

עברת הגנה

אסף הרדוף



נבו

עברת הגנבה / אסף הרדוף

עברת הגנבה

אסף הרדוף

נבו

Asaf Harduf

THE THEFT ACTS

הפקה: ענת זקון
עריכה לשונית: יהודית ידלין

מסת"ב 978-965-442-119-5 ISBN

©

זכויות היוצרים שמורות למחבר

תשע"ד–2014

נבו הוצאה לאור בע"מ

ת"ד 108 שריגים-ליאון 99835

טל' 02-9992099 ; פקס' 02-9992088

nevo@nevo.co.il

באהבת ענק להורי, אשר בנו את בית חיי

תוכן העניינים

מבוא	13
פרק 1: מבט היסטורי בגלגולי עברת הגנבה	19
א. מבוא	19
ב. כללי: מבט מאקרו על ההיסטוריה המערבית של הגנבה	19
ג. ההיסטוריה המנותחת של הגנבה במשפט המקובל	22
1. הול	22
2. פלטשר מול וינריב	23
3. טיגר	32
4. לייסי ונלס	37
ד. גנבה במשפט המוסלמי	38
ה. סיכום	40
פרק 2: מבט משווה בעברת הגנבה	41
א. מבוא	41
ב. עברת הגנבה במשפט האנגלי-אמריקני	42
1. אנגליה	42
2. ארצות הברית	47
3. קנדה	51
4. אוסטרליה	53
ג. עברת הגנבה בשיטות משפט אחרות	54
1. גרמניה	54
2. צרפת	56
ד. סיכום	57
פרק 3: עברת הגנבה בישראל – מבט התחלתי	59
א. מבוא	59
ב. עברת הגנבה בישראל – בראי הפסיקה	59
ג. עברת הגנבה בישראל – בראי הספרות	82
ד. עברת הגנבה בראי הכתיבה והפסיקה בישראל	90
1. גנבה: התמקדות פסיקתית בגנבה בידי מורשה	90
2. גנבה: ניתוח ספרותי מועט	91
3. גנבה: יסודות העברה המרכזיים?	92
4. גנבה: פרשנות יסודות העברה – סיכום	92

98	5. גנבה: הצדקות העברה – הערכים המוגנים
99	6. גנבה: הזיקה בין פלילי לאזרחי
99	ה. סיכום
פרק 4: עברת הגנבה – מבט נורמטיבי	
101	א. מבוא
102	ב. ההצדקה (הערכים המוגנים) שמאחורי עברת הגנבה: רקע
102	1. על חשיבותו של הערך המוגן במשפט הפלילי
105	2. ערכים מוגנים והדין האזרחי
110	3. ניסוח ערכי שותק
112	ג. מבחן התאמה ערכית-יסודית: לקראת זיקוקו של הערך המוגן בעברת הגנבה
112	1. הגנת רכוש
118	2. הגנת החזקה
122	3. הגנת יחסי אמון
124	4. הגנת הסדר הציבורי ותחושת הביטחון: "הביטחון הקנייני הבסיסי"
126	5. סיכום
127	ד. יסודות העברה – מבט ערכי/ביקורתי
127	1. מבוא
127	2. הגנבה הקלאסית: ניתוח
143	3. הגנבה הקלאסית: סיכום והצעה
150	4. גנבה בידי נפקד: ניתוח
155	5. גנבה בידי נפקד: סיכום והצעה
156	6. הזיקה והגבול בין פלילי לאזרחי
157	7. גנבה ותוויות: מה חשוב השם?
163	ה. סיכום
פרק 5: הגנבה המטפורית: על גנבה וחיות אחרות	
165	א. מבוא
166	ב. "גנבה" באמצעות מחשב
173	ג. "פיראטיות" מקוונת: שיתוף קבצים
185	ד. "גנבת" מידע
185	1. "גנבת" סמאות
188	2. "גנבת" סודות מסחר ומידע מסחרי
192	ה. "גנבת" זהות
196	ו. "גנבה" ספרותית
202	ז. לפני סיכום: המחקר של סטיל בנושא גנבת קניין לא מוחשי
203	ח. סיכום

205	סיכום
205	א. חוק פרימיטיבי?
205	ב. חשיבה מחדש על עברות
206	ג. חשיבה מחדש על עברת הגנבה
208	ד. סוף דבר
211	מפתחות
213	מפתח חקיקה
219	מפתח פסיקה
223	מפתח ספרים
227	מפתח מאמרים
235	שונות

תודות

תודה רבה לעוזרי המחקר שלי, עו"ד בוריס רוגינקין ועו"ד בל יוסף, על עבודה מגוונת ומועילה.
תודה רבה להוצאת נבו הנהדרת: לענת זקון על עבודת העריכה, ליהודית (דיתיק) ידלין על עבודת
העריכה הלשונית ולאלי כמובן.

פרק 1

מבט היסטורי בגלגולי עברת הגנבה

א. מבוא

החלק התיאורי של הספר יפתח במבט היסטורי בעברת הגנבה. מה חשיבות יש להיסטוריה של הגנבה במחקר משפטי שעניינו התאמת העברה לימינו שלנו? דומני שחשיבות רבה. מלבד התובנה שניתן להפיק ממבט לאחור בכל תופעה שהיא, לרבות תופעה משפטית, הרי שניתן להחכים מן ההיסטוריה של עברה, לאחר שזו כבר עברה גלגולים רבים ומורכבים, במיוחד כאשר שאלת המחקר היא אם נדרשת רוויזיה בעברה (לשון אחר: האם נדרש גלגול נוסף). עמידה על ניסוחים קודמים של העברה עשויה להזכיר או להטעים מה יש בניסוח המקורי לעומת ניסוחים קודמים, וחשוב לא פחות: מה אין בו. למידה על גלגולים קודמים עשויה להעלות שינויים משמעותיים שאירעו בעבר והביאו לאותם גלגולים: שינויים חברתיים, כלכליים או טכנולוגיים. הבנת השינויים עשויה לסייע בהמשך להשיב לשאלת המחקר, בקידום התשובות לשאלות אם אמנם נדרש כעת שינוי של העברה ואיזה, ואם שינוי זה אמור להיערך בחקיקה או בפרשנות. בהמשך למבט ההיסטורי גם המבט המשווה שיוצג בפרק הבא עשוי לסייע להשיב על שאלת המחקר. עמידה על הרציונלים המקובלים כיום לעברת הגנבה בשיטות משפט זרות, כמו גם על יסודות העברה, עשויה להאיר את הרציונלים והנוסח של העברה במדינת ישראל.¹

ב. כללי: מבט מאקרו על ההיסטוריה המערבית של הגנבה

המחקר הבוחן את התפתחות עברת הגנבה במשפט האנגלי עשיר יחסית. הוא מציג שיעור מאלף על הדינמיות של רציונלים ושל יסודות עברה ומלמד על פער אינטואיטיבי בין תפיסת העברה הקיימת לבין תפיסות קודמות. כפי שנראה, במקרים מסוימים קיימות מחלוקות לא רק באשר לפרשנותן של עובדות היסטוריות אלא אף באשר לעצם קיומן. אפתח ואתייחס לתיאורים מקוצרים וכלליים ואתקדם לתיאורים וניתוחים נרחבים.

ססיל טרנר (Turner) כתב כי גנבה היא מהפשעים הראשונים שהוכרו על ידי המשפט המקובל. העברה באה להילחם בתופעות של הסגת גבול והתנהגות אלימה. ההגדרה המקיפה הראשונה של גנבה (larceny) הייתה של הנרי ברקטון (Bracton), ששאל אותה מהחוק הרומאי והתאימה למשפט ארצו, וכך תורגם מרומאית: "the fraudulent handling of another man's thing, without his agreement, and with the intention of stealing it". הגדרת ברקטון לגנבה הדגישה את היסוד הנפשי שבפשע,

1 יובהר: מבחינה מתודולוגית פרק זה אינו כולל מחקר היסטורי עצמאי של עברת הגנבה אלא נשען על חוקרים מן העבר הרחוק והקרוב שהתייחסו להיסטוריה של עברת הגנבה.

באשר בימיו דין הגנבה היה צר יחסית והתייחס לשינוי שליטה פיזי-ממשי. לא הייתה אז תאוריה משפטית מורכבת בנוגע להחזקה. מה שעמד במרכז היה האקט הפיזי הפשוט של תפיסת דבר ולקיחתו משם, ללא הסכמת הבעלים.² הנוסח הרומאי היה רחב וכיסה כמעט כל עיסוק לא ישר ברכוש, ואף כזה הכרוך בהונאה ובהולכת שולל (trickery). אבל בימים שבהם עוצב המשפט המקובל היו היחסים הכלכליים בין האנשים פשוטים, והצורך העיקרי של החברה היה הגנה משפטית מפני פשעים של כוח פיזי ולא נגד הונאה. גורם נוסף לצמצום העברה מנוסחה הרומאי היה רצונם של בתי המשפט להימנע מהוצאות להורג: חוק הגנבה כלל עונש מוות, למעט מקרים שבהם ערך הגנבה לא עלה על שנים-עשר פני. לכן מושבעים נהגו להעריך את ערך הגנבה כלפי מטה, כדי להימנע מהוצאתו להורג של הגנב. רק בתחילת המאה העשרים נקבעה הגדרה חוקית של גנבה, בחוק הגנבה מ-1916, שאליו אשוב בפרק הבא.³

ויין ל'פייב (LaFave), שבחן את ההיסטוריה של עברות הרכוש, ציין כי עברת הרכוש הראשונה הייתה גנבה, פשע של המשפט המקובל שהומצא על ידי שופטים אנגלים ולא על ידי הפרלמנט, ולפיו אדם אחד לקח מחזקתו של אחר רכוש ללא הסכמתו. הרכיב העיקרי שהגביל את היקף הגנבה היה הדרישה שהגנב ייקח את הרכוש מחזקת הקרבן. שופטים נהגו לראות בפשע מגן על הסדר הציבורי (peace) יותר מאשר מגן על רכוש מנטילה בעוול. הסכנה להפרת הסדר הציבורי גדולה יותר כאשר מדובר בנטילת החזקה, להבדיל מהותרת הרכוש בהחזקת הגנב, מה שידוע היום כמעילה (embezzlement). ל'פייב ציין שבסוף המאה השמונה-עשרה, עם התרחבות המסחר באנגליה, חשו השופטים צורך להרחיב את העברה. הם עשו כן בשלוש דרכים: האחת הייתה לקבוע כי מי שהופקד על שמירת רכוש (bailee) נטל את הרכוש או "שבר את החזקה" (break bulk); השנייה הייתה המצאת המונח "החזקה/חזקה קונסטרוקטיבית" מקום שלא הייתה החזקה ממשית, ואילו השלישית כללה מצב שבו הגנב שיקר כדי לזכות בהחזקה. רק בהמשך נוצרו עברת המעילה ועברת מצג השווא/התחזות (false pretense). הקווים המפרידים בין גנבה, למעילה ולמצג שווא היו דקים וטכניים, ולעתים קרובות עלו קשיים בהעמדה לדין בגינם.⁴ ל'פייב הציג את יסודות עברת הגנבה במשפט המקובל: 1. trespassing; 2. taking; and 3. carrying away; of the 4. personal property 5. of another; 6. with intent to steal it. הוא ציין כי במשך השנים הגבילו בתי המשפט את חשיבות הרכיב הראשון, הסגת הגבול, בהכרזה שהחזקה קונסטרוקטיבית חלה בכמה מצבים. היסוד שעניינו הסגת גבול בנטילה (trespassing in the taking) תיאר נטילת החזקה מהמחזיק, שבדרך כלל (אך לא תמיד) היה גם הבעלים. ממחקרו של ל'פייב עולה כי כל אלו לא היו גנבים: מי שלא החזיר רכוש שכבר היה בחזקתו; מי שמכר לאחר ולא העביר לו את הרכוש; מי שקיבל חפץ לתיקון ולא השיבו; ומי שמצא רכוש ולא השיבו.⁵

ג'ושוע דרסלר (Dressler) כתב כי בשנים המוקדמות של המשפט האנגלי גנבת רכוש לא הייתה כלל עברה פלילית. רק נטילה בכוח של רכוש, כלומר שוד, הייתה בת-ענישה. בימי הביניים, כשהכלכלה הביאה לשינויים במערכת המשפט ובתפיסה המשפטית, התרחבה העברה כדי לכלול נטילה שלא בכוח, אך שלא בהסכמה: larceny. דרסלר הטעים כי דיני הגנבה לא התפתחו באופן פשוט או חלק:

2 ראו: J.W. CECIL TURNER, RUSSEL ON CRIME 883, 907-908 (vol 2, 12th ed., 1986).
 3 ראו: J.W. CECIL TURNER, KENNY'S OUTLINES OF CRIMINAL LAW 204-205 (1952).
 4 ראו: WAYNE R. LAFAVE, SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW vol. 3 57-61 (2nd ed., 2003).
 5 שם, בעמ' 62.

