

לשאלה – האם נעברו עבירות של גניבה בהקשר של פרמיות הביטוח שנגבו מן הלווים.

כנטען על ידי המדינה

התשובה לשאלה תלויה, ראשית, בפרשנותם של ההסכמים השונים שנעשו על ידי הצדדים. התזה העולה מן המכתב שנשלח אלי היא שאין בהסכמים אלה התחייבות לערוך ביטוח. אם התקבל התזה הזו, נשמט הבסיס מתחת לעבירת הגניבה הנטענת (כמו גם מעבירה של קבלת דבר במרמה). ואולם, אין ביטחון כי תזה זו ותקבל על ידי בית המשפט. יש בסיס למחשבה כי ההסכמים כוללים התחייבות משתמעת כזו. לאור הבעיה הפסיכולוגית שבתיק זה עליה שוחחנו, ניתן להניח כי בית המשפט יטה לפרש את ההסכמים לשבט מבחינת המלווה, מה גם שהפסיקה מאפשרת גמישות ויצירתיות בפרשנות החת. כל זה, כפוף לשני סייגים (די באחד מהם): אחד, שיעלה בידך לנטרל את הבעיה הפסיכולוגית, למשל על ידי העמדת הלווים באור מוסרי מפוקפק ביותר. והשני, שהמצב המשפטי, במקרה של פירוש לפיו כללו החוזים התחייבות משתמעת כאמור יראה לבית המשפט כה מסובך, שהוא ידחק לפרשנות הפוכה המוצעת במכתבך.

מכל מקום, יש להיערך לאפשרות הפחות נוחה. מדובר לפיה בעבירה של גניבה בידי נפקד. העבירה של גניבה על ידי נפקד כוללת, בעיקר, יטחות של שליחת יד, פיקדון ומירמה. [כלולים בה גם היוזם של "דבר הניתן להיגב", שנפסק לגביו בעניין הרנוי כי הוא מקיף גם זכויות ונכסים לא מוחשיים ויסוד נפשי, אליו אגיע בהמשך]

שליחת יד

בעניין עמדם זולברג הגדיר השופט זילברג את המושגים "נפקד" ו"שליחת יד": "שליחת יד היא כל מעשה שמשמעותו הנכונה היא, כי הנפקד פורק מעליו עול הבעלים – אשר למענם ובשבילם שמד עד כה את הפקדון – ונוהג בו, בפקדון, כאילו היה שלו. צריך הוא להיות מעשה 'שאינו עולה בקנה אחד עם מטרת ההפקדה' (Martin B., in Reg. v. Jackson; 1864). זהו היסוד השלילי של המבחן, ואילו היסוד החיובי הוא, כפי שבבר נאמר לעיל, כי הפעולה גופה היא בה משום 'התנהגות מעשה בעלים', ולא דק עבירה על החובות המוטלות עליו בשומר הפיקדון"¹. יסוד זה מתקיים, לכאורה, כאשר המלווה אינו עושה בכסף שקיבל מן הלווה את אשר נקבע בחוזה שיעשה בו, ומשתמש בו למטרות אחרות. עם זאת, מתעוררת שאלה לענין התנהגות שכולה מהדלית, המתבטאת באי העברת כספים ליעדם. ניתן לטעון כי לפי לשונה דורשת שליחת יד התנהגות אקטיבית. בעוד שאני נוטה ליחס חשיבות רבה ללשון החוק, קשה לומר שהפסיקה עושה כן, וביחוד בהקשר זה גילתה הפסיקה נטייה מדחיבה (למשל, בקביעה לפיה בריחה ממשמורת חוקית כוללת גם אי חזרה לכלא מחופשה-מזרחי). אם חל האיסור גם על מהדלים, הרי דלבנטיים מבחינה עונשית יהיו דק כאלה שמפרים חובה חוקית. חובה כזו יכולה להימצא גם במשפט האזרחי, אבל היא צריכה אמנם להימצא בו, לדעתי, שאין לה בינתיים גיבוי בפסיקה, אין די בכך; יש לדרוש

¹ ע"פ 27/56 עמדם זולברג נ' היועץ המשפטי, פ"ד (1) 536, 540.

שמסקלו האנטי חברתי של המחדל תוך הפרת חובה חוקית יהא שווה למשקלה של ההתנהגות האקטיבית הכלולה באותה הוראת חוק.

פיקדון

אשר ליסוד הפיקדון, השופט זילברג קבע כדלקמן: "כדי שמחזיק החפץ יחשב, בעיני החוק, כ'נפקד' או 'שומר', צריך שיתמלא אחד משני תנאים אלה, היינו: או שיהא קיים החוזה המחייב אותו, בפירוש או מכללא, להחזיר את החפץ למפקיד עם גמר תקופת ההפקדה; או – בהעדר חוזה כזה – שמסיבות המסירה, קנה לו אותו אדם 'קניין מיוחד' בחפץ, זאת אומרת: זכות חזקה חוקית, המאפשרת לו (עוד להגשמת המטרה) למנוע בדין, מכל אדם אחר, את שלילת החזקה. בהתמלא התנאי הראשון, יתמלא כמובן ממילא גם התנאי השני; אבל לא להפך"². על התנאי השני כתב הנשיא שמגר בסוקולובסקי כי עניינו בעיקרו בנסיבות בהן מוחזק הרכוש מכוח הסדריים חקוקים, כגון על ידי מנהל עבון, אפוסטרופוס או בנסיבות דומות.

