זאת, אין הוראות החוק מפרטות את השיקולים שעל בית המשפט לשקול כחלק מקביעת מצבו הכלכלי של הנאשם.<sup>151</sup> ייתכן, שהדרך הראויה לכך היא במעין חקירת יכולת, כפי שנקבע ביחס לקביעת עירבון בהליך שחרור ממעצר,<sup>152</sup> כאשר בה-בעת יתחשב בית המשפט בשיקולים הנוספים הרלוונטיים לקביעת מתחם העונש ההולם. ברם, פתרון זה אינו חף מקשיים והוא עלול לעכב את הליך גזר הדין ולסרב לאת ההליך. בפסק הדין בעניין אזולאי,<sup>153</sup> התייחס בית המשפט לחובה להתחשב במצבו הכלכלי של הנאשם בקביעת מתחם הקנס לפי סעיף 40 לחוק העונשין, בקביעת פריסת הקנס ובקביעת אורך המאסר חלף קנס. ובלשונו של השופט עמית "שופטים הזהרו בקנסותיכם, בפריסותיכם ומח"קכם" (מאסר חלף קנס).<sup>154</sup> עוד

149 רבין וואקי דיני עונשין, לעיל ה"ש 19, בעמ' 1484, 1732.

150 קובו, לעיל ה"ש 85, בעמ' 9.

151 בדוח ועדת גולדברג נקבע כי הערכת מצבו הכלכלי של הנאשם תיעשה בהתחשב בשווי נכסיו, בהכנסתו הממוצעת וכן בהשפעה שתהיה לתשלום הקנס על יכולתו של הנאשם לפצות את קורבן העבירה על הנוק שנגרם לו. ראו דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 94, בעמ' 19 ו-29.

152 השופט טירקל הציע לערוך חקירת יכולת בדומה להליך ההוצאה לפועל. ראו: בש"פ 9694/02 רביזדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 176 (2002); בש"פ 2034/12 גסאר נ' מדינת ישראל (נבו 22.3.2012).

153 עניין אזולאי, לעיל ה"ש 107.

154 שם, בפס' 45, 46 ו-72 לפסק הדין של השופט עמית. וראו בהמשך הדיון לעניין נפקות



קבע בית המשפט כי יש ליתן לנאשם הזדמנות הוגנת לעמוד בנטל פרעון הקנס, כדי שלא לפגוע בסיכויי השיקום של הנאשם ולהפכו לחדל פירעון.<sup>155</sup> בית המשפט קבע כי על בית המשפט להתחשב בנתוניו האישיים של הנאשם ולעניין השתתת קנס יש לעשות זאת באמצעות שקילת מצבו הכלכלי, כפי שבא לידי ביטוי בתיקון 113 לחוק העונשין ואף קודם לכן בפסיקת בית המשפט.<sup>156</sup> עוד קבע בית המשפט כי לפי גישה זו, מצבו הכלכלי של הנאשם יוערך בהתחשב בשווי נכסיו, בהכנסתו הממוצעת ובהשפעת תשלום הקנס על יכולתו לפצות את קורבן העבירה. לעניין זה, יכולת כלכלית נמוכה עשויה להוביל להימנעות מהטלת קנס, להפחתתו או לפריסתו מחדש.<sup>157</sup> בנסיבות שבהן ברור כי אין לנאשם אפשרות מעשית לשלם את הקנס והלכה למעשה יוטל עונש מאסר תחתיו. באופן דומה, יכולת כלכלית משופרת עשויה להיות שיקול להחמרת עונש הקנס, כאשר עסקינן בנאשם בעל ממון או בתאגיד גדול.<sup>158</sup> למעשה, מפסק הדין אזולאי עולה כי לאור תיקון 113 בית המשפט יתחשב במצבו הכלכלי של הנאשם במספר שלבים של גזר הדין, ובכך חל שינוי ביחס למצב שקדם לתיקון 113, שכלל שלב אחד של איזון בין מצבו הכלכלי של הנאשם לבין שיקולים אחרים. עם זאת, פסק דין אזולאי לא קבע אם יש להתחשב במצבו הכלכלי של הנאשם הן בשלב קביעת מתחם העונש והן בשלב קביעת העונש עצמו בתוך המתחם. התחשבות כפולה זו אפשרית, לכאורה, לפי הוראות התיקון.<sup>159</sup> אולם השאלה אם אומנם הדבר ראוי, והאם אין בכך כדי לתת משקל עודף למצבו הכלכלי של הנאשם, עודנה ראויה לליבון.<sup>160</sup>

בעניין אלהרוש,<sup>161</sup> דן בית המשפט העליון במתחמי העונש ההולם לעבירות של שהייה בלתי חוקית וקבע כי יש להביא בחשבון שעבירה של שהייה בלתי חוקית מאפיינת אוכלוסייה אשר מתפרנסת בדוחק, ומטרתה בביצוע העבירה היא

היכולת הכלכלית לעניין גביית הקנס והפעלת מאסר חלף קנס, בפס' 48 ואילך לפסק הדין. שם, בפס' 72; קנאי "הנחיות לקביעת גזר-הדין", לעיל ה"ש 44, בעמ' 135.

156 עניין מרקדו, לעיל ה"ש 19, בעמ' 587; עניין חכמי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 429.

157 ראו, למשל, עניין אזולאי, לעיל ה"ש 107.

158 לעניין הפער שבין נאשם בעל אמצעים לנאשם חסר אמצעים בהטלת קנס ראו גם: ע"פ 1274/12 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 20 לפסק הדין של השופט ג'ובראן (נבו 4.7.2013); ואקי ורביץ "הבניית שיקול הדעת", לעיל ה"ש 85, בעמ' 438.

159 ס' 40 ו-40א(8) לחוק העונשין.

160 ואקי ורביץ "הבניית שיקול הדעת", לעיל ה"ש 85, בעמ' 439. כך, למשל, בעניין בן זקן, לעיל ה"ש 113, המדינה טענה כי בית המשפט המחוזי שגה בכך שהתחשב במצבה הכלכלי של החברה בשני השלבים של גזר הדין. אולם בית המשפט העליון לא דן בטענה זו. גם בעניין אלהרוש, לעיל ה"ש 5, לא התקיים דיון ביחס בין התחשבות במצבו הכלכלי של הנאשם בקביעת מתחם הקנס ובין מצבו הכלכלי כחלק מנסיבותיו האישיות בקביעת העונש בתוך המתחם.

שם, בפס' 19 לפסק הדין של השופט ג'ובראן. 161

פרנסתה. אין העבירה נושאת עימה, מניה וביה, הנאה כלכלית, אלא כתוצאה ממנה מתאפשרת לעברייין הטבה כלכלית, שקשה להגדירה "הנאה" במלוא מובנה של מילה זו. עוד קבע בית המשפט כי בעבירה של שהייה בלתי חוקית לצורכי פרנסה הטלת קנס היא החריג, וזאת משום ההלכה שלפיה אין להטיל קנס כאשר ברור שלא יהיה בידי הנאשם לשלמו.<sup>162</sup> מכאן, שלפי הרציונל של פסק הדין בעניין אלהרוש, מצבו הכלכלי של הנאשם הוא שיקול מרכזי בקביעת מתחם העונש, וזאת למרות העיקרון שלא יצא חוטא נשכר. במובן זה הלך פסק הדין במתווה תיקון 113 גם באשר לעקרונות לקביעת מתחם הקנס. בית המשפט העיר כי, לעיתים, מטילים בתי משפט בעבירות מסוג זה עונש של קנס, בלא לפרט את מתחם הקנס כמתחייב.<sup>163</sup> בית המשפט המשיך וקבע כי אם יחליט בית המשפט שקנס הוא עונש הולם, מתחם הקנס ינוע בין 500 ל-2500 ₪.

עם זאת, אין בפסק הדין הנמקה מפורטת למתחם הקנס שנקבע – להבדיל ממתחם המאסר הכולל הנמקה מפורטת – ובית המשפט הסתמך לעניין זה על שלושה פסקי דין של בתי משפט שלום בלבד.<sup>164</sup> בית המשפט אף לא התייחס לשאלה כיצד מתחם "נוקשה" כזה מתיישב עם הצורך להתחשב במצבו הכלכלי של הנאשם בקביעת מתחם הקנס. יתרה מכך, לגופו של עניין, במקרה הנדון קבע בית המשפט העליון מתחם קנס הנע בין 0 ל-2000 ₪, וזאת בניגוד לקביעתו העקרונית. לפער זה אין הסבר של ממש בפסק הדין.

לסיכום, הפסיקה חסרה דיון בשאלה אם יש להתחשב במצבו הכלכלי של הנאשם בהחלטה על הטלת קנס הן בשלב של קביעת מתחם העונש ההולם והן בתוך העונש המתאים. עוד יש לבחון באיזה אופן יש להתחשב במצבו הכלכלי של הנאשם ומהו המדד הראוי להערכת מצבו הכלכלי.<sup>165</sup> האם יש לערוך לנאשם חקירת יכולת, וכיצד ניתן לכמת את היעדר היכולת? כיצד ניתן לכמת את ההשפעה של מצבו הכלכלי על מכלול הנסיבות שיש להביא בחשבון, וכיצד יש לערוך את האיזונים בין הנסיבות השונות? בשלב זה אין לשאלות אלה מענה בפסיקה, אך מחמת המשקל המיוחד שנתן המחוקק ליכולת כלכלית בקביעת עונש הקנס, נראה שמן הראוי כי בית המשפט יבדוק את מצבו הכלכלי של הנאשם ויאפשר הגשת מסמכים לעניין זה כחלק מהראיות לעונש.

162 שם, בפס' 53.

163 שם, בפס' 4 ו-26 וההפניות המפורטות שם.

164 שם, בפס' 26 לפסק הדין.

165 כך, למשל, הוצע להשתמש במבחנים של "הגדרת קיום בכבוד" לצורך הערכת יכולתו הכלכלית של נאשם. ראו יעל כהן רימר ואיילת עוז "מחשבון חריס – התקדמות (זהירה) לעבר הגדרת קיום בכבוד: שימושים אפשריים במשפט הפלילי" הסיניגור 4, 244 (2017).

#### 4. קביעת העונש המתאים

אשר לשלב קביעת העונש המתאים – שתי שאלות מרכזיות מתעוררות ביחס לרכיבי הענישה הכלכליים בעקבות תיקון 113. השאלה הראשונה עניינה אותן נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה ושאותן יש לשקול כחלק מקביעת העונש. שאלה זו נחלקת אף היא לשתי שאלות-משנה: שאלת היחס הראוי שבין נסיבות אישיות מקלות של הנאשם לבין שיקולי הרתעה, בעיקר בעבירות כלכליות; ושאלת השלב שבו יש להתחשב בהסרת המחדל על ידי הנאשם – האם בקביעת מתחם הקנס ההולם או שמא בקביעת גובה הקנס? השאלה השנייה עניינה החריגה ממתחם העונש ההולם מטעמי שיקום, וזאת בעיקר בעבירות כלכליות, שבהן נהוג באופן מסורתי להעניק לשיקולי שיקום משקל נמוך יחסית.