מהצד האחד המושבעים צמצמו אותה במקרים שבהם לא סברו שמוצדקת הרשעה ובעקבותיה הוצאה להורג. מהצד האחר בתי המשפט גילו רגישות לאינטרסים מסחריים שהרחיבו את היקף החוק עם הזמן. במאה השמונה-עשרה התערב הפרלמנט ומילא פערים בחוק, ביצירת עברות רכוש חדשות: מעילה והשגת כסף באמצעות מצג שווא.⁶

ג'ון סמית' (Smith) כתב גם הוא כי המשפט המקובל החל בתפיסה גסה של גנבה שכיסתה רק את הלקיחה הישירה והבוטה ביותר של רכוש שבחזקת אדם, על ידי אדם אחר. עם הזמן הורחבה העברה על ידי בתי המשפט והפרלמנט כדי לכסות עוד התנהגות באמצעות פיקציות ופרשנות.⁷ אדוארד גריו (Griew) הטעים שמבחינה היסטורית גנבה הייתה עברה נגד החזקה של אחר ברכוש: הפרה של אותה החזקה בדרך של נטילה ונשיאה של הטובין ללא הסכמה, בכוונה לשלילת קבע. נטילה כזו לא הייתה אפשרית בהינתן הסכמה, או בהינתן החזקה של הגנב.⁸

על ההיסטוריה של עברת הגנבה ניתן ללמוד גם ממי שלא חקר את ההיסטוריה באופן שיטתי – אלא פשוט חקר את העברה בתקופה אחרת. בסוף המאה התשע-עשרה כתב ג'וזף ביל (Beale) כי עברת הגנבה במשפט המקובל שונה מפשע כמו רצח: הרג אדם היה פלילי על פי הכוונה שבה בוצע המעשה; מנגד, באשר להתערבות ברכושו של אדם, הייתה הפליליות תלויה בתנאים מסוימים. הקו בין התערבות פלילית לבין עוולה היה שרירותי למדי, כאשר לבעלים תמיד הייתה עילה לתביעה אזרחית במקום פלילית. בעקבות זאת נוצרו מחלוקות בדבר השאלה אם התנהגות פלונית צריכה להיחשב עברה אם לאו. קושי זה לא הוסר גם כשגבולות הפליליות הורחבו בחקיקה בעברות שנוצרו כדוגמת מעילה, רמאות (cheating), רמאות באמצעות מצג שווא, היזק בזדון (mischief malicious), הסגת גבול בכוח וכדומה. לגישת ביל, השאלה אם האקט הוא פשע במשפט המקובל או לפי חוק, נותרת פתוחה. מלכתחילה הגביל המשפט המקובל את פשע הגנבה למקרים של נטילה בעוול מהחזקה של הבעלים ללא הסכמתו. לעתים אף נקבע שעל הנטילה להיות נגד רצון הבעלים (invito domino).⁹ ביל טען שאין זה משנה מהו המניע שהביא את הבעלים למסור – אם הוא נפרד מהרכוש מרצונו, לא היה ראוי להרשיע בגנבה. בשנת 1779 נקבע כלל שונה בפרשת פיר (Pear), שאליה אשוב בהמשך, שם הקרבן נפרד מהרכוש מרצונו, אך בית המשפט הכיר באפשרות להרשיע בגנבה בתחבולה. ביל כתב שהחלטה שהתקבלה שם הייתה חידוש, התאמה לא רצויה של דיני הגנבה, החלטה שהייתה בניגוד לסמכות והובילה למסקנות לא הגיוניות במקרים מאוחרים יותר. הוא הסיק שאין נקודת עצירה במשפט המקובל האנגלי בנוגע לגנבה: כל אימת שרכוש מושג במרמה, המושבעים יכולים למצוא שהבעלים לא היה נפרד מהרכוש לו ידע מה היה במחשבות המבצע. עברת הגנבה "כבשה" את כל האזור של עברת מצג השווא, שכזכור נולדה במאה השמונה-עשרה, ולא היה עוד קו מפריד בין גנבה לבין מצג שווא, משום שכל מה שבכיוון זה הוכר כגנבה.¹⁰

6 ראו: JOSHUA DRESSLER, CASES AND MATERIALS ON CRIMINAL LAW 946 (3rd ed., 2003).

7 ראו: JOHN CYRIL SMITH, THE LAW OF THEFT 1 (8th ed., 1997).

8 ראו: EDWARD GRIEW, THE THEFT ACTS 142 (7th ed., 1995).

9 ראו: Joseph H. Beale Jr., *The Borderland of Larceny*, 6. HARV. L. REV. 224, 224, 245 (1892).

10 שם, בעמ' 248–256.

ג. ההיסטוריה המנותחת של הגנבה במשפט המקובל

כמה מלומדים מן העולם המערבי ניתחו את עברת הגנבה ניתוח נרחב מאוד. אף שהמסקנות שאליהן הגיעו אינן זהות, ולעתים כללו שליחת חצי ביקורות חדים זה לעברו של זה, הניתוח שערכו בהחלט מאיר עיניים ומציף שאלות שראוי שתהדהדנה בחיבור שכזה, והן נדונות בהרחבה בהמשכו. הדיון שערכו המלומדים מוסיף נופך נורמטיבי ראשון לספר זה, אמנם עקיף בשלב זה, אך עדיין חשוב עד מאוד. ההיסטוריה שנסקרת בפרק זה כוללת לקחים חשובים מאוד שמוטב להבינם, ואלה יסייעו רבות הן לדיון בשאלת הרציונלים והערכים המוגנים שמאחורי עברת הגנבה והן לדיון ביסודות העברה. יש להדגיש כי למשפט המקובל, מכל מערכות המשפט, שמור מקום של כבוד בחיבורי ראשית, משום שחוק העונשין, התשל"ז–1977 מבוסס על פקודת החוק הפלילי, 1936, פקודה מנדטורית, שהעתיקה את חוק הגנבה האנגלי משנת 1916. שורשיה של הפקודה נטועים עמוק בחקיקה ובהלכות שייסקרו. שנית, משום שבתי המשפט הישראליים, בייחוד בעשורים הראשונים לקומה של המדינה, נסמכו לא פעם על ההלכות שנוצרו במשפט המקובל ועל כתיבת המלומדים אשר ביקשו להאיר הלכות אלו. פרשות שייסקרו בהרחבה בחיבור זה, כגון פרשת הבלדר (The Carrier's Case), פרשת צייסר (Chisser) ופרשת פיר, זכו לאזכורים גם בבתי המשפט הישראליים אשר באו לנתח את עברת הגנבה, על רבדיה ונגזרותיה.

אפתח בתיאור תמציתי של הניתוח שערך הול (Hall); אתקדם לתזה של פלטר (Fletcher) ולתגובה של וינר (Weinreb); אמשיך בטיגר (Tigar), שערך ניתוח היסטורי משלו וגם ביקר את קודמיו; אסיים בניתוח עדכני יחסית של לייסי וולס, שעסקו בהיסטוריה של עברת הרכוש.

1. הול

בחיבור שפורסם בשנת 1935 ועודכן בשנת 1952 ניתח ג'רום הול את ההיסטוריה של עברת הגנבה.¹¹ הול הקדיש חלק ניכר מספרו לפרשת הבלדר משנת 1473.¹² פרשה חשובה זו זכתה להתייחסות רבה מצד המלומדים באותו זמן, ואף מאות שנים לאחר מכן. דובר בבלדר שערך עסקה עם סוחר להוביל חבילות לסאות'המפטון; במקום להובילן כאמור, הוא לקח אותן למקום אחר, פתח את החבילות ולקח את תוכנן. הבלדר הורשע ונפסק כי פתיחת החבילות היא שהפכה את המעשה לגנבה. אילו היה הבלדר מוכר אותן בשלמותן לא הייתה זו עברה. במופשט, התאוריה הייתה שעם פתיחת החבילות חזר הרכוש בבת אחת ל"החזקה" קונסטרוקטיבית של הסוחר, ופריקתו מהחבילות מילאה את הרכיב של "הסגת הגבול". לפני מקרה הבלדר לא כללה "נטילה" – כרכיב של גנבה – משמעות מלאכותית: פירושה של הסגת גבול כרכיב חיוני של גנבה היה נטילה גלויה (manifest) של מיטלטלין מהמחזיק. התנאים הכלכליים האנגלו-סקסיים והנורמניים המוקדמים הגבילו הן את מושאי הגנבה (כאשר רכוש בר-הזזה כלל בקר, מוצרי חווה ורהיטים) והן את שיטותיה.¹³

11 ראו: JEROME HALL, THEFT, LAW AND SOCIETY (2nd ed., 1952).

12 הול הפנה ל: The Carrier's Case, Y.B. Pasch. 13 Edw. 4, f. 9, pl. 5 (Ex. Ch. 1473), reprinted in 64 SELDEN SOC'Y 30 (1945).

13 ראו: HALL, לעיל ה"ש 11, בעמ' 4, 6, 8–10.

הול לא הסתפק בניתוח משפטי של המקרה וניגש לניתוח מפורט של התנאים הפוליטיים והכלכליים ששררו באותה עת.¹⁴ הוא כתב כי למעט הכלל שהתגבש באותם ימים בנוגע לגנבה על ידי משרת, שהתבסס על כך שהייתה למשרת משמורת (custody) בלבד, לא זיהה המשפט המקובל פליליות באדם שקיבל חזקה כדין ברכוש ואז "המיר" אותו. נראה היה שהבעלים היה צריך להגן על עצמו טוב יותר ולבחור אדם מהימן. זו הייתה לכאורה משימה פשוטה, ולכן נדמה היה כי הבוחר היה רשולן אם מסר את הרכוש לאדם שברח עמו. עם זאת סוחר זר ודאי היה מוגבל בבחירתו בבלדר שלא הכיר ושאתו נאלץ לעבוד. לאור כל זאת, כתב הול, כוחות העולם המודרני הצריכו את חיסולה של נוסחה שהפכה לחסרת תועלת. מערך חדש של מוסדות גדולים הצריך כלל חדש, והמשפט סיפק אותו בפרשת הבלדר.¹⁵

מלבד פרשת הבלדר ניתח הול את צמיחתם של דיני הגנבה במאה השמונה-עשרה, המאה שלדידו "אחראית" למרבית דיני הגנבה המודרניים. בתקופה זו נולדו איסורים בחוק על פעולות כמו קבלת רכוש גנוב, גנבה בתחבולה, מעילה והשגת טובין באמצעות מצג שווא. הול הסביר כי דיני המעילה במאה השמונה-עשרה צמחו מתוך התועלת המוגבלת של מושג המשמורת, שבא לידי ביטוי בכלל שלפיו משרת, שהמיר טובין או כסף שקיבל מאדם שלישי בשביל אדונו, ביצע הפרה של המשפט האזרחי ותו לא. כלל זה יצר בעיה חוזרת ונשנית עד 1799. הטכניקה הייתה להרחיב את מושג ה"חזקה של האדון" בכל הזדמנות. השיא היה בפרשת ביזלי (Bazeley) ב-1799 (שאליה איגוע בעת סקירת מחקרו של טיגר), שהובילה לקבלת חוק מעילה כללי. הול תיאר התפתחויות נוספות (לרבות פרשת פיר) והראה כיצד מרמה בהשגת החזקה הצטרפה לפתיחת חבילות ולמשמורת של משרתים לשם הרחבת ההגדרה של גנבה הרחק מעבר למשמעותה המקורית.¹⁶

