

הערך החברתי המוגן באמצעות עֵבֶרַת המרמה

מאת

מוחמד סוף-אלדין ותד*

“השלילה לא תוליד את התכונות החיוביות, המוסריות והחברתיות, החסרות לנו...”

אחד העם**

דברי פתיחה

את כבוד השופט תאודור אור הכרתי בתקופת התמחותי בבית-המשפט העליון, תחת פיקוחה של כבוד השופטת דליה דורנר, בשנת 2003/04. אז זכיתי לשמש “מזכיר הרֶפֶב” בכמה דיונים שבהם ישב כבוד השופט אור.

* מרצה בכיר, בית-הספר למשפטים, המכללה האקדמית צפת. מומחה למשפט חוקתי ולמשפט פלילי השוואתי ובין-לאומי. ברצוני להודות לד"ר חאלד גנאים, מרצה בכיר בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת חיפה, על הערותיו המאלפות שתרמו רבות לגיבושה הסופי של רשימה זו. תודה נוספת לפרופ' ג'ורג' פלטשר, מבית-הספר למשפטים של אוניברסיטת קולומביה (ניו-יורק, ארצות-הברית), על שניאות לערוך עימי דיונים משפטיים מרתקים בסוגיות מגוונות, של דיני העונשין בכלל ושל עֵבֶרַת המרמה בפרט, ביחס למשפט המשווה. תודתי נתונה גם לפרופ' אהרן ברק, מורי ורבי, נשיא בית-המשפט העליון בדימוס, ולשופטים רון סוקול ועודד שחם, על שהזמינו אותי לתרום מפרי-עטי לספר לכבודו של השופט תאודור אור. תודה גם לעורכים ולחברי המערכת של כתב-העת המשפטי של המרכז הבינתחומי הרצליה על עבודה רצינית, מקצועית ומקיפה בעריכתו הסופית של מאמר זה. תודה אחרונה ומיוחדת לשלוש העוזרות הנאמנות שלי גלית הרוש, מראם עילבוני וקרן ממן. ללא עזרתם, תמיכתם, הערותיהם והארותיהם של כל אלה, לא היה מאמר זה רואה אור עולם. האחריות הבלעדית למובא ברשימה זו היא שלי, כמובן. ברצוני להקדיש מאמר זה לבני סוף, אשר זוכה בהקדשה זו בטרם נולד.

** אחד העם על פרשת דרכים הקדמה (תרנ"ה).

בפסיקתו הענפה נדרש השופט אור, בכמה הזדמנויות, לדיני הפרשנות בפלילים ולשאלת הערך החברתי המוגן. באחת הפרשות, אשר עוד אדרש אליה בהמשך, כתב השופט אור: "קביעת הערך המוגן בכל אחת מהחלופות תיעשה בהתאם לאמור בהן, על רקע המציאות בת זמננו ובהתחשב בעקרונות יסוד אשר יש לתת להם משקל הולם בפרשנות חוקים.¹ מכאן בחירתי לפרסם רשימה בנושא "הערך החברתי המוגן" דווקא בספר המוקדש לכבוד השופט אור. כבוד הוא לי, אפוא, לכתוב רשימה זו כאות תודה והוקרה על מפעלו השיפוטי הענף והמכובד של השופט אור.

העברה הפלילית היא נורמה משפטית שאוסרת התנהגות מסוימת בהיותה תופעה אנטי-חברתית המבססת פגיעה אנטי-חברתית בערך חברתי מוגן. הערך החברתי המוגן מהווה את ליבתה של כל עברה פלילית, והוא גרעין-המסד שבלעדיו ניתן לדחות בנקל את אפיונו של מעשה כלשהו כעברה פלילית. רשימה זו עוסקת בזיהויו של הערך החברתי המוגן באמצעות עקרת המרמה, תוך הידרשות לדין המצוי במשפט הישראלי ובחינתו ביחס לדין בשיטות משפט אנגלו-אמריקאיות וקונטיננטליות וכן ביחס למושכלות ראשוניים ולעקרונות-היסוד של דיני העונשין. בגדר רשימה זו מוצגת ביקורת על עמדתה של הפסיקה הישראלית, שרואה את "חופש ההחלטה וחירות הפעולה" כערך החברתי המוגן באמצעות עקרת המרמה. הרשימה מבקרת ודוחה אף את העמדה המבקרת את עמדת הפסיקה, שלפיה הערך החברתי המוגן באמצעות עקרת המרמה הוא "חופש ההחלטה וחירות הפעולה לגבי רכוש". תחת זאת, הרשימה מציעה כי הערך החברתי המוגן באמצעות עקרת המרמה הוא ה"רכוש". מכאן גם המסקנה כי עקרת המרמה היא עברה תוצאתית.

מבוא. פרק א: המסגרת הנורמטיבית; 1. על מהותו של עקרון הערך החברתי המוגן; 2. מבט כללי: עקרת המרמה – מהותה ויסודותיה. פרק ב: הדין המצוי – הערך החברתי המוגן באמצעות עקרת המרמה; 1. הדין המצוי והמשפט הישראלי; 2. הדין המצוי והמשפט האנגלו-אמריקאי; 3. הדין המצוי והמשפט הקונטיננטלי; פרק ג: הדין הרצוי – הערך החברתי המוגן באמצעות עקרת המרמה; 1. "חופש ההחלטה וחירות הפעולה" – האומנם ערך חברתי מוגן? 2. "חופש ההחלטה וחירות הפעולה לגבי רכוש" – האומנם ערך חברתי מוגן? 3. ה"רכוש" כערך חברתי המוגן באמצעות עקרת המרמה – הצעה לדין הרצוי. סוף-דבר.

i דנ"פ כהנא, להלן ה"ש 23, פס' 16 לפסק-דינו של השופט אור.

מבוא

הסמכות לחקוק חוקים ניתנה לרשות המחוקקת, ולה בלבד. כלשונו הפיוטית של השופט זילברג, "אין מחוקק מבלעדי המחוקק, ולו לבד נתכנו עלילות התחיקה."¹ אולם משראה הילד אוויר עולם, ניתק חבל-טבורו מאמו, והמחוקק נתפס כמי שסיים את מלאכתו לאותה עת, ומעתה בעל הסמכות הוא בית-המשפט, אשר אחראי לפירושו של החוק ולקביעת תוקפו, תחום התפרשותו ותוכנו.² בעת יצירתה וניסוחה של עברה פלילית חדשה, או כאשר בית-המשפט נדרש לשאלות של פרשנות באשר להיקף תחולתה של עברה פלילית קיימת, יש תועלת מעשית רבה בקביעה או בזיהוי ברורים של האינטרס החברתי³ שאותה עברה באה להגן עליו.⁴

הערך החברתי המוגן מהווה את ליבתה של כל עברה פלילית, והוא גרעין-המסד שבלעדיו ניתן לדחות בנקל את אפיונו של מעשה כלשהו כעברה פלילית. העברה הפלילית היא נורמה משפטית שאוסרת התנהגות מסוימת בהיותה תופעה אנטי-חברתית המבססת

- 1 ע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח(2) 785, 819 (1954).
- 2 ראו את עמדתו הדומה של השופט חשין ברע"פ 1127/93 מדינת ישראל נ' קליין, פ"ד מח(3) 485, 502–503 (1994). ראו עוד בג"ץ 4031/94 ארגון "בצדק" נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 1, פס' 13–16 לפסק-דינו של השופט חשין, פס' 4 לפסק-דינו של השופט גולדברג (1994). ראו גם חיים כהן "חומר הכנה" ספר אורי ידין (מאמרים לזכרו של אורי ידין) כרך ב 79 (אהרן ברק וטנה שפניץ עורכים, 1990); ד"נ 3/62 שר הפנים נ' מוסא, פ"ד טז(4) 2467, 2479 (1962); בג"ץ 547/84 עוף העמק, אגודה חקלאית שיתופית רשומה נ' המועצה המקומית רמת-ישי, פ"ד מ(1) 113, 124 (1986); בג"ץ 264/87 התאחדות הספרדים שומרי תורה – תנועת ש"ס נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מג(2) 723, 736 (1989); בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529, 544 (1990); בג"ץ 249/82 ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד לז(2) 393, 434 (1983); בג"ץ 7157/95 ארד נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נ(1) 573, 609–610 (1996); בג"ץ 5503/94 סגל נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נא(4) 529, 563–564 (1997); בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, פס' 10 לפסק-דינו של הנשיא ברק (1997); בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 746–747 (1999); בג"ץ 6194/97 נקש נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נג(5) 433, פס' 29 לפסק-דינו של השופט חשין (1999); ע"א 3213/97 נקר נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה הרצליה, פ"ד נג(4) 625, 649–650 (1999).
- 3 Albin Eser, *the Principle of "Harm" in the Concept of Crime: A Comparative Analysis of the Criminally Protected Legal Interests*, 4 DUQ. U. L. REV. 345 (1966)
- 4 ראו דן ביין "האינטרס החברתי המוגן באמצעות עבירת המרמה" הפרקליט כו 85 (1969). ביין מדגיש כי האינטרס החברתי אינו הגורם היחיד המעצב את דמות העברה הפלילית וקובע את תחומי תחולתה, אלא פועלים בצידו גורמים ושיקולים נוספים בעלי משקל.

פגיעה אנטי-חברתית בערך חברתי מוגן.⁵ האנטי-חברתיות של העברה הפלילית מורכבת הן מהאנטי-חברתיות של ההתנהגות עצמה, הנובעת מכך שהמעשה מְסַפֵּן, מבחינה אובייקטיבית מופשטת, את הערך החברתי המוגן, והן מהאנטי-חברתיות של התוצאה,⁶ קרי, של הפגיעה בערך החברתי המוגן או של יצירת הסכנה לערך החברתי המוגן. ממגוון העברות הפליליות שבחקיקה העונשית של מדינת-ישראל, בחרתי להתמקד בגדר רשימה זו בערך החברתי המוגן באמצעות עברת המרמה – בזהותו, במקורותיו ובהתפתחותו – הן מבחינת הדין המצוי והן מבחינת הדין הרצוי, בדין הישראלי ובמשפט המשווה. נושא זה זכה בהתייחסות רצינית במשפט הישראלי, ואף הוצגו בהקשר זה גישות רבות – לעיתים אף סותרות – הן על-ידי הרשות השופטת והן על-ידי חוקרים של המשפט הישראלי.⁷

בפרק א אדון בשני נושאים מקדמיים שיקלו עליי את מלאכת הדיון המהותי בשלבים מאוחרים יותר של הרשימה: הראשון עוסק במשמעותו של המושג והמוסד "ערך חברתי מוגן", והשני עניינו בבחינת יסודותיה של עברת המרמה. בפרק ב אדרש להצגת הדין המצוי ביחס לסוגיית הערך החברתי המוגן באמצעות עברת המרמה, וזאת בשלושה רבדים: בראשון אבחן את הדין המצוי בשיטת המשפט הישראלית, בשני אבחן את הדין המצוי בשיטת המשפט האנגלו-אמריקאית, ובשלישי אבחן את הדין המצוי בשיטת המשפט הקונטיננטלית. בכל אחד משלושת הרבדים האמורים אערוך סקירה היסטורית על-אודות התפתחות סיווגה של העברה "קבלת דבר במרמה". לסקירה ההיסטורית ברובד הישראלי יש משמעות מרכזית וחשובה במסגרת הדיון בשאלה מושא הרשימה, והדבר יבוא לידי ביטוי לכשאדרש להצעתי בדבר הדין הרצוי, כאשר אתמודד עם הדין המצוי בשיטת המשפט הישראלית; ואילו בסקירת ההתפתחות ההיסטורית ההשוואתית, שתיגע כאמור בשיטת המשפט האנגלו-אמריקאית ובשיטת המשפט הקונטיננטלית, טמון פוטנציאל משמעותי לחיזוק הצעתי בדבר הדין הרצוי.

בפרק ג, עם סיום הצגת הדין המצוי לאשורו, אדרש להצגת הדין הרצוי באשר לשאלה מושא הרשימה. בפרק זה אתמקד בעיקר בשיטת המשפט הישראלית, תוך הצגת משנה

5 ראו ע"פ 6411/98 מנבר נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 150, פס' 57 לפסק-דינו של השופט תאודור אור (2000).

6 התוצאה האנטי-חברתית מתקיימת בכל סוגי העברות, לרבות בעברות המסווגות כעברות התנהגות. ודוק: הערך החברתי המוגן הינו חלק מכל עברה פלילית – הן עברה התנהגותית והן עברה תוצאתית – והוא ליבת אופיו הפלילי האוסר של כל מעשה המוגדר על-ידי המחוקק עברה פלילית.

7 בעוד הפסיקה בישראל נוטה יותר להכיר ב"חופש ההחלטה וחירות הפעולה" כערך החברתי המוגן באמצעות עברת המרמה, מלומדים וחוקרי משפט פלילי, כפי שיפורט בגוף המאמר, בדעה כי עברת המרמה באה להגן על "חופש ההחלטה וחירות הפעולה ביחס לרכוש". על שתי עמדות עקרוניות אלה אני חולק.

ביקורתית על הדין המצוי. בשלב הראשון אבקש לבקר את עמדת הפסיקה הישראלית, שרואה את "חופש ההחלטה וחירות הפעולה" כערך החברתי המוגן באמצעות עברת המרמה. בשלב השני אבקש לדחות את העמדה המבקרת את עמדת הפסיקה, שלפיה הערך החברתי המוגן באמצעות עברת המרמה הוא "חופש ההחלטה וחירות הפעולה לגבי רכוש", דהיינו, "חופש הדיספוזיציה לגבי רכוש". ובשלב השלישי אציע עמדה שלפיה הערך החברתי המוגן באמצעות עברת המרמה הוא ה"רכוש". בפרק האחרון אסכם את הדיון המהותי. כולי תקווה כי רשימה זו תעורר דיון בקרב שופטים וחוקרים של המשפט הישראלי.

פרק א: המסגרת הנורמטיבית

1. על מהותו של עקרון הערך החברתי המוגן⁸

עקרון הערך החברתי המוגן הינו אמת-המידה הבסיסית למבנה העברה הפלילית ברוב הקודקסים הפליליים. ענייננו באינטרס שהחברה מעוניינת בקיומו כאמצעי להתפתחות האדם. זהו הגרעין של העברה, והוא מהווה את ההצדקה לעצם קיומו של האיסור הפלילי. על מהותו ועל אפיונו ותפקידו של עקרון הערך החברתי המוגן נשברו קולמוסים ונפרשו פולמוסים רבים, בעיקר בספרות המשפטית המקצועית הענפה. יפים לעניין זה דבריו של דן ביין:

"כשמדברים על אינטרס חברתי, בהקשר זה, אנו מתכוונים לשאיפה של החברה – שהיא בעלת עוצמה מספקת שתצדיק את השימוש בחוק הפלילי דווקא – להבטיח זכויות⁹ של בני-אדם, אם בתור פרטים ואם כצבוא. זכויות אלה מתייחסות מבחינת תוכן ברוב המקרים לאובייקטים מסוימים. אובייקטים אלה יכולים להיות גשמיים, כגון גופו של אדם, או עצמים פיזיים

8 ראו ביין, לעיל ה"ש 4, בעמ' 85–86. ראו עוד מרדכי קרמניצר "על מאפיינים אחדים של המשפט הפלילי הגרמני" גבורות לשמעון אגרנט 325, 327–329 (אהרן ברק ומרדכי קרמניצר עורכים, 1987) (להלן: קרמניצר "על מאפיינים אחדים של המשפט הפלילי הגרמני"); GEORGE P. FLETCHER, RETHINKING CRIMINAL LAW 30–57 (1978).

9 במובן הרחב ביותר של מושג זה, דהיינו, ככולל חירות, כוחות וחסינות. ראו: P.J. FITZGERALD, SALMOND ON JURISPRUDENCE 224 (1966); J.W. SALMOND, JURISPRUDENCE (1947).