לכאורה, נראה כי המקרה שלנו אינו נופל בגדר אף אחד מהתנאים (המצביעים) אליהם התייחס השופט זילברג בפסק הדין הקנוני זולברג. עם זאת, כבר בפסיקה הישנה (ע"פ 59/141 דובר, בנוסף על התחייבות להחזיר למפקיד, גם על חובה לטפל בו בדרך מיוחדת, כגון על ידי מסירתו או מכירתו לאדם שלישי. ביחס למצב זה, ניתן כמובן לטעון כי אין זה כלל פירוש סביר של ההסכמים בענייננו שההתחייבות לערוך ביטוח חיים, בהנחה שהייתה כזו, הייתה התחייבות לעשות זאת מכספים מסוימים דווקא. ברור לחלוטין שהמלוה היה יוצא ידי חובתו, אילו ערך את הביטוח מכל מקור שהוא, ואף לפני שקיבל כספים מן הלווים. עוד נראה בהמשך שתשובה זו אינה מחסלת לחלוטין את טענות המאשימה. זאת ועוד, ברבות השנים עבר המושג "נפקד", הרחבה פרשנית, עימה יש להתמודד. בעניין סוקולובסקי נקבע כי "הדין לענייננו בישראל כיום - לאחר שהזיקה הפרשנית לדין האנגלי נותקה - מצוי בחוק השומרים; והנה סעיף 1(א) לחוק זה מגדיר שמירת נכס כ"החזקתו כדין שלא מכח בעלות", ובסעיף 13 נאמר, כי 'לענין חוק זה בעל הנכס כלפי שומר - כל מי שהשומר מחזיק את הנכס בשבילי". נראה שזהו המבחן המקובל בפסיקה כיום.

בעניין גולדין (להלן) התייחס השופט גולדברג לנפקד כאל מי שיש יחסי נאמנות בינו לבין המפקיד. חוק הנאמנות מחיל ממילא על הנאמן את חובות השמירה שבחוק השומרים.

האם נוצרו בענייננו יחסי שמירה?

ראשית, יש לבחון האם המלווים הפכו להיות בעלים של הכספים שקיבלו מאת הלווים. אם כן, הרי אין הם נופלים בגדר ההגדרה של "שומר". אם התשובה שלילית, נפתחת אפשרות לראות בהם "נפקד" אשר אמור לשמור על הכסף. במסגרת זו צריך יהיה לבחון גם האם חלה בענייננו אחת הפיקציות הקבועות בסעיף 386, וקובעות לגבי שורת מקרים כי בהם מקבל הכסף לא יחשב בעליו לצורך הדין הפלילי.

נתחיל בבחינת העמדה המקובלת, לפיה במקרה של העברת החזקה בכסף מראובן לשמעון, עוברת הבעלות בכסף לשמעון, וזאת גם כאשר הכסף נמסר לשמעון למטרה מסוימת בלבד.

(2)

ביטוי חזק לעמדה זו ניתן על ידי השופט ברק בדעת הרוב בפרשת סוקולובסקי, גם השופט גולדברג בגולדין מבהיר כי "יעילותו של הכסף ככוח קניה מחייבת שמידת "סחרותו" תהא גבוהה, ועל כן מחייבת היעילות המסחרית שעל מקבל הכסף לא יוטל הנטל לבדוק את טיב זכותו של נותן הכסף, וכי יותר לו לצאת מן ההנחה כי נותן הכסף, המחזיק בו, הוא גם בעליו. על רקע זה נקל להבין את נטיית המשפט "להגביל את המקרים בהם המחזיק בכסף אינו בעליו", גם מן הטעם הזה, אני סבור כי מתבקש לפרש את ההסכמים שנעשו בענייננו כהסכמים המטילים חיובים על הצדדים, אך שאינם קושרים את קיום החיובים בכספים מסויימים דווקא. במלים אחרות: המלווה הוא בעליו של הכספים ששולמו על ידי הלווים במסגרת פרעון ההלוואה שנטלו, על כל חלקיה. גם אם הוא חייב ביצירת ביטוח, אין הוא חייב ביצירת ביטוח מכספים מסויימים דווקא. גישה אחרת אינה מתיישבת עם חיי המסחר והאשראי המודרניים.

שומר הוא, כאמור, מי שמחזיק בנכס 'שלא מכוח בעלות', לעניין התקיימות יסוד אחרון זה ('שלא מכוח בעלות') כתבה ש' רנר: "מקרי הביניים הקשים להכרעה עניינם בדרך כלל אותם מצבים שבהם נוטל הכסף אינו מחויב להשיבו לבעליו המקורי אלא לעשות בו שימוש אחר שצוין על ידי בעליו המקורי... נראה כי גזבר המחזיק בכסף של קבוצה שעבודה הוא פועל, מחזיק ככלל בכסף שלא מכוח בעלות, ועל כן אין הוא רשאי לעשות כל שימוש בכסף זה אלא למטרה שלשמה הוא יועד. ניתן לנקוט בגישה אחרת בנסיבות שבהן נותן א' ל - ב' כסף ומייעדו למטרה מסוימת הקשורה ב - ב' דווקא, כגון 'לך וקנה בכסף חולצה עבורך'³, המקרה האחרון הוא המקרה המתאים לענייננו, כלומר - נראה שהמלווה הופך להיות הבעלים בכסף המועבר אליו, ועל כן אינו שומר המפר יחסי שמירה. יודגש כי במקרה שלנו, בהבדל ממקרים אחרים שנדונו בפסיקה, אין מדובר בכספים שיועדו כולם למטרה מוגדרת אלא בסכום כולל של חוב, במסגרת הלוואה, שכלל גם, בין היתר, תשלומים עבור ביטוח חיים.

