

הלבנת הון: הזיקה לעברת-המקור והוכחתה לנוכח העיקרון של הליך ראוי

גיל עשת*

חוק איסור הלבנת הון, התשס"ט-2000 (להלן: חוק איסור הלבנת הון או החוק), נחקק אל תוך מרקם הדין הישראלי בעקבות מגמות בין-לאומיות שהחלו להתפתח לפחות למן שנות התשעים של המאה העשרים, ואשר לתוכן השתבצה ישראל באיחור יחסי. התפיסה שבבסיסו של החוק היא תקיפה ישירה של יסוד הרווח המופק מפשיעה חמורה. עברת הלבנת ההון נועדה ליצור מעגלים מזוהים וחוסמים סביב הפעילות בנכסים שמקורם בפשיעה, המכונה "עבריינות-המקור". אולם ההתמקדות הישירה במעגלים אלה מרחיבה בצידה את תחומי האחריות הפלילית מעבר לגבולות ששורטטו בעבר באופן מסורתי בדיני השותפות או בקבוצת העברות של קבלת רכוש גנוב והחזקה בו.

חוק איסור הלבנת הון הוא דבר חקיקה חדש יחסית, הכולל סנקציות עונשיות ורכושיות דרמטיות על פעילות ברכוש שמקורו בעברה. הוא מעורר שאלות בעלות היבטים חוקתיים שונים, ביניהן שאלת עמידתו אל מול עקרונות מסורתיים של דיני העונשין. רשימה זו תתמקד באחת מבין השאלות שהחוק מעורר, והיא שאלת היחס בין עברת הלבנת ההון לבין עברת-המקור.

עברת הלבנת ההון היא עברה קורלטיבית לעברת-המקור, דהיינו, מרכזי-הכובד שלה הוא בזיקתה לעברת-המקור, המכונה "העברה המגדירה". מסקנה זו מתחזקת במיוחד לנוכח הגדרתה הרחבה ביותר בחוק של פעולה ברכוש, החובקת כמעט כל פעילות עסקית וכלכלית, כך שהוכחת מקורו הפלילי של הרכוש נהפכת לסימן זיהוי מרכזי להתגבשות העברה לפי סעיפים 3(א) ו-4 לחוק, הדורשים קשר לרכוש אסור (להבדיל מסעיף 3(ב) לחוק, שאינו דורש קשר כזה). היות הרכוש "רכוש אסור" הקשור לעברה (עברת-המקור) הוא חלק מהיסוד הנסיבתי של עברת הלבנת

* עורך-דין ושותף במשרד "בן-גד, עשת, עורכי דין"; דוקטורנט, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. תודתי נתונה לעורכי-הדין דנה וייס, אלעד רט ודורית לויין-וולף על הערותיהם לטייטה הראשונה של רשימה זו. כן אני מודה לחברי המערכת של כתב-העת משפט ועסקים יונתן ברוורמן ודניאל עינב, ולקוראת החיצונית יעל גרוסמן, על הערותיהם המועילות.

ההון, אולם עֲבֵרַת־הַמְקוֹר נידונה במסגרתה באופן אגבי בלבד. עובדה זו יוצרת פתח לקשיים מהותיים ודיוניים.

הרשימה תבקש לאפיין ולנתח את אמות־המידה הראויות להוכחת זיקתה של הפעולה ברכוש לעֲבֵרַת־הַמְקוֹר, או במילים אחרות, להוכחת מקורו הפלילי של הרכוש שבו נעשתה הפעולה. הרשימה תעמוד ביתר פירוט על מרכזיותה של הזיקה לעֲבֵרַת־הַמְקוֹר בגדרה של עֲבֵרַת הלבנת ההון. בהמשך לכך תאפיין הרשימה את היחס בין צמד העֲבֵרֹת בהשוואה ליחס בין עֲבֵרֹת קורלטיביות אחרות על בסיס שתי אמות־מידה מבניות: היקף הזיקה לתחום העֲבֵרֹת המגדירות ויחס הזמנים בין צמד העֲבֵרֹת.

באופן קונקרטי יותר, הרשימה תבקש להציע כי הוכחת מקורו הפלילי של הרכוש מושא העֲבֵרָה ניתנת לאפיון בעזרת מבנה בן שתי חוליות: החוליה העובדתית (זיקתו של הרכוש לעֲבֵרַת־מְקוֹר כעניין שבעובדה); והחוליה הנפשית־ההכרתית (ידיעתו של הנאשם כי מדובר ברכוש הקשור לעֲבֵרָה, ולו גם עֲבֵרָה כלשהי מסוג עֲבֵרַת־הַמְקוֹר). המבנה המוצע, כעניין של דין ראוי, ניתן לאימוץ, כפי שתציע הרשימה, בפרשנות של הוראת סעיף 5 לחוק איסור הלבנת הון, כעניין של דין מצוי.

הרשימה תיעזר במשפט המשווה כדי להצביע על התמודדות דומה לנוכח קשיים בהוכחת מקורו הפלילי של הרכוש.

בחלקה האחרון תבקש הרשימה להציע את העיקרון של הליך ראוי (Due Process) כמתווה ליצירת יתר ערנות ואף מענה לכמה מהקשיים המתעוררים לנוכח היחס בין עֲבֵרַת הלבנת ההון לבין עֲבֵרַת־הַמְקוֹר. הרשימה תציע לנתח קשיים אלה בחלוקה לארבע סוגיות־משנה: שמירה על פירוט מספיק בכתב האישום; הוכחת היסודות הנדרשים לגיבוש הקשר לעֲבֵרַת־הַמְקוֹר; הישמרות מפני היפוך נטל ההוכחה; ושמירה על זכותו של הנאשם – או של כל אדם לצורך העניין – להתגונן מפני אישומים המיוחסים לו במישרין או בעקיפין.

הקשר בין הרכוש לבין עֲבֵרַת־הַמְקוֹר הוא כאמור יסוד נסיבתי בעֲבֵרַת הלבנת הון, וככזה יש להוכיחו מעבר לספק סביר. ברם, בהעדרו של מסלול דיוני ישיר רגיל, שסופו בהכרח זיכוי או הרשעה בעֲבֵרַת־הַמְקוֹר, יש לעמוד על המשמר מפני פגיעה בזכויות המוקנות בדרך־כלל לנאשם במשפט. פגיעה זו עלולה להתרחש בשל מבנהו המיוחד של חוק איסור הלבנת הון. המתווה של הליך ראוי עשוי לתרום לשמירה על מסלול דיוני כזה, תוך עמידה, בין היתר, על הוכחה ישירה ומעבר לספק סביר של העובדות שהתביעה מבקשת להסיק מהן את אשמתו של הנאשם.

מבוא

פרק א: העֲבֵרָה של הלבנת הון – כללי

פרק ב: מקורו הפלילי של הרכוש כיסוד מרכזי בעֲבֵרָה

1. הזיקה לעֲבֵרַת־הַמְקוֹר – כללי

משפט ועסקים יא, התשס"ט הלבנת הון: הזיקה לעברת-המקור והוכחתה לנוכח העיקרון של הליך ראוי

2. הזיקה בין הפעולה ברכוש לבין עברת-המקור
- פרק ג: הזיקה לעברת-המקור – הספרות והפסיקה בארץ
- פרק ד: ניתוח היחס בין עברת הלבנת ההון לבין עברת-המקור
1. אפיון היחס בין עברת הלבנת ההון לבין עברת-המקור לנוכח עברות קורלטיביות נוספות
- (א) היקף הזיקה לתחום העברות המגדירות
- (ב) יחס הזמנים
2. הוכחת הקשר לעברת-המקור וידיעתו של הנאשם בדבר קשר זה: שתי חוליות
3. סעיף 5 לחוק איסור הלבנת הון
- (א) אין בסעיף 5 כדי לבטל דרישת קשר עובדתי לעברת-המקור
- (ב) סעיף 5 אינו מסייע בקביעת היחס הנפשי המדויק לעברת-המקור
4. מבט משווה
- (א) ארצות-הברית
- (ב) אנגליה
- פרק ה: סיכום-ביניים
- פרק ו: העיקרון של הליך ראוי – מתווה דיוני לתיחום היחס בין עברת הלבנת ההון לבין עברת-המקור
1. הליך ראוי – כללי
2. הקשר לעברת-המקור – מצבים דיוניים אפשריים
3. ארצות-הברית ואנגליה – הליך ראוי והגינות דיונית
4. קשיים בהוכחת הקשר לעברת-המקור והעיקרון של הליך ראוי כמתווה לפתרון
- (א) פירוט מספיק בכתב האישום
- (ב) הוכחת היסודות הנדרשים לגיבוש הקשר לעברת-המקור
- (ג) נטל ההוכחה
- (ד) הזכות להתגונן
- פרק ז: סוף-דבר

מבוא

התפיסה העומדת מאחורי חקיקתו של חוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000,¹ היא תקיפה ישירה של הרווחים המופקים מפשיעה חמורה, אשר מתבטאת, באופן טיפוסי, בסחר בסמים,

1 ס"ח 293 (להלן: "החוק" או "חוק איסור הלבנת הון").

בהימורים, בזנות, בסחיטה, במרמה ובסוגים נוספים של עבריינות.² החקיקה בישראל בתחום זה משתבצת – באיחור יחסי – במגמה רחבה במישור הבינ-לאומי שהחלה להתפתח לפחות למן ראשית שנות התשעים של המאה העשרים.³ מגמה זו מונעת על-ידי ההנחה כי יסוד הרווח הוא המניע לרוב הפשעים המערבים תכנון מוקדם, ולפיכך הוא מחייב טיפול עצמאי ונפרד מצד רשויות החוק.⁴ הגישה הרווחת היא שכדי להילחם באופן אפקטיבי בהלבנת הון

2 ראו את דברי ההסבר להצעת חוק איסור הלבנת הון, התשנ"ט-1999, ה"ח 420 (להלן: "דברי ההסבר להצעת החוק").

3 הגוף הבינ-לאומי המוביל בנושא זה הוא ה-FATF (Financial Action Task Force), אשר הוקם ביולי 1989 בפריז על-ידי ארגון שבע המדינות המתועשות (G-7). נכון להיום חברות בו שלושים ושתיים מדינות ושני גופים בין-לאומיים, ביניהם מועצת האיחוד האירופי, וכן עשרים ושבעה גופים נוספים, משקיפים או נספחים. זהו גוף של policy making, שמטרתו לפתח ולקדם גופים במישור המדינתי והבינ-לאומי למלחמה בהלבנת הון ובמימון טרור. המסמך המרכזי שהוציא ה-FATF הוא "ארבעים המלצות", אשר נוסחו לראשונה בשנת 1990 ועברו תיקונים מאז בשנים 1996 ו-2003. המלצות אלה נועדו ליצור סטנדרטים בין-לאומיים למלחמה בהלבנת הון במישור האכיפתי-משפטי, במישור הפיננסי ובמישור של שיתוף-הפעולה הבינ-לאומי. בשנת 2001 פורסמו שמונה המלצות נוספות – שעליהן נוספה המלצה תשיעית באוקטובר 2004 – הנוגעות במלחמה במימון טרור. ראו www.fatf-gafi.org. כן ראו: JAMES RICHARDS, TRANSNATIONAL CRIMINAL ORGANIZATIONS, CYBERCRIME, AND MONEY LAUNDERING (1998); יעל גרוסמן ורוני בלקין איסור הלבנת הון להלכה ולמעשה 383-388, 503-549 (2003). שני מקורות משפטיים בין-לאומיים מרכזיים לחקיקה המדינתית בתחום זה הם אמנות וינה ופארמו של האו"ם: United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances 1988 (להלן: "אמנת וינה"); United Nations Convention Against Transnational Organized Crime (להלן: "אמנת פלרמו"). ישראל חתמה על אמנת וינה ב-20.12.1988, אולם היא נכנסה לתוקף לגבי ישראל רק ב-18.6.2002 (כ"א 1388, כרך 49). אמנת פלרמו אושרה על-ידי ישראל ב-14.12.2006 (טרם פורסמה בכתבי אמנה). המלצות ה-FATF נפתחות בס' 1 בקריאה למדינות להפלייל הלבנת הון על בסיס שתי אמנות אלה. ס' 2 להמלצות מפנה – לעניין היסודות העובדתי והנפשי בעברת הלבנת הון – לסטנדרטים שנקבעו בשתי האמנות. אחזור לנקודה אחרונה זו בהמשך (ראו להלן בטקסט הסמוך לה"ש 185). לסקירה תמציתית ראו גיורא עמיר "על חוק איסור הלבנת הון" מיסים טו(6) 83, 83-87 (2001). בהקשר האירופי שני המסמכים המרכזיים הם אמנת שטרסבורג (The Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure, and Confiscation of the Proceeds from Crime 1990; להלן: "אמנת שטרסבורג") והדירקטיבה האירופית משנת 1991, שתוקנה בשנת 2000 (The European Community Directive for the Prevention of the Use of the Financial System to Launder Suspect Funds 1991, 91/338EEC; להלן: "הדירקטיבה האירופית"). לסקירה מקיפה ראו: KRIS HINTERSEER, CRIMINAL FINANCE: THE POLITICAL ECONOMY OF MONEY LAUNDERING IN A COMPARATIVE LEGAL CONTEXT 123-167 (2002).

4 לנגד עיניהם של מנסחי החוק עמדה בעיקר התופעה של "מלחמה בעבריינות הסמים המסוכנים והפשע המאורגן". ברם, יש המצביעים על כך שהשגת הון ושליטה בו הן לא רק היעד

משפט ועסקים יא, התשס"ט – הלבנת הון: הזיקה לעברת-המקור והוכחתה לנוכח העיקרון של הליך ראוי

המופק מרווחי פשיעה – אשר מוטמע לעיתים באמצעים מתוחכמים, חוצי-גבולות, אל תוך המערכות הפיננסיות הלגיטימיות – יש צורך בשיתוף בין-מדינתי רחב וגלובלי, תוך חתירה לסטנדרטיזציה של חקיקה עונשית וחובות דיווח המוטלות על מוסדות פיננסיים ואחרים. סטנדרטיזציה זו נדרשת לשם סיכול של הלבנת הון הנעשית בדרך של העברת כספים למדינות-מקלט, אשר חסרות חקיקה מתאימה, אכיפה מתאימה או שתיהן.⁵

יתרה מזו, המאבק בהלבנת הון נתפס כקשור לשתי זרועות נוספות ועצמאיות: טרור ופשיעה מאורגנת. ראשית, למן פיגועי ה-11.9.2001 בארצות-הברית הושם דגש בהיותה של הלבנת הון אחד הכלים שארגוני טרור נעזרים בהם למימון פעילויותיהם.⁶ שנית, המאבק בהלבנת הון נתפס כאחד האמצעים האפקטיביים ללחימה של רשויות החוק בפשיעה המאורגנת וברווחיה.⁷ הלבנת הון נהפכה אפוא לתופעה שהקהילה הבין-לאומית נוקטת

המרכזי של רוב העברות החמורות המערבות הכנה, אלא "the lifeblood of the enterprise", ומכאן התפיסה של נטילת פירות העברה: in Barry Rider, *Taking the Profit Out of Crime*, in: PETER MONEY LAUNDERING CONTROL 1 (Barry Rider & Michael Ashe eds., 1996). השוו: ALLDRIDGE, MONEY LAUNDERING LAW 54–57 (2003), המציע מגבלות לעיקרון זה.

5 ראו רות פלאטו-שנער "הסודיות הבנקאית וחובת האמון על מזבח המלחמה בהלבנת הון – סקירה השוואתית" מאזני משפט ג 253 (2003–2004).

6 מייד בעקבות הפיגועים נחקק בארצות-הברית החוק Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT Act) Act of 2001, המכונה בקיצור ה-Patriot Act, אשר הרחיב, בין היתר, את רשימת עברות-המקור הנכללות ב-18 U.S.C. § 1956(c)(7) (Money Laundering Control Act of 1986) וכלל בה גם עברות הקשורות לתמיכה בטרור ולמימון. תיקון זה היתוסף על תיקון חלקי משנת 1996 שנעשה בכיוון זה על-ידי ה-Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act 1996, 104 P.L. 132, 110 Stat. 1214. הדיון ב-Patriot Act חורג ממסגרת רשימה זו. ראו: Christopher Boran, *Money Laundering*, 40 AM. CRIM. L. REV. 847, 869–871 (2003); Walter Perkel, *Money Laundering and Terrorism: Informal Value Transfer Systems*, 41 AMER. CRIM. L. REV. 183 (2004); Michael McCarthy, *Recent Development: USA Patriot Act*, 39 HARV. J. ON LEGIS. 435 (2002); גרוסמן ובלקין, לעיל ה"ש 3, בעמ' 418–426, HINTERSEER; לעיל ה"ש 3, בעמ' 417–449. ישראל חתמה על האמנה הבין-לאומית למניעת מימון טרור, כ"א 50, 592 (נחתמה ב-11.7.2000), אשר נכנסה לתוקף לגביה ב-12.3.2003, ובהמשך לכך נחקק חוק איסור מימון טרור, התשס"ה-2005, ס"ח 76. לסקירה תמציתית ראו גרוסמן ובלקין, לעיל ה"ש 3, בעמ' 457–468. כן ראו: Ruth Plato-Shinar, *The Israeli Legislation against Terrorist Financing*, 11 J. FIN. CRIME 366 (2004).

7 ראו אמנת פלרמו, לעיל ה"ש 3, ובארץ – את חוק מאבק בארגוני פשיעה, התשס"ג-2003, ס"ח 502 (להלן: "חוק מאבק בארגוני פשיעה"). הלבנת הון תוארה כ"עקב אכילס" של הפשע המאורגן, שכן רוב פעולות הלבנת הון של הפשיעה המאורגנת מחייבות קשר עם הכלכלה הלגיטימית, אשר חושף את העבריינים לסכנת לכידה על-ידי רשויות החוק. ראו: P. Bernasconi, *La Criminalite Organisee et d'Affaires Internationales*, in CHANGES IN SOCIETY, CRIME AND CRIMINAL JUSTICE IN EUROPE: A CHALLENGE FOR CRIMINOLOGICAL

נגדה אמצעים מרחיקי-לכת בשנים האחרונות,⁸ וחקיקת חוק איסור הלבנת הון במשפט הישראלי משתלבת כאמור בתופעה כללית-בין-לאומית זו.⁹ המונחים הגלויים לצעדי האכיפה והחקיקה נגד הלבנת הון לקוחים לעיתים משדה-הקרב,¹⁰ וייתכן שיש לכך בסיס לנוכח היקפה המדאיג של תופעה זו.¹¹ עם זאת, קשה להתכחש לכך שהפללה רחבה של פעילות ברכוש, בלוויית סנקציות עונשיות ורכושיות דרמטיות ואולי חסרות תקדים, שינתה חלק לא-מבוטל מפניו של המשפט הפלילי בישראל. אכן, עברת הלבנת הון נועדה ליצור מעגלים חוסמים ומוזהים סביב הפעילות בנכסים שמקורם בפשיעה. פשיעה זו היא המכונה "עבריינות-המקור".¹² ברם, ההתמקדות במעגלים הרחבים הסובבים סביב עבריינות-המקור מרחיבה בצידה את תחומי האחריות הפלילית אל מעבר לגבולות ששורטטו בעבר באופן מסורתי, בין היתר, על-ידי דיני השותפות או באמצעות קבוצת העברות של קבלת רכוש גנוב והחזקה בו.¹² יצוין כי ברקע החקיקה הנוגעת באיסור הלבנת הון בארצות-הברית עמדה מגמתו

EDUCATION AND RESEARCH, VOL II — INTERNATIONAL ORGANISED AND CORPORATE CRIME
GUY STESSENS, MONEY LAUNDERING: A NEW INTERNATIONAL LAW 12, (1995)
ENFORCEMENT MODEL 86 (2000).

8 שם.

9 ורו להשלמת הליכי החקיקה של החוק בארץ, שנמשכו שנים ארוכות, הייתה אזהרה שפרסם ה-FATF בשנת 2000 מפני הלבנת הון בישראל. האזהרה כללה את ישראל ב"רשימה שחורה" של חמש-עשרה מדינות שאינן משתפות פעולה נגד הלבנת הון. עם חקיקת החוק הוצאה ישראל מרשימה זו. ראו אצל פלאטו-שנער, לעיל ה"ש 5, בעמ' 256-257. הצל האמריקאי ניכר בהליכי החקיקה. כך, למשל, בפרוטוקול ישיבה מס' 146 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-15, 2 (3.7.2000), אשר דנה בסעיפי החוק, הזכיר יושב-ראש הוועדה חבר-הכנסת אמנון רובינשטיין את פנייתו של סגן שר האוצר האמריקאי לזרו את הליכי החקיקה. כן ראו פרוטוקול ישיבה מס' 11 של ועדת-המשנה לעניין הצעת חוק איסור הלבנת הון, התשנ"ט-1999, הכנסת ה-15, 1 (13.6.2000).

10 ראו, למשל, פס' 7 לאמנת פלרמו, לעיל ה"ש 3.

11 גרוסמן ובלקין, לעיל ה"ש 3, בעמ' 426, מצביעות על נתונים שפרסם ה-IMF (International Money Fund) בשנת 2002 שלפיהם היקף הלבנת הון בעולם נע בין 2% ל-5% מהתוצר הגולמי הלאומי (2002 National Money Laundering Strategy). עם זאת, נראה כי ראיית התופעה של הלבנת הון גם ככלי למימון טרור היא שהביאה, במיוחד למן פיגועי 2001, לידי הרחבה והחרפה של הצעדים המשפטיים והאכיפתיים בתחום זה במישור הבין-לאומי, בניצוחה של ארצות-הברית. ראו גם HINTERSEER, לעיל ה"ש 3, בעמ' 449-467; Rowan Bosworth—Davies, *The Influence of Christian Moral Ideology in the Development of Anti-Money Laundering Compliance in the West and Its Impact, post 9-11, upon the South Asian Market: An Independent Evaluation of a Modern Phenomenon*, 11 J. MONEY LAUNDERING CONTROL 179, 185 (2008). לביקורת על הגישה האמריקאית האגרסיבית ראו: MARGARET BEARE & STEPHEN SCHNEIDER, MONEY LAUNDERING IN CANADA 296-300 (2007).

12 Jimmy Gurule, *The Money Laundering Control Act of 1986: Creating a New Federal*

משפט ועסקים יא, התשס"ט – הלבנת הון: הזיקה לעברת-המקור והוכחתה לנוכח העיקרון של הליך ראוי

של הקונגרס להשלים את הפער בין המשפט הפלילי לבין דפוסים חדשים ומתוחכמים של פשיעה, ולהפליל התנהגות שלא הייתה פלילית בעבר. הכוונה במסגרת זו הייתה להפליל לא רק מלביני הון מקצועיים, שהלכו והתרבו בשירות הפשיעה המאורגנת, אלא גם ספקי שירותים פיננסיים – כגון בנקאים, עורכי־דין, רואי־חשבון ועוד – אשר ידעו ואף העלימו עין מכך שהכספים שבהם טיפלו מקורם בפשיעה.¹³ הרחבה זו – ויש שיאמרו הרחבת־יתר זו – מעוררת שאלות בעלות היבטים חוקתיים, ביניהן מידת השמירה הראויה מפני פגיעה בעקרונות־יסוד מסורתיים בדיני עונשין. שאלות אלה ראויות בוודאי לדיון ולליבון נוספים מעבר למסגרתה של רשימה זו.¹⁴

ברשימה זו אתמקד בסוגיה אחת, והיא שאלת הקשר בין עברת הלבנת הון לבין עברת־המקור. אבחן את אמות־המידה להוכחת מקורו האסור של הרכוש שבו נעשתה פעולה של הלבנת הון. אבקש לבחון שלוש שאלות מרכזיות.

1. מהי אמת־המידה להוכחת מקורו האסור של הרכוש במישור העובדתי?
2. מהי אמת־המידה האמורה במישור הנפשי־ההכרתי?
3. מהם הקשיים המהותיים והדיוניים העלולים להתעורר לנוכח היחס האמור בין צמד העברות?

שלוש שאלות אלה יידונו בפרקים ב עד ה. ניסיון לתת מענה לחלק מהקשיים, בעיקר בהיבט הדיוני, ייערך בפרק ו. סדר הדיון יהיה כדלקמן:

ראשית, אעמוד על כך שמקורו הפלילי של הרכוש מושא העברה – או במילים אחרות, הזיקה לעברת־המקור – הוא סוגיה מרכזית בגדרה של עברת הלבנת הון. אצביע על מגמות ראשוניות בפסיקה ובספרות בארץ בשאלת היחס בין צמד העברות (פרקים א–ג).

שנית, אבקש לנתח את היחס האמור ביתר פירוט (פרק ד). במסגרת זו אבקש לאפיין את הזיקה בין עברת הלבנת הון לבין עברת־המקור בהתאם לשתי אמות־מידה מבניות: היקף הזיקה לתחום "העברות המגדירות" ויחס הזמנים בין שתי העברות. באופן קונקרטי

Offense or Merely Affording Federal Prosecutors an Alternative Means of Punishing Specified Unlawful Activity? 32 AM. CRIM. L. REV. 823, 853 (1995); *United States v. Edgmon*, 952 F.2d 1206, 1213–1214 (10th Cir. 1991) (להלן: פרשת Edgmon) (ציטוט דוח של הקונגרס שלפיו הכוונה הייתה ליצור עברה פדרלית חדשה נגד הלבנת הון, שתאפשר ענישה נוספת, ולא חילופית לענישה על עברות־המקור).

- 13 בארץ נשללה במפורש עצימת־עיניים בס' 4 לחוק. ראו להלן ה"ש 48 והטקסט הסמוך לה.
- 14 ניתן לגרוס כי חקיקתו של חוק איסור הלבנת הון משקפת העדפה של מה שמכונה "מודל של אכיפה" (Crime Control) על "מודל של הליך ראוי" (Due Process). ראו את שני המודלים הידועים של פקר: HERBERT PACKER, *THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION* (1968). ליישום עדכני של שני המודלים בדיני החקירה, האונת־הסתר והמעצר בארץ, ראו חגית לרנאו "יישום מבחין – תיאוריה ומעשה בתחום סמכויות החקירה וזכויות החשודים" עלי משפט ו 105 (2007). הצגת טיעון רחב יותר בהקשר זה חורגת מנושא הרשימה. עם זאת, בחלקה האחרון של הרשימה (פרק ו) איעזר בעקרון ההליך הראוי ככלי לשרטוט אמות־מידה בדין הראייתי להוכחת הקשר לעברת־המקור.

יותר, אציע לראות את הויקה בין עברת הלבנת ההון לבין עברת-המקור כבנויה משתי חוליות: עובדתית (הוכחת קשר לעברת-מקור כעניין שבעובדה) ונפשית-הכרתית (ידיעתו של הנאשם כי הרכוש הוא "רכוש אסור" הקשור לעברה, ולו גם לעברה כלשהי). אציע כי המבנה המתואר בן שתי החוליות ניתן לאימוץ בהוראת סעיף 5 לחוק. כן אציג מבט משווה של הדין הזר (ארצות-הברית ואנגליה) בשאלת היחס בין צמד העברות. שלישית, אציג סיכום ביניים של הדיון, תוך השוואה בין החוק המקומי לבין הדין הזר שהובא, וניתוח היחס בין צמד העברות (פרק ה).

לבסוף, בחלקה האחרון של הרשימה (פרק ו), אציע את העיקרון של הליך ראוי כמתווה להתגנה על זכויותיו של הנאשם בהליך הפלילי אל מול כמה מהקשיים שמעורר היחס בין עברת הלבנת ההון לבין עברת-המקור בהתאם למודל של החוק הישראלי. אציג מתווה זה בחלוקה לארבע סוגיות: שמירה על פירוט מספיק בכתב האישום; הוכחת היסודות הנדרשים לגיבוש הקשר לעברת-המקור; הישמרות מפני היפוך נטל ההוכחה; ושמירה על זכותו של הנאשם – או של כל אדם לצורך העניין – להתגונן מפני אישומים המיוחסים לו.