שונים, אך הם יכולים להיות גם מופשטים, כגון סטטוס הנישואין, ושמו הטוב של אדם.¹⁰

מרדכי קרמניצר כותב בהקשר של המשפט הגרמני:

“המיוחד לתורת הערך המוגן כפי שפותחה במשפט הגרמני לאחר מלחמת העולם השנייה מתבטא בשלושה: האחד – [ב]תפישת הערך המוגן כמושג מטה־משפטי, שאיננו רק ה־ratio-legis או ה־Sinn und Zweck (המשמעות והמטרה של האיסור), אלא גם אמצעי לביקורת של האזרח על המחוקק, המאפשר להבחין בין חקיקה שרירותית לבין חקיקה עניינית. אין הוא רק בסיס ליצירת איסורים אלא גם יסוד מגביל, המותח את הקו שמעבר לו אין ליצור עבירות, ועל־ידי־כך הוא מהווה ערובה לחירות הפרט. השני – [ב]ראיית כל הערכים המוגנים כערכים של הפרט תוך המרת האבחנה המקובלת בין אינטרסים של היחיד ואינטרסים של הכלל, באבחנה בין ערכים שהם נחלתו הבלעדית של הפרט לבין ערכים שהם נחלת הפרטים־כולם (בבעלות משותפת של כל הפרטים)... השלישי – [ב]גיבוש הגדרות מהותיות, מדויקות ומפורטות של הערכים המוגנים על־ידי העבירות השונות. הגדרות אלה מביאות לצמצום היקף האיסורים ביחס להגדרות רחבות, עמומות, המשתמשות במונחים כלליים, עם קונוטציה מוסרית – המקובלות אצלנו.¹¹”

האנטי־חברתיות של העברה הפלילית היא הפסול שבעצם המעשה במובנו הרחב; היא הנזק החברתי שנגרם, על־פי השיטה האנגלו־אמריקאית; והיא הפגיעה בערך החברתי המוגן, על־פי השיטה הקונטיננטלית והשיטה הישראלית. העברה הפלילית נועדה להדריך התנהגות. מעשה שנופל בגדר עברה פלילית הינו מעשה אנטי־חברתי. מעשה שמהווה עברה פלילית פוגע בהכרח בערך החברתי המוגן, בעוברו על האיסור הספציפי שמוטל באותה הוראת דין פלילית סטטוטורית על אותו מעשה. בהקשר זה יש להבחין בין הגדרתה הפורמלית של העברה הפלילית לבין הגדרתה המהותית. על־פי ההגדרה הפורמלית, עברת התנהגות מורכבת מהתנהגות ומנסיבה, בעוד עברת תוצאה מורכבת מתוצאה, נסיבה, סיבתיות וייחוס אחריות. לעומת זאת, על־פי ההגדרה המהותית, עברה פלילית היא תופעה אנטי־חברתית, שהאנטי־חברתיות שלה מורכבת מהתנהגות ומתוצאה אנטי־חברתיות. מבחינת המשפט

10 ראו ביין, לעיל ה"ש 4, בעמ' 85.

11 ראו קרמניצר "על מאפיינים אחדים של המשפט הפלילי הגרמני", לעיל ה"ש 8, בעמ' 327.

הפלילי, בהעדר זהות בין שתי ההגדרות, ההגדרה המהותית היא שקובעת את אופיו של המעשה האסור.¹²

לשם הבנה עניינית של עקרון הערך החברתי המוגן, ראוי לעמוד תחילה על מרכיביו ועל הגדרות-היסוד של כל אחד מהם:

- "ערך" – ערך הוא אובייקט של המחשבה, של הרצון או של התשוקה האנושיים. המשפט מכיר כערכים מוגנים באותם אינטרסים חברתיים המאפשרים את תפקודה התקין של החברה, לפי השקפות-העולם המרכזיות באותה חברה לגבי טיבו ומשמעותו של תפקוד תקין כזה.
- "ערך חברתי" – ערך חברתי הוא נגזרת של "השקפות החברה", ולאחר-מכן הוא נגזרת של "עקרונות המשטר הדמוקרטי" ושל "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו". מעצם טיבו וטבעו, ערך חברתי משקף את המוסכמות הכלליות של החברה, אשר נקבעות מכוח אותם עקרונות של המשטר הדמוקרטי, ומתיישבות עם עקרונות-היסוד של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

12 כל עברה פלילית נועדה למנוע תוצאה מסוימת (להלן: התוצאה האסורה). ביחס לעברות מסוימות, עצם ההתנהגות גוררת אחריה בהכרח התקיימות של התוצאה האסורה (עברות התנהגותיות), ואילו בעברות אחרות אין המעשה כשלעצמו גורם להתרחשות התוצאה האסורה (עברות תוצאתיות). עברת התקיפה שלפי סעיף 379 לחוק העונשין באה למנוע פגיעה באוטונומיה של הפרט. הגדרת המונח "תקיפה" בסעיף 378 לחוק העונשין היא רחבה עד כדי כך שכל מעשה הנופל בגדר הגדרת המונח "תקיפה" גורם בהכרח לפגיעה באוטונומיה של הפרט, הוא קורבנה של עברת התקיפה. לפיכך עברת התקיפה מוגדרת עברה התנהגותית, כך שאין צורך להוכיח קיומו של יסוד תוצאתי עצמאי כלשהו, הוא הפגיעה באוטונומיה. כלומר, לא יעלה על הדעת מקרה שבו אלמוני עושה מעשה הנופל בגדר הגדרת המונח "תקיפה" אך האוטונומיה של הקורבן אינה נפגעת. להבדיל, בעברת ההריגה שלפי סעיף 298 לחוק העונשין, אשר נועדה להגן על חיי אדם, העובדה שפלוגני ירה על פלמוני כדי להמיתו אינה גורמת בהכרח למותו. לכן רק אם פלמוני מת, יהיה אפשר להרשיע את פלוגני בעברת ההריגה; בכל מקרה אחר יהיה אפשר להרשיעו לכל-היותר רק בעברת ניסיון להריגה (סעיפים 25 ו-298 לחוק העונשין). לפיכך עברת ההריגה מוגדרת עברה תוצאתית. בהתאם לכך, אין בהוכחת ביצוע מעשה הירי כדי להרשיע את פלוגני בהריגה, כי אם שומה להוכיח כי הירי הביא לידי מותו של פלמוני, קרי, יש להוכיח את קיומה של תוצאת המוות כיסוד נפרד הנמנה עם יסודותיה של עברת ההריגה. במסגרת הבחנה זו בין עברה התנהגותית לבין עברה תוצאתית ראוי לציין כי הפסיקה מזהה קטגוריה נוספת המכונה "עברה תוצאתית ככוח". קטגוריה זו עוסקת בעברות שבאמצעותן המחוקק מבקש למנוע אפילו את אפשרות התרחשותה של התוצאה האסורה. דוגמה לכך היא העברה שלפי סעיף 144ב(א) לחוק העונשין (איסור פרסום הסתה לגזענות). בסוג זה של עברות התביעה נדרשת להוכיח קיומה של הסתברות להתרחשות התוצאה האסורה. עם זאת, קיימת מחלוקת רבת ביחס לסוג המבחן ההסתברותי הנדרש. ראו ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221 (1996).

• "ערך חברתי מוגן" – ערך חברתי מוגן הוא אינטרס חברתי (ערך חברתי) שהחברה בכללותה בחרה להגן עליו ואשר המשפט הפלילי עיגן אותו בהוראות חוק סטטוטוריות, כך שהפגיעה בו מהווה עברה פלילית.¹³ מכל האמור נמצאנו למדים כי "ערך חברתי" מתגבש לכלל "ערך חברתי מוגן" בהתקיים שני תנאים מצטברים: האחד, הכרה חברתית – כאשר החברה בכללותה בוחרת להגן עליו; והאחר, הכרה משפטית – כאשר המחוקק מעגן את ההכרה החברתית בחוק, כך שעצם הפגיעה בתוצר הסופי של ההכרה החברתית מהווה את התוצר הסופי של ההכרה המשפטית, דהיינו, עברה פלילית. על רקע זה ניתן להצביע על תפקידיו של עקרון הערך החברתי המוגן.¹⁴ ראשית, תפקידו של עקרון הערך החברתי המוגן הוא להדריך את הפרשן המשפטי, לרבות את בית-המשפט, בבואו לפרש נורמה עונשית. הערך החברתי המוגן הינו כלי-עזר בפרשנותה של הנורמה הפלילית, מאחר שהוא מבטא את תכליתו של האיסור הפלילי.¹⁵ שנית, עקרון הערך החברתי המוגן "פונה" למחוקק ומדריך אותו להגדיר מעשים המפרים ערכים חברתיים מוגנים כמעשים אסורים, כעבירות פליליות. שלישי, עקרון הערך החברתי המוגן משמש מדריך לאזרח, הואיל ומעצם הגדרתו של הערך החברתי המוגן האזרח נהיה מודע לחשיבותו ולמרכזיותו של ערך זה, ועל-ידי כך יכול לזהות ולהבחין בין חקיקה עניינית שנועדה להגן על אותו ערך חברתי מוגן לבין חקיקה שרירותית שאין עניינה, מניה וביה, בערך החברתי עצמו.

13 בהגדרה זו יש כדי לבטא את התפיסה כי הערך המוגן הינו הלגיטימציה לעצם יצירתה של העברה הפלילית. מושא העברה הוא הערך החברתי אשר מוגן על-ידי איסור העברה ונתון בסכנה על-ידי ביצועה. זהו הטעם, אפוא, לעצם איסור העברה, שכן בלעדיו אין בעברה – ולא יכולה להיות בה – פגיעה כלשהי בחברה המאורגנת, ואין היא מהווה תופעה אנטי-חברתית. פלר, לעומת זאת, מגדיר את מושא העברה באופן שונה. ראו ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 721 (1984): "אובייקט העבירה כיסוד מבין יסודותיה הכלליים, שביטוי בערך החברתי המוגן על-ידי איסור העבירה וענישתה, והנתון בסכנה על-ידי ביצועה. האנטי-חברתיות המגולמת בכל עבירה פלילית מתבטאת, הלכה למעשה, בכך שהעבירה מעמידה בסכנה נכס מסויים – רוחני או אידיאולוגי – חיוני לקיומה התקין של החברה ולהתפתחותה הרצויה. זהו הביטוי של האנטי-חברתיות האמורה, ה-ratio של עצם איסור העבירה והסיבה השורשית לענישתה. מניעת התופעה האנטי-חברתית וריסונה כדי להגן על הערכים החיוניים של החברה, הם מטרת החוק הקובע את האיסור. רק על רקע זה ניתן לבנות, ובונים למעשה, את הגדרות העבירות לסוגיהן, מבחינת תכנן האובייקטיבי והסובייקטיבי, בהתאם לטיב הערך החברתי הנתון בסכנה. בכך משתלב אובייקט העבירה כאחד מיסודות העבירה, ביסודותיה הנתונים".

14 ראו קרמניצר "על מאפיינים אחדים של המשפט הפלילי הגרמני", לעיל ה"ש 8, בעמ' 327.

15 ראו פלר, לעיל ה"ש 13, 729–740; מרדכי קרמניצר עיקרי מבנה וארגון של העבירות הספציפיות 228 (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 1980).

ראינו אפוא כי תכליתם הכללית של דיני העונשין, שהם אבן-מסד לנורמות האוסרות הספציפיות, היא להגן על הערכים החיוניים לתפקודה התקין של החברה¹⁶ ולהתפתחותה הרצויה בהתאם לתפישות החיים שעל-פיהן היא מונהגת בתקופה נתונה. מטרה כללית זו מושגת על-ידי התוויית גבולות לחירותו של הפרט באמצעות נורמות אוסרות ספציפיות. על-כן תכליתה של נורמה אוסרת ספציפית היא הגנה על ערך חברתי מסוים.¹⁷ אלא שברוב המקרים איתורו של האינטרס החברתי המוגן אינו משימה קלה. השאלה היא אפוא: כיצד ניתן לאתר את הערך החברתי המוגן בעברה פלילית ספציפית?

דן ביין כותב בחיבורו:

”בכל מקרה ישנן סיטואציות ברורות פשוטות ויום-יומיות, שלגביהן ברור ומוסכם על הכל שהן ראויות לענישה, וכן שהן ראויות לענישה במסגרת עבירה נתונה דווקא... אך כשעוברים מסיטואציית הגרעין למקרים אחרים, השונים ממנה במידה גדולה והולכת (להלן סיטואציות השוליים) יכול להתעורר ויכוח אם ראויות הן לענישה אם לאו. במקרה שעבירה קיימת זמן ממושך, התהליך פשוט יותר, מאחר וסיטואציות שוליים רבות נידונו על ידי בתי משפט, אשר החליטו אם לכלול במסגרת העבירה אם לאו. קביעות אלה של בית המשפט, אם יש בהן מידה של עקיבות, ניתן לבטאן בצורה תמציתית על ידי נוסחה המגדירה את האינטרס החברתי של העבירה. בנוסחה זו ניתן להיעזר לאחר מכן כדי לקבוע ולהחליט אם סיטואציות שוליים חדשות, שלא נתקלו בהן קודם לכן שייכות למסגרת העבירה הנתונה, אם לאו.”¹⁸

השופט אליעזר גולדברג, ב”חיפושיו” אחר הערך החברתי המוגן באמצעות עבדת המרדה, בוחר בכלים שונים מאלה שהשתמש בהם ביין, אם כי לא בהכרח סותרים. לגישתו:

”ההיסטוריה החקיקתית מחזקת את הסברה שעבירת המרדה באה להגן על מבנה המשטר ולא על ערכיו. בפקודת החוק הפלילי, 1936, שולבה עבירת המרדה בפרק 'בגד ועבירות אחרות כלפי השלטון והממשלה'... כותרת הפרק הוחלפה ב'פגיעה בסדרי המשטר והחברה', כשתוספת התיבה 'חברה' נתבקשה נוכח שילוב סימנים נוספים בפרק, בהן הפגיעה בסדר החברתי היא עצמאית, ואינה נובעת מפגיעה בסדרי המשטר... על כך יש להוסיף את סעיף

16 ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 535, 554-555 (1998) (להלן: ע"פ כהנא).

17 ע"א 360/64 אבוטבול נ' קליגר, פ"ד יט(1) 429, פס' 9 לפסק-דינו של השופט זילברג (1965).

18 ראו ביין, לעיל ה"ש 4, בעמ' 85-86.

136, המגדיר המרדה מהי... אולם מתוך תיאור הפגיעות בערך החברתי המנויות בסעיף 136 לחוק, ניתן ללמוד על מהותו.¹⁹

מכל האמור אנו למדים כי השופט גולדברג, בבואו לאתר את הערך החברתי המוגן באמצעות עברה פלילית, עושה שימוש בהיסטוריה החקיקתית של הוראת הדין הספציפית, וכן בסביבה הנורמטיבית של אותה נורמה משפטית פלילית ספציפית.

כשלעצמי, הנני סבור כי בפעולת איתורו של הערך החברתי המוגן באמצעות עברה פלילית מסוימת ראוי לשוב ולהידרש להגדרות־היסוד שפרשתי לעיל כאשר ניתחתי את מרכיביו של עקרון הערך החברתי המוגן. פנייה לאותו ניתוח לעיל מובילה לדעתי למבחן המרכזי, שלפיו באיתור הערך החברתי המוגן יש לבדוק את "המקובלות החברתית", דהיינו, כיצד החברה תופסת עברה מסוימת.²⁰

איני מבקש לשלול בזאת, מניה וביה, את הגישות המוצעות על־ידי ביין והשופט גולדברג. עם זאת, אני בדעה כי גישותיהם יכולות לשמש מבחני־עזר מהותיים למבחן "המקובלות החברתית".²¹ מכל מקום, הן ביין והן גולדברג לא נדרשו למבחן "המקובלות החברתית". על־פי הרושם המצטבר ממהות ניתוחיהם, ספק בעיניי אם הם היו דוחים את מבחן "המקובלות החברתית", אך ייתכן שהם היו חולקים על המשקל שיש ליתן לו ביחס למבחנים המוצעים על־ידיהם. לדידי, מרכזיותו וחשיבותו של מבחן "המקובלות החברתית" מתחייבות מהגדרות־היסוד המרכיבות את מהותו של עקרון הערך החברתי המוגן.

ציינתי קודם כי הערך החברתי המוגן הינו תוצר של תרכובת מצטברת של שני גורמים: האחד – הכרה חברתית; והאחר – הכרה משפטית. לכן מקום שבית־המשפט נדרש לאתר את הערך החברתי המוגן, חזקה עליו שאת ראשית צעדיו יעשה בשני טרקיני בחינה אלה, אשר מהם ובגללם ראה עקרון הערך החברתי המוגן אור עולם. שני גורמים אלה מקורם במקובלות החברתית שמקבלת גושפנקה משפטית. לפיכך שומה על בית־המשפט – בבואו לאתר את הערך החברתי המוגן – לפרק תחילה את עקרון הערך החברתי המוגן למרכיביו היסוד שלו, לבדוק את מהות מרכיביו, ולבחון, בטרם כל, את הרציונאלים העומדים בבסיסו

19 ע"פ כהנא, לעיל ה"ש 16, פס' 13 ו-14 לפסק־דינו של השופט גולדברג. ראו באופן כללי שם, פס' 9-17 לפסק־דינו של השופט גולדברג.