2. פלטשר מול וינריב

במאמר מפורט ומרתק משנת 1976, "המטמורפוזה של הגנבה",¹⁷ שאת גלגולו ניתן למצוא בחיבור המפורסם ופורץ הדרך שהגיע שנתיים לאחר מכן,¹⁸ ניתח ג'ורג' פלטשר את עברת הגנבה. מדובר במאמר עשיר בניתוח ובתובנות, וכל תמצות שאערוך לו לא יעשה חסד עם הקוראות. ובכל זאת אציג את הניתוח ההיסטורי של פלטשר (בלי להיכנס, בשלב זה, למשמעות שגזר פלטשר מהניתוח), ובהמשך לו את מאמר הביקורת שכתב וינריב ואת תגובתו של פלטשר. הניתוח והוויכוח בין השניים

14 לדידו, התקופה כולה התאפיינה במצב כאוטי של אי-סדר ומרמור. הול הדגיש כי המתלונן היה סוחר זר; כי הייתה לו ברית עם המלך, שסיפק מעבר בטוח לו ולטובין שלו; כי הרכוש שניטל היה שווה 20 פאונד; כי הנאשם היה בלדר ותפקידו היה לשאת את הסחורה לסאות'המפטון, עיר שחלשה על המסחר עם המדינות הלטיניות שנים רבות, נמל ראשי למערב. דובר בתקופה של שינויים באירופה. המסחר עבר שינוי קיצוני וכך גם התרבות כולה, וניכר מעבר לקראת שיטות ועקרונות קפיטליסטיים. הול אף ציין כי המלך אדוארד עצמו היה סוחר ועסק ביזמות עסקיות פרטיות מרובות. הוא הוסיף כי יש ראיות שהסחורה המדוברת הייתה צמר, בגדים או שניהם. המסחר בצמר ובגדים היה בכמות אדירה באותה עת. צמר גס היה הסחורה המובילה באנגליה לפחות מאז הנורמנים. שם, בעמ' 14-15, 18-20, 22, 26, 28, 30.

15 שם, בעמ' 31-33.

16 שם, בעמ' 34-42. לטבלה מסכמת של פסקי דין וחוקים מובילים בדיני הגנבה החל מהמאה החמש-עשרה ועד המאה התשע-עשרה ראו שם, בעמ' 61.

17 ראו: George P. Fletcher, *The Metamorphosis of Larceny*, 89 HARV. L. REV. 469 (1976).

18 ראו: GEORGE FLETCHER, *RETHINKING CRIMINAL LAW* (1978).

מרתקים גם בחלוף למעלה משלושים שנה, וכדברי פלטשר, יש הרבה מה ללמוד מהמסורת (כפי שאנסה לעשות בהמשך).¹⁹

פלטשר כתב כי המשפט המקובל העוסק בגנבה נראה לצופה כמבוך של הבחנות שרירותיות בין גנבה, מעילה, גנבה בתחבולה (trick) והשגת רכוש באמצעות מצג שווא.²⁰ הוא תיאר כיצד הדחף לעקיבות יצר התרחבות מתמדת של האחריות הפלילית הנוגעת להשגת רכוש בדרך לא ישרה. מעילה התרחבה מעברה הישימה בסוגים מסוימים של יחסים לכדי עברה כללית ששיימה כמעט בכל מצב שבו מישהו הופקד על רכוש. השגת רכוש באמצעות מצג שווא, שבעבר דרשה הצגה שקרית של עובדה חיצונית, כללה בהמשך גם השגת רכוש באמצעות הבטחות שקריות. וכך, אפילו הרעיון היסודי שגנבה מניחה השגת נכס קונקרטי ולא הפרה של חוזה גרידא, היה שנוי במחלוקת; מנסחי הקוד הפלילי לדוגמה, כתב פלטשר, טענו שאין הבדל מהותי בין השגת נכס שהופקד לבין אי-קיום הבטחה לשלם סכום שווה ערך לזה שהופקד לשם אותה מטרה. המגמה שזיהה הייתה הפלת כל המקרים של התעשרות עצמית שלא ביושר.

פלטשר הסביר כי הגישה המסורתית לגנבה נבנתה על יסוד שני עקרונות מבניים שביטאו את ההבחנה בין הרובד הפומבי המאפיין את הדין הפלילי ובין הרובד הפרטי, שלכל היותר נתון להסדרה על-ידי המשפט הפרטי. אחד העקרונות המבניים הללו, חסינות ההחזקה (possessorial immunity), היה הכלל המפורש של בתי המשפט שהעברה של החזקה בחפץ העניקה חסינות מהדין הפלילי לצד שקיבל את החפץ, בכל הנוגע לניצול לרעה או לנטילת החפץ שהופקד. דובר בכלל יסודי בהגדרת קווי המתאר של עברת הגנבה, כמו גם הגבול שבין גנבה לבין עברות חדשות יותר שהתפתחו.²¹ העיקרון המבני השני של המשפט המקובל היה הכלל המשתמע שאחריות פלילית צריכה להיות מוטלת בגין כל התנהגות שמתיישבת עם תדמית הגנב, ורק בגינה. עיקרון זה התפרש באופן שהתנהגות כמו זו של גנב היא לכאורה (prima facie) פלילית, ואילו התנהגות אחרת אינה נתונה לסנקציות פליליות. לכן אם כוונת הנוטל לגנוב לא התבטאה באקט חיצוני מזוהה עם גנבה, לא ניתן היה להרשיע בגנבה, והוכחה חלופית של הכוונה הפלילית הייתה לא רלוונטית. ההנחה של הגישה המסורתית הייתה שאפשר לתפוס גנבה במישור חיצוני בעולם, ושעל בסיס תפיסה זו על בתי המשפט לעצב את דיני הגנבה. להבדיל, כתב פלטשר, בימינו נוטים לנתח את תופעת הגנבה לכדי היסודות התאומים של נזק ושל כוונה: הנזק הוא ההשגה הלא מורשית של רכוש של אחר, ואילו הכוונה היא לגרום את אותו נזק. הרעיון הוא שאין התנהגות מיוחדת הדרושה כדי להוכיח את האקט הנדרש. אפשר להוכיח כוונה במגוון דרכים, לרבות הודאה, התנהגות פלילית קודמת וראיות נסיבתיות אחרות.²² כיצד ביסס פלטשר את טענתו זו? הוא מצא שהתקופה המכרעת בשינוי עברת הגנבה הייתה סוף המאה השמונה-עשרה ותחילת המאה התשע-עשרה.²³ כלל החסינות בהחזקה התגבש בכל מערכות המשפט המערביות, מה שמרמז שבכל אלו הייתה תפיסה משותפת בנוגע למערכות יחסים שראוי להדירן מהדין הפלילי.

19 ראו: Fletcher, לעיל ה"ש 17, בעמ' 530.

20 שם, בעמ' 469.

21 שם, בעמ' 471–472.

22 שם, בעמ' 471–473.

23 שם, בעמ' 474. פלטשר ציין כי בלקסטון היה כנראה הראשון מבין גדולי כותבי המשפט המקובל שסיווג גנבה כפשע נגד רכוש: WILLIAM BLACKSTONE, BLACKSTONE'S COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 229 (1765–1769).

פלטשר כתב על העיקרון של "פליליות אובייקטיבית", שבא כקו מנחה משתמע ולא ככלל מפורש במערכת, ושדרכו ביטאו השופטים והמלומדים את האינטואיציה שלהם בדבר גנבה כמאורע מזוהה כחלל הפיזי: רק נטילות שהתיישבו עם התדמית המקובלת של גנבה היו בנות-ענישה כגנבה. העיקרון של פליליות אובייקטיבית לא ייתר את כוונת הנוטל, אך הואיל ומעשה המתיישב עם תדמית הגנב ממילא העיד על הכוונה שמאחוריו, הסוגיה כמעט שלא עלתה בפרקטיקה. נושא הכוונה נדון רק אם מראית העין הייתה מטעה: מישהו נראה כגנב בלי לגנוב באמת, והיעדר הכוונה היה מביא לזיכויו.

פלטשר ציין כי במערכות משפט קדומות רק גנבה גלויה הייתה נתונה לעונש מוות. אדם שנמצא עם טובין גנובים היה נתון לכל היותר לעונש תשלום פיצויים כפולים.²⁴ בחוק הרומאי ובמערכות משפט קדומות אחרות הוצאה להורג בגין גנבה גלויה הופקדה בידיים פרטיות ולא ציבוריות. לפי שנים-עשר הלוחות (Twelve Tables), הגנב הלילי שנחפס בשעת מעשה הוצא להורג מידית. לא דובר בסוג של הגנה עצמית אלא בזכות להרוג עם פטור מעונש, וכך קרובי המשפחה של ההרוג לא התייחסו להריגה כאל סיבה לנקמה אלא כהוצאה להורג מוצדקת. אף בספר שמות חלה ההבחנה בין "גנב הלילה" הנתפס בעת מעשה לבין אדם הנתפס מחזיק או טובח חיה גנובה. את הראשון היה מותר להרוג ללא אשמת דם; השני היה לכל היותר מחויב בתשלום פיצויים כספיים.

הצורות הקדמוניות של גנבה נשאו מאפיינים שהמשיכו לסמן את דיני הגנבה במערב אירופה: על הגנבה להיות ממקום סגור; נדרשה גנבה גלויה; אי אפשר היה להוציא להורג אם היה ספק באשר להיות האדם גנב. המוטיב המרכזי של הגנב שנתפס היה ניסיון להתנהגות חשאית או התגנבות. אך התמונה של התנהגות חשאית התערבבה במקרים מסוימים עם רכיב מסוים של כוח. גנבה במשפט המקובל הניחה הסגת גבול, והסגת גבול נעשתה בכוח (*vi et armis*). במרבית מערכות המשפט נטילה בכוח מאדם התגבשה לכדי עברה נפרדת, שוד, אך גם תפיסות בכוח בהיעדר הבעלים נצפו כמרכיב בתמונה המורכבת של גנבה גלויה.

פלטשר גרס כי המעבר משנים-עשר הלוחות לימי הביניים של דיני הגנבה צריך להיראות כסדרה של מאמצים להמיר את הזכות להוצאה פרטית להורג לכדי משפט פומבי פורמלי כפי שאנו מכירים כיום. אחד הצעדים המוקדמים בהתפתחות זו היה הנוהג של הוצאה פרטית להורג לאחר "זעקת חמס" (*outcry*). תפקיד הזעקה היה להודיע ליתר הקהילה על ההוצאה להורג העומדת לבוא; כך הובטח שההורג לא יקבל יחס של פושע. במשפט הרומאי מוסד הזעקה נועד להרחיב את המושג של "גנבה גלויה" (*fur manifestus*) כדי לכלול "גנבי יום" שגילו התנגדות. המשפט המקובל האנגלי בימי הביניים נשא הלאה את המונח, אך בהכרה הדרגתית שלפני הוצאה להורג הייתה חובה לקיים משפט. עד המאה השלוש-עשרה הפכה הזכות להוצאה פרטית להורג להוצאה פומבית להורג לאחר משפט שדה מקוצר. בהמשך הפכה הזכות הפרטית של הוצאה להורג לתת-סוג של הגנה עצמית. עד ראשית המאה השש-עשרה נתפסה הריגת גנבים ושודדים כסוג של רצח מוצדק, המוסדר בחוק, ולא כדין עצמי. שינויים חשובים התרחשו כשכתי המשפט הפליליים קיבלו עליהם את האחריות לענישת גנבים, אך הענישה נותרה זהה: הוצאה להורג של גנבים גלויים. הגנב לא היה צריך עוד להיתפס באקט. המעשה שלו, כעולה מהעובדות, פשוט היה צריך להתיישב עם תמונתו של הגנב הגלוי.²⁵

24 ראו: Fletcher, לעיל ה"ש 17, בעמ' 476-477. בה"ש 27 הפנה פלטשר בעניין זה לכאן: Table VIII, Q i6, in 2 ANCIENT ROMAN STATUTES II (Paul Robinson, Coleman-Norton, Frank Card Bourne & Allan Johnson eds., 1961).