פרק א: העברה של הלבנת הון – כללי

הלבנת הון, לפי הנוסח המוצע בדברי ההסבר לחוק, היא "עשיית פעולה ברכוש, לעתים באמצעות המערכת הפיננסית, במטרה להטמיע רכוש, שמקורו בפעילות עבריינית, בתוך רכוש הנושא אופי חוקי ותמים, תוך טשטוש מקורו הבלתי חוקי של הרכוש".¹⁵ נטרול יסוד הרווח מעסקות עברייניות נועד לשרת מטרה כפולה: הוצאה מהמחזור של הון שהיה עלול לשמש למימון חוזר של פעילות עבריינית נוספת, וביטול או לפחות הקטנה של התמריץ לעבור את העברה.¹⁶ במסגרת זו החוק מכוון גם למנוע הברחה של הרכוש למעגלים חיצוניים שאינם קשורים באופן ישיר לפעילות העבריינית. בכלל זה החוק מבקש, כפי שכבר צוין, להילחם בתופעה של הלבנת הון הנעשית באמצעות העברות בין מדינות, ומטיל לשם כך שורה של חובות דיווח על נותני שירותים פיננסיים. במסגרת החוק אף ניתנו לבתי-המשפט סמכויות חילוט רכוש מרחיקות-לכת.¹⁷

דברי ההסבר מזכירים את הביטויים "רכוש שמקורו בפעילות עבריינית", "מקורו

15 דברי ההסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 2, בעמ' 420. אחת ההגדרות מציעה כי הלבנת הון היא התהליך המגשר על הפער שבין העולם העברייני לבין שאר החברה (מובא אצל HINTERSEER, לעיל ה"ש 3, בעמ' 11). כן ראו, למשל: Tracy Tucker Mann, *Money Laundering*, 44 Am. Crim. L. Rev. 769, 769–770 (2007).

16 דברי ההסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 2, בעמ' 420–421.

17 היבטים אלה חורגים ממסגרת הדיון. לסקירה ראו גרוסמן ובלקין, לעיל ה"ש 3, פרקים 6 ו-8; גיל בריצמן ושריג דמארי איסור הלבנת הון שער רביעי (2003).

משפט ועסקים יא, התשס"ט – הלבנת הון: הזיקה לעברת-המקור והוכחתה לנוכח העיקרון של הליך ראוי

הבלתי חוקי של הרכוש", "מקורם האסור של הכספים", "מקורו העברייני [של הרכוש – ג' ע'"] ועוד. הפעילות העבריינית שהרכוש קשור אליה היא אם כן התופעה האנטי-חברתית שהחוק נועד למגר, והוא מכוון לעשות כן באמצעות נטרול הרווחים המופקים מפעילות זו. בפרשת שם טוב¹⁸ כתב אומנם השופט חשין כי "תכלית החוק היא, בעיקרה, לחלט לאוצר המדינה אותם כספים שהחוק רואה בהם כספים אסורים".¹⁹ אולם בהמשך דבריו הפנה השופט חשין בהסכמה לדברי הערכאה הדיונית באותו מקרה כי המאבק בהלבנת הון "אינו מטרה בפני עצמה, אלא אמצעי מרכזי להשגת המטרה של מאבק בעבריינות הסמים המסוכנים ובפשע המאורגן".²⁰ בדומה לכך ציין השופט טירקל בפרשת איסקוב²¹ כי הלבנת הון היא "פעילות פלילית הכרוכה בפשע המאורגן והמסכנת את החברה, את הכלכלה ואת אזרחי המדינה. כדי להילחם בתופעה זאת ולמגרה נחקק חוק איסור הלבנת הון".

רציונלים אלה מיתרגמים במונחים שנקבעו בחוק, כמובהר להלן, להוכחת קשר של הרכוש לעברה מרשימת העברות שבתוספת הראשונה לחוק.²² חוק איסור הלבנת הון קובע שלוש עברות עיקריות: שתי חלופות של עברת הלבנת הון (סעיפים 3(א) ו-3(ב) לחוק) ועברה של פעולה ברכוש אסור (סעיף 4). עברת הלבנת ההון הקלסית מופיעה בסעיף 3(א) לחוק, הקובע עונש מרבי של עשר שנות מאסר לאדם –

"העושה פעולה ברכוש, שהוא רכוש כאמור בפסקאות (1) עד (3) (בחוק זה – רכוש אסור), במטרה להסתיר או להסוות את מקורו, את זהות בעלי הזכויות בו, את מיקומו, את תנועותיו או עשיית פעולה בו..."

סעיף 4 לחוק קובע עונש מרבי של שבע שנות מאסר לאדם –

18 ע"א 9796/03 שם טוב ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 397 (2005) (להלן: פרשת שם טוב).

19 שם, פס' 1 לפסק-דינו של השופט חשין.

20 שם, פס' 23 לפסק-דינו של השופט חשין.

21 בש"פ 10157/03 איסקוב נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 1.12.2003) (להלן: פרשת איסקוב).

22 התוספת הראשונה לחוק כוללת עשרים פריטים, ביניהם עברות לפי פקודת הסמים (למעט שימוש עצמי); סחר בלתי-חוקי בנשק; עברות הקשורות למעשי זנות; עברות מכירה והפצה של חומר תועבה; עברות הימורים; עברות שוחד; עברות של רצח וניסיון לרצח; עברות של פגיעה בחירות וברכוש; עברות שונות הקשורות לגנבת רכב, לקבלת רכב או חלקים גנובים ולסחר בהם; עברות מרמה שונות; עברות זיוף; עברות לפי חוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986, ס"ח 187, וחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, ס"ח 234; עברות של הברחת טובין; עברות של הפרת זכויות יוצרים; עברות על חוק מס ערך מוסף שנעברו בנסיבות מחמירות; עברות לפי חוק מאבק בארגוני פשע; עברות של הלבנת הון לפי ס' 3 לחוק שמקורן באחת העברות המפורטות בתוספת עצמה; וכן עברת קשר לעבור את אחת העברות שבתוספת. עברות-המקור שבתוספת נתונות לשינוי בצו מנהלי על-ידי שר המשפטים, בהתייעצות עם השר לבטחון פנים (ראו ס' 33 לחוק).

"העושה פעולה ברכוש, בידיעה שהוא רכוש אסור, והוא מסוג הרכוש המפורט בתוספת השניה ובשווי שנקבע בה... לענין סעיף זה, 'ידיעה' - למעט עצמית עיניים כמשמעותה בסעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין".²³

להבדיל מסעיפים 3(א) ו-4, המדברים על "רכוש אסור", סעיף 3(ב) לחוק (העוסק בפעולה ברכוש או במסירת מידע כוזב במטרה למנוע דיווח או כדי לגרום לדיווח לא-נכון) מדבר על כל רכוש, ולא דווקא על רכוש אסור.²⁴ כך גם פורש סעיף 3(ב) בפסיקה.²⁵ ברם, לנוכח העובדה שסעיף 3(ב) אינו דורש הוכחה בדבר קשר בין הרכוש לבין מקור אסור, הרף העונשי שנקבע בצידו, אשר זהה לזה שנקבע בסעיף 3(א) (עד עשר שנות מאסר), נראה כתקלה מצד המחוקק. אכן, על תקלה זו כבר הגיבה הפסיקה בקריאה למחוקק לתקנו ולקרבו לרף העונשי - הנמוך באופן משמעותי - הקבוע בעברות אחרות של הפרת חובת דיווח הנכללות בחוק.²⁶ גישת הפסיקה בנקודה זו מחזקת את העמדה שיש חשיבות רבה לשאלת מקורו של הרכוש, שכן נראה שבית-המשפט העליון לא היה מוכן להשלים עם ההקבלה שיצר המחוקק בין סעיף 3(ב) לבין סעיף 3(א) לחוק. בית-המשפט התקשה - ודומה שמטעם ראוי - לקבל שפעולה ברכוש שלא הוכח מקור אסור שלו, אף אם נעשתה מתוך מטרה לא לדווח או לגרום לדיווח לא-נכון, תיחשב מקבילה בחומרתה לעברה הדורשת הוכחת קשר של הרכוש למקור אסור.

בעקבות הערותיו של בית-המשפט העליון הוגשה לכנסת בשנת 2007 הצעה לתיקון חוק איסור הלבנת הון,²⁷ שבה הוצעה, בין היתר, רויזיה לסעיף 3. ההצעה מותירה על כנו את סעיף 3(א) - סעיף-הליבה של עברת הלבנת הון - ומציעה לפצל את סעיף 3(ב) לשלוש דרגות שונות של חומרה: הראשונה, עברה שעונשה המרבי חמש שנות מאסר ועניינה בעשיית פעולה ברכוש כלשהו, גם אם לא הוכח מקור אסור, ואשר תכליתה הגנה על משטר הדיווחים הקבוע בחוק;²⁸ השנייה, עברה של מסירת מידע כוזב לגבי רכוש אסור, שעונשה המרבי עשר שנות מאסר;²⁹ והשלישית, עברת-ביניים, שעונשה המרבי שבע שנות מאסר, המתייחסת לעברה לפי סעיף 3(ב)(1), שעניינה כאמור בהפרת חובת דיווח ללא הוכחת מקור אסור. עברת-ביניים זו מפנה לשש נסיבות מחמירות, ביניהן "טיב הרכוש שלגביו

23 התוספת השנייה כוללת סוגי ציוד מסוימים בשווי של 120,000 ש"ח ומעלה, וכן כספים בשווי של יותר מ-400,000 ש"ח.

24 ס' 3(ב) אוסר פעולה ברכוש או מסירת מידע כוזב (לרבות אי-מסירת עדכון) במטרה למנוע דיווח כנדרש בחוק לגבי נותני שירותים פיננסיים (ס' 7) או בעת כניסה לארץ או יציאה ממנה (ס' 9).

25 פרשת שם טוב, לעיל ה"ש 18.

26 שם, ראו במיוחד את פסק-דינה של השופטת חיות. ס' 10 לחוק קובע כי המפר חובת דיווח על כספים בשעת הכניסה לישראל או ביציאה ממנה לפי ס' 9 לחוק, דינו עד שישה חודשי מאסר.

27 הצעת חוק איסור הלבנת הון (תיקון מס' 7), התשס"ז-2007, ה"ח 748.

28 שם, ס' 3(ב)(1).

29 שם, ס' 3(ב)(2).

משפט ועסקים יא, התשס"ט – הלבנת הון: הזיקה לעברת-המקור והוכחתה לנוכח העיקרון של הליך ראוי

נעברה העבירה ומקורו". נראה כי הסיפא לגבי מקורו של הרכוש מאפשר טווח תנועה בין מצב שבו אין הוכחה של מקור אסור לבין מצב ביניים כלשהו שבו מוכח קשר למקור אסור אך לא ברור מה טיבו. כן מוצע שם להוסיף אמת-מידה רביעית להגדרת רכוש אסור המצויה בסעיף 3(א) לחוק, והיא "רכוש שנעברה בו עבירה", כדי להתאימה לסעיף 21(א) העוסק בחילוט רכוש בהליך פלילי.

ברשימה זו אעסוק בקשר שבין הרכוש האסור לבין עברת-המקור, ואתמקד לפיכך בסעיפים 3(א) ו-4 לחוק.

ההבדל המרכזי בין שני הסעיפים הוא, בראש ובראשונה, ביסוד הנפשי הנדרש, המקרין גם על הרדיוס השונה של שתי העברות ביחס לעברת-המקור. סעיף 3(א) דורש מטרה להסוות או להסתיר את מקורו של הרכוש וכולי, בעוד סעיף 4 מסתפק בידיעה שהרכוש אסור. סעיף 3(א) מגדיר את עברת הלבנת ההון החמורה יותר, והפרקטיקה מלמדת שהוא מכונן בדרך-כלל (אם כי לא בהכרח) למבצע עברת-המקור או לשותפים במעגלים קרובים הפועלים במטרה להסוות או להסתיר את הרכוש שמקורו בעברה.³⁰ סעיף 4, לעומת זאת, מכונן גם להפללת מעגלים רחבים יותר של נותני שירותים, שאינם קשורים בהכרח לעברת-המקור, ואשר חסרים יסוד נפשי של מטרה להסוות או להסתירו, אולם יודעים שמקורו של הרכוש שבו ביצעו פעולה הוא בעברה.

מהו אפוא רכוש אסור? פסקות (1) עד (3) בסעיף 3(א) לחוק מדברות, בהתאמה, על "רכוש שמקורו, במישרין או בעקיפין, בעבירה", "רכוש ששימש לביצוע עבירה" או "רכוש שאיפשר ביצוע עבירה" (ההדגשות הוספו).³¹ סעיף 2 לחוק, שכותרתו "עבירת מקור", קובע כי "בפרק זה, 'עבירה' [משמעה] עבירה כמפורט בתוספת הראשונה". גם סעיף 4 לחוק נסמך למעשה על הגדרת "רכוש אסור" שבסעיף 3(א) כאמור.

הקביעה כי מדובר ב"רכוש אסור" תלויה אם כן בהוכחת זיקה של הרכוש ל"עברה" מבין העברות המפורטות בתוספת הראשונה. מאידך גיסא, הרשעת הנאשם בעברת-המקור אינה

30 בחינת הפסיקה בארץ מלמדת כי ברוב המקרים יוחסו עברות-מקור לנאשמים בהלבנת הון, וזו גם הסטטיסטיקה בארצות-הברית (ראו להלן ה"ש 157). על ההבחנה בין נאשם בהלבנת הון שמיוחסת לו גם עברת-מקור לבין צדדים שלישיים ראו גם: Rachel Ratliff, *Third-Party Money Laundering: Problems of Proof and Prosecutorial Discretion*, 7 STAN. L. & POL'Y REV. 173 (1996).

31 בהצעת החוק הוצע סעיף קטן רביעי, שהושמט מהנוסח הסופי, שלפיו מדובר גם ב"רכוש אחר המעורב ברכוש כאמור בפסקאות (1) עד (3)" (דברי ההסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 2, בעמ' 423). מכאן ואילך אתייחס לשלוש החלופות הללו, לצורך הנוחות, במונח הכללי יותר "רכוש הקשור לעברה", הגם שאדון ביתר פירוט בשלוש החלופות אגב ניתוח החוליה העובדתית של הקשר לעברת-המקור (בתת-פרק 2 להלן). אגב, המונח "רכוש הקשור לעברה" מופיע בהקשר של הליכי חילוט פלילי ואזרחי לפי חוק מאבק בארגוני פשיעה התשס"ג-2003, ס"ח 502 (ראו ס' 5, 7 ו-14), והגדרתו דומה לזו שבחוק איסור הלבנת הון, אם כי רחבה במעט (ההגדרה בס' 1 לחוק מאבק בארגוני פשיעה כוללת גם רכוש שיועד לביצוע עברה וכן רכוש שיועד להיות שכר ביצוע עברה).

תנאי להרשעתו בעברת הלבנת הון, שכן החוק עוסק בעברות-המקור אך ורק באופן אגבי, כפי שעמדה על כך הפסיקה.³²

ברם, עובדה זו מעוררת קושי, העומד ביסוד רשימה זו. החוק יוצר זיקה בין עברת הלבנת הון לבין עברה נפרדת, קודמת בדרך-כלל, היא עברת-המקור, המכונה לעיתים גם "עברה מגדירה". אולם הוכחת מקורו הפלילי של הרכוש אינה נעשית בהליך פלילי ישיר ורגיל כמקובל, אלא כרכיב נסיבתי בעברת הלבנת הון. החוק והפסיקה אינם דורשים העמדה לדין בגין עברת-המקור שהרכוש האסור קשור אליה, וממילא אינם דורשים הרשעה בה. המבנה המיוחד הזה של חוק איסור הלבנת הון מכונה גם "יחס קורלטיבי", כפי שאבהיר מיד. כלומר, עברת הלבנת הון היא עברה קורלטיבית לעברת-המקור המגדירה. במה מתבטא הקושי האמור, דהיינו, הניתוק בין הוכחת הקשר לעברת-המקור לבין מסלול דיוני עצמאי שבסופו זיכוי או הרשעה?

המונח "עברה" קשור לפי לשונו וטיבו ל"הרשעה". כפשוטם של דברים, נאמר כי הוכח שאדם עבר עברה רק אם הוא הורשע על-ידי בית-המשפט בעברה. כדי לקבוע שאדם אשם בעברה, קיימים בסדרי המשפט הפלילי שורה של כללים והגבלות שנועדו להבטיח את זכותו להליך ראוי: על התביעה להגיש כתב אישום, לזמן עדים ולהציג את הראיות הרלוונטיות לפני בית-המשפט; ולנאשם קמה זכות להתגונן מפני האישום, להטיל ספק בראיות התביעה ולהביא ראיות מטעמו. רק בסיומו של הליך ראוי אמור בית-המשפט לפסוק אם הוכחה אשמתו של הנאשם מעל לספק סביר.

במסגרת חוק איסור הלבנת הון, לעומת זאת, הוכנס כאמור הצירוף "רכוש אסור" (הקשור לעברת-המקור) כרכיב נסיבתי בעברות לפי סעיפים 3(א) ו-4 לחוק, וזאת בהתאם לאחת משלוש החלופות שבסעיף 3 לחוק. הגדרת "רכוש אסור" אינה אומרת לנו למעשה הרבה, זולת קשירת המונח לעברה. אולם כיצד מוכח קשר לעברה ללא הליך דיוני שבסופו זיכוי או הרשעה?

ניתן לשאול בהקשר זה שתי שאלות. ראשית, במישור העובדתי, מהי אמת-המידה לקביעה שיפוטית כי הוכח שהרכוש שבו ביצע הנאשם פעולה הוא רכוש אסור הקשור לעברה? האם הפניית המחוקק בסעיף 3(א) לעברה – ומכאן, על-פי סעיף 2, לרשימת העברות שבתוספת – משמעה שיש הכרח בהרשעה בעברת-מקור? המצב נראה פשוט יותר כאשר מייחסים לנאשם בהלבנת הון גם את עברת-המקור, וזו מתבררת בדיון גופו, אולם מהי אמת-המידה להוכחתה כאשר זו מיוחסת לאחר או לאחרים? מה הדין מקום שמיוחס

32 "עניינו של החוק אין הוא בעבירות המקור עצמן; אלו תטופלנה בדרך הרגילה: העבריינים יישאו בעונש כהוראות הקודקס הפלילי הרגיל, ומי שיצאו זכאים ייפטרו לביתם. עניינו של החוק הוא אך בפירות אותן עבירות מקור ובכספים וברכוש ששימשו את ביצוען או שאפשרו אותו" (דברי השופט חשין בפרשת שם טוב, לעיל ה"ש 18, בעמ' 401). ראו גם אצל: EDWARD REES & ANDREW HALL, BLACKSTONE'S GUIDE TO THE PROCEEDS OF CRIME (2003), Act 2002, 99 "It is knowledge or suspicion of the illegitimacy of the property which triggers offences, rather than knowledge or suspicion of the criminal activities of a person with whom the defendant is dealing" בס' 4 לחוק הישראלי נשללה כאמור עצימת-ענינים.

משפט ועסקים יא, התשס"ט הלבנת הון: הזיקה לעברת-המקור והוכחתה לנוכח העיקרון של הליך ראוי

לנאשם קשר לעברת-מקור מבלי להעמידו לדין בגינה? מהי אמת-המידה לקביעה כי הוכח קשר של הרכוש לעברה? שנית, במישור הנפשי-ההכרתי, מהי הידיעה הנדרשת מצידו של הנאשם בדבר היות הרכוש קשור לעברה ולפיכך אסור?

תשובה מסוימת לשאלה השנייה אמור לספק סעיף 5 לחוק, הקובע כי "לענין סעיפים 3 ו-4 די אם יוכח שעושה הפעולה ידע כי הרכוש הוא רכוש אסור, גם אם לא ידע לאיזו עבירה מסוימת קשור הרכוש". עם זאת, כפי שאציע בהמשך, סעיף זה עוסק רק במישור היחס הנפשי-ההכרתי של הנאשם למקורו האסור של הרכוש, ואינו מבטל את הצורך להידרש, כעניין מקדמי, להוכחת קשר עובדתי בין הרכוש לבין עברת-מקור. יתר על כן, אף בהיבט של היחס הנפשי-ההכרתי אין בו כדי לתרום להבהרה מדויקת של הדברים, כפי שאפרט בהמשך. כעת, לאחר הצגת השאלות, אפתח את הדין בניתוח היחס שבין צמד העברות.

פרק ב: מקורו הפלילי של הרכוש כיסוד מרכזי בעברה

בפרק זה אבקש להבהיר מדוע הוכחת מקורו הפלילי של הרכוש שבו נעשתה פעולה היא מרכיב כה מרכזי בעברה. ראשית, אבהיר את טיבה של הזיקה לעברת-המקור. שנית, אטען כי הפעילות ברכוש כשלעצמה אינה בהכרח התנהגות שהיא אפשר לראותה כעברה אלמלא זיקתה לעברת-המקור. במילים אחרות, הצירוף "הלבנת הון" אינו יותר מאשר כותרת מעורפלת למדי לפעולה ברכוש, ומה שמקנה לפעולה את הגוון האסור הוא מקורו הפלילי של הרכוש, או במילים אחרות – זיקתו לעברת-המקור.

1. הזיקה לעברת-המקור – כללי

לצורך הבנת הזיקה המיוחדת שבין עברת הלבנת ההון לבין עברת-המקור ניתן להיעזר, בהתאמה, בצמד המונחים "עברה קורלטיבית" אל מול "עברה מגדירה". לפי ההבחנה הכללית שהציע פרופ' פלר, עברה קורלטיבית היא מסוג העברות "שמותנות, לפי הגדרותיהן, בזיקה מסוימת לעבירה אחרת".³³ עברת הלבנת ההון (לפי סעיפים 3 ו-4 לחוק) היא אפוא עברה קורלטיבית המותנית, לפי הגדרתה, בזיקתה לעברת-המקור. בכך היא דומה באורח כללי לעברות קורלטיביות אחרות בחוק העונשין, כגון קשירת קשר (סעיף 499 לחוק העונשין, תשל"ז-1977),³⁴ אי-מניעת פשע (סעיף 262 לחוק העונשין) או קבלת נכסים שהושגו בפשע או בעוון (סעיפים 411-412 לחוק העונשין).

33 ראו ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך ג 87 (1992). "העברה האחרת" מכונה לעיתים בספרות "עברה מגדירה". עברת-המקור בחוק איסור הלבנת הון היא למעשה מקרה פרטי של עברה מגדירה לעברה הקורלטיבית (הלבנת ההון).

34 ס"ח 226 (להלן: חוק העונשין).

עם זאת, קיים מאפיין מסוים של היחס בין עברת הלבנת ההון לבין עברת המקור שאינו טיפוסי לעברות קורלטיביות אחרות. מאפיין זה הוא היות עברת הלבנת ההון חמורה יותר לעיתים קרובות מעברת המקור המגדירה, וזאת להבדיל מיחס החומרה האופייני בין עברה קורלטיבית לבין עברה מגדירה, שלפיו העברה הראשונה משנית וחמורה פחות בהשוואה לשנייה. כפי שמציין פלר, במקרה הטיפוסי הרגיל –

”מרכז הכובד, מבחינת האנטי-חברתיות שבעבירה קורלטיבית, ניצב במהות העבירה שזיקת העבירה הקורלטיבית אליה מפלילה אותה, ובחומרתה של אותה עבירה. האיסור על העבירה הקורלטיבית נועד לשמש הגנה לערך החברתי הנפגע או העלול להיפגע על-ידי אותה עבירה.”³⁵

אומנם, כפי שמציין פרופ' פלר, קיימות בחוק העונשין עברות שהן חמורות יותר מהעברות שהן מותנות בהגדרתן ואף על-פי-כן הן מכוונות "עברות קורלטיביות". לדוגמה, עברת רצח לפי סעיף 300(א)3 לחוק העונשין היא עברה קורלטיבית בכך שהיא מותנית בביצועה תוך כדי ביצוע עברה אחרת.³⁶ עם זאת, הדוגמה האחרונה היא חריגה, משום שעל-פי-רוב העברה הקורלטיבית, הגם שהיא עברה עצמאית, טפלה מבחינת חומרתה לעברה המגדירה. כך, עברת הקשר טפלה בדרך-כלל לעברה מושא הקשר, העברה של אי-מניעת פשע טפלה בדרך-כלל לעברת הפשע וכולי. טפלות זו באה לידי ביטוי לעיתים גם בעונש הקבוע בצד העברה הקורלטיבית בהשוואה לזה הקבוע בצד העברה המגדירה.³⁷ מסיבה זו אף הציע פרופ' פלר לקבוע בחוק סייג כללי שלפיו העונש שייקצב לכל עברה קורלטיבית לא יעלה על העונש שנקבע בחוק לעברה המגדירה.³⁸

מאידך גיסא, עברת הלבנת ההון אינה טפלה במקרה הטיפוסי לעברת המקור, והיא עשויה להיות שוות-ערך לה או אף חמורה ממנה. זאת, משום שהענישה בגין עברות-מקור רבות מבין אלה הנכללות בתוספת לחוק קלה מהענישה המרבית של עשר שנות מאסר ושבע שנות מאסר הקבועה, בהתאמה, בגין העברות לפי סעיף 3(א) ו-4 לחוק. הקשר לעברת המקור שאנו עוסקים בו מצוי בגדרו של הרכיב הנסיבתי של "רכוש אסור". ראוי אם כן לשים לב כי מדובר במבנה של עברת הלבנת הון הנסמכת – לגבי רבות מהעברות שבתוספת לחוק – על בסיס צר של עברת-מקור קלה יותר, להבדיל מהיחס האופייני בין עברה קורלטיבית לבין עברה מגדירה.

35 פלר, לעיל ה"ש 33, בעמ' 89.

36 שם, בעמ' 87.

37 למשל, העונש בגין עברת קשר לעשיית פשע הוא מאסר שבע שנים או העונש שנקבע לאותה עברה, לפי העונש הקל יותר; ואם העברה היא עוון – מאסר שנתיים או העונש שנקבע לאותה עברה, לפי העונש הקל יותר (ס' 499 לחוק העונשין). ראו גם ע"פ 7068/98 חכמי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(3) 582, 598-599 (1999) (ההלכה שאין להטיל עונשים נפרדים בגין עברת הקשר ובגין העברה מושא הקשר).

38 פלר, לעיל ה"ש 33, בעמ' 90.

משפט ועסקים יא, התשס"ט הלבנת הון: הזיקה לעברת-המקור והוכחתה לנוכח העיקרון של הליך ראוי

2. הזיקה בין הפעולה ברכוש לבין עברת-המקור

חידוד היחס בין עברת הלבנת ההון לבין עברת-המקור בעזרת צמד המונחים "עברה קורלטיבית" ו"עברה מגדירה", כפי שנעשה לעיל, מספק נקודת מוצא לניתוח הזיקה בין הפעולה ברכוש לבין עברת-המקור. למעשה, לא הפעולה ברכוש כשלעצמה היא שמקנה בהכרח את הגוון הפלילי לעברת הלבנת ההון, אלא זיקתו של הרכוש מושא הפעולה לעברת-המקור, ההופכת אותו לרכוש אסור.

כאמור, תכליתו של חוק איסור הלבנת הון היא להיאבק בפעולות הנעשות להטמעת רכוש שמקורו בפעילות עבריינית אסורה. אלא שהגדרת הצירוף "הלבנת הון" בשפה הרגילה אינה פשוטה. ראשית, ככל שהביטוי "הלבנת הון" נקשר מבחינה אינטואיטיבית להסתרת רכוש, ספק אם יש באינטואיציה זו כדי לקדם אותנו בביאור המונח. כך, למשל, יש הטוענים כי עצם השמירה החשאית על רכוש אינה בלתי-מוסרית, ולעיתים היא אף מועילה, כל עוד היא אינה קשורה לפעילות בלתי-חוקית.³⁹ שנית, המונח "הלבנת הון" נועד אומנם להצביע בדרך-כלל, לפי מובנו הרגיל, על טרנספורמציה של נכסים שמקורם בפעילות עבריינית לנכסים לגיטימיים, אולם אין זה בהכרח כך.⁴⁰ קיימות פעולות של הלבנת הון שמקורן אינו קשור לפעילות עבריינית, והקביעה כי מדובר בהלבנת הון טעונה הערכה נורמטיבית, אשר נקבעת לעיתים בדיעבד ותלויה בנסיבות.⁴¹

נראה אפוא כי אין בביטוי "הלבנת הון" כשלעצמו כדי להבהיר במדויק את גבולות העברה אלא מתוך זיקתו לעברת-המקור, היא העברה המגדירה, בהתאם ליחס שעליו כבר עמדתי לעיל. דומה כי הפעולות הנעשות ברכוש כשלעצמן, במנותק מהיות הרכוש אסור (קרי, מזיקתו לעברת-המקור), אינן נחוצות בהכרח כפעולות שניתן לקושרן באופן טבעי לקבוצת העברות המרושעות "הקלסיות" של *mala in se*, אשר מקובל להניח כי קיימת

39 HINTERSEER, לעיל ה"ש 3, בעמ' 12.

40 יש המצביעים על השימוש בהקשר של הלבנת הון בשלושת הביטויים "hot", "grey money", "dirty money" ו"money" כהוכחה לכך שהמונח "הלבנת הון" חובק תחום רחב מזה שניתן לקשור לרכוש בלתי-חוקי גרידא. ראו: SANDEEP SAVLA, MONEY LAUNDERING AND FINANCIAL INTERMEDIARIES 7-8 (2001); Kris Hinterseer, *Laundering and Tracing of Assets, in* INTERNATIONAL TRACING OF ASSETS 3 (Barry Rider & Michael Ashe eds., 1999). סוולה מציע כי בעוד הביטוי "dirty money" אכן מכוון לרכוש הנובע מפעילות פלילית, הביטוי "hot money" אינו מכוון בהכרח לרכוש שמקורו בלתי-חוקי, אלא עשוי לתאר תנועות פיננסיות שהומרצו על-ידי שינויים מנוגדים בתנאים כלכליים, חברתיים ופוליטיים. בדומה לכך, גם הביטוי "grey money" אינו מכוון, לשיטתו של סוולה, לרכוש בלתי-חוקי, אלא לכסף אשר הושג באופן חוקי אולם הוכתם בשלב מאוחר יותר על-ידי פעילות בלתי-חוקית, כגון העלמת מס או הפרת חובות פיקוח על מטבע.