20 ראוי לציין כי בצד הרעיון של "המקובלות החברתית", ההגנה על הערך החברתי מדגישה את האינטרסים הרחבים של הציבור, ולא את האינטרסים של פרטים. עם זאת, קיימת גם גישה אחרת המבקשת להדגיש את הפרט, שלפיה מטרתה של חברה מאורגנת היא להגן על האדם ולהבטיח חיים בצוותא של אנשים חופשיים. גישה זו מתיישבת עם "עקרונות המשטר הדמוקרטי" ועם חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

21 לדעתי, מבחן "המקובלות החברתית" מתחייב גם מן העיקרון של "הלימת העבירה את תודעת הציבור". ראו פלר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 51-52.

של רעיון הערך החברתי המוגן. ניתוח יסודי זה יש בו כדי להוביל למסקנה שהמבחן לאיתור הערך החברתי המוגן הוא מבחן "המקובלות החברתית".²² המושג "מקובלות חברתית" הוא מושג דינמי, ואופיו משתנה מעת לעת. קביעת המקובלות החברתית תיעשה אפוא "על רקע המציאות בת זמננו ובהתחשב בעקרונות יסוד אשר יש לתת להם משקל הולם בפרשנות חוקים."²³

2. מבט כללי: עברת המרמה – מהותה ויסודותיה

"המקבל דבר במרמה, דינו – מאסר שלוש שנים, ואם נעברה העבירה
בנסיבות מחמירות, דינו – מאסר חמש שנים."²⁴

זו לשונו של סעיף 415 לחוק העונשין, הממוקם תחת פרק יא, שעניינו "פגיעות ברכוש". הדיון הכללי שיערך להלן בעברת המרמה יתמקד בראשיתו בסיווגה של עברת המרמה כעברה התנהגותית או כעברה תוצאתית. הדין הרווח במשפט הישראלי רואה בעברת המרמה עברת התנהגות בעלת אופי מיוחד.²⁵

(א) היסוד העובדתי של עברת המרמה

היסוד העובדתי של עברת המרמה הוא קבלת דבר מאחר באמצעות טענה כוזבת. רכיב ההתנהגות מורכב משניים – הן מהצגת טענה כוזבת והן מקבלת "דבר" מכוחה של אותה

22 ראוי להדגיש כי בזיהוי פשטני של הערך החברתי המוגן עצמו אין די. לאחר איתורו של הערך החברתי המוגן יש לבחון מהי מידת ההגנה שראוי להעניק לו. מידה זו מבטאת מדיניות משפטית המאזנת בין משקלו הסגולי של הערך החברתי המוגן לבין משקלה הסגולי של החירות המוגבלת. ראו ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פ"ד לט(3) 218, 205 (1985); ע"פ 696/81 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 565, 574–575 (1983). נקודת האיזון בין האינטרסים אינה "קפואה", אלא עשויה להשתנות עם שינוי העיתים. כך מובטחת התאמתו של הדין הפלילי לצורכי החברה. גמישות זו מביאה לידי כך שהוראות הדין הפלילי יספקו את ההגנה הדרושה על-פי צורכי החברה האקטואליים. ראו ע"פ כהנא, לעיל ה"ש 16, פס' 8 לפסק-דינו של השופט גולדברג.

23 ראו דנ"פ 1789/98 מדינת ישראל נ' כהנא, נד(5) 145, פס' 16 לפסק-דינו של השופט אור (2000) (לעיל: דנ"פ כהנא).

24 ס' 415 לחוק העונשין, התשל"ז–1977, ס"ח 864 (להלן: חוק העונשין).

25 יעקב קרמי על הדין בפלילים כרך א 401 (1994); ע"פ 742/78 טל נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 449 (1979); ע"פ 2796/03 ביכס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.7.2004). עמדה זו זכתה בתימוכין בפסיקה מאוחרת מפרי-עטו של השופט יוסף אלון ברע"פ 849/07 בן-אשר נ' מדינת ישראל, פס' 6 (פורסם בנבו, 21.1.2008).

טענה.²⁶ הפסיקה בישראל העניקה למושג "קבלה" משמעות רחבה מאוד. "קבלה" כוללת, בצד הקבלה הפיזית של חפץ מיטלטל, גם קבלת "זכות",²⁷ דהיינו, זכייה. המושג "דבר" מוגדר בסעיף 414 לחוק העונשין: "מקרקעין, מיטלטלין, זכות וטובת הנאה".²⁸ המושג "מרמה" מוגדר בסעיף 414 לחוק העונשין: "טענת עובדה בענין שבעבר, בהווה או בעתיד, הנטענת בכתב, בעל פה או בהתנהגות, ואשר הטוען אותה יודע שאינה אמת או שאינו מאמין שהיא אמת".²⁹ למושג זה יש משמעות כפולה:³⁰ האחת מתייחסת ליסוד הפיזי שבעברה, דהיינו, הטענה הכוזבת שמניעה את המרומה להיפרד מן ה"דבר" ולמוסרו למרמה;³¹ והאחרת מתייחסת ליסוד הנפשי שבעברה, כלומר, הלך־הנפש של "ידיעה" שאותה טענה אינה אמת, או של "אי־אמונה" באמיתות הטענה.³²

- 26 מרדכי קרמיניצר המרמה הפלילית 17 (2009) (להלן: קרמיניצר המרמה הפלילית).
- 27 ע"פ 115/77 לב נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 513, 505 (1978); ע"פ 505/80 דניאל נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 512, 505 (1980). ראו עוד הגדרת "קבלת דבר" בס' 438 לחוק העונשין. הפסיקה קבעה בעניין זה כי יש ליתן למושג "דבר" פרשנות לשונית רחבה, דהיינו, אין להגביל את הפרשנות לאופי רכושי־כלכלי. זאת, חרף מיקומה של עברת המרמה בפרק העוסק בפגיעות ברכוש, וכן חרף המובא בהצעת החוק לתיקון דיני העונשין (עבירות, מרמה ועושיק), התשכ"ב–1962, ה"ח 514. ראו עוד ע"פ 116/66 פולק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(3) 393 (1966); ע"פ 386/62 בלסיאנו נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז(4) 2348 (1962); ע"פ 499/72 אל שעבי נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(1) 602 (1973); ע"פ 817/76 דנינו נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(3) 645 (1976); ת"פ (מחוזי י-ם) 392/82 מדינת ישראל נ' אמיר, פ"מ התשמ"ג(ב) 82 (1983); ע"פ 310/85 זוסיה נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(3) 673 (1985); ע"פ 752/90 ברזל נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 563, 539 (1992); ע"פ (מחוזי י-ם) 279/75 מדינת ישראל נ' זהבי, פ"מ התשל"ז(1) 145 (1975); ע"פ 179/82 אביבי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 330 (1982); ע"פ (מחוזי ב"ש) 70/72 מן נ' מדינת ישראל, פ"מ התשל"ה(1) 264 (1972); ע"פ 399/68 מדינת ישראל נ' זוסמן, פ"ד כב(2) 1029 (1968); ע"פ 291/64 וינברג נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט(1) 150 (1965); ע"פ 616/83 פליישמן נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(1) 449 (1985); ע"פ 839/78 מדינת ישראל נ' אבני, פ"ד לג(3) 821 (1979); ע"פ (מחוזי חי') 533/00 כנען נ' מדינת ישראל, פ"מ התש"ס(2) 97 (2001).
- 29 ראו גם מרדכי קרמיניצר "על העבירה של מרמה והפרת אמונים לפי סעיף 284 לחוק העונשין ועל המחשבה הפלילית" משפטים יג 277, 275 (1983).
- 30 ראו קדמי, לעיל ה"ש 25, בעמ' 405.
- 31 להגדרת המושג "מרמה" כרכיב פיזי ראו ע"פ 224/57 ליברמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יב(1) 668, 665 (1958). ראו גם ע"פ 184/59 כוגן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יד(1) 141 (1960); ע"פ 125/59 פרקש נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יג(2) 1429 (1959); ע"פ 126/61 רזניק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז(1) 34, 46 (1962); ת"פ (מחוזי ב"ש) 432/64 היועץ המשפטי לממשלה נ' פרידקין, פ"מ התשכ"ו(מח) 227 (1965); ע"פ 90/66 פרידקין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(3) 337, 340 (1966); ע"פ 593/81 מנדלבאום נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 509, 505 (1982); ע"פ 480/70 דסלר נ' מדינת ישראל, פ"ד כה(1) 732 (1971); ע"פ 223/88 לארי נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 11, 19

(1989); ע"פ 130/88 גרוסמן נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(4) 604, 599 (1989); ע"פ 1/72 חברת "אלימור" בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(1) 531, 521 (1973); ת"פ (מחוזי ב"ש) 233/69 מדינת ישראל נ' ביטון, פ"מ התש"ל(ע) 141, 145 (1970); ע"פ 364/76 גוזלן נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(2) 405 (1977); ע"פ 165/66 לוי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(3) 304, 302 (1966); ע"פ 535/88 מרבוקה נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(1) 277, 265 (1990); ע"פ 201/79 הלמר נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 97 (1980); ע"פ 20/53 ניימן נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ט(2) 845 (1955); ע"פ 173/75 מדינת ישראל נ' בן-ציון, פ"ד ל(1) 137, 119 (1975); ע"פ 230/60 דובלרו נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז(1) 689, 686 (1962). בהקשר זה צפה השאלה אם עברת המרמה צריכה לכלול, ברכיב ההתנהגותי שלה, רק שקר מתוכנן או שמא גם שקר פשוט. שאלה זו אינה פשוטה, ואבקש להביא את העמדות הנוגדות משני צידי המתנס. ברי כי במישור האזרחי שקר פשוט נכלל בגדר עוולת המרמה. לעומת זאת, המשפט הפלילי עוסק בתופעות חמורות מאוד, ולכן שקר פשוט אינו אמור להיכלל בגדר הרכיב ההתנהגותי של עברת המרמה. כל-כך למה? כאשר מדובר בשקר פשוט, ניתן להניח כי האדם הסביר היה מבחין בשקר מסוג זה, ולכן המרומה באמצעות שקר פשוט יכול להגן על עצמו מפני מעשה תרמית כזה בכוחות עצמו. אפשרות זו הינה בבחינת "האמצעי האחר" אשר מזיק פחות מן האמצעי הענישתי הפלילי, ועל-כן הוא מתחייב מכוח עקרון השוויון. יתר על כן, שיקולים של מדיניות שיפוטית מובילים גם הם לאותה מסקנה, שהרי מקום שמדובר בשקר פשוט, שיקולים של מדיניות שיפוטית יבקשו להניע אנשים להיות זהירים יותר. דהיינו, על האנשים הלא-זהירים לפתח יכולת – כמו זו של האדם הסביר – לזהות שקר פשוט. עמדה זו מקובלת בשווייץ, בצרפת, בבלגיה ובהולנד. עמדה זו, והנימוקים שבצידה, זכו במענה מצד המתנגדים לה. הללו טענו כי לפי עקרון השוויון, המדינה מנועה מלהגדיר מעשה כעברה פלילית רק מקום שלה עצמה יש "אמצעי אחר" מזיק פחות מזה של הדין הפלילי, ולא כאשר לקורבן עצמו יש "אמצעי אחר" כאמור. מתנגדים אלה מוסיפים וטוענים כי הוצאת השקר הפשוט מגדר העברה הפלילית יש בה משום פגיעה חמורה בתפקידם של דיני העונשין, אשר מיועדים, בראש ובראשונה, להגן דווקא על אנשים חלשים – למשל, על כאלה ששקר פשוט גורם להטעייתם. עמדה זו מקובלת במשפט הישראלי, במשפט הגרמני, במשפט האנגלי ובמשפט האמריקאי. עם זאת, עמדה זו מבקשת לראות בשקר פשוט נסיבה מקילה לצורך העונש. העונש הפלילי הוא גמול על אנטי-חברתיות המלווה אשמה. שקר פשוט מסוכן ל"רכוש" פחות מאשר שקר מתוכנן, ולכן גם האנטי-חברתיות פחותה כאשר מדובר בשקר פשוט. ייאמר מייד כי עמדה זו סבירה ביחס למשפט הגרמני, למשפט האנגלי ולמשפט האמריקאי, באשר הללו רואים ב"רכוש" את הערך החברתי המוגן באמצעות עברת המרמה. דא עקא שעמדה זו אינה מתיישבת עם הדין המצוי במשפט הישראלי, הרואה ב"חופש הדיספוזיציה" את הערך החברתי המוגן באמצעות עברת המרמה.

הפסיקה שמשקפת את הדין המצוי קבעה, ברחל בתך הקטנה, כי מה שקובע לעניין קיומה של מרמה אינו האמת האובייקטיבית, אלא הידיעה של האמת או האמונה באמת. ראו ע"פ 445/75 דקוסיאן נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(1) 297, 294 (1976); ע"פ 137/68 רוט נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(1) 664, 668 (1968); ע"פ 20/61 סהר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טו 561, 578 (1961); ע"פ 4336/96 מדינת ישראל נ' דיניץ, פ"ד נא(5) 97 (1997). עמדה זו של הפסיקה הישראלית אינה מקובלת על מרדכי קרמניצר. ראו מ' קרמניצר "האם אמת היא שקר? (ע"פ 445/75 דקוסיאן נ' מדינת ישראל)" הפרקליט לז 472, 459 (1987): "כאשר נסיבה זו

עד כה ניתחתי את יסודותיה של עֲבֵרַת המרמה על־פי הדין המצוי, ונותר לי אפוא להתייחס לשאלת "הקשר הסיבתי"³³. התייחסות ל"קשר הסיבתי" הינה בבחינת דיון חיוני לגבי אלה הרואים בעֲבֵרַת המרמה עֲבֵרַת תוצאה. כלל הוא כי אין עֲבֵרַת מרמה אלא אם כן ניתן ה"דבר" מחמת המרמה. כלומר, יש צורך בהתקיימות קשר סיבתי בין המרמה לבין פרידתו של הנותן מן ה"דבר". בפסיקה נקבע כי –

"אכן מחובתה של התביעה הכללית להוכיח את הקשר הסיבתי שבין המרמה ותוצאותיה. אבל, קשר זה ניתן להסיקו מן העובדות המוכחות ויש והוא צף ועולה מעצם הנסיבות והתנהגות הצדדים".³⁴

אכן, בעת בדיקת הקשר הסיבתי לעניין עֲבֵרַת המרמה חלים אותם כללים ועקרונות כלליים אשר הותוו בפסיקה הענפה הנוגעת בדיני העונשין. אולם יש לשים לב שהקשר הסיבתי בעֲבֵרַת המרמה משמעו סיבתיות פסיכולוגית, ולא סיבתיות פיזיקלית (בלא התנהגות אין

[הכוונה לנסיבה אובייקטיבית של היות הטענה כוזבת – מ' ו' אינה מתקיימת, התנהגותו של העושה שאינו מודע לאי התקיימותה, אינה יכולה להיות עבירה מושלמת אלא רק ניסיון לעבור אותה עבירה, לפי הוראת סעיף 33(ג) לחוק העונשין. על גישה זו אני חולק, שהרי בחינתם של עקרונות-היסוד של דיני העונשין מחייבת את המסקנה כי אמירת אמת אינה יכולה להיות מרמה, אלא לכל-היותר ניסיון כושל לרמות. ודוק: עֲבֵרַת המרמה חייבת לכלול ביסוד העובדתי טענת-שקר; טענת-השקר היא האמצעי הפסול העומד במוקד של עֲבֵרַת המרמה. הואיל ואמצעי פסול הוא האמצעי אשר יש בו – מבחינה אובייקטיבית מופשטת – כדי לפגוע בערך החברתי המוגן, אמירת אמת אינה יכולה להוות מעשה פסול מבחינה עובדתית אובייקטיבית. משכך, והואיל והיסוד הנפשי הינו בבחינת מודעות סובייקטיבית לעובדה שמדובר בטענת-שקר, לדידי אמירת אמת אינה יכולה להיות מרמה. אומנם, לשונו של סעיף 414 לחוק העונשין נוקטת גישה הפוכה משלי ומזו המוצעת על-ידי קרמניצר, אולם לעניות דעתי ייטיב המחוקק אם ישנה את גישתו בהתאם לעמדה המוצעת לעיל, אשר מתחייבת, כאמור, מעקרונות-היסוד של דיני העונשין. ראו עוד: J.C. SMITH & BRIAN HOGAN, CRIMINAL LAW 557 (1999); *In re London and Globe Finance Corporation Ltd.*, [1903] I Ch 728, 732.

