

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 2597/04

בפני: כבוד הנשיא (בדימי) א' ברק
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופט ס' גובראן

המערער: אריה (לאוניד) רויטמן

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק-דין של בית-המשפט המחוזי בירושלים
בת"פ 1249/00 מיום 21.10.2003, שניתן על-ידי כבוד
השופטת י' צור

תאריך הישיבה: ג' באב התשס"ה (08.08.05)

בשם המערער: עו"ד עמי אסנת; עו"ד קונסטנטין קליימן

בשם המשיבה: עו"ד עמנואל לינדר

פסק-דין

השופט ס' גובראן:

1. כנגד המערער הוגש לבית-המשפט המחוזי בירושלים כתב אישום, המייחס לו מספר בלתי מסוים של עבירות של קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות, לפי סעיף 415 סיפא לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין); עבירה של גניבה בידי מורשה, לפי סעיף 393(2) לחוק העונשין; עבירה של עבירות מנהלים בתאגיד, לפי סעיף 424(1) לחוק העונשין; עבירה של מרמה והפרת אמונים בתאגיד, לפי סעיף 425 לחוק העונשין ועבירה של הוצאת שיק ללא כיסוי, לפי סעיף 432(א) לחוק העונשין.

2. על-פי הנטען בכתב האישום, המערער, באמצעות ארגונים אותם ייסד בשנים 1992-1996 ואשר היו בשליטתו המלאה (להלן: הארגונים), הציע החל משנת 1992 שירות של העברת כספים מרוסיה לישראל וליעדים אחרים, אשר נועד לסייע לעולים

ולמהגרים להוציא את כספם מרוסיה, חרף הקשיים והמגבלות שהיו קיימים שם באותה עת.

3. שירות זה התבסס על המצג אותו יצר המערער, לפיו ביכולתו להוציא כספים שיופקדו ברוסיה ולהעמידם לרשות העולים והמהגרים בארצות היעד באופן בטוח ואחראי, ללא נטילת סיכונים כלשהם.

לפי המצג אותו הציג המערער למפקידים, בכדי להעביר את כספם באמצעותו, היה עליהם להפקיד את הכסף בידי כהלוואה וזאת על-מנת לעקוף את האיסורים על העברת כספים מחוץ לרוסיה. החל משנת 1994, בעקבות שינוי במדיניות העברת הכספים, הופקדו הכספים בידי המערער כתרומה.

לא למותר לציין, כי בפני המפקידים הוצג מצג, לפיו הפקדת הכספים בתורת הלוואה או תרומה הינה רק עניין "טכני", אשר נועד להתגבר על הקשיים העומדים בפני העברת הכספים.

4. הפקדת הכספים נעשתה במספר מסלולים, בהתאם לזמן ההפקדה. הפקדה לפרק זמן קצר חייבה את המפקיד בתשלום עמלה באחוז מסוים ואילו הפקדה לפרק זמן של למעלה משלושה חודשים זיכתה את המפקיד בריבית של אחוזים בודדים. זמן ההפקדה המרבי היה ל-180 ימים.

לשם ההעברה, חתמו העולים והמהגרים על הסכם עם חברת "ישראל-סוב, ישראל-ברה"מ שיתוף פעולה בינלאומי בע"מ" (להלן: ישראלסוב), לפיו היה עליהם להפקיד את כספם, לצורך העברתו, בחשבון בנק של עמותת "מרכז בינלאומי ללימודי והפצת יהדות – מצירק התחיה" (להלן: מצירק), משם הועברו, באמצעות יתר הארגונים אותם הקים המערער, לארצות היעד. כספים שהועברו לישראל, אמורים היו להיות מועברים לעולים באמצעות "החברה הישראלית הבינלאומית להשקעות התחיה בע"מ" (להלן: התחיה). למותר לציין, שכל הגופים הללו היו בשליטתו המלאה של המערער.

5. כחלק מהמצג, לפיו העברת הכספים הינה בטוחה, צורף לכל הסכם שנחתם בין העולים והמהגרים ובין ישראלסוב "כתב ערבות", בו נאמר, כי במקרה שלא ישולם הסכום שהופקד, ניתן יהיה להוציאו מחשבון מסוים בבנק המזרחי (להלן: כתב

הערבות). למעשה, כתב ערבות זה היה חסר כל תוקף, שכן בנק המזרחי כלל לא היה צד לו ולא היה בכתב הערבות מאומה כדי לסייע למי שלא הוחזר לו כספו.

6. כן התבססה ישראל סוב בפרסומיה, על היתר שניתן לעמותת מצירק, מאת בנק ישראל, להעביר מטבע חוץ לפיקדון בישראל הרשום בשמה (להלן: ההיתר). הגם שההיתר נגע אך ורק למדיניות הפיקוח והשמירה על יתרות מטבע החוץ של מדינת ישראל, טענה ישראל סוב, כי הינה החברה היחידה בישראל שיש לה היתר של בנק ישראל לביצוע העברות מטבע חוץ מרוסיה, כדי ליצור מצג, לפיו בנק ישראל מלווה את פעילותה הכלכלית של החברה.

7. בהסתמך על מצגיו של המערער, הפקידו אלפי משפחות ויחידים את כספם, שהיווה לעיתים את כל רכושם, ברשותו של המערער, כדי שיעבירם, באמצעות הארגונים, לארצות יעד (להלן: המפקידים).

8. את הכספים שהופקדו בידיו, השקיע המערער בדרכים שונות, ללא ידיעתם של המפקידים, בפעילויות עסקיות וברכישת נכסים במסגרת עסקיו הפרטיים, בחלוקת תרומות, במתן משכורות לעובדי הארגונים ובאופנים נוספים.

9. בשנים הראשונות לפעילות העברת הכספים, עמד המערער בהתחייבויותיו כלפי המפקידים ומסר להם את הכספים שהתחייב להעביר להם. כך, במסגרת כל שנות פעולותיו, העביר מרוסיה לישראל סך של כ-53 מיליון דולר.

עם זאת, החל משנת 1995, משנכשלו זו אחר זו השקעותיו של המערער, נקלעו עסקיו לקשיים ונפגעה ולאחר מכן נשללה לחלוטין, יכולתו להחזיר למפקידים את סכומי הכסף שהפקידו.

גם במהלך שנת 1995, כאשר כבר כשלו השקעותיו וגם לאחר שהיה מודע לקשייו בהחזרת כספי המפקידים, המשיך המערער לקבל כספים נוספים באמצעות הארגונים והמשיך להשקיעם בפעילויות עסקיות נוספות. גם בשלב זה, כאשר ידע המערער, כי אין ביכולתו עוד להעביר בבטחה כספים מרוסיה לישראל, המשיך לקבל כספים ממפקידים והמשיך להשקיעם בעסקיו.

10. בעקבות כישלוננו של המערער בעסקיו וירידת השקעותיו לטמיון, נמנע ממנו להשיב למפקידים סכום של 18 מיליון דולר, כשמשמעות הדבר הייתה, שמאות מבין המפקידים נותרו ללא הכספים שהפקידו.

11. משהחלו לפנות המפקידים למשרדי הארגונים בישראל, פעל המערער, כדי לשכנעם להאריך את תקופות הפקדת הכספים, תוך הבטחה, כי הריבית שהובטחה להם תגדל בהתאם.

12. משהמשיך וגבר לחצם של המפקידים על משרדיו, הנחה המערער את עובדיו למשוך שיקים לטובת המפקידים, הגם שידע, כי שיקים אלו לא יכובדו. ואכן, משהוצגו השיקים לפירעון, חוללו על-ידי הבנקים.

13. בתגובתו לכתב האישום, כפר המערער בכך שיצר בפני המפקידים מצגי שווא, כשלטענתו, השקעת הכספים נעשתה בהסכמתם של המפקידים.

99-סק-הדין של בית-המשפט המחוזי

14. בית-המשפט המחוזי בירושלים (כבוד השופטת י' צור) הרשיע את המערער בחמש עבירות של קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות; בעבירה של גניבה בידי מורשה, בסכום כולל של כ-18 מיליון דולר; בעבירת מנהל בתאגיד; בעבירה של מרמה והפרת אמונים בתאגיד ובהוצאת שיקים ללא כיסוי.

בית-המשפט גזר על המערער עשר שנות מאסר בפועל, שנתיים מאסר על תנאי, למשך שלוש שנים וקנס בסך מיליון ש"ח או 12 חודשי מאסר תמורתו.

בפסק-דינו המפורט והמנומק, קבע בית-המשפט המחוזי, כי המערער יצר כלפי העולים מצג שווא, לפיו כספים יועברו בבטחה לישראל.

בית-המשפט ביסס את קביעתו זו, על עדויותיהם של חמישה מבין המפקידים, אשר העידו מטעם המשיבה – העדה ורה גוטינקה (להלן: גוטינקה), אשר בשנת 1995 הפקידה בידי המערער 45,000 דולר, אשר נתקבלו ממכירת דירתה של אימה הקשישה אשר רצתה לעלות לישראל; העדה סבטלנה פליי (להלן: פליי), אשר בשנת 1995 הפקידה בידי המערער 11,400 דולר, אשר נתקבלו ממכירת דירתה; העד ולדימיר

קרביצ'נקי (להלן: קרביצ'נקי), אשר בשנת 1995 הפקיד בידי המערער סכום כולל של 82,000 דולר, אשר נתקבלו ממכירת דירתו ודירת בתו; העדה ולנטינה שוורץ (להלן: שוורץ), אשר בשנת 1995 הפקידה בידי המערער סכום כולל של 109,000 דולר, אשר נתקבלו ממכירת דירתה ודירת בנה ועל הודעתו של העד יפים דוסטמן (להלן: דוסטמן), אשר התקבלה כעדות ראשית ואשר הפקיד בשנת 1994 בידי המערער סכום של 15,000 דולר, אשר נתקבל ממכירת כל רכושו.

בית-המשפט ראה גם חיזוק לעדויותיהם של העולים בדמות עדויותיהם של עובדיו של המערער, אשר היו אחראים על עריכת החוזים עם המפקידים והעברת הכספים ובהם העד בן ציון קבקוב (להלן: קבקוב), אשר היה אחראי על העברת הכספים שנתקבלו בישראל לידי העולים; העד יבגני שפירו (להלן: שפירו) אשר פעל בשמו של המערער במוסקבה וחתם בשמו על החוזים שנערכו עם המפקידים; העדים מינה פבלוב (להלן: פבלוב) ואלכסנדר ירמקוב (להלן: ירמקוב), אשר שימשו כ"יועצי עלייה" מטעם המערער ופעלו מול העולים ברוסיה ואלכסנדר שטקרמן (להלן: שטקרמן), אשר פעל בשם המערער בישראל לשם הארכת חוזהם של עולים, אשר הפקידו את כספם ולא ניתן היה להעביר להם אותו משהגיעו לישראל. עדים אלו העידו, כי לא הייתה להם כל ידיעה על כך שהכספים שהופקדו עתידים היו להיות מושקעים בעסקיו של המערער.

בית-המשפט דחה בעניין זה את עדותו של המערער, אשר טען, כי הנחה את עובדיו לספר למי מהעולים שהתעניין בדבר, כי הכספים יושקעו בנדל"ן ובעסקאות אחרות, בקובעו, כי עדות המערער אינה מהימנה עליו. עם זאת, מכיוון שרק חמישה מבין כל העולים העידו כעדי התביעה, הרשיע בית-המשפט את המערער רק בחמש העבירות שהוכחו ביחס אליהם.

לגבי עבירת הגניבה בידי מורשה, קבע בית-המשפט, כי המערער עשה שימוש בכספים שהופקדו בידיו כפיקדון, במסגרת עסקיו הפרטיים, כשבמסגרת עסקיו אלו ביצע השקעות בעלות סיכון רב, העניק הלוואות למקורביו ללא כל בטוחה ומבלי לפעול לשם גבייתן, נתן כספים לצדקה ואף מימן את רכישת הדירה בה התגורר. בכל אלו ראה בית-המשפט כמקומים את יסודותיה של עבירת הגניבה.

בכל הנוגע לסוגיית התקיימות יסודותיה של עבירת הגניבה בידי מורשה, בנפרד מיסודותיה של העבירה של קבלת דבר במרמה, קבע בית-המשפט, כי בשכנוע

העולים למסור לו את כספם באמצעות מרמה וגניבת הכסף לאחר שהיה ברשותו, ביצע המערער שני אקטים עבריינים שונים, אשר ניתן להרשיעו בכל אחד מהם בנפרד.

בית-המשפט בחן גם את יסודותיהן של יתר העבירות בהן הואשם המערער וקבע שגם בהן, אשמתו הוכחה מעבר לכל ספק סביר.

15. במתן גזר-הדין, שקל בית-המשפט המחוזי את הנסיבות להקלה בעונשו של המערער, בהן חלוף הזמן מאז ביצוע העבירות, מצבו הכלכלי והמעשים אותם עשה ברוסיה לטובת הקהילה היהודית. לעומת זאת, שקל בית-המשפט לחובתו את חומרתן היתרה של העבירות, בפרט לאור ניצולו של המערער את מצבם של העולים ואת המצוקה הקשה בה נמצאו. כן שקל לחובתו של המערער את היקפם הכספי העצום של מעשיו של המערער ואת כמות קורבנותיו.

יש לציין בהקשר זה, כי בהחלטתו להרשיע את המערער הן בעבירה של קבלת דבר במרמה והן בעבירה של גניבה בידי מורשה, רשם בפניו בית-המשפט את הדגשת המשיבה, כי בכל מקרה, אין בכוונתה לבקש ענישה כפולה בגין כל אחת משתי העבירות הללו בנפרד.

16. מכאן הערעור שבפנינו, המופנה כנגד הכרעת הדין ולחלופין כנגד חומרת גזר-הדין.

טענות הצדדים

17. לטענת המערער, שגה בית-המשפט משקבע, כי יצר בפני העולים מצג שווא, לפיו הכספים המושקעים רק יועברו לארץ היעד, מצג אשר הסתיר את העובדה שהכספים נועדו להיות מושקעים על-ידו.

לטענתו, העברת כספים הייתה אך אחת המטרות של הארגונים, כשבנוסף לכך עסקו הארגונים בפעילות עסקית ובהשקעות. כחלק מעיסוקים אלו, לטענת המערער, הללו אנשים פרטיים, וביניהם המפקידים, כספים לארגונים, על-פי הסכמים שנחתמו בינם ובין הארגונים. בהתאם להסכמים אלו, אשר היו נהירים למפקידים, הושקעו כספיהם בפעילותו העסקית של המערער, בתמורה לקבלת ריבית.

עוד טוען המערער, כי שגה בית-המשפט משקבע, כי השקעותיו של המערער היו בעלות סיכוי נמוך להצלחה וכי בפעילותו לא פעל לטובת העולים, אלא לטובת עסקיו הפרטיים ולשם האדרת שמו. בעניין זה טוען המערער, כי מדובר היה בהשקעות סולידיות, נוכח המצב ששרר באותה תקופה ברוסיה וכי בכל פעילותו פעל למען ציבור העולים ולמען הקהילה היהודית בכללותה. לטענתו, אלמלא היה מוצא כנגדו צו איסור יציאה מן הארץ, במסגרת כניסת החברות שבבעלותו לפירוק ואלמלא המשגים אותם ביצעו המפרקים, היה עולה בידיו להשיב את כלל הסכומים אותם חב למפקידים.

עוד מוסיף וטוען המערער, כי שגה בית-המשפט המחוזי משקבע, כי הוכחה בעניינו עבירת הגניבה, שכן לא הוכחה בעניינו כוונה לשלילת קבע של כספי המפקידים. בעניין זה, טוען גם המערער, כי שגה בית-המשפט משהרשיע אותו הן בעבירה של קבלת דבר במרמה והן בעבירה של גניבה בידי מורשה, בשל אותה מערכת נסיבתית.

לשם חיזוק טענותיו אלו, הגיש המערער ביום 15.8.2004 בקשה להגשת ראיות נוספות בערעור, אשר בהן נטען, כי יש כדי להאיר על מהות פעילותו הכלכלית.

18. לחלופין, מבקש המערער, כי נקל בעונשו, לאור נסיבותיו האישיות.

19. לעומתו, סומכת המשיבה את ידיה על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי. לטענתה, עיקר טענותיו של המערער מהוות ניסיון לנהל מחדש את משפטו, דרך תקיפת ממצאיו העובדתיים של בית-המשפט המחוזי ותוך שינוי מהותי של חזית המחלוקת שנתקיימה בדיון בפניו.

לטענת המשיבה, המערער קיבל את כספי המפקידים בהתבסס על מצג השווא אותו יצר כלפיהם, אולם בכך לא יצא המערער ידי חובתו מלהחזיר להם כספים אלו. משירדו הכספים לטמיון בהשקעותיו המסוכנות של המערער ונמנע ממנו להחזירם, עבר כלפי המפקידים גם עבירה של גניבה בידי מורשה.

20. לעניין העונש, טוענת המדינה, כי העונש שהוטל על המערער הנו עונש ראוי, לאור הפגיעה הקשה אותה גרם למפקידים, אשר פנו אליו במצוקתם ונתנו בו את אמונם.

21. עיקרן של העובדות הצריכות לעניינו הובררו על-ידי בית-המשפט המחוזי בפסק-דינו המפורט. הלכה היא, כי בית-המשפט בשבתו כערכאת ערעור איננו נוטה להתערב בממצאים עובדתיים אותם קבע בית-משפט של הערכאה הדיונית אשר שמעה את העדויות, התרשמה מהן ובחנה אותן, אלא במקרים חריגים (ראו ע"פ 11/99 שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 769, 780; ע"פ 190/82 מרקוס נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(1) 225, 234). בענייננו, לא מצאתי בטיעוני המערער כל סיבה לסטות מן הממצאים העובדתיים אותם קבע בית-המשפט, בהתבסס על שלל העדים אשר העידו בפניו ועל חומר הראיות הרב אשר הוצג בפניו על-ידי הצדדים.

22. לא מצאתי גם כל ממש בטענותיו של המערער כנגד הסכמתן של באות-כוחו ל"הסדר הדיוני" לפיו נהגו הצדדים בדיון בפני בית-המשפט המחוזי. ככל שהסדר זה מעלה קשיים, הרי שאין לראות בהסכמתן זו משום קיפוח הגנתו של המערער, אשר יש בה כדי להצדיק חזרה מהסדר זה בשלב הערעור. יפים לעניין זה הדברים שנקבעו בע"פ 747/86 דני אייזנמן נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(3), 447, 456-457, לפיהם:

"אך מובן הוא כי אין הדיון בערכאה הראשונה מעין "חזרה כללית" לקראת הדיון הסופי בערכאת הערעור. כמתחייב מסופיות הדיון על הצדדים לכלכל את צעדיהם בערכאה הדיונית, ואין בידם להתאים עצמם לאחר בערעור מכן על פי תוצאות הדיון. לא לשם כך נועד מוסד הערעור, ולא זו מטרת הערעור. אכן גולת כותרתו של ההליך הפלילי כולו, היא גילוי האמת, אולם אין פירושו של דבר כי יש לשבור את הכלים הפרוצדורליים שנועדו למטרה זו, תוך מתן יתרון לנאשם רק מן הטעם כי הוא הורשע בדינו."