41 יש הגורסים כי הלבנת הון כשלעצמה אינה כרוכה בהכרח בפעילות עבריינית - למשל, כאשר היא נעשית על-ידי סוכנויות ביון ומודיעין שיש להן צורך ביסוד של חשאיות. ראו Rider, לעיל ה"ש 4, בעמ' 2; SAVLA, לעיל ה"ש 40, בעמ' 8.

אינטואיציה מוסרית משותפת רחבה לגבי פסלותן.⁴² במילים אחרות, הפעולות הקשורות להלבנת הון (העברה כספית, ביצוע של עסקה וכולי) אינן פסולות בהכרח כשלעצמן, אלא בשל היותן קשורות לפעילות עבריינית אסורה. מסקנה אחרונה זו מתחזקת לנוכח הגדרתו הרחבה של הצירוף "פעולה ברכוש", אשר לפי סעיף ההגדרות שבחוק כולל כמעט כל פעולה בכל רכוש שהוא:

"הקניה או קבלה של בעלות או של זכות אחרת ברכוש, בין בתמורה ובין שלא בתמורה, וכן פעולה ברכוש שהיא מסירה, קבלה, החזקה, המרה, פעולה בנקאית, השקעה, פעולה בניירות ערך או החזקה בהם, תיווך, מתן או קבלת אשראי, ייבוא, ייצוא ויצירת נאמנות, וכן ערוב של רכוש אסור עם רכוש אחר, גם אם הוא אינו רכוש אסור".⁴³

חיזוק נוסף למסקנה מתקבל מהגדרת "רכוש" בחוק:

"מקרקעין, מיטלטלין, כספים וזכויות, לרבות רכוש שהוא תמורתו של רכוש כאמור, וכל רכוש שצמח או שבא מרווחי רכוש כאמור."⁴⁴

היסוד העובדתי שבעברות לפי סעיפים 3(א) ו-4 לחוק הוא אם כן רחב ביותר.⁴⁵ הוא נחזה כאנטיתזה לתפיסה הקלסית (ואולי האוטופית) לגבי האופן שבו איסורים פליליים אמורים להיות מנוסחים.⁴⁶ הביטוי "פעולה ברכוש" רחב עד כדי כך שהוא נהפך למעשה

42 פרופ' ג'ורג' פלטשר טוען כי בתחום העברות המרושעות מטיבן, שופטים ועורכי־דין יכולים בדרך־כלל לסמוך על האינטואיציה המוסרית שלהם כדי להכריע מה חוקי ומה לא. ראו: GEORGE FLETCHER, *THE GRAMMAR OF CRIMINAL LAW* 31 (2007). פלטשר מביא בהקשר זה כדוגמה את המשפט הבין־לאומי. בחוקת רומא (פס' 6, 7 ו-8) כל הפשעים הבין־לאומיים הם עברות *mala in se*, הנסמכות על נורמות משותפות של התנהגות מוסרית פסולה (רצח־עם, פשעי־מלחמה ופשעים נגד האנושות). לטיעון בדבר הצורך לקרב את הוראות החוק לאינטואיציות הצדק הרווחות בקהילה ראו: Paul Robinson & John Darley, *The Utility of* Desert, 91 Nw. Univ. L. Rev. 453 (1997).

43 ס' 1 לחוק איסור הלבנת הון.

44 שם.

45 לטיעון בדבר עמימותה של העברה (vagueness) בהיבטים העובדתי והנפשי ראו להלן את הטקסט הסמוך לה"ש 169.

46 ראו באופן כללי: Douglas N. Husak, *Limitations on Criminalization and the General Part of Criminal Law*, in *CRIMINAL LAW THEORY: DOCTRINES OF THE GENERAL PART* 13 (2002). אחד משופטי אנגליה לא היסס לתאר את הוראות החוק האנגלי האוסר הלבנת הון כ"דרקוניות": "There can be no doubt that the money laundering provisions of the R. v. Gabriel, [2006] EWCA Crim. Proceeds of Crime Act of 2002 are draconian" (להלן: פרשת *Gabriel*). על הדין האנגלי ראו ביתר פירוט בהמשך.

משפט ועסקים יא, התשס"ט הלבנת הון: הזיקה לעברת-המקור והוכחתה לנוכח העיקרון של הליך ראוי

לניטרלי כאשר הוא עומד בפני עצמו, משום שהוא חובק, כפי שמציינות גרוסמן ובלקין, כמעט כל פעילות כלכלית או עסקית.⁴⁷

אומנם, סעיף 3(א) דורש גם יסוד נפשי של "מטרה להסתיר או להסוות" את מקור הרכוש, את "זהות בעלי הזכויות בו" וכולי, בעוד סעיף 4 דורש ידיעה גרידא בדבר היות הרכוש אסור (אם כי לא בעצימת-עיניים, כמשמעה בסעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין).⁴⁸ ברם, החלטה האפשרית – לפי ההלכה הפסוקה – של הלכת הצפיות על יסוד המטרה שבסעיף 3(א)⁴⁹ עשויה להביא לידי הפחתה של היסוד הנפשי הנדרש, המיתוספת על חולשתו של

47 ראו גרוסמן ובלקין, לעיל ה"ש 3, בעמ' 26, המציינות, אגב דיון בס' 3(א) לחוק, כי "הגדרות אלה [הפעולה ברכוש ו"רכוש" – ג' ע'] הן רחבות היקף ולמעשה כוללות בחובן כמעט כל פעילות כלכלית ועסקית. לפיכך, על מנת שתיווצר עבירה של הלבנת הון, יש הכרח להוכיח את קיומם של שני הרכיבים הנוספים, דהיינו, שמקור הרכוש בעבירה, ושמטרת הפעולה בו היתה להסוות את מקורו האמור". ראו גם שמואל מלמד התמודדות כלכלית בישראל בארגונים למטרת פשיעה (איסור הלבנת הון) 26 (עבודה לתואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למשפטים, 2003).

48 כאמור, תחולתו של ס' 4 מותנית, נוסף על היות הרכוש אסור, גם בסוג הרכוש ובשווי הכספי, כמפורט בתוספת השנייה. השאלה בדבר דרגת הידיעה הנדרשת לפי ס' 4 העסיקה רבות את חברי ועדת החוקה, חוק ומשפט שהכינו את החוק לקריאות השנייה והשלישית, לנוכח החשש מפני הפללת מעגלים רחבים של נותני שירותים. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 146 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-15 (3.7.2000); פרוטוקול ישיבה מס' 149 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-15 (10.7.2000); ופרוטוקול ישיבה מס' 153 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-15 (18.7.2000). כן ראו פרוטוקול ישיבה מס' 4 של ועדת-המשנה לעניין הצעת חוק איסור הלבנת הון, הכנסת ה-15 (26.1.2000), ופרוטוקול ישיבה מס' 5 של ועדת-המשנה לעניין הצעת חוק איסור הלבנת הון, הכנסת ה-15 (8.2.2000). התוספת המסייגת את תחולתו של כלל עצימת-העיניים לא נכללה בהצעת החוק (ראו דברי ההסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 2, בעמ' 423), והוספה רק לקראת אישור החוק. במליאה הועמדו להצבעה שתי גרסות לס' 4, שמהן התקבלה הגרסה המקילה יותר מבחינת הנאשם, השוללת עצימת-עיניים. הגרסה שנדחתה הציעה להכיר בידיעה הכוללת גם עצימת-עיניים, במקביל להקניית הגנה לנאשם במקרה שבו הוכיח כי פעל בתום-לב ובמהלך העניינים הרגיל. ראו ד"כ 198, 10904-10912 (התש"ס); גרוסמן ובלקין, לעיל ה"ש 3, בעמ' 63-68. כן השוו עמיר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 91, הסבור כי לא היה מקום לסייג את המחשבה הפלילית במקרה של חשד ל"עיוורון מרצון".

49 בע"פ 8325/05 בלס ואח' נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 10.1.2007) (להלן: פרשת בלס) קבעה השופטת ברלינר כי ניתן להחיל את הלכת הצפיות על היסוד הנפשי של מטרה לפי ס' 3(א) לחוק (אם כי בדיון הנוסף הציע השופט ריבלין כי עמדה זו הייתה בגדר הערת-אגב שכן היא צוינה במצטבר – ראו דנ"פ 1799/07 בלס נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 16.9.2007) (להלן: הדיון הנוסף בפרשת בלס)). גישת פסק-הדין בערעור מתיישבת עם עמדתה הכללית של הפסיקה שלפיה הלכת הצפיות ממשיכה לחול גם לאחר תיקון 39 לחוק העונשין, בהתאם לשיקולים של מדיניות שיפוטית הקשורים לעברה הספציפית. ראו ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221 (1996) (גישת הנשיא ברק); רע"פ 7153/99 אלגד נ' מדינת

היסוד העובדתי, הנעוצה דווקא בהיקפו הרחב. למעשה, סעיף 3(א) אינו כולל דרישה מפורשת של ידיעה שהרכוש אסור, כפי שעושה סעיף 4, והיו שראו בכך סימן לפגיעה בחזקת החפות.⁵⁰ ברם, נראה שנכון לפרשו ככולל דרישה לידיעה כזו, וזו אכן הפרשנות שניתנה בפרשת בלס, שם ציינה השופטת ברלינר כי –

”עשיית פעולה ברכוש אסור מגדירה את רכיב המעשה בעבירה. יחד עם זאת... בתוך רכיב מעשה זה כלול מיניה וביה יסוד נפשי שכן על המבצע לדעת שהרכוש שבו נעשתה הפעולה – הוא רכוש אסור.”⁵¹

פרשנות זו מתיישבת גם עם סעיף 5, אשר מפנה לעניין הידיעה בדבר היות הרכוש אסור לסעיפים 3 ו-4.

המסקנה היא שהזיקה לעבירת-המקור – דהיינו, למקורו האסור של הרכוש – היא למעשה ציר-היסוד של העבירה.⁵² בנקודה זו מומחש המתח בין יעדו של החוק, המתמקד בפגיעה ברווחים המופקים מהפעילות העבריינית על צורתיה השונות, לבין הצורך בשימת גבולות מניחים-את-הדעת מפני הרשעה שרירותית. גיבוש אמות-מידה מניחות-את-הדעת לביתוח הזיקה הנדרשת לעבירת-המקור נראה לפיכך בעל חשיבות ניכרת.

פרק ג: הזיקה לעבירת-המקור – הספרות והפסיקה בארץ

מה ניתן ללמוד מהספרות המקומית ומהפסיקה בישראל על היחס בין עבירת הלבנת ההון לבין עבירת-המקור? חוק איסור הלבנת הון הוא חוק חדש יחסית. הספרות המשפטית בארץ

ישראל, פ"ד נה(5) 729 (2001); ע"פ 217/04 אלקורעאן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 29.6.2005). לביתוח הפסיקה שלאחר התיקון ראו גיל עשת "הלכת הצפיות: יסודות של ודאות מול שיקול-דעת שיפוטי על רקע תיקון 39 לחוק העונשין" עלי משפט ג 617, 646-675 (2003).

50 עמיר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 103.

51 פרשת בלס, לעיל ה"ש 49, פס' 19 לפסק-דינה של השופטת ברלינר.

52 ראו, למשל: Fletcher Baldwin, *Combating Money Laundering: Opportunities Exist to Improve the National Strategy* (2004) 1, 9, in MONEY LAUNDERING, ASSET FORFEITURE AND INTERNATIONAL FINANCIAL CRIMES (2008) (המדבר על מקור של פעילויות פליליות ("criminal activities") בהקשר של הגדרת הלבנת הון); Helen Norman, *Tracing the Proceeds of Crime: An Inequitable Solution?* in LAUNDERING AND TRACING 93, 96 (Peter Birks ed., 1995) (המדברת על אמצעים בלתי-חוקיים ("unlawful means") בהקשר של הגדרת הלבנת הון).

משפט ועסקים יא, התשס"ט הלבנת הון: הזיקה לעברת-המקור והוכחתה לנוכח העיקרון של הליך ראוי

על-אודותיו מציעה קווים ראשוניים למחשבה בשאלה זו, שיש להניח כי התשובות לה יגובשו כתוצאה מניסיון פסיקתי מצטבר.⁵³

בריצמן ודמארי דנים בקצרה ביחס שבין עברת-המקור לבין הלבנת הון, ועומדים על הקושי שהוא מעורר בהקשר של דרכי ההוכחה.⁵⁴ כדוגמה לכך הם מביאים מצב אפשרי של הכרעות סותרות במשפטו של הנאשם בביצוע עברת-המקור ובמשפטו של הנאשם בהלבנת הון,⁵⁵ או של הכרעות סותרות כתוצאה משוני בין שיטת המשפט במדינה שבה נעברה ונידונה עברת-המקור לבין שיטת המשפט במדינה שבה נידונה עברת הלבנת הון.⁵⁶ השניים מציינים כי –

"הפתרון לסוגיות אלה מחייב גישה שיפוטית מרחיקת ראייה, ועיצובם מחדש של כללי ראיות, חוקות ונטלים, כדי להעניש את העבריינים, ולזכות את החפים מפשע."⁵⁷

עם זאת, כפי שאראה בהמשך, השאלה אם ניתן לקבל את פסק-הדין הזר כראיה להוכחת עברת-המקור במשפטו של נאשם בהלבנת הון אינה מובנת מאליה.⁵⁸

באשר לפסיקה, זו טרם נדרשה לדיון עקרוני בכל היבטיו של החוק, וממילא גם לא בשאלה הקונקרטית שעל הפרק. דומה כי בשלב זה ניכרות מגמות מסוימות, הניתנות לאפיון מעשי יותר מאשר עיוני. ניתן לחלקן אפוא באורח כללי לשלוש קבוצות. בקבוצה אחת של מקרים הסתיימו ההליכים בהסדרי-טיעון שבמסגרתם הודו הנאשמים בעברות של הלבנת הון, ובכלל זה בקשר לעברת-מקור. ממילא לא התעורר במקרים אלה צורך

53 ראו גרוסמן ובלקין, לעיל ה"ש 3, בעמ' 25-33, 63-68. כן ראו יהודה שפר "העבירות שבחוק איסור הלבנת הון – המאבק הבינלאומי בהלבנת הון במציאות הישראלית" המשפט 19, 2, 11 (2005), שם מעיר המחבר כי "ראוי כי די יהיה בהוכחת ידיעה כללית על מקורו הפלילי של הרכוש האסור", אולם אינו מרחיב בשאלת דרך ההוכחה. ראו גם עמיר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 91-92, 103; יאיר דגן המדריך למניעת הלבנת הון ומימון טרור 203-206 (2003). לסקירת הפסיקה ראו בהמשך הטקסט.

54 בריצמן ודמארי, לעיל ה"ש 17, פרק 8, בעמ' 3-4, 9-10.

55 שם, פרק 8, בעמ' 9. הדוגמה שהמחברים מביאים היא של עבריין המעורב בעסקת סמים, שמשפטו עשוי להסתיים בקביעה כי הוא השתמש בסם לשימוש עצמי בלבד (שאינו נחשב עברת-מקור), מבלי שמלבין ההון צד למשפט זה, בעוד משפטו של מלבין ההון עשוי להסתיים בקביעה כי התבצע סחר בסמים.

56 שם, פרק 8, בעמ' 10. הדוגמה שהמחברים מציעים במקרה זה היא של עבריין סמים שנידון במדינה פלוגנית שאין בה הבחנה בין העברות של סחר בסמים ושימוש עצמי. במשפטו של מלבין ההון בישראל עשויה לעלות, כשאלה עקיפה, סוגיית השימוש העצמי, מבלי שיהיו לפני בית-המשפט הדין בכך ראיות כלשהן מפסק-הדין הזר.

57 שם.

58 ראו להלן בטקסט הסמוך לה"ש 163-164.

ללבן את שאלת היחס בין צמד העברות.⁵⁹ בקבוצה שנייה של מקרים הורשעו הנאשמים גם בעברות נוספות, ששימשו גם כעברות המקור לצורך האישום בהלבנת ההון. לכן אף במקרים אלה לא נדרשו בתי-המשפט להכרעה עקרונית בשאלה.⁶⁰ בקבוצה שלישית של מקרים דנו בתי-המשפט בעברה של אי-דיווח לפי סעיף 3(ב) או בהליכי חילוט מכוחה לפי סעיף 22 לחוק. סעיף 3(ב) מתייחס כאמור לכל רכוש, ולא דווקא לרכוש אסור.⁶¹ לפיכך גם בקבוצת מקרים זו לא נדרשו בתי-המשפט להוכחת הקשר לעברות-מקור,⁶² מה-גם שאף בגדר קבוצה זו הסתיימו מקרים לא-מעטים בהסדר-טיעון.⁶³

- 59 ראו, למשל, ת"פ (מחוזי י"ם) 3177/02 מדינת ישראל נ' לוי (לא פורסם, 24.9.2003); ת"פ (מחוזי נצ') 1157/02 מדינת ישראל נ' מלמד (לא פורסם, 11.1.2004); ת"פ 40306/03 (מחוזי ת"א) מדינת ישראל נ' ג'רבי ואח' (טרם פורסם, 30.4.2007); ת"פ (מחוזי ת"א) 40180/02 מדינת ישראל נ' מימון (לא פורסם, 27.5.2004); ת"פ (מחוזי נצ') 141/03 מדינת ישראל נ' משה (לא פורסם, 11.8.2004); ת"פ (מחוזי ת"א) 40231/04 מדינת ישראל נ' כץ ואח' (לא פורסם, 15.1.2006); ת"פ (מחוזי ת"א) 40093/04 מדינת ישראל נ' אוזים איתן ואח' (לא פורסם, 24.4.2006); ת"פ (מחוזי ת"א) 40238/05 מדינת ישראל נ' לרנר (לא פורסם, 9.7.2006); ת"פ (מחוזי ת"א) 40028/05 מדינת ישראל נ' ברדה (לא פורסם, 21.12.2006); ת"פ (מחוזי נצ') 1046/06 מדינת ישראל נ' דהאן (טרם פורסם, 17.6.2007).
- 60 ראו, למשל, ת"פ (מחוזי ת"א) 40210/96 מדינת ישראל נ' גבאי ואח' (טרם פורסם, 29.5.2008) (הנאשמים הורשעו בעברת-מקור של קבלת דבר במרמה); ת"פ (מחוזי ת"א) 40207/04 מדינת ישראל נ' כהן (לא פורסם, 21.12.2006) (הנאשם הורשע בשורה של עברות זיוף, מרמה והתחזות); ת"פ (מחוזי חי') 219/03 מדינת ישראל נ' תענך ואח' (טרם פורסם, 30.1.2007) (הנאשמים 1 ו-2, שיוחסה להם גם עברה על ס' 3(א) לחוק, הורשעו בקבלת דבר במרמה ובעברות נוספות); ת"פ (מחוזי ת"א) 40255/04 מדינת ישראל נ' כהן (לא פורסם, 3.3.2005) (הנאשם הורשע בעברות שונות של זיוף ומרמה); ע"פ 6747/03 מלכה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 19.2.2004) (הנאשמים הורשעו בשורה של עברות הנוגעות בניהול בתי-הימורים).
- 61 פרשת שם טוב, לעיל ה"ש 18. השופט חשין העיר שם בקצרה ש"לא הוכח כי מקור כספם של המערערים כרוך בעבירת מקור" (פס' 7 לפסק-דינו). זו הייתה גם גישתו של בית-המשפט המחוזי באותו מקרה. ראו ה"פ (מחוזי ת"א) 1478/02 מדינת ישראל נ' שם טוב ואח', פס' 50 ו-62 להחלטתו של השופט טל (לא פורסם, 8.9.2003).
- 62 ראו, למשל, ה"פ 1245/03 (מחוזי ת"א) דישי ואח' נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 29.5.2006); בש"פ 1542/04 מדינת ישראל נ' אדר, פ"ד נח(3) 600 (2004); ת"פ (מחוזי י"ם) 394/04 מדינת ישראל נ' כהן (לא פורסם, 7.3.2006) (הערעור נדחה ונפסק כי גם אי-דיווח ייחשב מסירת מידע כוזב לצורך ס' 3(ב) לחוק); ע"פ 3395/06 כהן נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 30.4.2007); ע"פ 2592/06 גואטה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 14.11.2006) (לפסק-הדין בבית-המשפט המחוזי ראו ת"פ (מחוזי נצ') 132/03 מדינת ישראל נ' גואטה (לא פורסם, 9.10.2005); ע"פ 3712/08 שובר נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 30.3.2009) (צוין כי "אין מדובר בהון שחור שהושג במעשי עבירה").
- 63 ראו ת"פ (מחוזי ת"א) 40198/05 מדינת ישראל נ' רביזודה (טרם פורסם, 12.4.2007) (הנאשם הורשע לפי הודאתו, בין היתר, בס' 3(ב) לחוק). כן ראו ת"פ (מחוזי י"ם) 1032/05 מדינת

משפט ועסקים יא, התשס"ט הלבנת הון: הזיקה לעברת-המקור והוכחתה לנוכח העיקרון של הליך ראוי

עם זאת, הפסיקה בארץ דנה לפחות בשתי סוגיות הנוגעות ביחס בין צמד העברות: יחס הזמנים ביניהן והשאלה בדבר הוכחת עברת-המקור לא באמצעות כתב האישום או עובדותיו.

ראשית, באשר ליחס הזמנים בין העברות נפסק כי אין הכרח שעברת-המקור תושלם לפני עברת הלבנת ההון, וכי השתיים עשויות להתמוזג ביניהן במישור הזמן. בפרשת בלס הורשעו המערערים בזיוף ובמרמה, ונפסק (מפי השופטת ברלינר) כי –

”...אין כל פסול בכך שתהיה זיקה בין עבירת המקור לבין עבירת הבלבנה. במילים אחרות: האירוע העברייני יכול להיות אירוע שחוליותיו שזורות זו בזו.”⁶⁴

כמו־כן נפסק כי –

”...אין גם צורך בהפרדה בין החוליות במישור הזמן, דהיינו, אין צורך כי הפעולה ההופכת את הרכוש לרכוש אסור תושלם לפני שתבצע הפעולה המהווה את פעולת הבלבנה.”⁶⁵

עוד נפסק שם כי אין מניעה להרשיע על בסיס אותו יסוד עובדתי הן לפי סעיף 3(א) והן לפי סעיף 4 לחוק,⁶⁶ וזאת בהסתמך על סעיף 186 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.⁶⁷ כמו־כן, בעניין מקסימוב⁶⁸ הורשע הנאשם כמבצע-בצוותא של עברת גִּבְּה וכן במרמה ובזיוף. לפיכך נפסק שהנאשם ידע כי הרכוש אסור וכי מקורם של השקיים שנטל בכספי לקוחות.⁶⁹ בית-המשפט קבע שם גם כי ניתן להרשיע בעברת הלבנת הון אף אם טרם הושלמה עברת-המקור.

הגישה שהובעה בפסקי-הדין שאוזכרו אפשרית, אולם דומה שהיא אינה נקייה מספקות בצורתה המוחלטת, שכן ניתן לטעון כי ככל שמתגבשת חפיפה מלאה בין מערך העובדות המשמשות יסוד להרשעה בשתי העברות, עברת הלבנת ההון נהפכת למעשה לדרך חלופית לענישה בגין עברת-המקור.⁷⁰

ישראל נ' דייטש (טרם פורסם, 5.9.2007); ת"פ (מחוזי ת"א) מדינת ישראל נ' יחיאל (לא פורסם, 24.12.2006); ת"פ (מחוזי ת"א) 40040/06 מדינת ישראל נ' ברד (לא פורסם, 10.7.2006); ת"פ (מחוזי י"ם) 343/04 מדינת ישראל נ' כהן ואח' (טרם פורסם, 9.7.2007) וכן 25.7.2007); ת"פ (מחוזי ב"ש) 8098/04 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 30.1.2005).

64 פרשת בלס, לעיל ה"ש 49, פס' 21 לפסק-דינה של השופטת ברלינר.
65 שם.

66 בקשה לדיון נוסף נדחתה. ראו הדיון הנוסף בפרשת בלס, לעיל ה"ש 49.

67 ס"ח 43 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי).

68 ת"פ (מחוזי ת"א) 40217/02 מדינת ישראל נ' מקסימוב (לא פורסם, 8.2.2004).

69 שם, בעמ' 118 להכרעת-הדין.

70 ראו פרשת Edgmon, לעיל ה"ש 12, שם צוין כי: "Congress aimed the crime of money laundering at conduct that follows in time the underlying crime rather to afford

שנית, שאלה שנידונה ישירות היא אם יש צורך שהנאשם בהלבנת הון יועמד לדין גם באישום נפרד בעברת-המקור. דומה כי התשובות שניתנו לשאלה זו בהחלטת-ביניים (בדן יחיד) של בית-המשפט העליון בפרשת איסקוב⁷¹ ובפסק-דין של בית-המשפט המחוזי בפרשת אביזמיל⁷² משקפות גישות היוצאות משתי נקודות מוצא שונות. בפרשת איסקוב הביע השופט טירקל את העמדה שאין צורך באישום נפרד של הנאשם בעברת-מקור כדי לייחס לו עברה של הלבנת הון, והנימוק שנתן לכך הוא סעיף 5 לחוק. השופט ציין שם בהסכמה את עמדת בית-המשפט המחוזי –

"...שאינן צורך להאשים בנפרד בעבירות המקור, דהיינו, עבירות הימורים על פי התוספת הראשונה לחוק, וזאת לאור הוראת סעיף 5 לחוק... שלפיה די בכך שעושה פעולה של הלבנת הון יודע שמדובר ב'רכוש אסור' ואין צורך שיידע לאיזו עבירה קשור הרכוש."⁷³

מאידך גיסא, ניתן לסבור כי פרשת אביזמיל משקפת גישה שונה. הנאשם במקרה זה הורשע בעברות-מקור מסוימות, ונפסק כי רק העברות הללו, שאשמתו בהן הוכחה לדעת בית-המשפט, יוכלו לשמש עברות-מקור לצורך הרשעתו גם בהלבנת הון. מהלך ההנמקה מלמד על גישה עקרונית מצמצמת השוללת הסתמכות על הרשעת אחרים בעברות-מקור שלא הוכחו במשפטו של הנאשם, ובוודאי בעברות-מקור שהנאשם זוכה מהן במשפטו שלו. באותו מקרה נידון מלווה בשוק האפור במסגרת אחת ההסתעפויות של הפרשה הידועה כפרשת הבנק למסחר. הנאשם הועמד לדין בעברה של פעולה ברכוש אסור לפי סעיף 4 לחוק.⁷⁴ כתמיכה לטענתה בדבר קיומן של עברות-מקור, הביאה התביעה אסמכתות בדמות הרשעה של אחרים בעברות של קשר וגנבה, כפי שנפסקו בהכרעת-הדין בהליך אחר, בעניינם של אתי אלון ואחיה עופר מקסימוב.⁷⁵ בית-המשפט המחוזי דחה גישה זו, בקובעו כי אין מקום להידרש לעובדות שהוכרעו על-ידי ערכאה שיפוטית אחרת כאסמכתה לקביעה שהוכחו לפניו עברות-מקור, שבהן הורשעו אחרים, ואף סבר כי הפניה זו של התביעה נגועה ב"מידת פסלות בלתי ראויה."⁷⁶

legislative means of punishing the prior 'specified unlawful activity'. This legislative intent must be kept in mind in order to properly apply the statute", כן ראו אצל Gurule, לעיל ה"ש 12, בעמ' 853-854.