33 ראו קדמי, לעיל ה"ש 25, בעמ' 411–412; ע"פ 240/66 מצארוה נ' מדינת ישראל, פ"ד כ(4) 39 (1966); ע"פ 515/71 קאופמן נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(2) 429, 433 (1972); עניין אל שעבי, לעיל ה"ש 28, בעמ' 608; ע"פ 726/78 שלחין נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 710, 701 (1979); ע"פ 26/57 הלבר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יא(2) 945, 946 (1957); ע"פ 249/60 היועץ המשפטי לממשלה נ' אורבך, פ"ד יד(3) 2599 (1960); ע"פ 338/61 בנוז נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לח(4) 497, 500 (1962); ע"פ 38/61 יצחק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז(1) 514, 518 (1962).

34 ראו עניין אל שעבי, לעיל ה"ש 28, בעמ' 608. ראו גם ע"פ 293/89 סוקולובסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 150, 92 (1992).

תוצאה, דהיינו, עקרון ה"סיבתיות בלעדיה אין". זאת, להבדיל ממשמעותו של הקשר הסיבתי בהקשר של עברות פליליות אחרות. סיבתיות פסיכולוגית נבחנת לפי הלך-נפשו של הקורבן, ולא לפי הלך-נפשו של העושה. פעולת ההטעיה הנעשית על-ידי העושה (המרמה) גורמת לטעות של הקורבן (המרומה), וטעות זו של הקורבן (המרומה) גורמת לפעולה של המוטעה (הקורבן/המרומה). על-כן נדרש שפעולת הקורבן, בהיותו מוטעה, תהא קשורה באופן סיבתי לפעולת ההטעיה (מעשה התרמית). לדוגמה:

אדם מעמיד פני קבצן אף שלאמיתו של דבר אין הוא כזה, כלומר, מדובר ברמאי המבצע מעשה תרמית כדי להשיג כסף ברמאות. בדוגמה זו מדובר בקבצן נודניק שאינו עוזב את קהל-היעד שלו עד שיקבל את מבוקשו, קרי, צדקה (כסף). אחד מעוברי-האורח נותן לאותו רמאי כסף כצדקה – לא משום שזה רצונו, אלא רק כדי להיפטר ממנו, שהרי אותו רמאי אינו מרפה ממנו.³⁵

דוגמה זו ממחישה סיטואציה שבה אין קשר סיבתי פסיכולוגי כאמור, משום שלא טעותו של הקורבן (עובר-האורח) היא שהניעה אותו לפעול (לתת כסף לצדקה), אלא רצונו להיפטר מאותו קבצן "נודניק" (הרמאי).

(ב) היסוד הנפשי של עברת המרמה

עניינו של יסוד זה במושג "מרמה". הואיל וכבר התייחסתי למשמעותו הכפולה של יסוד זה, לרבות הפן של היסוד הנפשי שלו, אסתפק כאן בציון העובדה שמדובר בהלך-נפש של "ידיעה" שאותה טענה אינה אמת או של "אי-אמון" באמיתות הטענה. יעקב קדמי, בהסתמך על פסיקתו של בית-המשפט העליון, טוען כי אותה "ידיעה" המהווה את היסוד הנפשי של עברת המרמה משמעה ידיעה ממשית, מלאה וברורה שהטענה כוזבת.³⁶ "אי-אמון באמיתות הטענה" משמעו העדר אמונה ממשית, מלאה וברורה באמיתות הטענה. החלופה של "אי-אמון באמיתות הטענה" באה להדגיש כי רק אמון ממשי באמיתות הטענה יוכל להשמיט את הבסיס מתחת לאחריות לקבלת דבר

35 דוגמה זו, העוסקת בסוגיה של "מרמת צדקה", עניינה בשאלת הסיבתיות הפסיכולוגית – שאלה שטרם נידונה במשפט הישראלי. עיקר הדיון בשאלה זו התפתח במשפט המשווה. לדיון מקיף בסוגיה זו ראו FLETCHER, לעיל ה"ש 8, בעמ' 54–57. ראו גם: Resolution of August 16, 1961, 16 BGHSt. 321, 325.

36 ראו קדמי, לעיל ה"ש 25, בעמ' 416–417.

באמצעות "טענה כוזבת". עם זאת, "רשלנות" בלבד, בכל הקשור לאמיתות הטענה, אינה מספקת להרשעה ביחס לשתי החלופות הקבועות בהגדרה, המצריכות מודעות בפועל (המאפיינת כוונה או פזיזות), להבדיל ממודעות בכוח (המאפיינת רשלנות) בדבר הכזב שבטענה.

(ג) עֲבֵרַת הַמְרָמָה – הַאֲוִמָּנִים עֲבֵרַת הַתְּנַהְגוֹת?

לא אחת נדרש בית־המשפט העליון לשאלת סיווגה של עֲבֵרַת הַמְרָמָה כעֲבֵרַת הַתְּנַהְגוֹת או כעֲבֵרַת תּוֹצְאָה. לרוב הביע בית־המשפט את הדעה כי מדובר בעֲבֵרַת תּוֹצְאָה. בפרשת גולדין קבע השופט גולדברג:

"העבירה של קבלת דבר במרמה הינה עבירה תוצאתית, כשרכיבה ההתנהגותי הוא הצגת טענה כוזבת, ותוצאתה – קבלת הדבר על יסוד טענה זו. התוצאה בעבירה זו הינה תוצאה מסוג מיוחד, שכן היא מקפלת בתוכה מרכיב התנהגותי, הוא קבלת הדבר."³⁷

עֲבֵרַת תּוֹצְאָתִית הינה שילוב של התנהגות, נסיבות, סיבתיות וייחוס אחריות. המאפיין הייחודי והסגולי לעֲבֵרַת תּוֹצְאָתִית הוא שלא כל התנהגות שמקיימת את הרכיב ההתנהגותי של העֲבֵרַת מובילה לתוצאה של פגיעה בערך החברתי המוגן. בעֲבֵרַת הַתְּנַהְגוֹת, לעומת זאת, כל התנהגות שמקיימת את הרכיב ההתנהגותי של העֲבֵרַת מובילה בדרך־כלל לתוצאה של פגיעה בערך החברתי המוגן, דהיינו, התוצאה נכללת בתוך ההתנהגות. עֲבֵרַת הַתְּנַהְגוֹת, למשל, הינה עֲבֵרַת הַתְּנַהְגוֹת, ולא עֲבֵרַת תּוֹצְאָה, משום שתקיפת אדם פוגעת תמיד בערך החברתי המוגן באמצעות עֲבֵרַת הַתְּנַהְגוֹת (אוטונומיית האדם על גופו). הגדרת עֲבֵרַת הַתְּנַהְגוֹת כעֲבֵרַת תּוֹצְאָתִית הייתה מרוקנת את הרכיב התוצאתי מתוכן, שכן לא היה צורך בהוכחתו של רכיב זה, שהרי הוא מתקיים תמיד מעצם המעשה (ההתנהגות) של תקיפת אדם. לעומת זאת, עֲבֵרַת הַתְּנַהְגוֹת הינה עֲבֵרַת תּוֹצְאָתִית, משום שלא כל מעשה שנעשה מתוך רצון להמית אדם מוביל בסופו בהכרח להתרחשותה של התוצאה המזיקה, דהיינו, לפגיעה בערך החברתי (חיים) המוגן על־ידי עֲבֵרַת הַתְּנַהְגוֹת. לפיכך בעֲבֵרַת הַתְּנַהְגוֹת הוכחה עצמאית של הרכיב התוצאתי.

בענייננו, אי־אפשר להתעלם מכך שעל־מנת לסווג את עֲבֵרַת הַמְרָמָה כעֲבֵרַת הַתְּנַהְגוֹת או כעֲבֵרַת תּוֹצְאָה, יש לאתר תחילה את הערך החברתי המוגן באמצעות עֲבֵרַת הַמְרָמָה. עם

37 ע"פ 6350/93 מדינת ישראל נ' גולדין, פ"ד מט(4) 1, 58 (1995). ראוי לציין כי עמדה זו אינה עמדת יחיד, וכי היא זכתה בתמיכתם של חלק משופטי בתי־המשפט בישראל. ראו, לדוגמה, ת"פ (שלום צפת) 763/96 מדינת ישראל נ' נעמה, סוף פס' 18 (פורסם בנבו, 4.2.1999).

זאת, ראוי לציין כבר בשלב זה של הדיון כי רוב הגישות המוצעות ביחס לערך החברתי המוגן בעברת המרמה עשויות להוביל למסקנה כי עברת המרמה הינה עברה תוצאתית. באשר לעמדה הראשונה, שלפיה הערך המוגן בעברת המרמה הוא "חופש הדיספוזיציה"³⁸, ראינו כי חופש זה אינו נשלל מן הקורבן במקרה של "מרמת צדקה". כלומר, הערך של חופש הדיספוזיציה אינו נשלל מהקורבן בכל התנהגות שמקיימת את הרכיב ההתנהגותי של עברת מרמה. מכאן מתחייב סיווגה של עברת המרמה כעברה תוצאתית.

באשר לעמדה השנייה, שלפיה הערך המוגן בעברת המרמה הוא "חופש הדיספוזיציה לגבי רכוש", גם כאן מתחייבת לדעתי המסקנה כי עברת המרמה הינה עברה תוצאתית, שהרי ברי כי לא כל תרמית מובילה תמיד לשלילת חופש ההחלטה וחירות הפעולה לגבי רכוש. לדוגמה:

ראובן, בחור דרוזי, מציג את עצמו לפני גילה היהודייה כיהודי בשם שמעון. הוא קונה את ליבה וזוכה אף לקיים עימה יחסי מין. גילה הסכימה לקיים יחסי מין עם ראובן בסוברה כי ראובן הוא שמעון היהודי, ולא ראובן הדרוזי.

בהתעלם מהעברות הפליליות הנוספות שראובן עלול להימצא אשם בהן, בצד מעשה המרמה, ברור כאן כי ה"דבר" שאותו קיבל ראובן מגילה, באמצעות מעשה התרמית שלו, הוא "יחסי מין", ולא רכוש, ומה שנפגע כאן הוא חופש הדיספוזיציה של גילה לגבי "דבר" שאינו רכוש. דוגמה זו ממחישה כי לא כל התנהגות רמאית מובילה לפגיעה בחופש הדיספוזיציה לגבי רכוש, ועל-כן יש לסווג את עברת המרמה, גם לפי גישה זו, כעברה תוצאתית.

מן העמדה השלישית, שלפיה הערך המוגן בעברת מרמה הוא ה"רכוש", מתחייבת שוב המסקנה כי עברת המרמה הינה עברה תוצאתית. לפי גישה זו, המפנה את הזרקורים אל הרכוש שנפגע כתוצאה ממעשה תרמית, עמדה שרואה את עברת המרמה כמיועדת לאסור קבלת דברים, ולא כמיועדת למנוע נזק, הינה עמדה אשר סותרת את תפקידם של דיני העונשין. קבלת דבר, כשלעצמה, אינה צריכה להיות אסורה כל עוד לא נזק לרכוש הקורבן (המרומה). לפיכך, והואיל ולא כל מעשה תרמית המקיים את הרכיב ההתנהגותי של עברת המרמה יש בו כדי להביא לידי פגיעה ברכושו של מי שנפל קורבן למעשה התרמית, יש לסווג את עברת המרמה כעברה תוצאתית, ולא כעברת התנהגות.

38 חופש הדיספוזיציה הוא חופש הבחירה מדעת.

והנה, אף שניתחתי את מרכיביה של עבֵרת המרמה, ואף שעמדתי תוך כדי כך על סוגי המעשים הנמנים עם היסוד ההתנהגותי שלה ובחנתי את מהותו של הלך־המחשבה הנדרש לשם התקיימותה, נותרתי עדיין ללא תשובה ביחס לסיווגה של עבֵרת המרמה כעבֵרה התנהגותית או כעבֵרה תוצאתית. שאלה אחרונה זו היא אקוטית, שכן סיווג זה עשוי להשפיע על ההליך המשפטי לא רק ברמה התיאורטית, אלא בעיקר ברמה המעשית, בהשליכו על יסודות העבֵרה שהתביעה צריכה להוכיחם בהליך הפלילי מעבר לכל ספק סביר. אם נמצא כי עבֵרת המרמה היא עבֵרה תוצאתית, כִּי־אז אין די בהוכחת פעולת המרמה, אלא שומה על התביעה להוסיף ולהוכיח קיומה של תוצאה. שאלה אחרת היא, כאמור, מהי התוצאה שהתביעה צריכה להוכיח. כך או כך, שאלת סיווגה של עבֵרת המרמה כעבֵרה התנהגותית או תוצאתית תלויה בעיקר באיתורו של הערך החברתי המוגן על־ידיה. עניין אחרון זה הומחש באמצעות הדוגמות שהובאו לעיל בפרק זה. אצא עתה לבחון את הערך החברתי המוגן באמצעות עבֵרת המרמה.

פרק ב: הדין המצוי – הערך החברתי המוגן באמצעות עבֵרת המרמה

בפרק זה אציג את הדין המצוי בשאלת הערך החברתי המוגן באמצעות עבֵרת המרמה, תוך שימת דגש בהתפתחות ההיסטורית סביב שאלה זו. הדין בפרק זה יפרוש חופה מעל שלושה מישורים מקבילים: הראשון יעסוק במשפט הישראלי; השני – במשפט האנגל־אמריקאי; והשלישי – במשפט הקונטיננטלי.

1. הדין המצוי והמשפט הישראלי

מקורה ההיסטורי של עבֵרת המרמה הוא בפקודת החוק הפלילי, 1936, שם מוקמה עבֵרת המרמה תחת הפרק העוסק בעבֵרות נגד רכוש:

“Any person who by false pretences... obtains from any other person... anything capable of being stolen.”³⁹

ביום 5.8.1963 התקבל בכנסת חוק לתיקון דיני העונשין (עבירות מרמה, סחיטה ועושק), התשכ״ג–1963⁴⁰ (להלן: חוק המרמה). סעיף 2 לחוק המרמה קבע: “המקבל דבר במרמה,

39 ס' 301 לפקודת החוק הפלילי, 1936.
40 חוק לתיקון דיני העונשין (עבירות מרמה, סחיטה ועושק), התשכ״ג–1963, ס"ח 403.

דינו – מאסר שלוש שנים, ואם נעברה העבירה בנסיבות מחמירות, דינו – מאסר חמש שנים.⁴¹ בסעיף 1 לחוק המרמה נקבע:

”1. בחוק זה –

‘דבר’ – מקרקעין, מיטלטלין, זכות וטובת הנאה, ‘מרמה’ – טענה עובדתית בעניין שבעבר, בהווה או בעתיד, הנטענת בכתב, בעל פה או בהתנהגות, אשר הטוען אותה יודע שאינה אמת, או שאינו מאמין שהיא אמת, ו‘לרמות’ – להביא אדם על ידי מרמה לידי מעשה או מחדל.”

בדברי ההסבר להצעת חוק המרמה נכתב:

”1. החוק המוצע בא להחליף את הוראות פקודת החוק הפלילי, 1936, הדנות בקבלת כספים בטענות שווא על תולדותיה ובעבירות סחיטה וזיוף. המשותף לכל העבירות האלה הוא הנעת אדם לשלם כסף או שווה כסף באמצעי פסול – בין אם האמצעי הוא מעשה מרמה או זיוף ובין אם הוא מעשה סחיטה או עושק. במקום הסעיפים המרובים, המסועפים והמסובכים שבפקודת החוק הפלילי, 1936, מנוסח החוק המוצע בלשון כללית יותר בהוראות קצרות וכוללות... בכמה עניינים חשובים החוק המוצע משכלל את החוק הקיים ואלה הם:

א. ...ההגדרה של ‘מרמה’ בסעיף 1 לחוק המוצע מבטלת צמצום בלתי מוצדק זה, וכוללת גם טענות לגבי העתיד.⁴¹”

בחוק העונשין משנת 1977 שב המחוקק ואיחד את הוראות דיני העונשין שהיו מפורזות בחקיקה נפרדת ועצמאית. בדומה למצב הקודם, גם בהזדמנות סטטוטורית זו שב המחוקק והכליל את עברת המרמה תחת פרק יא שעניינו פגיעות ברכוש. לשונה של ההוראה העוסקת ב”קבלת דבר במרמה” לא השתנתה, ומעתה היא הוגדרה בסעיף 415 לחוק העונשין, ויסודותיה הוגדרו בסעיף 414 לאותו חוק.