נראה שזוהי גם עמדה שיש לה תימוכין בפסיקה. במצב דברים דומה לענייננו (אם כי פשוט יותר) בו מרצה שויתר על טיסה לא השיב לאוניברסיטה את כרטיסי הטיסה שנרכשו מקרן נסיעות ואת דמי האש"ל קבע השופט לוין (בדעת רוב): "סבור אני, שלא נוצר במקרה שלפנינו יחס של שמירה בין האוניברסיטה לבין המערער הראשון, בראש ובראשונה, כפי שכבר ציינתי, יש לראות לפי הדין הכללי, ולפיכך גם לפי דיני העונשין, את המערער הראשון [המרצה] כבעלים של כרטיסי הטיסה וכספי האש"ל. כך, למשל, אם הללו ייגנבו ממנו, לא יוכל לדרוש את קבלתם שוב מהאוניברסיטה, ולזו לא תהיה, ככל הנראה, זכות תביעה אזרחית נגד הגנב. שנית, תמורת קבלתם של כרטיסי הטיסה וכספי האש"ל חויב המערער הראשון בחשבונו, ולכן יש לראותם כנתונים לבעלותו; לא מתקיים בענייננו-הערה שלי-מ.ק.], שלישית ... זכותה (האזרחית) של האוניברסיטה לתבוע את החזרתם אינה שוללת את בעלותו בהם של המערער הראשון ... המערער הראשון לא קיבל את כרטיסי הטיסה ואת כספי האש"ל "בשביל" האוניברסיטה, אלא בשבילו ולמענו הוא ותוך ניצול היתרה שעמדה לזכותו בחשבונו. קבלת הקביעה הנוגדת. כי במקרה דנן נוצר פיקדון לטובת

האוניברסיטה, משמעותה יצירת מושג עצמאי של "פיקדון" לצורך דיני העונשין, שמקומו לא יבידנו בדין, אלא מכוח הוראה מפורשת בחוק, שאינה קיימת במקרה שלפנינו⁴. לפי עמדה זו, הכספים בענייננו הועברו לבעלותו של המלווה, ולא נמסרו לו כפיקדון (כך, למשל, נראה שללווה לא תהיה זכות תביעה כנגד גנב הכספים; הכספים הועברו למלווה בשבילו, ולא כדי שיחזיקם עבור הלווה).

השופט ברק הצטרף, כאמור, לעמדת השופט לוין באומרו: "כאשר ראובן נותן שטר של 100 ש"ח לשמעון למטרה מסוימת ומורה לו לעשות בו שימוש אך לצרכים מסוימים, במצב הדברים הרגיל הבעלות בכסף עוברת לשמעון, והוא לא יהיה שומר (כלומר מחזיק כדיון) בכסף. מוטל כמובן חיוב על שמעון לפעול להגשמת המטרה המסוימת שלשמה ניתן הכסף ולעשות שימוש בכספים לצרכים האמורים, אך אין הוא חייב לעשות כן בשטרות המיוחדים שראובן נתן לו, היחסים בין השניים הם יחסי נושה חייב ולא יחסים של בעל-שומר"⁵. יש לציין כי עמדה זו של השופט ברק התבססה על ההנחה (השאובה מפלמר), לפיה פיקדון יכול להיווצר רק כשיש לעשות שימוש בשטרות המסוימים שנמסרו לצורך הגשמת המטרה. עמדה זו אינה מהווה ערעור, ככל הנראה, הלכתה. השופט שמגר חלק עליה בעניין סוקולובסקי, והשופט גולדברג הסתייג ממנה בעניין גולדין, באומרו כי "נכס הנאמנות האמיתי אינו השטרות המסוימים אלא כוח הקנייה שהם מייצגים"⁶. זו היתה גם עמדת השופטת דורנר בעניין אופנהיים⁷.

יושם אל לב כי ההכרעה העולה מן הדעה האחרת, לפיה המלווים בענייננו אינם בעלים איננה הופכת אותם עדין, אוטומטית לשומרים. ניתן להטיל ספק בהיותם מחזיקים כדיון של נכסים, ובמיוחד בכך שיש לראות בהם מי שמחזיקים בנכס בשביל הבעלים (כהגדרת "בעל נכס, כלפי שומר בסעיף 13 לחוק השומרים). יש לראות בהם מי שהחזיקו בנכס (לבדוק אם מדובר בנכס) עבור עצמם.

לפני שתוצג העמדה האחרת, שהיא קשה יותר למלווים, יש להדגיש כי ניתן להטיל ספק בדלבנסיות של עמדה זו. ברור לגמרי שהדין החל והמחייב הוא זה שנקבע על ידי דעת הרוב בסוקולובסקי. פסקי הדין בעניין גולדין (1995) ואופנהיים (2000) הם מאוחרים-כך נדמה לי-למעשים המיוחסים למלווים, ולכן לא ניתן לתבוע מן המלווים לכוון לפיהם את פעילותם. המלווים היו רשאים לפעול לפי הפרשנות המוסמכת של הדין בעת מעשיהם, ועומד להם הסייג של טעות במצב משפטי.