71 לעיל ה"ש 21.

72 ת"פ 40193/02 (מחוזי ת"א) מדינת ישראל נ' אביזמיל (לא פורסם, 12.3.2006) (השופט זכריה כספי) (להלן: פרשת אביזמיל).

73 פרשת איסקוב, לעיל ה"ש 21, פס' 4 להחלטה.

74 אישום נוסף, לפי ס' 3(א), בוטל בשל פגם פרוצדורלי של חוסר סמכות של דן יחיד.

75 ת"פ (מחוזי ת"א) 40182/02 מדינת ישראל נ' אלון ואחי' (לא פורסם, 1.7.2003).

76 פרשת אביזמיל, לעיל ה"ש 72, בעמ' 518 להכרעת-הדין. עם זאת, אתי אלון העידה על העברות שביצעה כעדת תביעה בהליך נגד הנאשם – ראו שם, בעמ' 509-510.

משפט ועסקים יא, התשס"ט הלבנת הון: הזיקה לעברת-המקור והוכחתה לנוכח העיקרון של הליך ראוי

בית-המשפט המחוזי עיגן את מסקנתו בהלכה שלפיה אין לייחס משקל לקביעות עובדתיות שנקבעו בהליך אחר. השופט כספי ציין כי -

"מן המקובלות אצלנו, מעיקרי המשפט הפלילי ודרך הוכחתו, היא, כי קביעות עובדתיות של בית משפט במשפט פלילי אחד, אינן יכולות לשמש להוכחת עובדות אלה במשפט אחר."⁷⁷

לפיכך קבע בית-המשפט כי -

"...אין בדעתי לסמוך דבר על קביעותיו העובדתיות של בית משפט אחר, גם אם דן בעניינים של מעורבים אחרים בפרשה, או לראות אחרת את הדברים, מכפי שהם מפורטים בכתב האישום."⁷⁸

נראה אפוא כי הוכחת עברת-המקור מקבילה, לפי גישה זו, להוכחת אישום או עובדה נגד הנאשם, ונדרשת לעמוד בסטנדרט של פירוט ראוי ולהיכלל במסגרת כתב האישום על עובדותיו. גישה זו נראית ראויה משום שהיא שוללת הידרשות של בית-המשפט לעובדות או לאשמות הנוגעות בעברות-מקור שלא הוכחו ישירות לפניו. בית-המשפט הבחין בין שתי עברות (קשר וגנבה) שלגביהן נפסק בהליך אחר כי הן נעברו על-ידי אחרים, ואשר הנאשם זוכה מהן בהליך שנידון לפניו, לבין שתי העברות (זיוף ומרמה) שבהן הורשע הנאשם שלפניו. לגבי השתיים הראשונות פסק בית-המשפט כי "לא מצאתי מקום להרשעת הנאשם בשתי עבירות אלה ועל כן אי-אפשר למנותן בין עבירות המקור, שחוק איסור הלבנת הון, דורש את קיומן במסגרת הגדרת רכוש אסור." לגבי שתי העברות האחרונות, לעומת זאת, קבע בית-המשפט כי מכיוון שהן "הוכחו במשפט", הן ייחשבו עברות-המקור.⁷⁹

נראה כי בית-המשפט ביקש להימנע ממצב שבו עברות שהנאשם זוכה מהן במשפטו שלו ייחשבו בכל-זאת עברות-מקור לעניינו רק משום שבהליך אחר הורשעו בהן אחרים. אומנם, הרציו שבפרשת אביזמיל אינו סותר את פרשת איסקוב, שכן הנאשם הורשע כאמור בשתי עברות-מקור שאשמתו בהן הוכחה, אולם כעולה ממהלך ההנמקה, בית-המשפט שלל הסתמכות על עברות-מקור שלא הוכחו ישירות נגד הנאשם בהלבנת הון במשפטו שלו. אם בפרשת איסקוב סומנה אפוא נקודת מוצא שלפיה אין צורך באישום נפרד בעברת-מקור, וזאת מבלי לסמן את נקודת הגבול (מהי בכל-זאת אמת-המידה להוכחתה), בפרשת אביזמיל סומן קו גבול ראשוני כזה: בית-המשפט לא יידרש לעובדות או לאשמות בנוגע

77 שם, בעמ' 517.

78 שם, בעמ' 518.

79 שם, בעמ' 532.

לעברות-מקור שלא הוכחו ישירות במשפטו של הנאשם בהלבנת הון.⁸⁰ מתווה מפורט יותר לקו גבול ראשוני זה, על בסיס העיקרון של הליך ראוי, יובא להלן בפרק ו.

פרק ד: ניתוח היחס בין עברת הלבנת ההון לבין עברת-המקור

בפרק זה אבקש לנתח ביתר פירוט את היחס בין עברת הלבנת ההון לבין עברת-המקור: ראשית, אאפיין את היחס האמור לאורן של שתי אמות-מידה (היקף הזיקה ויחס הזמנים); שנית, אעמוד על ההבחנה בין שתי חוליות (הקשר העובדתי והיסוד הנפשי) בהקשר של היחס האמור; שלישית, אנתח את הוראת סעיף 5 לחוק; ורביעית, אציג מבט משווה של הדין הור (החוק האמריקאי הפדרלי והחוק האנגלי) בשאלת היחס בין צמד העברות.

1. אפיון היחס בין עברת הלבנת ההון לבין עברת-המקור לנוכח עברות קורלטיביות נוספות

ניתן לאפיין את היחס בין צמד העברות לאורן של שתי אמות-מידה: הראשונה נוגעת בהיקף זיקתה של העברה הקורלטיבית לתחום העברות המגדירות, והשנייה נוגעת ביחס הזמנים בין צמד העברות.

הניתוח המוצע בפסקה זו חורג בהיקפו מהגדרש לחלקה האחרון של הרשימה, אולם

80 אך ראו ת"פ (מחוזי חי') 4039/05 מדינת ישראל נ' כהן ואח' (טרם פורסם, 2.7.2008), שם הורשע נאשם 1 בהלבנת הון של כספים שבית-המשפט קבע כי קיבלם כשוחד מאדם אחר, אף שהנאשם ואותו אחר לא הועמדו לדין ולא הורשעו בעברת שוחד בקשר לכספים אלה (עמ' 182 להכרעת-הדין). בית-המשפט קבע כי התביעה הניחה תשתית ראייתית לכך שמקורו של הכסף בשוחד שניתן לנאשם, וכי היה בידי הנאשם להפריך מסקנה זו אילו סיפק הסבר משכנע למקור הכספים, אולם בית-המשפט דחה את גרסתו. בפסק-הדין בערעור, שניתן סמוך למסירתה לדפוס של רשימה זו, קבע בית-המשפט העליון כי את התקיימות הנסיבה בעברה לפי ס' 3(א) לחוק, העוסקת בקשר לרכוש האסור, יש להוכיח "ככל נסיבה אחרת בעבירה פלילית... מעבר לספק סביר; ברם, אין חובה להוכיח את התקיימותה דווקא באמצעות הרשעת הנאשם (או אחר) גם בעבירת המקור." ראו ע"פ 7666/08 כהן נ' מדינת ישראל, פס' 56 (טרם פורסם, 1.9.2009) (להלן: פרשת כהן). לטעמי, בצד הקביעה הראויה כי יש להוכיח את הקשר של הרכוש לעברה הנפרדת (עברת-המקור) מעבר לספק סביר, יש להיות ערים, כפי שמציעה רשימה זו, לבעיות הנלוות הנובעות מהדיון האגבי בעברה ומהעדרו של הליך דיוני ישיר. הניתוק בין אמת-המידה (מעבר לספק סביר) לבין הדרך להוכחתה (הליך ראוי ישיר שבסופו זיכוי או הרשעה) אינו דבר של מה-בכך, והוא מעורר בעיניי קושי רב. למען הגילוי הנאות, מחבר הרשימה היה חבר בצוות ההגנה בפרשה הנוכרת.

משפט ועסקים יא, התשס"ט הלבנת הון: הזיקה לעברת-המקור והוכחתה לנוכח העיקרון של הליך ראוי לנוכח החדשנות המסוימת שבסוגיה הנידונה, מצאתי לנכון לפרוש קווי מתאר בעלי אופי כללי יותר, בתקווה שיתרמו לחשיבה נוספת בעתיד מעבר למסגרת הדיון.

(א) היקף הזיקה לתחום העברות המגדירות

ניתן להציע שלושה סוגים טיפוסיים של זיקות בין העברה הקורלטיבית לבין העברה המגדירה.

בסוג הראשון קיימת זיקה חֲדָּעֶרְכִית בין העברה הקורלטיבית לבין העברה המגדירה. כלומר, העברה הקורלטיבית מפנה לעברה או לקבוצת עברות מגדירות מסוג אחד בלבד. סוג זה אופייני פחות, אך ניתן למוצאו, אף אם לא באופן עקבי, בקבוצת העברות של נכסים גנובים ובעברות בקשר לרכב בסימנים ה־11 שבפרק יא לחוק העונשין. כך, למשל, סעיף 413 יא לחוק העונשין מדבר על מי שעוסק ביודעין בסחר של "רכב גנוב" או של "חלק גנוב של רכב". עם זאת, סעיפים 411 ו־412 לחוק העונשין אינם מצמצמים את זיקתם לעברת גְּנוּבָה בלבד. אמת־המידה בסעיפים אלה היא רכוש שהושג בפשע או בעוון, הגם שזו מצומצמת לנסיבות מסוימות שאכן סבות סביב מצב שבו הנכסים הושגו בעברה.⁸¹ במקרים אחרים העברה הקורלטיבית מפנה לקבוצת עברות מגדירות מאותו סוג בסימן או בפרק העברות שבחוק העונשין שבהם העברה הקורלטיבית ממוקמת.⁸²

הסוג השני הוא סוג־ביניים, המקיים זיקה בעלת היקף תחום מראש בין העברה הקורלטיבית לבין קבוצת העברות המגדירות. כלומר, העברה הקורלטיבית מפנה לרשימה סגורה של עברות מגדירות. עם סוג־ביניים זה נמנית בארץ עברת הלבנת הון, אשר מפנה כאמור לרשימת עברות־המקור שבתוספת הראשונה לחוק.⁸³ סוג זה מאפיין גישה של "אמצע הדרך": מחד גיסא, יש בו אפשרות לזיקה רחבה יותר מבחינת מגוון העברות המגדירות, היקפן, חומרתן, הערכים המוגנים שביסודן וכולי;⁸⁴ מאידך גיסא, קיומה של רשימת־סל מוגדרת מראש של עברות יוצרת מסגרת תחומה יותר בהשוואה לסוג השלישי, שבו אגע מייד.

81 נוסחם של שני הסעיפים אינו זהה, מעבר להבחנה בין פשע לעוון. ס' 411 לחוק העונשין מדבר על "המקבל במזיד, בעצמו או על־ידי שלוח, דבר, כסף, נייר ערך או כל נכס אחר, כשהוא יודע כי בפשע נגנב, נסחט, הושג או נעשה בו", ואילו ס' 412 לחוק העונשין מדבר על "המקבל, בעצמו או על־ידי שלוח דבר, כסף, נייר ערך או כל נכס אחר, כשהוא יודע כי בעוון נלקח, הושג, נשלחה בו יד או נעשה בו".

82 ראו ס' 95 לחוק העונשין, שעניינו חיפוי על עברה "לפי פרק זה", שהוא פרק עברות על בטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים (פרק ז לחלק ב). כן ראו ס' 413 לחוק העונשין, העוסק בקבלת רכב גנוב או חלק רכב גנוב שהושגו בעברה "לפי סימן זה", שהוא סימן 11 לפרק יא, העוסק בעברות בקשר לרכב.

83 אולם קיים שוני בין היסוד העובדתי לבין היסוד הנפשי מבחינת זיקתם לעברת־המקור. ראו פרק ה להלן.

84 מובן שסוג זה עשוי להיות מקרה פרטי של הסוג הראשון, מקום שרשימת העברות המגדירות כוללת עברה אחת בלבד.

הסוג השלישי של העבירות הקורלטיביות מקיים זיקה היקפית "פתוחה", המוגדרת בדרך-כלל בחתך גס לפי דרגת החומרה של סוג העברה המגדירה (למשל, פשע או עוון) או לפי רף עונשי מינימלי מסוים,⁸⁵ ללא תלות בערכים המוגנים הקונקרטיים שביסוד העבירות המגדירות השונות (הגנה על החיים, הרכוש וכו'לי). סוג זה נראה הטיפוסי ביותר, והוא אופייני לשורה לא-מבוטלת של עבירות קורלטיביות. בארץ, למשל, הוא אופייני לעבירות של קשירת קשר,⁸⁶ אי-מניעת פשע,⁸⁷ סיוע לאחר מעשה⁸⁸ וכן רצח תוך כדי ביצוע עברה לפי סעיף 300(א)3 לחוק העונשין.⁸⁹ סוג זה עשוי להיות רחב מן הסוג השני מבחינת היקף התפרשותו, שכן זו אינה מוגדרת מראש, אלא כוללת את כל סוגי העבירות שיעמדו ברף החומרה המינימלי שהוגדר. מאידך גיסא, הוא עשוי להיות מצומצם מן הסוג השני מאותה סיבה ממש, שכן רף החומרה המוגדר ינפה אל מחוץ לתחום המפליל שורה של עבירות שדרגת חומרתן נופלת ממנו.⁹⁰

כללם של דברים, דומה כי בשני הסוגים הראשונים הדגש הוא באיתור ערכים ספציפיים המוגנים על-ידי עבירות המגדירות, ואילו בסוג השלישי מוגדר רף חומרה כללי מסוים ללא הבחנה בין סוגי האינטרסים המוגנים – כל חריגה מעבר לרף קבוע זה תגרור כניסה לתחום המפליל של העברה הקורלטיבית. התנועה מהסוג הראשון לכיוון הסוג השלישי, דהיינו מתפיסה מצומצמת של תחום העבירות המגדירות לתפיסה מרחיבה שלהן, מסיטה את המשקל מהגישה המסורתית יותר, של שימוש זהיר ומדוד במשפט הפלילי והקפדה על הגדרותיו המושגיות, לטובת כיוון אכיפתי. היו שעמדו על תנועה זו כמבטאת מתח בין תפיסה מצומצמת יותר של שימוש במשפט הפלילי ככלי לקביעת אחריות בגין אשמה אישית לבין עיקרון של רווחה חברתית, השם דגש ביעדים קולקטיביים של ציבור יש עניין בהגנה עליהם.⁹¹ לפחות בהיבט זה, היקפן של עבירות-המקור בחוק הישראלי מצומצם

85 למשל, פס' 2(b) לאמנת פלרמו, לעיל ה"ש 3 מגדירה "פשע חמור" כהתנהגות המגבשת עברה שעונשה המרבי ארבע שנות מאסר או יותר. בס' 2(a) של פס' 6 לאמנה נקבע כי כל המדינות השותפות לאמנה יכללו כעבירות-מקור עבירות של פשע חמור, וכי במקרה שבו חקיקת המדינה קובעת רשימה ספציפית של עבירות-מקור, יכללו ברשימה היקף רחב של עבירות הקשורות לקבוצות פשע מאורגן. דוגמה אחרת היא העברה של סיוע לאחר מעשה בחוק האנגלי, הקובע מבחן של ידיעה או אמונה בדבר עברה בת-מאסר ("arrestable offence"). ראו: SMITH AND HOGAN CRIMINAL LAW 162-163 (9th ed. 1999).

86 ס' 499 לחוק העונשין.

87 ס' 262 לחוק העונשין.

88 ס' 260-261 לחוק העונשין.

89 העברה המגדירה בסעיף הנ"ל לא הוגדרה ברף חומרה מינימלי. ראו גם לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 36.

90 השוו ס' 140-141 לחוק העונשין, העוסקים במי שמשביע את חברו לעבור עברה, תוך הבחנה בין עברה שעונשה מוות או מאסר עולם או עשרים שנה (שאו העונש המרבי הוא שבע שנים) לבין עברה שאינה אחת מהשלוש הללו (שאו העונש המרבי הוא חמש שנים).

91 HINTERSEER, לעיל ה"ש 3, בעמ' 145-146. המחבר מביא כדוגמה את ההבדל במשפט

משפט ועסקים יא, התשס"ט – הלבנת הון: הזיקה לעברת-המקור והוכחתה לנוכח העיקרון של הליך ראוי

יותר הן בהשוואה לארצות-הברית, שם החוק הפדרלי מונה כמאה ושבעים עבירות-מקור, והן בהשוואה לאנגליה, שם החוק קובע למעשה כי כל עברה פלילית עשויה להיחשב עבירת-מקור.⁹²

(ב) יחס הזמנים

אמת-מידה שנייה נוגעת ביחס הזמנים בין העברה הקורלטיבית לעברה המגדירה. גם כאן ניתן להצביע על שלושה סוגים טיפוסיים של יחסים בין צמד העבירות.

הסוג הראשון מתייחס למצב שבו העברה הקורלטיבית מוקדמת בזמן לעברה המגדירה. כך, למשל, העברה של אי-מניעת פשע לפי סעיף 262 לחוק העונשין – המיוחסת ל"מי שידע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע ולא נקט כל האמצעים הסבירים למנוע את עשייתו או את השלמתו" – היא עברה קורלטיבית המוקדמת בזמן לעברה המגדירה ("מעשה פשע").

הסוג השני של צמדי עבירות קורלטיביות-מגדירות מתייחס למצב שבו קיימת חפיפה או השתלבות בזמנים בין שתי העבירות. כך, למשל, העברה של רצח לפי סעיף 300(א) לחוק העונשין, שכבר הוזכרה – המיוחסת למי ש"גורם במזיד למותו של אדם תוך ביצוע עבירה או תוך הכנות לביצועה או כדי להקל על ביצועה" – היא דוגמה להשתלבות בזמנים בין העברה הקורלטיבית לבין העברה המגדירה.

הסוג השלישי של צמדי עבירות קורלטיביות-מגדירות מתייחס למצבים שבהם העברה הקורלטיבית מאוחרת בזמן לעברה המגדירה. דוגמות לסוג שלישי זה הן העבירות של

האירופי בין גישתה של אמנת שטרסבורג לבין הדיקטיבה האירופית, לעיל ה"ש 3. אמנת שטרסבורג נוקטת גישה "פוזיטיבית", וקובעת כי עבירת-מקור היא כל עברה פלילית שעשויה להיות נושא לעברת הלבנת הון כאמור באמנה, וכי מדינה המבקשת להוציא מתחולה זו עבירות מסוימות חייבת לציין זאת מפורשות (פס' 4)6 לאמנה). הדיקטיבה האירופית, לעומת זאת, נוקטת גישה "שלילית", ומותירה לכל מדינה לקבוע את רשימת עבירות-המקור. ביחס לגישתה של אמנת שטרסבורג מציין HINTERSEER (שם): כי: "the broad scope of the definition of predicate offence shifts the balance away from the principle of self-determination and the minimal use of the criminal law towards the principle of social welfare". לדיון בעיקרון של רווחת חברתית ובמתח שבינו לבין עקרון האחריית האישית ראו: Alan Brudner, *Agency and Welfare in the Penal Law*, in ACTION AND VALUE IN CRIMINAL LAW 21 (Stephen Shute, John Gardner & Jeremy Horder eds., 1993). לניסיון לנסח מכנה משותף בין שני העקרונות ראו: S.E. Marshall & R.A. Duff, *Criminalization and Sharing Wrongs*, 11 CAN. J. L. & JURIS. 7 (1998).

92 Proceeds of Crime Act 2002, c. 29, § 340(2)(3), וראו להלן את הטקסט הסמוך לה"ש 131. אך בתי-המשפט באנגליה עמדו על המשמר וקבעו כי יש הכרח להוכיח קשר לעברה או לסוג עבירות-מקור. ראו את הדיון המשווה בתת-פרק 4 להלן. כן ראו HINTERSEER, לעיל ה"ש 3, בעמ' 97-100, הסבור כי הרחבת תחום עבירות-המקור במדינות השונות, ובמיוחד בארצות-הברית, מעבירות הסמים (על בסיס אמנת וינה, לעיל ה"ש 3) לקשת הרבה של התנהגויות נעשתה בחופזה, מבלי לתת את הדעת לאיזון הראוי שבשימוש במשפט הפלילי לנוכח עקרונות דמוקרטיים ואחרים.

קבלת נכסים גנובים והחזקה בהם לפי סעיפים 411-413 לחוק העונשין או העברה של "מסייע לאחר מעשה" לפי סעיפים 260-261 לחוק העונשין. המקרה הטיפוסי של עברת הלבנת הון נכנס לגדר הסוג השלישי, ואין זה מקרי שעברה זו נתפסה כפיתוח של עברות הקבלה וההחזקה של רכוש גנוב.⁹³ עם זאת, הפסיקה בארץ קבעה כאמור כי אין הכרח שעברת-המקור תושלם לפני ביצוע עברת הלבנת ההון, ובכך הכירה בתחום חפיפה אפשרי בין שתי העברות, המקרב אותן במידה מסוימת לסוג הטיפוסי השני.⁹⁴ ההבחנות שהוצעו אינן חד-משמעיות.⁹⁵ עם זאת, הן מסייעות למקם את עברת הלבנת ההון בקבוצת העברות הקורלטיביות, ולאפיין את היחס שלה לעברת-המקור. באפיון זה ניצור לשם הבהרה מסוימת של דיוגנו בהמשך.

2. הוכחת הקשר לעברת-המקור וידיעתו של הנאשם בדבר קשר זה: שתי חוליות

אחזור אפוא למסלול הדיון הקונקרטי יותר הנוגע בהוכחת מקורו הפלילי של הרכוש הזכרתי בשלב מוקדם את הגישה בפסיקה שלפיה אין צורך באישום נפרד בעברת-מקור.⁹⁶ זאת, לנוכח סעיף 5 לחוק, המסתפק כאמור בידיעה כללית של הנאשם בדבר קשר של הרכוש לעברה. ברם, כיצד ניתן לאפיין את הקשר הנדרש להוכחת מקורו האסור של הרכוש?

בפסקה זו אבקש לשכנע כי את הקורלציה הנ"ל ראוי לבחון באמצעות שתי חוליות נפרדות, שלעיתים עלול להיווצר בלבול מסוים ביניהן: האחת נוגעת בעצם הוכחת הקשר של הרכוש לעברה כעניין שבעובדה; והאחרת נוגעת בידיעתו של הנאשם כי הרכוש הוא "רכוש אסור" הקשור לעברה. חלוקה בסיסית זו נראית חיונית להבנת היחס בין צמד העברות, כמו-גם לקשיים שהוא מעורר. היא קיימת בחקיקה הפדרלית בארצות-הברית, ומעוררת גם שם לבטים ודיון.⁹⁷

החוליה הראשונה (העובדתית) – השאלה הראשונה היא שאלה שבעובדה, הטעונה הוכחה, לפחות כפי שקובע אותה בית-המשפט. לצורך כך ראוי לחזור ולהזכיר, מעט ביתר פירוט, את שלוש החלופות המגדירות מהו רכוש אסור בסעיף 3(א) לחוק.⁹⁸ דומה כי נקודת המוצא בהקשר זה היא הוכחתו של מגע "מזהם" בין הרכוש לבין עברת-המקור. מגע זה מכתים את הרכוש ועובר עימו גם לתחליפיו, לרווחיו וכולי, כדי למנוע אפשרות להיבנות

93 ראו להלן בטקסט הסמוך לה"ש 105. השוואופן כללי: ANDREW ASHWORTH, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 397-398 (4th ed. 2003).

94 ראו פרשת בלס, לעיל ה"ש 49, וכן לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 65.

95 ראו גם ס' 95 לחוק העונשין, הכולל את שלוש הצורות האפשריות מבחינת סדרי הזמנים ("מי שידוע כי אדם פלוני זומם לעבור עבירה או עבר עבירה...").

96 פרשת איסקוב, לעיל ה"ש 21.

97 ראו להלן בטקסט הסמוך לה"ש 116 ואילך.

98 ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 31.

משפט ועסקים יא, התשס"ט הלבנת הון: הזיקה לעברת-המקור והוכחתה לנוכח העיקרון של הליך ראוי

מנסיונות טשטוש והסוואה מלאכותיים של הרכוש המקורי. מה טיבו של אותו מגע מזהם? החלופה הראשונה ("רכוש שמקורו, במישרין או בעקיפין, בעבירה") נראית הבסיסית, ומתמקדת במה שמכונה "פירות העבירה", דהיינו, כל רכוש שנתיך להצביע על כך שהושג באמצעות עברת-מקור. זאת, אף אם קיימות חוליות ביניים בין עברת-המקור לבין הרכוש שבו נעשתה הפעולה (כפי שניתן ללמוד מהתיבה "בעקיפין").⁹⁹ החלופה השנייה ("רכוש ששימש לביצוע עבירה") מניחה מצב שבו הרכוש אינו פרי עברה, אלא שימש כלי לביצועה. החלופה השלישית ("רכוש שאיפשר ביצוע עבירה") מרחיבה את החלופה השנייה מבחינה זו שדי בכך שמדובר ברכוש שיצר תנאים לביצוע העברה, אף אם לא השתתף ולא מילא תפקיד בביצוע המשי.

החוליה השנייה (היחס הנפשי-ההכרתי) – השאלה בדבר הוכחת קשר עובדתי בין הרכוש שבו נעשתה פעולה, לפי כל אחת משלוש החלופות, לבין עברת-המקור, נראית מקדמית. דומה שיש לראות בה תנאי לשאלה השנייה הנוכחית, קרי לשאלת מודעותו של הנאשם לכך שמדובר ברכוש אסור,¹⁰⁰ שהרי אם לא נקבע שהוכח קשר של הרכוש לעברה, ולו לעברה בלתי-מסוימת כלשהי, כיצד ניתן לגרוס שהנאשם ידע על קשר פסול כזה? פרשנות שלפיה ניתן להסתפק בידיעה של הנאשם כי הרכוש הוא "רכוש אסור" הקשור לעברה, מבלי שהוכח לפני בית-המשפט שאכן מדובר בפועל ב"רכוש אסור" הקשור לעברה, נראית בלתי-רצויה. לכל-היותר עשויה להתעורר במקרה זה השאלה בדבר תחולתה של דוקטרינת הניסיון הבלתי-צליח, אולם אף זו אינה נקייה מספקות כאשר היא משמשת להרשעה בניסיון לביצוע עברה מדומה: פעולה של הלבנת הון ברכוש שלמעשה אינו "רכוש אסור".¹⁰¹ אולם ראוי לציין כי בחקיקה האמריקאית הפדרלית הוכרה במפורש האפשרות

99 כאמור, גם הגדרת "רכוש" בס' 1 לחוק כוללת אפשרות שמדובר ברכוש שהוא תמורה של רכוש אסור או שצמח או בא מרווחי רכוש אסור. ניסוח כמעט בלתי-מוגבל זה, מבחינת הקשר העובדתי לרכוש האסור, מזכיר את הקושי הקיים בהקשר אחר במבחן הקשר הסיבתי שבין התנהגות או מחדל לבין קרות תוצאה אסורה. בבדיקה עובדתית גרידא של "הסיבה בלעדית אין", חוליות הקשר הסיבתי העובדתי עשויות לחזור ברצף אינסופי עד ל"מעשה הבריאה". מסיבה זו הקשר הסיבתי-העובדתי מוגבל בקשר סיבתי-משפטי, הדורש הערכה נורמטיבית של יכולת צפויות לגבי קרות התוצאה האסורה (לפי היסוד הנפשי הנדרש בעברה). גם במקרה שלפנינו נראה כי אמת-המידה העובדתית, שאינה מוגבלת כמעט, מוגבלת לפחות במבחן אחד חיצוני לה, והוא קיומו של יסוד הכרתי-נפשי מצידו של הנאשם לגבי היות הרכוש אסור, כמבואר בהמשך.

100 השוו בריצמן ודמארי, לעיל ה"ש 17, שער שלישי, פרק 8, בעמ' 4, המציינים כי מידת ההוכחה של עברת-המקור נוגעת בשאלת הלבנת הון בשני מקומות: האחד, היות הרכוש אסור כשאלה עובדתית וכחלק מהוכחת יסודותיה העובדתיים של העברה; והאחר, מחשבה פלילית, כנדרש בס' 3(א) ו-4 לפי העניין.