מכל האמור לעיל, ומבלי להביע עמדה בשלב זה של הדיון, נמצאנו למדים כי למחוקק היה רצון לסווג את עברת המרמה כעברה העוסקת בפגיעה ברכוש. ברם, הפסיקה הישראלית לא קיבלה מסקנה לכאורית זו, המבוססת על דבריו המפורשים של המחוקק,

41 בדברי ההסבר להצעת חוק לתיקון דיני העונשין (עבירות מרמה ועושק), התשכ”ב–1962, ה”ח 202, 200.

אשר קיבלו ביטוי נהיר בדברי ההסבר להצעת חוק המרמה וכן בעצם עיגונה החוזר של עברת המרמה בחוק העונשין בפרק העוסק בפגיעות ברכוש.⁴² לשונה החדה והברורה של הפסיקה הישראלית אינה משאירה צל של ספק באשר לתשובה שיש ליתן לשאלה מושא הרשימה. בפרשת אל שעבי נדרש השופט צבי ברנזון לדיון זה, וכך קבע:

”כאן עיקר הטענה הוא שחוק המרמה, סחיטה ועושה הוא חוק של עבירות נגד הרכוש ואינו חל על מעשים בשטח המוסר... לדעתנו, אין מקום לשום ספק כי הבאת אישה להתמסרות, והסיפוק המיני והנפשי שהאיש שואב ממנה, הם בגדר קבלת 'טובת הנאה' במובן החוק... 'טובת הנאה', פירושו גרימת תענוג כמעשה טובה, מעין גמילת חסד... זוהי מילה בעלת משמעות רחבה ביותר, והיא כוללת כל דבר הגורם הנאה לאדם או נותן לו סיפוק גופני או נפשי.”⁴³

בכך ביקש השופט ברנזון לנקוט עמדה שלפיה הערך החברתי המוגן באמצעות עברת המרמה הוא חופש הדיספוזיציה, דהיינו, חופש ההחלטה וחירות הפעולה של הפרט. לדידו, אין נפקא מינה אם ערך זה נפגע לגבי רכוש אם לאו, ודי בעצם הפגיעה בחופש הדיספוזיציה. לחיזוק דעתו נשען השופט ברנזון על פרשת קרפ, שם נקבע:

”באותו עניין הורשע המערער בקבלת שוחד, אך אפשר להקיש ממנו לענייננו בקשר למשמעות המושג 'טובת הנאה'. בסעיף 4 לחוק לתיקון דיני העונשין (עבירות שוחד), תשי"ב–1952, נאמר, שאין נפקא מינה בשוחד אם היה כסף, שווה כסף, שירות או טובת הנאה אחרת. אמירה זו אינה שונה בהרבה מן ההגדרה של 'דבר' בחוק המרמה... וביחס לעבירת השוחד נקבע כי שירותים שקיבל המערער שם משתי נשים... לשם קיום יחסי מין... מהווים גמילת טובת הנאה במובן אותו חוק. והוא הדין כאן בנוגע ליחסי המין שהמערער קיים עם הבחורה.”⁴⁴

בגזרה שווה זו מעניין קרפ לעניין אל שעבי נראה לי, עם כל הכבוד, כי השופט ברנזון לא דק פורתא. נראה כי נעלמה מעיניו של השופט ברנזון העובדה – אשר לא בנקל ניתן לערער

42 מרים גור-אריה "התחזות לדמות פיקטיבית – התראות כאחר או מירמה" (ע"פ 499/72 אל שעבי נ' מדינת ישראל, פ"ד כ"ז(1) 602) "משפטים" ה' 673 (התשל"ג-התשל"ד).

43 ראו עניין אל שעבי, לעיל ה"ש 28, בעמ' 607. ראו והשוו: Scott v. Ohio (No. 17626), 141 N.E. 19 (1923).

44 ע"פ 538/71 קרפ נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(2) 234 (1972).

עליה – כי "חוק השוחד" בא להחליף את פרק יב' לפקודת החוק הפלילי, שאינו מוגבל לעבירות נגד רכוש,⁴⁵ ומכל מקום עבירת השוחד לא נועדה להגן על "רכוש".
 עמדה זו של בית-המשפט העליון שבה ונבחנה בעניין דנינו⁴⁶ על-ידי השופט מרים בן-פורת, והפעם גם תוך התייחסות לביקורת שהופנתה כלפי הלכת אל שעבי ודחייתה של ביקורת זו, דהיינו, אימוצה של הלכת אל שעבי. בפסק-דינה הציגה השופטת בן-פורת את הספרות המשפטית המקצועית שביקרה את פסק-דין אל שעבי – הן את זו של מרים גור-אריה,⁴⁷ שלפיה "הכוונה המתחייבת מלשון הכתוב ומכוח חוק המרמה היא לתוצאה רכושית כלשהי", והן את זו של Fridman,⁴⁸ שביקרה את העיקרון שנקבע בפרשת Woodgate, שלפיו:

"...to be defrauded a person must either have been deprived of something having some economic value (however small) or he must have been induced to act or to remain inactive to his own injury, not necessarily an economic injury."⁴⁹

עם זאת, השופטת בן-פורת בחרה לדחות גישה זו ולאמץ את הלכת אל שעבי.⁵⁰ לגישתה, לחוק המרמה יש קיום עצמאי עם תכלית מוגדרת משלו – שמירה על הציבור מפני מעשי מרמה. חוות-דעתה המנומקת של השופטת בן-פורת אינה משאירה צל של ספק לגבי ההלכה שנקבעה בפרשת אל שעבי. הלכה זו השתרשה בפסיקת בית-המשפט העליון

45 פרק יב לפקודת החוק הפלילי שייך למסכת ב' לפקודה דאז, שבה הערך החברתי המוגן הוא ההנהלה של רשות חוקית. ראו גור-אריה, לעיל ה"ש 42, בעמ' 682–683.

46 עניין דנינו, לעיל ה"ש 28.

47 ראו גור-אריה, לעיל ה"ש 42. דעה דומה הובעה על-ידי חשין. ראו מישאל חשין "שמירה ושומרים – לפירוש סעיף 1 לחוק השומרים, תשכ"ז–1967" משפטים ג 137, 164 (התשל"א): "כעקרון, טובת הנאה היא טובה הניתנת למדידה במושגי ממון, טובת הנאה 'מוסרית' אין די בה". ראו גם חוק השומרים, התשכ"ז–1967, ס"ח 52, וכן הצעת חוק שמירת נכסים, התשכ"ו–1965, ה"ח 52; ד"כ 49, 2151 (התשכ"ז). ראו גם בייך, לעיל ה"ש 4, בעמ' 100: "עבירת המרמה באה להגן על חירות הדיספוזיציה, לגבי ערכים בעלי ערך כספי, בלי שים לב לחוקיות העסקה במסגרתה בוצעה".

48 G.H.L. Fridman, *Intent to Defraud Reconsidered*, 1960 Crim. L. R. 530, 533 (1960).

49 פרשת Woodgate מצוטטת בעניין דנינו, לעיל ה"ש 28, בעמ' 649.

50 לגישתה של השופטת בן-פורת, "קבלת דבר במרמה פירושה... קבלת אותו דבר אשר למקבל הוא בגדר של היזק או יתרון ואלו לנותן הוא בגדר נזק או הפסד". עניין דנינו, לעיל ה"ש 28, בעמ' 654. ראוי לציין כי עמדתה זו של השופטת בן-פורת הינה עמדת יחיד בנושא זה ובהקשר זה, ולא אומצה על-ידי שאר שופטי בית-המשפט העליון.

ובפסיקה נוספת של הערכאות הדיוניות.⁵¹ ניצני "מהפכה" בנושא זה הופיעו בפסיקה מאוחרת יותר של השופט אליקים רובינשטיין בעניין הורוביץ,⁵² שם אימץ בית־המשפט את העמדה שלפיה הערך החברתי המוגן בעברת המרמה הוא חופש הרצון והדיספוזיציה של אדם לגבי רכושו הנמצא בשליטתו.⁵³

2. הדין המצוי והמשפט האנגלו־אמריקאי

במשפט העתיק נועדה המרמה למנוע מקרים של זיופים ושימוש במסמכים מזויפים, ולעיתים היא אף הייתה אחד מיסודותיהן של עבירות אלה. המשפט הצרפתי פיתח את האיסור ביחס ל"קבלת דבר במרמה". בראשית התפתחותה נועדה העברה של "קבלת דבר מרמה" להגן על חופש ההחלטה וחירות הפעולה בקשר לזכויות. אלא שמאוחר יותר הוגבלה עברה זו להגנה על חופש ההחלטה וחירות הפעולה לגבי רכוש, וזו העמדה המקובלת עד היום בצרפת. אולם רוב שיטות המשפט של מדינות הקונטיננט והמשפט האנגלו־אמריקאי צעדו שלב נוסף קדימה, וגיבשו עמדה שלפיה עברת המרמה באה להגן רק על רכוש, בהגדרים "רכוש" כסך כל הדברים שיש להם ערך כלכלי אצל האדם, לרבות מיטלטלין וזכויות.

אחת ההתייחסויות הבולטות לעברת המרמה מצויה בדבריהם הבאים של Smith &

:Hogan

"The early common lawyers seem to have had an unsympathetic attitude to the victims of deception. In 1704, Holt C.J. held⁵⁴ that D did not commit larceny by obtaining... from P by pretending that he was authorized by Q to collect it and asked, 'Shall we indict one man for making a fool of another?' Parliament acted to create an offence of obtaining property by false pretences in 1757. Today, the Theft Acts⁵⁵ provide no fewer than seven offences of dishonesty getting something by deception."⁵⁶

51 ראו, לדוגמה, ע"פ (מחוזי י-ם) 1958/98 אהרון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.2.1999).

52 ע"פ 2103/07 הורוביץ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.12.2008).

53 ראו עוד ע"פ 8620/96 מרקדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 481, 536 (1997).

54 R. v. Jones, (1704) 2 Ld. Raymond 1013.

55 Theft Act 1968, c. 60, §§ 15, 16, 20(2) (Eng.); Theft Act 1978, c. 31, §§ 1, 2(1)(a-c)

(Eng.)

56 SMITH & HOGAN, לעיל ה"ש 32, בעמ' 552.

בציטטה זו ניתן אומנם לראות מעין תקציר ממצה של ההתפתחות ההיסטורית של עברת המרמה במשפט האנגלו-אמריקאי, אולם נראה לי כי ראוי בכל זאת לעמוד על מהותה וטיבה של התפתחות זו, ולו מפאת חשיבותם של הדברים.
עברת המרמה מוגדרת בסעיף 15(1) ל-Thft Act 1968 כדלקמן:

“A person who by any deception dishonestly obtains property belonging to another, with the intention of permanently depriving the other of it, shall on conviction on indictment be liable to imprisonment for a term not exceeding ten years.”

סעיף 15(2) לאותו חוק מוסיף וקובע:

“For purposes of this section a person is to be treated as obtaining property if he obtains ownership, possession or control of it, and 'obtain' includes obtaining for another or enabling another to obtain or to retain.”

וסעיף 15(4) מוסיף:

“For purposes of this section 'deception' means any deception (whether deliberate or reckless) by words or conduct as to fact or as to law, including a deception as to the present intentions of the person using the deception or any other person.”

בהקשר הקנדי ציינה הוועדה לרפורמה בחוק בחוות דעתה:

“Fraud consists of dishonesty including someone by deceit or other similar means to part with property or suffer a financial loss.”⁵⁷

הוועדה הוסיפה וכתבה:

“A person commits fraud who dishonestly by
(a) deceit, or
(b) unfair non-disclosure, or
(c) unfair exploitation,

“Law Reform Commission of Canada, Criminal Law: Theft and Fraud“ 10, 37 (Working Paper 19, 1977) 57

induces any person including the public to part with any property causes him to suffer a financial loss.”⁵⁸

דברים אלה הוסברו והומחשו על־ידי הוועדה:

“The loss must be financial. This excludes losses not assessable in terms of money. X, a golf player, by deceit gains access to a private club to which he has no right to be admitted, he pays his fee. Here there has been deception but still no financial loss to the club. Accordingly no fraud has been committed. But if X had falsely represented that he was a member, and then been charged 10 dollars instead of the 15 dollars normally charged non-members, he would have cause the club 5 dollars loss. This would be fraud.”⁵⁹

במשפט המקובל האנגלי הוכר מעשה הגנבה כעבירה פלילית, שבצידה עונש כאמור. לעומת זאת, במעשה של הונאה או מרמה לא הכיר המשפט המקובל האנגלי כמעשה פלילי, ומכל מקום לא הוטל עליו עונש, הואיל והוא הוכר אך ורק כיסוד מיסודותיה של עבירת הגנבה.

“When the movable property of one man got into the hands of another, the owner's chance of recovering it was lost by a prosecution on indictment... Hence it was in the interest of every one concerned to extend the scope of the law of trespass and to restrain the scope of the law of larceny, and this may, I think, have been one reason why it was said to be essential to larceny that the taking... *should be fraudulent*, and why so many different classes of things should have been held not to be the subject of larceny.”⁶⁰

שורשיה של עמדה זו מקורם בתפיסה שלפיה מעשה מרמה אינו מצריך את ההגנה של המשפט, הואיל וכל שנדרש כדי למנוע את התרחשותו הוא שאדם יגן על עצמו על־ידי כך שלא יאמין בקלות לאנשים אחרים. אם אדם אינו נוקט משנה זהירות, אין לו להלין אלא על “טיפשותו” שלו. יפים לעניין זה דבריו של השופט C.J. Holt:

58 שם, בעמ' 32.

59 שם, בעמ' 33–34.

60 JAMES FITZJAMES STEPHEN, HISTORY OF THE CRIMINAL LAW OF ENGLAND 133 (1883) 60 (ההדגשה הוספה).

“Shall we indict one man for making a fool of another?”⁶¹

עמדה זו הוסברה על-ידי Kenny :

“To be punished at common law it was necessary that the cheat should (a) be effected by some false token or device of a tangible character, and (b) be one against which common prudence would not have guarded... (otherwise, there was no crime).”⁶²

בשלב מתקדם יותר הכיר המשפט המקובל בשתי עבירות מרמה: האחת – טענת-שווא; והאחרת – השגת זכות על-ידי מרמה. גם בשתי עבירות אלה הכיר המשפט המקובל כעבירות שעניינן בהגנה על הרכוש בלבד, במונח של דבר בעל ערך כספי. התפתחות היסטורית זו היוותה מקור השראה מרכזי למשפט הקנדי, אשר התפתח דרך המשפט המקובל עד אשר יצר לעצמו קוד פלילי עצמאי⁶³ המבוסס על המשפט המקובל האנגלי.⁶⁴ עיון בהתפתחות ההיסטורית הקנדית של עבירת המרמה מעלה כי גם המשפט הקנדי בא להגן על הרכוש. דברים אלה מקבלים יתר חיזוק ומשמעות מעיון בפסיקה⁶⁵ ובספרות המשפטית המקצועית הקנדית.

במסע אל ההיסטוריה המשפטית של עבירת המרמה ראינו כי מעשה המרמה לא נתפס בעבר על-ידי המחוקק כמעשה המצדיק את התערבותו של המשפט הפלילי. תפיסה זו נשענה על נקודת המוצא שלפיה אדם יכול להגן על עצמו מפני מעשה מרמה, וזה האמצעי

61 עניין *Jones*, לעיל ה"ש 54. עמדה זו שררה במשפט המקובל האנגלי עד שנת 1757. ראו *WILLIAM HAWKINS, PLEAS OF THE CROWN* 344 (6th ed. 1788): “[It is] באופן דומה: needless to provide severe laws for such mischiefs, against which common prudence and caution may be a sufficient security”.

62 *J.W.C. TURNER, KENNY'S OUTLINES OF CRIMINAL LAW* 332 (17th ed. 1952); מצוטט אצל: *R. v. Wheatley*, (1761) 96 E.R. 151 (Eng.).

63 מדובר ב-*Criminal Code 1955*, אשר עבר כמה גלגולים בטרם נחקק: תחילה בשנת 1892, אחר כך בשנת 1948, ולבסוף שנת 1955. ראו לעניין זה, באופן כללי: *J.C. MARTIN, MARTIN'S ANNUAL CRIMINAL CODE* 480 (1955).