##### 4.1 נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה

כאמור, סעיף 40<sup>166</sup> מורה כי בבואו לקבוע את העונש המתאים בתוך המתחם, יתחשב בית המשפט בשורה של נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה. השאלה הראשונה הנשאלת מתעוררת בעיקר באשר לעבירות כלכליות, ועניינה היחס הראוי שבין נסיבות אישיות לבין שיקולי הרתעה, בבואו של בית המשפט לגזור על נאשם רכיב ענישה כלכלי. טרם תיקון 113, ערך בית המשפט ביחס לעבירות כלכליות, בכלל, וביחס להטלת קנסות בעבירות מעין אלו, בפרט, איזון בין נסיבות אישיות ושיקולי הרתעה. לכאורה, לאור התיקון, אין עוד מקום לאיזון אופקי זה, משמע לאיזון בין שני שיקולים שהם באותה רמה. בית המשפט יתחשב בשיקולי הרתעה רק אם הוכח, ביחס ליחיד, שיש סיכוי של ממש שהעונש יביא להרתעתו, וביחס לרבים כי החמרת הענישה תגשים את ההרתעה.

כפי שצוין לעיל, עד כה, בעבירות כלכליות, בית המשפט העליון לא שינה את ההלכה הקובעת כי יש לתת בכורה לשיקולי הרתעה, ומוסיף לגזור קנסות בהתאם לעיקרון זה. מצב זה נראה מוקשה בשל השינוי במדרג שיקולי הענישה שחל במסגרת תיקון 113 ובעיקר נוכח רשימת הנסיבות המנויה בסעיף 40<sup>166</sup> א, החלה, מטבע הדברים, גם כשמדובר בעבירות כלכליות.

שאלה שנייה המתעוררת עניינה סוגיית הסרת המחדל, משמע תיקון הנזק שנגרם בעבירות כלכליות. בעקבות תיקון 113, להסרת המחדל יש השלכה ישירה על שיעור הקנס שיוטל בעבירות כלכליות. אומנם גם קודם לתיקון היה בהסרת המחדל שיקול משמעותי בגזירת הדין בעבירות כלכליות. שיקול זה השליך על חומרת העונש, וממילא גם על שיעור הקנס שהוטל.<sup>166</sup> אולם לאחר התיקון

<sup>166</sup> ע"פ 2407/05 מן נ' מדינת ישראל (נבו 11.7.2005); רע"פ 6296/09 איקס איקס אקסלנט

התעוררה השאלה אם יש להתחשב בהסרת המחדל בשלב קביעת מתחם העונש ההולם או שמא בקביעת העונש המתאים.<sup>167</sup> בעניין זה טרם נקבעה הלכה ברורה, אך נראה שהדעה הרווחת המתגבשת בפסיקה היא כי הסרת המחדל לא תשמש לקביעת מתחם העונש ההולם אלא אך כשיקול בתוך המתחם. זאת משום שרואים בהסרת המחדל חלק מהודאת הנאשם ומעשיו לתיקון העוול לאחר ביצוע העבירה. לפי עמדה זו, מתחם הקנס ייקבע ללא קשר לשאלה אם המחדל הוסר וייתכן שיהיה בכך כדי לצמצם את שיקול הדעת בהטלת קנסות מינימליים, או, במקרים מסוימים, אי-הטלת קנס כלל.<sup>168</sup> נראה שעמדה זו אכן מתיישבת יותר עם קביעת המחוקק כי מתחם העונש העולם ייקבע לפי נסיבות ביצוע העבירה גרידא. זאת מאחר שהסרת המחדל על ידי הנאשם מתבצעת לאחר השלמת העבירה המקורית. עם זאת, ישנה גם עמדה שונה בפסיקה, שלפיה הסרת המחדל היא דווקא שיקול למתחם העונש וזאת משום שיש בה כדי להשפיע על מידת הנוזק.<sup>169</sup>

#### 4.2 חריגה ממתחם העונש ההולם משיקולי שיקום

סוגיה נוספת שיש לה השלכה על רכיבי הענישה הכלכליים בעבירות כלכליות עניינה בשאלה אם, מטעמי שיקום, אפשר בעבירות אלו לחרוג ממתחם העונש ההולם. לכאורה, נראה כי הוראות תיקון 113, לרבות בחינת האפשרות לחרוג

מזון אילת בע"מ נ' מדינת ישראל – מס קניה מע"מ (נבו 9.8.2009); רע"פ 6095/06 לוי נ' מדינת ישראל (נבו 5.1.2006); רע"פ 2638/13 עובדיה נ' מדינת ישראל (נבו 28.4.2013).  
<sup>167</sup> לוויכוח בנושא זה ראו, למשל, עפ"ג (מחוזי מר') 16-02-62832 מור נ' מדינת ישראל (נבו 12.4.2016). במקרה זה הכריע בית המשפט המחוזי כי מדובר בשיקול לקביעת העונש בתוך המתחם והפך בכך את עמדתו של בית משפט השלום.

<sup>168</sup> לעמדה שרואה בהסרת המחדל שיקול לקביעת העונש בתוך המתחם ראו, למשל: עפ"ג (מחוזי ת"א) 14-01-47301 רשות המיסים נ' פ.מ.מ בע"מ (נבו 16.6.2014); עפ"ג (מחוזי מר') 14-01-15273 צבי נ' מדינת ישראל (נבו 9.9.2014) שאושרר ברע"פ 14-07-7042 צבי נ' מדינת ישראל (נבו 11.11.2014); ת"פ (שלום רח') 13-07-34863 פרקליטות מחוז תל אביב מיסוי וכלכלה נ' פדידה (נבו 7.4.2016); ת"פ (שלום רמ') 13-12-14824 מדינת ישראל מע"מ רמלה נ' שעבאן (נבו 20.12.2015); ת"פ (שלום ת"א) 11-11-2491 מדינת ישראל נ' בן צור (נבו 23.12.2014); ע"פ (מחוזי מר') 14-04-31531 קריצ'בסקי נ' מדינת ישראל (נבו 30.11.2014); ע"פ (מחוזי ת"א) 11-05-728 מחלקת חקירות מכס ומע"מ חיפה נ' וינגוט (נבו 16.6.2014); עפ"ג (מחוזי מר') 14-12-67050 עמשה נ' מדינת ישראל (נבו 19.5.2015).

<sup>169</sup> לעמדה הרואה בהסרת המחדל שיקול לקביעת המתחם ראו, למשל: ת"פ (שלום ת"א) 12-08-10483 רשות המיסים לישכה משפטית מחלקה פלילית מדור תביעות ת"א נ' קשמש בע"מ (נבו 27.11.2014); ת"פ (שלום ת"א) 13-06-54249 מדינת ישראל נ' קיי.בי.סי בע"מ (נבו 20.4.2016).

ממתחם העונש ההולם מטעמי שיקום, חלות גם על עבירות כלכליות.<sup>170</sup> עם זאת, בעבירות כלכליות, ככלל, אין הליכי שיקום. זאת בעיקר בשל התפישה שמדובר בנאשמים נורמטיביים שאינם זקוקים לכך.<sup>171</sup> בהיעדר הליכי שיקום, וללא מעורבות של שירות המבחן, גם אין מטילים על נאשמים בעבירות כלכליות צו מבחן וצו שירות לתועלת הציבור.<sup>172</sup> להיעדרם של הליכי שיקום בעבירות כלכליות יש השלכה ברורה על הטלת רכיבי הענישה הכלכליים. זאת משום שבהיעדר האפשרות לגזור ענישה בעלת אופי שיקומי, יבחר בית המשפט, כנראה, בתחליף של ענישה כלכלית – בעיקר בעבירות קלות יחסית, שבהן אין עונשי המאסר מתאימים. הדבר עלול לפגוע בעיקר בנאשמים נעדרי יכולת כלכלית, שייאלצו לשאת ברכיבי הענישה הכלכליים במקום בעונש שיקומי. לכן, נראה שיש לתת משקל לשיקולי שיקום בקביעת רכיבי הענישה הכלכליים כנדרש לפי התיקון לחוק, וזאת בעיקר במקרים שבהם מדובר בנאשמים חסרי אמצעים, שביצעו עבירות כלכליות על רקע חיסרון כס.

סיכומו של דבר, הפסיקה לאחר התיקון מלמדת כי אומנם החל דיון ראשוני בחלק מהשאלות שעורר תיקון 113 באשר להטלת רכיבי ענישה כלכליים. עם זאת, מדובר בדיון חלקי בלבד שיש בו התייחסות מועטה לכמה שאלות משפטיות חשובות, ובראשן תחולת התיקון על פיצויים והתחייבויות; ירידת קרנה של ההרתעה והשפעתה על רכיבי הענישה הכלכליים; השינויים בהגדרת "אירוע" והשלכת שינויים אלו על מתחמי הקנס; התחשבות בשאלת הנזק ובמצבו הכלכלי של הנאשם בקביעת מתחם הקנס; התחשבות בנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה בקביעת העונש המתאים; וההשלכה של היעדר שיקום על קביעת מתחמי הקנס וקביעת הקנסות בתוך המתחם.

## ה. תחולת תיקון 113 על רכיבי הענישה הכלכליים

בחלק זה נבקש להניח תשתית פוזיטיבית ונורמטיבית להחלתו של תיקון 113 על רכיבי הענישה הכלכליים. נטען כי המסקנה שלפיה התיקון חל על רכיבים אלו מתחייבת הן מלשונו של החוק, הן מתכלית החקיקה והן מכמה שיקולים

<sup>170</sup> רע"פ 74/13 חלידו נ' מדינת ישראל (נבו) 17.3.2013; עפ"ג (מחוזי חי') 24721-12-14 אגף המכס ומע"מ נ' נחמני (נבו) 29.1.2015.

<sup>171</sup> לפי הגישה הרווחת, יש לפרש באופן מצומצם את מונח השיקום. לכן, אין לאפשר חריגה לצורכי שיקום כאשר עסקינן בעבירות כלכליות. ראו, למשל: עניין קלנר, לעיל ה"ש 131; ת"פ (שלום ת"א) 8348-05-14 מע"מ ת"א נ' טייר קאר ליס בע"מ (נבו) 9.7.2016. לגישה שונה ראו, למשל, עפ"ג (מחוזי חי') 24721-12-14 אגף המכס והמע"מ נ' נחמני (נבו) 29.1.2015.

<sup>172</sup> רע"פ 4584/15 משאהרה נ' מדינת ישראל (נבו) 6.7.2015.