101 הדוקטרינה של ניסיון בלתי-צליח עשויה לחול מקום שהנאשם האמין בטעות כי הוא פועל פעולה ברכוש אסור, אשר הסתבר כי למעשה הוא אינו אסור (ראו ס' 26 לחוק העונשין). בס' 26 להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), ה"ח התשנ"ב 111, נכלל סיפא שלפיו "אין ניסיון עניש אם מצב הדברים האמור מתבטא בהעדר איסור לפי חוק על מה שהאדם ניסה

החריגה להרשיע את הנאשם גם כאשר מקור הרכוש היה חוקי, רק על-סמך אמונתו כי מדובר במקור אסור לפי מצג שהציג לפניו סוכן רשות במקרה של "תרגיל עוקץ".¹⁰² כאמור, ניתן לטעון כי בסיטואציה מעין זו עשויה לקום בכל מקרה אפשרות להרשעה בניסיון בלתי-צלילי, אולם ההיזקקות לדוקטרינה זו אינה נראית מתאימה כפתרון כוללני, אלא רק במקרים חריגים.

שאלה מעניינת הנקשרת למישור הראייתי היא אם הודאה של הנאשם שידע כי פעל ברכוש אסור די בה לייתר הוכחה חיצונית על-ידי התביעה כי אכן מדובר ברכוש אסור כזה. אומנם, לפי הפרקטיקה הנהוגה, די בהודאת הנאשם, אולם ספק אם זה המצב הרצוי. מעבר לכל הטעמים המצדיקים זהירות מפני הרשעה על-סמך הודאת נאשם גרידא,¹⁰³ דומה כי הספקות מתחזקים כאשר מדובר בעברת-מקור שאינה מיוחסת לנאשם, שכן במקרה אחרון זה ההרשעה עלולה להיסמך אך ורק על הודאתו של הנאשם כי מקורו של הרכוש שבו ביצע פעולה הוא בעברת-פלילית, אולם כזו שביצעו אחרים.

מכל מקום, ההבחנה שצוינה בין שתי החוליות – העובדתית וההכרתית – מסייעת בניתוח סעיף 5 לחוק, כמוצע להלן.

לעשות או עשה, בנימוק ש"חוסר האפשרות לבצע את העבירה מסיבות שבדין – ישלול את פליליות הנסיון... אם העבירה מדומה, ואינה קיימת מבחינה נורמטיבית, אינו יכול להיות גם כל ניסיון עניש לבצעה. מושגים נורמטיביים מדומים של אדם אינם יכולים לשמש בסיס לאחריות פלילית". סיפא זה הושמט מהנוסח הסופי של החוק, ובכך נפתח פתח "לאימוץ גישה סובייקטיביסטית טהורה לענין נסיון בלתי-צלילי". ראו דן ביין "הערות לעבירת הנסיון לאור תיקון 39 לחוק העונשין" המשפט ג' 297, 300 (1996). עם זאת, פרופ' ביין מוסיף כי לדעתו בתי-המשפט "לא ילכו בדרך קיצונית זו וגם להבא ימשיכו שלא להטיל לאחריות במקרה של שימוש באמצעים אבסורדיים" (שם). ראו גם: Mordechai Kremnitzer, *The Punishability of Impossible Attempts*, 19 Isr. L. Rev. 340 (1984); מרים גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992" משפטים כד' 9, 38-40 (1994) והאסמכתות בהערה 113 שם. ראו גם ע"פ 71/83 פלאטו שרון נ' מדינת ישראל, פ"ד (ח) 2) 757, 795-796 (1984); ע"פ 2456/06 בוכמן נ' מדינת ישראל, פס' 21 לפסק-דינו של השופט חשין (טרם פורסם, 20.9.2007). כן השוו בריצמן ודמארי, לעיל ה"ש 17, המתייחסים לדוגמה נוספת הקשורה לעקרון הבר-זמניות בין היסוד העובדתי לבין היסוד הנפשי: מצב שבו אדם ביצע עסקה ברכוש שהאמין כי מקורו חוקי, ורק בשלב מאוחר יותר התברר לו כי מדובר ברכוש אסור שמקורו בעברת-מקור. כך, הם מציינים כי הוכחת קיומה של עברת-המקור בבית-המשפט תבסס רק את היות הרכוש אסור, ולא את העובדה שהנאשם גיבש מחשבה פלילית נדרשת בזמן ביצוע הפעולה (שם).

102 ראו: Money Laundering Control Act, 18 U.S.C. §§ 1956(a)(3), 1956(a)(2)(B). כן ראו Boran, לעיל ה"ש 6, 852-853, 864; גרוסמן ובלקין, לעיל ה"ש 3, בעמ' 413; פלאטו-שנער, לעיל ה"ש 5, בעמ' 273 וה"ש 94 שם; Michael McGuinn, *Money Laundering*, 43 AMER. CRIM. L. REV. 739, 756 (2006).

103 ראו, למשל, בועז סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה – האמנם 'מלכת הראיות' או שמא קיסרית הרשעות השווא" עלי משפט ד' 245 (2005).

משפט ועסקים יא, התשס"ט הלבנת הון: הזיקה לעברת-המקור והוכחתה לנוכח העיקרון של הליך ראוי

3. סעיף 5 לחוק איסור הלבנת הון

סעיף 5 לחוק קובע כאמור כי "די אם יוכח שעושה הפעולה ידע כי הרכוש הוא רכוש אסור, גם אם לא ידע לאיזו עבירה מסוימת קשור הרכוש". דומה כי סעיף זה עלול ליצור בלבול מסוים במבט ראשון. אבקש להציג שתי טענות לגביו: ראשית, שאין לפרשו כמבטל דרישה של קשר עובדתי לעברת-המקור; ושנית, שאין בו כדי לתרום להבנה מדויקת של טיב הקשר הנפשי הנדרש.

(א) אין בסעיף 5 כדי לבטל דרישת קשר עובדתי לעברת-המקור

הטענה כי אין להבין את סעיף 5 לחוק כמבטל דרישה של קשר עובדתי לעברת-המקור נסמכת הן על נוסחו והן על דברי ההסבר. ראשית, נראה שכך יש להבין את הסיפא של סעיף 5. זו אומנם קובעת כי אין הכרח שהנאשם "ידע לאיזו עבירה מסוימת קשור הרכוש", אולם נראה שיש להבינה כעומדת על הדרישה שהרכוש לפחות קשור בפועל לעברה. זאת, כאמור, גם אם הנאשם לא ידע לאיזו עברה מסוימת.

שנית, דומה שאף דברי ההסבר תומכים בגישה זו, שכן הם מתמקדים במישור ידיעותו של הנאשם, ולא במישור העובדתי של הוכחת הקשר לעברת-המקור.¹⁰⁴ עם זאת, מנסחי החוק ציינו כי שאבו השראה ממבחן הידיעה הקבוע בעברות לפי סימן ה לפרק יא בחוק העונשין, העוסקות בקבלה ובהחזקה של נכסים גנובים, אשר עברת הלבנת ההון נחשבת פיתוח שלהן.¹⁰⁵ המוטיב הדומה, כנוסח דברי ההסבר לחוק, הוא ש"נדרשת מודעות לכך שהנכסים הושגו בפשע או בעוון, אך אין נדרשת מודעות לגבי עבירה מסוימת מסוג פשע או עוון."¹⁰⁶ לפי דברי ההסבר, המחוקק ביקש אפוא למנוע מצב שבו תידרש מודעות מצידו של הנאשם לגבי קשר של הרכוש לעברה ספציפית, ולהסתפק תחתיה במודעותו לכך שהנכסים הושגו בעברת פשע או עוון כלשהי. הידיעה שהרכוש אסור מקבילה אם כן, לפי דברי ההסבר, לידיעה שהרכוש הושג בפשע או בעוון.

קבוצת העברות של קבלת רכוש גנוב והחזקה בו אינן תומכות בפרשנות שלפיה יש בסעיף 5 לחוק פתח לוותר על דרישת קשר אובייקטיבי לעברת-המקור. אומנם, סעיפים 411 ו-412 לחוק העונשין מנוסחים באופן סובייקטיבי יותר מבחינת היחס לעברת הגנבה מאשר הנוסח שבחוק איסור הלבנת הון. ברם, גם נוסחם שלהם אינו מרמז על ביטולה של

104 ראו דברי ההסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 2, בעמ' 423: "מוצע לקבוע הוראה ולפיה המודעות הנדרשת מן החשוד לענין עבירות לפי סעיפים 3 ו-4 המוצעים, היא ידיעה על כך שהרכוש, שלגביו נעשית הפעולה, קשור לעבירה כהגדרתה בסעיף 2, וזאת גם אם לא ידע מהי העבירה המסוימת שאליה הוא קשור."

105 ראו בריצמן ודמארי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1; גרוסמן ובלקין, לעיל ה"ש 3, בעמ' 31. ראו גם ע"פ 306/65 יורמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט(4) 424 (1965); ש"ו פלר "קבלת נכסים גנובים, סיוע לדבר עבירה, שותפות לאחר המעשה או לא מאומה?" הפרקליט כג 140 1966-1967.

106 דברי ההסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 2, בעמ' 423.

דרישה לקשר עובדתי בפועל בין צמד העברות. סעיף 411 לחוק העונשין מדבר על "המקבל במזיד... דבר, כסף, נייר ערך או כל נכס אחר, כשהוא יודע כי בפשע נגנב..." וסעיף 412 לחוק העונשין חוזר על אותה נוסחה, בשינויים מסוימים, ביחס לנכס שהתקבל בעוון.¹⁰⁷ נוסחם של שני הסעיפים מלמד על דרישת ידיעה מצידו של הנאשם כי הנכס נגנב, ודומה כי גם כאן ידיעה זו אינה יכולה להיות מובנת אלא מקום שמדובר בנכס שאכן נגנב בפועל, אם כי הפסיקה ריככה דרישה זו.¹⁰⁸ יתרה מזו, הדרישה לפי נוסחם של סעיפים 411 ו-412 לחוק העונשין בדבר קשר עובדתי לעברת הגנבה מודגשת לנוכח העדרה של דרישה כזו בסעיף 413 לחוק העונשין, שהוא הסעיף השלישי המשלים את קבוצת העברות של קבלת נכסים גנובים והחזקה בהם. העונש המוטל לפי סעיף זה הוא קל יחסית – עד שישה חודשי מאסר. זהו סעיף בלתי-שגרתי המסתפק בחשד סביר שהנכס שהנאשם מחזיק בו גנוב.¹⁰⁹

107 ס' 411 קובע עונש מרבי של שבע שנות מאסר, וס' 412 רואה את מקבל הנכס כמבצע עוון.
 108 שאלה זו נוגעת באופן ההוכחה שהרכוש נגנב. הפסיקה הכירה באפשרות להסיק כי הרכוש הושג "בדרך שיש בה משום עוון ושהמערער ידע על כך" על-סמך נסיבות המקרה, ובכלל זה התנהגותו של הנאשם. ראו ע"פ 143/75 קרמר נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(2) 643, 644 (1975), המצוטט בפרשת כהן, לעיל ה"ש 80, פס' 57 לפסק-הדין. ספק בענייני אם ניתן ללמוד הרבה לענייננו מגישה זו, אשר הותירה את העניין כולו לשיקול-דעתו של בית-המשפט לגופו של מקרה, ללא אמות-מידה ברורות. זאת, בהיתן שס' 3(א) ו-4 לחוק איסור הלבנת הון יוצרים כאמור זיקה לרשימה מגוונת ביותר של עברות-מקור. השוו לגישת הדין האנגלי, שלפיה בעברה של החזקה ברכוש גנוב (Theft Act 1968, sec. 24(2) (Eng.)) אין די בכך שהרכוש הושג בעברה כלשהי, אלא יש להראות שהוא הושג בעברות ספציפיות (כגון גנבה, סחיטה, הונאה) אשר הגנבה היא יסוד בהן. ראו: A.P. SIMESTER & G.R. SULLIVAN, CRIMINAL LAW THEORY AND DOCTRINE 475–492 (2000). סימסטר וסליבן מציינים בהקשר של עברות אלה כי: "it is essential to prove that the property was stolen, or obtained by blackmail or deception that constitutes a crime" (שם, בעמ' 483). בפרשת Walters v. Lunt, 2 All ER 645 (1951), תפסו הנאשמים חזקה בתלת-אופן שבנם בן השבע השיג בגנבה, בידועם זאת. נפסק כי אי-אפשר להרשיעם בקבלת רכוש גנוב, משום שהבן, בשל גילו, פטור מאחריות פלילית. עם זאת, נפסק כי ניתן להעמידם לדין בגין גנבה. בהתאם לכך, סימסטר וסליבן גורסים כי ניתן להעמיד לדין לפחות בגין ניסיון להתחזק ברכוש גנוב כאשר הנאשמים לא היו ערים לנסיבות אשר מסייגות או מבטלות את עברת הגנבה המקורית (שם, בעמ' 484).

109 ס' 413 מדבר על מי שמחזיק דבר, כסף וכולי "שיש עליהם חשד סביר שהם גנובים, ואין בידו להניח את דעתו של בית-המשפט שרכש את החזקה בהם כדין". הפסיקה פירשה סעיף זה ככולל מבחן המשקף "חשד הגיוני ומתקבל על הדעת שהרכוש גנוב," בציינה כי "אין התביעה צריכה להוכיח כי הנכס נגנב בפועל או אף שפלוגי התלונן על גניבתו. מדובר במבחן אובייקטיבי בנוגע למצב הנכס." ראו ע"פ 987/02 מדינת ישראל נ' זביידה, פ"ד נח(4) 880, 891 (2004). השופטת ביניש מצביעה שם על כמה כללי-אצבע שגובשו בפסיקה לביסוס חשד סביר שהנכס גנוב – למשל, שהוא התקבל לידי המחזיק בנסיבות בלתי-שגרתיות, שמחירו נמוך ממחיר השוק, שהמקום שבו הועבר לקונה אינו המקום הרגיל שבו נוהגים למכור נכס מסוגו, ועוד.

משפט ועסקים יא, התשס"ט הלבנת הון: הזיקה לעברת-המקור והוכחתה לנוכח העיקרון של הליך ראוי

(ב) סעיף 5 אינו מסייע בקביעת היחס הנפשי המדויק לעברת-המקור

אבקש לחזור לקטע שצוטט מתוך דברי ההסבר לסעיף 5. ראוי לשאול כיצד יש לתרגם את האמירה בדברי ההסבר כי נדרשת מודעות של הנאשם לכך "שהנכסים הושגו בפשע או בעוון" לאמת מידה להסקת יחסו הנפשי-ההכרחי של הנאשם לעברת-המקור. ראשית, אם מבינים אמירה זו כלשונה, אזי יש קושי בהנחה שאדם מן היישוב עשוי להיות מודע להבחנה בין עברות של חטא (שאינן מחייבות באחריות) לבין עברות של עוון ופשע (המחייבות באחריות).¹¹⁰ שנית, הסתפקות במודעות כללית לכך שהנכסים הושגו בפשע או בעוון אינה מתיישבת לכאורה עם ההפניה הספציפית יותר, לפי דברי ההסבר, לעברה כהגדרתה בסעיף 2, כלומר, לעברה מבין עברות-המקור שבתוספת לחוק. דברי ההסבר לסעיף 5 מנמקים את הטעם לחקיקתו בכך ש-

"הסעיף המוצע ימנע בריחה של עבריינים מהעמדה לדין בטענה שלא ידעו מהי העבירה המסוימת שאליה קשור הרכוש, וזאת אף שידעו כי הם מלבינים כספים או עושים פעולות ברכוש אסור."¹¹¹

מנסחי החוק ראו אפוא בסעיף זה כלי אכיפת נגד טענה אפשרית של "עבריינים" (כלשון דברי ההסבר)¹¹² שהם לא ידעו מהי העברה המסוימת שהרכוש קשור אליה. הכוונה ברורה, ומלמדת על רצון למנוע פתח לטענה כי העברה הספציפית כהגדרתה נדרשת להוכחת ידיעה מצידו של הנאשם. הנאשם לא ייפטר בטענה שלא ידע כי הרכוש קשור לעברה ספציפית של שוחד, מרמה, גנבה או עברה ספציפית אחרת. גבולות העברה הפלילית הספציפית לא ימנעו מבית-המשפט את האפשרות להרשיע במקרה כזה.¹¹³ ברם, גם כאן, אמת-המידה החלופית המוצעת אינה נהירה. מה משמעות האמירה שדי בכך שהעומדים

110 כידוע, מקובל כי על הנאשם להיות מודע לרכיבים העובדתיים של העברה, ולא להבחנה המשפטית בין חטא לבין פשע או עוון. ניתן גם לגרוס שמדברי ההסבר לא משתמעת כל כוונה אחרת זולת ההצעה שהנאשם יהיה מודע ליסודות העובדתיים של אחת מעברות-המקור, אף אם הוא אינו יודע לסווגה לפי סעיף חיקוק זה או אחר. יש לציין כי חוק איסור הלבנת הון אינו קובע במפורש הבחנה בין עברות של חטא לבין עברות של עוון ופשע. ברם, רשימת העברות בתוספת הראשונה לחוק היא ברובה המכריע מסוג עוון ופשע, למעט עברות ספורות, ביניהן ס' 205 לחוק העונשין בפריט 3 (השכרת מקום לשם זנות, שדינה שישה חודשי מאסר); ס' 228 סיפא לחוק העונשין בפריט 5 (השכרת חצרים); ועברות מסוימות לפי חוק זכויות יוצרים, התשס"ח-2007, ס"ח 34, ולפי פקודת סימני מסחר [נוסח חדש], התשל"ב-1972, נ"ח 511, בפריט 16. השוו Boran, לעיל ה"ש 6, בעמ' 854-855. לדין האמריקאי בנקודה זו ראו להלן את הטקסט הסמוך לה"ש 123.

111 לעיל ה"ש 2, בעמ' 423.

112 אגב, נוסח זה אינו נראה מוצלח משום שהוא יוצא מנקודת-הנחה שמדובר בעבריינים, אף שקביעה זו טעונה הוכחה במשפט.

113 שאלה היא מה הדין מקום שהנאשם מאמין כי הרכוש שבו ביצע פעולה קשור לעברת פשע או עוון אולם כזו שאינה כלולה ברשימת עברות-המקור שבתוספת. ראו פרק ה להלן.

לדין ידעו כי "הם מלבינים כספים או עושים פעולות ברכוש אסור"? קו גבול מחמיר יותר להפללה (ידיעה על-אודות עברה ספציפית) נפסל, אולם נותרת עדיין השאלה מהו קו הגבול האחר? נראה שאין בסעיף 5 כדי להציע פתרון ברור לשאלה זו. אפנה לעמוד על כמה מההסדרים שהוצעו בנושא זה בדין הזר.

4. מבט משווה

הקשיים שהוצגו עד כה אינם ייחודיים לישראל, ומעסיקים גם את הספרות והפסיקה בארצות-הברית ובאנגליה. החקיקה בתחום הלבנת ההון בשתי המדינות הללו רחבה בהיבטים מסוימים משלנו,¹¹⁴ אך אין זו המסגרת לעריכת סקירה השוואתית מלאה של שתי מערכות הדינים.¹¹⁵ הקו המשיק לדין ברשימה זו הוא ההתמודדות של בתי-המשפט והספרות עם גישתה האכיפתית המרחיבה של החקיקה אל מול עקרונות מסורתיים של דיני העונשין: קביעת אחריות פלילית על בסיס אשם סובייקטיבי והדרישה להתראה הוגנת.

הדין בדין הזר יחולק לשתי סוגיות שיידונו בנפרד: הראשונה – הויקה בת שתי החוליות (העובדתית והנפשית) בדין המהותי בין עברת הלבנת ההון לעברת-המקור; והשנייה – המתווה הדיוני לתיחום הויקה בין שתי העברות והעמדתה על מסלול של הליך ראוי. בסוגיה הראשונה אדון בתת-פרק הנוכחי. לאחריו אציג בפרק ה' סיכום ביניים בנוגע ליחס בין שתי העברות. לסוגיה השנייה אדרש בפרק ו', אגב הצגת המתווה המוצע של הליך ראוי.

(א) ארצות-הברית

החקיקה הפדרלית בארצות-הברית בהקשר של הלבנת הון מרוכזת בכמה חוקים שנחקקו, בעיקרם, בכמה שלבים למן שנות השבעים של המאה העשרים ועד לשנת 2001. שני הסעיפים המרכזיים הם סעיפים 1956 ו-1957 לחוק הפדרלי משנת 1986,¹¹⁶ המכונה Money Laundering Control Act of 1986. הדין להלן בשני הסעיפים הללו אינו מתיימר למצות את כל ההיבטים הכרוכים בהם.¹¹⁷

114 למשל, מבחינת היקף עברות-המקור, מבחינת חומרת הענישה וכן מהיבטים נוספים. לדוגמה, חובות הדיווח בשוק הרגולטיבי באנגליה כוללות סטנדרט אובייקטיבי של בסיס סביר לידיעה או לחשד בדבר הלבנת הון של אחר (Proceeds of Crime Act 2002, sec. 330(2)(b) (Eng.)), הגם שמבחן זה רוכך מעט בס' 330(7), המקנה הגנה בנסיבות של העדר הכשרה מקצועית כפי שנקבעה בצו לגבי תחומי עיסוק מסוימים. ראו REES & HALL, לעיל ה"ש 32, בעמ' 107-108.

115 ראו גרוסמן ובלקין, לעיל ה"ש 3, בעמ' 389-454, וכן האסמכתות המופיעות בהמשך.

116 18 U.S.C. § 535 (1986) (להלן: החוק האמריקאי).

117 להרחבה ראו Boran, לעיל ה"ש 6; Richard Strafer, *Money Laundering: The Crime of the*; 90's, 27 AMER. CRIM. L. REV. 149 (1989); לעיל ה"ש 3, בעמ' 408-415; 53A AMER. JURIS. 767-774 (2nd ed. 2008); John Arrastia, *Money Laundering: A U.S.*

משפט ועסקים יא, התשס"ט הלבנת הון: הזיקה לעברת-המקור והוכחתה לנוכח העיקרון של הליך ראוי

אחת ההבחנות המרכזיות בין סעיף 1956 (שעונשו עד עשרים שנות מאסר) לבין סעיף 1957 (שעונשו עד עשר שנות מאסר) נוגעת ביסוד הנפשי. ככלל, סעיף 1956 דורש כוונה לביצוע פעולה בלתי-חוקית ספציפית או ידיעה כי העסקה נועדה להסתרת מקורו של הרכוש או להימנעות מחובת דיווח. הסעיף כולל שלושה סעיפי-משנה.

סעיף-המשנה הראשון נוגע בהלבנת הון בתוך ארצות-הברית ובמעורבות בפעולות שמקורן בפעילות בלתי-חוקית, והוא כולל ארבע חלופות של פעילות אסורה: (1) כוונה לקדם פעילות בלתי-חוקית ספציפית; (2) כוונה להתחמק ממס לפי הוראות חיקוק פדרליות; (3) ידיעה שהעסקה נועדה להסתיר או להסוות את טיבם, מקומם או מקורם של תוצרים של פעילות בלתי-חוקית ספציפית, או את הבעלות או השליטה בהם; (4) ידיעה שהעסקה נועדה להימנע מחובות דיווח לפי חוק מדינתי או פדרלי. נוסחו של הסעיף במקור מובא להלן:

"1956(a)(1) Whoever, knowing that the property involved in a financial transaction represents the proceeds of some form of unlawful activity, conducts or attempts to conduct such a financial transaction which in fact involves the proceeds of specified unlawful activity –

(A)

- (i) with the intent to promote the carrying on of specified unlawful activity; or
- (ii) with intent to engage in conduct constituting a violation of section 7201 or 7206 of the Internal Revenue Code of 1986; or

(B) knowing that the transaction is designed in whole or in part –

- (i) to conceal or disguise the nature, the location, the source, the ownership, or the control of the proceeds of specified unlawful activity; or
- (ii) to avoid a transaction reporting requirement under State or Federal law,

shall be sentenced to a fine of not more than \$500,000 or twice the value of the property involved in the transaction, whichever is greater, or imprisonment for not more than twenty years, or both."¹¹⁸

סעיף-המשנה השני נוגע בהלבנת הון במסחר בין-לאומי, באמצעות העברת נכסים אל

Perspective, in MONEY LAUNDERING CONTROL 228, 244–249 (Barry Rider & Michael Ashe eds., 1996); פלאטו-שנער, לעיל ה"ש 5, בעמ' 273–272 והאסמכתות המובאות בה"ש 93 שם; HINTERSEER, לעיל ה"ש 3, בעמ' 209–192; McGuinn, לעיל ה"ש 102, בעמ' 741–743 (2008); 45 Am. CRIM. L. REV. 741 (2008); Laura Newland, Money Laundering,

118 ס' 1956(a)(1) לחוק האמריקאי.

מחוץ לארצות-הברית או משם אליה.¹¹⁹ סעיף-המשנה השלישי נוגע בשימוש במבצעי עוקץ של הממשל לשם חשיפת הלבנת הון.¹²⁰ אל מול זאת, סעיף 1957 אוסר, ככלל, ביצוע עסקה בידיעה שמעורבים בה כספים מעל לסכום של 10,000 דולר שמקורם במקור בלתי-חוקי, ואין דרישה של כוונה להסוות את מקורו של הרכוש.

שני הסעיפים מבחינים בצורה חדה למדי בין שתי החוליות שהוזכרו בקשר לסעיף 5 לחוק שלנו, דהיינו, בין הקשר העובדתי הספציפי לעברת-המקור לבין המודעות הכללית יותר הנדרשת מהנאשם ביחס לפעילות בלתי-חוקית כלשהי: לגבי הקשר העובדתי נדרש, ככלל, להוכיח כי הפעולה שנעשתה ברכוש קשורה לפעילות בלתי-חוקית ספציפית, כלומר, שהפעולה "in fact involves the proceeds of specified unlawful activity".¹²¹ המונח האמור ("specified unlawful activity") מוגדר בסעיף 1956(c)(7) באמצעות שורה ארוכה של כמאה ושבעים עברות-מקור. מאידך גיסא, הידיעה הנדרשת בווריאציות השונות של העברה היא שהפעולה נובעת מסוג כלשהו של פעילות בלתי-חוקית, ולא דווקא ספציפית: "the proceeds of some form of unlawful activity".¹²² סעיף 1956(c)(1) מוסיף ומבהיר כי הידיעה הנדרשת היא שהרכוש מייצג פעילות מסוג כלשהו (ולא בהכרח סוג מסוים) המהווה פשע לפי החוק הפדרלי, המדינתי או הזר, ללא תלות ברשימת עברות-המקור המוגדרות בסעיף 1956(c)(7):

"1956(c)(1) the term 'knowing that the property involved in a financial transaction represents the proceeds of some form of unlawful activity' means that the person knew the property involved in the transaction represented proceeds from some form, though not necessarily which form, of activity that constitutes a felony under State, Federal, or foreign law, regardless of whether or not such activity is specified in paragraph (7)."

יתר על כן, הפסיקה בארצות-הברית דחתה את הטענה כי לנוכח השימוש במילה "felony" יש להוכיח מודעות לכך שההתנהגות הפלילית היא מסוג פשע, ולא עוון.¹²³

119 ס' 1956(a)(2) לחוק האמריקאי.

120 ס' 1956(a)(3) לחוק האמריקאי. לגבי היבט אחרון זה ראו גם לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 102.

121 ס' 1956(a)(1) לחוק האמריקאי. באופן דומה ראו ס' 1956(a)(3)(c) לחוק האמריקאי.

122 ס' 1956(a)(1) לחוק האמריקאי.

123 United States v. Hill, 167 F.3d 1055, 1066–1068 (6th Cir. 1999). באותו מקרה צוין

כי: "the statute's knowledge requirements do not require the government to prove, or to allege in an indictment, that the defendant knew that the source of the laundered proceeds was from criminal activity and to further prove that he also knew that the criminal activity at issue was designated as a felony, as opposed to a misdemeanor, under state, federal or foreign law. These arguments find no support in the plain language of

משפט ועסקים יא, התשס"ט הלבנת הון: הזיקה לעברת-המקור והוכחתה לנוכח העיקרון של הליך ראוי עם זאת, הכוונה הנדרשת בסעיף 1956, על צורותיה השונות (לקדם פעילות אסורה או להסוות את מקור הרכוש, את מיקומו, את הבעלות או השליטה בו ועוד), נסכה שוב על פעילות בלתי-חוקית ספציפית ("specified unlawful activity").¹²⁴ סעיף 1957 עורך הבחנה דומה בין הדרישה העובדתית לדרישה הנפשית, אם כי במונחים שונים מעט:

"1957(a) Whoever, in any of the circumstances set forth in subsection (d), knowingly engages or attempts to engage in a monetary transaction in criminally derived property of a value greater than \$10,000 and is derived from specified unlawful activity, shall be punished as provided in subsection (b)."