כפי שעולה מקריאת פרוטוקול הדיונים שנערכו בבית-המשפט המחוזי ומהסיכומים שהוגשו לבית-המשפט על-ידי המערער, ייצוגו של המערער על-ידי באות-כוחו היה יעיל ביותר ואין על פניו כל ראייה לכך שמדובר היה בייצוג לקוי, כאשר המערער אף נמנע מלהעלות טענה מסוג זה. לא למותר לציין לעניין זה, כי באות-כוחו של המערער אף צוינו לשבח על-ידי בית-המשפט, בשל תרומתן לניהולו היעיל של המשפט, חרף מורכבותו הרבה.

לא ראיתי גם מקום להיעתר לבקשתו של המערער להגיש ראיות נוספות. מדובר בראיות אשר היו בשליטתו של המערער בעת הדיון בענייני בפני בית-המשפט המחוזי ואשר המערער נמנע מלהגישן. אין מדובר גם בראיות אשר יש בהן, על פניהן, משום חידוש, שיש בו כדי להשפיע על עניינו של המערער. משכך הרי שאין מקום להידרש אליהן (ראו, ע"פ 476/79 עיסא בן מישל בולוס נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 785, 793).

23. עם זאת, הרשעתו של המערער בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום מעלה מספר סוגיות משפטיות, אשר יידונו להלן.

קבלת דבר במרמה

24. העבירה של קבלת דבר במרמה מנוייה בסעיף 415 לחוק העונשין, הקובע בפשטות, כי:

<p>המקבל דבר במרמה, דינו - מאסר שלוש שנים, ואם נעברה העבירה בנסיבות מחמירות, דינו - מאסר חמש שנים.</p>	<p>קבלת דבר במרמה</p> <p>415.</p>
--	---

להבדיל, קובע סעיף 416 לחוק העונשין, כי:

<p>המקבל דבר בתחבולה או בניצול מכוון של טעות הזולת שאין בהם מרמה, דינו - מאסר שנתיים.</p>	<p>תחבולה</p> <p>416.</p>
---	---

כפי שנתבארו יסודותיה של עבירה זו בפסיקה, על יסוד שילובם של שני הסעיפים דלעיל ומההבחנה ביניהם, מורכב היסוד העובדתי שבה, מרכיב אחד הכולל הצגת טענה כוזבת ומרכיב שני הכולל קבלת דבר מכוח אותה טענה, כאשר בין שני המרכיבים קיים קשר סיבתי. רכיב נוסף, העשוי להיווסף ליסוד העובדתי של העבירה, הוא קיומן של נסיבות מחמירות.

היסוד הנפשי בעבירה, מורכב ממודעותו של המבצע להיות מעשה מעשה מרמה וממודעותו לקיומן של נסיבות מחמירות, באם ישנן, כמו גם מכוונתו של המבצע להתגשמות התוצאה של קבלת הדבר, לפחות ברמת הכוונה הפלילית של פזיזות (ראו

ע"פ 2955/94 מדינת ישראל נ' נחום דורי, פ"ד נ(4) 573, 578-579 (להלן: עניין דורי)).

25. בענייננו טוענת המשיבה, כי המערער קיבל לידיו את כספי המפקידים באמצעות הצגת מצגי שווא בפניהם, כשבכך עבר עבירות רבות של קבלת דבר במרמה.

קבלת הדבר

26. יש לפתוח ולומר, כי בהתאם לראות עיניי, הדבר אשר נתקבל על-ידי המערער, הינו כספם של המפקידים. לא ראיתי לנכון לקבל בעניין זה את האפשרות אותה הציעה המשיבה, בדבר הבחנה בין עצם השגת הסכמתם של המפקידים להפקדת הכספים ובין הכספים עצמם. בנסיבות העניין, הפרדה ממין זה תהא הפרדה מלאכותית, שכן מבחינת האינטראקציה בין המפקידים והמערער, אשר נעשתה דרך שלוחיו של המערער, מדובר היה בהתרחשות בו-זמנית, כאשר קבלת הכספים מכילה בתוכה גם את קבלת הסכמתם של המפקידים למסרם.

27. כפי שנקבע בע"פ 752/90 שמואל ברזל נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 539, 554 (להלן: עניין ברזל):

"...האינטרס החברתי עליו באה עבירת המירמה להגן הוא חופש הרצון, חופש הפעולה וחופש הבחירה של המרומה. פגיעה בחופש זה, אשר באה כתוצאה ממעשה המירמה ואשר הביאה למרמה יתרון או הישג, היא שעומדת ביסודותיה של העבירה שבסעיף 415 לחוק (ראה מאמרו של ד"ר ד' ביין, 'האינטרס החברתי המוגן באמצעות עבירת המרמה', הפרקליט כו (תש"ל) 85).

ואכן, ליבו של הפסול הגלום בקבלת דבר בדרך של מרמה, הינו הדרך הפגומה בה הושגה הסכמתו של מוסר ה"דבר" לידי המרמה. בדרך זו, מעצם מהותה של עבירת המרמה, נבלעת חשיבותו של "הדבר" בחשיבותה של ההסכמה אשר עוותה על-ידי המרמה ואשר הובילה לכדי מסירתו. אולם חרף התמקדותה של העבירה בדרך בה הושגה ההסכמה למסור את "הדבר", אין בכך כדי לאיין את חלקו של זה האחרון במשוואה.

ודוק: אין להבין דברים אלו, כדרישה להיותו של "הדבר" שנמסר בעל מאפיינים חומריים (ראו ע"פ 310/85 איתן זוטיה נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(3) 673,

682). עם זאת, יהא הדבר שנמסר אשר יהא, עליו להיות מורכב מדבר כלשהו, במובחן מעצם ההסכמה למסור. כפי שנאמר בעניין ברזל, בעמ' 554 :

”לא יכול להיות ספק, כי אדם, אשר רק מניח דעתו של אחר במירמה, לא קיבל 'דבר'. כדי שהנחת הדעת תיכנס לגדרו של 'דבר' לפי סעיף 414 לחוק, עליה להיות כרוכה בטובת הנאה”.

בענייננו ניתן לומר, כי אין בהנחת דעתו של אחר לגבי מסירתה של טובת ההנאה, מבלי שזו תימסר, משום קבלת דבר. במילים אחרות, אין לומר, שעצם הבאתו של אדם במרמה לכדי הסכמה למסור "דבר", מבלי שהדבר אכן יימסר, מהווה "קבלת דבר במרמה" (והשוו ע"פ 1075/98 מדינת ישראל נ' אופנהיים, פ"ד נד(1) 303, 330).

28. נקדים ונאמר, כי יש בקביעה זו, משום השלכה לגבי האפשרות להפריד מבין רכיבי המעשה של קבלת דבר במרמה, בין יסוד המרמה שבו, הבא לידי ביטוי בהשגת ההסכמה למסור את הדבר ובין יסוד הגניבה שבו, הגלום בקבלת טובת ההנאה גופה על-ידי המרמה.

בדרך זו, לא ניתן, כטענת המשיבה, "לפצל" את קבלתה של טובת הנאה ולראות בחלקה הראשון משום "קבלת דבר", לשם הקמתה של עבירה של קבלת דבר במרמה, כאשר ה"דבר" שנתקבל הינו ההסכמה לכשעצמה; בעוד שחלקה השני מהווה "נטילת דבר", לשם הקמתה של העבירה של גניבה, כאשר הדבר שניטל הינו טובת ההנאה עצמה. מעשה נטילתה של טובת ההנאה הוא אחד ויחיד ולא ניתן לחלקו בצורה זו, כדי ליצור עבירות נפרדות.

משכך, נשללת גם הקונסטרוקציה עליה התבסס בית-המשפט המחוזי, לשם הרשעתו של המערער הן בעבירה של קבלת דבר במרמה והן בעבירת הגניבה. בהיעדר יכולת "לפצל" בין שכנוע המפקידים להעביר לידיהם את הכספים ובין קבלת הכספים עצמה, הרי שפעולותיו של המערער מהוות משום מעשה עברייני אחד, אשר לא ניתן, על-פניו, להרשיע בגינו את המערער במספר עבירות שונות.

הצגת המצגים הכוזבים

29. אין חולק, כי המערער לא ערך כל הפרדה בין הכספים שהופקדו בידיהם ובין הכספים בהם עשה שימוש בהשקעותיו. כך, המערער עצמו העיד, כי הדבר נעשה מתוך

תפיסתו, לפיה העולים עצמם לא ביקשו שתהיה הפרדה שכזו, שכן גם מטרתם שלהם הייתה שהכסף יושקע, כדי לקבלו בחזרה בריבית שנקבעה בעת הפקדת הכסף, כאשר הריבית הייתה התמורה לשימוש שעשה בכסף.

בהתאם, נראה גם, שאין מחלוקת בין הצדדים, כי כוונתו של המערער מלכתחילה הייתה לעשות שימוש בכספי ההפקדות לשם השקעותיו, כשכך גם הייתה כוונתו בעת קבלת הכספים. לעניין זה, חזית המחלוקת הינה בין טענתו של המערער, לפיה המפקידים ידעו בעת ההפקדה, כי כספם יועבר להשקעות שונות, כפי שניתן להבין מעצם העברתם לידי בתורת "הלוואה" ו"תרומה", ובין טענתה של המשיבה, לפיה המערער הציג בפני המפקידים מצג שווא, לפיו כספם יועבר למחוז חפצם, בדרך הבטוחה ביותר ומבלי שתעשה בו כל השקעה העלולה לסכן את הכסף בדרך כלשהי.

30. בעניין זה, לאחר בחינת עדויותיהם של מי מהמפקידים שהעידו בפני בית-המשפט המחוזי ועדויותיהם של עובדיו של המערער, אשר קישרו בינו ובין המפקידים, השתכנעתי בצדקת קביעתו של בית-המשפט, לפיה הוכח מעבר לכל ספק סביר, כי לפחות בחמישה מבין המקרים, לא ידעו המפקידים, כי יעשה בכספם כל שימוש מלבד העברתו למחוז חפצם.

31. כך גם שוכנעתי, כי אמונתם זו של המפקידים נוצרה בשל המצג אותו יצר בפניהם המערער, לפיו הכספים יועברו בבטחה וכי העברתם לידי "הלוואה" או "תרומה" הינה עניין טכני בלבד. זאת, חרף ידיעתו של המערער, עוד בעת ההפקדה, כי הכספים עתידים להיות מושקעים בעסקיו.

32. כפי שעולה מדבריהם של כל חמשת העולים אשר העידו מטעם המשיבה, פנייתם לחברת ישרא-סוב ולמערער נעשתה אך ורק מתוך רצונם להעביר בבטחה את כספם לישראל. יתרה מזאת, חמשת העולים העידו בצורה מפורשת, כי לו היו יודעים, כי כספם יושקע בעסקים כלשהם, בשום פנים ואופן לא היו מפקידים את כספם בידי המערער. בית-המשפט ראה בעדויות אלו עדויות מהימנות, המשתלבת במכלול הראיות בתיק.

מעדויותיהם של העולים מצטיירת תמונה ברורה, הנתמכת גם בעדויותיהם של העולים אשר העידו מטעם המערער, לפיה מדובר היה בעולים אשר מכרו את כל הרכוש שהיה בבעלותם ברוסיה, מתוך כוונה לעזוב מדינה זו ולפתוח בחיים חדשים בישראל.

לשם כך ולאור הנסיבות שקיימות היו ברוסיה באותה תקופה, ביקשו העולים דרך בטוחה להעביר את כספם, אשר היווה כאמור את כל רכושם, בין שתי המדינות, בהיעדר אפשרות לבצע העברה זו באמצעות המערכת הבנקאית בצורה פשוטה. אין מדובר במי שחיפשו לעצמם רווח כלשהו, כשאף הריבית אותה קיבלו הייתה שולית בעיניהם, אלא במי שבראש מעיניהם היה הרצון להעביר את הכספים בדרך בטוחה ככל האפשר.

משכך, יש לדחות מכל וכל את טענתו של המערער, לפיה העולים ידעו, כי הכספים אותם הפקידו, נועדו להיות מושקעים בעסקי המערער. כאמור, מעבר לכך שהדבר עומד בסתירה לעדותם המהימנה של העולים עצמם, הרי שהדבר עומד גם בניגוד גמור לכך, שעצם הפנייה למערער על-ידי העולים נעשתה מתוך רצונם להעביר את כספם בדרך הבטוחה ביותר וללא כל סיכון.

33. כפי שעולה עוד מעדויותיהם של חמשת העולים, אמונתם זו בדבר מהותה של הפקדת הכספים והסיכונים הכרוכים בה לא נולדה בחלל האוויר, אלא התבססה על המצג אותו יצר כלפיהם המערער ולובתה על-ידיו.

ראשית כל, למותר לציין, שלאיש מן העולים אשר העידו לא נאמר שייעשה שימוש בכסף אותו הפקידו במסגרת עסקיו של המערער ולכולם הובטח, כי מדובר בדרך בטוחה ביותר להעברת הכספים, ללא כל סיכון שהוא. יתרה מכך, כפי שעולה מעדויותיהם של עובדיו של המערער, אשר תיווכו בינו ובין המפקידים, גם הם עצמם לא ידעו ולא העלו על דעתם, כי בכסף ייעשה כל שימוש, מלבד העברתו בבטחה.

כך גם עולה מן העדויות, כי בפני המפקידים נוצר מצג ברור, לפיו הפקדת הכספים בידי המערער נרשמה כ"הלוואה" או "תרומה" מסיבות טכניות בלבד, לשם עקיפת האיסורים שקיימים היו על העברת כספים.

34. מעדויותיהם של עובדיו של המערער עולה בבירור, כי מקורו של המצג אשר הוצג בפני המפקידים, הוא במערער עצמו. משלא נאמר לעובדי הארגונים דבר על העברת הכסף, מלבד העובדה, כי הכספים יועברו בבטחה, הרי שאין תימה שזה המצג אשר הוצג גם בפני המפקידים. כך, העידו הן יועצי העלייה פבלוב וירמקוב והן עובדיו הבכירים יותר של המערער ובהם שפירו וקבקוב, כי בתקופה הנדונה, הבינו מהמערער, כי אין בהפקדת הכספים דבר מלבד העברתם הבטוחה ליעדם.

35. בדרך דומה, שימש גם כתב הערבות, אשר צורף לחוזה ההפקדה, כחלק ממצג השווא, לפיו העברת הכספים הינה בטוחה וחסרת כל סיכון. לעניין זה, העידה העולה שוורץ, כי הבינה מכתב הערבות שמדובר בערבות של בנק המזרחי לכספים המופקדים, כשכך גם הבין את המסמך העולה דוסטמן, וכך אף הבינוהו העולים אשר העידו מטעם המערער. ושוב, אין זה מפתיע שזו הדרך בה הבינו העולים את כתב הערבות ועל-כן הסתמכו עליו, שכן בזו הדרך גם הבינו עובדיו של המערער את כתב הערבות, כפי שעולה מעדותו של שפירו, אשר פעל בשמו של המערער אל מול המפקידים.

36. משכך, עולה מעבר לכל ספק, כי לפחות בפני חמישה מבין המפקידים – אלו אשר קולם נשמע בפני בית-המשפט המחוזי כעדי התביעה – הוצג מצג כוזב, לפיו הפקדת הכספים על-ידם בידי המערער הינה בטוחה לחלוטין וחסרת כל סיכון וכי מטרתה הינה רק העברת הכסף למחוז חפצם. למצג זה אחראי המערער, אשר בעצמו יצר מצג זה בקרב שלוחיו.

הקשר הסיבתי

37. משהוכח, כי אכן המערער אחראי היה ליצירתו של מצג כוזב בפני המפקידים, לפיו לא כרוך כל סיכון בהפקדת הכספים בידי, יש להידרש לשאלה, האם קיים קשר סיבתי בין המצג ובין הפקדת הכספים, דהיינו, האם אלמלא יצר המערער את המצג האמור, עדיין היו העולים מפקידים בידי את כספם (ראו ע"פ 535/88 רפאל מרובקה נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(1) 265, 277).

38. לטענת המערער, לא הוכח, כי לו היו יודעים העולים את המצב לאשורו בעת ההפקדה, לא היו מפקידים בידי את כספם. לטענתו, בתקופה הרלוואנטית לענייננו, לא הייתה כל אפשרות סבירה אחרת להעברת הכספים וכי גם בהינתן הסיכונים שגלומים היו בהשקעת הכספים באמצעותו, עדיין מדובר היה בדרך הבטוחה ביותר להעברתם.

39. עם זאת, טענה זו עומדת בסתירה גמורה לעדויותיהם של העולים עצמם, אשר היו מהימנות על בית-המשפט המחוזי. כך, מעידים העולים פליי, שוורץ, גוטינקא וקרביצ'נקו, בצורה חד משמעית, כי לו הייתה להם כל ידיעה שהיא על היות הכסף מושקע בעסקים, לא היו שוקלים כלל את האפשרות להפקידו בידי המערער. חשיבותו של ביטחון ההעברה לעולים עולה בצורה מובהקת גם מעדויותיהם של יתר העדים ובהם גם העדים אשר העידו מטעם המערער.

אין בהיעדרן של אפשרויות פשוטות אחרות להעברת הכסף, כדי לשמוט את הקרקע מתחת לקיומו של קשר סיבתי בין מצג השווא של המערער ובין הפקדת הכספים. מעדותם של העולים עולה רתיעה רבה מפני כל "ניחוח" של השקעת כספים בעסקים ואין כל מקום לפקפק בהכרזתם הנחרצת, לפיה לו ידעו את העובדות לאשורן, לא היו שוקלים כלל להפקיד את כספם.

יש לזכור גם, כי חרף מספרם הרב של העולים אשר הפקידו את כספם בידי המערער, הרי שמספרם של כלל העולים אשר עלו לישראל בתקופת פעולתו עלה עליהם פי כמה וכמה. תהא אשר תהא דרכם של יתר העולים – בין אם בחרו להעביר את כספם בדרכים אחרות, או אפילו להשאירו מאחוריהם והמתינו להשתנות התנאים – הרי שלא הייתה כל מניעה בפני העולים אשר אכן הפקידו את כספם בידי המערער לנהוג כמותם.

40. לנוכח הצהרותיהם החד משמעיות של העולים, אשר העידו בפני בית-המשפט, המתיישבות עם רצונם הברור והמובהק להעביר את כספם בדרך בטוחה, שאין בה כל סיכון, הרי שיש לקבוע, כי אכן הוכח כדבעי הקשר הסיבתי בין המצג אותו הציג המערער ובין קבלתו את כספי העולים.