25 ראו: Fletcher, לעיל ה"ש 17, בעמ' 477-480.

כשמאחוריו תשתית הניתוח של ההיסטוריה העתיקה בחן פלטשר את ההיסטוריה של פרשנות עברת הגנבה במשפט המקובל. הוא פנה לכמה מקרי מפתח מפורסמים כדי לבסס את טענת המחקר שלו בנושא הפליליות הבולטת של עברת הגנבה. מקרים אלו הם חשובים ושופכים אור על שאלת המחקר, בהמחישם כיצד מתמודדת מערכת משפט עם סוג חדש של התנהגות, וכיצד היא מכריעה אם ניתן להכניסו למסגרת עברה קיימת.

פלטשר התייחס לפרשת הבלדר. אף לגישתו המכשול שניצב בפני התייחסות לנטילה כאל עברה היה הכלל של חסינות בהחזקה: הבלדר, שקיבל חזקה כדין בטובין, לא היה יכול לקחתם בכוח, ולכן הנטילה לא הייתה לכאורה עברה או הסגת גבול. עם זאת השופטים סברו שהנטילה הייתה בכל זאת עבריינית. עמדת השופט צ'וק (Chokke) התקבלה, והיא השפה שיצרה את כלל הפרת ההובלה (breaking bulk). לפי פלטשר, כלל זה נותר חריג בולט לחסינות בהחזקה במשך למעלה מארבע מאות שנים, עד המאה התשע-עשרה. רק בשלבים הסופיים של גלגולי הגנבה, בשנת 1857, ביטל הפרלמנט את כלל החסינות בהחזקה והכניס את כל השומרים המועלים לגבולות הדין הפלילי.

פלטשר כתב כי איש במאה העשרים לא תמך ברציונל של המקרה. בהנחה שהכלל של "הפרת הובלה" היה תמרון שרירותי של החוק, רוב המבקרים הסבירו את ההחלטה להרשיע כויתור לטובת מדיניות מלכותית או כפירוש כלכלי של אותו עידן. פלטשר ביקר הסבר זה בהרחבה, וחיווה דעתו כי מאחורי הכלל של הפרת הובלה עומד העיקרון של פליליות אובייקטיבית. מאפיין אחד של הגנב היה הנטילה המהירה והאלימה שלו. היבט זה של גנבות (thievery) התקיים בפעולה של הפרת הובלה. הגנב שמפר הובלה יכול להיתפס כמעשה. פתיחת החבילות הייתה יכולה להיתפס כמעשה של גנבה הרבה יותר ממעשים תמימים למראית עין של מכירת החבילות או מסירתן. מנגד, צורות אחרות אלו של מעילה נותרו בתוך הגנת החסינות בהחזקה. החריג של הפרת הובלה הוא שהוכיח את הכלל: התנהגות שבשום שלב לא הפגינה מאפיינים התנהגותיים של גנבות נותרה חסינה מסמכות השיפוט של בתי המשפט הפליליים. לפי פלטשר, מקרה הבלדר ממחיש העדרת התפיסה של פליליות אובייקטיבית (הגנב הגלוי) על העיקרון של חסינות בהחזקה ועל הפרקטיקה שהדירה התנהגות של שומרים מדיני הגנבה.

חשיבות ההחזקה הלכה וקטנה לקראת תום המאה השמונה-עשרה. לצד התפתחות החוק הכירו בתי המשפט בהדרגה בפער שבין השליטה הממשית לבין ההחזקה המשפטית, ובהמשך אף הרחיבו אותו. בתי המשפט בחנו מקרה אחר מקרה וקבעו מתי החסינות מתאימה ומתי לאו. למשל במאות החמש-עשרה והשש-עשרה הייתה מחלוקת אם משרתים נהנים מחסינות החזקה בגין מעילה בטובין שמסרו אדוניהם להחזקתם. לאחר התחבטות הוחלט שלא דובר בהחזקה כל עוד המשרת היה בשטחו של האדון או בחברתו. הפרלמנט התערב ב-1529 בחוק שלפיו משרתים אחראים בגנבה לכל רכוש בעל ערך המופקד אצלם על ידי אדוניהם (חוק זה פורש בהמשך באופן שלא יחול על משרתים שקיבלו טובין מצדדים שלישיים). בדומה לכך, בשלב מסוים הוכר שאורח בפונדק אינו בגדר מי שמחזיק בכלי אוכל או במצע המיטה. במחלוקות הללו בנוגע להיקף חסינות ההחזקה המתכונת היא שמישהו מוסר מיטלטל לנאשם או שהנאשם מקבל אותו ברשות הבעלים, והשאלה היא אם קבלת האובייקט הפיזי מספיקה כדי לרכוש החזקה משפטית.²⁶

כדי לחזק את טענתו באשר לפליליות האובייקטיבית כגורם מכריע ניתן פלטשר את פרשת צ'יסר. זהו מקרה שנדון באמצע המאה השבע-עשרה. הנאשם ברח מחנות בלי לשלם על שתי עניבות שהמוכר הגיש לבדיקתו. נפסק שדובר בעברה: חרף מסירת העניבות שמר הבעלים החזקה משפטית, ולכן היה מוגן עד למכירה הממשית של העניבות. במצב זה, כמו במצבים של האורח בפונדק והמשרת ביחס לטובין של אדונו, היה פירושה של מתיחת קו החזקה אל מעבר לשליטה הפיזית, שניתן לגנוב תוך נשיאת חפץ שכבר היה בידי הנושא. הרחבת הפער בין החזקה המשפטית לבין השליטה הממשית הגבילה את חסינות החזקה.

בנסותו לאתר את הרציונל שמאחורי הכלל של חסינות בהחזקה כתב פלטשר שאין מדובר בכיבוד הסכמים פרטיים בנוגע לשליטה ושימוש ברכוש אישי בהקשר זה, או בשאלה של הסתכנות. רציונל משכנע יותר לחסינות בהחזקה עשוי להיות שהכלל יחול רק כשהיחסים בין שני הצדדים מוגדרים בשלמותם בהסכם הנוגע לשימוש במיטלטלין. זאת להבדיל מאדון המספק את הכלים למשרתו ומהמארח המספק מצעים וכלי חרס לאורח, במערכות יחסים של אינטראקציה מתמשכת, תחת גג הבעלים או במסגרת מבנה של כוח ותלות. חסינות בהחזקה הצריכה יחסים המוגדרים אך ורק בחוזה, ורק המיטלטלין כובלים את הצדדים יחדיו. לגישת פלטשר, אף שאנו מוצאים את עקרון החסינות בהחזקה כבר במאה השלוש-עשרה, ייתכן שהמוסד התאים יותר מכול לצורת חיים מסחריים שבהם יחסים חוזיים עם זרים נתפסו כעניין פרטי הנתון להסדרה אוטונומית ולפיכך הוחרגו מסמכות השיפוט של בתי המשפט הפליליים. פלטשר נתן כדוגמה את הדוקטרינה שלפיה משרתים נהנו מחסינות בהחזקה כשדובר בטובין שקיבלו מצדדים שלישיים אך לא בטובין שקיבלו מהאדון. אנומליה זו ניתנת להסבר אם נתמקד בבעלים המוותר על שליטה באובייקט. במקרה של טובין המתקבלים מצד שלישי, לבעלים לא הייתה לוותר עליה עד שהשיג החזקה בטובין, ולכן העיקרון של שמירת טובין במתחם לא היה יכול לחול. מנקודת מבט זו, חסינות המשרת בנוגע לטובין שהתקבלו מצד שלישי עולה רק מפגם בסטטוס של הבעלים: הוא עדיין לא השיג החזקה. לגישת פלטשר, רוב המקרים שדנו בהיקף החזקה מלמדים שעקרון החסינות בהחזקה יושם באופן שיתיישר עם תדמית הגנב הטיפוסי בעיני השופט, והדבר הביא להרחבת האחריות הפלילית, כפי שקרה בפרשת הבלדר.²⁷

פלטשר הרחיב על אודות שינוי בעברת הגנבה שהתרחש במהלך התסיסה האינטלקטואלית של סוף המאה השמונה-עשרה. תאורטיקנים של המשפט הפלילי הניחו יסודות לתאוריה המודרנית של שליטה חברתית, ואילו שופטי התקופה החלו להתאים את הכללים המסורתיים של עברת גנבה בדרכים שלימים תיישבנה את החוק עם ערכי התקופה. הוא הדגים זאת באמצעות פרשת פיר מהמאה השמונה-עשרה, שיצרה את הפשע "גנבה בתחבולה".²⁸ פיר שכר סוס מאדם בשם פיניץ, שיקר בנוגע למגוריו, אמר שהוא עומד לרכוב למקום מסוים, אך למעשה רכב למקום אחר ומכר שם את הסוס. המחסום

27 שם, בעמ' 487–491. פלטשר התקדם למקרים מודרניים שבהם היעדר פליליות בולטת מסביר זיכוי של אנשים לא ישרים ומסוכנים בבירור. דובר בחשודים שביקשו לגנוב מהבעלים בעזרת המועסקים של הבעלים. המועסקים הודיעו זאת לבעלים, וזה הורה להם להעמיד פנים ולשתף פעולה כדי לתפוס את החשוד בעת מעשה, ואז הבעלים או המשטרה ארבו לחשוד ותפסו אותו. הרקע לזיכוי היה לעתים הדחה. ברוב המקרים הגנב הפוטנציאלי יזם את התכנית. בתי המשפט ביטאו תחושה שמהו אינו כשורה בזירת הפשע המבוזמת והדגישו את היעדר "הסגת הגבול" בנטילה המבוזמת. שם, בעמ' 491–496.

28 פלטשר הפנה לכאן: Rex v. Pear, 1 Leach 253 (3d London ed. 1800) (Case CV), 168 Eng. Rep. 208. (Cr. Cas. Res. 1779).

שעמד בפני הרשעתו בגנבה היה נעוץ בקבלתו את הסוס במסירה מפיניץ', שהיא לכאורה השגת החזקה, ולכן לא הייתה הפרת הובלה. האם די בכוונה לגנוב כדי לעקוף את החסינות שסופקה ברכישת החזקה? התשובה המסורתית הייתה שלילית. אבל פרשת פיר הייתה מקרה מתאים לקידום החוק בכיוון חדש. חוסר היושר של פיר לא הגיע לשיא ברגע של "גנבות בולטת". השופט אשהרסט (Ashhurst) הסביר למושבעים שאם לפיר הייתה כוונה למכור את הסוס בזמן שעלה עליו ורכב הרחק, יש להרשיעו בגנבה, אבל אם גיבש את הכוונה מאוחר יותר, אין להרשיעו. פיר הורשע על ידי המושבעים, וההרשעה עוררה מחלוקת בקרב השופטים, שרובם אישר את הנחיות השופט אשהרסט. אם כוונת פיר הייתה של מרמה מלכתחילה, הם נימקו, הרי שמעולם הוא לא רכש החזקה משפטית. וכך, העברת הסוס הקבילה למאפיין "הנשיאה והנטילה" של הגנבה במשפט המקובל.