העמדה האחרת: השופט שמגר קבע בדעת מיעוט בעניין סוקולובסקי כי במקרה האמור שם נוצר פיקדון כנדרש בהוראת הגניבה. לגבי התנאי הראשון של השופט זילברג הוא קבע: "תנאי זה אינו ממצה, באשר אינו מונה מצב, לפיו אותו חוזה מאפשר לנפקד לנקוט בחפץ

³ שידלי רנר, "חוק השומרים, תשכ"ז - 1967" (פירושו לחוקי החוזים, מיסודו של גד טדסקי) (ירושלים, תשנ"ח).

⁹²

⁴ ע"פ 293/89 סוקולובסקי נ' מ"י, פ"ד מו(3) 92, פסקה 5 לפסק דינו של השופט לוין.

⁵ פ"ד סוקולובסקי, פסקה 3 לפסק דינו של השופט ברק.

⁶ ע"פ 6350/93 אריה גולדין נ' מ"י, פ"ד מט(4) 1, פסקה 62 לפסק הדין.

⁷ ע"פ 1075/98 מדינת ישראל נ' מודבי אופנהיים, פ"ד נד(1) 303, פסקה 26 לפסק הדין.

פעולה שאינה מחייבת החזרת הפיקדון למפקדי⁸. לדידו, "הכרטיסים או תמורתם חמי האש"ל לא ניתנו למערער על ידי האוניברסיטה כמתנת כסף, כדי שיעשה בהם כרצונו. ניתנו לו כרטיסים או כספים, לפי העניין, למטרה מוצהרת ומוגדרת, וכל עוד לא מומשה המטרה באופן שניתן היה להוציא הכסף ליעודו, נשארו הכספים כספי האוניברסיטה שנמסרו כפיקדון לשם ביצוע המטרה אשר לה נועדו ולמטרה זו בלבד⁹. ובהמשך: "ניתן לפצל את מעמד המערער לשניים, זאת תוך חלוקה על ציר הזמן; מזמן שנמסרו לחזקתו הכרטיסים והכספים בגין נסיעה מסוימת ועד לנסיעתו זו, או מימוש הכספים למטרתם, לפי העניין – כשומר מטעם האוניברסיטה על הכרטיסים והכספים..."¹⁰. לפי גישה זו, ניתן לטעון שגם בעניינינו מדובר בגניבה בידי נפקד – הכספים ניתנו למלווה למטרה מוצהרת ומוגדרת, ולא כדי שיעשה בהם כרצונו, ומכאן שכל עוד לא מומשה המטרה, הכספים נשארו כספין של הלווה שנמסרו בפיקדון למלווה.

על כך ניתן להשיב בשלושה: ספק גדול מאד אם ניתן לראות את המלווים אצלנו בקבלם את פרעון החוב (לפני שליחת היד) כידם הארוכה של הלווים (חו הקונסטרוקציה של השופט זילברג בזולברג שהנשיא שמגר מאמץ). בהבדל מסוקולובסקי, ששם מדובר בכסף או בכרטיס למטרה מוגדרת אחת, בעניינינו כאמור מדובר בחוב המורכב מקומפוננטים שונים. בהבדל מסוקולובסקי, בעניינינו מדובר ביעוד של הכספים שכולו לטובת המלווים.

האם ניתן להעזר בפיקציה של סעיף 386

גם אם מקבל הכספים הפך לבעליהם, כעמדת הרוב בעניין סוקולובסקי, יש לבחון עבירת הגניבה בידי נפקד חלה עליו בכל זאת. מכוח סעיף 386 לחוק העונשין והאמור בפסק דין אופנהיים. סעיף 386 מונה שורה של יחסי נאמנות ספציפיים, אשר כאשר הם מתקיימים אין בכך שהנפקד היה גם בעלים בכסף כדי לשלול את תחולת העבירה עליו. סעיף זה קובע: "המקבל... כסף... למישרו או לשעבודו או לעשייה בו בדרך אחרת... והכל בהוראה שהכסף או הנכס או תמורתם או פירותיהם ישמשו כולם או חלקם למטרה פלזנית או ישולמו לאדם פלוני... ידאו את הכסף או התמורה כנכסו של האדם שבשבילו נתקבל הכסף... עד שנתמלאה ההוראה". אמנם, לפי הוראה זו כאשר הנפקד-הנאמן הוא-הוא גם האדם שבשבילו נתקבל הכסף, הרי רואים בו-עצמו הבעלים של הכסף, ולכן לכאורה אין מתקיים בו היסוד "שלא מכוח בעלות". כלומר – הפיקציה אינה מסייעת במקרה זה. ואולם, בעניין אופנהיים נפסק כי יש לפרש את הסעיף באופן העולה בקנה אחד עם נוסח המקורי. הנוסח המקורי קבע כך: "הלוקח דבר הניתן להיגנב או שולח יד בו, אין נפקא מינה, לעניין גניבה, שיש לו זכות להחזקת הדבר או לטובת הנאה בו, או שהוא בעל הדבר אך יש בו לאחר זכות כאמור... ובלבד ששאר הנסיבות מצטרפות כדי גניבה". זהו סעיף הקובע עיקרון כללי, אשר לאורו יש לפרש את ההוראות הספציפיות, כדברי השופט דורנר: "ברישא של הוראה זו נקבע העיקרון, המשקף את תכליתם של סעיפים 265 ו- 267 לפקודה, המונים יחסי נאמנות ספציפיים. אלא שסעיף זה הושמט מן הנוסח החדש... עם זאת, נוסח חדש אינו השאי לשנות את תוכנו של החוק המקורי... מן הדין לפרש את סעיפים 386 ו- 387 לחוק

(5)

⁸ פיסקה 26 לפסק הדין.