קיומן של נסיבות מחמירות

41. לטענת המערער, משהרשעתו בכל הנוגע לעבירה של קבלת דבר במרמה מתייחסת אך ורק לחמישה מקרים, הרי שלא נתקיימו במעשים משום "נסיבות מחמירות", שכן אין מדובר בביצוע עבירות בהיקף שיוחס לו בכתב האישום.

איני יכול לקבל טענה זו.

אמנם, מבחינת היקפם של מצגי השווא, אשר יצירתם על-ידי המערער הוכח כאמור לעיל, אין מדובר במלוא היקפן של העבירות אשר מיוחסות למערער בכתב האישום, ומדובר במרמה בהיקף של כמאתיים אלף דולר "בלבד". עם זאת, מדובר בסכום שאין להמעיט בהיקפו. מדובר על סכום אשר היווה את רובו ככולו של רכושם של מי שהפקידו אותו, עולים אשר מתוך חששם הרב ומתוך מצב המצוקה בו נמצאו, נתנו את אמונם במערער, כמי שיספק להם דרך בטוחה להעביר את כספם לישראל.

כפי שקבעה דעת הרוב בע"פ 130/88 שלום גרוסמן נ' מדינת ישראל, פ"ד

מג(4), 599, 608:

"גם סכום של 20,000 דולר לאו מילתא זוטרתי הוא, ולעניין מירמה זהו סכום מכובד למדי. אין אני סבור, כי רק מעשים, שבוצעו בדרך מתוחכמת במיוחד או לגבי קורבנות תמימים, מכניסים את העבירה לתחום של נסיבות מחמירות - הגם שלרוב אלה, בדרך כלל, סימני היכר לכך. ואולם, במקרה דנן, רואה אני נסיבות מחמירות, בעיקר מחמת חובת האמון והיושר המחייבים ביחסים בין הבנק לבין יהלומן."

קל וחומר, כי בעניינו של המערער, שעה שמעשיו של המערער בוצעו בתחכום רב ובסכומים נכבדים, אף בהתעלם מהנסיבות הכלליות בהם בוצעו מעשים אלו, עסקינן במעשים שבוצעו בנסיבות מחמירות. יתרה מכך, מדובר במעשי מרמה שנעשו תוך ניצול מצבם הקשה ותמימותם של העולים, אשר הפקידו את כספם בידיו ותוך הפרה חמורה של האמון אשר נתנו בו, כשגם בכך יש לראות משום נסיבות מחמירות.

היטוד הנפשי

42. כבכל עבירה, דורש קיומו של היסוד הנפשי את מודעותו של המבצע להתקיימותן של הנסיבות העובדתיות של העבירה, דהיינו, להיות מעשיו מעשי מרמה ולקיומן של נסיבות מחמירות, באם ישנן כאלה.

בנוסף, העבירה של קבלת דבר במרמה, כעבירה תוצאתית, דורשת רצון של המבצע בהתגשמותה של התוצאה. בכל הנוגע לעבירה זו, הרי שדי ביחס של קלות-דעת להתרחשותה של התוצאה, דהיינו, לאפשרות של קבלת דבר כתוצאה מהמרמה (ראו ע"פ 5734/91 מדינת ישראל נ' לאומי ושות', פ"ד מט (2) 4, 22; עניין דורי, בעמ' 578-579).

43. כפי שתואר לעיל, אין חולק, כי כבר בעת קבלת הכספים לידי, התכוון המערער, כי כספי העולים שהופקדו בידיו, יושקעו בעסקיו. עם זאת, מעדויותיהם של עובדיו, עולה בצורה ברורה, כי המערער ידע, שהמצג אשר מוצג בפני העולים אינו חושף כוונה זו ועוסק אך ורק בהעברתם הבטוחה של הכספים.

על כן, איני רואה כל מקום להתערב בקביעתו של בית-המשפט המחוזי, לפיה אכן מודע היה המערער לכך שהוא מציג מצגים כוזבים בפני העולים ומבצע מעשה מרמה.

44. יתרה מכך, המערער אף ידע, כי מדובר בעולים, המפקידים בידי את מה שהיה לעיתים כל רכושם ונותנים בו את אמונם המלא, כדי שיעבירו בבטחה לישראל. במצב זה, כאשר המערער ידע, כי לא זו בלבד שהוא מציג בפני העולים מצג שווא, אלא שהוא אף מועל באמון הרב שהפקידו בידי ועשוי לגרום להם נזק חסר תקנה, הרי שידעתו כללה גם את הנסיבות המחמירות בהן ביצע את מעשי המרמה.

45. בכדי לבחון את שאלת יחסו של המערער לאפשרות התרחשותה של תוצאת העבירה, יש לבדוק את כוונתו, כי מצג השווא אותו הציג יוביל לתוצאה של הפקדת כספי העולים בידי. בעניין זה, הגם שלא ניתן לומר, כי המערער ייחל דווקא, כי המצג אותו הציג בפני העולים, הוא שיגרום להם להפקיד את כספם בידי, הרי שלא עשה דבר כדי למנוע את הסתמכותם על המצג אותו יצר.

משכך, הרי שיחסו של המערער לאפשרות התרחשות התוצאה של "קבלת הדבר" בעקבות מעשי המרמה אותם ביצע, היה לכל הפחות ברמה של "קלות דעת".

46. מכל האמור לעיל עולה, כי לשם קבלת כספי המפקידים לידי, יצר בפניהם המערער מצג, לפיו בכוונתו להעביר את הכספים בצורה בטוחה למחוז חפצם. בהתבסס על מצג זה, גרם המערער למפקידים להעביר לידי את כספם בתורת "הלוואה" או "תרומה", תוך הצגת מצג, לפיו מדובר ברישום שנעשה לצרכים טכניים בלבד. כל זאת עשה המערער, חרף כוונתו, עוד במועד ההפקדה, לעשות שימוש בכספי ההפקדה, כחלק ממכלול עסקיו. בכך ביצע המערער עבירות של קבלת דבר במרמה.

עם זאת, משהביאה המשיבה בעניינו של המערער רק חמישה עולים, אשר העידו על הנסיבות בהן הפקידו בידי המערער את כספם, הרי שרק בכל הנוגע לחמישה מקרים אלו הוכח כדבעי ומעבר לכל ספק סביר, כי המערער ביצע עבירה מושלמת של קבלת דבר במרמה.

לאור האמור, אני מציע לחבריי לדחות את ערעורו של המערער בכל הנוגע להרשעתו בחמשת העבירות של קבלת דבר במרמה.

גניבה על-ידי מורשה

47. כידוע, העבירה של גניבה על-ידי מורשה איננה עבירה העומדת בפני עצמה, אלא עבירה המהווה מקרה פרטני של עבירת הגניבה, שבנסיבותיו המיוחדות בחר המחוקק להחמיר עם מבצע העבירה, בשל הפגיעה באמון אשר הצטרפה למעשה הגניבה (ראו ע"פ 51/88 חיים דון נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(1) 144, 146; י' קדמי, על הדין בפלילים, (2005) בעמוד 708). לאור זאת, בכדי להרשיע אדם בביצוע העבירה של גניבה על-ידי מורשה, יש להוכיח ראשית, כי במעשיו התגשמו יסודותיה של עבירת הגניבה.

48. עבירת הגניבה מנוייה בסעיף 383 לחוק העונשין, אשר קובע, כי:

גניבה 383. (א) אדם גונב דבר אם הוא –
- מהי

(1) נוטל ונושא דבר הניתן להיגנב, בלי הסכמת הבעל, במרמה ובלי תביעת זכות בתום לב, כשהוא מתכוון בשעת הנטילה לשלול את הדבר מבעלו שלילת קבע;

(2) בהיותו מחזיק כדין דבר הניתן להיגנב, בפקדון או בבעלות חלקית, הוא שולח יד בו במרמה לשימוש שלו או של אחר שאינו בעל הדבר.

(ב) לענין גניבה לפי סעיף קטן (א) אין נפקא מינה שהנוטל או השולח יד הוא חבר דירקטוריון או נושא משרה בתאגיד שהדבר שייך לו, ובלבד ששאר הנסיבות מצטרפות כדי גניבה.

(ג) לעניין גניבה –

(1) "נטילה" – לרבות השגת החזקה –

(א) בתחבולה;

(ב) בהפחדה;

(ג) בטעות הבעל וכידיעת הנוטל שהחזקה הושגה כך;

- (ד) במציאה, אם בזמן המציאה מניח המוצא שאפשר באמצעים סבירים לגלות את הבעל;
- (2) "נשיאה" – לרבות הסרת דבר ממקומו, וכדבר המחובר – הסרתו לאחר ניתוקו הגמור;
- (3) "בעלות" – לרבות בעלות חלקית, החזקה, זכות החזקה או שליטה;
- (4) "דבר הניתן להיגנב" – דבר בעל ערך שהוא נכסו של אדם, ובמחובר למקרקעין – לאחר ניתוקו מהם

49. כפי שניתן לראות, מתייחסת הגדרת הגניבה בחוק לשתי חלופות לעבירת הגניבה. החלופה הראשונה היא החלופה המופיעה בסעיף 383(א)(1), אשר ניתן לכנותה עבירת הגניבה ה"קלאסית" והעוסקת במי שנטל לידי דבר מרשותו של האחר ללא הסכמתו.

החלופה השנייה, המופיעה בסעיף 383(א)(2) לחוק העונשין, הינה עבירה שהתפתחה מתוך עבירת הגניבה ה"קלאסית", בכדי להחיל נורמה עונשית על מי ששלח ידו בדבר אשר ניתן בידיו בפיקדון על-ידי אחר (להתפתחותה של חלופה זו בדין האנגלי, ראו דיון בע"פ 141/59 סנדר טריביש נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יג 1793, 1803-1807 (להלן: עניין טריביש)).

לענייננו, משמעותית ביותר ההבחנה בין שתי חלופות אלו. כפי שנראה בהמשך, להבחנה זו משמעות גם באפשרות ההרשעה המקבילה בעבירת הגניבה ובעבירה של קבלת דבר במרמה. על-כן, בטרם נבחן את התקיימותם של יסודות עבירת הגניבה ועל-מנת שלא להשחית מילים לריק, נבדוק ראשית איזו מבין החלופות, אם בכלל, היא הדנה במעשים אותם ביצע המערער.

עבירת הגניבה – הבחנה בין שתי החלופות

50. עיקר ההבחנה בין שתי חלופותיה של עבירת הגניבה נמצא בדרישה המצויה בסעיף 383(א)(2), לפיה על המבצע עבירת גניבה לפי סעיף זה להיות "מחזיק כדין"

של הדבר אותו הוא גונב (ראו ע"פ 6350/93 מדינת ישראל נ' אריה גולדין, פ"ד מט(4) 1, 29 (להלן: עניין גולדין); י' קדמי, על הדין בפלילים 604-605).

במצב הדברים הרגיל, יסוד ה"חזקה חוקית" המבחין בין שתי החלופות מביא לידי ביטוי את מהותה של החלופה השנייה של עבירת הגניבה, בה מדובר, כאמור, במי ששולח ידו בדבר שנמצא בחזקתו בפיקדון או כבעלות חלקית, בשונה מעבירת הגניבה ה"קלאסית" של החלופה הראשונה, בה מדובר במי שנוטל דבר שלא בהסכמת בעליו. אי לכך, במובן מסוים, יסוד ה"חזקה כדין" שבחלופה השנייה מהווה את צידו השני של יסוד "היעדר הסכמת הבעל" שבחלופה הראשונה, אשר מתאיין מאליו לנוכח מהותה של העבירה שבחלופה השנייה.

אלא, שלעניין החלופה הראשונה לעבירת הגניבה, מורנו סעיף 383ג(1), כי נטילת דבר, כמשמעותה לעניין החלופה הראשונה, מקימה אחריות פלילית למבצעה לא רק באשר נטל את הדבר שלא בהסכמת בעליו, אלא גם באשר מדובר במי שנטל לידיה את החזקה בדבר "בדרך-לא-דרך", כאשר הסכמתו של הבעלים להעברת החזקה איננה הסכמת אמת היא. כך היא, למשל, כאשר המבצע השיג את הסכמתו של הבעלים להעברת החזקה באמצעות תחבולה, הפחדה או תוך ניצול טעותו.

אי לכך, הרי שליסוד ה"חזקה כדין" ישנה השלכה לגבי סיווג המעשה לאחת מבין שתי החלופות, גם ובפרט כאשר החזקה בדבר עברה לידי המבצע באמצעות תחבולה, בשלה קיבל המבצע את "הסכמת" הבעלים לנטילתו את הדבר. כפי שנקבע בעניין זה בעניין גולדין, בעמוד 29:

"ברגיל (כשהמחזיק בנכס אינו בגדר שלוח - ועל כך להלן), הרי שאם נמסרה החזקה בנכס על יסוד מרמה מצד המקבל, אין מקום להרשיעו בגניבה לפי סעיף 383(א)(2). זאת כיוון שתחולת סעיף 383(א)(2) מותנה בכך שהחזקה הושגה כ"דין". משמעות כ"דין" בהקשר זה היא בהסכמת הבעלים, כשהסכמה זו נקיה מכל פגם. יסוד החוקיות בקבלת החזקה הוא המבחין בין סעיף 383(א)(2) לבין סעיף 383(א)(1), בו קבלת החזקה היתה ללא הסכמת הבעלים או שהסכמתם ניתנה שלא מדעת, כאמור בסעיף 383(ג)(1)."

בדרך זו, הרי שאם גרם מבצע העבירה לאדם אחר להעביר את רכושו לידיה באמצעות יצירת מצג שווא, או בצורה אחרת של מרמה, אשר עיקרה את הסכמתו של

האחר מתוכן, אין לראות בו "מחזיק כדין" לעניין החלופה השנייה של עבירת הגניבה והעבירה אותה ביצע תהא מסווגת לחלופה הראשונה של העבירה.

51. בהתאם, ניתן לומר, כי הקובע לעניין סיווגה של העבירה לאחת מבין החלופות, הוא עיתוייה של כוונת המרמה של המבצע, דהיינו, מועד התגבשות כוונתו ליטול לעצמו רכוש לא-לו. כפי שנקבע לעניין הסייג של "החזקה חוקית" בעבירת הגניבה לפי סעיף 263(1) לפקודת החוק הפלילי (אשר הוחלף על-ידי היסוד של "חזקה כדין") בע"פ 126/58 היועץ המשפטי לממשלה נ' מרדכי בנא, פ"ד יג 897, 899:

"בסייג הזה ההדגשה היא על המלים 'הגם שיש לו חזקה חוקית בו'. 'חזקה חוקית' פירושו הדבר שקיבל את הדבר לחזקתו באופן חוקי ללא מרמה וכו'. נראה לי שדבר זה מעיד על כך שבמקרה של פקדון הכוונה 'לשלול את הדבר עולמית מאת הבעלים' נוצרת לאחר שהפקדון נמצא כבר בחזקתו החוקית של הנאשם. אם תאמר אחרת הרי אתה מרוקן את הסייג שבסעיף 263 (1) מתכנו".

כך גם בכל הנוגע לעבירת הגניבה שבחוק העונשין, ניתן לומר, כי אם מתגבשת כוונתו של המבצע ליטול בתחבולה את רכושו של האחר כבר בעת הנטילה, הרי שהסכמתו של האחר למסירת החזקה איננה הסכמת אמת ועל כן המעשה מהווה גניבה "בתחבולה" (Larceny by a Trick), בהתאם לסעיפים 383(א)(1) ו-383(ג)(1)(א) לחוק העונשין (ראו (J. W. C. Turner, Russell on Crime 926-955 (12th ed., 1964)).

עם זאת, אם בעת העברת החזקה לידי המבצע לא הייתה כל כוונת מרמה מצדו והחזקה ניתנה בידו "כדין" ורק לאחר-מכן נתגבשה אצלו הכוונה לשלוח את ידו במרמה בדבר שמוחזק על-ידו בפיקדון, הרי שהמעשה נכנס בגדרי החלופה שבסעיף 383(א)(2) לחוק העונשין, והמעשה מהווה "גניבה על-ידי נפקד".

52. המשיבה מבקשת לטעון בפנינו, כי אין מקום להבין את יסוד ה"חזקה כדין" שבסעיף 383(א)(2) כדורש העברה "נקייה מכל רכב" של החזקה לידי המבצע, בדרך שהימצאותה של מרמה מצד המבצע תשלול את קיומו של יסוד זה. לשם כך, מבקשת המשיבה להסתמך על עניין טריביש ועל הדיון שנעשה בו לגבי התפתחותה של העבירה של גניבה בידי נפקד בדין האנגלי ומשמעותה של ה"חזקה כדין" לאור זאת.

אינני יכול לקבל טענה זו.

יהא אשר יהא מקורו של יסוד ה"חזקה כדין", הרי שכפי שראינו, פרשנותו האמורה נקבעה בצורה חד-משמעית כבר בעניין בנא ואושררה בצורה מפורשת ביותר בעניין גולדין. פרשנות זו מבוססת היטב על ההבחנה בין שתי החלופות של עבירת הגניבה ואיני רואה כל מקום לסטות ממנה. יתרה מכך, לא מצאתי גם דבר בעניין טריביש אשר יש בו משום סתירה של פרשנות זו. בעניין טריביש נדונה שאלה ממוקדת, בנוגע להמשכיותה של הבעלות בדבר אשר נמסרה בו החזקה לידי, כאשר מי שקיבלו לידי שינה את הרכבו ונטלו לעצמו. משלא נדונה בו כלל שאלת קיומה של מרמה בעת העברת החזקה, הרי שאין תימה שפרשנותה של "החזקה החוקית" שבעניין טריביש אינה כוללת התייחסות למשמעותו של סייג זה בהקשר האמור ואין לראות בו כסותר את הניתוח שנעשה בעניין בנא.

יישום ההבחנה על המקרה דנן

53. כפי שתואר לעיל, מעובדות המקרה, כפי שנתבררו בפני בית-המשפט המחוזי עולה, כי כבר בעת הפקדת הכספים בידי, התכוון המערער להציג בפני המפקידים מצג שווא, לפיו הכספים אך יועברו על-ידו למחוז חפצם בדרך הבטוחה ביותר והסתיר מהם את העובדה שהכספים יושקעו כחלק מעסקיו. כן יצר בפניהם מצג כוזב, לפיו הפקדת הכספים בידיו כ"הלוואה" או כ"תרומה", נעשתה מסיבות טכניות בלבד. על רקע עובדות אלו קבענו לעיל, כי הוכחה אשמתו של המערער בעבירה של קבלת דבר במרמה. ברי אם כן, כי לא ניתן לומר שהחזקה בכספי המפקידים הועברה לידי המערער "כדין". במקביל, לא ניתן גם לומר, כי הסכמתם של המפקידים למסירת כספם לידי המערער, הסכמת אמת הייתה.