הפרשנות בעניין פיר יצרה מחלוקת קשה, בעיקר משום ששתי גרסאות של פסק הדין זכו לפרסום. הראשונה, משנת 1789, קבעה שהפשע התרחש בזמן מכירת הסוס ולא בעת שפיר עלה על הסוס ורכב הרחק. לפי השנייה, משנת 1803, מעשה הגנבה התרחש בעת הרכיבה הרחק מהבעלים, וכביכול לא נדרשה מכירה מאוחרת. העובדה המכרעת הייתה הכוונה לגנוב ברגע העלייה על הסוס. פעולה נוספת ומאוחרת הנוגעת לסוס לא נדרשה. לכן היה ניתן לעצור את פיר מיד עם צאתו את האורווה. גם השקר של פיר היה אגבי למקרה. לפי השקפה כזו, אקט שגרתית כמו עלייה על גבו של סוס יהפוך לפלילי אם לנאשם הייתה כוונת זדון. גרסה זו נדחתה בדין וחשבון של הפרלמנט משנת 1834. לפי פלטשר, פרשת פיר הייתה צעד חשוב במעבר מדפוס של פליליות אובייקטיבית לדפוס של גנבה בכוונה (larceny by intent).²⁹

עוד שלב בסובייקטיביזציה של דיני הגנבה התהווה בהפלת גנבה במציאה. לפי הטקסטים המסורתיים, מוצאים לא יכלו להיות אשמים בגנבה משום שלא נטלו החזקה מאיש (לפי הכלל האומר שאין החזקה בחפץ אבוד). עם הזמן התגלו מקרים עמומים, שבהם נחלשה החזקה אך נותר ממנה משהו לבעלים, למשל משרת שמצא כסף שהחביא אדונו בשדה. במקרים אלו של גבולות החזקה, כתב פלטשר, העיקרון של פליליות אובייקטיבית נכנע לטובת חקירה בנוגע לידע המיוחד של הנוטל, ואפילו נטילה עמומה – במשולב עם מצב סובייקטיבי מפליל של המוצא – עשויה להספיק להרשעה בגנבה. העוול של הלוקח במקרים כאלו היה באי-נקיטתו צעדים הולמים לאיתור הבעלים ולהשבת החפץ: כאשר התנהגות המוצא לאחר המציאה הייתה למטה מהציפיות, היה ניתן להאשימו ולהענישו כפושע. משכך, בתחילת המאה התשע-עשרה התפתחה הדוקטרינה שמוצא עשוי להיות אשם בגנבה אם נמנע מניסיון הולם לאיתור הבעלים כדי להשיב לו את החפץ. המעשים שנעשו לאחר הנטילה נטמעו בנייתוח המסורתי של גנבה, בהבנה שהם הוכיחו כוונה עבריינית בזמן הנטילה ההתחלתית. הרוויזיה הזו בהטלת אחריות לגנבה על מוצא הייתה חלק ממהלך רחב של הערכה מחדש של כל המשפט המקובל בנוגע לגנבה. הכותבים של ראשית המאה התשע-עשרה הביטו מחדש בכללי המשפט המקובל ובמאורעות מכריעים בהתפתחותו, כמו מקרי הבלדר וציסר.

פרשת הבלדר הפכה לנקודת מוקד בתהליך של פרשנות מחדש של מסורת המשפט המקובל. בראשית המאה התשע-עשרה עלו שתי קריאות חדשות של המקרה, שהתעלמו מההבנה המסורתית שהפרת ההובלה הייתה חשובה משום שבאותו רגע הייתה הכוונה גלויה. פרשנות חדשה אחת הייתה שהפרת ההובלה גרמה להחזקה בתוכן החבילות לשוב למפקיד. התייחסות למקרה כנעוץ בפיקציה

29 ראו: Fletcher, לעיל ה"ש 17, בעמ' 502–507.

הייתה שלב בתהליך שהוביל לספקנות בנוגע לכלל של הפרת ההובלה ולהחלטה פרלמנטרית בשנת 1857 להרחיב את הגנבה לכלל ההמרות על ידי מופקדים. פרשנות חלופית הייתה שהפרת ההובלה הייתה חשובה רק כראיה לכוונה בזמן קבלת החבילות ולא כביטוי או גילוי של גנבות בזמן ההפרה. טיעון זה ביטא השקפה של גנבה, שלדברי פלטשר הגיע זמנה: ביטוי הגנבות או חוסר היושר צריך להיראות לא פשע בפני עצמו אלא ראיה לפשע שהתרחש מוקדם יותר, בזמן ההשגה. השינוי בהדגשת המאורע ממאוחר יותר למוקדם יותר היה ליבת הפרשנות השיטתית המחודשת של החוק של הגנבה. מה שבסוף המאה השמונה-עשרה היה רמז, הפך לנורמה במאה התשע-עשרה. ההשקפה שהלכה ורווחה הייתה שהפשעים האמורים התרחשו ברגע הנטילה ההתחלתית. עד שהחלה עבודת הוועדה להשקפה על פשע הגנבה, כבר נתפסו כללים ישנים כמו הכלל של הפרת הובלה כהקדמה היסטורית שיש להיפטר ממנה בהקדם. עד אמצע המאה, בתמיכת הספרות הביקורתית, היו בתי המשפט מוכנים להרחיב ניכרת של האחריות הפלילית.³⁰

הרחבה נוספת של עברת הגנבה התייחסה לנטילה תמימה למראה וחלה בפרשת מידלטון (Middleton), שהוכרעה בשנת 1873.³¹ מידלטון החזיק חשבון בנק בדואר; הוא ביקש למשוך 10 שילינג מחשבונו. כשהציג עצמו לפקיד לשם קבלת תשלום, נתן לו הפקיד בטעות 8 פאונד. מידלטון עזב עם העודף ושמר אותו. המקרה היה קשה במיוחד, משום שמסירת הכסף כללה את כל הסימנים של מסירה: ויתור על החזקה, אם לא על הקניין (title). היה קשה לראות בכך נטילה עבריינית. בית המשפט היה יכול לגשת לבעיה בדרך שניגש לעניין פיר ולהסיק שמידלטון השיג רק משמורת בתשלום העודף, ולפיכך שימוש מאוחר שלו בכסף היה נטילה פלילית. אך השופטים ביכרו הרחבה קיצונית של דיני הגנבה. אחד-עשר מתוך חמישה-עשר השופטים שדנו במקרה הסיקו שמידלטון היה אשם בגנבה לפי המשפט המקובל. הנמקתם הייתה שמידלטון לקח כסף רב מן המגיע לו בכוונה לשמור אותו, ושזה כל מה שנדרש להרשעה בגנבה. שופטי המיעוט, מרטין (Martin) ובמיוחד בראמול (Bramwell), התעקשו שגנבה מחייבת הסגת גבול ולא נטילה גרידא, ושאינן הסגת גבול אם הקרבן הסכים למסירה. אך רוב השופטים לא ראו קושי במדיניות או בהטלת אחריות פלילית על אקטים שגרתיים ושאינם מפלילים, שרק כוונת הנוטל בעת הנטילה הפכה אותם לפליליים.³²

תריסר שנים לאחר פרשת מידלטון נפסק עניין אשוול (Ashwell). אשוול שאל מטבע מאחר; שניהם חשבו בתחילה שזה היה שילינג, אף שזה היה מטבע חוץ. כשגילה אשוול שמדובר במטבע חוץ, שמר אותו לעצמו. שבעה מתוך ארבעה-עשר שופטים (מספיק כדי לאשר הרשעה) קבעו שאשוול לא קיבל חזקה עד שגילה את הטעות, ולפיכך באותו רגע "נטל" את המטבע מחזקת הבעלים. מנקודת מבטה של תאוריה של גנבה המבוססת על מצב סובייקטיבי, גרס פלטשר, אין טעם להתעקש שכוונה עבריינית תתגבש בדיוק ברגע שהנוטל נגע לראשונה באובייקט שלאחר מכן גנב. הגישה הסובייקטיבית לנטילה הייתה על העליונה.

לפי חוק הגנבות מ-1968 נראה שיש מחלוקת קלה שמי שנוהג כמעשה אשוול צריך להיות אשם בגנבה בנטילתו בחוסר יושר רכושו של אחר. גם בתי משפט בארצות הברית נצמדו לדפוס הסובייקטיביזציה שהתרחש באנגליה, ומאז סוף המאה התשע-עשרה גם הם קבעו שנטילה תמימה

30 שם, בעמ' 511–514.

31 פלטשר הפנה לכאן: R. v. Middleton, (1873) LR 2 CCR 38.

32 ראו: Fletcher, לעיל ה"ש 17, בעמ' 515–516.

למראה עשויה להיות עבריינית אם התקיימה בזמן הנטילה כוונה אסורה (וכך ניתן לסבור שלמעשה מושג הנטילה שינה משמעות). לראיה, באותו זמן שהוכרע עניין מידלטון לא התקשה בית המשפט לערעורים בניו יורק להגיע לאותה תוצאה על יסוד עובדות דומות.³³

פלטשר הסיק ששינוי צורתה של הגנבה החל כהתרחבות קונקרטית של התפיסה המתגבשת של הדין הפלילי כאמצעי להגן על אינטרסים מסוימים. הגבול התעמעם באטיות. כלל חסינות ההחזקה קיבל מכה קטלנית בחוקי המאה התשע-עשרה. חשיבות ההחזקה נותרה רק כעיקרון המארגן ומבחין בין גנבה לבין עברות חדשות של מעילה וגנבה על ידי מופקד. ובזמננו שלנו, כתב פלטשר לפני למעלה משלושה עשורים ומחצה, הדחף של הרפורמה החקיקתית האנגלית-אמריקנית הוא לאחד את העברות לכדי עברת גנבה חובקת-כול, שמייצגת את סופה של החשיבות הקדומה שיוחסה להפרת המתחם המוגן של אדם אחר. החזקה כגבול רלוונטי קרסה טוטלית. שינוי צורתה של גנבה עבר מליבה של פשע אחד, של התגנבות או התנהגות בכוח, להשגה מכוונת של רכוש של אחר. מעילה השתנתה לאורך זמן מפשע שנחשב בעיקר להפרת אמון לפשע בעל אותה ליבה של גנבה. אם היסוד שנתפס כחיוני בשני הפשעים הוא השגה שלא ביושר של נכסי אחר (מה שכמובן שונה מהדין ומהפסיקה בישראל, כמפורט בהמשך), אין סיבה ניכרת מדוע שלא לאחד את שני הפשעים בעברה אחת שבה סטנדרט ענישה משותף.

שינוי הכיוון המושגי משקף את ההעדפה במאה התשע-עשרה לסווג את כל הפשעים כפלילות נגד אינטרסים מוגנים חברתית, כגון חיים, ביטחון אישי, ביטחון ממשלתי או רכוש. לעומת זאת רוע מוסרי כמו בגידה בחבר או מעביד לא נתפס עוד כבעל משקל בבדיקת הפלילות של התנהגות. שינוי צורתה של הגנבה האיר על כל פריט רכוש כאינטרס ראוי להגנה בדין הפלילי. אבדן כלל החסינות בהחזקה פירושו היה שיחסים מסוימים לא הוסיפו לעמוד בדרכה של הגנת הרכוש: רכושו של א היה יכול להיות מוגן מפני כל השגה מכוונת מצד ב. שינוי הכיוון הזה של הדין הפלילי לא היה תגובה לצורכי הזמן, לפי פלטשר, אלא מהפכה במחשבה החברתית שעיצבה את התחושה שהייתה במאה התשע-עשרה בנוגע למגוון בעיות שהדין הפלילי הצטייר כפתרון הולם עבורן.³⁴

בשנת 1980, ארבע שנים לאחר פרסום מאמרו של פלטשר, יצא ליד וינריב, אף הוא מלומד בולט במשפט פלילי, במתקפה חריפה על הטענה של פלטשר. המתקפה כללה רובד כללי, המתייחס לשאלת הפלילות האובייקטיבית (שאלה מרתקת אך ללא חשיבות עצמאית לספרי זה), ורובד ספציפי, המתייחס למטמורפוזה של עברת הגנבה ולתיאור ההיסטורי שהביא פלטשר. וינריב גרס כי לא הייתה שום מטמורפוזה של גנבה או תאוריה של פלילות בולטת בהתפתחות הדין האנגלי של הגנבה, וכי פלטשר נשען על תיעוד היסטורי לא מדויק.³⁵ וינריב ביקר את האופן שבו הציג פלטשר את מקרה הבלדר ואת עניין פיר ואת השלכותיהם ללא כל תימוכין היסטוריים. לפי וינריב, פרשות אלו מבטאות דאגה לרכיבים המוכרים של גנבה – כוונה עבריינית ונטילת החזקה – ללא התייחסות להתנהגות ה"בולטת" של הגנב; נדרש כושר המצאה כדי למצוא ראיות לפעולת עקרון הפלילות הבולטת. וינריב

33 שם, בעמ' 517–518.