נורמטיביים. שיקולים אלה קשורים בטבורם בחשיבותם של רכיבי הענישה הכלכליים וביתרונם על פני עונש המאסר במקרים מסוימים, כפי שפורט בחלק ב'. כן נתמודד עם כמה טיעוני נגד המדגישים את היתרונות באי-החלתו של התיקון על רכיבי הענישה הכלכליים. נבקש להראות כי היתרונות הללו, ככל שהם קיימים, נופלים בחשיבותם מהיתרונות הגלומים בהבניית שיקול הדעת השיפוטי, ולחלופין כי החלת תיקון 113 על רכיבי הענישה הכלכליים לא תמנע את השגתם. לפיכך, מן הראוי כי הפסיקה תיתן את הדעת לשאלות המשפטיות שהתעוררו בעקבות התיקון, כמפורט לעיל בחלק ד'.

השיקולים המנויים בתיקון 113 תומכים במסקנה כי הוא נועד לחול גם על רכיבי הענישה הכלכליים. סעיף 40ט לחוק העונשין מונה רשימה של נסיבות הקשורות בביצוע העבירה שעל בית המשפט להביא בחשבון בקביעת מתחם העונש ההולם. בין היתר מפרט הסעיף את הנזקים שהיו צפויים להיגרם ואת הנזקים שנגרמו מביצוע העבירה. נזקים – ובכלל זה נזקים כלכליים – עשויים לבוא לידי ביטוי בפסיקתם של רכיבי ענישה כלכליים. כן מפרט הסעיף את הסיבות שהביאו את הנאשם לבצע את העבירה. כך, למשל, על בית המשפט להביא בחשבון אם העבירה בוצעה על רקע כלכלי. כאמור, סעיף 40ח לחוק העונשין קובע חריג שלפיו, כאשר בית המשפט מטיל קנס, יתחשב במצבו הכלכלי של הנאשם כשיקול לעצם קביעת מתחם העונש ההולם. לנסיבות אלה יש אפוא השלכה על עצם קביעתם של רכיבים כלכליים ועל שיעורם.

מכאן, כי לפגיעה הכלכלית הכרוכה בביצוע העבירות, ולמידתה של פגיעה זו, ישנה השלכה ישירה על עצם הטלתם של רכיבים כלכליים, ועל גובה הסכומים שייקבעו. כך, למשל, בעבירות רבות הערך החברתי הנפגע כולל פגיעה כלכלית, קניינית, בין במישרין ובין בעקיפין. הפגיעה הכלכלית היא, פעמים רבות, הצדקה להטלת ענישה כלכלית שיש בה כדי להבטיח שהעבריין לא יצא נשכר, או כדי לתרום להשבה, גם אם חלקית, של הערך שנפגע. בעבירות מסוימות הפגיעה הכלכלית בחברה, בנפגע העבירה או בשניהם, היא אינהרנטית, כמו למשל, בעבירות רכוש או בעבירות כלכליות. אולם, גם בעבירות שאין להן זיקה כלכלית ישירה עשויה הפגיעה בערך החברתי להצדיק ענישה כלכלית. כך, למשל, פגיעה בגופו של אדם עשויה להצדיק הטלת פיצויים, כחלק מעקרון ההשבה. מכאן כי החיוב בפיצויים מתאים דווקא לעבירות שיש בהן פגיעות מובהקות בנפגעי עבירה, כמו עבירות אלימות, עבירות מין ועבירות המתה. דוגמה נוספת היא עבירות שכרוכה בהן פגיעה בסדר הציבורי או באינטרסים ציבוריים, למשל בעבירות תעבורה קלות, בעבירות מינהליות ובעבירות תכנון ובנייה. בשל אי-התאמתם של עונשי מאסר או עונשים שיקומיים לעבירות מעין אלה, שהן קלות באופיין ומבוצעות לרוב על ידי נאשמים מרקע נורמטיבי, הרי שהן עשויות להוביל להטלת קנס כעונש חלופי.

גם רשימת הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה אשר מנויות בסעיף 40א, ושאותן על בית המשפט להביא בחשבון בקביעת העונש המתאים בתוך המתחם, תומכת במסקנה כי תיקון 113 חל על רכיבי הענישה הכלכליים. בין היתר מפרט הסעיף את הפגיעה של העונש בנאשם ובמשפחתו – ובכלל זה, הפגיעה הכלכלית בנאשם, שעשויה להשליך על קביעת רכיבי הענישה הכלכליים. שיקול נוסף שעל בית המשפט להתחשב בו הוא מאמצי הנאשם לתיקון תוצאות העבירה ולפיצוי על הנזק שנגרם בשלה. משמעות הדבר כי בית המשפט יתחשב בשאלה אם הנאשם כבר פיצה כספית את נפגע העבירה. על בית המשפט להביא בחשבון גם את נסיבות חייו הקשות של הנאשם, ובכלל זה מצוקה כלכלית שעשויה להשליך על קביעת העונש המתאים, לרבות בהכרעה אם יש להטיל על הנאשם רכיבי ענישה כלכליים ובקביעת שיעורם.

לצד הדין הפוזיטיבי, קיימים גם שיקולים נורמטיביים ופרקטיים התומכים בהחלת תיקון 113 על רכיבי הענישה הכלכליים. ראשית, וכאמור לעיל, אין להתעלם מפוטנציאל הפגיעה בזכויות הגלום בענישה הכלכלית. ענישה כלכלית חמורה עלולה להוביל לפגיעה קשה לא רק בנאשם עצמו אלא גם במשפחתו ולהיות נטל לזמן ממושך. היא צוברת ריבית והצמדה ובכך למעשה גדלה, ובסופו של דבר עשויה אף להוביל למאסר אם הנאשם לא ישא בענישה שהוטלה עליו.<sup>173</sup> מכאן, שהרציונל העומד בבסיס תיקון 113, שלפיו הבניית שיקול הדעת בענישה דרושה כדי להוביל לגזירת הדין באופן שוויוני וצודק, רלוונטי לרכיבי הענישה הכלכליים כפי שהוא רלוונטי לרכיבי הענישה הגופניים. באלו כמו באלו, ראוי להבטיח שהפגיעה בזכויות, הגלומה בענישה, תהיה צודקת ופרופורציונלית – הן ביחס לנסיבות העבירה ולנסיבותיו האישיות של הנאשם והן ביחס לגזרי דינם של נאשמים אחרים שביצעו עבירות דומות. ברי כי לפי עקרון ההלימה אין הצדקה לכך שנאשמים מרקע סוציו-אקונומי נמוך יאלצו לשאת בעונש מאסר חלף קנס בגין עבירות חמורות במידה שווה, או חמורות פחות, מאלו שביצעו נאשמים מרקע סוציו-אקונומי גבוה, רק משום שבניגוד לראשונים, האחרונים יעמדו בתשלום הקנס. תוצאה זו עלולה להוביל לכך שמי שביצעו עבירות קלות עלולים, בפועל, להיענש בחומרה רבה יותר ממי שביצעו עבירות חמורות. יצוין כי מבחינת עקרון ההלימה אף אין לרוב הצדקה לגזור על הנאשם עונש כלכלי שאין הוא יכול לשלם כלל או שיביאו לפת לחם, כפי שעלול לקרות אם יגזור עליו קנס שאין הוא יכול לעמוד בו.<sup>174</sup>

שנית, כדי שרכיבי הענישה הכלכליים ישמשו תחליף פוגעני פחות למאסר במקרים שבהם אין עקרון הגמול מצדיק עונש כזה, יש לדאוג שייגזרו באופן

173 אגבריה ועוז, לעיל ה"ש 14.

174 לפסיקה ברוח זו ראו, למשל, עניין אזולאי, לעיל ה"ש 107.

שנאשמים יוכלו לעמוד בהם. בהיעדר יכולת לעמוד בתשלום, עלולות עלויות הענישה לחזור לחברה, הן בדרך של קצבאות למשפחת הנאשם והן בדרך של מאסר חלף קנס. כתוצאה מכך, הקופה הציבורית לא תועשר וקורבן העבירה לא יפוצה. החלת עקרונות התיקון תסייע למנוע את כל אלו ותאפשר לענישה הכלכלית למצות את היתרונות הגלומים בה.

בהקשר זה, יש לומר כי הביקורת שהשמיעו אנגריה ועוז,<sup>175</sup> הקוראת לבטל את מוסד המאסר חלף קנס מחמת הפגיעה הבלתי מידתית שהוא טומן בחובו כלפי עניים, נשים וחברי קבוצות מוחלשות, היא ביקורת חשובה, שקבלתה עשויה לשפר את מצבם של נאשמים רבים. בה-בעת, אין ביקורת זו נותנת מענה למדיניות המשפטית הגורמת, מלכתחילה, לכך שעל נאשמים רבים נגזרים קנסות שבהם אין הם יכולים לעמוד. לעמדתנו, בחינת רכיב הקנס בהתאם לקריטריונים המותווים בתיקון 113 תסייע להביא לכך שהענישה הכלכלית תוטל תוך שמירה על עקרון השוויון המהותי,<sup>176</sup> באופן שיצמצם גם את אי-השוויון הקיים כיום בהפעלת מאסרים חלף קנס. מלכתחילה הטלת רכיבים כלכליים מאוזנים תוביל ממילא לצמצום השימוש במאסר חלף קנס.

למרות החשיבות שיש לייחס ליישום תיקון 113 על רכיבי הענישה הכלכליים, אי אפשר להתעלם מכמה קשיים שמעורר יישום התיקון על רכיבים אלו. קושי עיקרי אחד הוא בקביעת ערכים כלכליים בשלבים השונים של גזירת הדין, ובכלל זה הערכת "שווי" הערך החברתי שנפגע, שקלול נסיבות ביצוע העבירה ונסיבות אישיות, הערכה כלכלית של הנזקים לקורבנות, ואף הערכת נזקים לנאשם כתוצאה מהטלת העונש. כך, למשל, שקילת מצבו הכלכלי של הנאשם בהחלטה על גזירת מתחם הענישה דורשת בחינה מורכבת העלולה לסרב את מלאכת גזירת הדין. למכלול הערכים הכלכליים הללו ישנה השלכה ישירה על קביעת מתחם רכיבי הענישה הכלכליים וקביעת העונשים בתוך המתחם. קושי נוסף הוא קושי מעשי הנוגע להשקעה הנדרשת בכתיבת גזרי דין. משמע, ביעילות השיפוטית שבקביעת מתחם עונש הולם כאשר מדובר ברכיב כלכלי שהוא רכיב נלווה בלבד לענישה העיקרית. הדבר נכון בפרט כאשר להתחייבויות להימנע מעבירה, שכן מדובר ברכיב ענישה מקל במיוחד, שבמקרים מסוימים אף אין בצידו הרשעה פלילית/<sup>177</sup> קשיים אלו עשויים להשליך על יישומו של התיקון על רכיבי הענישה הכלכליים בהיעדר נכונות של בתי המשפט ליישם את התיקון על רכיבים אלו.

175 אנגריה ועוז, לעיל ה"ש 14.

176 קובו, לעיל ה"ש 85, בעמ' 9.