64 עד 1948 לא הכיר המשפט הקנדי בעבירת מרמה. ראו עוד: *A.B. Harvey, Recent Amendments to the Criminal Code*, 26 CAN. BAR REV. 1319 (1948).

65 *Beaudry v. R.*, (1956) 23 C.R. 328 (Que. C.A.); *R. v. Charters*, (1957) 119 C.C.C. 223 (Ont. C.A.); *R. v. Kribbs*, [1968] 1 C.C.C. 345 (Ont. C.A.); *R. v. Lemire*, [1965] S.C.R. 174; *R. v. Marquardt*, (1972) 6 C.C.C. (2d) 372 (B.C.C.A.); *R. v. Douglas*, (1972) 82 C.C.C. (2d) 275 (N.B.S.C.); *R. v. Littler*, (1974) 13 C.C.C. (2d) 530 (Que. Sessions); *R. v. Falconi*, (1976) 31 C.C.C. (2d) 144 (Ont. County Court).

החמור פחות להגנה על הקורבן מפני המעשה המזיק של מרמה. הווי אומר, הואיל והקורבן מסוגל להגן על עצמו, אין צורך בהתערבותו של המשפט הפלילי.⁶⁶ אולם אט־אט פיתח המשפט האנגלו־אמריקאי, אשר נשען בעיקרו על המשפט המקובל האנגלי, את עֲבֵרַת המרמה. בראשית ימיה הִגְנָה עֲבֵרַת המרמה על המקרים הקלסיים של זיופים ושל שימוש במסמכים מזויפים. ברם, במרוצת הזמן, משנהפכו המקרים הקלסיים של מרמה למורכבים ולמתוחכמים יותר, כך שמעשי זיופים לא היו עוד הדרך היחידה לרמאות, פותחה עֲבֵרַת המרמה, ותחולתה התפרשה על קשת רחבה של מקרים. התפתחות זו לא הייתה בבחינת שינוי חד־פעמי, אלא תהליך דינמי מבחינה אנכית, אם כי צר מבחינה אופקית. תחילה התפרשה ההגנה של עֲבֵרַת המרמה על "חופש ההחלטה וחירות הפעולה" במשמעות הרחבה של ערך חברתי זה, לרבות הגנה על זכויות במובן הרחב של המילה. הגנה זו צומצמה לאחר־מכן ל"חופש ההחלטה וחירות הפעולה לגבי רכוש", ובהמשך היא צומצמה עוד יותר לכדי הגנה על ה"רכוש" בלבד,⁶⁷ בלא כל התייחסות לפגיעה בחירות הדיספוזיציה. "רכוש" הוגדר כסך כל הדברים שיש להם ערך כלכלי אצל האדם, לרבות מיטלטלין וזכויות במשמעותם הרכושית.⁶⁸

גישה דומה אומצה במשפט האמריקאי, שם עֲבֵרַת המרמה למיניהן מוגדרות תחת הפרק העוסק ב־*Offences Against Property*.⁶⁹ ההתפתחות ההיסטורית של עֲבֵרַת המרמה במשפט האמריקאי דומה מאוד לזו שבמשפט המקובל האנגלי,⁷⁰ ואין בכך פלא, שהרי הראשונה הושפעה מהאחרונה. אולם המשפט האמריקאי צמצם את תחולתה של עֲבֵרַת המרמה למקרים של זיופים ושימוש במסמכים מזויפים ולעֲבֵרַת של מרמה נגד הציבור,⁷¹ להבדיל ממרמה המכוונת נגד יחידים, אשר לא זכתה בהגנת המשפט הפלילי.⁷²

66 אולם ראו לעיל בה"ש 31 את הטענה המבקרת עמדה זו, שלפיה בחינת האמצעי המזיק פחות נעשית ביחס לרשויות המדינה, ולא ביחס לקורבן.
 67 לחיזוק עמדה זו ראו: J.W.C. TURNER & A.L. ARMITAGE, *CASES ON CRIMINAL LAW* 320–322, 628 (2nd ed. 1958); R. v. Smith, [1924] 2 K.B. 194 (C.C.A.) (U.K.); R. v. Grubb, [1915] 2 K.B. 683 (C.C.A.) (U.K.). כן ראו STEPHEN, לעיל ה"ש 60, בעמ' 121.
 68 ראו והשוו: ANDREW ASHWORTH, *PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW* 395 (2nd ed. 1995).
 69 American Law Institute Model Penal Code Official Draft, sec. 224 (1962).
 70 Young v. R., (1789) 100 E.R. 475 (Eng.); J. HALL, *THEFT, LAW AND SOCIETY* 52–54 (2nd ed. 1952); R. v. Pear, (1779) 168 E.R. 208 (Eng.).
 71 S.H. KADISH & S.J. SCHULHOFER, *CRIMINAL LAW AND ITS PROCESSES* 976 (7th ed. 2001); R. v. Wheatley, (1761) 97 E.R. 746, 748 (Eng.).
 72 Hufstetler v. Alabama, 37 Ala. App. 71 (1953); Graham v. United States, 187 F.2d 87 (1950); People v. Ashley, 24 Cal. 2d 246 (1954); Nelson v. United States, 227 F.2d 21 (1955); Vermont v. Harrington, 128 Vt. 242 (1969); People v. Fichtner, 118 N.Y.S.2d 392 (1952).

הנה כי כן, מצאנו כי בשיטת המשפט האנגלו-אמריקאית שלטת העמדה שלפיה עברת המרמה מגינה על ה"רכוש".⁷³ בסופו של יום נמצאנו למדים כי ההתפתחות ההיסטורית המשפטית בשאלה מושא הרשימה הולידה בשיטת המשפט האנגלו-אמריקאית גישה הפוכה מזו של המשפט הישראלי. בעוד שבמשפט הישראלי צעדה ההתפתחות ההיסטורית במגמה של הרחבת הערכים החברתיים המוגנים בגדר עברת המרמה – מהגנה על הרכוש בלבד להגנה על חופש הדיספוזיציה באופן כללי – ההתפתחות ההיסטורית במשפט האנגלו-אמריקאי⁷⁴ צעדה בכיוון של צמצום תחולתה של עברת המרמה לפגיעות ברכוש בלבד.

3. הדין המצוי והמשפט הקונטיננטלי

נקודת המוצא ההיסטורית של המשפט הקונטיננטלי נעוצה גם היא במשפט הרומי העתיק, ולפיכך גם בו הוכרה בעבר עברת המרמה רק במסגרת עברות הזיופים למיניהן. בעקבות המהפכה הצרפתית, שחוללה מהפכה כלכלית רבת משמעות, נולד, בין היתר, חוק העונשין הצרפתי, אשר הכיר בעברת המרמה כעברה עצמאית, שאינה עוד רכיב נוסף בהגדרות של עברות הזיופים למיניהן.

הגדרת מעשה מרמה כעברה פלילית בפני עצמה משמעה שהמשפט הפלילי בא להגן באמצעות עברה זו על ערך חברתי עצמאי. עם לידתה של עברת המרמה בחוק הצרפתי, מטרתה הייתה להגן על "חופש ההחלטה וחירות הפעולה לגבי זכויות בלבד". מאוחר יותר צומצמה ההגנה באמצעות עברת המרמה ל"חופש ההחלטה וחירות הפעולה לגבי רכוש". גישה זו השתנתה אט-אט, עד שלבסוף אימץ המשפט הצרפתי את ה"רכוש" כערך החברתי המוגן באמצעות עברת המרמה.⁷⁵ המשפט הגרמני,⁷⁶ אשר הושפע רבות מהמשפט הצרפתי, החל גם הוא בנקודת המוצא של הגנה על "חופש ההחלטה וחירות הפעולה לגבי רכוש". השינוי המהותי התרחש בתחילת המאה העשרים, כאשר רוב המדינות המשתייכות לשיטת המשפט הקונטיננטלית, וביניהן גרמניה, החלו להגן באמצעות עברת המרמה רק על

73 המשפט הסקוטי מסווג גם הוא כחבר במשפחת המשפט האנגלו-אמריקאי. ראו לעניינו: G.H. GORDON, THE CRIMINAL LAW OF SCOTLAND 629–682 (2nd ed. 1978).

74 על המושג "מרמה" במשפט האנגלי ראו ד"ר 6/75 מדינת ישראל נ' פרץ, פ"ד כט(2) 544, 553 (1975). ראו עוד: Scott v. Commissioner of Police, [1974] 3 All E.R. 1032, 1035–; P.M.A. HUNT, SOUTH AFRICAN CRIMINAL LAW AND PROCEDURE vol. 2 – Common Law Crimes 724 (1970).

75 Frank Zieschang, *Diskussionsbericht über die Arbeitssitzung der fachgruppe Strafrechtsvergleichung bei der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung am 21.3.1996 in Jena*, 108 ZStW 612 (1996).

76 STEPHEN THAMAN, THE GERMAN PENAL CODE: AMERICAN SERIES OF FOREIGN PENAL CODES sec. 22 (2002).

ה"רכוש", תוך הגדרת המושג "רכוש" כסך כל הדברים בעלי ערך כלכלי, לרבות מיטלטלין וזכויות. כיום, בכל מדינות הקונטיננט למעט המשפט ההולנדי והבלגי,⁷⁷ אין חולק כי הערך החברתי המוגן באמצעות עבֶרת המרמה הוא ה"רכוש".

פרק ג: הדין הרצוי – הערך החברתי המוגן באמצעות עבֶרת המרמה

בפרקים הקודמים הוצגו כמה גישות פרשניות ביחס לאפיונו של הערך החברתי המוגן באמצעות עבֶרת המרמה. כבר בדיון הקודם הצגתי את הסתייגותי מהגישה המקובלת על-ידי בית-המשפט העליון בישראל, ואף העליתי הערות אחדות ביחס להצעותיהם של מלומדים מתחום המשפט הפלילי. כשלעצמי, אבקש לאמץ גישה משפטית המתיישבת עם התפתחותה ההיסטורית של עבֶרת המרמה במשפט הישראלי, במיוחד במישור התחקיתי, ועם הגישה הנוהגת במשפט המשווה. זאת אעשה תוך הידרשות לכל אחת מהגישות המוצעות בשיטת המשפט בישראל, ומתוך כבוד לכל אחת ואחת מההצעות ומהמציעים כאמור.

1. "חופש ההחלטה וחירות הפעולה" – האומנם ערך חברתי מוגן?

בעניין אל שעבי,⁷⁸ אשר אושר בעניין דנינו,⁷⁹ נקבעה ההלכה שלפיה הערך החברתי המוגן באמצעות עבֶרת המרמה הוא חופש הדיספוזיציה, דהיינו, חופש ההחלטה וחירות הפעולה. בעקבות פסק-הדין בעניין אל שעבי התפרסמה אומנם רשימה מפרי-עטה של מרים גור-אריה,⁸⁰ אשר גרסה כי הכוונה המתחייבת מלשונו ומרוחו של חוק המרמה היא לתוצאה רכושית כלשהי. אולם בפרשת דנינו התמודדה השופטת בן-פורת עם ביקורתה של גור-אריה ואישרה את הלכת אל שעבי.

הואיל ובפרשת דנינו, להבדיל מפרשת אל שעבי, ניתחה השופטת בן-פורת לעומק את השאלה מושא רשימה זו, אבקש להתייחס לחוות-דעתה של השופטת בן-פורת בצורה מפורטת. השופטת בן-פורת פותחת את חוות-דעתה בהציגה את ההלכה שנקבעה בעניין אל שעבי, מחד גיסא, ואת עמדתה של גור-אריה, מאידך גיסא. בהתחבטות שבין שתי גישות

STAFFORD WADSWORTH, THE DUTCH PENAL CODE: AMERICAN SERIES OF FOREIGN PENAL 77
CODES sec. 326 (1997).

78 ראו עניין אל שעבי, לעיל ה"ש 28.

79 ראו עניין דנינו, לעיל ה"ש 28.

80 ראו גור-אריה, לעיל ה"ש 42.

מנוגדות אלה נדרשה השופטת בן-פורת למשפט האנגלי, תוך התמקדות בכמה פרשות משפטיות אשר מפאת חשיבותן אבקש לעמוד עליהן כאן. הדעה השוררת באנגליה היא שתוצאת המרמה חייבת להתבטא בהפסד חומרי למרומה. הפסד חומרי זה יכול שיהיה קטן ביותר,⁸¹ כפי שנפסק בעניין *Toshack*:

“One penny, or a piece of paper.”⁸²

Fridman עמד על החשש מפני הרחבת היריעה, ותקף את הפירוש המרחיב שהסתמן בפסיקה. לפיכך הוא ביקש להציע פרשנות מצמצמת שלפיה רק –

“...economic loss or injury is contemplated by the idea of ‘defrauding’”.⁸³

ביקורתו של Fridman נסבה על העיקרון שנקבע בפרשת *Woodgate*⁸⁴ ובעניין *Welham*,⁸⁵ אשר הרחיב את היריעה עד כדי הדגשת חופש הדיספוזיציה באופן כללי כערך החברתי המוגן באמצעות עברת המרמה. השופטת בן-פורת אימצה את העמדה שלפיה דווקא צמצום הכוונה לתוצאה רכושית הוא תוצאה שאינה מתקבלת על הדעת. בהקשר הישראלי, ובתשובה לביקורתה של גור-אריה, קבעה השופטת בן-פורת כי חוק המרמה בא אומנם להחליף חלק מהעברות הכלולות במסכתה של פקודת החוק הפלילי, 1936, כנטען על-ידי גור-אריה, אולם לחוק המרמה יש מעתה קיום עצמאי עם תכלית מוגדרת משלו.⁸⁶ באשר לדברי ההסבר בהצעת החוק, הוסיפה השופטת בן-פורת ופסקה כי הלכה היא שמקום שלשון המחוקק ברורה יש לפרש את הכתוב מתוכו ואין להיזקק למקורות חיצוניים.⁸⁷ על-כן עמדתה של השופטת בן-פורת היא כי הערך החברתי המוגן באמצעות עברת המרמה הוא חופש ההחלטה וחירות הפעולה באופן כללי. בכל הכבוד לניתוחה המאלף של השופטת בן-פורת, אין אני מסכים לעמדתה זו, ולהלן אנמק את התנגדותי.

ראשית, דברי ההסבר שאליהם נזקקה גור-אריה בביקורתה מעידים כמאה עדים כי לחוק המרמה דאז לא היה קיום עצמאי, אף שהוא הופרד מפקודת החוק הפלילי, 1936. הראיה

81 ראו עניין דנינו, לעיל ה"ש 28, בעמ' 648.
82 R. v. Toshack, (1849) 169 E.R. 341 (Eng.) ציטטה זו לקוחה מעניין דנינו, לעיל ה"ש 28, בעמ' 648.
83 Fridman, לעיל ה"ש 48, בעמ' 530.
84 ראו פרשת *Woodgate*, לעיל ה"ש 49.
85 Welham v. R., (1959) Cr. App. R. 40.
86 ראו עניין דנינו, לעיל ה"ש 28, בעמ' 650.
87 ראו ע"פ 108/66 "דן" אגודה שיתופית לתחבורה ציבורית בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(4) 253, 260–261 (1966).

לכך היא שהמחוקק שב וכלל את עֲבֵרַת המרמה בגדר הפרק העוסק בעֲבֵרוֹת נגד הרכוש בחוק העונשין. לפיכך איני רואה צורך להידרש לסוגיה שאליה כיוונה השופטת בן-פורת שעניינה בהיזקקות למקורות חיצוניים לצורך פרשנות של הוראת חוק. מכל מקום, איני בטוח שלשון החוק בענייניו של הערך החברתי המוגן באמצעות עֲבֵרַת המרמה היא כה ברורה כפי שהציגה זאת השופטת בן-פורת.