34 שם, בעמ' 519–520. סטיל יצא למסע בעקבות מחקרו של פלטשר וקרא לאמץ את הרציונלים שהדגיש פלטשר, ובמיוחד את הרצון למנוע אלימות בתור רציונל של עברת הגנבה. ראו: Alex Steel, *Taking Possession: The Defining Element of Theft?* 32 MELBOURNE U. L. REV. 1030, 1037–1048 (2008).

35 ראו: Lloyd L. Weinreb, *Manifest Criminality, Criminal Intent, and the "Metamorphosis of Larceny"*, 90 YALE L.J. 294, 294–295 (1980).

הפנה למלומדים שונים (כגון Coke ובהמשך Blackstone) כדי להסביר מדוע המקרים שבהם דן פלטשר ניתנים להבנה פשוטה וברורה לפי התפיסה הגמישה של הסגת גבול ולא לפי התאוריה החדשנית של פלטשר, הדלה בראיות תומכות ומעומתת עם שפע ראיות מפריכות.³⁶ אין כל צורך או סיבה להרחיק לכת אל מעבר לניתוח של בית המשפט עצמו במונחי הסגת גבול ולתור אחר אינטואיציה של "מה פירוש הדבר לנהוג כגנב". דיני הגנבה, כפי שהתפתחו עד לפרשת פיר ב-1779, גילו תשומת לב עקיבה לדרישות הכוונה העבריינית ולנטילה מסיגת-גבול, רכיב שהתייחס לנטילה ממשית מהחזקה נגד רצונו של המחזיק, אבל הורחב למגוון מצבים של נטילות שהסגת הגבול שבהן היא קונסטרוקטיבית. הניתוח בפרשת פיר אינו יותר מיישום של הפיקציה המוכרת בדבר הותרת "החזקה קונסטרוקטיבית" בידי הבעלים. השופטים היו יצירתיים, אך הצורך שהוליד את ההמצאה היה התפיסה המסורתית של גנבה: דרישה לנטילה מסיגת-גבול. שופטי פיר, כמו קודמיהם, בחנו אם עובדות המקרה מתאימות, או ניתנות להתאמה, לדרישות הסגת הגבול והכוונה העבריינית.

שופטים במאה התשע-עשרה גילו לעתים נכונות להצביע על הסגת גבול רחוקה מהפרדיגמה, לדוגמה בנסיבות שבהן בגין תאונה או טעות השיג הנאשם החזקה ללא יזמה מצדו או התערבות באינטרסים של הבעלים.³⁷ מקרים כאלו אינם משקפים מטמורפוזה אלא הם פשוט שלוחות של מצבים חדשים לדפוס החשיבה המסורתיים. וינריב כתב כי פלטשר הבחין בצדק במקרים כאלו בהתמקדות החוק בהשגה לא ישרה כלבה של הגנבה. חשיבות ההגנה על האינטרס ברכוש הפכה את ההבחנה בין מצב עוול אחד של השגה ובין מצב אחר לחשובה פחות, במיוחד אם שימור ההבחנה פירושו היה שמצבים כאלו יחליקו בין הסדקים ולא ייחשבו פלייליים כלל. ייתכן שבמאה התשע-עשרה היה הלחץ לכוללנות חזק מבעבר, אך סביר יותר שלחץ זה פשוט הפך גלוי יותר. למעשה, טען וינריב, דיני הגנבה, ואתם דיני המעילה ומצג השווא, הם דוגמה מצוינת להשפעה הדדית בין הדוקטרינה המשפטית לבין התפיסות החברתיות המשתנות, והם משקפים בצלילות לא רגילה התפתחויות מתמשכות שכאלו. התוצאה באנגליה ובארצות הברית הייתה ניסוח מחדש של החוק שיחליף פשעים נבדלים (המוגדרים על פי השיטה), עם כל הקשיים הנובעים מסיווג כאשר העובדות הן בקו הגבול, בפשע המקיף של גנבה (theft). וינריב הוסיף כי אין להניח שתהליך זה בא בהכרח לקצו, ושסוגי התנהגויות נוספים שאינם חוסים כיום תחת כנפי עברת הגנבה, כדוגמת הפרות חוזיות ופרקטיקות מסחריות נוספות, לא יהפכו לכאלו.³⁸

ביקורתו החריפה של וינריב זכתה – בגיליון שבו פורסמה – לביקורת נגד חריפה לא פחות מפי פלטשר. הביקורת, כשמה, כללה התייחסות אישית לשינוי "מדהים" בעמדותיו של וינריב באשר להיסטוריה של עברת הגנבה, שחל בין ספרו לבין מאמר הביקורת שלו.³⁹ פלטשר לא התנצל על התיאור ההיסטורי שנקט במאמרו שלו, והתבצר בעמדתו בעזרת אסמכתאות היסטוריות נוספות ותוך תקיפה ישירה של עמדתו של וינריב כאשר זה האחרון "נשען על טיעונים היסטוריים בלי לבדוק אותם

36 שם, בעמ' 296–304.

37 שם, בעמ' 306–308. לדוגמאות לפרשות כאלו ראו שם, ה"ש 77.

38 שם, בעמ' 308–310.

39 ראו: George P. Fletcher, *Manifest Criminality, Criminal Intent and the Metamorphosis of Lloyd*, *Weinreb*, 90 YALE L.J. 319, 319 (1980).

כראוי, מה שהביא לטענות היסטוריות שגויות.⁴⁰ פלטשר ציין כי המחלוקת בדבר פרשת פיר, כמו בדבר פרשת הבלדר, מתמקדת בזמן העברה: אם אירעה בזמן העלייה על הסוס או בזמן מכירתו. יש סימוכין לשתי התשובות. הדוח המקורי של המקרה, שפורסם בשנת 1789, תומך באיתור הגנבה בשלב השני. הדוח המאוחר של אדוארד איסט (East), שפורסם בשנת 1803, תומך באיתור הפליליות בשלב הראשון.⁴¹ הטיעון של איסט, כתב פלטשר, היה רדיקלי: איש בהיסטוריה של הגנבה לא טען שכעניין כללי, כוונת מרמה היא הכוונה הנדרשת לגנבה. התאוריה של איסט בנוגע לגנבה בישרה על הקריסה הקרבה של ההבחנה בדין האנגלי בין גנבה לבין מרמה.⁴²

פלטשר טען כי בהיסטוריה של הגנבה הנתונים המכריעים הם חוסר ההמשכיות שבין ההשקפה המסורתית לבין ההשקפה המודרנית, והדגים את השינויים: בפרשת הבלדר ההשקפה המסורתית רואה בגנבה מעשה המתרחש בשלב ב, הוא שלב הפרת ההובלה, ואילו ההשקפה המודרנית רואה בגנבה מעשה המתרחש בשלב א, קבלת הטובין. בעניין פיר ההשקפה המסורתית רואה בגנבה מעשה המתרחש בשלב ב, הוא רגע מכירת הסוס על ידי פיר לאחר, ואילו זו המודרנית רואה בגנבה מעשה המתרחש ברגע שכירת סוסו של פינץ' על ידי פיר, שלב א. טענת תביעת זכות, לפי ההשקפה המסורתית, היא שלנוטל חייבת להיות טענה ("צבע") גלויה של זכות כדי שהנטילה לא תהיה עבריינית, ואילו לפי ההשקפה המודרנית אין עברה אם יש טענה סובייקטיבית לזכות, אפילו אם היא שגויה ומטופשת. לעניין הרלוונטיות של המסירה, לפי ההשקפה המסורתית אם המחזיק מסר מרצון את הטובין לחשוד, קבלת הטובין אינה יכולה להיות נטילה בת-ענישה, ואילו לפי ההשקפה המודרנית, המסירה מרצון אינה מונעת מן הקבלה להיות נטילה. לפי ההשקפה המסורתית, נטילה עבריינית מצריכה אף הסגת גבול בנטילה, ולעומתה ההשקפה המודרנית היא שהסגת גבול אינה רלוונטית. אשר לאחריות של מוצאים, ההשקפה המסורתית היא שמוצא טובין אינו אשם בגנבה, משום שבהיעדר החזקה לא תיתכן נטילה. לפי ההשקפה המודרנית, המוצא אחראי אם יש לו דרך לדעת כיצד ליצור קשר עם הבעלים אך הוא כושל באי-יצירת הקשר.⁴³

3. טיגר

ארבע שנים לאחר הוויכוח הנוקב בין פלטשר לבין וינריב ערך מייקל טיגר ניתוח עצמאי נרחב של ההיסטוריה של עברת הגנבה, תוך מתיחת ביקורת על קודמיו, הול ופלטשר.⁴⁴ מטרתו הייתה הבנה טובה יותר של זכות הקניין, זכות יסוד בחברה, המבוססת על בעלות פרטית. טיגר גרס שמקרי גנבה מאירים את זכות הקניין בבירור ומקנים תוכנות על מבנה המערכת החברתית שלנו. אם המוסד המשפטי של קניין ניתן לתיאור כיחסים או שליטה בין אדם לבין דבר, אז חוק הגנבה בהכרח יתמקד

40 שם, בעמ' 320–326. פלטשר הוסיף כי בתצורה ההיסטורית של חשיבות פרשת הבלדר במסורת המשפט המקובל יש להכיר שקריאת המקרה אולי השתנתה עם הזמן, ושהקריאה שאימצו מלומדים מסוימים אומרת עליהם לא פחות משהיא אומרת על המקרה. שם, בעמ' 328.

41 פלטשר הפנה לכאן: EDWARD HYDE EAST, A TREATISE OF THE PLEAS OF THE CROWN (1803).

42 ראו: Fletcher, לעיל ה"ש 39, בעמ' 330–331. פלטשר כתב כי הטיעון של וינריב על דברי איסט זיף את התיעוד, וכי וינריב הציג שלא כהלכה גם טקסטים אחרים והתעלם מנתונים בעייתיים כדי להימנע מהודאה בקיומן של תאוריות מתנגשות בנוגע לפרשת הבלדר ובנוגע לפרשת פיר. שם, בעמ' 333–334.

43 ראו: Fletcher, לעיל ה"ש 39, בעמ' 335–336.

44 ראו: Michael E. Tigar, *The Right of Property and the Law of Theft*, 62 TEX. L. REV. 1443 (1984).

באילו "דברים" הם מושא הרכוש, ואילו סוגי הפרעות בשליטה יהיו ענישים. טיגר ביקש להראות את השתנות ההגדרה של גנבה ואת תמרונה לאורך ההיסטוריה כפועל יוצא של מטרה להגן על מערכת יחסים חברתיים.⁴⁵

טיגר כתב כי לעברת הגנבה יש לא רק שורשים אנגלו-סקסיים אלא גם רומאיים ותנ"כיים. היא כוללת "נשיאה" ו"נטילה הרחק" של רכושו של קרבן בכוונה לשלול אותו ממנו שלילת קבע. במקרי המשפט המקובל עד סוף המאה השמונה-עשרה היה על הנטילה להיות מסיגת גבול. בנוסף, על הרכוש היה להילקח מחזקת הקרבן. טיגר הסביר כי ניתן לתמצת את התפתחות עברת הגנבה כהתרחקות מהתפיסה שעקרונית גנבה היא עברה נגד החזקה, לעבר תפיסה שהיא עברה נגד רכוש. הוא זיהה שסוגי ההתערבות בזכות הקניין (*dominium*), שמערכת המשפט מכנה "גנבה", (stealing) וסוגי הרכוש (*res*) המוגנים על ידי חוקים נגד גנבה – התרחבו עם כוחו הגדל והולך של מעמד "בעל קניין" ועם התחכום הגדל של הגדרות הבעלות, שנדרש לאינטרסים של מעמד זה. קווי ההתפתחות העיקריים של חוק הגנבה חשפו שהגדרת גנבה עוקבת אחר קווי המתאר המשתנים של הזכות לקניין.⁴⁶

כמו פלטשר גם טיגר כתב על ההבחנה ההיסטורית שבין הגנב הגלוי לסמוי, כעולה מספר בראשית ומהדין הרומאי המוקדם שסוכם בשנים-עשר הלוחות והתבטא גם בכתבי גאיוס במאה השנייה לאחר הספירה.⁴⁷ כאלף שנה לאחר גאיוס שמרו הדין האנגלו-סקסי והדין האנגלי המוקדם על ההבחנה בין גנבות גלויה לגנבות לא גלויה, תוך הדגשת חומרתה של ההתנהגות שאימה על שלום הבית וביטחונו. במאה השלוש-עשרה הציע ברקטון מבט מעניין על ההבחנה בין סוגי הגנבה. הוא הרחיב את מושג "הגנב הגלוי" כדי לכלול מי שנתפס עם טובין גנובים בידי, אבל הבהיר שלקרבן לא הייתה זכות להרוג את הגנב הגלוי אלא אם חווה סכנה מצדו.⁴⁸ טיגר סבר שברקטון ביקש לצמצם את האלימות הפרטית ומעשי הנקם ולעודד פנייה לערכאות משפטיות, ולכן הגביל במפורש את הנסיבות שבהן ניתן להרוג גנב. מזמנו של ברקטון ואילך הפכה ההבחנה בין גנבה גלויה ללא גלויה לעניין של סוג הראיה שנדרשת להרשעה: שני סוגי הגנבה היו בני-ענישה, אך לגנב-לכאורה שלא נתפס "על חם" היה סיכוי טוב יותר לזיכוי. ההתעקשות שהגנבה תהא "גלויה", במובן של הסגת גבול, לא הייתה ראייתית אלא מהותית ונגעה לנזק הנתפס מהגנבה.