177 חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, קובע בס' 192א, כי במקרים שבהם הרשיע בית המשפט את הנאשם, אך לפני מתן גזר הדין ראה שיש מקום לתת לגביו צו מבחן או צו שירות לתועלת הציבור, ללא הרשעה, או לצוות כי הנאשם ייתן התחייבות להימנע מעבירה, בלא הרשעה, רשאי הוא לבטל את ההרשעה ולצוות כאמור.



לקשיים הפרקטיים הללו אפשר להוסיף כמה קשיים עקרוניים. ראשית, אפשר לטעון כי יש להבחין בין עונש הקנס (ובכלל זה קנס על תנאי, קרי, התחייבות) לבין עונש הפיצוי. כך, בעוד קנס הוא סנקציה פלילית במובן ה"קלסי", שאף מוזכרת במפורש בהוראות תיקון 113, ומכאן שיש לגזור אותו בהתאם לעקרונות התיקון, אין הדבר נכון לפיצויים. אומנם הפיצויים הם חלק מדרכי הענישה המוסדרות בחוק העונשין, והם חלק מהותי מההוראות האופרטיביות שבגזר הדין,<sup>178</sup> ובפסיקה נקבע כי מדובר ברכיב עונשי לכל דבר, שהוא בעל מאפיינים ייחודיים המבדילים אותו מהפיצוי האזרחי.<sup>179</sup> לפי מבנה פרק ו' לחוק העונשין הדין בדרכי ענישה, סימן א' 1 שעניינו הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה, רלוונטי לכלל דרכי הענישה המנויים בחוק.<sup>180</sup> מכאן, שלכאורה, יש להחיל את התוויית שיקול הדעת בענישה על רכיב הפיצויים. עם זאת, לפיצויים לפי חוק העונשין אופי ומהות אזרחיים,<sup>181</sup> ועל שיקול הדעת השיפוטי להביא בחשבון, בהטלת הפיצוי ובקביעת שיעורו, את הנזק שנגרם לקורבן בדרך של אומדנה. מכאן שגם אם דבקות בפיצוי נורמות ותכליות מתחום המשפט הפלילי, אין באלו כדי להפוך את הפיצוי לבעל מהות פלילית.<sup>182</sup> לפיכך, סבורים, למשל, רבין וואקי כי אין להחיל את הוראות תיקון 113 על החיוב בפיצוי, שכן לטעמם אין מדובר באחד מרכיבי הענישה.<sup>183</sup> יצוין כי גם דוח ועדת גולדברג לא מנה את הפיצויים כאחד מסוגי העונשים שיש להתוות בהם את שיקול הדעת השיפוטי.<sup>184</sup>

שנית, אפשר לכפור ביתרונות הפרקטיים והנורמטיביים הגלומים בהבניית שיקול הדעת באשר לרכיבי הענישה הכלכליים. כך, יש הטוענים כי דווקא ענישה בלתי אחידה, המבוססת על שיקול דעת שיפוטי רחב, היא כדאית יותר. טייכמן,<sup>185</sup> למשל, דן ביתרונות הגלומים בחוסר אחידות בענישה מנקודת מבט תוצאתנית,

178 דעת המיעוט בעניין אסף, לעיל ה"ש 31, בעמ' 433-434.

179 עניין אסרף, לעיל ה"ש 104; ע"א 6485/18 מדינת ישראל נ' פלוני (נבו) 26.12.2019; ע"פ 764/21 מדינת ישראל נ' אבו לבן (נבו) 21.4.2021.

180 פרוטוקול ועדת החוקה, חוק ומשפט, מיום 16.3.2010, לעיל ה"ש 94.

181 עניין אסף, לעיל ה"ש 31; ע"פ 8457/06 אוהיון נ' מדינת ישראל, פס' ג(4) לפסק הדין של השופט רובינשטיין (נבו) 13.12.06; ע"פ 1154/07 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 5 לפסק הדין של השופטת ארבל (נבו) 14.2.2007; ע"פ 8452/06 יונדב נ' מדינת ישראל (נבו) 19.11.2006; ע"פ 2589/05 מקייבסקי נ' מדינת ישראל, פס' 4 לפסק הדין של השופטת ארבל (נבו) 15.11.05.

182 דעת הרוב בעניין אסף, לעיל ה"ש 31, בעמ' 465.

183 רבין וואקי דיני עונשין, לעיל ה"ש 19, בעמ' 1868.

184 דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 94, בעמ' 24.

185 דורון טייכמן "הבניית שיקול-הדעת בענישה: נקודת-הראות הכלכלית" עיוני משפט לב 649, 671-672 (2011). יובהר כי מאמר זה פורסם טרם נכנס תיקון 113 לתוקף וכי המאמר לא עוסק באופן ספציפי ברכיבי הענישה הכלכליים.

וטוען כי חוסר האחידות מגביר את הסיכון לעברייני לפני מעשה, שכן העברייני לא יודע אם דינו ייגזר על ידי שופט מקל או על ידי שופט מחמיר. לפי עמדה זו, יצירת חוסר ודאות באשר לרמת הענישה עשויה אפוא להשיג הרתעה רבה יותר בעזרת אותה כמות של ענישה וללא תוספת עלות.<sup>186</sup> זאת ועוד, אי-אחידות בענישה מאפשר ניצול יעיל יותר של משאבי הענישה, שכן במסגרתו יכול בית המשפט לערוך, בכל מקרה ומקרה, את האיזון היעיל ביותר בין שיקולי הענישה השונים, שלפי הגישה התוצאתנית כוללים הרתעה כללית, הרתעה ספציפית, שיקום ונטרול.<sup>187</sup>

עוד אפשר לטעון,<sup>188</sup> כי המחוקק שגה בהחילו את תיקון 113 באופן זהה על כל סוגי העבירות, במקום לקבוע כללים ייחודיים לעבירות שבעניינן יש חשיבות מיוחדת לעקרון ההרתעה. מדובר, בראש ובראשונה, בעבירות כלכליות אשר נחשבות מתאימות במיוחד לטיפול באמצעות רכיבי הענישה הכלכליים ומובילות לקנסות גבוהים מן המקובל בעבירות אחרות.<sup>189</sup> מכאן, שלמדיניות הענישה בעניינן יש פוטנציאל להשליך גם על מדיניות הענישה הכלכלית בכללותה. העבירות הכלכליות נתפשות לרוב כרציונליות ומתוכננות יותר מעבירות אחרות ומבצעהיהן נחשבים כמי שקל יותר להרתיעם באמצעות ענישה מחמירה. תפישה זו אומצה, למשל, בהנחיות הפדרליות לגזירת הדין בארצות-הברית, שם נקבע כי יינתן משקל מיוחד לשיקולי הרתעה בעבירות מס.<sup>190</sup>

כך, סבור לבני כי, עקב ההבדלים שבין המניעים שביסוד עבירות הצווארון הלבן לבין אלה שביסוד עבירות אחרות, ובין המאפיינים הטיפוסיים של עברייני צווארון לבן לאלה של עברייני צווארון כחול, קיים קושי להפעיל על שתי קבוצות העבריינים מודל ענישה אחיד המתייחס להרתעה באופן סטטי.<sup>191</sup> לטענתו, האנומליה של עבירות הצווארון הלבן – היותן בעלות רמת חומרה פחותה מזו של עבירות אלימות ומין, מחד גיסא, וכאלה הנתונות לדיכוי אפקטיבי יחסית באמצעות ענישה, מאידך גיסא – מחייבת שקילה של מסגרת חקיקתית שתאפשר בחינה נפרדת של עבריינות זו.<sup>192</sup> לבני מציע,<sup>193</sup> כי מסגרת חקיקתית כזו תפעל

186 זאת, בהנחה שעבריינים פוטנציאליים הם שונאי סיכון – הנחה שהיא סבירה, גם אם איננה נקייה מספקות. שם, בעמ' 671; Tom Baker, Alon Harel & Tamar Kugler, *The Virtues of Uncertainty in Law: An Experimental Approach*, 89 IOWA L. REV. 443, 485–486 (2004).

187 טייכמן, לעיל ה"ש 185, בעמ' 671–672.

188 לטענה זו ראו לבני, לעיל ה"ש 12, בעמ' 51.

189 ראו דיון לעיל בחלק א'.

190 USSG § 2T1.1.

191 לבני, לעיל ה"ש 12, בעמ' 51.

192 שם, בעמ' 51, 74.

193 שם, בעמ' 80–81.

בהתאם לאחד משני מודלים אפשריים: הראשון נסמך על הגישה הגמולית שאומצה בתיקון 113, אך תוך פתיחת פתח לחריג נוסף, המאפשר סטייה מהרף העליון הגמולני לשם הגשמה של הרתעה כללית. המודל השני, השואב השראה מהצעתו של רובינסון<sup>194</sup>, לתת בכורה לשיקול הגמולני כל עוד אין החלתו מביאה לרמת פשיעה בלתי נסבלת, שעשויה להימנע אם תינתן בכורה לעקרון ההרתעה. או-אז, העדפת שיקולי ההרתעה תישמר כל עוד לא יהיה בכך כדי להביא לפגיעה בלתי נסבלת בתחושת הצדק. במסגרת זו אפשר לשקול התמקדות בעונשים מוניטאריים או במניעת עיסוק ולא בעונשי מאסר לצרכים הרתעתיים; החלת מודל ההרתעה לתקופת ניסיון שבסופה תיבדק האפקטיביות שלו; או החלת מודל זה רק על סוג מסוים של עבירות כלכליות.<sup>195</sup>

הגם שהטיעונים הללו אכן מאתגרים את החלת תיקון 113 על רכיבי הענישה הכלכליים, הרי שלמרבייתם אפשר לתת מענה. אשר לקשיים הפרקטיים הכרוכים בכימות הפרמטרים השונים שנקבעו בתיקון, יש לזכור שכאשר עסקינן במשפט האזרחי, ובעיקר ביני הנזיקין, בתי המשפט נדרשים לבצע הערכות דומות כעניין שבשגרה. אומנם, במשפט האזרחי הפיצוי הוא לרוב הסעד העיקרי, בעוד במשפט הפלילי פיצויים וקנסות הם לרוב רכיבים שוליים. אין לכחד שהצורך לנמקם בפירוט, נוסף על נימוק רכיב הענישה המרכזי, מטיל נטל לא מבוטל על בית המשפט. אולם, בעבירות קלות ובעבירות בעלות זיקה כלכלית ברורה, רכיבי הענישה הכלכליים לא יהיו בהכרח רכיבים שוליים בגזר הדין. נוסף על כך, לא בכל תיק יש מורכבות מיוחדת בקביעת מתחם הקנס או בהערכת הנזק שנגרם לקורבן. הערכת מצבו הכלכלי של הנאשם ממילא נעשית, פעמים רבות, בגזר הדין.<sup>196</sup> יתר על כן, דומה כי המשאבים שיושקעו בכך עשויים להתגלות כיעילים בטווח הארוך, שכן הם יגדילו את הסיכוי כי נאשמים אכן יעמדו בתשלום קנסות ופיצויים ובכך גם יפחיתו את הצורך לנהל הליכי גבייה ולאסור נאשמים שלא עמדו בתשלום קנסות. יתר על כן, ההנמקה תכלול גם התייחסות לטעם שבשלו נבחר עונש כלכלי כזה או אחר, ובכך יהיה גם כדי לתרום לוודאות ולשוויון.