על כן, מוצאים אנו, כי מעשיו של המערער אינם באים בגדרה של החלופה שבסעיף 383(א)(2) לחוק העונשין, העוסקת בגניבה על-ידי נפקד, אלא חלה עליהם הוראת החלופה שבסעיף 383(א)(1) לחוק העונשין, העוסקת בגניבה "בתחבולה" או, בענייננו, בגניבה "במרמה".

54. עם זאת, משמיקמנו את מעשיו של המערער כבאים בגדרה של החלופה שבסעיף 383(א)(1) של גניבה "במרמה" ובטרם נבחן את השתכללותם של מכלול היסודות שבעבירה זו, ניטיב אם נבחן ראשית את אפשרות התקיימותה של עבירה זו בד בבד עם העבירה של קבלת דבר במרמה. לחלופין, באם נראה שאין מקום להרשיע את המערער בשתי העבירות במקביל, הרי שיהא עלינו לבחון האם יש מקום להתיר את

הרשעתו בקבלת דבר במרמה על כנה, או שמא יש להרשיעו בעבירה של גניבה
"במרמה".

היחס בין עבירת הגניבה "במרמה" לעבירה של קבלת דבר במרמה

55. היחס בין שתי עבירות אלו, כאשר שתיהן מבוצעות באותו קורבן, נדון בעניין
גולדין, בעמוד 30, שם נקבע, כי:

"לא בכל המקרים בהם עמד מצג שווא ביסוד מסירת הנכס תהיה בהכרח חפיפה בין עבירת הגניבה לעבירת המרמה. היקף עבירת המרמה רחב יותר מהיקפה של עבירת הגניבה מבחינת תוכן המצג העומד ביסוד העבירה. שהרי עבירת הגניבה, המותנית בקיומה של כוונה לשלול את הנכס מבעליו שלילת קבע, מחייבת כי דווקא זו תהא כוונתו הסמויה של הגנב. זאת ועוד, עבירת המרמה רחבה מעבירת הגניבה גם מבחינת סוג הזכויות מהן נפרד הנפגע. בעוד שבעבירת הגניבה זוכה עושה העבירה בחזקה בנכס ולא בבעלות בו, הרי שבעבירת המרמה יכול עושה העבירה לזכות גם בבעלות. מאידך גיסא, רחבה עבירת הגניבה מעבירת המרמה מבחינת טיב ההתנהגות. שכן, למקרא סעיף 416 לחוק העונשין עולה כי המונח "תחבולה" רחב יותר מהמונח "מרמה" (ובענין זה ראה ע"פ 460/79 חבושה מנשה ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לד (1) 328).
החפיפה בין עבירת המרמה לעבירת הגניבה תהיה קיימת כאשר אדם נפרד מחזקתו בנכס על יסוד הצהרה כוזבת המסתירה את כוונתו הסמויה של המצהיר לשלול את הנכס מבעליו שלילת קבע. במקרה כזה מגלמת עבירת הגניבה גם את ההגנה על האינטרס החברתי עליו באה להגן עבירת המרמה, ולפיכך אין מקום וצורך לפרוש על עבירת הגניבה גם את יריעתה של עבירת המרמה." [ההדגשה שלי, ס. ג.].

56. באם נחיל את הניתוח שנערך בעניין גולדין על עובדות המקרה דנן, נגיע למסקנה, כי הן העבירה של גניבה "במרמה" והן העבירה של קבלת דבר במרמה, מושתתות בענייננו על השגת הסכמתם של המפקידים למסירת כספיהם על-ידי יצירת מצג כוזב ועל קבלת הכספים מכוח מצג זה. משכך, הרי שהעבירות מתמזגות זו בזו הן מבחינת היסודות המרכיבים אותן והן מבחינת האינטרסים המוגנים על-ידן ואין להרשיע את המערער בביצוע כל אחת מהן במקביל.

57. לטענת המשיבה, אין להחיל על ענייננו את הקביעות דלעיל שנקבעו בעניין גולדין, אלא יש להחיל דווקא את הניתוח שנעשה באותו עניין באשר להתקיימותה של

מערכת של שליחות ואשר לפיו נקבע, כי אכן ניתן להרשיע במקביל בעבירות של גניבה וקבלת דבר במרמה, הגם שכלפי נפגעים שונים. לטענת המשיבה, יש לראות במערכת הנסיבות המתקיימת במקרה דנן, כמצב המקביל למערכת הנסיבות שהתקיימה בעניין גולדין, כאשר דמותם של המפקידים מאחדת בתוכה, מצד אחד, את דמותם של מפקידי הכספים, אשר הכספים הוצאו מידיהם במרמה ומצד שני, את דמותם של מי שאמורים היו לקבל את הכספים, כלפיהם בוצעה עבירת הגניבה.

אין ביכולתי לקבל גם טענה זו.

ההתייחסות בעניין גולדין הייתה למערכת נסיבות, בה ראובן, אשר הינו שלוחו של לוי, מציג בפני שמעון מצג כוזב, לפיו יעביר ללוי כספים אותם יפקיד בידיו שמעון, אולם נוטל את הכספים שהופקדו לעצמו. בנסיבות אלו נקבע בעניין גולדין, כי ראובן ביצע עבירה של קבלת דבר במרמה כלפי שמעון ועבירה נפרדת של גניבה כלפי לוי.

ניתוח זה מתבסס על הסיטואציה הייחודית, בה מפר מבצע העבירה במעשהו שתי חובות נאמנות נפרדות כלפי כל אחד מהצדדים המעורבים. כפי שנקבע בעניין גולדין, בעמוד 35:

“כאשר על ידי פעולה פיזית אחת נפגעים גווניה השונים של זכות החזקה, אין הצדקה להרשיע במספר עבירות גניבה כמספר הנפגעים. כך הוא, לדוגמא, כשראובן גונב מאלמוני נכס ששכר מפלוני. במקרה זה, לא מן הראוי להאשים את ראובן בכך שביצע שתי עבירות גניבה: האחת כלפי אלמוני והשניה כלפי פלוני. אולם שונים הם פני הדברים כשבפגיעה בזכות החזקה מתמזגת גם הפרת חובת אמון שחב הגנב לכל אחד מן הנפגעים. אם מדובר בחובת אמון עצמאית השונה במהותה מנפגע לנפגע, הרי שהפרתה מקנה ערך מוסף לפגיעה בזכות החזקה, ובכך נשללת זהות הערכים הנפגעים. ומשנשללת הזהות בערכים הנפגעים נפתח הפתח לכפל הדין.” [ההדגשה הינה שלי, ס. ג.]

עינינו הרואות – רק משפגע מבצע העבירה בשני סוגים של נפגעים, להם הוא חב חובות אמון נפרדות ועצמאיות, ניתן להרשיעו בעבירות מקבילות כלפי כל אחד מהנפגעים שנפגעו ממעשיו, בגין הערכים הנפרדים המוגנים על ידי העבירות השונות.

בענייננו, לא ניתן לומר, כי המערער חב חובות אמון נפרדות כלפי מפקידי הכספים. אותם מפקידים, אשר הפקידו בידיו את כספיהם, היו אלו אשר אמורים היו לקבלו בחזרה. הפקדת הכספים נעשתה על סמך מצגו הכוזב של המערער כלפיהם, כשבכך לא נוצרו כל זכויות כלפי כל אדם אחר מלבד המפקידים עצמם. כך גם זיקתם של המפקידים כלפי המערער הייתה אחת ויחידה – מתוקף המצג אותו הציג.

משכך, הרי שלא ניתן לומר, שבמעשיו פגע המערער בשתי מערכות של חובות נאמנות מקבילות, אשר יצדיקו את הרשעתו בעבירות נפרדות ומקבילות שנעברו כלפי אותם המפקידים.

58. ודוק: בקביעתנו, לפיה העבירה של קבלת דבר במרמה אותה קבענו, כי ביצע המערער, מונעת את הרשעתו במקביל בעבירה של גניבה, אין לראות משום "הגנת מרמה", הפוטרת את מבצע העבירה מאחריות למעשיו הפליליים. מדובר אך בשאלת סיווג מעשיו של המערער בהתאם לנורמה העונשית החלה עליהם וקביעה איזו מבין העבירות המנויות בחוק העונשין היא העבירה אותה ביצע.

59. לפיכך, משקבענו, כי לא ניתן להרשיע את המערער הן בעבירה של קבלת דבר במרמה והן בעבירה של גניבה, שכן מדובר בעבירות המתמזגות זו בזו, עלינו לשוב ולבדוק, האם אכן, כפי שקבענו לעיל, המעשים אותם ביצע המערער מהווים עבירות של קבלת דבר במרמה, או שמא, מדובר בעבירות של גניבה "במרמה".

60. ההבחנה בין העבירה של קבלת דבר במרמה והעבירה של גניבה "במרמה" נעוצה בשאלה, האם באמצעות המרמה, הניע המרמה את המרומה למסור לידיו רק את זכות החזקה בנכס, או שמא הצליח לשכנעו למסור בידיו גם את זכות הבעלות בנכס. כך, אם התכוון בעל הדבר המרומה למסור לידי המרמה את זכות החזקה בלבד, תסווג העבירה כעבירה של גניבה "במרמה" ואילו אם התכוון המרומה למסור למרמה גם את הבעלות בנכס, הרי שמדובר יהיה בעבירה של קבלת דבר במרמה (ראו ע"פ 152/58 זלמן גורביץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יג 89, 90 (להלן: עניין גורביץ); וראו גם (2 William L. Burdick, Law of Crime 302 (1946)).

ודוק: אין מדובר כאן בשאלה האם אכן נמסרה בפועל זכות הבעלות לידי המרמה, אלא אך באופיו של מעשה המרמה אותו ביצע, כפי שהוא משתקף בנכונותו של המרומה למסור לידיו את מלוא הזכויות בדבר שנמסר. משכך, הרי הגם שרומה בעל

הדבר למסור למְרַמָּה את היכולת לנהוג בדבר מנהג בעלים, מדובר יהיה בעבירה של קבלת דבר במרמה.

כך, נקבע בעניין גורביץ, בעמוד 90, כי:

"במידה שהכסף הופקד בידי המערער מס' 1 על-ידי המפקיד על-מנת שימסור את הכסף למערער מס' 2 כשהמכוניות יימסרו למפקיד, הרי ניתן למערער מס' 1 הכוח לשלול מהמפקיד את בעלותו על הכסף."

וראו גם J. W. C. Turner, Russell on Crime 1170 (12th ed., 1964), אשר

בהתייחס לעבירה של קבלת דבר במרמה בדין האנגלי ציין, כי:

"It has often been declared that in this crime ownership must have been obtained and that to obtain possession by false pretences is not enough; although it would be enough if power to deprive of the ownership were obtained".

61. חשוב להבחין את השאלה האמורה משאלת העברת הבעלות בכל הנוגע לסיווגו של רכוש כפיקדון, לצורך הרשעה בגניבה בהתאם לחלופה שבסעיף 383(א)(2) שבחוק העונשין, העולה במיוחד כאשר מדובר בהעברת כסף. בשאלה זו האחרונה, יוצר הדין קונסטרוקציה, בהתאם לסעיפים 386-388, לפיה כספים שהועברו בכפוף לתנייה כלשהי הופקדו אך כ"פיקדון" והבעלות בכסף נותרת בידי מוסר הכסף עד למילוי התנייה (ראו ע"פ 1075/98 מדינת ישראל נ' אופנהיים, פ"ד נד(1) 303, 322-329; והשוו את הדעות השונות לעניין זה בע"פ 293/89 סוקולובסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 92).

בענייננו, כאמור, אין מדובר בשאלת הימצאותם של כספים בידי המבצע, בין אם בפיקדון או בבעלות, אלא בשאלה, האם במהותו כוון מעשה המרמה לשכנע את בעל הדבר למסור לידי המרמה אך את החזקה בדבר או גם את היכולת לנהוג בו מנהג בעלים.

62. מבחינת עובדות המקרה שבפנינו שוכנעתי, כי במצג הכוזב אותו הציג בפני המפקידים, התכוון המערער לגרום להם להעביר לידי לא רק את יכולת ההחזקה בכספים, אלא גם את היכולת לנהוג בהם מנהג בעלות ומעשהו זה צלח בידו. כפי שתואר, המערער הציג בפני המפקידים מצג שווא, לפיו הפקדת הכספים בידיו

כ"הלוואה" או כ"תרומה" הינה בטוחה לחלוטין ונעשית רק משיקולים טכניים. המפקידים האמינו למצג זה והעבירו את כספם לחשבונו של המערער, בחותמם על חוזה "הלוואה" או "תרומה" לטובת המערער. על כן, יש לסווג את העבירה אותה ביצע המערער כקבלת דבר במרמה.

יפים לענייננו הדברים אותם ציינו בהקשר זה המלומדים LaFave ו-Scott, בספרם Wayne R. LaFave & Austin W. Scott, Jr., Criminal Law 748 (2nd. Ed., : 1986)

"It is generally held that where the victim hands money to the wrongdoer with the understanding that the latter is to spend it only for a particular purpose (thus creating an agency or trust, it would seem) title does not pass to the wrongdoer; he has only a power to pass title by spending it for the specified purpose. Thus where the victim hands money to the wrongdoer to be invested on the stock market, or to purchase specified property, or to bribe a particular official, and the wrongdoer, instead of thus dealing with the money, absconds with it, the crime is larceny by trick rather than false pretenses, the wrongdoer never having acquired title.

On the other hand, it is possible that the victim should agree or understand that the money, though desired for a particular purpose, might be used for any purpose – i.e., the defendant's lie about his need for money induces the [victim] to make a loan rather than to create an agency or trust – in which case title to the money does pass to the defendant, so that his crime if any is false pretenses rather than larceny by trick".

63. יש להדגיש, כי בהסכמתם זו של המפקידים להעביר לידי המערער את כספם בתורת "הלוואה" או בתורת "תרומה" ובכך להעביר לידי את הבעלות בכסף, או למצער את היכולת לנהוג בכסף מנהג בעלים, אין משום הסכמה, כי המערער ינהג בכסף כבשלו. זאת, שכן הסכמה זו של המפקידים איננה הסכמת אמת, בהיותה מבוססת על אמונתם של המפקידים למצג הכוזב אותו הציג בפניהם המערער, לפיו העברת הכספים בדרך זו נעשית רק מסיבות טכניות וכי כוונתו האמיתית היא להעביר את כספם בבטחה.

64. לאור כל האמור יש לקבוע, כי עלינו לסווג את מעשיו של המערער לעבירה של קבלת דבר במרמה ולא לאחת מבין חלופותיה של עבירת הגניבה.

הרשעתו של המערער בעבירה של גניבה בידי מורשה

65. כפי שנקבע לעיל, אין לראות במעשיו של המערער משום ביצוע עבירת גניבה, אלא ביצוע עבירה של קבלת דבר במרמה. משכך ובהתאם לאמור לעיל, משלא ניתן להרשיע את המערער בביצוע עבירת גניבה, הרי שלא ניתן גם להרשיעו בעבירה של גניבה בידי מורשה.

66. עם זאת, ניתן לתהות, שמא ניתן עדיין להרשיע את המערער בביצוע עבירת גניבה, בכל הנוגע ליתר ההפקדות, בגינן לא הורשע בעבירות של קבלת דבר במרמה.

על שאלה זו יש להשיב בשלילה.

משקבענו, כי כבר בעת הפקדת הכספים בידיו, ידע המערער, כי המצג אותו הוא מציג כלפי העולים הינו מצג כוזב והיה בכוונתו להשקיע את הכספים בעסקיו, הרי שכאמור, לא מתקיים בעניינו היסוד של "חזקה כדין", אשר נדרש לשם הרשעה על-פי החלופה השנייה של עבירת הגניבה, לפי סעיף 383(א)(2) לחוק העונשין.

במצב זה, נדרש היה מהמשיבה לפעול להרשעתו של המערער בכל אחד מן המקרים בהם קיבל את הכספים באמצעות מצגו הכוזב, דרך הוכחת התקיימותם של יסודות החלופה הראשונה של עבירת הגניבה, לפי סעיף 383(א)(1) לחוק העונשין, או יסודות העבירה של קבלת דבר במרמה (בהתאם, כאמור, לכוונתם של המפקידים למסור בידו את הבעלות בכספים). בשונה מהחלופה שבסעיף 383(א)(2) לחוק העונשין, אשר מתמקדת במעשה שליחת היד על-ידי הנפקד בכספים שהופקדו בידיו, הרי שהחלופה של סעיף 383(א)(1) לחוק העונשין (וכן העבירה של קבלת דבר במרמה) מתמקדת במעשה אותו ביצע המבצע לשם השגת הכספים לראשונה ובהקשר למעשה זה יש להוכיח את התקיימותם של יסודות העבירה. לשם כך, מוטל היה על המשיבה בענייננו להראות, כי בכל אחד ואחד מן המקרים, הונע המפקיד על-ידי מצג השווא של המערער להפקיד בידיו את כספו.

משבחרה המשיבה להביא בפני בית-המשפט רק את מקריהם של חמישה מבין המפקידים, הרי שרק בעניינם של אלו ניתן לקבוע מעבר לכל ספק סביר, כי אכן השתכללו יסודות העבירה, בפרט בכל הנוגע לקשר הסיבתי בין המצג ובין הפקדת

הכספים. אין ללמוד מעניינם של החמישה, אשר העידו לגבי עניינם של יתר המפקידים, בדרך של "תביעה ייצוגית".

67. בנקודה זו, יש מקום אולי להביע ספק בצדק השימוש ב"הסדר הדיוני" אשר ננקט בבית-המשפט המחוזי. חרף הקושי הטמון בבירורן של פרשות סבוכות וענפות, דוגמת הפרשה שבפנינו, בהן הוכחה של מלוא היקפם של המעשים תדרוש העדתם של עדין רבים ותוביל להתמשכותם של ההליכים, הרי שעדיין מחויבים אנו, במסגרת ההליך הפלילי, בהוכחת אשמתו של הנאשם, בכל מעשה ומעשה המיוחסים לו, מעבר לכל ספק סביר. משכללה חזית המחלוקת בין הצדדים את שאלת קבלתו של המערער את הכספים, הרי שלא ניתן להכריע בשאלה זו ובשאלות הנגזרות ממנה, מבלי לברר עד תומה את קבלת הכספים, בכל מקרה ומקרה. משכלל, כאמור, ההסדר הדיוני רק את העדתם של חמישה ממפקידי הכספים כנגד המערער, הרי שאין בידינו אלא להרשיע את המערער רק ביחס למעשים אותם ביצע כנגד עדים אלו.

68. לאור כל האמור לעיל, אני מציע לחבריי לקבל את הערעור בכל הנוגע להרשעת המערער בעבירה של גניבה בידי מורשה ולזכותו מעבירה זו.