לא המשפט הרומאי הקדום ולא הדין האנגלי הפאודלי והמנוריאלי התמקדו ברכוש כפי שאנו מבינים את המונח הזה, כתב טיגר. חברות אלו לא ביססו את היחסים החברתיים שלהן על מסחר ולא כללו תחושה מפותחת של מוסד הקניין כזכות בלעדית להשתמש בדבר ולהיפטר ממנו. באנגליה הפאודלית למשל החזקת אדם בחיה, במחרשה וכדומה הייתה חלק ממערך של יחסים חברתיים המבוסס על חובות ומחויבויות הדדיות הטבועות במונחים של שבועת אמונים ושל צמיתות (*fealty and vassalage*). החוקים נגד גנבה עוצבו כדי לאסור ולהעניש מי שנהג באופן שסיכן את הסדר החברתי באמצעות התערבות בזכות יקרה מהזכות ל"בעלות" בדבר – הזכות להחזיק בו ו"להשתמש" בו.⁴⁹

45 טיגר היה מודע לקיומם של אמצעים נוספים להגנת זכות הקניין פרט לענישת אלו שמפריעים לה: הטלת פיצויים אזרחיים, כפיית אי-הפרעה, או התרת סעד עצמי. שם, בעמ' 1443–1445.

46 שם, בעמ' 1445–1446.

47 שם, בעמ' 1446–1447. טיגר הפנה ל-Inst. Gaius 3.189-3.190.

48 טיגר הפנה לכאן: BRACTON, ON THE LAWS AND CUSTOMS OF ENGLAND 144b.

49 ראו: Tigar, לעיל ה"ש 44, בעמ' 1447–1448.

טיגר ביקש להמחיש שההיסטוריה של עברת הגנבה חוזרת על עצמה, ואם נקודה זו נכונה, ודאי שהיא רלוונטית לחיבורי. הוא כתב כי הטקסטים המשפטיים הרומאיים, שהתפתחו בעיקר במאה הראשונה לאחר הספירה (בשל היות רומא כוח מסחרי משמעותי במזרח התיכון), צפו שאלות שהטרידו את השופטים האנגלים מאות שנים לאחר מכן, כאשר הקפיטליזם המסחרי האנגלי החל להתפתח. מאמץ לדחוף את קווי המתאר של עברת הגנבה כדי להגן על זכות הקניין כפי שנתפסה בקרב מעמד הבעלים בשלב מסוים בהתפתחות החברתית והכלכלית ניכר במוסדות יוסטיאניים (Justinian's Institutes), שניסחו מחדש את הדין הרומאי בראשית המאה השישית. הפסקה החשובה ביותר היא זו: "גנבה מתרחשת לא רק כשאדם מסיר דבר של אחר במחשבה ליטול אותו אלא גם, באופן כללי, כל אימת שמישהו מתערב בקניין של אחר ללא הסכמת הבעלים". זהו, בתמצית, הכלל בנוגע לגנבה שהטריד את שופטי המשפט המקובל מאות שנים לאחר מכן, כאשר חיפשו להגן על הבעלות ולהרחיב את מושג הגנבה אל מעבר להתערבות מסיגת-גבול בהחזקה. יוסטיאנוס (Justinian) התקדם לנסח ולפתור מקרים שדמו מאוד למקרים הקלאסיים של המשפט המקובל:

אם נושה משתמש בערובה או שמופקד משתמש בדבר שהופקד בידו או אם אדם משתמש למטרה אחרת ממה שהדבר ניתן בידו, מבוצעת גנבה; לדוגמה, אם אדם רכב על סוס שהושאל לו יותר מכפי המצופה... אנשים שמשתמשים בדבר שאול למטרה השונה מזו שלשמה הושאל הדבר מבצעים גנבה רק אם הם מודעים לכך שהם עושים כן שלא בהסכמת הבעלים או שהוא ידע על כך ולא התיר זאת; ... כן גנבה אינה ניתנת לביצוע בלא כוונה לגנוב.

שאלה זו, כתב טיגר, עלתה ונדונה בעניין פיר, יותר מאלף שנה לאחר מכן. יוסטיאנוס התמודד גם עם מה שפלטשר כינה "בעיית הגנבה המבוזמת". הוא אמר: "הניחו שטיטיוס הסית את עבדו של מייביוס לגנוב את הטובין של מייביוס. העבד מדווח למייביוס, שמנסה לתפוס את טיטיוס, ומרשה לעבד לקחת כמה טובין אליו. טיטיוס בר-ענישה בגין גנבה ובגין השחתת עבד". כלומר, ניכרת הכרה גלויה שגנבה אינה התערבות בהחזקה כפשוטה, ושכוונה להתערב בזכות הקניין של אחר, אף אם אינה אפשרית להשגה, עשויה להוות בסיס להטלת אחריות. יוסטיאנוס הבהיר כי הפרעה מכוונת בקניין היא הרכיב המרכזי בעברה: השימוש ברכוש שלא למטרות המוסכמות. הפרה כזו, בדין הרומאי כמו במשפט המקובל בהמשך, הקימה עילת תביעה חוזית. אבל מוסדות יוסטיאניים, שהתמקדו ברכיב הכוונה, הפלילו כגנבה גם נטילה שלווה בכוונה להתערב בקניין של אחר.⁵⁰

לאחר התחקות על מוסדות יוסטיאניים בחן טיגר את המשפט המקובל וכתב שעברות הגנבה שבמסגרתן התרחבו בהדרגה כדי להתיר ענישה על כל הפרעה מכוונת בקניין של הבעלים. חוקים חדשים ודוקטרינות שיפוטיות הפלילו צורות של נטילה שלא עירבו הפרה מסיגת-גבול בהחזקה,

50 שם, בעמ' 1449–1451. טיגר הפנה ל: Inst. Just. 4.1.6–8, 4.1.19. בה"ש 37 לטקסט שלו כתב טיגר שהוא מודע לכך שבדין הרומאי גנבה ככלל לא "נתבעה" כפשע: לא המדינה הביאה את הנאשם לדין. חלף זאת הקרבן תבע את הגנב לשם השגת ענישה ופיצוי. הפעולה הייתה פלילית בבירור, כמו ה-felony במשפט המקובל המוקדם. טיגר כתב שפלטשר והול לא התייחסו למוסדות יוסטיאניים, אך בה"ש 39 ציין שדווקא סטיפן, בסוף המאה התשע-עשרה, הקדיש תשומת לב ניכרת לפחות לכמה מהטקסטים הרומאיים ומצא את החוט שבהמשך החמיצו מלומדים אחרים: JAMES STEPHEN, A HISTORY OF THE CRIMINAL LAW OF ENGLAND 29–39 (1883).

וה"קטלוג" של מה שניתן היה לגנוב הורחב. טיגר התייחס לפרשת הבלדר, ביקר את עמדת פלטשר בעניין וציידד בזו של הול, שלפיה הפרשה היא התאמת החוק לאינטרסים של בורגנות מסחרית. טיגר סבר שהשופטים עמלו להתאים את דיני הגנבה למציאות הכלכלית של קפיטליזם שהתקיים לאורך מסלולי מסחר והתמקד בירידים, בשווקים ובעיירות. שופטי המשפט המקובל ביקשו להטמיע מערך כללים הנוגעים לקניין, שהפך לחלק חשוב באידאולוגיה המשפטית של הסוחרים, בידיעה שאם בתי המשפט של המשפט המקובל לא יספקו מענה למחלוקות סוחרים, בתי המשפט של הפרוגטיבה (prerogative courts) יעשו כן.⁵¹

למרות הכול, כתב טיגר, היה גבול להתרחבות עברת הגנבה: בשנת 1799 קיבל כספר בבנק בשם בייזלי איגרות חוב ומזומן להפקדה מלקוח. הוא זיכה את חשבון הלקוח אך נטל לרשותו איגרת חוב מהלקוח והשתמש בה למטרותיו האישיות. כלומר, הקרבן היה הבנק ולא הלקוח. בייזלי נמצא לא אשם: לבנק מעולם לא הייתה "החזקה" בפתק, באשר בייזלי שם אותו ישר בכיסו. לכן הוא לא יכול היה לקחת מחזקת הבנק.⁵² פרשת בייזלי הובילה להעברת חוק המעילה הכללי הראשון באנגליה בשנת 1799.⁵³ עד פרשה זו עסקו חוקי המעילה הפרטניים שהיו באותה עת במעילה של עובדים בגופים ציבוריים או חצי-ציבוריים ובעובדים שמעלו בצמר שהועבר לטווייה וסריגה. פרט לחריגים אלו, עד שנת 1799 נטילה על ידי סוכן או משרת שהייתה להם החזקה חוקית, להבדיל ממשמורת גרידא, הייתה הפרת אומן שאפשרה אך ורק תביעה אזרחית. טיגר הסביר כי חקיקת המעילה והרחבת מושג הנטילה דרך הרעיון של החזקה קונסטרוקטיבית עוצבו כדי להגן על אינטרסים מעמדיים. אנגליה נעה מסוחרות לקפיטליזם תעשייתי. יחידות מסחר הלכו וגדלו; תמונת הסוחר או האומן הבודד פינתה מקומה לצורות של שותפות וחברות של מועסקים בשכר. נטילה לרעה בין שותפים אולי הייתה חומר שממנו קורץ משפט אזרחי, אך מעילת הפקיד השכיר הייתה עניין לתביעה פלילית.⁵⁴

טיגר פנה לפרשת פיר להראות כיצד הדין האנגלי שחק את הדרישה של נטילה מהחזקה באמצעות המצאת עברת הגנבה בתחבולה. במאה השמונה-עשרה הייתה התרחבות בחוק ובשפיטה בכל הנוגע לעברה של השגת כסף או רכוש אחר באמצעות מצג שווא (false pretenses). חוק משנת 1541 הפך לחטא השגת טובין תוך שימוש במכתבים מזויפים או אותות מתחזים,⁵⁵ ובשנת 1757 הורחבה העברה לכסות כל השגת רכוש באמצעות מצג שווא בכוונה לרמות או להונות את הבעלים.⁵⁶ לאחר היסוס ראשוני יישמו השופטים האנגלים את החוק במלוא היקפו, ומצגי שווא הפכו במהרה לבלתי נבדלים מגנבה בתחבולה, בעיקר משום שההבדל היה טכני לגמרי: מצג שווא היה כרוך בהבאת הקרבן להיפרד מהקניין ולא רק מההחזקה. וכך, בתחילת המאה התשע-עשרה פיתח הדין הפלילי האנגלי טלאי של עברות גנבה שהפילו כמעט כל הפרעה מכוונת בזכויות רכוש. ההחזקה איבדה את חשיבותה לטובת רכיב אחר שזכה בה: הבעלות.⁵⁷

51 ראו: Tigar, לעיל ה"ש 44, בעמ' 1451-1454.