שנית, נראה לי שאחת השאלות שמחייבות דיון יסודי, ואשר השופטת בן-פורת לא התייחסה אליה בפסק-דינה, היא אם הערך החברתי של "חופש ההחלטה וחירות הפעולה" הוא אכן ערך שראוי שהמשפט הפלילי יגן עליו בכל מקרה. מכיוון שלתשובה לשאלה זו נודעת חשיבות, אבקש לעמוד על חקרה. טענתי המרכזית היא כי הערך החברתי של "חופש ההחלטה וחירות הפעולה" אינו חשוב עד כדי כך שהוא מצדיק הגנה פלילית עליו. בפרק שעסק במהותו של הערך החברתי המוגן ציינתי כי הדיבור על "אינטרס חברתי" בהקשר זה עניינו בשאיפה של החברה שהיא בעלת עוצמה מספקת המצדיקה שימוש בחוק הפלילי דווקא. לפיכך נשאלת השאלה אם החברה אכן מעוניינת בהטלת איסור פלילי על כל פגיעה ב"חופש ההחלטה וחירות הפעולה". לדעתי, החברה אינה מעוניינת להטיל איסור פלילי על כל פגיעה ב"חופש הדיספוזיציה", שכן הטלת איסור פלילי חובק כזה תוביל להכללת מעשים יומיומיים בגדר חוק העונשין. כוונתי למעשים שנופלים אומנם בגדר ההגדרה הפורמלית של עֲבֵרַת "קבלת דבר במרמה", אך לא בגדר הגדרתה המהותית, כלומר, החברה אינה רואה אותם כחמורים עד כדי כך שהם מצריכים ענישה פלילית. הנה דוגמה לשם המחשה:

שמעון מכיר את גילה ומעוניין ביחסי חברות בינו לביתה. גילה, העדינה והרגישה, שאינה רוצה לפגוע בשמעון, מספרת לו פרט שקרי על עצמה במטרה להניאו מלחפוץ ביחסי חברות עימה.

מעשה זה של אמירת שקר (או שקר לבן, אם נרצה) הוא תופעה חברתית שהחברה אינה מבקשת לסווגה כמעשה אסור מבחינה פלילית, ומכל מקום המחוקק אינו מעניק הגנה פלילית מפניו. זאת, משום שהאנטי-חברתיות של מעשה זה אינה כה חמורה. לכן, הגם ששקר, לרבות שקר לבן, הינו מעשה אנטי-מוסרי אליבא דכולי עלמא, הוא אינו אסור על-ידי המשפט הפלילי. הנה דוגמה נוספת:

ראובן ושמעון מהמרים בבית-קזינו. באחד המשחקים הם מפסידים את כספם. בשל רצונם העז להמשיך לשחק, הם מבקשים הלוואה מיצחק, אשר מהמר גם הוא באותו בית-קזינו. לימים, כאשר יצחק מבקש את כספו בחזרה, השניים מתכחשים להלוואה שלקחו ממנו.

אין חולק כי ראובן ושמעון התנהגו באופן בלתי-מוסרי כלפי יצחק. ברם, מכאן ועד להרשעה בפלילים המרחק רב. גם את הדוגמה הזו ניתן לסווג כסוגיה של שקר לבן, ודינה כדין הדוגמה של שמעון וגילה לעיל. לעומת זאת, כאשר מדובר באנטי-חברתיות חמורה של המעשה, תיתכן לצד ההכרה החברתית גם הכרה משפטית אשר תסווג את המעשה כעברה פלילית. כך, למשל, בעברת האיומים. במקרה של עברת האיומים לא רק שלילת "חופש ההחלטה וחירות הפעולה" היא שהניעה את המחוקק לסווג כעברה פלילית, אלא בעיקר הנזק שנגרם למאויס בעקבות האיומים שהופנו כלפיו. בעברת האיומים הבחין המחוקק כי הערך החברתי המוגן באמצעותה (חופש ההחלטה וחירות הפעולה) נפגע באופן חמור, ועל-כך בחר להגן עליו על-ידי הטלת איסור פלילי על מעשה איומים. משכך, "חופש ההחלטה וחירות הפעולה" יכולים להיות ערך חברתי מוגן כאשר האמצעי הפוגע הינו אמצעי חמור, הווי אומר, התופעה יונקת את האנטי-חברתיות שלה מעצם ההתנהגות.

שלישית, נוסף על האמור לעיל, גם מקום ש"חופש ההחלטה וחירות הפעולה" הוא ערך חשוב, לא בנקל ניתן לטעון כי יש להוסיף על הכרה חברתית זו גם הכרה משפטית. ודוק: מקום שביקש המחוקק לעשות כן, הוא עשה זאת במפורש לגבי אותם מקרים קונקרטיים שבהם סבר כי יש להגן על "חופש ההחלטה וחירות הפעולה". להמחשת טיעון זה אציג שלוש דוגמות:

1. סעיף 345(א) לחוק העונשין קובע:⁸⁸

"הבועל אשה –

...

(2) בהסכמת האשה, שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה;

...

הרי הוא אונס ודינו – שש עשרה שנים."

2. סעיף 373(א) לחוק העונשין קובע:

"המוציא, במעשה או בפיתוי, קטין שלא מלאו לו שש עשרה שנים או אדם שאינו שפוי בדעתו, ממשמורתו של אפוטרופוס על פי דין בלי הסכמת האפוטרופוס, דינו – מאסר עשרים שנים."

88 ראו ע"פ 7024/93 פלח נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.1.1995). ראו עוד דנה פוגין "קרימינליזציה של גינוני חיזור מקובלים? מרמה, טעות הקורבן והסכמה לעניין עבירות מין" מגמות בפלילים 149 (2001).

3. סעיף 192 לחוק העונשין קובע:

“המאיים על אדם בכל דרך שהיא בפגיעה שלא כדין בגופו, בחירותו, בנכסיו, בשמו הטוב או בפרנסתו, שלו או של אדם אחר, בכוונה להפחיד את האדם או להקניטו, דינו – מאסר שלוש שנים.”

בשלוש הדוגמות הנ"ל סבר המחוקק כי עצם הפגיעה ב"חופש ההחלטה וחירות הפעולה" הינה חמורה מאוד. בהתאם לכך בחר המחוקק, בצורה מפורשת, להעניק לערך זה הגנה של המשפט הפלילי. מכאן אנו למדים כי מקום שלא הגן המחוקק על ערך זה בצורה מפורשת, אין זאת אלא משום שהוא אינו רואה בערך זה, כשלעצמו, ערך חשוב. לפיכך ענייננו בהסדר שלילי, ולא בלקונה.⁸⁹ הערך של "חופש הדיספוזיציה" אינו ערך חברתי שהפגיעה בו גורמת לאנטי־חברתיות חמורה עד כדי כך שמוצדק להגן עליו באמצעות המשפט הפלילי. עם זאת, במקרים ספציפיים שבהם ראה המחוקק כי האנטי־חברתיות שבפגיעה ב"חופש הדיספוזיציה" היא חמורה מאוד, כמו בשלוש הדוגמות שלעיל, הוא הגן מפני אותן צורות ספציפיות של פגיעה ב"חופש הדיספוזיציה". תימוכין לעמדתו זו ניתן למצוא בדבריו המאלפים של ש"ז פלר:

“מניעת התופעה האנטי־חברתית וריסונה כדי להגן על הערכים החיוניים של החברה, הם מטרת החוק הקובע את האיסור. רק על רקע זה ניתן לבנות, ובונים למעשה, את הגדרות העבירות לסוגיהן, מבחינת תכנן האובייקטיבי, בהתאם לטיב הערך החברתי הנתון בסכנה. בכך משתלב אובייקט העבירה כאחד מיסודות העבירה, ביסודותיה הנותרים... נאמר כבר כי לא כל ערך חברתי זוכה בהגנה באמצעות אחריות פלילית על פגיעה בו, אלא רק הערכים החיוניים ביותר לקיום החברה ולהתפתחותה. יש גם כלים משפטיים ולבר־משפטיים אחרים, חמורים פחות, באמצעותם ניתן להשליט יראת כבוד לערכי החברה ושמירה עליהם. ההיזקקות לאחריות הפלילית, שהיא האחריות החמורה ביותר, שמורה להגנה על הערכים בעלי המשקל הכבד ביותר של החברה המאורגנת במדינה... כמו כן, לא כל אירוע אנושי שעשוי לפגוע באחד מערכים אלה ראוי להגדרה כעבירה פלילית.”⁹⁰

89 לקונה במשפט הפלילי הינה בדרך־כלל הסדר שלילי, וזאת בהתבסס על עקרון החוקיות.
90 ראו פלר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 721–723.

2. "חופש ההחלטה וחירות הפעולה לגבי רכוש" – האומנם ערך חברתי מוגן?

גם ביין וגם השופט רובינשטיין הביעו תמיכה בגישה שלפיה הערך החברתי המוגן באמצעות עברת המרמה הוא "חופש הדיספוזיציה לגבי רכוש"⁹¹. עמדה זו אינה משקפת כאמור את הדין המצוי במשפט הישראלי, כי אם מתמודדת עם הדין המצוי ומהווה בסיס להצעת דין רצוי.

לגישתו של ביין, ביחס לעברת המרמה יש להבחין בין "סיטואציית הגרעין" לבין "סיטואציות השוליים". "סיטואציית הגרעין" היא הסיטואציה הברורה, הפשוטה והיומיומית, שלגביה ברור ומוסכם על הכל כי היא ראויה לענישה פלילית, וכן שהיא ראויה לענישה במסגרת עברה נתונה דווקא (בענייננו – עברת המרמה). "סיטואציות השוליים" הן סיטואציות שנוצרות כאשר עוברים מ"סיטואציית הגרעין" למקרים אחרים שונים ממנה במידה רבה ואשר מתעורר לגביהם ויכוח אם הם ראויים לענישה אם לאו. מבחינתו של ביין, המכנה המשותף של "סיטואציית הגרעין" ושל "סיטואציות השוליים" הוא העובדה שהקורבן עשה פעולה של העברת רכוש במצב שבו חופש השיקול וההכרעה שלו הוגבל בצורה ניכרת עקב היותו תחת השפעה של טעות. על-כן, לגישתו, עברת המרמה באה להגן על האינטרס של חירות הדיספוזיציה של אדם לגבי רכוש המצוי בשליטתו.

הגם שביין, בנוסחה שהוא מציע, מפנה את הזרקורים לשני ערכים – "חופש ההחלטה וחירות הפעולה", מחד גיסא, וה"רכוש", מאידך גיסא – לגישתו, עיקר הפגיעה צריכה להיות בחופש הדיספוזיציה, ובלבד שפגיעה זו נוגעת ברכוש. לדעתו, התערבותו של אדם אחד בחופש הבחירה של אדם אחר יכולה ללבוש אחת מן הצורות הבאות: (1) הפעלת כפייה פיזית ישירה, דהיינו, עשיית מעשה השולל מהקורבן את הכושר הנפשי; (2) הפעלת כפייה מורלית; (3) מסירת נתונים לא-נכונים, המונעים מהקורבן את האפשרות להגיע להחלטה שהיה מקבל אילו ידע את מצב הדברים לאשורו.

על גישה זו אני חולק. הביקורת שהצגתי בפרק הקודם ביחס לעמדתה של השופטת בן-פורת נכונה גם כאן ביחס לגישתו של ביין, דווקא משום ששניהם מדגישים את "חופש הדיספוזיציה" כערך החברתי המוגן באמצעות עברת המרמה. לדידי, עמדתו של ביין אינה נכונה, שהרי לא כל פגיעה בחופש הדיספוזיציה לגבי רכוש יש בה כדי לגבש את גרעינה של עברת המרמה. הנה דוגמה לכך:

ראובן, רוכל שמוכר שטיחים, מגיע לביתו של שמעון, ומציע למכור לו שטיח פרסי, באומרו כי ערכו של השטיח הוא 20,000 ש"ח ושהוא מוכר לו

91 ראו ביין, לעיל ה"ש 4, וכן את פסיקתו של השופט רובינשטיין בעניין הורוביץ, לעיל ה"ש 52.

אותו ב־8,000 ש"ח. לאמיתו של דבר ערכו של השטיח הוא 10,000 ש"ח. כלומר, ראובן עשה לשמעון הנחה בשווי 2,000 ש"ח, ולא 12,000 ש"ח.

דוגמה זו (להלן: דוגמת השטיח) ממחישה סיטואציה של פגיעה בחופש ההחלטה וחירות הפעולה לגבי רכוש. ביין היה מתייחס לסוגיה זו באופן הבא:

ראובן הטעה את שמעון, ובשל כך נשללה משמעון יכולתו לבחור בחירה חופשית, לקבל החלטה חופשית ולפעול באופן חופשי. עניינה של פגיעה זו הוא בשטיח, שהוא "רכוש" אליבא דכולי עלמא, ולכן ניתן להרשיע את ראובן בעברה של "קבלת דבר במרמה" לפי סעיף 415 לחוק העונשין.

בהקשר זה אין הבדל בין עמדתו של ביין לבין עמדתה של השופטת בן-פורת. שניהם היו כוללים מקרה זה בגדר עברת המרמה הקלסית, שכן השופטת בן-פורת מגינה על חופש הדיספוזיציה באמצעות עברת המרמה, וביין מגן על חופש הדיספוזיציה לגבי רכוש באמצעות עברת המרמה. אלא שלגישתי הדוגמה לעיל ממחישה סיטואציה של פגיעה בחופש הדיספוזיציה לגבי רכוש שאינה נופלת בגדר עברת המרמה. לדעתי, יש להתייחס לדוגמה דלעיל באופן שונה מן האופן שבו היה ביין מתייחס אליה. לפי ראייתי:

עצם ההטעה אינה משנה לשמעון. כל שמעניין אותו הוא ערכו הכלכלי של השטיח. משכך, ומשלא נגרם לשמעון נזק רכושי בעל ערך כלכלי, אי־אפשר לייחס לראובן עברה של "קבלת דבר במרמה". במרמה המוטעה מעביר את רכושו לאחר (המטעה/המרמה) מרצונו החופשי, כך שממילא אין מדובר ברכוש שהוא רוצה להחזיק בו בכל מחיר. מבחינתו, רכוש זה הוא סתם דבר בעל ערך כלכלי. לפיכך ניתן לומר כי נגרם לשמעון נזק רק מקום שנגרם נזק לרכוש עצמו.

לעניות דעתי, אפוא, גם ביין וגם השופטת בן-פורת אינם מאתרים נכונה את הערך החברתי המוגן באמצעות עברת המרמה. עברת המרמה לא נועדה להגן על "חופש ההחלטה וחירות הפעולה לגבי רכוש", ומקל וחומר גם לא על "חופש ההחלטה וחירות הפעולה" באופן כללי. עברת המרמה נועדה להגן על הרכוש.

3. ה"רכוש" כערך חברתי המוגן באמצעות עברת המרמה – הצעה לדין הרצוי

בפרקים הקודמים פרשתי משנה סדורה בנושא הערך החברתי המוגן באמצעות עברת המרמה. בדיון נרחב ומעמיק פירקתי את שאלת הדיון למרכיביה וניתחתי את יסודותיה. הדיון המובנה הציג את הדין המצוי במשפט הישראלי ובחן את המשפט המשווה; כל זאת

לצד הדיון המקדמי במהות הערך החברתי המוגן ובדרכי איתורו. בהתבסס על ניתוח זה, ולאחר שהתמודדתי עם הגישה הנוהגת בבית-המשפט העליון בישראל ועם גישות ביקורתיות המוצעות בספרות המשפטית המקצועית בישראל, אבקש עתה לבסס, להבהיר ולנמק את גישתי שלפיה הערך החברתי המוגן באמצעות עברת המרמה הוא "רכוש". במהלך חיבורה של רשימה זו התפרסם ספרו של קרמניצר, אשר תומך אף הוא בגישה המוצעת על-ידיי. קרמניצר מסביר כי הערך החברתי המוגן הוא יסוד קיומה של העברה ונקודת המוצא להגדרתה ולפירושה. לביסוס גישתו ביחס לערך החברתי המוגן באמצעות עברת המרמה, קרמניצר פונה אל ההיסטוריה החקיקתית של עברת המרמה, ובוחן את כוונת המחוקק, את מיקומה של העברה בחוק העונשין ואף את התודעה המשפטית האוניוורסלית.⁹² במה דברים אמורים?