הדין הור

69. משהתקיימו רובם (אם לא כולם) של יסודות העבירות של קבלת דבר במרמה בתחום שיפוטה של רוסיה, הרי שלפי סעיפים 14 ו-15 לחוק העונשין, יש להוכיח, כי עבירה זו מהווה עבירה גם לפי משפטה של מדינה זו.

70. לשם כך, הופיעה בפני בית-המשפט המחוזי עדה מומחית לעניין הדין הרוסי, הגברת עדה אלון (להלן: העדה המומחית), אשר העידה, במה שנוגע לעניינינו, כי העבירה של קבלת דבר במרמה אכן מהווה עבירה לפי הדין הרוסי.

71. חרף טענותיו של המערער כנגד מהימנותה של העדה המומחית, הרי שאין בהן דבר שיש בו כדי לסתור את עדותה, אשר הייתה מהימנה על בית-המשפט המחוזי.

72. כפי שהעידה העדה המומחית, בנוסף לדרישות הקיימות בדין הישראלי לגבי העבירה של קבלת דבר במרמה, נדרש בדין הרוסי גם יסוד נפשי מסוג של "כוונה להשגת בצע".

כפי שקבע בית-המשפט המחוזי בהתבסס על פרשנותה של העדה המומחית לעניין זה ולא מצאתי כל מקום להתערב בקביעתו, יסוד זה משתכלל לא רק באשר מדובר בכוונה להשיג כספים דווקא, אלא גם כאשר, כפי שאכן היה בענייננו, כוונת המבצע הינה להגדיל את היקף עסקיו ולהאדירם.

73. משכך, הרי שיש לומר, כי העבירות של קבלת דבר במרמה, בהן הורשע המערער, מהוות עבירה גם לפי הדין הרוסי, כפי שדורש סעיף 14(ב)(1) לחוק העונשין.

עבירות מנהלים בתאגיד

74. בית-המשפט המחוזי קבע, כעניין שבעובדה, כי המערער נהג בכספי המפקידים שהופקדו בחברת ישראל-סוב שבבעלותו בדרך מופקרת וחסרת אחריות ובכך הביא את החברה לכדי פירוק ולמצב בו נעדרה יכולת להשיב למפקידים את הכספים שהיא חבה להם.

כפי שתואר בראשית חוות-דעתי, לא מצאתי כל מקום להתערב בממצאיו העובדתיים של בית-המשפט המחוזי. אכן, עולה מחומר הראיות בבירור, כי המערער נהג בכספי החברה (ובהם כספי המפקידים) בצורה חסרת אחריות וחסרת רסן, ללא כל ייעוץ מקצועי ולא פעם אף משיקולים אישיים. המערער לא בחל בפנייה להשקעות נושאות סיכון רב, גם כאשר עסקיו נמצאו על סף קריסה ולא עשה דבר כדי לצמצם את הפסדיו, בשימו את כספי החברה על קרן הצבי.

גם כשידע המערער, כי החברה איננה עומדת בהתחייבויותיה להשבת הכספים, המשיך המערער להשקיע את הכספים בדרך חסרת אחריות ומבלי לשקול את הסיכון הגלום בכך למי שהשקיעו את כספם בחברה.

75. מן האמור עולה, כי בדין הורשע המערער בעבירות מנהלים בתאגיד, לפי סעיף 424(1) לחוק העונשין.

מרמה והפרת אמונים בתאגיד

76. כפי שקבענו לעיל, הוכח מעבר לכל ספק, כי לפחות בחמישה מקרים, עשה המערער שימוש בחברה שבבעלותו כחלק מהמצג הכוזב, לפיו הכספים שיופקדו על-ידי העולים בידיו יועברו בבטחה למחוז חפצם.

המערער עשה כן ביודעו, כי הוא מבצע מעשה מרמה, כאשר אין כל וודאות אמיתית, כי הכספים אכן יועברו בצורה בטוחה, שכן הם עתידים להיות מושקעים בעסקיו, בהם, כאמור, נטל סיכונים רבים. בכך ידע גם במערער, כי אם יתממשו הסיכונים אותם נטל ואם תתגלה המרמה, הרי שיהיה בכך פגיעה לא רק בציבור המפקידים, אלא גם במוניטין ובמהימנות החברה שבבעלותו.

77. לאור זאת, איני רואה כל מקום להתערב בהרשעתו של המערער בעבירה של מרמה והפרת אמונים בתאגיד, לפי סעיף 425 לחוק העונשין.

הוצאת שיק ללא כיסוי

78. אין חולק, כי משנוצר מצב, בו התדפקו על דלתות חברותיו של המערער המפקידים אשר לא קיבלו את כספם, הורה המערער לעובדיו, החל מסוף שנת 1995, למשוך לפקודת העולים שיקים דחויים בחתימתו, לתקופה של 30 יום. אין חולק גם, כי שיקים אלו חוללו, בהיותם חסרי כיסוי.

79. גם כאן, קבע בית-המשפט המחוזי כעניין שבעובדה, כי הוכחה ידיעתו של המערער, כי השיקים עליהם הוא חותם הינם חסרי כיסוי. בית-המשפט דחה בעניין זה את טענתו של המערער, לפיה האמין, כי במועד הפירעון יהיה לשיקים כיסוי בקובעו, כי מדובר בטענות לא אמינות ולא מבוססות, ובהתבססו על עדויותיהם של עובדיו של המערער, לפיהן ידע, כי לשיקים לא יהיה כיסוי.

80. קביעתו זו של בית-המשפט המחוזי והרשעתו את המערער בעבירה של הוצאת שיקים ללא כיסוי, לפי סעיף 432 לחוק העונשין, מבוססות היטב בחומר הראיות ובעדויות שנשמעו בפני בית-המשפט ולא מצאתי כל מקום להתערב בהן.

סיכום הערעור על הכרעת-הדין

81. עיקר הסוגיה שנדרשה לדיוננו, היא שאלת היחס בין העבירות של גניבה על-ידי נפקד (והעבירה של גניבה על-ידי מורשה, המורכבת עליה), גניבה במרמה וקבלת דבר במרמה. מעיון בהלכה שנקבעה בעניינן של עבירות אלו, וההבחנה ביניהן, הגעת למסקנה, כי לא ניתן ליישב בענייננו של המערער את יסודותיהן של העבירות, לשם הרשעתו בכמה מהן במקביל. כך, משנקבע, כי כבר בעת קבלת הכספים לידי, היו מעשי המערער משום מרמה, הרי שלא ניתן להרשיעו בעבירה של גניבה בידי נפקד, בהיעדר חזקה שהושגה כדין. ומשקבענו, כי במעשה המרמה, הביא המערער לכדי כך שהמפקדים הסכימו למסור לידי את הבעלות בכספם, הרי שיש לקבוע, כי מעשיו היו עבירה של קבלת דבר במרמה ולא רק עבירה של גניבה במרמה.

82. לאור כל האמור לעיל, אני מציע לחבריי לקבל את ערעורו של המערער על הכרעת-הדין בחלקו, במובן זה, שיש לזכותו מן העבירה של גניבה בידי מורשה ולהותיר על כנן את הרשעותיו בחמש עבירות של קבלת דבר במרמה, בעבירה של עבירות מנהל בתאגיד, בעבירה של מרמה והפרת אמונים בתאגיד ובעבירה של הוצאת שיקים ללא כיסוי.

הערעור על גזר-הדין

83. חרף זיכוי של המערער מהעבירה של גניבה בידי מורשה, עדיין עומדות כנגדו הרשעות בעבירות חמורות ביותר, ובמרכזן חמש עבירות של קבלת דבר במרמה. הגם שהיקפן הכספי של עבירות אלו נמוך מהיקף העבירות בהן הורשע בבית-המשפט המחוזי, הרי שמדובר בעבירות שבוצעו בנסיבות חמורות ביותר של הפרת אמונים ותוך פגיעה קשה ביותר, במי שראו במערער את מושיעם והפקידו בידי את כל רכושם. לחומרה זו מצטרף התחכום הרב שבו בוצעו מעשי המערער, תוך שימוש במצגי שווא נרחבים ובאמצעות שימוש בחברות שבבעלותו.

לעבירות של קבלת דבר במרמה מצטרפות גם יתר העבירות בהן הורשע, ואשר מהוות גם הן חלק ממכלול מעילותיו באמון שהושם בו ומניצולו את המצב הקשה בו נמצאו קורבנותיו, לשם קידום ענייניו.

עוד יש לציין, כי בעת גזירת עונשו של המערער, בית-המשפט המחוזי התייחס לכך, שמלכתחילה לא ביקשה המשיבה כפל ענישה בגין העבירות המקבילות בהן הורשע המערער, כך שאין בזיכוי מהעבירה של גניבה בידי מורשה משום גריעה משמעותית מהעונש שיש להשית על המערער.

לנוכח האמור לעיל, אני מציע לחברי להעמיד את עונש המאסר שנגזר על המערער על שמונה שנות מאסר בפועל. יתר חלקי העונש יותרו על כנם.

ש ו פ ט

השופטת א' פרוקצ'יה:

1. חברי, השופט ג'ובראן, ניתח בהרחבה את הרובד העובדתי והמשפטי של פרשת רויטמן, על יסוד קביעות הערכאה הדיונית ועל רקע טיעוני הצדדים בערעור. בניתוח המשפטי הוא מגיע בסופה של דרך למסקנה כי יש לדחות את הערעור בכל הנוגע להרשעת המערער בעבירות של קבלת דבר במרמה, בעבירות מנהלים בתאגיד בעבירות מרמה והפרת האמונים בתאגיד ובעבירות של הוצאת שיקים ללא כיסוי. עם זאת, ראה הוא לנכון לזכות את המערער מעבירות של גניבה בידי מורשה. בעקבות זאת, מציע חברי להפחית שנתיים ימים מעשר שנות המאסר בפועל שנגזרו על המערער, להעמיד את מאסרו על שמונה שנים, ולהותיר את שאר חלקי העונש בעינם – שהם מאסר על תנאי וקנס בסך מליון ₪ או 12 חודשי מאסר תמורתו.

2. אני מסכימה לתוצאה אליה הגיע חברי בפסק דינו, למעט לעניין זיכוי של המערער מעבירת גניבה בידי מורשה. דעתי היא כי אין מקום להתערב בהכרעת הדין של בית המשפט המחוזי גם בהיבט זה. ממילא, אינני רואה מקום לכל הקלה בעונשו של המערער שהוצעה בהקשר לזיכוי זה, ואני רואה את העונש שנגזר בבית המשפט המחוזי כעונש הולם וראוי בשים לב לנסיבותיו החמורות של מקרה זה, ונוכח הפגיעה החמורה שנגרמה לאנשים רבים שנפלו קרבן למעלליו הקשים של המערער.

אבאר את טעמי:

3. חברי, השופט ג'ובראן, ניתח עבירת הגניבה הרגילה שיסודותיה מוגדרים בסעיף 383 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, את עבירת גניבה בידי מורשה על פי סעיף 393 לחוק, ואת עבירת קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות על פי סעיף 415 סיפא לחוק והיחס ביניהן. הוא הגיע למסקנה כי בנסיבות המיוחדות של ענייננו, כפי שהוכחו בבית המשפט המחוזי, ניתן להרשיע את המערער בעבירות של קבלת דבר במרמה ביחס לקבלת הכספים מחמשת המפקידים שהעידו מטעם התביעה, שכן הוא קיבל את הכספים על בסיס מצג כוזב כי יעבירם ישירות למחוז חפצם של המפקידים בלא תחנות ביניים – מצג שהיה מלכתחילה לא נכון. עם זאת, חברי לא ראה לנכון להרשיע את המערער בעבירות גניבה בידי מורשה ביחס לצלע השנייה של מעשי המערער, המתייחסת לשימוש הפסול בכספים לצרכי השקעותיו הפרטיות של המערער, וגלגולם בתכניותיו שלו, עד שהתשתית הכלכלית שלו קרסה, והוא לא היה מסוגל עוד להחזירם. זאת קבע, גם על יסוד ההנחה כי בעת שקיבל כספים מהמפקידים לפחות החל בשנת 1995, כבר היתה למערער מודעות כי ככל הנראה לא יוכל להחזירם עקב מצבו הכלכלי המתדרדר. הטעם המרכזי שמציג חברי להעדר היכולת להרשיע בעבירת גניבה בידי מורשה נעוץ ביסוד ה"חזקה כדין" הנדרש בין יסודות העבירה של גניבה בידי נפקד כאמור בסעיף 383(א)(2) לחוק, אשר על פי גישתו, אינו מתקיים במקרה זה. זאת, מאחר שהמערער קיבל את הכספים מהמפקידים בתרמית ותוך שימוש במצגי שווא על יעדיו הצפויים של הכסף, ולפיכך מלכתחילה נהג התנהגות פסולה כלפי אותם מפקידים. לאור זאת, ממילא, התנאי בדבר "מחזיק כדין" הנדרש בגניבה בידי נפקד על פי החלופה השנייה של עבירת הגניבה אינו מתקיים לגביו, ומכאן שדין ההרשעה בעבירה זו להתבטל.

אשר לשאלה האם ראוי היה להרשיע את המערער בעבירה של גניבה בתחבולה על פי החלופה הראשונה של הגדרת הגניבה בסעיף 383(א)(ג)(1)(א) לחוק או בעבירה של קבלת דבר במרמה, קבע חברי כי בנסיבות כפי שהוכחו יש להחיל את העבירה של קבלת דבר במרמה כעבירה המתאימה. זאת, מאחר שבמצג הכוזב כלפי המפקידים התכוון המערער לגרום להם להעביר לידיהם לא רק את החזקה בכספים אלא גם את הבעלות בהם. לאור זאת, בהשוואה שבין עבירת הגניבה בתחבולה לעומת עבירת קבלת דבר במרמה, העבירה המתאימה היא קבלת דבר במרמה. סיווג זה נעשה על יסוד ההבחנה בין שני סוגי עבירות אלה ה"נעוצה בשאלה האם באמצעות המירמה, הניע המרמה את המרומה למסור לידיהם רק את זכות החזקה בנכס, או שמא הצליח לשכנעו למסור בידיהם גם את זכות הבעלות בנכס". על המקרה הראשון, תחול העבירה של גניבה בתחבולה; במקרה השני – מדובר בעבירה של קבלת דבר במרמה. המקרה השני הוא הרלבנטי לענייננו, על פי קביעת חברי, השופט ג'ובראן.

4. בית המשפט המחוזי (כב' השופטת י' צור) הרשיע בפסק דינו את המערער בשתי עבירות נפרדות של קבלת דבר במרמה וגניבה בידי מורשה, בלא שמצא כל חפיפה ביניהם, בהינתן המעשים השונים שהיוו בסיס לכל אחת מהן. בית המשפט השקיף על התנהגותו הפלילית של המערער כנחלקת ביסודה, לשני שלבים נפרדים זה מזה: השלב הראשון הוא שלב קבלת כספי המפקידים בתרמית ובמצגי שווא, תוך שהמערער מציג בפני המפקידים כי כספם יועבר באמצעותו במישרין למחוז חפצם מחוץ לרוסיה. בעשותו כן, ביצע המערער עבירה של קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות. בשלב השני, ביצע המערער סדרה נוספת של מעשים פליליים בכך שהשתמש בכספי המפקידים לשימושו האישי באמצעות השקעתם וגלגולם בתכניות שונות במסגרת עסקיו שלו, תוך העמדת הכספים בסיכון קיצוני, וציפייה ממשית שלא יוכל להחזירם, תוצאה אשר בפועל התממשה. על חלק זה של המעשים הפליליים הרשיע בית המשפט את המערער בעבירת גניבה בידי מורשה על פי סעיף 393 לחוק העונשין, לאחר שמצא כי כל יסודות עבירת הגניבה גם על פי סעיף 383(א)(2) לחוק מתקיימים במעשיו. הוא קבע כי המערער רכש שליטה בכספי המפקידים, והחזיקם בנאמנות עבורם. הוא ערכב את הכספים עם כספיו הפרטיים והעיסוקיים, ועשה בהם כרצונו כדי להפיק רווחים בניגוד לתנאים שהמפקידים הציבו להעברת כספיהם אליו. כן נקבע כי הוכחו יסודות המרמה, העדר תביעת זכות בתום לב, וכוונה לשלול שליטת קבע את הכספים. לעניין היות המערער "מחזיק כדין" של הנכס נשוא הגניבה, אמר בית המשפט (פסקאות 164-167 לפסק הדין):

"הסכמת העולים למסור לנאשם את כספם היתה מותנית בציפייה לקבלו מהנאשם חזרה, ובמובן זה החזקתו היתה 'כדין'. אך את המונח 'כדין' יש לפרש על פי תכליתו של סעיף העבירה, הוא האינטרס החברתי שעליו הוא בא להגן, ותוך יישום נכון של הסיטואציה העבריינית בה אנו מצויים... השאלה העיקרית הנדרשת להכרעה בפני הינה מה תוכן יש לתת למונח 'החזקה כדין' בהקשר לעבירת 'גניבה בידי מורשה'.

את התוכן יש לפרש בצורה עניינית הקשורה לתכלית החקיקה, ובעיקר לערך המוגן ולאינטרס החברתי שמפני הפגיעה בהם באה עבירת הגניבה להגן. עבירת הגניבה באה בעיקרה להגן על זכות 'החזקה', בעוד שהעבירה של קבלת דבר במרמה באה להגן על אינטרסים שונים, והם חופש הרצון וחופש הבחירה של המרומה. בענייננו, מדובר בגניבה מסוג מיוחד ושונה – 'גניבה בידי מורשה' – שהיא בעלת מאפיינים שונים מאלה של עבירת הגניבה. בעוד שעבירת הגניבה הרגילה עיקרה הוצאת דבר מחזקתו של אחר, הרי שגניבה בידי

מורשה מבטאה בעיקרה מעשה של 'מעילה באימוץ'. על התוכן המתבקש למונח 'החזקה כדין' המופיע בסעיף הכללי של עבירת הגניבה (סעיף 383(א)(2)) ניתן ללמוד גם מסעיף העבירה הספציפי (393(2)) המפרט את התוכן הרלבנטי למונח 'החזקה כדין'. הסעיף קובע כי מדובר בגניבת נכס שהופקד למטרה מסוימת. לענייננו, המטרה שלשמה הופקד הכסף בידי הנאשם הינה החזרתו לאחר תקופה מסוימת לידי העולה. בענייננו, מצגי השוא שהוצגו מצד הנאשם עובר לקבלת הכסף מהעולים אין בהם בנסיבות המקרה שבפני משום שלילת 'החזקה שכדין' מצד הנאשם, במובן הנדרש בסעיף העבירה של 'גניבה בידי מורשה'. מובן המושג 'החזקה כדין' בהקשר לעבירה של 'גניבה בידי מורשה' הוא החזקת הכסף כנאמן עבור המפקיד".