⁹ פס"ד סוקולובסקי, פיסקה 20 לפסק הדין.

¹⁰ שם, פיסקה 26 לפסק הדין.

העונשין לאור העיקרון הכללי, שלפיו בעלות אינה משמשת הגנה בעבירות גניבה בידי מורשה. עיקרון זה משקף את תכליתן של הוראות אלה – להרחיב את תחום עבירת הגניבה למגשים של שליחת יד על ידי נאמנים בכספים או בנכסים שהופקדו בידיהם, שאלמלא ההרחבה לא היו מעשיהם נחשבים כשליחת הכסף מבעלותו של הזולת¹¹. לכאורה, אם מפרשים את הסעיפים האמורים כך שהם חלים לא רק במקרים הספציפיים המנויים בהם, אלא בכל פעם שקיימת הפרת יחסי אמן על ידי נאמן, אפשר שניתן להחילם גם על המקרה הנדון, אם נוצרו בין הלונה למלווה יחסי נאמנות (דיון להלן). עם זאת, באמור, החלה כזו מתנגשת באופן חזיתי עם לשון ההוראות. זאת ועוד, צריך יהיה לבחון אם אכן ניתן לומר שהתקיים: "ובלבד ששאר הנסיבות מצטרפות כדי גניבה". לשם כך, צריך יהיה לדון בערך המוגן על ידי האיסור החל על גניבה על ידי נפקד. יש לציין כי בעניין גולדמן, הבסיס הרעיוני לפירוש המרחיב נועד על מנת לאפשר הרשעה של מנהל חברת השקעות שהשתמש בכספי המשקיעים בניגוד למטרות ההשקעה, נקבע כי הבעלות בנכסי הנאמנות היא בידי המשקיעים, לא מכוח היותם יוצרי הנאמנות אלא מכוח היותם מנהלים ממנה. מקרה זה שונה מענייננו שבו

הנהנים מכספי הביטוח היו המלווים, והם בלבד. גם בעניין אופנהיים מדובר היה במקרה שונה לגמרי מענייננו: כספים שהופקדו ברשותו של עורך דין עבוד לקוחותיו, והוא נטלם לעצמו. כאשר, לפי הדין האזרחי, מעמדו של עורך הדין הוא של שלוח ונאמן. "ולכן יש לראות את הכסף כנכס המצוי בבעלותו של הלקוח" (מדברי השופט אנגלרד, שם). מבחינה מהותית, ההרחבה נועדה לתפוש בכף "עובדים, טובנים ונאמנים למיניהם", ובענייננו אין מדובר בכגון דא אלא ביתם של "חייב-זכאי". מבחינה טכנית נועד הפירוש המרחיב להביא להכללת האמור בסעיף 268 לפקודת החוק הפלילי, 1936 בסעיפים 386 ו-387-גל מעבר לכך, וסעיף 268 מתייחס לנכס שהנפקד הוא בעליו כפוף לזכות או לאינטרס של אחר בנכס. בענייננו, מדובר בבעלות של המלווים, נקייה מכל זכות או אינטרס של אחר.

האם ניתן ליישם על ענייננו את חוק הנאמנות, המחיל על נאמן את הוראות חוק השומרים אפשר שקיימת דרך אחרת לקבוע שעבירת הגניבה בידי נפקד חלה על המקרה: אם בין הצדדים קיימים יחסי נאמנות, הרי מכוח סעיף 12(א) לחוק הנאמנות חלה על הנאמן חובת שמירה לפי הוראות חוק השומרים (אף על פי שנאמן עשוי להיות בחלק מן המקרים בעלים של הנכס, אם כי במובן 'טכני' בלבד).

לפי החחה בין הצדדים, ניתן לטעון שהלווה העניק למלווה סכום מסוים כדי שישתמש בו למטרה מוגדרת – יצירת ביטוח שהמוטב שלו הוא המלווה. סעיף 1 לחוק הנאמנות, התשל"ט – 1979, מגדיר את מהות הנאמנות כך: "נאמנות היא זיקה לנכס שעל פיה חייב נאמן להחזיק או לפעול בו לטובת נהנה או למטרה אחרת". על היקף תחולתה הרחב של הוראה זו עמד שלמה כרם: "הגדרה זו מקיפה כל תבנית משפטית שעל פיה חייב אדם להחזיק או לפעול בנכס עבור זולתו. הגדרה זו חלה על כל מקרה שבו ניתנת שליטה בנכס בדרך של זיקה כלשהי, אם נלווית לשליטה החובה לפעול בנכס לטובת מטרה מוגדרת. כלומר: הנאמן הוא מי שעל אף שיש לו שליטה בנכס, עליו להפעילה לטובת מימוש מטרה

6

¹¹ פמ"ד אופנהיים, פסקה 24 לפסק הדין של השופט דורנר.