אשר לחוסר היעילות הכרוך בהחלת תיקון 113 על התחייבויות להימנע מעבירה, הרי שנראה כי במקרים שבהם מדובר בעונש הנלווה לרכיב ענישה מרכזי יותר, הנזק שבהנמקה מפורטת אכן עלול לגבור על התועלת. זאת בהתחשב בעובדה שמדובר בעונש קל מאוד, שלא גלומה בו פגיעה משמעותית בזכויות הפרט. במקרים אלו אפשר להסתפק בהנמקה מקוצרת או בקביעת טווח שנע בין

194 Paul H. Robinson, *Hybrid Principle for the Distribution of Criminal Justice*, 82 Nw. U. L. Rev. 29 (2008).

195 לבני, לעיל ה"ש 12, בעמ' 80-81.

196 ס' 37(א) לחוק העונשין.

התחייבות ובין קנס, בדומה לנעשה במקרים של הטלת מאסר על תנאי הנלווה לעונש מאסר בפועל. לעומת זאת, במקרים שבהם מדובר בעונש המרכזי שנגזר על הנאשם – כפי שקורה, למשל, כאשר בית המשפט מחליט להימנע מהרשעה, בעיקר במקרים של נאשמים קטינים או בעבירות קלות מאוד – דומה כי יש טעם בנימוק ההחלטה להסתפק בענישה מקלה וצופה פני עתיד. הנמקת גזר הדין בהתאם למתווה שנקבע בתיקון 113 תסייע בקביעת סטנדרטים ברורים לבחירה בענישה מסוג זה.

אשר לטענה העקרונית כי תיקון 113 לא חל על פיצויים עונשיים, הרי שמדובר בעמדה בעייתית משום שהיא מצויה במתח עם עקרונות שהותוו בתיקון. כאמור, הנטייה להטיל פיצויים עונשיים הולכת וגוברת עם ההכרה הגוברת בזכויות קורבנות עבירה, באופן שהופך רכיב זה לחלק אינטגרלי מהענישה בפלילים. ייתכן, אומנם, שאפשר להתוות את שיקול הדעת השיפוטי בגזירת פיצויים שלא על פי העקרונות המדויקים שנקבעו בתיקון 113, אלא על פי עקרונות אחרים, למשל כאלו הלקוחים מן הדין האזרחי. עקרונות כאלו לא חייבים להיקבע בחקיקה ויכולים להיות פרי פסיקה. עם זאת, הותרת שיקול הדעת השיפוטי "על דרך של אומדנה", תוך התעלמות מוחלטת מהערכים ומהשיקולים הבאים לידי ביטוי בתיקון 113, היא קשה ומעוררת בעיות רבות. מצב זה מאתגר באופן ממשי את ההיגיון שבבסיס תיקון 113, משמע, יצירת שוויון ואחידות בענישה, וזאת מכמה טעמים. ראשית, במקרים מסוימים, פיצוי לקורבן העבירה עשוי להיות גבוה מאוד, באופן שיש בו כדי להטיל נטל כבד על הנאשם ועל משפחתו. בית המשפט העליון אף הבהיר, בפרשת פלוני,<sup>197</sup> כי במקרה שבו נזקו של נפגע העבירה הוא גדול במיוחד, אין בכך כדי למנוע פסיקת פיצוי עונשי ואין הדבר מחייב כי הקורבן יתבע את נזקו בהליך אזרחי. מכאן, שהטעמים שפורטו לעיל בתמיכה להחלת התיקון על רכיבי הענישה הכלכליים חלים גם על פיצויים, ובכלל זה: האפשרות כי הענישה הכלכלית תוביל לפגיעה בלתי שוויונית ובלתי מידתית בזכויות של נאשמים מוחלשים, והאפשרות כי הנאשם ומשפחתו לא יעמדו בתשלום, באופן שיגרור עלויות נוספות על המדינה. שנית, במקרים שבהם נגזרים על הנאשם הן קנס והן פיצוי עונשי, משמעות הדבר היא כי כל אותם טעמים חלים ביתר שאת על פיצויים. הטעם לכך הוא הכלל הקובע, כאמור, כי יש לזקוף סכום ששילם הנאשם תחילה לטובת תשלום פיצויים ורק לאחר מכן לטובת קנס. כלל זה מוביל לכך שנאשם שלא יצליח לעמוד בתשלום הפיצוי, לא יוכל ממילא לעמוד גם בתשלום הקנס. הטלת פיצויים בלי להביא בחשבון את הפרמטרים המנויים בתיקון 113 עלולה אפוא להשפיע לרעה לא רק על יכולתו של הנאשם לעמוד בתשלום הפיצוי, אלא אף על יכולתו לעמוד בתשלום הקנס בהמשך. אומנם, פסק הדין

197 עניין פלוני, לעיל ה"ש 179.

בעניין מוסרי<sup>198</sup> שניתן בשנת 2021, קבע כי אין לאסור במאסר חלף קנס אדם שהעביר את סכום הקנס שהושת עליו לאוצר המדינה. זאת גם אם הסכום המועבר נזקף לטובת פיצויים לנפגע העבירה ולא לטובת תשלום הקנס. בפסק דין זה יש משום שינוי חשוב שכן הוא מבטיח כי נאשמים כאלו לכל הפחות לא ייאסרו בשל אי-תשלום הקנס. עם זאת, אין פסק הדין מבטיח כי הם יוכלו לעמוד בתשלום הקנס, באותם מקרים שבהם סכום הפיצוי שנגזר עליהם גבוה. מכאן, שפסיקה שוויונית וצודקת של פיצויים היא עדיין, במקרים רבים, תנאי מקדים לשמירה על עקרון השוויון המהותי בהטלת קנסות.

טעם זה מוביל לנימוק השלישי, והוא הקשר ההדוק שקיים, במקרים רבים, בין רכיב הפיצויים לרכיבי הענישה האחרים. לקביעת גובה הפיצוי יש השלכה ישירה על גובה הקנס, שבנוגע אליו, כאמור, אין ספק כי חלות הוראות תיקון 113. לפיצוי אף עשויות להיות השלכות על רכיבי ענישה נוספים. כך, למשל, נכונותו של הנאשם לפצות את קורבן העבירה עשויה להיתפס כאינדיקציה לכנות חרטתו ולנכונותו לקבל אחריות על מעשיו, שתשפיע על החלטה אם לגזור עליו עונש מאסר, או על אורך המאסר. פיצוי כזה עשוי גם להיות אינטגרלי להליך של שיקום או של צדק מאחה, שאותו יביא בית המשפט בחשבון בגזירת הדין. החלטה בדבר הטלת פיצוי גבוה עשויה להוביל להקלה ביתר רכיבי הענישה או בבחירה בענישה בעלת אופי שיקומי. מכאן, שהנמקת רכיב הפיצוי תוך התייחסות לשיקולים שנקבעו בתיקון 113 נדרשת לפחות כחלק מההנמקה של רכיבים אחרים בגזר הדין, וזאת בשל יחסי הגומלין בין רכיבי הענישה.

אשר לטענות בדבר היעילות הגלומה בחוסר אחידות בענישה מנקודת מבט הרתעתית, אין לכחד כי תיקון 113 בחר בגישה הקרובה יותר לגישה הדאונוטולוגית מאשר לגישה התוצאתנית, וזאת בעצם קביעתו כי עקרון ההלימה יהיה העיקרון המנחה בענישה. בכך יש משום נכונות לוותר, במקרים מסוימים, על שיקול ההרתעה, שזכה למעמד נורמטיבי נמוך יחסית במסגרת התיקון. עם זאת, יש לזכור שהגישה התוצאתנית משליכה על כדאיותו של תיקון 113 באופן כללי, ולא רק על סוגיית החלתו על רכיבי הענישה הכלכליים. נראה, שכל עוד התיקון לא יבוטל ויוסיף לחול על רכיבי הענישה הגופניים, הרי שיש חשיבות בהחלתו גם רכיבי הענישה הכלכליים, וזאת כדי שבית המשפט יוכל לאזן כראוי בין כלל הרכיבים שבגזר הדין ולהשיג ניצול יעיל של משאבי הענישה. יתרה מכך, לאי-האחידות בענישה יש גם חסרונות מנקודת מבט הרתעתית, לרבות פגיעה באמון הציבור במערכת המשפט ויצירת תמריצים שליליים עבור שחקנים שונים בהליך הפלילי.<sup>199</sup>

<sup>198</sup> רע"פ 7621/15 מוסרי נ' מדינת ישראל (נבו 1.7.2021).

<sup>199</sup> טייכמן, לעיל ה"ש 185, בעמ' 670–671.

עוד יש לזכור כי הקריטריונים לגזירת העונש שהותוו בתיקון 113 ממילא מאפשרים לבית המשפט, לפחות במידת-מה, לתת משקל גבוה יותר לשיקולי הרתעה כאשר מדובר בסוגים מסוימים של עונשים או של עבירות. כך, ייתכן שבתיק מסוים בית המשפט יסבור כי הטלת קנס ברף הגבוה של מתחם העונש ההולם תרתיע בסבירות גבוהה את הנאשם מביצוע עבירות דומות בעתיד, ועל כן תהיה הצדקה להחמיר ברכיב זה בהתאם לסעיף 140. לחלופין, ייתכן שבית המשפט יסבור כי קיימים הן צורך והן סיכוי גבוה להרתיע את הציבור הרחב מביצוע עבירה כלכלית מסוימת באמצעות ענישה כלכלית מחמירה, וזאת בשל אופייה המיוחד של העבירה. בית המשפט יוכל לעשות כן בהתאם לסעיף 140 לחוק העונשין, ובלבד שלא יחרוג ממתחם העונש ההולם.