אכן, בית המשפט המחוזי התייחס למעשי התרמית של המערער בקבלת הכספים מהמפקידים בטענות שוא, ולאחר מכן בשליחת יד בהם למטרותיו האישיות, כשתי סדרות נפרדות של מעשים פליליים שאינם חופפים זה לזה בפרטיהם העובדתיים וביסודות הנפשיים הכרוכים בהם. הוא הבחין בבירור בין עבירת המרמה בקבלת הכספים במקטע הראשון של המעשים הפליליים, לבין עבירת הגניבה בידי מורשה במקטע השני של המעשים הפליליים ועמד על השוני בין שני המקטעים מבחינת יסודות העבירות, ובאשר לערכים המוגנים עליהם הם נועדו להגן. עבירת קבלת הדבר במרמה בשלב הראשון הושלמה בקבלת כספי המפקידים בטענות שוא. בשלב זה טרם הוכחו יסודות הגניבה במערער, ובמיוחד – טרם הבשילה כוונה לשלול את הכספים שלילת קבע מהמפקידים. בשלב השני – שלב השימוש בכספים למטרותיו האישיות – הבשילה עבירת הגניבה בידי מורשה, ובכללה הכוונה לשלול את הכספים דרך קבע מבעליהם. לגישת בית המשפט המחוזי, מדובר "בשתי התנהגויות עברייניות נפרדות שיש ביניהן זיקה פנימית, והן נבדלות בהתנהגות הפיטית ובכוונה, כמו גם - וזה העיקר - בערכים החברתיים העומדים ביסודן. שוני זה בתכלית האיסור מצדיק הרשעה בכל אחת מהן, כאשר לזיקה הפנימית ולנקודת ההשקה ביניהן ניתן יהיה להתייחס במסגרת העונש".

עד כאן לעמדתו של בית המשפט המחוזי.

5. נראית לי עמדתו הבסיסית של בית המשפט המחוזי, אשר ראה לפצל את מעשיו של המערער לשני מקטעים: המקטע הראשון – שלב קבלת הכספים בטענות שוא מהמפקידים, והמקטע השני – שלב שליחת היד בכספים להנאתו הפרטית. אשר למקטע הראשון, הערכאה הדיונית הניחה כי בשלב זה לא הוכחה עדיין אצל המערער כוונה לשלול את הכספים שלילת קבע מבעליהם, ולפיכך יש למקם את המעשה הפלילי בשלב זה בגידרה של עבירת קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות. חברי, השופט ג'ובראן, מגיע לאותה מסקנה, אם כי בניחות משפטי שונה. תוצאה זו מוסכמת עלינו ואינה עומדת במחלוקת.

דרכינו נפרדות ביחס למקטע השני של המעשים הפליליים, העוסק במעשה המעילה של המערער בכספי המפקידים שהוחזקו בידי, שהוא שלח בהם יד לצרכיו הפרטיים. השאלה היא האם מעשה שליחת היד מהווה עבירה של גניבה בידי מורשה בשים לב ליסודות העבירה הצריכים הוכחה. המחלוקת נסבה על השאלה האם המערער נחשב "מחזיק כדין" של כספי המפקידים באופן שמתקיימים לגביו יסודות עבירת הגניבה בידי נפקד על פי סעיף 383(א)(2) לחוק – עמדה שאני מחזיקה בה – או שמא, כדעת חברי, מאחר שהכספים נתקבלו בידי המערער במרמה, אין הוא מקיים תנאי זה, ולכן יסודות הגניבה בידי נפקד, וממילא גם גניבה בידי מורשה, אינם מתקיימים לגביו. אנסה להראות כי המושג "מחזיק כדין" בעבירת גניבה בידי נפקד מצריך פרשנות רחבה, מכוחה הוא מתפרש על כל העברת נכס מידי בעל זכות הקניין בו לידי המחזיק-הנפקד בלויית תנאים שעל הנפקד לקיים, והוא עשוי להתרחב גם על פני מצבים בהם הנכס נמסר לנפקד מבעליו אגב ביצוע מעשי תרמית והונאה של הנפקד שבאמצעותם הועברה לו החזקה. המסקנה הנובעת מכך היא כי המערער בענייננו מקיים את יסוד "החזקה כדין" של כספי המפקידים, אף שכספים אלה הגיעו לידי אגב מעשי מרמה שביצע כלפיהם, ומאחר שהוא עונה גם על שאר יסודות העבירה של גניבה בידי מורשה, יש להרשיעו בעבירה זו בגין המקטע השני של מעשיו הפליליים.

גניבה בידי מורשה

6. פרק ה"גניבה" בחוק העונשין מגדיר בסעיף 383 את יסודות עבירת הגניבה ה"רגילה", ה"קלאסית", החולשת ביסודותיה על כל עבירת גניבה. בצידה, הוא מונה מספר עבירות גניבה מיוחדות, שעקב נסיבות מיוחדות הנלוות לביצוען, חלה לגביהן חומרה מיוחדת. על עבירות מיוחדות אלה נמנית העבירה של גניבה בידי מורשה, שיסודותיה מוגדרים בסעיף 393 לחוק. להוכחת יסודות גניבה בידי מורשה נדרש שילוב בין היסודות הכלליים של עבירת הגניבה שבסעיף 383, לבין יסודות עבירת הגניבה המיוחדת. הוכחו היסודות המשולבים הללו, צפוי המורשע בעבירת גניבה בידי מורשה לעונש חמור פי כמה מהעונש הצפוי למורשע בגניבה רגילה [ע"פ 200/56 בצראוי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י יא 468, 470; ע"פ 232/93 מדינת ישראל נ' הרנוי, פד"י מז(5) 797].

עבירת הגניבה הרגילה, המנויה בסעיף 383 לחוק העונשין, מורה כך:

383. (א) אדם גונב דבר אם הוא -
- (1) נוטל ונושא דבר הניתן להיגנב, בלי הסכמת הבעל, במרמה ובלי תביעת זכות בתום לב, כשהוא מתכוון בשעת הנטילה לשלול את הדבר מבעלו שלילת קבע;
 - (2) בהיותו מחזיק כדין דבר הניתן להיגנב, בפקדון או בבעלות חלקית, הוא שולח יד בו במרמה לשימוש שלו או של אחר שאינו בעל הדבר.
- ...
- (ג) לענין גניבה -
- (1) "נטילה" - לרבות השגת החזקה -
 - (א) בתחבולה;
 - (ב) בהפחדה;
 - (ג) בטעות הבעל ובידיעת הנוטל שהחזקה הושגה כך;
 - (ד) במציאה, אם בזמן המציאה מניח המוצא שאפשר באמצעים סבירים לגלות את הבעל;
 - (2) "נשיאה" - לרבות הסרת דבר ממקומו, ובדבר המחובר - הסרתו לאחר ניתוקו הגמור;
 - (3) "בעלות" - לרבות בעלות חלקית, החזקה, זכות החזקה או שליטה;
 - (4) "דבר הניתן להיגנב" - דבר בעל ערך שהוא נכסו של אדם, ובמחובר למקרקעין - לאחר ניתוקו מהם.

עבירת הגניבה טומנת בחובה שתי חלופות: הראשונה בס"ק (א)(1) היא הגניבה הרגילה, "הקלאסית", ובמסגרתה גם "גניבה בתחבולה"; השניה בס"ק (א)(2) היא "גניבה בידי נפקד". ענייננו בחלופה השניה של עבירת הגניבה, המתקשרת לעבירה הגניבה המיוחדת שבסעיף 393(2) העוסקת בגניבה בידי מורשה, שאלה יסודותיה:

- "393. העושה אחת מאלה, דינו - מאסר שבע שנים:
- ...
- (2) גונב נכס שהופקד אצלו, לבדו או עם אדם אחר, על מנת שישמרנו שמירה מעולה, או ישתמש בו או בתורתו, כולם או מקצתם, למטרה פלונית, או ימסור כולם או מקצתם לאדם פלוני".

בעוד עבירת הגניבה הרגילה מדברת במצב בו אדם נוטל ונושא את הנכס הנגנב בלא הסכמת הבעלים, הגניבה בידי נפקד מדברת במצב בו אדם "מחזיק כדין" בנכס "בפיקדון או בבעלות חלקית" ושולח בו יד. מהי משמעות היסוד "מחזיק כדין" בעבירה של גניבה בידי נפקד - זו הסוגיה העומדת לבחינה.

עבירת הגניבה בידי נפקד, נועדה כהשלמה לעבירת הגניבה הקלאסית, והיא חלה, בראש ובראשונה, על מצבים בהם המחזיק-הנפקד קיבל נכס מבעליו מכוח הסכם משפטי תקף וחוקי, שעל פיו הוא נדרש לקיים תנאים מסוימים ביחס לנכס, ובהיותו מחזיק בנכס כדין, שלח בו יד במרמה לשימוש שלו או של אחר. עולה השאלה מה דינו של מחזיק שקיבל נכס מבעליו מכוח הסכם כאמור, אלא שהסכם זה נגוע בפגם – מרמה, הטעייה, כפייה, אילוף, אי חוקיות וכיוצא באלה; האם עקב הפגם האמור ישלל מעמדו של המחזיק בנכס כ"מחזיק כדין" לצורך עבירת גניבה בידי נפקד? ואם ההסכם מכוחו הועבר הנכס לנפקד פקע או בוטל, עובר לשליחת היד של הנפקד בנכס, או שמלכתחילה הנכס נתקבל על ידו מידי הבעלים בלא הסכם אך בליווי תנאים מה יהא דינו של המחזיק? והאם לצורך יסוד "המחזיק כדין" יש נפקות לשאלה אם המחזיק ביצע עבירה פלילית שבאמצעותה קיבל את הנכס לחזקתו מידיו של הבעלים?

השאלה הפרשנית, באשר לתוכנו של המושג "מחזיק כדין" בהקשר לעבירת הגניבה בידי נפקד, מצריכה התייחסות לשאלות הבאות: האם מדובר במונח שיש לפרשו פירוש צר או רחב; האם תוכנו של מושג זה נושא מטען "אזרחי" או "פלילי"; ואחרון – מה תוכנו של מושג זה, ומהו היקף התפרשותו.

פרשנות חוק פלילי

7. על פרשנות יסוד "החזקה כדין" בעבירת גניבה בידי נפקד חלים כללי הפרשנות המקובלים בדין הפלילי. כללים אלה מורים כי יש לפרש חוק פלילי על פי לשונו, ועל פי תכליתו, כמקובל לגבי כל חוק (ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פד"י נב(1) 535, 590; ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פד"י נ(5) 198, 221). בהליך הפרשנות, נבחנת בשלב ראשון לשון החוק, המתפרשת גם היא על רקע תכלית החוק ומטרותיו. לשון החוק מקבעת את המסגרת שבתחומה מתממשת הפרשנות התכליתית, המבקשת לאזן בין התכלית הסובייקטיבית של המחוקק לתכלית האובייקטיבית, המשקפת את הערכים והעקרונות שהחוק נועד להגשים בזמן נתון ובחברה נתונה [א' ברק, פרשנות תכליתית במשפט, (2003), 195]. עקרונות אלה, היפים לפרשנות כל חוק, חלים גם על פרשנות החוק הפלילי, אלא שבשל מהותן המיוחדת של הנורמות הפליליות שהפעלתן כרוכה בפגיעה בחירותו של הפרט, ניתן משקל מיוחד להיבט זכויות האדם בהליך האיזון בין התכליות השונות. השתקפות רעיון זה מתגלם בסעיף 34כא לחוק העונשין, הקובע כי מקום שדין ניתן לפירושים סבירים אחדים על פי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין. כלל זה נגזר מעיקרון החוקיות בפלילים, לפיו אין עונשין אלא אם כן מזהירים תחילה (סעיפים 1 ו-3 לחוק העונשין), והוא מתקשר להיבטים של שוויון באכיפת החוק ולשמירה על הקו המפריד בין

הרשות המחוקקת כמגבשת הנורמות בחקיקה, לבין הרשות השופטת המופקדת על פירושן (דנ"פ 1558/03 מדינת ישראל נ' אטו, פד"י נח(5) 547 (להלן: פרשת אטו), 563). ביישום עיקרון הפרשנות המקלה עם הנאשם, נטו בתי המשפט בעבר להיצמד לפרשנות המילולית הפשוטה של האיסור הפלילי, מתוך הנחה כי זו הדרך הראויה ליישם את עיקרון החוקיות במשפט הפלילי. עם השנים, באה תפנית בתפיסה הפרשנית של החקיקה הפלילית, וכיום שוב אין בתי המשפט דבקים בהכרח בפירוש מצמצם של החוק, הפועל לטובת הנאשם, אלא מניחים לכוונה ולתכלית החוק להכריע, גם מקום שמתבקש פירוש מרחיב לאיסור הפלילי [Glanville] *[Williams Criminal Law, General part (2nd ed.)*, p. 588.

וכך,

"מקום שניתן לייחס לחוק שני פירושים, אין להעדיף בהכרח את הפירוש המקל עם הנאשם אם ניתן להראות שהפירוש הרחב סביר יותר מהפירוש המקל, ומתיישב טוב יותר עם תכליתו של החוק. רק כאשר על רקע תכלית החוק שני הפירושים הינם שווי מעמד מבחינת סבירותם, וכאשר נותר ספק לגבי עדיפותו של האחד על פני השני, יש להעדיף את הפירוש המקל עם הנאשם" [פרשת אטו, 565].

כלל הפירוש בפלילים המקל עם הנאשם מוחל, איפוא, רק בתום התהליך הפרשני של החוק, לאחר שנבחנו הן לשונו והן תכליתו, ורק לאחר שמוצו כל האמצעים הפרשניים המאפשרים עמידה על תכליתו האמיתית. רק אם בסוף תהליך זה יעמדו שני פירושים שווי מעמד להוראת חוק פלילית, כי אז יש להעדיף את הפירוש המקל עם הנאשם [*Moskal v. U.S.* 498 U.S. 103 (1990); *U.S. v. RLC* 112 S. Ct 1329 (1992); Sarah Newland *The Mercy of Scalia: Statutory Construction and the Rule of Lenity*, 29 HARV. L.R. 197 (1994); Phillip M. Spector *The Sentencing Rule of Lenity*, 33 U. TOL. L. REV. 511 (2002)].

בישראל אומצה שיטת פרשנות תכליתית גם בתחום העונשין. איתור תכלית החוק הפלילי מחייב שימוש באמצעים פרשניים שונים. ראשית, נבחנת לשון החוק. שנית, בבחינת החוק תיבחן התכלית הסובייקטיבית המשקפת את רצון המחוקק ההיסטורי, ובצידה התכלית האובייקטיבית הנורמטיבית, שעניינה המטרה והערכים שהדין נועד להגשים [א' ברק "על פרשנות של הוראה פלילית", מחקרי משפט יז, (תשס"ב), 347, 349]. אם בבחינת התכלית על שני פניה תעלה יותר מפירוש סביר אחד לדין, ולא ניתן להכריע איזה מהם סביר יותר על רקע כוונת החוק, כי אז, ורק אז, יועדף הפירוש המקל עם הנאשם. תנאי לכך הוא "כי כפות המאזניים מעויינות" (שם, 351). החלת הפירוש המקל עם הנאשם יתהווה רק מקום שקיים קושי בהכרעה בין אפשרויות פרשניות סבירות שונות, אשר כל אחת מהן עולה בקנה אחד עם

תכלית הנורמה הפלילית (ע"פ 3818/99 פלוני נ' מדינת ישראל, פד"י נו(3) 721, 729; ע"פ 8573/96 מרקדו נ' מדינת ישראל, פד"י נא(5) 481, 500; ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פד"י נב(1) 535, 550).

החלתם של כללי פרשנות אלה, וניתוח לשונה ותכליתה של הוראת החוק בענייננו, מביא למסקנה כי הן מילות החוק והן תכליתו מכוונים לתפוס ברשת עבירת הגניבה בידי נפקד לא רק נפקד שקיבל לידיו נכס במסגרת הסכם תקף וללא פגם עם הבעלים, אלא גם נפקד שקיבל לחזקתו נכס בהסכם הנגוע בפגם כגון תרמית; ומקום שהנכס נמסר בליווי תנאים, אף בלא הסכם כלל, או מכח הסכם בטל או הסכם שפקע תוקפו קודם לשליחת היד; ובכלל זה גם מצב שבו מסירת החזקה למחזיק מידי הבעלים נעשתה בעקבות מעשה תרמית של המחזיק כלפיו. לא מצאתי אל מול אופציה פרשנית זו פירוש סביר אחר המתיישב עם תכלית הנורמה הפלילית, ואשר ראוי להעדיפו בהיותו מקל עם הנאשם.

לשון החוק

8. הביטוי הלשוני "מחזיק כדין" מעלה שתי סוגיות:

האחת – מאיזה תחום משפטי שאוב תוכנו של המושג "מחזיק כדין" – האם מתחום המשפט הפלילי או מהמשפט האזרחי; האם ביטוי זה נבחן מהיבט המשפט הפלילי ומשמעותו היא "שלא בעבירה", או שמא תוכנו שאוב מהמשפט האזרחי, ואם כן, האם מושג זה מקבל משמעות מיוחדת לאור תכליתה של הנורמה הפלילית שבמסגרתה הוא נדרש;

השנייה – מהן הנסיבות בהן ייחשב אדם "מחזיק כדין" בנכס של אחר לצורך עבירת גניבה בידי נפקד.

תשובתי לשאלות אלה היא כדלקמן:

ראשית, הביטוי "מחזיק כדין" בעבירת הגניבה בידי נפקד הוא ביטוי הנושא ביסודו מטען "אזרחי" ולא "פלילי". הוא נזכר בין יסודות העבירה בהקשר למערכת יחסים משפטית אזרחית בין מפקיד נכס לבין נפקד, כאשר הנכס הועבר בדיעת ובהסכמת הבעלים למחזיק בליווי תנאים שעל המחזיק למלא ביחס לנכס. עבירת שליחת היד, המתוארת ביסודות העבירה, מתבצעת בשלב שלאחר מסירת הנכס מהבעלים לנפקד, והיא "מתלבשת" על סיטואציה הנשלטת על ידי הדין האזרחי, שבה פועלים המפקיד והנפקד במערכת יחסים משפטית-אזרחית – בין נאמנות, שליחות, שמירה, וכיוצא באלה. בנסיבות אלה, המטען

הפרשני שהמושג "מחזיק כדין" נושא עמו הוא מטען "אזרחי", ויש לפנות לדין האזרחי לצורך פרשנותו.

שנית, המושג "מחזיק כדין", אף שהוא נשאב מהדין האזרחי, מעוגן במסגרת הנורמה הפלילית ומשתלב עם תכליתה. עובדה זו מביאה לכך שמשמעותו חורגת במצבים מסוימים מההגדרות הדווקניות של הדין האזרחי וזאת כדי להגשים את תכליתה של הנורמה הפלילית.