שאינה טובתו הפרטית¹². ואולם, אין מניעה כי הנאמן (לחה) יהיה גם הנהנה, כפי שהדבר הוא בענייננו: "בתנאי הנאמנות ניתן לקבוע כנהנה הן את מי שהקנה לנאמן את הזיקה לנכס הן את הנאמן עצמו. הדבר אפשרי באחד המקרים הבאים: (א) הנאמן הוא אחד הנהנים – הנאמנות תתבטא לגביו בכך שהוא יהיה חייב לפעול לטובת מימוש מטרת הנאמנות, כאשר הוא אישית אחד מיעדיה; נלא מתאים לענייננו-המלווים היו היעד היחיד והבלבדי-הערה שלי-מ.ק.] (ב) הנאמן רשאי להשתמש בנכסי הנאמנות למטרה מסוימת בלבד. למשל: כאשר אוניברסיטה מקבלת סכום כסף להקמת ספרייה למטרה מוגדרת. הנאתה מתבטאת בכך שישגדלו השירותים אשר האוניברסיטה תוכל לתת"¹³, הנאמנות היא כלי שנועד לסייע ליוצר הנאמנות להגשים את המטרות שהוא מייעד לנכס שלו, כאשר מסיבה כלשהי יש לו קושי להשיגו בעצמו, והוא חזק לעזרתו של אחר - הנאמן¹⁴.

נראה שדי בכך שהמלווה קיבל את הכסף מן הלווה לשם שימוש בו באופן מסוים (יצירת ביטוח שהמלווה הוא המוטב שלו) כדי לומר שהמלווה הוא נפקד. בין הצדדים נוצרו יחסי נאמנות, אשר מהם נגזרים, כאמור, יחסי שמירה.

מנגד, ניתן לטעון כי אין זה פירוש סביר של ההסכמים. כאמור, הפירוש הסביר(בהנחה שהמלווים התחייבו לערוך ביטוח) הוא שהייתה התחייבות כזו, מטעמם, לערוך ביטוח, אבל לא דווקא מכספים מסויימים, ובנוסף, אין זה מתקבל על הדעת לראות את המלווים כנאמנים של הלווים באופן כללי, ובאופן ספציפי לעניין תשלומים עבור הביטוח שבאו כל כולם-לשרת את האינטרסים העסקיים של המלווים. התוצאה המתקבלת בענייננו אינה עולה בקנה אחד עם הגיון הדוגמה שמביא כרם, והיא אבסורדית-עשוי להיות ענין לאדם שכספים שהעמיד בנאמנות לטובתה של אוניברסיטה ישרתו מטרה מסוימת ולא אתרת. לעומת זאת, מה ללווה אם בכספי התשלומים לביטוח שהנהנה הבלעדי שלו אמור להיות המלווה, עשה המלווה שימוש אחר?נלפי מיטב זכרוני, גישתו של כרם למסד הנאמנות הינה מרחיבה, ויש גם כאלה המצמצמים, אך לא בדקתי גישות אחרות בשלב זה] במירמה [גם היסודות הנרספים של הגניבה]

גם אם נגיע למסקנה שהיחסים בין הצדדים הם יחסי שמירה, לא ברור שהמקרה נופל תחת העבירה של גניבה בידי נפקד. העבירה כוללת יסוד של במידמה, אשר פורש בפסיקה כך: "יסוד המרמה צריך להתקיים במחשבתו ובכוונתו של הנאשם אך אין לבחון רק על פי קנה המידה הסובייקטיבי של נאשם בעל מושגי מוסר מעוותים... אלא על פי קנה המידה של האדם הרגיל וההגון... וניתן להעזר, בברור כוונתו של הנאשם, בקנה המידה של מושגי "יושר" ו"אי יושר" של האדם הסביר השואל את עצמו אם הנאשם אכן חשב והאמין שהוא נוהג ב"יושר"¹⁵.

המשמעות האובייקטיבית הפשוטה של המונח "יושר" היא די רחבה. ניתן לטעון כי שימוש בכספים(בהנחה שכך רואים את פני הדברים) שלא למטרה שלשמה ניתנו נגרע בחוסר יושר

7

¹² כרם, להלן הערה 6, בעמ' 26.

¹³ שלמה כרם, חוק הנאמנות, תשל"ט - 1979 (מהדורה שלישית, התשנ"ה, 1995) 28.

¹⁴ שם, בעמ' 3.

¹⁵ ע"ע 360/82 מעריקי נ' מ"י, פ"ד לו(2) 124, פסקה 7 לפסק הדין של השופטת נתניהו.

– פירוש כזה הוא, לכאורה, צפוי וטבעי, אולם, בטרם מגיעים למסקנה זו יש לברר שלוש שאלות.

השאלה הראשונה היא שאלת הערך המוגן - האם יש עניין להגן במסגרת העבירה על רצונו של המפקיד לקבוע לאיזו מטרה ישתמש הנהנה בסכומי הפיקדון. אם דיני הגניבה באים להגן על אינטרסים קנייניים של בעלי נכסים ומחזיקים, אזי נראה שהתשובה תלויה בקיומה של פגיעה באינטרסים הללו של המפקיד: יש לברר האם לשימוש המסוים לו יועדו הכספים יש ערך כלשהו עבור בעל הזכות. האם קניינו או רכושו נפגע באופן כלשהו כתוצאה משינוי היעוד של הכספים? רק במקרים בהם קיימת פגיעה כזו (שהם המקרים הרגילים, מכיוון שבדרך כלל אנשים משתמשים בזכויותיהם הקנייניות להגשמת מטרות ספציפיות שהן בעלות ערך עבורם) נרצה לומר שהייתה מירמה שתוצאתה היא גניבה. במקרה הנדון, אין למפקיד עניין אמיתי וראוי להגנה בשימוש הספציפי בכספים המזפקדים, ועל כן התריגה מן המטרה הספציפית אינה מכוננת פגיעה באינטרסים קנייניים שלו.