פסקה (d) נוגעת בתחולה טריטוריאלית, ופסקה (b) קובעת עונש מאסר של עד עשר שנות מאסר או קנס או שניהם.

הידיעה הנדרשת היא שמדובר ברכוש שמקורו בעברה - "criminally derived property". מונח זה מוגדר כרכוש שמקורו בעברה פלילית.¹²⁵ שנית, לגבי הקשר העובדתי, וכאן קיימת חזרה על אותו מונח המופיע בסעיף 1956, נדרש שבפועל אכן מקורו של הרכוש בפעילות בלתי-חוקית ספציפית ("is derived from specified unlawful activity"). סעיף 1956(f)(3) מפנה בעניין זה למשמעות שניתנה למונח בסעיף 1956, כלומר, לרשימת עבירות-המקור הקבועה שם.¹²⁶ עם זאת, סעיף 1957(c) קובע כי בהקשר של הידיעה הנדרשת לא מוטלת על התביעה חובה להוכיח כי הנאשם ידע שמקורו של הרכוש בפעילות בלתי-חוקית ספציפית.¹²⁷

שני הסעיפים דורשים ידיעה, ולא עצימת-עיניים, אולם בתי-המשפט הקלו והסתפקו בתחליף של חשד, מתוך הנחה שכוונת הקונגרס האמריקאי הייתה לכלול הגדרה רחבה שתכיל גם עצימת-עיניים.¹²⁸

the statute, its legislative history, or in appellate court decisions considering similar arguments". כן ראו McGuinn, לעיל ה"ש 102, בעמ' 746.

124 ס' 1956(a)(1)(A)(i), 1956(a)(1)(B)(i), 1956(a)(2) ו-1956(a)(3) לחוק האמריקאי.

125 ראו ס' 1957(f)(2) לחוק האמריקאי, הקובע כי: "The term 'criminally derived property' means any property constituting, or derived from, proceeds obtained from a criminal offense..."

126 המונח "criminally derived property" נתפס כדומה למונח המקביל בס' 1956 לחוק האמריקאי. ראו הערה 5 לס' 1957 לחוק האמריקאי.

127 ראו ס' 1957(c) לחוק האמריקאי, הקובע כי: "In a prosecution for an offense under this section, the Government is not required to prove the defendant knew that the offense from which the criminally derived property was derived was specified unlawful activity."

128 Boran, לעיל ה"ש 6, בעמ' 855 והערות 63-64; Ratliff, לעיל ה"ש 30, בעמ' 179-180.

החוק הפדרלי מבחין לפיכך באופן ברור בין הקשר העובדתי הנדרש ל"פעילות בלתי-חוקית ספציפית", המפורטת ברשימת עבירות-המקור, לבין הידיעה הנדרשת בדבר קשר ל"פעילות בלתי-חוקית כלשהי". הגישה של ויתור על ידיעה ביחס לעברה ספציפית, כדי למנוע טענת הגנה שלפיה הנאשם לא ידע כי מקורו של הרכוש דווקא בעבירת-המקור המסוימת, דומה ביותר לדברי ההסבר לסעיף 5 בחוק הישראלי.¹²⁹

(ב) אנגליה

החקיקה בנושא הלבנת הון באנגליה, שהייתה מפורזת בעבר בכמה דברי חקיקה, רוכזה לפני כשבע שנים ב-*Proceeds of Crime Act 2002* (להלן: החוק האנגלי). זהו חוק מקיף שנכנס לתוקף בפברואר 2003.¹³⁰ עבירות הלבנת ההון נכללות בפרק השביעי לחוק. החוק האנגלי אינו כולל רשימה פרטנית של עבירות-מקור. כל עברה פלילית עשויה להיחשב למעשה עבירת-מקור.¹³¹ שלושת הסעיפים המרכזיים העוסקים בהלבנת הון הם סעיפים 327-329. הענישה המרבית בגינם היא ארבע-עשרה שנות מאסר.¹³² שלושתם מדברים על צורות שונות של פעילות הקשורה לרכוש פלילי ("Criminal Property"). רכוש פלילי מוגדר בסעיף 340(3) כך:

"340(3) Property is Criminal Property if — (a) it constitutes a person's benefit from criminal conduct or it represents such a benefit (in whole or part and whether directly or indirectly), and (b) the alleged offender knows or suspects that it constitutes or represents such a benefit."

סעיף 327 קובע חמש חלופות של פעולות ברכוש פלילי שייחשבו עברה (הסתרה,

כן ראו את האסמכתות המובאות במאמרה של פלאטו-שנער, לעיל ה"ש 5, הערה 100 בעמ' 273.

129 ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 111. בדוח של הסנט האמריקאי נכתב בנוגע לדרישת הידיעה ביחס לעברה כלשהי כי: "...the significance of this phrase is that the defendant need not know exactly what crime generated the funds involved in a transaction, only that the funds are the proceeds of some kind of crime that is a felony under Federal or State law. This will eviscerate the defense that a defendant knew the funds came from a crime, but thought the crime involved was not a crime on the list of 'specified' crimes in subsection (c)(7)". ראו: S. Rep. no. 433, 99th Cong., 2d Sess. 6, 11-12 (1986).
ראו Strafer, לעיל ה"ש 117, בעמ' 166-167 והערה 91.

130 ראו Rees & Hall, לעיל ה"ש 32, בעמ' 97-115. כן ראו גרוסמן ובלקין, לעיל ה"ש 3, בעמ' 433-454.

131 בתנאי שנעשתה בתחום השיפוט הבריטי או הייתה מהווה עברה בתחום הנ"ל אילו נעברה בו. ראו ס' 340(2) לחוק האנגלי.

132 ס' 334(1) לחוק האנגלי.

משפט ועסקים יא, התשס"ט הלבנת הון: הזיקה לעברת-המקור והוכחתה לנוכח העיקרון של הליך ראוי

הסוואה, המרה, העברה, והוצאת רכוש פלילי מחוץ לתחומי המדינה.¹³³ סעיף 328 קובע כי מעורבות, מתוך ידיעה או בחשד, בהסדר המקל על אחר לרכוש רכוש פלילי, להחזיק בו או לשלוט בו תיחשב עברה.¹³⁴ סעיף 329 קובע כעברה שלוש חלופות: רכישה של רכוש פלילי, שימוש בו או החזקה בו.¹³⁵

בשלושת הסעיפים הללו קבועות הגנות לעובר העברה: ראשית, אם הוא דיווח לרשויות על הפעולה או התכוון לדווח והיה לו צידוק לא לעשות כן; שנית, אם הוא ידע או האמין על יסוד סביר ("knows, or believes on reasonable grounds") שההתנהגות הפלילית הרלוונטית ("the relevant criminal conduct") נעשתה מחוץ לאנגליה ולא הייתה אסורה לפי הדינים באותה מדינה או באותו תחום שיפוט זר; שלישית, בסעיף 329(2)(c) קבועה הגנה לרוכש בתמורה ראויה.¹³⁶ בשלושת הסעיפים נקבע כי "התנהגות פלילית רלוונטית" משמעה "the criminal conduct by reference to which the property concerned is" criminal property.¹³⁷

היחס בדין האנגלי בין עברת הלבנת הון לבין עברת-המקור ניתן אם כן לחלוקה בהתאם להבחנה שהוצעה בין שתי החוליות כדלקמן: סעיפי החוק האנגלי מדברים, ראשית, על פעולות שונות ב"רכוש פלילי" אשר מהווה רווח שהושג מ"פעילות פלילית" או מייצג רווח כזה במישרין או בעקיפין, באופן מלא או חלקי; ושנית, על ידיעה או חשד של עובר העברה כי הרכוש מהווה רווח כזה. החוק האנגלי אינו דורש אם כן, לפי לשונו, זיקה לעברת-מקור ספציפית, ואף לא לסוג מסוים של עברות.

133 ס' 327 קובע: "A Person commits an offence if he — (a) conceals criminal property; (b) disguises criminal property; (c) converts criminal property; (d) transfers criminal property; (e) removes criminal property from England and Wales or from Scotland or from Northern Ireland"

134 ס' 328(1) קובע: "A Person commits an offence if he enters into or becomes concerned in an arrangement which he knows or suspects facilitates (by whatever means) the acquisition, retention, use or control of criminal property by or on behalf of another person"

135 ס' 329(1) קובע: "A Person commits an offence if he — (a) acquires criminal property; (b) uses criminal property; (c) has possession of criminal property"

136 ההגנה לרוכש בתמורה ראויה מסויגת בס' 329(3) בנסיבות שבהן התמורה נמוכה באופן משמעותי משווי הרכישה, השימוש או ההחזקה. כן נקבע בס' 329(3)(c) כי ההגנה אינה חלה במקרה של הספקת שירותים או טובין בידיעה או בחשד שייצעו לאחר לקדם פעילות פלילית.

137 ס' 327(2B), 328(4) ו-329(2B), שהוספו ב־Serious Organized Crime and Police Act 2005 (Eng.).

פרק ה: סיכום ביניים

בטרם אפנה להציג את המתווה של עקרון ההליך הראוי, אסכם את היחס בין שתי העברות בהתחשב בדיון עד כה.

היחס בין עברת הלבנת ההון לבין עברת המקור לפי המודל של החוק הישראלי ניתן לאפיון בהיבט העובדתי כיחס רב-היקפי מוגדר מראש בין עברת הלבנת ההון לבין רשימה של עברות-מקור, ובאופן טיפוסי, אם כי לא הכרחי, עברת הלבנת ההון מאוחרת בזמן לעברת-המקור.¹³⁸

חוק איסור הלבנת הון דומה אומנם במבנהו, באופן עקרוני, הן לחקיקה האמריקאית והן לזו האנגלית, אולם דומה שקיימים הבדלים המלמדים כי החוק הישראלי דומה יותר לחוק האמריקאי הפדרלי מאשר לחוק האנגלי. ראשית, החוק הישראלי קובע בתוספת לחוק רשימה של עברות ספציפיות, והיקפה של רשימה זו אף מצומצם מהיקף הרשימה בחוק הפדרלי, בעוד לפי החוק האנגלי כל רווח ישיר או עקיף מפעילות פלילית עשוי להיחשב רכוש אסור. שנית, היחס בין עברת הלבנת ההון לבין עברת-המקור לפי החוק הישראלי דומה – לפחות לפי הפרשנות המוצעת ברשימה זו – ליחס ביניהן לפי החוק האמריקאי הפדרלי: הוכחה עובדתית של קשר לעברת-מקור ספציפית; ויחס נפש-הכרתי של ידיעה על-אודות קשר לעברה כלשהי (אם כי בסעיף 3(א) נדרשת גם מטרה – ראו להלן). זאת, בהשוואה לחוק האנגלי, אשר אינו דורש, לפי לשונו, זיקה מפורשת לעברת-מקור, ואף לא לסוג מסוים של עברות, הגם שנדרשת במסגרתו פעילות הקשורה ל"רכוש פלילי" בהתאם להגדרה שהובאה לעיל.

כמו-כן, החוק הישראלי זהיר ומקל יותר עם הנאשם בהשוואה לחקיקה הפדרלית והאנגלית, בסירובו המפורש להכיר בחשד של עצימת-עיניים כתחליף לידיעה לפי סעיף 4 לחוק, בעוד הדין האמריקאי והאנגלי מוכנים להכיר בחשד כזה כבסיס להפללה. עם זאת, החוק האנגלי קובע הגנות מפורשות, דוגמת ההגנה המוקנית למי שרוכש, מחזיק או משתמש ברכוש בתמורה ראויה. החוק הישראלי מקל יותר באופן יחסי גם ברף הענישה המרבי על עברת הלבנת הון: עשר שנות מאסר, מול ארבע-עשרה שנים בחוק האנגלי ועד עשרים שנה בחוק האמריקאי הפדרלי.

מבחינת היחס בין עברת הלבנת ההון לבין עברת-המקור בחוק הישראלי, מוצע אפוא לראותו כמצדיק הוכחה מצטברת של שתי חוליות. ראשית, יש להוכיח כי הרכוש הוא רכוש אסור הקשור לעברת-מקור כהגדרתה בתוספת הראשונה לחוק, כנסיבה בעברה לפי סעיפים 3(א) ו-4 לחוק, במסגרת זו נראה שנדרשת הוכחת קשר לעברה ספציפית כלשהי. שנית, יש להוכיח כי הנאשם היה מודע לכך שמקורו של הרכוש שבו ביצע פעולה קשור לעברה, אף אם לעברה בלתי-מסוימת, אך מסוג עברות-המקור שבתוספת לחוק. המחשבה הפלילית הנדרשת אפוא, לפי סעיף 4 לחוק, היא שפעולתו של הנאשם ברכוש נעשתה

138 כאמור, הפסיקה הכירה באפשרות של מיזוג בזמנים בין שתי העברות. ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 70-64.

משפט ועסקים יא, התשס"ט – הלבנת הון: הזיקה לעברת-המקור והוכחתה לנוכח העיקרון של הליך ראוי

מתוך ידיעה לגבי טיב מעשהו (הפעולה שביצע) ולגבי קיום הנסיבות (קרי, היות הרכוש "רכוש אסור" הקשור לעברה, אף אם בלתי-מסוימת).¹³⁹ תנאי נוסף לפי סעיף 4 לחוק הוא שהרכוש האסור הוא מסוג הרכוש המפורט בתוספת השנייה ובשווי שנקבע בה.¹⁴⁰

כך, לעניין סעיפים אלה יהיה מקום להוכיח, לדוגמה, כי הרכוש קשור בפועל לעברת שוחד, שהיא מבין עברות-המקור הנכללות בתוספת, אולם התביעה תצא לכאורה ידי חובתה אם תוכיח כי הנאשם ידע שמקורו של הרכוש בעברה כלשהי מסוג עברות-המקור שכתוספת לחוק, ולא דווקא בעברת שוחד.¹⁴¹

כמו-כן, נראה כי סעיף 5 לחוק אינו דן כלל בחוליה הראשונה מבין השתיים – דהיינו, אינו דורש הוכחה שהרכוש קשור לעברה אך גם אינו שולל דרישה להוכחה כזו – אלא עוסק במישור ההכרתי גרידא. גם כך, נראה שסעיף 5 אינו מספק תשובה לגבי טיבו המדויק של היסוד ההכרתי הנדרש בגדרה של החוליה השנייה.

ההבדל במישור ההכרתי בין סעיפים 3(א) ו-4 לחוק הוא שסעיף 3(א) אינו שולל אפשרות של עצימת-עיניים ביחס לטיבם של ההתנהגות (עשיית פעולה) או הנסיבות (ברכוש שהוא רכוש אסור), בעוד סעיף 4 שולל עצימת-עיניים ודורש ידיעה ממש ביחס לטיב ההתנהגות והנסיבות ("העושה פעולה ברכוש, בידיעה שהוא רכוש אסור"). ההבדל במישור החפצי של היסוד הנפשי הוא שלפי סעיף 3(א) נדרשת גם מטרה "להסתיר או להסוות את מקורו" של הרכוש האסור, כאמור בהוראת החיקוק.

עם זאת, דומה כי אנו נותרים עדיין בשלב זה עם כמה קשיים. כדי לחדדם ניתן לחזור ולהסתייע בהבחנה שעליה עמדתי בשלב מוקדם יותר (ראו תת-פרק ד1) בקשר להיקף הזיקה של העברה הקורלטיבית לתחום העברות המגדירות. ניתן להיווכח כי בקבוצת העברות של קבלת רכוש גנוב לפי סעיפים 411 ו-412 לחוק העונשין קיימת חפיפה בגבולות הגזרה של שתי החוליות: דרישה עובדתית להוכחה שהנכסים הושגו בפשע או בעוון, ודרישה זהה במישור ההכרתי, דהיינו, שהנאשם יהיה מודע לכך שהם הושגו בפשע או בעוון, בהתאמה. מאידך גיסא, בעברת הלבנת הון, לפי המודל שבחוק הישראלי, אין חפיפה כזו: בהיבט העובדתי על התביעה להוכיח לכאורה קשר לעברת-מקור ספציפית, ואילו כאשר מדובר ביחסו הנפשי של הנאשם, די בהוכחת מודעותו לקשר של הרכוש לעברה כלשהי. הדרישה המתוחמת יותר בעברת הלבנת ההון במישור העובדתי – המופנית לעברת-מקור ספציפית, ולא לתחום הרחב יותר של פשע או עוון כמו בעברות הקבלה של רכוש גנוב – נראית ראויה. ברם, גם מבנה זה של עברת הלבנת ההון אינו נקי מקשיים, כאמור.

139 השוו ס' 20 לחוק העונשין.

140 פס' א לתוספת השנייה לחוק כוללת שמונה סוגי רכוש: חפצי אומנות; כלי קודש ויודאיקה; כלי תחבורה, לרבות כלי שיט וכלי טיס; אבנים ומתכות יקרות; ניירות-ערך; נכסי דלא ניידים; עתיקות; ושטיחים. שווי הרכוש לפי פסקה זו נדרש להיות 120,000 ש"ח או יותר, בין בפעולה אחת ובין בכמה פעולות המצטברות לסכום זה תוך שלושה חודשים. פס' ב עוסקת בכספים מעל לסכום של 400,000 ש"ח, גם כאן בין בפעולה אחת ובין בכמה פעולות המצטברות לסכום זה תוך שלושה חודשים.

141 זהו המבנה לפי לשון החוק, אולם הוא מעורר קושי בשל אי-הבהירות של מושא הידיעה. ראו את הדיון בהמשך.

קושי אחד הוא שהאובייקט מושא היחס הנפשי ההכרתי (עברה בלתי-מסוימת) אינו מוגדר בצורה ברורה. הוא עלול לפתוח פרצה לפירוט-חסר מצידה של התביעה,¹⁴² והוא אינו מספק קווי מתאר ברורים לקביעת אשמה מצידו של הנאשם.¹⁴³ זאת, משום שהחוק עשוי לקבוע אשמה על בסיס מסקנה בדבר מודעותו של הנאשם לכך שהרכוש שבו ביצע פעולה קשור לעברה כלשהי, שאינה מוגדרת באורח מדויק מראש כעברה ספציפית.¹⁴⁴ אומנם, בסעיף 3(א) לחוק נדרשת במישור החפצי גם מטרה "להסתיר או להסוות את מקורו" של הרכוש וכולי - דרישה מחמירה יותר המהווה מעין משקל-נגד לאובייקט הבלתי-מוגדר דיו של היחס ההכרתי. אולם לפי הפסיקה, כפי שכבר הראיתי, מטרה זו עשויה להיות מוחלפת בנסיבות מסוימות בצפיות להתממשותה.¹⁴⁵ זאת ועוד, יש לשים לב להבדל בין רכיב המטרה לבין הרכיב הנסיבתי שבעברה: המטרה מכוונת, לפי סעיף 3(א) לחוק, להשגת יעדים הנקובים בהוראת החיקוק (להסתיר או להסוות את מקור הרכוש, את זהותם של בעלי הזכויות בו, את מיקומו, את תנועותיו או פעולה שנעשתה בו), אולם יעדים אלה נבדלים מן הידיעה הנדרשת בדבר היות הרכוש "רכוש אסור" הקשור לעברה, כנסיבה בעברה. כך, למשל, פלוני עשוי לבצע פעולה של העברת כספים מחשבון א לחשבון ב מתוך מטרה להסתיר את מיקומם של הכספים או אף מתוך צפייה שפעולתו תוביל לתוצאה זו. אולם בכך בלבד אין כדי לומר שפלוני ידע בהכרח שהרכוש הוא "רכוש אסור" הקשור לעברה, הגם שייתכן כמובן שבמישור הראייתי יוסקו מסקנות לגבי ידיעתו. קושי נוסף הוא שהעדר החפיפה בין החוליה העובדתית לבין זו הנפשית עלול לעורר קשיים ושאלות לגבי השוליים שבהם קיימת תחולה רק למעגל האחד, ולא למעגל האחר. על הדוגמה של ניסיון בלתי-צליח כבר עמדתי לעיל, אולם דוגמה זו אינה טיפוסית דווקא למצב המתואר. דוגמה שממחישה אולי טוב יותר את הנקודה היא זו: מה הדין מקום שהוכח כי הרכוש שבו ביצע הנאשם פעולה אכן קשור לעברת-מקור הנכללת בתוספת לחוק, והנאשם עצמו אף פעל מתוך מודעות לכך שמדובר ברכוש שמקורו בעברה, אולם האמין, בטעות, כי הרכוש קשור דווקא לעברה אחרת שאינה נכללת ברשימת עברות-המקור או שהוצאה ממנה במפורש?¹⁴⁶ במקרה כזה קיימת אמונה של הנאשם בדבר קשר של הרכוש לעברה ספציפית, ולא רק בלתי-מסוימת, אולם עברה שאינה עברת-מקור. לכאורה, דרישת-הסף בסעיף 5 קובע אמורה לספק מענה לדרישת היסוד הנפשי, שכן די לכאורה בידיעה בדבר

142 על ההיבטים הדיוניים של הסוגיה ראו בפרק 1 להלן.

143 לביקורת דומה על נוסחו של ס' 1956 ל-1986 Money Laundering control Act האמריקאי הפדרלי, ראו להלן בטקסט הסמוך לה"ש 168.

144 ניתן להזכיר כאן את הדימוי של פלטר כי בתי-המשפט, להבדיל מהמחוקק, מפתחים את המשפט הפלילי כאשר הם רואים לנגד עיניהם מעין "a core image of crime". ראו FLETCHER, לעיל ה"ש 42, בעמ' 78. במקרה שלנו המחוקק מגדיר גבולות רחבים ועמומים למושא היסוד ההכרתי, ובתי-המשפט בוחרים את עמידתו של הנאשם בסטנדרט הנדרש, שאינו מוגדר במדויק מראש, ואשר אם לא יעמוד בו - יופלל.

145 לעיל ה"ש 49.

146 ראו, למשל, פריטים 10, 11 ו-12 לתוספת הראשונה לחוק, שבהם מוצאות עברות מסוימות מגדר התוספת.

משפט ועסקים יא, התשס"ט – הלבנת הון: הזיקה לעברת-המקור והוכחתה לנוכח העיקרון של הליך ראוי

קשר לעברה כלשהי. אולם ניתן לגרוס, לעומת זאת, כי על הידיעה להתייחס רק לעברות-מקור כהגדרתן בחוק. מכאן שניכרת אי-בהירות מבחינת מושא הידיעה הנדרשת, שכן לא ברור כיצד ידיעה בדבר קשר לעברה בלתי-מסוימת מתיישבת עם הדרישה לתיחומה של אותה ידיעה ממש לעברות-מקור גרידא. לכך מצטרפת דרגת פירוט בלתי-עקבית בהיבט העובדתי ובהיבט הנפשי, אשר מעוררת אי-נוחות.

כפי שכבר נאמר לעיל, הבעיות שתוארו עשויות לא להתעורר מבחינה מעשית מקום שמוחסת לנאשם בהלבנת הון עברת-מקור עצמאית המוכחת נגדו כדבעי במשפטו. אולם בכל המקרים האחרים, שבהם לא מוכחת עברת-מקור שהנאשם בהלבנת הון מעורב בה, המבנה הבלתי-שגרתי של עברת הלבנת ההון עלול לעורר קושי בהיבט המהותי (מבחינת הרף לקביעת אשמה) ובהיבט הדיוני (מבחינת הפגיעה בזכותו של הנאשם להתגונן).

בחלקה הנותר של הרשימה אציג מתווה שאני מציע להיעזר בו על בסיס העיקרון של הליך ראוי כדי להשיג יתר ערנות לקשיים שהסוגיה הנידונה מעוררת. אין מדובר במודל מלא וסדור, אלא בקווי מתאר בלבד, אשר מזמינים בוודאי ליבון ומחשבה נוספים.

פרק ו: העיקרון של הליך ראוי – מתווה דיוני לתיחום היחס בין עברת הלבנת ההון לבין עברת-המקור

בפרק זה אציע את העיקרון של הליך ראוי כמתווה דיוני לפתרון כמה מן הקשיים המתעוררים לנוכח היחס בין עברת הלבנת ההון לבין עברת-המקור. כפי שאראה, השימוש ברעיון של הליך ראוי או של הגינות דיונית כלפי הנאשם הועלה בדין הזר על רקע קשיים דומים. איעזר בכמה מהרעיונות ומהטיעונים שהועלו באנגליה ובארצות-הברית לצורך שרטוט המתווה המוצע.

הדוגמות שאביא מהדין הזר מלמדות כי הספרות והפסיקה מתמודדות עם מגמותיה האכיפתיות של החקיקה בתחום הלבנת ההון תוך עמידה על עקרונות מסורתיים של דיני העונשין, אשר היבטים מהותיים (כגון דרישת אשמה סובייקטיבית לשם הרשעה) כמו-גם דיוניים (פירוט נדרש לשם הוכחת האשמה והגינות בניהול המשפט) משמשים בהם זה לצד זה. זאת, כאשר בשתי המדינות, ועל-אף השוני בהוראות החיקוק, מתעוררים ספקות בנוגע לאמות-המידה הראויות להוכחת עברת-המקור.

קו הגבול העליון והאידיאלי לכל אמות-המידה מבחינה עובדתית ונפשית הוא הוכחתה של עברת-מקור עצמאית באישום ישיר נגד הנאשם. אמת-מידה זו מסירה למעשה במידה רבה את הקשיים ששאלת הזיקה לעברת-המקור מעוררת, מקום שיוכחו היסודות העובדתיים והנפשיים הנדרשים נגד הנאשם עצמו באופן שיאפשר את הרשעתו גם בעברת-המקור.

ברם, בשל נקודת המוצא של החוק, אשר עברת-המקור היא אגבית בו, ומעצם פנייתו במכוון להפללת מעגלים רחבים יותר מהשותפים הישירים בביצוע עברת-המקור, המבחנים המוצעים נעים סביב אמות-מידה נמוכות מקו גבול עליון זה. כך מבחינת הוכחת הזיקה

העובדתית של הרכוש לעברה (פעילות בלתי-חוקית כלשהי, עברה גנרית מרשימת עברות- המקור, סוג מסוים של עברות וכדומה), וכך מבחינת הוכחת הזיקה הנפשית-ההכרתית מצידו של הנאשם לגבי היות הרכוש קשור לעברה (ידיעה על-אודות עברה כלשהי, ידיעה על-אודות סוג מסוים של עברות וכולי).

אמות-המידה הללו על הציר שגבולו העליון בהוכחת עברת-מקור עצמאית של הנאשם בהלבנת הון לבין כל מה שמתחת לקו גבול עליון זה ניתנות להערכה לנוכח העיקרון של הליך ראוי. אציע להיעזר אפוא בעקרון ההליך הראוי להבנת כמה מנקודות-התורפה הקשורות להוכחת עברת-המקור. זאת, כדי לתרום להגברת הערנות לפגיעה האפשרית ביכולתו של הנאשם להתגונן במשפט, ולהישמרות מפני פגיעה כזו.

1. הליך ראוי – כללי

הרעיון בדבר זכותו של הנאשם למשפט הוגן (Fair Trial), שבמסגרתו יש לאפשר לו להתגונן מפני האישומים נגדו בהליך ראוי (Due Process), הוא אבן-יסוד חוקתית במשפט האמריקאי.¹⁴⁷ עיקרון זה מוכר גם במשפט האנגלי, והונחל בו במפורש מאז נחקק ה- Human Rights Act 1998, המכפיף את הדין האנגלי לאמנה האירופית לזכויות אדם ולחירויות-יסוד.¹⁴⁸ הרעיון של הליך ראוי הוכר בכתיבה המשפטית בארץ. כך, בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, משנת 1992, נטען כי זכויות הנאשם בהליך הפלילי קיבלו מעמד

147 ראו את התיקונים החמישי והשישי לחוקת ארצות-הברית משנת 1791 (21A AMER. JUR. 134) (2nd ed. 2008). etc. (3rd ed. 2008). כן ראו: JOSEPH COOK, CONSTITUTIONAL RIGHTS OF THE ACCUSED (2nd ed. 1996); Richard Frase, *Fair Trial Standards in the United States of America*, in THE RIGHT TO A FAIR TRIAL 31 (David Weissbrodt & Rudiger Wolfrum eds., 1999). פרייז מצייין שם כי יש להבין את התפתחותו של העיקרון על רקע קיומה של לשכת עורכי-דין חזקה ועצמאית ושיטת הוראה העוסקת בזכויות פרוצדורליות. ראו גם: Juliance Kokott, *Fair Trial: The Inter-American System for the Protection of Human Rights*, in THE RIGHT TO A FAIR TRIAL 133 (David Weissbrodt & Rudiger Wolfrum eds., 1999). מן הצד האחר, לביקורת על הערכת-יתר של הפרוצדורה במחיר הערכת-חסר של ערך האמת בשיטת המשפט הפלילית האמריקאית ראו: WILLIAM PIZZI, TRIALS WITHOUT TRUTH: WHY OUR SYSTEM OF CRIMINAL TRIALS HAS BECOME AN EXPENSIVE FAILURE AND WHAT WE NEED TO DO TO REBUILD IT (1999).