אשר לחשיבות ההרתעה בעבירות כלכליות, הרי שלעמדתנו יש לבחון את הדברים בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. יש לזכור כי בעוד חלק מהעבירות הכלכליות אכן רציונליות ומתוכננות, הרי שרבות מהן מבוצעות מתוך מצוקה כלכלית ואינן דורשות בהכרח תכנון רב. כך, למשל, אי-הגשת דוחות מס – עבירות שאין בהן יסוד של מרמה והן חלק מרכזי מתוך עבירות המס. בתיקים כאלו נראה שאין הצדקה מיוחדת לשקול שיקולי הרתעה. עוד יש לזכור כי גם המודלים החלופיים לתיקון 113 שסוקר לבני, נתונים לפרשנות, והמודל השני אף סובל מעמימות מובנית שעלולה להקשות על יישומו.<sup>200</sup>

אשר לטענה כי אחידות בענישה תקשה על בית המשפט לאזן בין רכיבי גזר הדין ולהשיג ניצול יעיל של משאבי הענישה בכל מקרה ומקרה, הרי שהפרמטרים שהותוו בתיקון 113 מאפשרים לבית המשפט גמישות רבה יחסית בגזירת הדין. אחידות בענישה אין פירושה שעל שני נאשמים שביצעו עבירה דומה ייגזרו בהכרח עונשים כלכליים בשיעור זהה; אדרבה, אימוץ עקרון השוויון המהותי, הבא לידי ביטוי בחובתו של בית המשפט לשקול את נסיבותיו האישיות של הנאשם, משמעותו כי לעיתים תהיה הצדקה לגזור על נאשמים שביצעו עבירות דומות קנסות ופיצויים בשיעור שונה. זאת כדי שהנזק היחסי שייגרם להם יהיה דומה.

לאור כל זאת, דומה שכחלק מהליך התוויית שיקול הדעת בענישה, ההולך ותופס אחיזה בענישה גופנית, יש מקום לקבוע במפורש כי תיקון 113 חל גם על רכיבי הענישה הכלכליים. יש לבחון, אם כן, כיצד משליך התיקון על רכיבים אלו במישור הרעיוני, וזאת בשל ההכרעות הערכיות שהתקבלו במסגרתו,<sup>201</sup> ובראשן

<sup>200</sup> לבני, לעיל ה"ש 12, בעמ' 81. בראש ובראשונה, יש לאמץ הגדרה מוסכמת למונחים "רמה בלתי נסבלת של פשיעה" ו"פגיעה בלתי נסבלת בתחושת הצדק". עם זאת, לבני סבור כי אפשר להתגבר על קשיים אלו וכי המודל של רובינסון מספק כבר עתה קווי מתאר להחלת מודל מידתי למניעת פשיעה, שבו נכונות להקרבה מסוימת של כל אחת מתכליות הענישה כדי להגשים את האחרת.

<sup>201</sup> קובו, לעיל ה"ש 85; לרנאו ושרון, לעיל ה"ש 85; ואקי ורביץ "הבניית שיקול הדעת", לעיל

קביעת עקרון ההלימה כעיקרון המנחה בענישה. עוד עולה כי יש מקום לפעול לגיבוש כללים והאחדה בגזירת רכיבי הענישה הכלכליים. ניתוח מדוקדק של סעיפי החוק שנדונו לעיל מעלה כי לצורך ההכרעה אם להטיל כחלק מגזר דין רכיבים כלכליים ולקבוע את שיעורם יש צורך בכימות והערכה, לעיתים יותר מאשר ברכיבי ענישה אחרים. על כללים אלו להתייחס, בין היתר, לסוגיות הבאות: מדדים להערכת הפגיעה בערך המוגן; הערכת נזקים כתוצאה מביצוע העבירה; מדידת מצבו הכלכלי של נאשם; והיחס שבין הערכת הנזקים שגרם הנאשם לבין מצבו הכלכלי.<sup>202</sup> כך, למשל, סעיף 40 לחוק העונשין מאפשר לצדדים להביא, בשלב הטיעונים לעונש, ראיות להוכחת נסיבות הקשורות בביצוע העבירה, ובהן הנזק שנגרם ושצפוי היה להיגרם כתוצאה מביצוע העבירה. בדומה לכך, יכול בית המשפט לקבוע כי לפי סעיף 40א, העוסק בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, תיערך לנאשם חקירת יכולת כדי לקבוע את מידת יכולתו לשאת ברכיבי ענישה כלכליים, או יתאפשר לו להביא מסמכים מסוימים לתמיכה בטענתו לחיסרון כיס. בהיעדרם של כללים מסוג זה, ישנו חשש כי מטרת התיקון – השגת ענישה שוויונית וצודקת יותר – לא תושג.<sup>203</sup>

נוסף על כך, בית המשפט יוכל להבחין בין רכיבי הענישה הכלכליים השונים לצורך קביעת המדדים שנועדו לאזן בין הנזק שגרם הנאשם לבין מצבו הכלכלי. כך, למשל, כאשר מדובר ברכיב הקנס, בית המשפט מחויב להתחשב במצבו הכלכלי של הנאשם כבר בשלב קביעת מתחם העונש ההולם,<sup>204</sup> ומכאן שיש בקריטריון זה כדי להצר משמעותית את שיקול דעתו. לעומת זאת, כאשר מדובר בפיצויים עונשיים, אין בית המשפט מחויב בבדיקה דומה של מצבו הכלכלי של הנאשם בשלב קביעת מתחם העונש ההולם. לכן, וכן לאור מטרתו המרכזית של הפיצוי העונשי – שיפוי קורבן העבירה בגין הנזקים הקונקרטיים שנגרמו לו – נראה כי אין מקום להתחשב ביכולתו הכלכלית של הנאשם בשלב קביעת מתחם הפיצוי, אלא על מתחם זה להיגזר בעיקר ממידת הנזק של הקורבן.<sup>205</sup> לעומת זאת, לאור לשונו של סעיף 40א, נראה שיש בהחלט מקום להתחשב במצבו הכלכלי של הנאשם כאחת הנסיבות לקביעת הפיצוי המתאים בתוך המתחם. זאת, מאחר

ה"ש 85.

202 ניסיון לקביעת מדדים אפשר למצוא בכמה פסקי דין של השופט הישאם אבו שחאדה, ראו, למשל: תו"ב (שלום רמ') 10-10-47071 הועדה המקומית לתכנון ובניה שוהם נ' צוקרמן (נבו 4.1.2014); תו"ב (שלום רמ') מדינת ישראל נ' סלומון (נבו 18.12.2013).

203 לקשיים המתעוררים בקביעת מתחמי ענישה ראו גזל-אייל "מתחמים לא הולמים", לעיל ה"ש 5.

204 ס' 49 לחוק העונשין; דיון בסעיף 3.3.ד.

205 נסיבה שאותה יש לאזן מול יתר הנסיבות הרלוונטיות הקשורות בביצוע העבירה. שם, בס' 40ט.

שבשלב זה, אין בית המשפט אמור לבחון עוד את נזקי העבירה כי אם להתמקד בנסיבותיו האישיות של הנאשם עצמו. אנו סבורות כי בכך יהיה משום איזון ראוי בין גובה הנזק – שצפוי להצר משמעותית את שיקול דעתו של בית המשפט בקביעת המתחם – לבין נסיבותיו האישיות של הנאשם.

## ו. מסקנות: הצורך ביישום תיקון 113 גם ביחס לרכיבי הענישה הכלכליים

לדעתנו, לאור חשיבותו של יישום תיקון 113 גם על רכיבי הענישה הכלכליים, מן הראוי כי הפסיקה תיתן את הדעת לסוגיות מהותיות המתעוררות בעקבות התיקון. זאת תוך הבחנה בין רכיבי הענישה השונים, המעוררים שאלות ייחודיות. ברמת המדיניות הכללית, יש מקום לגיבוש כללים אחידים באשר לגזירת רכיבי הענישה הכלכליים. נראה כי מצב שבו, בנסיבות דומות, כל מותב מטיל ענישה כלכלית שונה מרעהו לא רק פוגע בשוויון המהותי אלא גם באמון הציבור במערכת המשפט. למעשה, בהיעדר הנמקה מספקת ביחס לרכיבי הענישה הכלכליים, גם אי אפשר להתחקות אחר הרציונל העומד בבסיס הבחירה בענישה כלכלית וקביעת שיעור הרכיבים שהוטלו. בכך יש כדי להעצים את תחושת השרירותיות העולה באשר לגזירת רכיבי ענישה כלכליים. ניתוח מדוקדק של סעיפי החוק שנדונו לעיל מלמד כי לצורך ההכרעה אם להטיל כחלק מגזר הדין רכיבים כלכליים ולקבוע את שיעורם יש צורך בכימות והערכה, לעיתים יותר מאשר ברכיבי ענישה אחרים. על כללים אלו להתייחס, בין היתר, לסוגיות הבאות: מדדים להערכת הפגיעה בערך המוגן; הערכת נזקים כתוצאה מביצוע העבירה; מדידת מצבו הכלכלי של נאשם; והיחס שבין הערכת הנזקים שגרם הנאשם לבין מצבו הכלכלי. בהיעדרם של כללים מסוג זה, ישנו חשש כי מטרת התיקון – השגת ענישה שוויונית וצודקת יותר – לא תתגשם.<sup>206</sup>

**שאלת התחולה.** לעמדתנו, מן הראוי כי הפסיקה תתייחס לשאלת תחולתו של תיקון 113 ביחס לרכיבי הענישה הכלכליים. אומנם אין מחלוקת כי תיקון 113 חל על קנסות, שהם רכיב עונשי גרידא. עם זאת, בהיעדר קביעה נורמטיבית של בית המשפט העליון כי יש להקפיד להחיל על קנסות את מתווה התיקון, ימשיכו הערכאות הדיוניות להעדיף שיקולי תועלת ונוחות. על פניו, שיקולים אלו עשויים לגבור ביחס לקנסות נמוכים, לא כל שכן ביחס להתחייבויות, שהן קנסות על תנאי. זאת משום ההכבדה שבהנמקת הענישה למול הנטל הקל שמוטל על הנאשם כתוצאה מענישה זו. עם זאת, ובלי להמעיט בשיקולי תועלת, אפשר גם להסתפק

<sup>206</sup> לקשיים המתעוררים בקביעת מתחמי ענישה ראו גזל-אייל "מתחמים לא הולמים", לעיל ה"ש 5.



בהכרעה נורמטיבית שיש לקבוע אם הקנס או ההתחייבות הם בגדר המתחם, וכי יש לקבוע את שיעורם בגדר המתחם. קביעה נורמטיבית מסוג זה עשויה לחסוך קשיים בהמשך הדרך בעת גזירת מאסר חלף קנס או הפעלת התחייבויות מוגזמות ובלתי הולמות. קביעה נורמטיבית נדרשת גם כדי למנוע, כאמור, את היעדר השוויון שנוצר בפסיקת קנסות והתחייבויות. כך, למשל, בהיעדר קביעה נורמטיבית בדבר תחולת התיקון על קנסות, עלולים בתי המשפט להטיל קנסות גם במקרים שאינם הולמים זאת כלל או להטיל קנסות שאינם הולמים את הנסיבות בכללותן.