אני מניח כאן שגם העבירה של גניבה על ידי נפקד, כמו הגניבה הרגילה, היא עבירה נגד הרכוש [אינני נכנס כאן להבחנות הקיימות בין רכוש לבין בעלות והחזקה] ושאינן היא עבירה המגינה רק על יחסי אמון שבין המפקיד לבין הנפקד. הנחה זו מבוססת על מיקומה של העבירה בפרק של פגיעות ברכוש, ובחברותא עם העבירה של הגניבה הרגילה. היא נשענת גם על הרעיון שצריכה להיות התאמה מבחינת מידת האנטי חברתיות בין הגניבה על ידי נפקד לבין הגניבה הרגילה (כדי להצדיק את מיקומן תחת קורת גג נדמטיבית ועונשית אחת), וכי התאמה כזו אינה מתקיימת אם מותרים על הפן הרכושי בעבירה של גניבה על ידי נפקד.

השאלה השניה הנוגעת לפירוש המונח "מירמה" קשורה לשאלה הראשונה, והיא נוגעת למשמעות שניתן לייחס לביטוי "מדמה" או "העדר יושר" במסגרת איסור פלילי על גניבה. יכול להיות שההבנה הפשוטה של המונח כאשר הוא מופיע במסגרת איסור פלילי של גניבה שונה מההבנה שלו במסגרת דין אזרחי. האזרח אינו יכול לצפות באופן סביר שכל סטייה קלה מדרך הישר תחשב למירמה המכוננת עבירה פלילית של גניבה. אפשר שהמשמעות הסבירה והצפויה יותר של המונח מירמה במסגרת עבירה הגניבה היא מירמה שתוצאתה גרימת נזק רכושי לאחר.

השאלה השלישית: האם המסקנה דלעיל, לפיה מדובר כאן באי יושר, אינה נחפזת ופשטנית? דומה כי תשובה מושכלת יותר תהא מבוססת על בחינה כפולה: האם ההסכם לפיו ישלמו הלווים עבור ביטוח הוא בגדר עשייה עסקית מקובלת וסבירה? האם נפגעו הלווים באופן כלשהו כתוצאה מאי העברת דמי הביטוח ליעדם? אם התשובה לשאלה הראשונה היא חיובית, ולשניה-שלילית, אין למצוא אי יושר במעשיהם של המלווים.

על התביעה להוכיח גם את היסודות של "היעדר תביעת זכות בתום לב" ואת ה"כוונה לשלול שלילת קבע", אף כי אין הם כלולים בחלופה זו של הגניבה במפורש. (כך נקבע בסוקולובסקי על ידי הנשיא שמגר). זו, לכאורה, תוספת משמעותית שכן מדובר ביסודות סובייקטיביים והיסוד של "היעדר תביעת זכות בתום לב" מאפשר זיכוי על יסוד אמונתו הסובייקטיבית של העושה כי פעל במסגרת תביעת זכותו, אלא שהפסיקה כללה בראשון גם מבחן אובייקטיבי, שעקב הכללתו אין הבדל של ממש בין "מדמה" לבין יסוד זה (אלמגור,

דרוויש). ניתן לטעון כי תיקון 39 בהוראת הפרשנות המצמצמת שב(סעיף 11א) מזמין התייחסות פרשנית חדשה לאורו באותם מקרים שבהם לא נקטה הפסיקה פרשנות מצמצמת, אך לטענות מסוג זה-(כמו גם טענות החולקות על הגיונו של הפירוש המרחיב בפרשת אופנהיים נוכח קיומה של עבירת מרמה רחבת היקף במשפטנו, שלא הייתה דוגמתה במשפט האנגלי כאשר נחקקו החוקות שבפקודת החוק הפלילי) עוד חזון למועד. קיצורו של דבר, אינני סבור שיש מקום לעבירת הגניבה. עם זאת, לאור מגמת ההרחבה בפסיקה החדשה, אין לשלול אפשרות של הרשעה מוטעית.

לתוספת כשאלות הווספות שנשאלתי בהקשר זה: האמור לעיל חל, בעקרון, גם על התוספת של 25%. לענין יסוד ה"במרמה"-עשוי להיות הבלדל, כאמור, אם דרישת התוספת הדרגה מן המקובל או מן הסבירות העסקית בעסקה מסוג זה. על השאלות האחרות, אני מניח שהשבתי.

אשר לטענה החלופית של מרמה-לאור הפרשנות הרחבה ביותר שניתנה אצלנו לעבירת המרמה(במיוחד העדד הדרושה לנזק רכוש), המצב ביחס לעבירה זו יותר קשה. השאלה אם נעברה העבירה תלויה בגורמים הבאים (הכל בהנחה שההסכמים יפורשו ככוללים התחייבות לערוך ביטוחים): האם נשענה טענת שוא בעת כריתת התחום, כלומר האם באותו שלב המלווים ידעו שלא יערכו ביטוחים או שהאמינו באפשרות שלא יערכו ביטוחים. נוכח, האם הטענה כי נעשתה כבר התקשרות עם מבטת הייתה לא נכונה] אם לא, כלומר הייתה אז כוונה לערוך ביטוחים, כי אז לא מתקיים היסוד של מצג כתב או טענת שוא. אם כן, האם תוכל התביעה להוכיח כי הטענה בדבר הכוונה לערוך ביטוחים נקלטה ככזו בתודעת הלווים והייתה גודם של ממש שהשפיע על החלטת ההתקשרות שלהם.