148 European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. ס' 16 (1) לאמנה קובע את הזכות למשפט הוגן. כן ראו SIMESTER & SULLIVAN, לעיל ה"ש 108, בעמ' 25-41; STEFAN TRECHSEL, HUMAN RIGHTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS (2005). הנורמות של אמנה זו מספקות סטנדרטים לכל ההיבטים של פעילות המדינה, אם כי נטען כי בהקשר של החקיקה הנוגעת בלחימה בטרור באנגליה ניתנה פרשנות גמישה ואף פייסנית. ראו: BLACKSTONE'S GUIDE TO THE ANTI-TERRORISM LEGISLATION x-xi (Clive Walker ed., 2002). הרעיון של משפט הוגן או הליך ראוי מוזכר בהקשר של עברות הלבנת הון גם כעניין של הגינות פרוצדורלית (procedural fairness). ראו SAVLA, לעיל ה"ש 40, בעמ' 141-146.

משפט ועסקים יא, התשס"ט הלבנת הון: הזיקה לעברת-המקור והוכחתה לנוכח העיקרון של הליך ראוי חוקתי, ¹⁴⁹ וכי "זכותו של נאשם למשפט הוגן היא חלק מכבוד האדם שלו." ¹⁵⁰ העיקרון של הליך ראוי מוזכר ואף הוכר גם בפסיקה בארץ. ¹⁵¹

העיקרון של הליך ראוי מתבטא בשורה של כללים שנועדו לשמור על זכותו של הנאשם למשפט הוגן ונטול משוא-פנים (הזכות לדעת מראש את האישומים המיוחסים לו, ולהטיל ספק בראיות התביעה; הזכות לייצוג; זכות הערעור ועוד). ¹⁵² עיקרון זה בא לידי ביטוי גם בכלים שבשיקול-דעת המוקנים לבית-המשפט, כגון דוקטרינת ההגנה מן הצדק. ¹⁵³ נוסף על כך ניתן להצביע על שורה של עקרונות-יסוד שמיועדים לשמור על זכויותיו של הנאשם בהליך הפלילי, וניתן לראותם למעשה במובן הרחב כחלק מהתפיסה של שמירה על הליך ראוי. דוגמות לכך הן חוקת החפות, ¹⁵⁴ שממנה נגזר הנטל המוטל על התביעה להוכיח את כתב האישום מעל לספק סביר; ¹⁵⁵ הכלל בדבר דרישת המחשבה הפלילית כבסיס לאשמה, זולת חריגים, ¹⁵⁶ ועוד. העיקרון של הליך ראוי נפרט אם כן לשורה של עקרונות-משנה, המשרטטים בסופו של דבר את תוכנו וגבולותיו של עקרון-אב זה ככלי לשמירה על משפט הוגן.

- 149 ראו אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5, 22 (1996).
- 150 אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271, 281 (1994). כן ראו בעז אוקון ועודד שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי" המשפט ג 265 (1996).
- 151 ראו, למשל, בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 421 (1995); בש"פ 1005/05 חסידני נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(6) 385, 391-392; רע"פ 9718/04 מדינת ישראל נ' טאלב נואורה (טרם פורסם, 25.11.2007).
- 152 פרופ' מאוטר טוען כי אי-הוודאות במשפט היא בלתי-פתירה. לפיכך, תחת ניסיון עקר לפותרה, יש לפנות לבחינת השלכותיה. אחת מהן היא הצורך לוותר על הניסיון להבטיח לצדדים תוצאה מסוימת לטובת חשיבה על מאפיינים מסוימים של ההליך שיבטיחו שמירה דיונית על זכויות הצדדים, כגון העדר משוא-פנים, אובייקטיביות וכולי. ראו מנחם מאוטר "על אי-הוודאות במשפט וכמה מהשלכותיה" משפט וממשל ט(1) 223 (2005); Menacham, *Mautner, Luck in the Courts, in 9 THEORETICAL INQ. L.* 217 (2008).
- 153 ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, 806 (2005). כיום מעוגן בס' 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי שהנאשם רשאי לטעון, כטענה מקדמית, כי "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". כן ראו ישגב נקדימון הגנה מן הצדק (מהדורה שנייה, 2009).
- 154 ע"פ 4675/97 רוזוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 337, 304 (1999); ע"פ 339/80 עדיקה נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 106, 112 (1980); ע"פ 582/79 באומינגר נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 561, 565-566 (1980); דן בייך "ההגנה החוקתית על חוקת החפות" עיוני משפט כב 11 (1999).
- 155 ס' 34 ו-334 לחוק העונשין.
- 156 ס' 19 לחוק העונשין; ע"פ 7295/95 דיסנצ'יק נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 193, 198 (1997); כן ראו ע"פ 3165/97 זילברמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 465, 470 (1998).

2. הקשר לעברת-המקור – מצבים דיוניים אפשריים

בירור הקשר לעברת-המקור מעורר שאלות דיוניות לא-פשוטות, וניתן לחלוקה לפי חתכים שונים. חתך אחד הוא הבחנה בין מצב שבו עברת-המקור מיוחסת לנאשם העומד לדין בהלבנת הון לבין מצב שבו עברת-המקור מיוחסת לאחרים. חתך אחר הוא הבחנה בין מצב שבו בית-המשפט מרשיע את הנאשם בעברת-המקור לבין מצב שבו בית-המשפט מסתפק בקביעה שיפוטית כי הנאשם עבר עברת-מקור.

להלן אציג כמה דוגמות למצבים דיוניים שונים, מבלי למצותם, ואעמוד על כמה מהשאלות העשויות להתעורר. דומה כי באופן כללי אמת-המידה החוצה לרוחב את הסוגיה כולה צריכה להישען על התפיסה של הוכחת הקשר לעברת-המקור מעבר לספק סביר, כחלק מעקרון-האב של הליך ראוי, ובהתאם לאותה אמת-מידה מנחה לגבי ההרשעה בעברת הלבנת הון גופה. זאת, מכיוון שההוכחה כי הרכוש הוא "רכוש אסור" הקשור לעברה היא כאמור רכיב נסיבתי בעברת הלבנת הון, ומן הראוי לבחנה לפי אמת-מידה שמעבר לספק סביר, כמתחייב בפלילים.

מקרה דיוני אפשרי ראשון הוא כאשר הנאשם עצמו עומד לדין במשפטו בגין עברת-המקור. מצב זה הוא הנוח ביותר מבין כל האפשרויות מבחינת השמירה על העיקרון של הליך ראוי.¹⁵⁷ זאת, משום שהקשר לעברת-המקור מתברר במסלול של אישום ישיר נגד הנאשם בהליך הנידון לפני בית-המשפט, ולנאשם מוקנות כל זכויותיו הדיוניות להתגונן מפני אישום זה. כאמור, מצב זה מתרחש כעניין שבעובדה במשפטים רבים, ומסיר לפחות חלק מהקשיים המעשיים הכרוכים בשאלת הזיקה לעברת-המקור.¹⁵⁸ ברם, נפסק כאמור שהעמדת הנאשם לדין בעברת-מקור אינה תנאי להרשעה בהלבנת הון.¹⁵⁹ משום כך, מצב זה אינו מקיף את כל הקבוצה השיורית של המקרים שבהם עברת-המקור אינה מיוחסת לנאשם בהלבנת הון.

מקרה דיוני אפשרי שני הוא כאשר העובדות לגבי עברת-המקור מפורטות בכתב האישום מבלי שהנאשם הועמד בגינה לדין. גם במקרה זה נשמרות על פני הדברים זכויותיו הדיוניות של הנאשם להתגונן, שכן על התביעה להוכיח את כתב האישום נגדו, לרבות את עובדותיו. עם זאת, מצב-ביניים זה עלול גם לעורר קשיים, שכן נוצר מצב בעייתי ובלתי-רצוי שבו הנאשם לא הועמד לדין בגין עברת-המקור – למשל, עקב העדר ראיות מספיקות או העדר סמכות שיפוט – אולם הוא עשוי להיות מורשע בהלבנת הון מקום שבו בית-המשפט יסבור כי הוכח קשר שלו לעברת-מקור. כך, בארצות-הברית צוין כי ההלכה

157 במחקר סטטיסטי שערך משרד המשפטים האמריקאי בנוגע להליכים פליליים באשמה של הלבנת הון שהתנהלו בבתי-משפט פדרליים בשנים 1994 עד 2001 נמצא כי ברוב המקרים הועמדו הנאשמים בהלבנת הון למשפט גם בגין עברות-מקור ספציפיות של רכוש (63%), סמים (16%), הפרת הסדר הציבורי (כגון סחיטה והדחת עדים) (7%) ואליומות (4%). Bureau of Justice Statistics at the U.S. Department of Justice, *Special Report* (July 2003), מובא

אצל גרוסמן ובלקין, לעיל ה"ש 3, בעמ' 426-427.

158 לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 60.

159 פרשת איסקוב, לעיל ה"ש 21, והטקסט הסמוך לה"ש 73 לעיל.

משפט ועסקים יא, התשס"ט הלבנת הון: הזיקה לעברת-המקור והוכחתה לנוכח העיקרון של הליך ראוי

שלפיה אין צורך בהוכחת קשר לעברת-מקור ספציפית מאפשרת לתביעה דרך להעמיד לדין בגין עברות-מקור מבלי לעמוד בנטל להוכיחן.¹⁶⁰ נראה שיש לתת את הדעת לכך שאף במסגרת קטגוריה זו תשמור הוכחת הקשר לעברת-המקור על רף הוכחה דומה לזה הנדרש באישום ישיר נגד הנאשם.

מקרה דיוני אפשרי שלישי הוא כאשר הנאשם עומד לדין או הורשע בהליך אחר בעברת-מקור. האם די בכך להוות ראיה בדבר קשר לעברת-מקור בהליך שבו הנאשם נידון בגין הלבנת הון? ראשית, כאשר להעמדה לדין, הליך ראוי מחייב כמובן להימנע מהסקת מסקנות מעצם העמדתו של הנאשם לדין בהליך אחר, שכן הוא רשאי ליהנות מחזקת החפות כל עוד לא הורשע. שנית, גם מקום שהורשע הנאשם בהליך אחר בעברת-מקור, נראה שהגשת פסק-דין המרשיע כראיה במשפטו בהלבנת הון עומדת בניגוד לכלל שלפיו אין לקבל במשפט פלילי ראיות וממצאים ממשפט אחר אשר לא הוכחו ישירות במשפט.¹⁶¹ כידוע, רק לאחר הרשעה, בשלב העונש, בית-המשפט רשאי להיחשף לראיות בדבר הרשעות קודמות של הנאשם.¹⁶² יש לשים לב כי בהקשר זה הרציונל בדבר זכותו של הנאשם להתגונן באופן ישיר אינו מכוון להגנתו במשפט שבו הורשע בעברת-המקור (שכן ההנחה היא שהוא התגונן שם ישירות מפני אשמה זו), אלא בזכותו להתגונן ישירות במשפט שבו הוא מואשם בעברה של הלבנת הון, לבל יוסקו נגדו מסקנות הנסמכות באופן אגבי על פסק-דין במשפט אחר.

האפשרות לקיומו של פסק-דין מרשיע נגד הנאשם בגין עברת-מקור, בנפרד מההליך המתנהל בעניינו בגין עברת הלבנת הון, אינה צפויה להתעורר על-פי-רוב מבחינה מעשית כאשר מדובר בפרשה מקומית אחת שנחקרה כחטיבה הומוגנית. זאת, מכיוון שיש להניח כי התביעה תימנע מפיצול ההליך, ותכלול בכתב אישום אחד את כל העברות המיוחסות לנאשם, לרבות עברות-המקור. האפשרות עשויה להתעורר במקרה של פערי זמנים ופיצול בין ההליך השיפוטי שבו נידונה עברת-המקור לבין ההליך שבו נידונה כעת עברת הלבנת הון.

מעבר לכך, שאלת קיומו של פסק-דין מרשיע נפרד בעברת-מקור עשויה להתעורר ביתר שאת כאשר מדובר בפרשייה החוצה גבולות, שאז פסק-דין ממדינה זרה עשוי להצטרף למשוואה. טלו, למשל, מקרה שבו הנאשם הורשע במדינה זרה בעברת-מקור. אותו נאשם עומד בשלב מאוחר יותר לדין בישראל על עברת הלבנת הון. האם בית-המשפט בישראל הדין בעניינו של הנאשם בהלבנת הון רשאי לייחס משקל להרשעתו במדינה הזרה לצורך הוכחת קשר לעברת-מקור? דומה כי אותו כלל שהוזכר המונע הגשת פסק-דין מרשיע מקומי במשפטו של הנאשם יחול – ולעיתים אף ביתר תוקף – כאשר לפסק-דין זר. הרציונל דומה: מניעת פגיעה בזכותו של הנאשם להתגונן באופן ישיר במשפט. הוכחת הדין

160 McGuinn, לעיל ה"ש 102, בעמ' 749.

161 זאת, להבדיל ממשפט אזרחי, שממצאים ומסקנות של הכרעת-דין חלוטה במשפט פלילי קבילים בו כראיה לכאורה בתנאים הקבועים בס' 42 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, נ"ח 421.

162 ס' 187(א) לחוק סדר הדין הפלילי.

הזר מעוררת כשלעצמה שאלות דיוניות שונות. כך, למשל, ייתכן שבדין המקומי קמות לנאשם הגנות שאינן חלות בדין הזר, ומכל מקום על התביעה להוכיח כי עברת-המקור מהווה עברה גם לפי הדין הזר.¹⁶³ נראה אפוא שגם במקרה זה יש להקפיד על דרישה להוכחה ישירה של הקשר לעברת-המקור במשפטו של הנאשם.¹⁶⁴

מקרה דיוני אפשרי רביעי הוא כאשר אחרים, להבדיל מהנאשם בהלבנת הון, עומדים לדין או הורשעו בעברת-מקור. ניתן להבחין בהקשר זה בין שני מצבי-משנה: האחד, כאשר מדובר באחרים שהם נאשמים במשותף עם הנאשם במשפטו; והאחר, כאשר מדובר באחרים שלא עמדו לדין לפני בית-המשפט הדין בעניינו של הנאשם בהלבנת הון. במקרה הראשון ניתנה לנאשם זכות להתגונן, כצד למשפט שבו מתבררת אשמתם של הנאשמים האחרים.¹⁶⁵ במקרה השני המצב בעייתי, שכן הנאשם אינו צד למשפטם של האחרים, והרציונל שלפיו אין לייחס לו קביעות או ממצאים שעלו בהליך אחר – חל גם כאן.¹⁶⁶ לפיכך נראה שאף במקרה זה יש לדרוש הוכחה ישירה של הקשר לעברת-המקור במשפטו של הנאשם.

3. ארצות-הברית ואנגליה – הליך ראוי והגינות דיונית

העיקרון של הליך ראוי (בארצות-הברית) ושל הגינות דיונית (באנגליה) הועלה בדין הזר כמענה וכבלם מפני הרחבה יתרה של גבולות העברה של הלבנת הון ושל היחס בינה לבין עברת-המקור.

בארצות-הברית הותקף הקשר לעברת-המקור בשני המישורים. ראשית, באשר לקשר העובדתי לעברת-המקור, נטען כי הסתמכות על רשימה גנרית של סעיפי חיקוק כעברות-מקור אינה עומדת בדרישת ההתראה והפירוט הנדרש בהליך ראוי (Due Process) בהתאם לתיקון החמישי לחוקה.¹⁶⁷ שנית, אף אמת-המידה של ידיעה כי מקורו של הרכוש ב"פעילות

163 ס' 2(ב) לחוק.

164 סוגיה זו מעוררת גם את השאלה בדבר הגנת הסיכון הכפול, הן משום "משפט פלילי אחר [ה] תלוי ועומד נגד הנאשם בשל המעשה נושא כתב האישום" (ס' 149(6) לחוק סדר הדין הפלילי) והן משום "זיכוי קודם או הרשעה קודמת בשל המעשה נושא כתב האישום" (ס' 149(5) לחוק סדר הדין הפלילי), שכן במשפטו של הנאשם בהלבנת הון מתבררת – כיסוד בעברת הלבנת ההון – עברה אחרת (עברת-המקור) שבה הוא כבר הורשע או שבגינה הוא כבר עומד לדין במשפט אחר. טיעון זה נדחה על-ידי בתי-המשפט בארצות-הברית. ראו Boran, לעיל ה"ש 6, בעמ' 865-866; McGuinn, לעיל ה"ש 102, בעמ' 758; Newland, לעיל ה"ש 117, בעמ' 761-762.

165 הגם שניתן לחשוב על מגבלות דיוניות הקיימות כאשר אותם אחרים עומדים לדין כנאשמים במשותף עם הנאשם, בהשוואה למצב שבו הם מובאים כעדי תביעה. למשל, אם האחרים יממשו את זכותם כנאשמים וימנעו מלהעיד בפרשת ההגנה, לא יוכל הנאשם לכוף אותם לעשות כן, ואז תימנע ממנו האפשרות לחקור אותם חקירה נגדית. עם זאת, התוצאה של הימנעותם מלהעיד תהיה שחקירותיהם במשטרה לא יהיו קבילות נגד הנאשם.

166 ראו פרשת אביזמיל, לעיל ה"ש 72.

167 Strafer, לעיל ה"ש 117, בעמ' 178: "If section 1956 required nothing more than an

משפט ועסקים יא, התשס"ט הלבנת הון: הזיקה לעברת-המקור והוכחתה לנוכח העיקרון של הליך ראוי

בלתי-חוקית כלשהי" עוררה ביקורת, בנימוק שהיא מעורפלת באופן אינהרנטי ואינה מספקת התראה ראויה או קווים ברורים לקביעת אשמה.¹⁶⁸ כמו-כן, היסוד הנפשי הנדרש הותקף על בסיס הטיעון בדבר עמימות (vagueness) בלתי-חוקתית, אולם בתי-המשפט בארצות-הברית דחו בעקביות טיעון זה.¹⁶⁹ מכל מקום, ביקורת בכיוונים אלה עשויות להיות תקפות גם בהקשר של החוק בישראל.

באנגליה התנאי להוכחת ידיעה של הנאשם בדבר קשר של הרכוש לעברה מסוימת או לפחות לסוג מסוים של עברות אינו מופיע במפורש בחקיקה האנגלית, כפי שהיה אפשר להתרשם, אלא פותח בפסיקה כחלק מתפיסה של הגינות דיונית. על-סמך נוסחו של החוק האנגלי, שאינו כולל לפי לשונו דרישה מפורשת בדבר קשר לעברה ספציפית, טענה התביעה שם כי לא מוטלת עליה חובה להוכיח קשר כזה, ואף לא קשר לסוג מסוים של עברות-מקור, אלא די בכך שתביא עובדות שעל בסיסן יוכלו המושבעים להסיק קשר כזה.

טענה זו נידונה לאחרונה ונדחתה על-ידי בית-המשפט לערעורים בפרשת *R. v. W.*¹⁷⁰ באותו מקרה דובר בארבעה נאשמים, אשר אחד מהם העביר באמצעות שלושת האחרים סכומי כסף גדולים מאנגליה לג'מייקה. הנאשם המעביר לא היה יכול להצביע על הכנסות או מקורות לגיטימיים מוכחים אחרים להסברת הכספים הללו, אולם התביעה לא הוכיחה מקור לא-לגיטימי של הכספים. הנאשמים הועמדו לדין בעברות על סעיפים 327 ו-328 לחוק.

השאלה שנידונה הייתה אם העדר הוכחות בדבר מקור לגיטימי מתועד של הכספים

oblique reference to broad, generic categories of crimes, it would not provide defendants with sufficient notice..."

168 ראו *Strafer*, לעיל ה"ש 117, בעמ' 170, שם טען המחבר כי: "by using the inherently vague term 'some', section 1956 fails to provide notice of what facts and circumstances will justify the inference of guilty knowledge. To justify even a permissive inference in a criminal case, the presumed fact must be shown to follow from the proven facts to established levels of certainty. Section 1956 fails to provide sufficient certainty that the inference of guilty knowledge will be constitutionally permissible, because the proven fact — knowledge that the property is a proceed of some illegal activity — is itself imprecise"

169 בין היתר נטען, כאמור, כי המודעות הנדרשת בס' 1956 ו-1957 ל-"Money Laundering Control Act of 1986 - אשר מסתפקים, בהתאמה, בידיעה בדבר unlawful activity" - היא עמומה, ולפיכך בלתי-חוקתית. ברם, טענות אלה נדחו בעקביות על-ידי בתי-המשפט שם. ראו 18 U.S.C. § 1956 (2000), הערה 3 בעמ' 495-496 והערה 5 בעמ' 535; *Boran*; לעיל ה"ש 6, בעמ' 847, 865 והערות *McGuinn*; 130-129, לעיל ה"ש 102, בעמ' 757; 983 F.2d 757, *United States v. Jackson*, 764-765 (6th Cir. 1993). כן נפסק כי המונח "proceeds" מובן באופן נרחב. ראו *United States v. Monaco*, 194 F.3d 381, 385-386 (2d Cir. 1999).

170 3 All ER 533 (2008) (ניתן ב-23.1.2008) (להלן: פרשת *R. v. W.*).

עשוי לשמש יסוד למסקנה כי מדובר ברכוש שמקורו בפעילות אסורה. הערכאה הראשונה דחתה את האישום בטיעון של no case to answer, בנימוק שגישת התביעה מובילה להיפוך פסול של נטל הראייה לחובת הנאשמים. ערכאת הערעור דחתה אומנם נימוק זה, בציינה כי ייתכנו מצבים שבהם תוכל התביעה לבקש להסיק מהעובדות מסקנות על מקור פלילי, אולם פסקה כי הנטל להוכיח מעבר לספק סביר עברה מסוימת או סוג מסוים של עברות שהרכוש קשור אליהם מוטל על התביעה, וללא הוכחה כזו אי-אפשר להסיק אשמה. בית-המשפט פסק אפוא, ראשית, כי על התביעה להוכיח קשר לעברה ספציפית או לפחות לסוג מסוים של עברות. שנית, בית-המשפט עקב אחר פסיקה קודמת שדנה בהליכי חילוט לפי הפרק החמישי לחוק,¹⁷¹ בציינו כי הדרישה האמורה מתחייבת כעניין של הגינות אלמנטרית (elementary fairness), דהיינו, כי הצורך בתיאור עברה או סוג של עברות-מקור שהרכוש קשור אליהם מתחייב מהרעיון של משפט הוגן.¹⁷² לפיכך נקבע כי על התביעה לא מוטלת חובה להוכיח עברה ספציפית במובן זה שאדם מסוים ביצע עברה מסוימת באירוע מסוים, אך עם זאת עליה להוכיח כי הרכוש הספציפי הושג בקשר לעברה פלילית מסוג מסוים הניתן לזיהוי (גנבה, שוד וכולי). בית-המשפט תיאר את תפקידו כ-

"striking a careful balance between the civil rights of the individual and the need to ensure that the state has the tools to protect society by tackling crime effectively".¹⁷³

הפסיקה האנגלית ראתה אפוא בהוכחת קשר בין הרכוש לבין עברת-מקור או סוג מסוים של עברות-מקור חלק אינהרנטי מזכותו של הנאשם להליך דיוני הוגן, אף בהעדר חקיקה

Director of the Assets Recovery Agency v. Green, EWHC 3168 (Admin.), All ER (D) 171 261 (2005); Director of the Assets Recovery Agency v. Szepietowski, EWCA Civ 766 All ER (D) 364 (2007) (להלן: פרשת Szepietowski). בית-המשפט בחן את הסטנדרט הפלילי הנדרש לנוכח אמת-המידה שקבעו בתי-המשפט בהליכי חילוט אזרחי, וציין כי: "it would be anomalous, not to say bizarre, if the Crown were not required to identify the class of crime in question in a criminal prosecution while the Director is so required in a civil enforcement suit". פרשת R. v. W., לעיל ה"ש 170, בעמ' 547.

172 פרשת R. v. W., לעיל ה"ש 170, בעמ' 543 (ציטוט מדברי השופט Moore-Bick בפרשת Szepietowski, לעיל ה"ש 171, בעמ' 102): "It seems to me that it is essential if there is to be a fair trial that the respondent should know the case against him in sufficient detail to enable him to prepare properly to meet it..."

173 ראו פרשת R. v. W., לעיל ה"ש 170, בעמ' 544 (הפניה לפרשת Szepietowski, לעיל ה"ש 171, בעמ' 107): "in order to succeed, the director need not prove the commission of any specific criminal offense, in the sense of proving that a particular person committed a particular offence on a particular occasion. Nonetheless, I think it is necessary for her to prove that specific property was obtained by or in return for a criminal offence of an identifiable kind (robbery, theft, fraud or whatever)"

משפט ועסקים יא, התשס"ט – הלבנת הון: הזיקה לעברת-המקור והוכחתה לנוכח העיקרון של הליך ראוי

מפורשת. עם זאת, הספקות הנוגעים בעמימותו של היחס לעברת-המקור לא פסחו אף על אנגליה, כפי שמלמדת ביקורת שנמתחה בעקבות פסק-הדין בפרשת *R. v. W.* ביקורת זו הצביעה על כך שאמות-המידה הנוגעות ב"סוג העברה" שנדרש מהתביעה להוכיח, כמו-גם במבחן "חוסר ההגינות" אם לא תעשה כן, רחוקות מלהיות ברורות.¹⁷⁴

4. קשיים בהוכחת הקשר לעברת-המקור והעיקרון של הליך ראוי כמתווה לפתרונם

על רקע האמור, אציג את העיקרון של הליך ראוי כמתווה לפתרון כמה מן הקשיים הדיוניים והראייתיים העלולים להתעורר בבחינת הקשר שבין עברת הלבנת ההון לבין עברת-המקור לפי המודל הישראלי שבחוק איסור הלבנת הון. אציגם בחלוקה לארבעה נושאים-משנה: ראשית, שמירה על פירוט מספיק בכתב האישום; שנית, הוכחת היסודות הנדרשים לגיבוש הקשר לעברת-המקור; שלישית, הישמרות מפני היפוך נטל ההוכחה; ורביעית, שמירה על זכותו של הנאשם – או של כל אדם לצורך העניין – להתגונן מפני אישומים המיוחסים לו.

(א) פירוט מספיק בכתב האישום

קושי ראשון העלול להתעורר הוא העדר פירוט מספיק לגבי עברת-המקור בכתב האישום. אחת מנגזרות-המשנה של עקרון ההליך הראוי היא חובתה של התביעה להציג לנאשם באופן ברור את האישומים המיוחסים לו כדי לאפשר לו להתגונן מפניהם. על פירוט זה להימצא בכתב האישום, והוא כולל הן את "תיאור העובדות המהוות את העבירה, בציון המקום והזמן במידה שאפשר לבררם" והן "ציון הוראות החיקוק שלפיו מואשם הנאשם."¹⁷⁵

174 כמו-כן נטען כי הפסיקה אינה עקבית, וכי אמות-המידה הללו טעונות הבהרה על-ידי בית-הלורדים. ראו: David Ormerod, *Money Laundering: Proceeds of Crime Act 2002*, section 340 – *Criminal Conduct*, 11 CRIM. L. REV. 900, 903 (2008) ("The House needs to clarify the definition of criminal property in s.340. If the Crown does have to prove the 'type' of crime involved, the House could give guidance on what 'type' (means in this context. That is a vague term which has never been fully explained")

175 ס' 485 (4) ו-5 (בהתאמה) לחוק סדר הדין הפלילי. לעניין תיאור העובדות ראו, למשל, ע"פ 725/95 מנדלברוט נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 27.12.1995), דברי השופט קדמי בפס' 3: "לתיאור העובדות' חשיבות ראשונה במעלה: הוא עומד בבסיס האישום ותוחם את גבולותיו ואת גבולות הדיון שיתקיים על פיו; ובתור שכזה – עומד הוא גם בבסיס הגנתו של הנאשם ומכתיב את מהלכיו. אשר על כן, חייב 'תיאור העובדות' לשקף את כל מרכיבי העבירה המיוחסת לנאשם, הן אלה המבטאים את היסוד הפיזי והן אלה המבטאים את היסוד הנפשי; ובכך להניח את הבסיס הדרוש לדיון הוגן, שבו יודע הנאשם מלכתחילה מה מתכוונת התביעה להוכיח נגדו." כן ראו ע"פ 797/81 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 43, 45-46 (1982); רע"פ 5978/04 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 20.2.2006).