ראשית, בפרק הקודם בחנתי את הדרכים לאיתור הערך החברתי המוגן. השופט גולדברג⁹³ הציע גישה הבוחנת את ההיסטוריה החקיקתית ואת הסביבה הנורמטיבית של הוראת החוק שמבקשים לאתר את הערך החברתי המוגן באמצעותה. יישום גישה זו על המקרה מושא דיוננו מוביל בהכרח למסקנה כי ה"רכוש" הוא הערך החברתי המוגן באמצעות עברת המרמה. פקודת החוק הפלילי, 1936, כללה בחובה עברה עצמאית של מרמה, אשר מוקמה בפרק העוסק בעברות נגד רכוש. בשנת 1963 חוקק חוק המרמה, ועברת המרמה נהפכה לחוק שעומד על רגליו. היפרדות זו מפקודת החוק הפלילי הציפה את השאלה בדבר הערך החברתי המוגן באמצעות עברת המרמה. דברי ההסבר להצעת חוק המרמה היו לגבי אחדים⁹⁴ הוכחה חותכת לכך שחוק המרמה לא בא לשנות מגרעינה של עברת המרמה, אשר הוכרה קודם לכן בפקודת החוק הפלילי כמי שנועדה להגן על ה"רכוש", ומשום כך יש להיצמד לתפיסה היסטורית זו. אולם עמדה זו נתקלה בהתנגדות מצד אחרים,⁹⁵ שביקשו לראות בחוק המרמה ישות עצמאית, ולכן ההלכה בדבר המשקל הפחות שיש לייחס לדברי הכנסת מקום שלשון המחוקק חדה ונהירה שימשה להם כלי-עזר באמתחתם. אכן, בשערי רשימה זו הקדמתי ועמדתי על כך כי משנולדה הוראת חוק ניתק חבל-טבורה מאמה. עם זאת, בכך לא ביקשתי לטעון, מניה וביה, כי היא אינה גְּדֵלָה עוד בחיק אמה; נהפוך הוא – בחיק הוריה היא גְּדֵלָה, חוכמה ישרו הללו עליה ובתבונה יציידוה, ומניסיונם היא תלמד ותחכים. לפיכך לא בנקל יש לדחות על הסף דברי הסבר שלשונם ברורה ואשר אינם משתמעים לשני פנים. מקום שלשונם של דברי ההסבר חדה כקרני

92 ראו מ' קרמניצר המרמה הפלילית, לעיל ה"ש 26, בעמ' 47–51.

93 ראו ע"פ כהנא, לעיל ה"ש 16.

94 ראו גור-אריה, לעיל ה"ש 42.

95 ראו עניין דינינו, לעיל ה"ש 28, חוות-דעתה של השופטת בן-פורת.

השמש, יצור השופט בהתאם את מתחם הפרשנות היצירתית שלו, ובכך לא "יחטא". במקרים כאלה בית־המשפט חייב להציג צידוק רציני לחריגה מכוונתו הברורה של המחוקק. לא זו בלבד, אלא שגם אם לא תתקבל עמדתו דלעיל, עדיין יש לראות את עברת המרמה כמגינה על ה"רכוש", שהרי גם אם יתעלם בית־המשפט מדברי ההסבר להצעת חוק המרמה, עדיין ניתן לראות את העיגון החדש של עברת המרמה בפרק העוסק בפגיעות ברכוש בגדר חוק העונשין כאמירה מפורשת של המחוקק שאין להתעלם ממנה, שהרי לא בהיסח הדעת – כך יש לקוות – נעשה הדבר. יתר על כן, בחינת הסביבה הנורמטיבית של עברת המרמה מובילה גם היא לאותה מסקנה בדבר הערך החברתי המוגן באמצעות עברת המרמה. פרק יא לחוק העונשין, שכותרתו "פגיעות ברכוש", חובק עברות העוסקות בהגנה על הרכוש.⁹⁶ אפילו סימן ו' לאותו חוק כולל, לצד עברת המרמה, עברות שעניינן הגנה על הרכוש.

שנית, כדי להמחיש את עמדתו המוצעת, ברצוני לחזור לדוגמת השטיח שהצגתי בחלק הקודם. דוגמה זו ממחישה את חשיבותו של הערך הכלכלי, ומקל וחומר את חשיבותו של ה"רכוש", המוגדר כסך כל הדברים שיש להם ערך כלכלי אצל האדם. מכאן שאם מדובר בערך חברתי חשוב, שהפגיעה בו משמעה אנטי־חברתיות חמורה, כִּי־אז ראוי, לעניות דעתי, שהמשפט הפלילי יעניק לו הגנה משפטית.

שלישית, עיון מחודש בהתפתחות ההיסטורית של עברת המרמה במשפט המשווה – הן במשפט האנגלו־אמריקאי והן במשפט הקונטיננטלי – מציג מעין סדר בריאה הפוך מזה של המשפט הישראלי. המשפט המשווה, בהתפתחותו, צעד בכיוון של צמצום ההגנה המוענקת על־ידי עברת המרמה, עד כדי מיקודה ברכוש, וברכוש בלבד. מקורותיו של המשפט האנגלו־אמריקאי הם כאמור במשפט המקובל האנגלי. המשפט המקובל האנגלי היווה בעבור המשפט הישראלי מקור חיים והשראה תמידית, אפילו עד עצם היום הזה. אם כך פני הדברים, הגיוני שהמשפט הישראלי יצעד במסלול שהתווה לו בוראו, במיוחד לנוכח העובדה שעברת המרמה בחוק העונשין נולדה במשפט המקובל האנגלי, בפקודת החוק הפלילי. זאת ועוד, מרגע לידתה ועד לשילובה בחיק חוק העונשין, אי־אפשר להצביע על שינוי שחל במהותה של עברת המרמה. חקיקת חוק העונשין אינה בבחינת שינוי מהותי, כי אם שינוי אדרת חיצונית פורמלית, שנבע בעיקרו מצרכים חקיקתיים לאומיים של פיתוח מערכת חקיקתית עצמאית של מדינת־ישראל. בהקשר הספציפי של עברת המרמה, חוק העונשין במהותו אינו אלא גופו ורוחו של אותו הסדר חקיקתי מנדטורי.

רביעית, גם לפי ההבחנה שתבע ביין בין "סיטואציית הגרעין" לבין "סיטואציות השוליים", דעתי היא כי בחינת הערך החברתי המוגן באמצעות עברת המרמה אינה כה

96 ראו סימנים א–ה1 בפרק יא לחוק העונשין. ראו גם ע"פ 401/79 למדן נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 46 (1980).

מורכבת. זאת, בעיקר משום שעסקינן בעברה שקיימת זמן ממושך, עוד מימי המנדט, כך שהיא הספיקה לקרום עור וגידים, וכל שנותר הוא שבית-המשפט העליון ייתן בה את הרוח המתאימה שתאפשר לה לדור תחת קורת העברות שעניינן "עברות נגד רכוש". חמישית, נוסף על המובא לעיל, ומבלי לגרוע ממנו, אני סבור כי בפעולת איתורו של הערך החברתי המוגן באמצעות עברה פלילית מסוימת ראוי לשוב ולהידרש להגדרות-היסוד – שאותן פרשתי לעיל – בדבר ניתוח מרכיביו של עקרון הערך החברתי המוגן. פנייה לאותו ניתוח מובילה לדעתי למבחן המרכזי, שלפיו באיתור הערך החברתי המוגן יש לבדוק את "המקובלות החברתית", דהיינו, כיצד החברה תופסת עברה מסוימת. לכאורה, תשובה לשאלה זו מצריכה מחקר אמפירי. אולם לצורך מתן תשובה משפטית לשאלה זו די אם נסתמך על ההיגיון הבריא ועל השכל הישר. דוגמת השטיח שהצגתי קודם לכן ממחישה את "המקובלות החברתית", בהראותה כי החברה תופסת את עברת המרמה כבאה להגן על "רכוש". אמת, בקרב חלקים מן החברה יכולות להימצא תשובות אחרות, אולם מבחן "המקובלות החברתית" אינו בבחינת משאל-עם; עניינו בבחינה מופשטת-מושגית לשאלה המעשית שהצגתי לעיל.

באשר לבחינת "המקובלות החברתית" בשאלה הספציפית של עברת המרמה, עצם ההטעה אינה משנה, כלל ועיקר, למרומה. כל שמעניין אותו הוא ערכו הכלכלי של הרכוש שלגביו הוא הוטעה. משכך, וכל עוד לא נגרם למרומה נזק רכושי כלשהו בעל ערך כלכלי, אי-אפשר לייחס למרמה עברה של "קבלת דבר במרמה". במרמה המוטעה מעביר את רכושו לאחר (המטעה/המרמה) מרצונו החופשי, כך שממילא אין מדובר ברכוש שהוא רוצה להחזיק בו בכל מחיר. מבחינתו, רכוש זה הוא סתם דבר בעל ערך כלכלי. לפיכך ניתן לומר כי נגרם למרומה נזק רק מקום שנגרם נזק לרכוש עצמו.

הנה, אפוא, על חמישה אלה עומדת עברת המרמה, וכולם כאחד מובילים אל אותו ניצוץ אור בעברה ההיסטורי של עברת המרמה – זה המבקש להזכיר לבתי-המשפט בישראל כי עברת המרמה נועדה להגן על הרכוש בלבד, המוגדר כסך כל הדברים שיש להם ערך כלכלי אצל האדם. מן האמור מתחייבת גם פרשנות של המונחים "זכות" ו"טובת הנאה", שבסעיף 414 לחוק העונשין, כמוגבלים למשמעות הרכושית הצרה. נוסף על כך אנו למדים כי אם לא הוסב נזק לרכוש מושא מעשה המרמה, אי-אפשר לייחס למעשה מרמה זה אשמה בעברה מושלמת לפי סעיף 415 לחוק העונשין, שהרי העברה של "קבלת דבר במרמה" הינה עברת תוצאה, כפי שהקדמתי וביארתי בראשית רשימה זו.

סוף-דבר

משהגעתי עד הלום, אבוא אל סוף מסעי ואביט, במבט-על, על הפסיפס העדין שחיברתי לכלל תמונה כוללת. במוקד רשימה זו עיצבתי לעצמי שאלת דיון מאתגרת, שהוציאתני

להפלגה אל עבר ההיסטוריה המשפטית של עֲבֵרַת המרמה, לשיט בחופי ההווה ולהמראה במסלול חוזה עתיד. בחינתה של שאלת הדיון נעשתה באופן מובנה, בצעידה זהירה, עקב בצד אגודל, ובהיצמד למפת הדרכים ששרטטתי בתחילת ההפלגה ואשר הוצמדה למצפן של עקרונות וכללים מנחים. רשימה זו מציגה ניתוח של מרכיבי שאלת הדיון, ורק לאחר־מכן הצגה של הדיון המצוי במשפט הישראלי, במשפט האנגלו־אמריקאי ובמשפט הקונטיננטלי.

הדיון במרכיביה של שאלת הדיון ובמשפט המשווה היווה חלק בלתי־נפרד מהדיון בפרק האחרון, שעסק בדיון הרצוי, ומכל מקום היווה פרודור להצגה נהירה של הדיון הרצוי המתחייב על־פי עקרונות־היסוד של דיני העונשין בפרט ושל המשפט הפלילי בכלל. ההתייחסות למשפט המשווה, וההתמקדות במשפט האנגלו־אמריקאי, ובעיקר במשפט המקובל האנגלי, היו בבחינת שחזור היסטורי משפטי של מקורות המשפט הישראלי, ובבחינת צעידה איתנה בעקבות מקור חיותו של המשפט הישראלי, בתקווה כי ילמד הנין מאביו, מסבו ומסיפור בראשית של עֲבֵרַת המרמה. הצגה זו היה בה משום הבעת רצון שהמשפט הישראלי יתחקה על עקבותיו של המשפט המשווה ויחבוק בזרועותיו את קרני ההשראה שלו.

אמת, הגישה שאני מציע אינה בבחינת סיפור בריאה מחודש, ואינה בבחינת התגלות אלוהית לפני המשפט הישראלי; נהפוך הוא – גישה זו היא הגישה המקובלת בכל מדינות המשפט האנגלו־אמריקאי וברוב מדינות המשפט הקונטיננטלי. עם זאת, הדיון שאני מציג יש בו כדי לשים דגשים ולהאיר טרקלינים אפלים בשיח המשפטי על־אודות שאלת הדיון. זאת ועוד, הוא מצייר את עמודי־התווך שעליהם נשען הדיון הרצוי, ובודק את חומרי־הגלם שמהם הם עשויים. נורמה משפטית לעולם אינה יש מאין; היא לעולם פרי סיפור עתיק־יומין. אומנם, עם השתנות אמות־המידה של "המקובלות החברתית" בחברה מאורגנת, נורמות מסוימות עשויות לקבל משמעויות ותכנים שונים מאלה שידענו עד לאותה עת. עם זאת, נורמה משפטית המנתקת את עצמה מעברה, ממקורות בריאתה ומחיק גידולה וטיפוחה הינה נורמה צולעת. נורמה משפטית אינה חיה בחלל ריק; היא נושמת את אוויר חיותה גם מעברה וגם מההווה שלה, וההווה יונק את מרכזיותו מן העבר. יתר על כן, אומנם ניתק חבל־טבורה של הנורמה המשפטית מאמה, אולם מלאכת טיפוחה וגידולה אינה נתונה באופן בלעדי לבית־המשפט. טיפוחה של נורמה משפטית אינו נעשה אך ורק בתוך כותלי הבית; גם לסביבה הנורמטיבית יש השפעה על פיתוחה ופירושה של נורמה משפטית. מסביבה זו היא שואבת את גרעין אישיותה.

זו צריכה להיות משנת הפרשנות המשפטית המתיימרת להתהדר בפרשנות תכליתית נאורה. פרשנות תכליתית אינה שוכחת לכוונת המחוקק ולפרשנות המילולית את חסד נעוריהן, וכל שהיא באה להוסיף על תורת הפרשנות האידיאית היא התנועה התלת־ממדית של מטוטלת המבקשת לאתר את מוקד כוח המשיכה המאזן בין כל מוקדי הפרשנות

למיניהם. שקלול כל הנתונים במשוואה זו מוביל בהכרח לתוצאה אינדוקציונית אחת ויחידה, שלפיה עברת המרמה באה להגן על הערך החברתי של "רכוש". אומנם, אין להתכחש לכך ש"חופש הדיספוזיציה" הוא בבחינת ערך חברתי בעל חשיבות חברתית ומוסרית ממעלה ראשונה. ברם, משפט אינו מוסר, והראשון מלקט מהאחרון את פניני גינתו בלבד, כדי להגן עליהן. פנינים אלה יקרות הן, ורק עליהן המשפט מוכן להשקיע מזמנו ומזיעת אפו. "חופש הדיספוזיציה" טרם הבשיל לכלל ערך חברתי מוגן, כזה העומד על רגליו, וטוב יעשה אם יישן בחיק עולם המוסר והצדק האוטופי, בבחינת "נצ'ר לשונך מרע, ושפתיך מדב'ר מרמה".⁹⁷ רק מקום שיחפוץ המחוקק להפוך ערך זה לערך חברתי מוגן, הוא יעשה זאת בשער בת רבים,⁹⁸ ויגן על המרומה מפני עצם מעשה המרמה, בבחינת מענה לתחינת המרומה: "מאיש מרמה ועולה תפלטני."⁹⁹

כך הדבר באוטופיה וכך צריך להיות במדינת-ישראל: דיני העונשין חייבים להיות האמצעי האחרון להגבלת זכויות אדם, ויש להגביל את השימוש בהם למקרים שבהם מדובר במעשים חמורים עד כדי כך שאין דרך לטפל בהם אלא באמצעות דיני העונשין.¹⁰⁰ זאת, מכיוון שההצדקה היחידה להגבלת זכויות אדם באמצעות דיני העונשין – שהינה הגבלה חמורה – היא שהתכלית תהא תכלית ראויה, לגיטימית וחשובה, דוגמת הגנה על הסדר הציבורי או מניעת אי-מוסריות משוועת.¹⁰¹ לפיכך הכרחי להבחין בין מוסריות כרעיון פילוסופי אוניוורסלי לבין מוסר כמונח משפטי נורמטיבי.¹⁰² אלא שזהו נושא לדיון נוסף שקצרה היריעה מלהכילו בגדר מאמר זה, יהא מרתק ככל שיהא.

97 תהלים לד 14.

98 ראו חיים כהן "הרהורים על טוהר המידות" משפט וממשל ב 403, 439 (1996), שם נדרש המחבר לרעיון ה"מוסר" תוך שהוא בוחן את מידת האובייקטיביות או הסובייקטיביות האופפת מושג זה. אלא שהשופט כהן, בדרכו שלו, בוחן במונח חדש, שאותו הוא מכנה "אובייקטיביוציה של המוסר". עד כמה שבינתי משגת, השופט כהן טוען שם כי מקום שהמחוקק מבקש לאכוף את המוסר, שומה עליו לעגן זאת בחוק ברחל בתך הקטנה.

99 תהלים מג 1.

100 THOMAS MORE, UTOPIA 85 (Paul Turner trans., 1965).

101 MOHAMMED SAIF-ALDEN WATTAD, THE MEANING OF CRIMINAL LAW 5 (2007).

102 שם, בעמ' 77.