ושלישית, החלת המטען הפרשני האזרחי על הביטוי "מחזיק כדין" במשולב עם התאמתו של ביטוי זה לתכלית הנורמה הפלילית, מוביל למסקנה כי יש לפרשו בהרחבה, לא רק על נפקד שקיבל את הנכס בגדרה של עסקה חוזית נקיה מפגם כגון תרמית, אלא גם על מצב שבו ההסכם עמו נגוע בפגם, ואף מקום שבו מוחזק הנכס בהסכמת הבעלים בלא הסכם בר תוקף. פרשנות זו מתיישבת עם מילות החוק במשמעות האמורה; היא עולה בקנה אחד עם תכלית החוק שאינה מתיישבת עם הותרת נפקד שחזקתו בנכס נגועה בפגם מחוץ לרשת עבירת הגניבה על ידי נפקד. מכאן, ש"מחזיק כדין" ייחשב גם מי שקיבל במרמה את הנכס מהמפקיד, תוך שמסירת הנכס על ידי בעליו היתה מלווה בתנאים שעל הנפקד למלא. אבהיר את הדברים.

מהות "חזקה כדין" לצורך גניבה בידי נפקד

9. המושג "מחזיק כדין" במשמעות הניתנת לו במשפט האזרחי מתפרש לא רק על מצב שבו הנפקד קיבל את החזקה בנכס בחוזה תקף וללא פגם, אלא גם מקום שהחזקה נקנתה בידי הנפקד בדרך פסולה, תוך הפעלת אמצעים פסולים על הבעלים כדי שיעביר לידיו את הנכס. הדין האזרחי מכיר בנפקותו של קשר משפטי קיים, המועיל להעביר זכות לחזקה בנכס, גם מקום שההסכם, המהווה המקור המשפטי לחזקה, נגוע בפגם. חוזה להעברת החזקה בנכס שנפגם בפגם של תרמית, הטעייה, כפייה או עושק, שנגרמו בידי הנפקד כלפי הבעלים, נתון לביטול על ידי הבעלים הנפגע. אולם כל עוד לא בוטל החוזה, הוא עומד בעינו, וזכות חזקה בנכס שהועברה מכוחו לנפקד הינה בת תוקף, ומהווה "חזקה כדין" (ד' פרידמן ו-נ' כהן, חוזים (כרך ב, תשנ"ג), 1219). הדין האזרחי מכיר בזכות החזקה המשפטית של הרמאי להחזיק בנכס מכוח הסכם עם הבעלים, גם מקום שההסכם נגוע בפגמי כריתה שהמחזיק אחראי להם. כאשר החזקה הושגה במסגרת חוזה שנכרת בין הצדדים, זכאי המחזיק להחזיק בנכס, גם אם החוזה נכרת עקב הטעייה מכוונת או תרמית מצידו, ואף אם הוא נכרת עקב כפייה או עושק. הבעלים הנפגע רשאי לבטל את החוזה [סעיפים 15, 17 או 18 לחוק החוזים (חלק כללי)], התשל"ג-1973]. אולם כל עוד לא עשה שימוש בכוח משפטי זה, נותר תוקפו של החוזה בעינו, ועמו זכותו המשפטית של מי שהשתמש באמצעי פסול להחזיק בנכס (ע"א 92/89 עובדיה נ' טיבה, 1973).

פ"ד מה(5) 113, 119; ג' שלו דיני חוזים - החלק הכללי, לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי (תשס"ה), 355).

בפרשת ע"פ 6350/93 מדינת ישראל נ' גולדין, פד"י מט(4) 1, 29 (להלן: פרשת גולדין), התייחס בית המשפט (מפי השופט גולדברג) לכך כי המושג "החזקה כדין" לצורך עבירת גניבה בידי מורשה משמעו "בהסכמת הבעלים, כשהסכמה זו נקיה מכל פגם", כאשר מצב זה מתאר מצב רגיל שבו הנפקד קיבל את הנכס מבעליו בהסכם תקף ותקין לכל דבר; אולם בה בעת, בית המשפט ער גם לאפשרות כי המחזיק קיבל את החזקה על דרך שימוש באמצעי רמייה, וחרף זאת ייחשב הוא כ"מחזיק כדין" לצורך היסוד הנדרש בעבירת הגניבה בידי נפקד. כדברי בית המשפט:

"השלוח ייחשב למחזיק כדין בנכס גם אם הוא קיבל את החזקה בו מן השולח עצמו על יסוד טענות שווא, שלפיהן הוא מתעתד לבצע בו פעולה משפטית בעבור שולחו, בעוד שבלבו גמלה ההחלטה לנהוג בנכס זה מנהג בעלים. משנוצרה שליחות מכוח סעיף 10(א), ייחשב השלוח בכל מקרה כמחזיק בנכס כדין, וסעיף זה אינו מבחין בין מצב שבו הגיע הנכס לידי השלוח מידי צד שלישי לבין מקרה שבו הגיע הנכס לידי השלוח מהשולח. לפיכך, נוכח הוראת סעיף 10(א) לחוק השליחות ייחשב השלוח, לצורך סעיף 383(א)(2), למחזיק כדין, על-אף המירמה שביסוד מסירת החזקה" (פרשת גולדין, שם, עמ' 35).

זכותו של שלוח להחזיק בנכס השליחות קיימת גם מקום שהנכס הגיע אליו במרמה, או בחריגה מהרשאה, ואף מקום שהשולח אסר במפורש על פעולה בו, כפי שבוצעה בידי השולח (ע"א 84/80 קסאם נ' קסאם, פ"ד לז(3) 60, 80). מכאן, "משמכיר הדין האזרחי בזכותו של השלוח להחזיק כנאמן בפירות העץ המורעל", לא ניתן לומר כי לצרכי הדין הפלילי עצם החזקה בנכס היא שלא כדין" (גולדין, שם, בעמ' 32). קיום "חזקה כדין" כמובן האמור מקיימת את היסוד הנדרש בעבירת גניבה בידי נפקד.

ניתוחו של המונח "מחזיק כדין" בהקשר שלפנינו מצביע על כך כי הוא חל לא רק על נפקד המחזיק מכוח הסכם נקי מכל פגם עם הבעלים, אלא גם על נפקד המחזיק מכוח חוזה נגוע בפגם, שהנפקד אחראי לו. תוצאה זו עולה בקנה אחד עם הדין האזרחי, שהביטוי "מחזיק כדין" שאוב ממנו, ומתיישבת עם העיקרון כי חזקה שמקורה בהסכם הפגום בפגם של כריתה הינה חזקה כדין כל עוד ההסכם לא בוטל. נפקד מכוח הסכם כזה, השולח יד בנכס, הוא "מחזיק כדין" לצורך עבירת גניבה בידי נפקד.

אולם, תוכנו של המושג "מחזיק כדין" קיבל פרשנות עוד מרחיבה מזו לצורך ההקשר של גניבה בידי מורשה, כאשר הפרשנות המשפטית שיוחסה לו כללה גם מצבים בהם חוזה הניתן לביטול בוטל על ידי הצד הנפגע, והנכס נשאר בידי הנפקד גם לאחר מכן, והוא שלח בו יד, הוא הורחב לצורך הדין הפלילי גם למצב שבו מלכתחילה לא היה הסכם כלל אלא שהחזקה נמסרה בליווי תנאים, הווי אומר: התנאי ל"חזקה כדין" הוא מסירת נכס למחזיק בהסכמת הבעלים, כאשר מסירה זו מלווה בתנאים, ואין חשיבות לשאלה מהו מקור הסכמת הבעלים, והאם נתלווה לכך הסכם בר תוקף.

התייחס לעניין זה, Russel On Crime (Vol. 2, 12 ed., 1964), p. 923 בהפנותו למקרה המפורסם בסוגיה זו, R v. Pear 2 East P.C. 685 (1779) (להלן: פרשת Pear):

"On the facts of Pear's case, there was a good contract of bailment, albeit that contract was procured by a false representation; and, putting aside for the moment the group of modern cases which have been infected by the Pear doctrine, it is submitted that under the established principles of the laws of contract, the contract itself exists, even though by reason of the fraudulent inducement, it is voidable at the option of the innocent party... *It would seem, that even if the innocent party to a voidable contract of bailment has availed himself of his equitable right to rescind the contract, this certainly cannot affect his consent previously given, and probably the bailment as such continues to exist, until it is determined by disposal of the goods*".

[ההדגשה לא במקור; ראו גם: C. S. Kenny Outlines of

Criminal Law (19th ed., 1966), p. 279.]

על פי גישתו של Russel, אפילו מקום בו הצד הנפגע ביטל את החוזה הפגום, עדיין רואים את הסכמתו המקורית להעברת הנכס לנפקד כשרירה לצורך קיום מעמדו כ"מחזיק בדין". מעמד זה מתקיים עד שהנכס מוחזר לבעליו.

הרחבה זו של מושג ה"מחזיק כדין" לצורך עבירת הגניבה על ידי נפקד, מצאה את עקבותיה הברורים גם בהלכה הפסוקה במקומנו. בפרשת ע"פ 27/56 זולברג נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 636, התייחס בית המשפט (השופט זילברג) למהותה של "ההפקדה" (bailment) שעליה נסבה העבירה של גניבה בידי נפקד, תוך שהוא שואב את עיקרי תוכנה מהמשפט האנגלי שעל יסודו נחקק סעיף העבירה במקומנו:

ה'הפקדה' היא 'מסירת חפץ מלוות-תנאי' (delivery of goods upon a condition), וה'נפקד' הוא האיש אשר לו מסרו הבעלים את החפץ כנ"ל. לאו דוקא הוא, כי ביסודה של ההפקדה היא חוזה בעל-תוקף משפטי, - אפילו קטין שאינו בר-כושר-התקשרות יכול להיות נפקד במוכן ההגדרה ההיא, אם, למעשה, נמסר לו הדבר תוך כוונה לקבלו חזרה אחרי שתכלה המטרה אשר למענה הוא נמסר. אך כוונה מוגדרת כזאת חייבת להיות, והיא צריכה לבוא לידי ביטוי - אם בפירוש ואם מכללא - בעסקא הממשית (אם לא המשפטית) שנעשתה בין בעלים והנפקד" (עמ' 642-643).

בהמשך, הסתמך השופט זילברג על דברי בית המשפט האנגלי בפרשת R v. McDonald 15 Q.B.D. 323 (1885) (להלן: פרשת McDonald), שבו עלתה השאלה האם קטין שלא מלאו שנותיו יכול להיאשם בגניבה בידי נפקד, מקום שהחוזה עמו פגום. בית המשפט הבהיר באותו עניין כי בדרך כלל כדי ליצור הפקדה מלוות-תנאי נערך חוזה. אולם הוא התייחס גם למצב שבו אין חוזה הפקדה ואומר -

"אף-על-פי שאין שם חוזה, הרי עצם עובדת המסירה, שהיא מסירה מלוות-תנאי, עדיין חיה וקיימת, והעסקא אינה עסקא של לא כלום (a mere nullity). רָאִיָה חותכת לכך, כי אכן יש בנמצא הפקדה ללא חוזה, תעלה אם נאמר כי המסירה בלוויית תנאי מקנה לקטין קנין מיוחד (special property) המגיע לידי סיום עם מילוי התנאי, והקנין השלם חוזר אז למפקיד... ואם החוק, כאמור, מכיר בקנין מיוחד לטובת הקטין, הרי הוא, לכל דבר וענין, נפקד לגבי הסחורות, אף-על-פי שבמקרה זה אין הנחת-חוק המניחה מציאות חוזה לקיום תנאי ההפקדה" [פרשת McDonald, 327-328].

על יסוד דברים אלה, הגדיר השופט זילברג את הכלל בדרך זו (שם, עמ' 644):

"כדי שמחזיק חפץ ייחשב בעיני החוק כ'נפקד' או 'שומר' צריך שיתמלא אחד משני תנאים אלה, היינו, או שיהא קיים חוזה המחייב אותו בפירוש או מכללא להחזיר את החפץ למפקיד עם גמר תקופת ההפקדה, או - בהיעדר חוזה כזה - שבמסיבות המסירה קנה לו אותו אדם 'קנין מיוחד' בחפץ, זאת אומרת: זכות חזקה חוקית המאפשרת לו (עד 'להגשמת המטרה') למנוע בדיו, מכל אדם אחר, את שלילת החזקה. בהתמלא התנאי הראשון יתמלא כמובן, ממילא, גם התנאי השני, אבל לא להיפך" (ההדגשה לא במקור).

על גישת הפרשנות המרחיבה של מושג "החזקה כדין" לצורך הגדרת יחסי מפקיד- נפקד לעניין עבירת הגניבה על ידי נפקד חזר השופט אגרנט בע"פ 141/59 טריביש נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י יג 1793 (להלן: פרשת טריביש), 1800:

"שתי התכונות החיוניות להתהוות יחס של מפקיד ונפקד ולהמשכו: התכונה האחת היא: הנפקד הינהו אדם שנמסרה (או הועברה) לו על-ידי הבעלים (במובן הרחב) החזקה החוקית בחפץ מסוים... התכונה האחרת נעוצה בהוראה המיוחדת שקיבל הנפקד בשעת מסירת החפץ, והמחייבת אותו להחזירו בעין או לטפל בו בדרך מיוחדת, כגון על-ידי מסירתו או מכירתו לאדם שלישי" (הדגשה לא במקור).

היוצא מדברים אלה, שליחס לא נס עד היום, כי אבן הבוחן למושג "מחזיק כדין" לצורך עבירת הגניבה בידי נפקד מתמקדת במסירת חזקה בנכס מלווה בתנאי מידי המפקיד לידי הנפקד, בין בדרך של חוזה תקף שאין בו פגם, בין על פי חוזה שנפל בו פגם והוא ניתן לביטול, בין בלא הסכם, ובין בהסכם בטל או הסכם שפקע. בכלל זה גם מקרה שבו הנכס נמסר לידי המחזיק באמצעות תרמית כלפי הבעלים (השווה את התייחסותו של השופט ברק למונח "נפקד" בע"פ 293/89 סוקולובסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 92, כמי שחל עליו חוק השומרים, תשכ"ז-1967). הגדרה רחבה זו מוציאה מתחומה מצב שבו המחזיק נטל את הנכס מבעליו בלא ידיעתו או בלא הסכמתו, שאז מעשהו נבחן על פי יסודות עבירת הגניבה הקלאסית שבסעיף 383(א)(1) לחוק העונשין.

את מעמדו של נפקד לעניין העבירה של גניבה בידי נפקד הגדיר השופט זילברג בע"פ 126/58 היועץ המשפטי לממשלה נ' בנא, פד"י יג 897, 901, בדרך הבאה:

"מכיוון שהבעלים מסרו את החפץ תוך הקניית זכות חזקה לנפקד, וזה האחרון, לפני ביצוע שליחות-היד, שומר אותו לטובת הבעלים, הרי שעד לשעת שליחות-היד הוא מעין 'ידא אריכתא' של הבעלים גופם, ונמצא כי על-ידי עצם שליחות-היד הוא נוטל ומוציא את החפץ – נטילה והוצאה ממש מרשות הבעלים – כדיוק כמו אותו הגנב ה'קלאסי' הגונב על-פי הרישאה של הסעיף. כל הרבותא אשר בהוראת הסייג היא בכך שהיא, כביכול, מפלגת את אישיותו של הנפקד: הוא עומד בנעלי הבעלים לפני ביצוע העבירה, ורוכש לו עמדה עצמאית – עמדה של 'גונב' הפורק עול הבעלים – על-ידי עצם בצעו את מעשה שליחות-היד".

פרשנות רחבה זו של המושג "מחזיק כדין" משתלבת עם תכלית הנורמה הפלילית והיעדים אותם ביקשה להשיג.

התכלית

10. הערך החברתי המוגן בעבירת הגניבה הקלאסית הוא הגנה על האינטרס הרכושי של בעל הזכות בנכס. בעבירה של גניבה על ידי נפקד מצטרף לערך זה גם ערך ההגנה על יחסי האמון המיוחדים השוררים בין מפקיד הנכס למי שקיבל אותו לחזקתו בלוויית תנאים. וכך, בעבירת גניבה על דרך שליחת יד "מצטרפים זה אל זה שני אינטרסים מוגנים העומדים במדרגה אחת, והם ההגנה על הרכוש וההגנה על יחסי האמון" [נד' ביין "עבירות של הפרת אמון הקשורות בגניבה", הפרקליט לב (תשל"ח) 346, 347]. תכלית משולבת זו של הגנה רכושית על בעל זכות הקניין וההגנה על קיומה של חובת האמון החלה על מחזיק נכס של הזולת כלפי בעליו, מצדיקה פרשנות מרחיבה של המושג "מחזיק כדין". הגשמת תכלית זו קשורה קשר הדוק גם עם הגדרת הגניבה ה"קלאסית", אשר עבירת הגניבה בידי נפקד נועדה להשלימה באותם מקרים בהם לא נתקיים יסוד ה"נטילה" וה"נשיאה" של החפץ בלא הסכמת הבעלים, הנדרש בגניבה הרגילה. פרשנות צרה של המונח "מחזיק כדין" לגבי נפקד, המצטמצמת רק למקרים בהם הנכס מוחזק בידו מכח חוזה ללא פגם, תותיר מצבים בהם הנכס המופקד הועבר בהסכמת הבעלים למחזיק, תוך הפעלת תרמית או התנהגות פסולה אחרת, מחוץ לרשתה של עבירת הגניבה הרגילה מקום שהמחזיק שלח ידו בנכס לאחר שהועבר לחזקתו. זאת, מאחר שיסוד ה"נשיאה" וה"נטילה" של החפץ בלא הסכמת הבעלים אינו מתקיים במקרה זה, כנדרש בגניבה הרגילה, ואפשר אף שבעת קבלת החזקה טרם נתגבשה בלב המחזיק כוונה לשלול את הנכס דרך קבע מבעליו, שקיומה נדרש בעת ובעונה אחת עם "הנטילה" בגניבה הרגילה. פירוש צר כזה יותיר את המעשה הפלילי גם מחוץ לגדרה של גניבה בידי נפקד, משלא יתקיים לגביו יסוד "המחזיק כדין". תוצאה זו – לפיה מעשה שליחת יד במרמה בנכס של הזולת מוצא מתחולת עבירת הגניבה – נוגדת את תכלית הנורמה הפלילית, ואינה מתיישבת עם הערכים הבסיסיים עליהם היא נועדה להגן. גם אם ניתן לשבץ מעשה פלילי כזה אל תוך משבצת של נורמה פלילית אחרת, כדוגמת קבלת דבר במרמה, הרי משמעות הדבר היא כי תוחל נורמה המתפרשת רק על חלק מהערכים המוגנים שלשמן נכללה העבירה של גניבה בידי נפקד בחוק. האינטרס החברתי המוגן בעבירת הגניבה הרגילה הוא ההגנה על זכות החזקה. בעבירת גניבה בידי נפקד ובעבירות הגניבה המיוחדות, נוסף ערך מוגן של הגנה על חובת הנאמנות שהגנב חב כלפי בעליו של הנכס. עבירת המרמה שונה מעבירת הגניבה בעדך החברתי הטמון ביסודה בהיות "האינטרס החברתי עליו באה להגן עבירת המרמה חופש הרצון, חופש הפעולה וחופש הבחירה של המרומה" (פרשת ברזל, שם, עמ' 564). על השוני בין העבירות עמד השופט גולדברג:

”כיוון שעבירת המרמה מזה, ועבירת הגניבה מזה, נבדלות זו מזו לא רק בזהות הנפגעים מהן, אלא גם – וזה העיקר – בערכים החברתיים המצויים ביסודן, הרי ששני זה בתכליתו של האיסור, מצדיק את תחולתם המצטברת של שני האיסורים במסכת עובדתית נתונה, חרף הזיקה הפנימית שביניהן” [פרשת גולדין, עמ’ 34].