כל תוספת מאוחרת לכתב האישום נבחנת באספקלריה של פגיעה באפשרות ההתגוננות של הנאשם.¹⁷⁶

מקום שעברת-המקור מיוחסת לנאשם גם כעברה עצמאית, יש להניח כי התביעה תידרש ממילא לפרטה כמקובל. הקושי עלול להתעורר בכל הקבוצה השיורית של המקרים שבהם אין מייחסים עברת-מקור לנאשם בהליך גופו. במקרה כזה העדר פירוט ראוי ביחס לעברת-המקור עשוי להתבטא בשני מישורים.

המישור הראשון נוגע בהעדר פירוט של סוג עברת-המקור שהרכוש קשור אליה לטענת התביעה. כעולה ממבנהו של חוק איסור הלבנת הון, התביעה נדרשת לפרט את סעיפי עברת-המקור – מבין רשימת העברות בתוספת הראשונה לחוק – שהיא מייחסת לרכוש קשר להם. נראה כי כל סטייה מסטנדרט זה עשויה להיתקף בטענה בדבר פגיעה בזכותו של הנאשם להתגונן. כך, למשל, נראה כי לא יהיה די בטענה כי הרכוש קשור באופן כללי לעברת פשע או אף לקבוצה של עברות, כגון "מרמה" או "גנבה", אלא תידרש הפניה לעברת-מקור ספציפית שבתוספת הראשונה.¹⁷⁷ גישה זו נראית ראויה גם לנוכח התנאי הקבוע בסעיף 2(ב) לחוק איסור הלבנת הון, המאפשר לתביעה להסתמך על עברות-מקור שנעשו מחוץ לתחומי המדינה בתנאי כפול: ראשית, כי מדובר בעברה מרשימת עברות-המקור הנכללות בתוספת; שנית, כי מדובר בעברה גם לפי דיניה של אותה מדינה. כמקובל, הוכחת הדין זר היא עניין שבעובדה, שיש להביא ראיות לגביה במשפט (בדרך-כלל בחוות-דעת מומחה).¹⁷⁸ נראה אפוא שעל התביעה יהיה להוכיח כי עברת-המקור היא גם עברה לפי דיניה של המדינה הזרה.¹⁷⁹

המישור השני נוגע במידת הפירוט העובדתי של עברת-המקור הנדרשת בכתב האישום. גם כאן נראה שיש לשמור על דרגת פירוט כזו שלא תיפול מדרגת הפירוט הנדרשת בדרך-כלל מהתביעה לגבי עברה שהיא מייחסת לנאשם, שאם לא כן יהיה אפשר לתוקפה בעילה של העדר פירוט מספיק, בהתאם לביקורת שהועלתה בהקשר האמריקאי.¹⁸⁰

(ב) הוכחת היסודות הנדרשים לגיבוש הקשר לעברת-המקור

קושי שני שיש להישמר מפניו הוא אי-עמידה בחובתה של התביעה להוכיח את קיומם של

176 המבחן לתיקון כתב אישום לאחר תחילת המשפט הוא שניתנה לנאשם "הזדמנות סבירה להתגונן" (ס' 92 לחוק סדר הדין הפלילי).

177 ניתן לטעון כי ס' 85(5) לחוק סדר הדין הפלילי מדבר על "ציון הוראות החיקוק שלפיו מואשם הנאשם, ולפיכך אינו מחייב פירוט של עברת-המקור מקום שהנאשם אינו "מואשם" בה. ברם, נראה לי, כאמור, כי מבנהו של חוק איסור הלבנת הון, הכולל את עברת-המקור כחלק מההגדרה של "רכוש אסור", מחייב פירוט כזה.

178 ראו יעקב קדמי על הראיות ב 547-548 (1999); ע"פ 253/54 וינדהולץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ט 147, 148 (1955).

179 במקרה זה עשויות להתעורר שאלות כאשר קיים שוני בין הדין המקומי לבין הדין הזר בהגדרת העברה, בשאלת תחולתם של סייגים וכדומה.

180 לעיל ה"ש 168.

משפט ועסקים יא, התשס"ט הלבנת הון: הזיקה לעברת-המקור והוכחתה לנוכח העיקרון של הליך ראוי

היסודות הנדרשים לגיבושו של הקשר לעברת-המקור מעבר לספק סביר ובכפוף למבנה המוצע בסעיף 5 לחוק.¹⁸¹ גם בהקשר זה, העמדתו לדין של הנאשם גם בעברת-המקור פותרת את הדילמה, שאז ממילא תידרש התביעה להוכחת כל יסודותיה של עברת-המקור נגדו. ברם, כבר צוין לעיל כי מבנה החוק והפסיקה בעקבותיו אינם דורשים העמדה לדין או הרשעה בעברת-המקור, אלא בדיון אגבי בלבד, כהוכחת נסיבה בעברה. עם זאת, הפסיקה עמדה כאמור על הצורך בהוכחת נסיבה זו – דהיינו, את מקורו הפלילי של הרכוש – מעבר לספק סביר.¹⁸²

כאמור, אמת-מידה זו אינה נטולת ספקות מבחינת יישומה, לנוכח הוויתור על הצורך במסלול של הליך ראוי שסופו הרשעה או זיכוי. לנוכח זאת דומה כי העיקרון של הליך ראוי מצדיק עמידה על המשמר שהתביעה תוכיח לפחות את כל היסודות הנדרשים לגיבוש הקשר לעברת-המקור, וזאת מעבר לספק סביר ובכפוף למבנה בן שתי החוליות, כפי שהוצע ברשימה זו לפרשנות של סעיף 5 לחוק.¹⁸³

לדוגמה, יש לצפות כי מקום שהתביעה מייחסת לנאשם פעולה של הלבנת הון ברכוש שמקורו בעברת-מקור של קבלת שוחד, היא תוכיח את כל היסודות העובדתיים שבעברה, ובכלל זה את אלה הנדרשים להוכחת הקשר בין עברת השוחד לבין הרכוש שבו נעשתה הפעולה בהתאם לשלוש החלופות הנקובות בסעיף 3(א) לחוק, לפי העניין. ברם, בהקשר של היסוד הנפשי של הנאשם, נוסח החוק מחייב את התביעה להוכיח כאמור רק את ידיעתו כי מדובר ברכוש הקשור לעברה, ולו גם עברה כלשהי מסוג עברות-המקור שבתוספת לחוק. מובן שעל התביעה יהיה להוכיח את יסוד המטרה הקבוע בסעיף 3(א) לחוק. כבר ציינתי את הקושי שאנו נותרים עימו לנוכח עמימותו של אובייקט היסוד הנפשי-ההכרתי של הנאשם, שאינו מספק קווי מתאר ברורים לאשמה, שכן הללו אינם מתוחמים בגבולותיה של עברה ספציפית. ברם, עם קשיים אלה מתמודדים כאמור גם המשפט האמריקאי והמשפט האנגלי, ונראה שעד כה לא נמצאו פתרונות מובהקים נטולי ספקות. הללו ימצאו מן הסתם בעתיד, לאחר שיצטבר ניסיון פסיקתי מקומי.

(ג) נטל ההוכחה

קושי שלישי שיש להישמר מפניו נוגע בהיפוך נטל ההוכחה. התפיסה כי נטל ההוכחה מונח על כתפי התביעה במשפט פלילי נגזרת מחזקת החפות, הקשורה בטבורה לעיקרון של הליך ראוי. כזכור, המלצות ה-FATF קוראות למדינות לקבוע את היסודות העובדתיים והנפשיים של עברת הלבנת הון על יסוד הסטנדרטים שנקבעו באמנת וינה (העוסקת בסחר בסמים) ובאמנת פלרמו (העוסקת ישירות בהלבנת הון). שתי האמנות הללו קובעות כי היסודות הנפשיים בעברה יהיו כאלה הניתנים להסקה מתוך נסיבות אובייקטיביות בפועל.¹⁸⁴ במקרה

181 אני מודה לעו"ד יעל גרוסמן על תרומתה להבהרת הטיעון בנקודה זו. האמור משקף את עמדתו האישית של המחבר בלבד.

182 לעיל ה"ש 80.

183 ראו תת-פרק 3 ופרק ה לעיל.

184 אמנת פלרמו, לעיל ה"ש 3, פס' 6, ס' 2(f) (לגבי עברות הלבנת הון); אמנת וינה, לעיל ה"ש

של עֲבֵרַת הַלְבַּנַת הוֹן, התביעה מתקשה פעמים רבות בהשגת ראיות ישירות לכך שמקורו של הרכוש בעֲבֵרָה. במקרים אלה הקשר לעֲבֵרַת־הַמְקוֹר עשוי להיות מוכח באמצעות ראיות נסיבתיות.¹⁸⁵ אף ידיעתו או כוונתו של הנאשם עשויות להיות מוסקות ממערך הנסיבות החיצוני של הפעולה או העסקה ברכוש ומהשוואתו למקרים טיפוסיים.¹⁸⁶ הדילמה האופיינית נוגעת במצבים שבהם כפות המאזניים מעוינות: אין ראיה ישירה בדבר קשר של הרכוש למקור בלתי־חוקי, אולם לנאשם אין יכולת להצביע על מקורות לגיטימיים מוכחים לרכוש. במקרים אלה קל להיקלע למצב של היפוך פסול של נטל הראיה, שממנו זוהיר כאמור בית־המשפט בפרשת *R v. W.* האנגלית שהוזכרה.¹⁸⁷ עם זאת, קשה להצביע על אמות־מידה עקרוניות חד־משמעיות, ונראה שההכרעה מובלת על־ידי הערכת ההקשר העובדתי יותר משהיא עוקבת אחר נוסחות כלליות. דוגמה לכך היא הניסיון הפסיקטי האמריקאי. בתי־המשפט בארצות־הברית פסקו כי התביעה אינה חייבת להצביע על כך שמקור הרכוש בעֲבֵרָה ספציפית שנעשתה (כגון עסקת סמים קונקרטית). מאידך גיסא, נפסק כי יש להוכיח קשר בין הרכוש לבין פעילות

3, פס' 3, ס' 3 (לגבי עֲבֵרַת הַקְשׁוּרֹת לַסַּחַר בַּסָּמִים). באופן דומה ראו פס' 1(c) לדירקטיבה האירופית, לעיל ה"ש 3, ופס' 2(2) לאמנת שטרסבורג, לעיל ה"ש 3.

185 ראו בארצות־הברית: *United States v. Prince*, 214 F.3d 740, 760 (6th Cir. 2000); *States v. Smith*, 223 F.3d 554, 577 (7th Cir. 2000). כן ראו *McGuinn*, לעיל ה"ש 102, בעמ' 747.

186 *McGuinn* (שם, בעמ' 756) מציין כי בתי־המשפט בארצות־הברית בוחנים אם העסקה הייתה "עסקה טיפוסית של הלבנת הוֹן" ("typical laundering transaction"), כראיה לכוונתו הפלילית של הנאשם. מקום שהעסקה אינה "טיפוסית", סביר פחות שבתי־המשפט יפסקו כי הנאשם פעל במטרה להסתיר או להסוות את העסקה. ראו גם: *United States v. Sanders*, 928 F.2d 940 (10th Cir. 1991), שם זוכה הנאשם בערעור משני אישומים של הלבנת הוֹן שיוחסו לרכישת שתי מכוניות. ערכאת הערעור קבעה כי לא הוצגו ראיות מספיקות לכך שהעסקות חרגו מדפוס רגיל. כן צוין שם, בעמ' 946: "We reject the government's argument that the money laundering statute should be interpreted to broadly encompass all transactions, however ordinary on their face, which involve the proceeds of unlawful activity. To so interpret the statute would, in the court's view, turn the money laundering statute into a 'money spending statute'." (אשתו של הנאשם, שנאשמה אף היא, זוכתה בערעור משני אישומים אלה בפסק־דין נפרד: *United States v. Sanders*, 929 F.2d 1466, 1470–1473 (1991)).

187 לעיל ה"ש 170. ראו גם פרשת שם טוב, לעיל ה"ש 18. הצעתה החלופית של השופטת חיות היא לאפשר לנאשם לפי ס' 3(ב) לחוק להוכיח להגנתו כי הרכוש שלגביו נעברה העֲבֵרָה אינו מהווה רכוש אסור, שאז ישווה מצבו מבחינת רמת הענישה למי שביצע עֲבֵרָה לפי ס' 10 לחוק (עד שישה חודשי מאסר). זו הצעה יצירתית שנועדה לפתור את הקושי הנובע מרף הענישה המחמיר שנקבע לס' 3(ב), והיא מדגימה, כאמור, את החשיבות שבית־המשפט מייחס לשאלת מקורו של הרכוש – אם הוכח כי הוא אסור אם לאו. אולם גם בה יש מעין היפוך של נטל הראיה.

משפט ועסקים יא, התשס"ט – הלבנת הון: הזיקה לעברת-המקור והוכחתה לנוכח העיקרון של הליך ראוי

בלתי-חוקית ספציפית המנויה בהוראות החיקוק של רשימת עבירות-המקור.¹⁸⁸ נוסף על כך נפסק כי הרשעה בפעילות בלתי-חוקית אינה תנאי להרשעה בעברת הלבנת הון.¹⁸⁹ עם זאת, נפסק כי אם התביעה מבקשת להוכיח קשר לפעילות בלתי-חוקית מבלי להעמיד לדין בנפרד על התנהגות זו, הנטל שעליה לעמוד בו הוא כרגיל מעל לספק סביר.¹⁹⁰ נקבע כי כדי להוכיח שהפעילות הייתה בלתי-חוקית, די שהתביעה תראה כי הנאשם עוסק בסוג של פעילות בלתי-חוקית (למשל, סחר בסמים) ולא הצביע על מקורות לגיטימיים אחרים לרכוש.¹⁹¹ מאידך גיסא, נפסק כי אין באפשרותה של התביעה להסתמך באופן בלעדי רק על אי-יכולתו של הנאשם להצביע על מקור הכנסה לגיטימי.¹⁹²

אי-אפשר אפוא להתחמק מהמסקנה כי קיים חוסר עקביות מסוים בין ההכרעות השונות.¹⁹³ נראה כי הקביעה אם הוכח קשר בין פעולות שנעשו ברכוש לבין פעילות בלתי-חוקית נעשית באופן כללי על-פי הערכת העובדות לגופו של עניין. מכל מקום, ניתן להציע כי היא נחזית כמושפעת מעוצמתה של הזיקה העובדתית שנמצאה בין העברה שנעשתה לבין הפעולה ברכוש שהלבנת ההון מיוחסת לה, וכן מהשאלה אם התגלה מרכיב של חוסר יושר בהתנהגותו של הנאשם ביחס לפעולות שנעשו ברכוש או בכספים. ככל שנגלה מרכיב כזה של חוסר יושר (למשל, שימוש בשם בדוי, אי-דיווח על הכנסות וכולי), להבדיל מפעולה ברכוש שהיא ניטרלית על פניה, כן גוברת נטייתו של בית-המשפט לראות בפעולה הלבנת הון.

כך, למשל, בפרשת Blackman¹⁹⁴ נעצר הנאשם בעקבות מידע מודיעיני כאשר ברשותו סמים בשווי כספי רב. נוסף על עבירות של הפצת סם, הוא הועמד לדין בחמישה אישומים של הלבנת הון: ארבעה נגעו בהעברות כספיות שביצע בשם בדוי באמצעות שירות Western Union לאישה בקליפורניה, והחמישי נגע בתשלום ששילם לסוחר מכוניות כדי לקבל תעודות בעלות על שם אחר. באשר להעברות הכספיות שביצע, ניתן משקל לעדותו של

188 United States v. McIntosh, 124 F.3d 1330, 1336 (10th Cir., 1997); United States v. Massey, 48 F.3d 1560, 1565–1567 (10th Cir., 1995), cert. denied 515 U.S. 1167, 115 S. Ct. 2628, 132 L.Ed.2d 868 (1995); U.S. v. Everett, 2008 WL 3843831, D. Ariz. (2008) (נדחתה טענה שזיכוי בעברת-המקור מחייב זיכוי מעברת הלבנת הון. נקבע כי המדינה אינה חייבת להוכיח קשר בין הרכוש לבין פעילות בלתי-חוקית ספציפית, אולם המושבעים עשויים להסיק כי מקור הרכוש בפעילות בלתי-חוקית ספציפית).
189 United States v. Gabel, 85 F.3d 1217, 1224 (7th Cir. 1996) "While the statute requires that the money laundered be the fruit of an illegal act, there is no requirement that the government link the money laundered to a specific criminal act."

190 U.S. v. Foote, not reported in F. Supp. 2d, WL 356085 (2003) (להלן: פרשת Foote).

191 United States v. Blackman, 904 F.2d 1250, 1257 (8th Cir. 1990) (להלן: פרשת Blackman). כן ראו McGuinn, לעיל ה"ש 102, בעמ' 749.

192 ראו פרשת Foote, לעיל ה"ש 190.

193 ראו גם Gurule, לעיל ה"ש 12, המצביע על חוסר העקביות בפסיקה בארצות-הברית.

194 לעיל ה"ש 191.

מומחה מטעם התביעה על נוהג של סוחרים סמים להשתמש בשירותי משלוח של חברה זו כדי לצמצם את סכנת התפיסה. ההרשעה בהלבנת הון אושרה.

מאידך גיסא, בפרשת Foote¹⁹⁵ נקבע כי המדינה לא הציגה ראיות מספיקות להרשעה בהלבנת הון בחלק מהאישומים, משום שלא הוכח מעל לספק סביר כי הרכוש קשור לעברת-המקור. הנאשם שם הורשע אומנם בסחר ברכוש מזויף, לאחר שסוכן חשאי רכש מאחד מעובדיו רכוש מזויף באירוע יחיד. ברם, נפסק כי העברות כספיות שנעשו על-ידי הנאשם לפני אותה מכירה יחידה אינן יכולות להיחשב הלבנת הון, שכן מסקנה זו ספקולטיבית. נפסק כי חבר-מושבעים סביר אינו יכול לקבוע מעל לספק סביר כי שורה של העברות כספיות בכמה מועדים קשורות למכירה יחידה מפלילה זו. בית-המשפט הבחין בין מקרה זה לבין *United States v. Jackson*,¹⁹⁶ שם הובאה עדות ישירה לכך שהנאשם עסק בסחר בסמים סמוך לזמן הרכישה של הרכב – רכישה שבקשר אליה הורשע בהלבנת הון – והיה בעל הון רב ובלתי-מוסבר. ההבדל בין שני המקרים היה נעוץ, לדעת בית-המשפט, במשקלן של הראיות, אף שמבחינת אמות-המידה הכלליות יותר שגובשו בפסיקה שם (עיסוק בפעילות בלתי-חוקית והעדר הסבר חוקי לרכוש), שני המקרים נראים זהים.¹⁹⁷

(ד) הזכות להתגונן

קושי רביעי שעלול להתעורר קשור לזכותו של נאשם – או של כל אדם לצורך העניין – להתגונן מפני אישומים המיוחסים לו. שוב, כמו במקרים הקודמים, נראה כי קושי זה מתעורר במיוחד בקבוצה השיורית של המקרים שבהם אין מייחסים עברת-מקור לנאשם בהלבנת הון בהליך הנידון. בגדרה של קבוצת מקרים זו עלולות להתעורר שתי שאלות: האחת – יכולתו של הנאשם העומד לדין בעברת הלבנת הון להתגונן כאשר עברת-המקור מיוחסת לאחר או לאחרים, שאינם עומדים לדין; והאחרת – יכולת ההתגוננות של אחרים שאינם עומדים לדין עימו, אשר מיוחסת להם מעורבות בעברת-מקור.

באשר לשאלה הראשונה, ניתן לחזור לפרשת אביזמיל, שהוזכרה בשלב מוקדם יותר.¹⁹⁸ כזכור, באותו מקרה ביקשה התביעה לסמוך על הרשעתם של אחרים בהליך נפרד כבסיס להוכחת קשר של הרכוש לעברת-מקור בהליך שנידון לפני בית-המשפט. רעיון זה נדחה כאמור על-ידי בית-המשפט, בנימוק שהוא עומד בניגוד להלכה שלפיה קביעות של בית-המשפט בהליך אחד לא ישמשו בסיס לממצאים בהליך אחר.¹⁹⁹ גם כאן, הרציונל שבנימוק

195 לעיל ה"ש 190.

196 983 F.2d 757 (7th Cir. 1993).

197 על המרכיב של חוסר יושר (dishonesty) בהתנהגותו של הנאשם ראו גם בפרשת *R. v. W.*, לעיל ה"ש 170, בעמ' 544 (ההפניה שם לפרשת Gabriel, לעיל ה"ש 46).

198 לעיל ה"ש 72.

199 ע"פ 648/87 סבן נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(3) 669, 674 (1988): "קביעותיו העובדתיות של בית-משפט אחד במשפט פלילי המתנהל נגד פלוני אינן יכולות להוות בסיס לממצאים במשפט פלילי של אלמוני, אשר נערך לפני שופט אחר, אפילו מואשמים פלוני ואלמוני בעבירות דומות אשר בוצעו במסגרתה של אותה משימה פלילית. השופט במשפטו של פלוני

משפט ועסקים יא, התשס"ט הלבנת הון: הזיקה לעברת-המקור והוכחתה לנוכח העיקרון של הליך ראוי

זה נעוץ בהישמרות מפני פגיעה ביכולתו של הנאשם להתגונן. הרי אילו התקבלה גישת התביעה, ובית-המשפט היה נסמך על הכרעת-הדין או על ממצאים שלא הוכחו ישירות במשפטו, אלא נקבעו בהליך אחר שבו לא היה הנאשם צד, הייתה בכך פגיעה ממשית בזכותו להתגונן, אם לא איון מוחלט שלה. זו תוצאה קשה. לפיכך היצמדותו של בית-המשפט למסגרת העובדתית שהתבררה והוכחה לפניו, ולא מעבר לכך, נראית ראויה.

באשר לשאלה השנייה, יש להדגיש כי הקושי מבחינת הזכות להתגונן אינו נוגע רק בנאשם בהלבנת הון, אלא גם באחרים זולתו, וזאת לנוכח מבנה החוק וגישת הפסיקה בדבר האופן האגבי שבו ניתן לדון ולהכריע במסגרתו בעברת-המקור.²⁰⁰ המבנה האגבי שבו עברת-המקור נידונה עלול לזמן מקרים שבהם במסגרתו של הליך פלילי נגד הנאשם בהלבנת הון ייקבעו קביעות שיפוטיות חמורות נגד אחרים, שלפיהן הם ביצעו את עברת-המקור או קשורים אליה בצורה כלשהי, וזאת מבלי שנוהל בהכרח הליך ראוי ישיר נגדם, מבלי שהם היו צד למשפטו של הנאשם בהלבנת הון, מבלי שהם הועמדו לדין ומבלי שניתנה להם זכות להתגונן. אותם אלה ש"יישפטו" שלא בפניהם כמבצעי עברת-מקור או כמעורבים בה – הגם שהתביעה סברה, למשל, כי אין די ראיות להעמידם לדין בעברה זו – אף ימצאו את עצמם לכאורה חסרי זכות לערער על אותן קביעות שיפוטיות שיינתנו במשפטו של הנאשם בהלבנת הון, שכן הם לא היו צד למשפט. זו אפשרות מדאיגה, שאין לפטור אותה רק בכך שכמי שאינם נאשמים במשפט הם אינם נדרשים להתגונן. זאת, משום שלקביעות שיפוטיות כאלה יש תוקף חברתי-ציבורי, ועלויות להיות להן השלכות אישיות לחובת אותם אחרים מעבר למישור הפורמלי של פסק-הדין. אף בהקשר אחרון זה, הרעיון של הליך ראוי, ובכלל זה זכותו של הנאשם – או של כל אדם לצורך העניין – להתגונן מפני אישומים המיוחסים לו, תורם להגברת הערנות לאפשרות בעייתית כזו, אשר ראוי למצוא כל דרך להימנע ממנה.

פרק ז: סוף-דבר

ברשימה זו עמדתי על כמה מן הקשיים הנוגעים ביחס שבין עברת הלבנת ההון לבין עברת-המקור. ביקשתי להגביר את הערנות לכך שהזיקה לעברת-המקור בגדרה של עברת הלבנת ההון היא ציר מרכזי בקביעת קו האשמה שבעברה. כזו, היא מצדיקה תשומת-לב מיוחדת. ביקשתי לברר את טיבו של היחס העובדתי והנפשי הנדרש למקורו האסור של הרכוש, דהיינו, לעברת-המקור. הצעתי לאפיין את הזיקה לעברת-המקור בהתאמה

קבע את ממצאיו על סמך העדויות שהובאו לפניו ועל פי התרשמותו מהעדים, אשר נחקרו לפניו על ידי באי-כוח הצדדים, וקביעותיו העובדתיות אינן משמשות כלל ראייה קבילה במשפטו של אלמוני.

200 ראו לעיל ה"ש 80.

לעברות קורלטיביות אחרות על בסיס שתי אמות-מידה מבניות: היקף הזיקה של העברה הקורלטיבית לתחום העברות המגדירות, ויחס הזמנים בין שתי העברות. באופן קונקרטי יותר, הצעתי לנתח את הזיקה שבין עברת הלבנת ההון לבין עברת-המקור בהתאם למבנה בן שתי חוליות: חוליה ראשונה הנוגעת בקשר העובדתי לעברת-המקור; וחוליה שנייה הנוגעת ביחסו הנפשי-ההכרתי של הנאשם, דהיינו, בידיעתו כי הרכוש הוא "רכוש אסור" הקשור לעברה כלשהי, אף אם לא עברת-מקור ספציפית. חלוקה מוצעת זו, כעניין של דין רצוי, ניתנת ליישום, כפי שביקשתי לשכנע, בהוראת סעיף 5 לחוק, כעניין של דין מצוי. עם זאת, גם החלוקה המוצעת האמורה אינה מסלקת מן הדרך קשיים מובנים הנובעים ביסודם מכך שעברת-המקור היא חלק מהיסוד הנסיבתי של עברת הלבנת ההון אולם נידונה במסגרתה באורח אגבי בלבד.

ביקשתי להצביע על כך שהדיון האגבי בעברת-המקור עלול ליצור קשיים מהותיים ודיוניים. קשיים אלה באים לידי ביטוי מעשי במיוחד מקום שעברת-המקור אינה מיוחסת לנאשם עצמו ואינה מתבררת באופן ישיר במשפטו. במקרים אלה לא מוקנות לנאשם ההגנות הדיוניות שהיו עומדות לו, כעניין המובן מאליו, אילו הואשם באופן ישיר גם בעברת-המקור. ביקשתי להפנות את תשומת-הלב לבעייתיות שעלולה להתעורר במיוחד בקבוצת מקרים זו, לבל ייפגעו זכויותיו של הנאשם להתגונן במשפט. החקיקה בנוגע לאיסור הלבנת הון היא חלק ממאמץ בין-לאומי בעל מימד אכיפתי מובהק. בכך היא משקפת מגמה המנוגדת לעיתים לכמה מהעקרונות המסורתיים בדיני העונשין, שראוי לעמוד עליהם.

בחלקה האחרון של הרשימה הצעתי את העיקרון של הליך ראוי כמתווה ליצירת יתר ערנות ואף מענה לקשיים דיוניים העלולים להתעורר בהקשר של היחס שבין עברת הלבנת ההון לבין עברת-המקור. הצבעתי על ארבע סוגיות-משנה במתווה זה: שמירה על פירוט מספיק בכתב האישום; הוכחת היסודות הנדרשים לגיבוש הקשר לעברת-המקור; הישמרות מפני היפוך גטל ההוכחה; ושמירה על הזכות להתגונן. בסיכומם של דברים, מוצע כי על הפתרונות שיגובשו במהלך הזמן להיות מונחים, בין היתר, על-ידי הצורך בשמירה על זכותו של הנאשם להליך ראוי ובהקפדה על כך שהעובדות שהתביעה מבקשת להסיק מהן את אשמתו יוכחו באופן ישיר במשפטו, תוך שמירה על יכולתו האפקטיבית להתגונן.