המענה לשאלת התחולה מורכב יותר ככל שמדובר ברכיב הפיצויים. למעשה, ההנחה המקובלת בפסיקה היא כי תיקון 113 לא חל על פיצויים, וכי יש להמשיך לפסוק פיצויים על דרך האומדנה. אולם, הנחה זו התקבלה כמובנת מאליה, בלי להידרש לשאלות המתעוררות בעקבות התיקון. בין היתר, אי אפשר להתעלם מלשון החוק, אשר לא הוציא מגדרו מפורשות את רכיב הפיצויים, שהוא עודנו אחד מרכיבי הענישה, למרות אופיו האזרחי. יתר על כן, מן הראוי כי הפסיקה תיתן דעתה ליחס שבין ההלכות שלפיהן אין להתחשב כלל במצבו הכלכלי של הנאשם ובנסיבותיו האישיות, בעת פסיקת פיצויים, לבין הוראות התיקון המקנות מעמד לנסיבות אישיות אלו. למעשה, אם ייקבע בפסיקה כי אין מקום להחיל את התיקון על רכיב הפיצויים, וזאת בשל מהותו האזרחית, יש צורך, לכל הפחות, בקביעת מתווה לשיקול הדעת בפסיקה על דרך האומדנה. משמע, ככל שפסיקת פיצויים בדין הפלילי הולכת ותופסת אחיזה, יש מקום ליישום שוויוני וצודק של פסיקת פיצויים בכללים אזרחיים, תוך קביעת כללים לפסיקת פיצויים. על הנחיות מסוג זה לכלול התייחסות לכללים לשקלול הנסיבות הרלוונטיות לקביעת שיעור הפיצויים, התחשבות בנסיבות אישיות של העבריין והערכת נזקי הנפגע.<sup>207</sup> על הפסיקה ליתן דעתה גם לפער שנוצר בין פסיקת הקנסות, בין היתר לפי מצבו הכלכלי של הנאשם, לבין פסיקת הפיצויים.

לפיכך, הצענו לקבוע במפורש כי תיקון 113 חל על כלל רכיבי הענישה הכלכליים, אך זאת בשינויים המחייבים ותוך קביעת מדדים מעט שונים לכל רכיב ענישה. כך, בתיקים שבהם נגרם נזק לקורבן עבירה מסוים, ובית המשפט סבור כי יש לגזור על הנאשם פיצוי, הצענו לקבוע את מתחם הפיצוי ההולם תוך מתן משקל מרכזי לנזקו המשוער של הקורבן. רק בשלב השני, של קביעת הפיצוי המתאים, יינתן משקל גם למצבו הכלכלי של הנאשם, תוך איזון בין נסיבה זו ליתר הנסיבות המנויות בסעיף 40 יא. התחשבות בנסיבה זו בשלב השני חשובה על אחת כמה

<sup>207</sup> על הקושי בהערכת נזקי הנפגע ראו AVIRAM, לעיל ה"ש 50, בעמ' 23–24. לעניין הערכת הנזק לקורבן ראו אורי ינאי "נפגעי העבירה בישראל: הוצאות כספיות שנגרמו עקב העבירה" בטחון סוציאלי 68, 25 (2005).

וכמה, בתיקים שבהם בית המשפט סבור כי מתחם העונש ההולם עשוי לכלול גם קנס. זאת בשל הכלל הקובע כי כל סכום ששילם הנאשם ייזקף קודם כול לחשבון הפיצוי. באותם תיקים יוכל בית המשפט, לאחר שיקבע את שיעור הפיצוי, להתחשב בכך שהוטל פיצוי ולבחון את יכולתו הכלכלית של הנאשם לשאת גם בקנס – וזאת כבר בשלב קביעת מתחם הקנס ההולם, כמתחייב מסעיף 40ח. במקרים שבהם יחליט בית המשפט לגזור על הנאשם קנס, יתחשב במצבו הכלכלי (בין היתר לאור הפיצוי שגזור עליו) גם בשלב קביעת הקנס המתאים, תוך איזון בין נסיבה זו לבין יתר הנסיבות המנויות בסעיף 40א. במקרים אחרים, יוכל בית המשפט להימנע מהטלת קנס, או לגזור תחתיו התחייבות להימנע מעבירה, וזאת כאשר אין עקרון ההלימה מחייב ענישה כלכלית מחמירה או מצדיק התחשבות מיוחדת בנסיבותיו האישיות של הנאשם.

**הערכים החברתיים ושיקולי ענישה.** הדיון בתחולת התיקון לחוק על רכיבי הענישה הכלכליים מעורר את שאלת היחס שבין תכלית הענישה הכלכלית, למנוע רווח כלכלי מהעברייני, לבין הערכים החברתיים המנחים את שיקול הדעת השיפוטי בהתאם לתיקון, שהם ערכים רחבים יותר. הפסיקה ממשיכה, גם לאחר התיקון, להדגיש את תכלית הקנס למנוע רווח כלכלי מהעברייני, בלי לדון ביחס שבין תכלית זו ובין מכלול הערכים החברתיים המוגנים. אומנם, מניעת רווח כלכלי מהעברייני עשויה להמשיך ולשמש אחת התכליות שבסיס הענישה הכלכלית. אולם, על תכלית זו להשתלב במכלול הערכים ולבוא לידי ביטוי בעקרון ההלימה. כידוע, עיקרון זה כולל בתוכו גם את מדיניות הענישה ונסיבות ספציפיות של ביצוע העבירה. כך, למשל, גם אם שני עבריינים ביצעו עבירת מס זהה, ייתכן כי בשל מרכזיותו של האחד, לעומת האחר, בביצוע העבירה, מתחם הקנס יהא חמור יותר ביחס אליו. כך גם באשר למצבו הכלכלי של נאשם, שעשוי להשפיע על המתחם או אפילו על עצם הטלת הקנס, למרות העיקרון של מניעת רווח כלכלי מהעברייני. מכאן, שיש לקבע את התכלית של מניעת רווח כלכלי מהעברייני לא כעקרון-על מנחה ביחס לרכיבי הענישה הכלכליים, אלא כאחד הערכים החברתיים שבבסיס רכיבי הענישה הכלכליים, אשר יש לאזנם עם יתר השיקולים המנויים בתיקון 113.

**קביעת מתחם העונש ההולם.** שלוש שאלות מרכזיות מתעוררות, כאמור, בקביעת המתחם באשר לרכיבי ענישה כלכליים. הראשונה, עניינה הגדרת "אירוע". לפי פסיקת בית המשפט העליון, לאחר תיקון 113, אירוע מוגדר בהתאם למבחן הקשר ההדוק ויש לקבוע מתחם נפרד בגין כל אירוע. ממילא, מדובר גם במתחם קנס נפרד בגין כל אירוע, והכול תוך התחשבות במבחן הזיקה. לעומת זאת, בפסיקה שעניינה קביעת שיעור פיצויים, נקבע כי יש לפסוק לפי הנזק שנגרם כתוצאה מכול עבירה וכן לנפגעים השונים, ובלבד שסכום הפיצוי אינו עובר את הרף המרבי. בהגדרה שונה של אירוע יש כדי ליצור קבוצת ייחוס שונה לפסיקת קנסות, לעומת פיצויים. ייתכן כי אין הבחנה זו קשה, משום שיש בה כדי לבטא

ערכים שונים. עם זאת, היא עלולה להוביל לקשיי יישום, משמע, ניתוח נפרד של הרכיבים בגזרי הדין והנמקה מדוקדקת של שיקול הדעת השיפוטי ביחס לכלל רכיב. ממילא, יש בכך כדי להקשות על השופט המבקש להתחשב בפיצוי שנקבע – ביחס לאירוע מסוים – בפסיקת הקנס, והכול בהתחשב במצבו הכלכלי של הנאשם. מכאן, שלעמדתנו, היה ראוי לקבוע מבחנים אחידים להגדרת אירוע שיחולו על כלל הרכיבים הכלכליים של הענישה.

השאלה השנייה עניינה היחס שבין הנזק שנגרם לבין מתחם הקנס ופסיקת הפיצויים. הצורך בהערכת נזק במסגרת הענישה אינו צורך חדש ולא נולד כתוצאה מהתיקון לחוק. במסגרת גזירת הדין היה צורך, מימים ימימה, בהערכת נזקים, בין היתר כדי לקבוע את שיעורם של הקנסות והפיצויים. עם זאת, בעקבות התיקון התחדד הצורך בקביעת היחס שבין הנזק שנגרם לבין מתחם הקנס. ככל שיקבעו אמות מידה לפיצויים, יתחדד גם הצורך בקביעת היחס שבין נזק זה לבין הפיצויים שייפסקו. לכאורה, המתחם לא יכול לשקף את הנזק שנגרם גרידא, שהרי יש לשקלל במתחם גם את מדיניות הענישה הרלוונטית, נסיבות ביצוע העבירה ומצבו הכלכלי של הנאשם. כך, למשל, ייתכנו שני מבצעים של עבירת גניבה בצוותא, שלגבי אחד מהם יקבע מתחם קנס גבוה יותר בשל מצבו הכלכלי. מכאן, שיש צורך בקביעת היחס שבין הנזק שנגרם לבין המתחם, בין היתר בהתחשב במדיניות הענישה הרלוונטית לנסיבות הכוללות נזקים דומים.

השאלה השלישית, עניינה הערכת מצבו הכלכלי של הנאשם ומיקומה של נסיבה זו ביחס לנסיבות אחרות. כאמור, לפי סעיף 40ח לחוק העונשין יש להתחשב במצבו הכלכלי של הנאשם בקביעת מתחם הקנס. השאלה המתעוררת בהקשר זה עניינה ביחס שבין נסיבה זו לנסיבות הקשורות בביצוע העבירה. על פניו נראה כי יש לקבוע את מתחם הקנס בהתחשב בנסיבות ביצוע העבירה ולאחר מכן ליתן מעין הנחה במתחם שתשקף את מצבו הכלכלי של הנאשם. גם בהקשר זה עולה שאלה ביחס לשיעור ההנחה. ייתכן כי יש ליתן הנחה בשיעור שישקף את יכולתו של הנאשם לשלם את הקנס שייקבע בתוך המתחם, אולם גם עניין זה אינו נקי מספקות, משום שיתכן כי הקנס שיוכל לשלם כלל אינו בתוך המתחם. בהקשר זה גם מתעוררת שאלה באשר להנחה הכפולה בשל מצבו הכלכלי של הנאשם. אפשר היה לטעון כי אין מקום למתן הנחה כפולה, גם בשלב קביעת המתחם וגם בתוך המתחם, משום שיש בכך כדי ליתן משקל עודף לנסיבה זו. אולם, לפי לשונו של החוק, הנחה כפולה זו אפשרית. זאת שכן החוק מאפשר לקבוע את המתחם לפי מצבו הכלכלי של הנאשם בהתאם לסעיף 40ח. אחר כך יש להתחשב במצבו הכלכלי של הנאשם גם בקביעת הקנס הולם בתוך המתחם, לפי סעיף 40יא(2), המאפשר התחשבות בפגיעה של העונש בנאשם ובמשפחתו, או לפי סעיף 40יא(8) המאפשר התחשבות בנסיבות חיים קשות שהיתה להן השפעה על ביצוע העבירה. יתר על כן, דין מצוי זה גם משקף השקפה ערכית, שלפיה יש להתחשב במצבו

הכלכלי של הנאשם הן בקביעת המתחם והן בתוך המתחם. מכל מקום, בהיעדר הנחייה של בית המשפט העליון או תיקון חקיקתי, נראה כי תיוותר העמימות המשפטית ביחס להתחשבות הכפולה במצבו הכלכלי של הנאשם, ומכאן החשיבות בהבהרתה. יתר על כן, הדגש שניתן ליכולתו הכלכלית של הנאשם מעלה ביתר שאת את הצורך לקבוע כי על בית המשפט לבדוק את מצבו הכלכלי של הנאשם ולאפשר הגשת מסמכים לעניין זה כחלק מהראיות לעונש, כפי שנעשה הלכה למעשה במקרים רבים.

**נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה.** סוגיות נוספות שיש לתת עליהן את הדעת עניינן בקביעת העונש המתאים בתוך המתחם והיחס בין הנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה ובין שיקולי הרתעה. טרם התיקון, ערך בית המשפט ביחס לעבירות כלכליות בכלל, וביחס להטלת קנסות בעבירות מעין אלו בפרט, איזון בין נסיבות אישיות ושיקולי הרתעה. לכאורה, לאור התיקון, אין עוד מקום לאיזון אופקי זה, משמע לאיזון בין שני שיקולים שהם באותה רמה. בית המשפט יתחשב בשיקולי הרתעה רק אם הוכח, ביחס ליחיד, שיש סיכוי של ממש שהעונש יביא להרתעתו, וביחס לרבים, כי החמרת הענישה תגשים את ההרתעה.

מכאן שיש מקום לשינוי בעמדת הפסיקה שבעיקרה ממשיכה להעניק מעמד בכורה לשיקולי הרתעה בפסיקת קנסות בעבירות כלכליות. יש להביא בחשבון, בהקשר זה, כי ההנחה שיש צורך במתן בכורה לשיקולי הרתעה בכלל העבירות הכלכליות לא הוכחה ובפרט ביחס לעבירות כלכליות קלות המבוצעות, פעמים רבות, בשל חיסרון כיס. יש גם מקום כי הפסיקה תביא בחשבון את מצבו הכלכלי של הנאשם בקביעת המתחם ובתוך המתחם. נראה אפוא שיש מקום לפיתוח פסיקתי בהקשר זה, תוך עמידה על השינוי שחל בעקבות התיקון לחוק בצמצום מעמדה של ההרתעה בגזירת קנסות, לרבות בעבירות כלכליות.

בקביעת העונש המתאים בתוך המתחם, התעוררה שאלה נוספת באשר למיקום הרעיוני של הסרת המחדל וצמצום הנזק בקביעת מתחמי הענישה ביחס לרכיבי הענישה הכלכליים. משמע, האם צמצום הנזק הוא נסיבה שיש להתחשב בה בקביעת המתחם, קרי, בהגדרת הנזק הראשוני, או שמא בקביעת העונש המתאים בתוך המתחם, קרי, כחלק ממאמצי הנאשם לתיקון הנזק? בפסיקה נשמעו עמדות סותרות לעניין מיקומו המתאים של הסרת המחדל, ולכך עשויה להיות השפעה על הקנס שייפסק בסופו של דבר. העמדה הרווחת היא כי יש להתחשב בהסרת המחדל בתוך המתחם ולא בקביעת המתחם. לעמדתנו, גישה זו, שלפיה יש להבחין בין הנזק המקורי שנגרם בעת ביצוע העבירה לבין הנזק הסופי – קרי, הנזק לאחר הסרת המחדל, המתבצעת לאחר שהעבירה עצמה הושלמה – מתיישבת יותר עם העיקרון שלפיו יש לקבוע מתחם לפי נסיבות ביצוע העבירה, גרידא. עם זאת, גם כאן, נדרשת הבהרת ההלכה בבית המשפט העליון, כדי להסיר ספקות בעניין זה.

חריגה ממתחם העונש ההולם. השאלה שהתעוררה בהקשר זה עניינה ברלוונטיות של חריגה מהמתחם מטעמי שיקום, או אפילו שקילת שיקולי שיקום בתוך המתחם ביחס לרכיבי הענישה הכלכליים. ההנחה כי שיקולי שיקום אינם רלוונטיים לעבירות כלכליות או לרכיבי הענישה כלכליים, לא יכולה לעמוד. לכאורה, לפי התיקון לחוק, שיקום הוא שיקול שיש להביא בחשבון בתוך המתחם או בשאלה אם לחרוג מהמתחם, וזאת אף ביחס לרכיבי הענישה הכלכליים. כאמור, התיקון לא החריג את ענישה הכלכלית, וממילא יש לשקול את סוגיית שיקומו של הנאשם גם בהחלטה אם להטיל קנסות או התחייבויות בעבירות כלכליות. אומנם, יש לבחון את השיקום מנקודת מבט שיש בה כדי לשקף את ההיבטים המיוחדים לעבירות כלכליות, לרבות העובדה, כי פעמים רבות מדובר בנאשמים נעדרי עבר פלילי המנהלים אורח חיים יצרני וללא מעורבות שולית. עם זאת, אפשר לשקול שיקום בהקשרים כלכליים ויש ליתן לנסיבה זו משקל בקביעת רכיבי הענישה הכלכליים כנדרש לפי התיקון לחוק.

## ז. סיכום

תיקון 113 יצר שינוי משמעותי בהליך גזירת הדין. הוא התווה את שיקול הדעת בענישה, יצר האחדה של שיקולי הענישה ומחקרים ראשוניים שנערכו מעלים כי כבר הביא לענישה שוויונית וצודקת יותר. בכך מיישם התיקון את מטרותיו, משמע, יצירת ודאות וצפיות לאור עקרון החוקיות והבטחת אחידות בענישה. התיקון גם קבע היררכיה ברורה בין שיקולי הענישה השונים תוך הצבת עקרון ההלימה כעיקרון המנחה בענישה. התיקון הבנה את אופן הפעלת שיקול הדעת בענישה, תוך הבחנה בין כמה שלבים. בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון, על בתי המשפט לגזור את הדין לפי המתווה, תוך פירוט ההנמקה בכל שלב ושלב. התיקון לא החריג את רכיבי הענישה הכלכליים מגדרו, ולפי הוראות החוק ונוסחו, התיקון חל על כלל רכיבי הענישה, משמע גם על קנסות, התחייבויות ופיצויים. מכאן, שלפי הדין החל, כפשוטו, על בתי המשפט להבנות את שיקול הדעת בענישה גם באשר לרכיבים הכלכליים ולא רק באשר לרכיבי המאסר, לרבות מאסר על תנאי. הבנייה זו נדרשת, לא רק מכוח הדין המצוי, אלא גם מכוח הדין הראוי. רכיבי הענישה הכלכליים הם רכיבים נפוצים שיש להם השלכה מכרעת על זכויות הפרט. הם עשויים לפגוע בקניינו וברכושו של אדם ושל משפחתו ואף עלולים להוביל למאסרו. שימוש ברכיבי הענישה הכלכליים אף עשוי לשמש, במקרים מסויימים, אלטרנטיבה הולמת לכליאה ובכך להוביל להפחתת הפגיעה בזכויות הפרט כתוצאה מכליאה ואף לצמצום הנטל המוטל על הציבור כתוצאה מעלות הכליאה. מכאן, שהרציונל שהוביל לתיקון 113, משמע יצירת האחדה ושוויון בענישה, גזירת דין בהתאם לעקרון החוקיות וגילום ההכרעה הערכית של

המחוקק ביחס לשיקולי הענישה – חל גם על רכיבי הענישה הכלכליים. סקירת פסיקת בית המשפט העליון מעלה כי בית המשפט נוטה, ככלל, שלא ליישם את תיקון 113 ביחס לרכיבי הענישה הכלכליים וממעט להנחות את הערכאות הדיוניות בנוגע לאופן שבו יש לבחון את רכיבי הענישה הכלכליים בעקבות התיקון לחוק. ככלל, נראה שבתי המשפט גוזרים רכיבי ענישה כלכליים בלי לילך במתווה שנקבע בתיקון 113, ובהיעדר התווייה של שיקול הדעת השיפוטי, וזאת לפחות כאשר מדובר ברכיבי ענישה נלווים, להבדיל מעיקריים. מהפסיקה גם עולה כי שאלות מרכזיות שעניינן ביישום תיקון 113 על רכיבי הענישה הכלכליים טרם נדונו, ופעמים רבות הפסיקה ממשיכה ליישם את ההלכות שרווחו קודם לתיקון, בלי לתת דעתה לשינויים הנדרשים.

התייחסונו לטעמים שעשויים לעמוד בבסיס היישום והדיון המועט בפסיקה. בין היתר, התייחסונו לשיקולים מעשיים של הכבדה ביישום וקושי להעריך את שווי הערך החברתי, הנוק שנגרם ומצבו הכלכלי הפרטני של הנאשם. כן התייחסונו לטעמים עקרוניים, לרבות טעמים המאתגרים את היתרון שבהבניית שיקול הדעת מנקודת מבט תוצאתנית. משמע מתוך תפיסה שלפיה דווקא היעדר האחדה וציפיות לגבי העונש המתאים ירתיעו עבריינים, או כי לפחות בעבירות מסוימות צריך שיקול ההרתעה לגבור על שיקול ההלימה. ככלל זאת מנינו את הקושי המיוחד העולה מיישום הוראות התיקון על רכיבי הפיצויים בשל אופיו האזרחי. עם זאת, עמדתנו היא כי עקרונות השוויון והחוקיות עולים על האינטרסים המתחרים. משמע כי אי אפשר להמשיך ולהתעלם מהצורך להתוות את שיקול הדעת בענישה ביחס לרכיבי הענישה הכלכליים. הכרעה ערכית זו גם עולה בקנה אחד עם עמדת המחוקק, כפי שהובעה בתיקון 113.

לסיכום, ראינו כי בעקבות תיקון 113 מתעוררות שאלות משפטיות רבות שעניינן הטלת רכיבים כלכליים בגזר הדין. שאלות אלו נובעות הן מהשינויים בעקרונות המנחים בענישה והן מהחובה לילך במתווה שיקול הדעת שנקבע בתיקון. אין מטרתו המרכזית של מאמר זה להציע תשובות חד-משמעיות לשאלות המשפטיות הללו, כי אם להפנות אליהן זרקור כדי לעודד שופטים ומשפטנים לתת עליהן את דעתם.

לאור מטרתו המרכזית של תיקון 113 יש לצפות לפיתוח הדין הפסיקתי בשאלות המרכזיות המתעוררות בקשר להטלת רכיבי הענישה הכלכליים, שהם רכיבים נפוצים ביותר בגזירת הדין. פיתוח הדין יביא להנחיית בתי המשפט דלמטה בצורה ראויה יותר, וממילא יוביל להשגת מטרת התיקון, משמע לגזיר דין צודקים ושוויוניים יותר גם בתחום הענישה הכלכלית.