לסעיף 15, בהנחה שהכוונה היא לאישום העיקרי במסגרת האישום הראשון, יש רגלים לטענה כי היה מקום לומר ללקוחות שפרי הוא הבעלים של החברות. הטעם לכך נעוץ בסוגיית הנחת דעתם של הלקוחות בדבר יכולתם לסמוך על פרי שימצא עבורם הלוואה טובה או סבירה. ובהקשר זה, יכולתם לסמוך על כך שהוא רואה לנגד עיניו את טובתם ואינו מצוי בניגוד עניינים של מי שדואג גם לענייניו של המלווה. עדין מתעוררות פה שאלות אחדות: האם שתיקתו הינה שוות ערך למצג נגטיבי, לפיו אין הוא הבעלים. אם כן, מדובר למעשה במצג משתמע פוזיטיבי. אם לא, האם חלה עליו תובת גילוי. לדעתי, ספק אם החובה לנהוג בתום לב, צריכה להיקלט אל תוך הדין העונשי. האם מחדלו בקיום החובה, בהנחה שהפר חובה חוקית, הינו שווה ערך למי שמציג בהתנהגות אקטיבית מצג שקרי. עם זאת, לא הייתי בונה יותר מדי על ספקות אלה. שאלה כללית יותר היא: האם בסוג התקשרות כזה שנועד להשיג עבור אנשים טובת הנאה מן ההפקר, שלא טרחו עליה ושהיא בבחינת מן מן השמיים, ובקשר שיש בו צד אחד הנוטל על עצמו גם סיכון של הפסד וצד אחר שעשוי למעשה רק להרוויח(למעט הוצאה מינימאלית)-אמות המידה מבחינת הצפיות להגיונות ולגילוי נאות כלפי היום-המאפשר- הנושא בסיכון אינן צריכות להיות נמוכות מן הרגיל.

צריכה להיות הסתמכות בפועל על המצג ועשיית פעולה בעקבותיו שיש בה משום מתן טובת הנאה לאחר. נראה כי גם הסתמכות שמביאה לקוח להחליט להימנע מביקורת

וברורים נוספים ולהתקשר עם עודך המצג, הינה הסתמכות מספקת לצורך העבירה. לפי הפסיקה, לא נדרש שהנותן ינזק.

לסעיף 16, בלי להתמצא בפרטים העובדתיים המלאים, שדווקא בכגון דא יש להם חשיבות רבה, אני מתקשה להעריך את המצב המשפטי. על פני הדברים, המצב נראה מדאיג. עצם התשלום יוצר הטייה לטובת המשלם (כמו בשוחד). האיטום הזה עלול לשפוך צל ולהשפיע לרעה גם באישומים האחרים. עם זאת, אם מטרת התשלום הייתה להביא את המקבל להעדת אמת (והיא לא נועדה לחזור בו מדברים שמסר או לא להעיד), אין היא בגדר עבירה. לסעיף 17א, בכלל התחייבות חזית שלא קויימה איננה, ואינה צריכה להיות, בגדר עבירה פלילית. זהו, על פניו, מקרה קלאסי ודוגמה מובהקת למה שנמצא מחוץ לתחומם של דיני העונשין. דברים נאים ברוח זו נכתבו על ידי השופט ברק בסוכולובסקי. עם זאת, העבירה של גניבה על ידי נפקד נמצאת בסביבה הקרובה של הפרה חזית. דווקא, לכן, חובה לפרש אותה באופן שיטמזר על יחודו של המשפט הפלילי ולא יהפוך את הפרה הנורמה הבלתי פלילית בהא הידיעה לעבירה פלילית.

לסעיף 17ב.די בכך שמקצת העבירה נעשית בתוך שטח המדינה כדי שהעבירה כולה תיפול בגדר התחולה הטריטוריאלית (סעיף 3 לחוק העונשין, שקדם לתיקון 39). מקצת העבירה, משמעו ההתנהגות שבהגדרת העבירה או התוצאה, כאשר מדובר בעבירת תוצאה. העבירה של שליחת יד היא עבירה התנהגותית, וההתנהגות הנדרשת בה היא שליחת היד. ההיווצרות של יחסי מפקיד-נפקד אינה חלק מן היסוד ההתנהגותי. היא נסיבה קודמת הדרושה להתהוות העבירה (ראו השופט גולדברג בפרשת גולדין). יוצא כי יש להתמקד בשליחת היד כשלעצמה.

כאשר ההתנהגות היא מחדלית, מקומה נקבע לפי המקום בו היא טעונה מילוי (שי'ז פלר, דיני עונשין, כרך א, עמ' 257). האם היתה ישראל המקום בו היה על המלווים לערוך את הביטוחים? אינני בטוח שכך עולה בהכרח מן ההסכמים (גם אם מדובר בחברת ביטוח ישראלית, כמו "שמשון", אין זה מתחייב שהביטוח יערך בישראל). ומכל מקום ספק אם מדובר בתנאי מתותי, דומה כי היה למלווים שיקול דעת לענין מקום עריכת הביטוחים. אם כן, ואם אכן שליחת היד מתמצה כולה במחדל, ספק רב אם חלה על המעשה תחולה טריטוריאלית. עם זאת, אינני בטוח שלא חלה על הנאשם תחולה פרסונאלית אקטיבית, שכן מדובר בפשעים.