יוצא אפוא, כי הותרת מעשה שליחת יד של מחזיק בנכס מטעם הבעלים מחוץ לרשת עבירת הגניבה בידי נפקד מאחר שקיבל את החזקה מהבעלים באמצעים פסולים, תחטיא את תכלית הנורמה הפלילית על מכלול היבטיה, ותאפשר, לכל היותר, שיבוצו של המעשה בגדרה של עבירת המרמה, שתכליתה מצומצמת ואינה נפרשת למלוא רוחב יריעת התכלית שעבירת הגניבה בידי נפקד נועדה להשיג. כמו כן, הענישה בעבירת המרמה קלה באופן ניכר מזו שבעבירות הגניבה המיוחדות, וגם מטעם זה שיבוצו של מעשה שליחת יד במרמה בנכס של הזולת בעבירת המרמה ולא בעבירת הגניבה, לא ייתן מענה לתכלית ההליך העונשי במקרה זה.

לצורך עמידה על מלוא רוחב תכליתה של עבירת הגניבה בידי נפקד, ראוי להתחקות בקצרה אחר התפתחותה ההיסטורית של עבירת הגניבה, ממנה ניתן ללמוד על התכליות הסובייקטיבית והאובייקטיבית של הנורמה הפלילית.

התפתחות עבירת הגניבה - מהגניבה הקלאסית לגניבה בידי מורשה

11. המשפט האנגלי, ממנו שאבו דיני העונשין הישראליים את עיקרי התפיסה העונשית בעבירת הגניבה, הכיר בתחילה בעבירת הגניבה ה”קלאסית” בלבד, אשר הצריכה שלושה יסודות: (1) נטילה פיסית של החפץ מרשות בעליו; (2) העדר הסכמת הבעלים; (3) כוונה לשלול את הדבר לצמיתות בעת הנטילה. מבנה זה של עבירת הגניבה ה”קלאסית” לא איפשר הרשעה של אדם אשר שלח ידו בחפץ שהופקד בידי הבעלים ובהסכמתו, כדי שישמור עליו או יפעל בו על פי הוראותיו. כדי להתמודד עם חסר זה, יצר המשפט האנגלי בראשונה פיקציות שונות שנועדו לשלב מצבים של ”שליחת היד” אל תוך עבירת הגניבה הקלאסית. בתחילה, יצר המשפט פיקציה לגבי משרתים, עובדים ואורחים, לפיה חזקתם בנכס של הבעלים אינה מוכרת כחזקה משפטית, ולכן אם שלחו יד בנכס ניתן להרשיעם בגניבה [Russel לעיל, 913-915; י’ קדמי, על הדין בפלילים (כרך שני, 2005), עמ’ 597]. דין הנפקדים נותר שונה, שכן החזקה החוקית בנכס הועברה לידיהם בהסכמת הבעלים, ולכן הפיקציה האמורה לא הוחלה עליהם (G. P. Fletcher *Rethinking Criminal Law*, (2000), p. 76-90). במהלך השנים, יצרה הפסיקה האנגלית פיקציות שונות גם לגבי הנפקדים, כדי לאפשר הרשעתה בגניבה מקום שמעלו באמון הבעלים ושלחו יד בנכס שהופקד בידם (פרשת Carrier משנת 1473;

ופרשת Pear משנת 1779). במקרה האחרון, הורשע נפקד ששלח ידו בנכס שהוחזק בידו בתנאי הפקדה. הרשעתו התבססה על הרציונל, כי הוא קיבל את הנכס לחזקתו בעת שהיתה בלבו כוונה לשלול אותו עולמית מהבעלים. אי לכך, נפסק כי הסכמת הבעלים להעברת הנכס אינה בת-תוקף, והנאשם אינו בגדר נפקד, ולכן מתקיימים בו יסודות הגניבה הרגילה. פסק דין זה זכה לביקורת נוקבת באנגליה מהטעם שהרציונל שבו לא התיישב עם דין החוזים, המורה כי נקיטה באמצעי מרמה בקבלת החזקה בנכס, אינה מאיינת את חוזה ההפקדה מדעיקרא, אלא מקנה זכות ביטול בלבד לנפגע (Russel לעיל, 922-924; Kenny לעיל, 572-573). אולם בהיעדר דוקטרינה אחרת, המשיכו בתי המשפט ליישם את עיקריה של הלכת Pear גם להבא. ב-1857 תוקן החוק הפלילי באנגליה והוספה לו עבירה סטטוטורית מיוחדת של גניבה בידי נפקד, שהעתיקה את מקומה גם לחוקי הגניבה האנגליים מהשנים 1861 ו-1916. תיקוני החוק איפשרו הרשעת נפקדים בגניבה, בין אם היתה בלבם כוונה לשלול קבע את הנכס כבר בעת נטילת הפיקדון, ובין אם כוונה זו בשלה רק לאחר מכן (Russel לעיל, עמ' 934).

ה-Larceny Act, 1916 באנגליה הורה בסעיף 1, מיד לאחר הגדרת הגדרת הגניבה ה"קלאסית", כדלקמן:

"...Provided that a person may be guilty of stealing any such thing notwithstanding that he has lawful possession thereof, if being a bailee, or part owner thereof, he fraudulently converts the same to his own use, or the use of any person other than the owner"

הוראה זו, כלשוונה, חדרה בארצנו לפקודת החוק הפלילי, 1936 בסעיף 263, ובנוסח דומה אומצה ב-1977 בסעיף 383(א)(2) לחוק העונשין.

הרחבת עבירת הגניבה ה"קלאסית" לגניבה בידי נפקד נועדה להשיג ערך חברתי של הענשת מי ששלח יד בנכס של הזולת, אותו קיבל לחזקתו בהסכמת הבעלים, בכפוף לתנאים מסוימים שהוא נדרש לקיימם לגבי הנכס. היא נועדה לגשר על פני אותם מצבים בהם לא התקיימה "נטילה ונשיאה" פיזית של החפץ מרשות הבעלים ללא הסכמתו הנדרשת בגניבה הקלאסית, אלא במקומה בוצעה שליחת יד בנכס בעודו ברשות הנפקד בהסכמת הבעלים. המחוקק לא הסתפק בהרחבת רשת עבירת הגניבה לסיטואציה של שליחת יד בנכס על ידי נפקד. הוא ראה להחמיר את הענישה בעבירת גניבה בידי מורשה ביחס לגניבה רגילה. בעוד דין גונב "רגיל" הוא שלוש שנות מאסר, דין גונב שהוא מורשה מאסר שבע שנים. פערי ענישה אלה משקפים את החומרה היתירה בה משקיף המחוקק על גניבה שעניינה שליחת יד בידי מורשה

שיש בה לא רק שלילת רכוש אלא גם הפרת יחסי אמון. הפרת הנאמנות הכרוכה בגניבה מסוג שליחת-יד גוררת אחריה הוקעה מוסרית-חברתית מיוחדת המשתקפת בענישה מחמירה יותר (פרשת טריביש, 1799; ע"פ 293/89 סוקולובסקי ואח' נ' מדינת ישראל, פד"י מו(3) 92, 116; קדמי לעיל, 706-722, 696-699).

החוק האנגלי צעד צעד נוסף קדימה בהגדירו הגדרה רחבה ביותר את עבירת הגניבה על דרך של שליחת-יד ב-Theft Act, 1968. בניסוחו הרחב את עבירת הגניבה, הסיר המחוקק האנגלי באופן סופי את החציצה הקיימת בין עבירת הגניבה ה"קלאסית" לבין גניבה בידי נפקד, בהגדירו את עבירת הגניבה ככוללת כל מעשה של הפקעת רכוש הזולת בתרמית, בכוונה לשלול אותו שלילת קבע. המושגים של "נפקד" ו"מחזיק כדין" עברו מן העולם בחוק הגניבה האנגלי החדש, וההגדרה החדשה חובקת אל תוכה כל מעשה שליחת יד ברכוש הזולת בכוונה לשלול דרך קבע.

וכך מוגדרת הגניבה בסעיף 1 לחוק האנגלי כיום:

"A person is guilty of theft if he dishonestly appropriates property belonging to another with the intention of permanently depriving the other of it....."

המושג "appropriates" מוגדר בסעיף 3(1) לחוק כדלקמן:

"Any assumption by a person of the rights of an owner amounts to an appropriation, and this includes, where he has come by the property (*innocently or not*), without stealing it, any later assumption of a right to it by keeping or dealing with it as owner".

[ההדגשה לא במקור]

החוק אינו מצמצם את ההגדרה ליחסי מפקיד-נפקד כאלה ואחרים, אלא קובע מפורשות כי לצורך גיבוש עבירת הגניבה, אין משמעות לשאלה האם הנכס הגיע לידי שולח היד בתום לב אם לאו. הוא חוזר על מדיניות ההחמרה בענישה בעבירת שליחת היד ביחס לגניבה בידי נפקד (עוד על ההתפתחות ההיסטורית של עבירת הגניבה באנגליה, ראו ע"פ 1075/98 מדינת ישראל נ' אופנהיים, פד"י נד(1) 303, פסק דינו של השופט אנגלרד).

תפיסה רחבה זו של עבירת הגניבה וביטול הפיצול בין הגניבה ה"קלאסית" לגניבה בידי נפקד, פרי תהליך היסטורי ארוך, לא אומצה בחוק העונשין הישראלי. עם זאת, התכלית העונשית הטמונה בגישה זו ישימה גם לפרשנות הנורמה בחוק הישראלי, והגשמתה מחייבת מתן פירוש רחב למושג "מחזיק כדין" שתהלוך הן את המילים, הן את התוכן המשפטי, והן את היעדים שהנורמה העונשית ביקשה להשיג. פרשנות אחרת תחטיא את כוונת החוק ולא תגשים את הערכים החברתיים שהוא נועד לשרת.

החקיקה בהתפתחותה מצביעה על התכלית הטמונה בהתייחסות לשליחות היד כחלק מעבירות הגניבה. היא מבטאת צורך חברתי לכלול במסגרת גניבה כל מצב שבו אדם מפקיע במרמה רכוש השייך לאחר מתוך כוונה לשלול אותו ממנו עולמית. לעניין זה, אין משמעות מהותית לשאלה כיצד הגיע רכוש הזולת לידי של הגנב – האם הגיע על דרך נשיאה ונטילה בלא הסכמת הבעלים המלווה בו-זמנית בכוונה לשלול את החפץ עולמית מבעליו, או האם ההשתלטות על הנכס לצורך גניבתו ארעה על דרך שליחת יד, כאשר הנכס הוחזק בידי הגנב בהסכמת הבעלים, בין על פי הסכם תקף ותקין, בין על פי הסכם פגום, ובין אחרת. התכלית החברתית בהטלת איסור פלילי על שליחת יד, והגדרתו כגניבה, קיימת לפחות באותה מידה, ואולי אף ביתר שאת, מקום שהנכס נשוא הגניבה הגיע לחזקת הגנב בהסכמת הבעלים, תוך הפעלת אמצעים פסולים על ידיו לצורך קבלת החזקה. לעניין תחולת דיני הגניבה בידי נפקד, קשה למצוא טעם מהותי לאבחנה בין מצב שבו הנכס הגיע לחזקת הנפקד בדרך תקינה ובתום לב, לבין מקרה בו הפעיל הנפקד אמצעים פסולים כלפי הבעלים כדי להשיג את הסכמתו להעברת החזקה בנכס אליו.

חשוב עוד להדגיש, כי אין חפיפה הכרחית בין גניבה בידי נפקד שהשיג את החזקה בנכס באמצעים פסולים, לבין גניבה רגילה, המגדירה "נטילה" גם כהשגת חזקה בתחבולה, הפחדה, טעות הבעל, ועוד. הטעם להיעדר החפיפה טמון בעובדה כי בגניבה רגילה שרירה וקיימת הדרישה כי הנטילה והכוונה לשלול דרך קבע את הנכס מבעליו יתקיימו בו-זמנית. מציאות זו אינה מתקיימת בכל מקרה בגניבה בידי נפקד. משום כך, יש ממשות לגניבה בידי נפקד שהשיג את הנכס באמצעים פסולים, גם לצד עבירת הגניבה הרגילה, גם בהינתן ההגדרה הרחבה של יסוד "הנטילה" המצוי בה, והגניבה הרגילה אינה "בולעת" אל תוכה את הגניבה בידי נפקד, ואינה מייתרת אותה גם בנסיבות אלה.

לסיכום הדברים

12. הרציונל של עבירת הגניבה בידי נפקד נעוץ בגישה הערכית, לפיה יש להחיל את הנורמה הפלילית על שלילת רכוש של הבעלים בידי מי שהחזיק בו בהסכמת הבעלים. הנורמה

מבקשת להעניש על מעשה שלילת הרכוש, ועל מעשה הפרת האמון שהמחזיק חב לבעלים, שמכוחו הוא מחזיק בנכס. לפיכך, מבחינת תכלית החוק, אין זה מעלה או מוריד אם החזקה בנכס נקנתה על ידי המחזיק באמצעים פסולים על ידי המחזיק ושאלה זו אינה מהותית לנורמה החברתית הטמונה באיסור. כך או אחרת, שליחת היד של המחזיק פוגעת באופן מהותי בזכות החזקה של הבעלים, שהיא מהותית לעבירת הגניבה, וכד כבד עם כך, נפגע עיקרון האמון והנאמנות שגם עליו מבקש הדין הפלילי להגן (פרשת טריביש, עמ' 1806; פרשת גולדין, עמ' 28; ביין לעיל, שם). עוצמת הפגיעה בערכים מוגנים אלה, לא רק שאינה נחלשת מקום שהנפקד מחזיק בנכס בהסכמת הבעלים לאחר שרכש את החזקה באמצעים פסולים. היא מתעצמת בנסיבות מיוחדות אלה נוכח הפגיעה הכפולה בבעלים, לא רק בשלב המאוחר של שליחת היד, אלא גם בשלב המוקדם של קבלת החזקה בנכס. פרשנות המונח "מחזיק כדין" בין יסודות העבירה של גניבה בידי נפקד שואבת את תכניה מערכים אלה. תוכנו המילולי של מונח זה השאוב מהמשפט האזרחי והמותאם לתכליתה של הנורמה הפלילית, מקיים את הערכים המוגנים של נורמה זו. עבירת הגניבה בידי נפקד תחול, אפוא, על מחזיק נכס שקיבלו בהסכמת הבעלים ובכפוף לתנאים שעליו לקיימם, ושלח בו יד, בין אם החזקה בנכס הושגה בתום לב, ובין באמצעים פסולים.

מן הכלל אל הפרט

13. המערער הוציא כספים מידי המפקידים בתרמית ובטענות שווא, בהציגו בפניהם מצג לפיו הוא ידאג להעברתם הישירה של הכספים למחוז חפצם מחוץ לרוסיה בתוך זמן קצר. הוא קיבל את כספי המפקידים לחזקתו בהסכמתם ועל פי תנאים שהוסכמו. על פי קביעת בית המשפט המחוזי, לא הוכחה בשלב זה כוונת המערער לשלול את הכספים מהמפקידים דרך קבע. לפיכך, במקטע ראשון זה ביצע המערער עבירה של קבלת דבר במרמה בקבלת כספי המפקידים בטענות שווא. במקטע השני, השקיע המערער את כספי המפקידים לצרכיו הוא. אופן ההשקעה ודרכי התנהלותו הגיעו כדי שליחת יד בכספים. הוא קיים את כל יסודות עבירת הגניבה בידי מורשה, ובסופו של דבר לא החזיר למפקידים 18 מיליון דולר מכספים שלקח מהם בנאמנות. בין יסודות הגניבה בידי מורשה, מקיים המערער גם את יסוד "החזקה כדין" בכספים, אף שהחזקה בכספים נקנתה על ידו בטענות תרמית כלפי המפקידים. זאת, מאחר שהוא קיבל מהם את כספם בהסכמתם בלוויית תנאי ברור להעבירו במישרין למחוז חפצם של המפקידים מחוץ לרוסיה. די בכך כדי לקיים את יסוד "החזקה כדין" כפי שהוסבר לעיל. לאור האמור, מסקנתי היא כי צדק בית המשפט כאשר הרשיע את המערער בשני מקטעים נפרדים ובשתי עבירות נפרדות בגין מעשיו הפליליים: המקטע האחד – הראשון – קבלת דבר במרמה בגין קבלת כספי המפקידים תוך שימוש באמצעי תרמית; המקטע השני – שליחת יד בכספים, העונה

על כל יסודות עבירת הגניבה בידי נפקד. אין חפיפה בין המעשים ובין העבירות בהן הורשע המערער בשני המקטעים, כפי שציינ, ובדין, בית המשפט המחוזי.

לאור זאת, מסקנתי היא כי יש לקיים את הרשעת המערער על כל חלקיה. אין מקום גם להתערב בעונש שנגזר, ההולם את חומרת מעשיו ואת עוצמת הפגיעה בקורבנות מעלליו. הערכים החברתיים של הגנה על קניינם של העולים שהפקידו את כספם, ולא פחות מכך – ההוקעה המתבקשת על הפרת יחסי האמון שהמערער חב כלפיהם בקבלת כספם בנאמנות, מצדיקים ענישה מחמירה, שיש להותירה בעינה.

לאור זאת, אציע לדחות את הערעור על כל חלקיו.

ש ו פ ט

הנשיא (בדימ') א' ברק:

מסכים אני לפסק דינו של חברי השופט ס' ג'ובראן, למעט לעניין זיכוי של המערער מעבירת גניבה בידי מורשה. בעניין זה דעתי כדעת חברתי השופט א' פרוקצ'יה. כמוה אף אני סבור שיש לדחות את הערעור על כל חלקיו.

ה נ ש י א (בדימ')

הוחלט כאמור, לדחות את הערעור על שני חלקיו.

ניתן היום, כ"ט בחשוון תשס"ז (20.11.06).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

הנשיא (בדימ')