52 טיגר הפנה ל- Rex v. Bazeley, 2 Leach 973 (3d London ed. 1800) (Case Cccxi), 168 Eng. Rep. 517 (Cr. Cas. Res. 1799).

53 טיגר הפנה ל-39 Geo. 3, ch. 85 (1799).

54 ראו: Tigar, לעיל ה"ש 44, בעמ' 1455.

55 טיגר הפנה ל-33 Hen. 8, ch. 1 (1541).

56 טיגר הפנה ל-30 Geo. 2, ch. 24 (1757).

57 ראו: Tigar, לעיל ה"ש 44, בעמ' 1456-1455.

בחנינה זו הובילה את טיגר לאמירה פוליטית: דיני הגנבה לא רק שיקפו אינטרס מעמדי אלא גם באו לאכוף אותו, לאכוף את זכות הקניין כהגדרתה החדשה ולדכא שרידים של מערכות יחסים חברתיות שהתבססו על עקרונות השונים מקניין וחוזים. השיא אירע בשנת 1723, כאשר הפרלמנט העביר את "החוק השחור"⁵⁸, שיצר רשימת עברות המגנות על בעלי ההון, עברות שעניינן נטילה לא אלימה של רכוש, כולן ענישות בתלייה. לכאורה דובר באמצעי זמני לשלוש שנים, אך רשימת הפשעים הלכה והתארכה עד שנת 1775, והחוק לא בוטל עד המאה התשע-עשרה. ה"שחורים" היו איכרים, פועלים ואחרים שנדחקו מהאמצעים המסורתיים של החיים ביערות וינדזור ואיסט המפשייר. שמם נבע מהשחרת פניהם כתחפושת בשעה שעסקו בגזל או במתקפות על חברים באצולה. העברות שנכללו בחוק השחור כללו הצתה, סחיטה וצורות של אלימות אספסוף. חקיקה זו הפלילה גם נטילת ארנבים מארנבייה, דגים מברכה או צבאים מיער, כמו גם חיתוך עצים. נדרש כי הנטילה או החיתוך יתרחשו בפארק סגור, בגינה או ביער, כאשר הכתר והאצולה היו הבעלים של רוב הקרקעות הסגורות. חיי האיכרים היו תלויים בגישה לדברים הללו: חיות למאכל, עצים להסקה ולבנייה. החוק השחור ואכיפתו המחמירה מאוד הפלילו למעשה את אורח החיים האיכרי.

החוק השחור לא היה חסר תקדים: משך זמן רב נשללו זכויות ממעמד האיכרות, וחלק ניכר מאיסורי החוק נחזו כבר בחקיקה מוקדמת. טיגר למד מהחוק הרבה על הפוליטיקה האנגלית ועל תקופה חשובה בהיסטוריה האנגלית. הסכנה לסדר הציבורי בגלל פשיטות השחורים, הצתה או רצח לא הייתה חמורה פחות מהעימות החברתי בזמנים ובמקומות אחרים. הפיכת התנהגות כזו לעברה בת-עונש מוות אינה מבטאת התרחקות מהחוק הקודם. להבדיל, תלייה בגין גנבת דגים או בגין הליכה בתחפושת ליער דווקא הייתה התרחקות ברורה ממערכות יחסים חברתיים קודמות. פארקים ויערות גודרו וסומנו וזכו להתייחסות כקניין פרטי של מישוה, אפילו אם אותו אדם לא השתמש בהם לתועלתו. מרגע זה קיבלו החיות והעצים מעמד של קניין פרטי, ולכן נטילתם הייתה נתונה לעונש. הפרלמנט הפליל אמצעי הישרדות ועודד מאוד אנשים ממעמד מסוים לעזוב את הקרקע לטובת שורות הפרולטריון העירוני. החוק השחור הכיר בדיני גנבה לא על בסיס ההחזקה, כאשר איש לא היה יכול להחזיק ביער או ביצוריו, אלא על בסיס יחסי קניין, יחסים מופשטים בין אדם ובין דבר, מה שהצביע על הזכות להדיר את השימוש מאחרים.

טיגר הסיק שיהיה קשה למצוא תקופה משמעותית יותר של הדין הפלילי האנגלי מאשר התקופה בת מאה שנים ויותר שבה התקיים החוק השחור. הוא הטעים כי חוק זה הוא ראיה חזקה לכך שהגדרת הגנבה משקפת בחדות ומאירה באור חזק את ההגדרה של זכויות קניין שכפה המעמד השולט.⁵⁹

58 טיגר הפנה ל-"Black Act", 9 Geo. 2, ch. 22 (1723).

59 טיגר מצא לכך מקבילה היסטורית חשובה במאמר של קרל מרקס מ-1842, "ויכוחים על דיני הגנבה של היער" (Karl Marx, *Debates on the Law of Thefts of Wood* 1 K. MARX & F. ENGELS, COLLECTED WORKS 224 (1975)). האינטרס של מרקס בהגדרה מחדש של דיני הגנבה לרעתם של האיכרים הגרמנים הוביל אותו להתחיל במחקר. האיכרים של מוסל (Mosel) היו רגילים לאסוף עצים לשימוש בבישול ובחימום. זכות לא קבועה זו – ליטול ולהשתמש באמצעי תחזוקה – לא התיישה עם יחסי קניין קבועים. מערכת משפטית פורמלית המגדירה בקפידה קניין שללה הכרה בזכות המנהגית של האיכרים. הפתרון החקיקתי שאותו ביקר מרקס היה להתייחס לנטילת עצים ואפילו ענפים שנפלו כאל גנבה ולהעניש בהתאם. על האיכרות הגרמנית נכפה מערך דומה של הנחות בבסיס החוק השחור: הזכות לקניין מדיירה, בהגדרה, כל טענות לשימוש משותף בהתבסס על מנהג, ארוך ככל שיהיה. Tigar, לעיל ה"ש 44, בעמ' 1460–1457.

לגישתו, מימוש הכוח להגדיר קניין נותר כלי אנליטי חזק לחסום טענות נגד של אזרחים. הזכות לקניין ודיני הגנבה שאוכפים אותה ניטרליים רק למראית עין, ומשמים מבנה אידאולוגי להגנה על מבנה חברתי. השינוי בתמה המרכזית בהתפתחות דיני הגנבה, הרחק מהגנה על החזקה ולעבר הגנה על זכות הקניין, הוא ראייה אחת לכך. דיני הגנבה עומדים מאחורי הניטרליות המדומה של דיני הקניין. לעתים גנבה מוגדרת כך כדי לאכוף נורמה קניינית שהתבצרה היטב באידאולוגיה המשפטית של הבורגנות. כך או כך, דיני הגנבה אינם אוסף מקרי של דינים בהיסטוריה המשפטית; הם התוצר המדויק של מערכת יחסים חברתיים שבה זכות הקניין היא הדיירת המרכזית.⁶⁰

4. לייסי וְוֵלס

סיליה ולס (Wells) וניקולה לייסי (Lacey) הציעו ניתוח מודרני יותר לעברות הרכוש. הן כתבו כי מוסדות הקניין הפרטי ו"השוק החופשי" שדרכו הוא מוחלף הם רכיבי ליבה בחברות המערביות המודרניות. במחשבה הליברלית המודל של זכויות קניין אינדיווידואליות עומד בבסיס התפיסה הכללית של בעלות עצמית, והפרדיגמה של האינדיווידואל החופשי היא השחקן בשוק. לפיכך הגנה על זכויות קניין פרטי היא עניין חשוב של הסדרה פלילית, וההצלחה הנתפסת של מערכת הדין הפלילי במובן זה היא מרכזית לשיפוט יעילות וללגיטימציה שלה. הסדרת קניין בדין הפלילי מתרחשת על רקע הדין האזרחי, שמקים יחסים וזכויות קניין בחוקים שונים. כלומר, המשפט הפלילי מגבה את עמיתו האזרחי ושומר עליו.

תאוריות של קניין פרטי הן מאפייין מרכזי בתפיסות ליברליות של סדר פוליטי שהתפתחו במדינות מערביות במאה השמונה-עשרה. בקרב ליברלים נתפסו זכויות קניין כבעלות ערך מהותי ומכשירני. צמיחת הרעיונות הליברליים סימנה התרחקות מעידן הייררכי מבחינה פוליטית, שבו יחסי קניין נתפסו כמתיישבים באופן טבעי עם סדר חברתי על בסיס מעמד. החל מהמאה השמונה-עשרה התפתחה תפיסה שונה של התפקיד החברתי של קניין פרטי, בעיקר באזור המסחר והשוק. בעיני הליברלים המודרניים, לכל פרט יש יכולת שווה להחזיק בזכויות קניין, ולהיכנס לשוק כצד לחוזה.⁶¹ ולס ולייסי התייחסו למרקסיות הקלאסית וכתבו כי הוא עדיין מאיר את הדרכים שבהן מוסדות קניין מעצבים חלק בדינמיקה היסודית של מערכות הכלכלה, הפוליטיקה והחברה, מה שמסביר את הקשר בין פשעי רכוש לבין גורמים מאקרו-כלכליים. כשדנים בהסדרה פלילית של קניין, יש להיות מודעים למשמעות הקניין לא רק כישות פרטית שפשעי קניין מפרים, אלא גם כמוסד שהוא מאפייין מגדיר של הסדר החברתי הנוכחי.⁶²

המגוון של סוגי עברות רכוש וסוגי מניעים ממשיך להעסיק קרימינולוגים, שמתקשים להסביר עבריינות רכוש כאקט של מחאה פוליטית הנובעת מאי-צדק חברתי או כמכשיר ופעולה מחושבת שמשתתפים במערך של אותה מערכת קפיטליסטית שאת הנורמה שלה הם מפרים. בתחילת המאה

60 שם, בעמ' 1470–1471, 1475.

61 ראו: NICOLA LACEY & CELIA WELLS, RECONSTRUCTING CRIMINAL LAW – TEXT AND MATERIALS (2nd ed., 1998), 221–222.

62 ולס ולייסי ציינו שהמשפט הפלילי התפתח ומתפתח כדי לסייע למסחר יעיל, ומצאו עדויות לכך בדיני הקניין הרוחני, לשון הרע ואפילו האזנות סתר ותנועה בכביש. לתפקיד של מתן לגיטימציה לסוגים מסוימים של משאבים וכוחות ואי-לגיטימציה לאחרים חשיבות חברתית מהמעלה הראשונה. שם, בעמ' 223–224.

התשע-עשרה שוב המחישו חרדות בנוגע לציד בלי רישיון, מהומות ונוק פלילי במחאה על גידור אדמות את הרצף שבין קניין לבין סוגיות של סדר ציבורי ואת השפעתם הקיצונית של שינויים בהחזקת קניין – שנכפים על ידי בעלי הכוח הפוליטי – על תנאי החיים של אנשים רגילים, הגורמים מדי פעם פשע על בסיס מחאה. באותו עידן שוב הייתה הגנבה צורת פשע הקניין הדומיננטית, אם כי רווח גם זיוף מסמכי בנק ושטרות חילופין.⁶³ ולס ולייסי כתבו כי מבין הצורות הרבות של עברות רכוש גנבה היא כנראה התפיסה הציבורית הרווחת ביותר בדבר עברות הרכוש. השכיחות ההיסטורית של עברה זו שרדה עד היום. לדידן, ההיסטוריה של הגנבה ממחישה היטב את האופן שבו היגיון ייחודי של הנמקה משפטית עשוי לשרוד למרות שינוי משפטי וחברתי, תוך שינוי ניכר בבסיס שיוך האחריות הפלילית: רבות מהבעיות ההיסטוריות בדיני הגנבה קיימות גם בדיני הגנבה המודרניים.⁶⁴

ד. גנבה במשפט המוסלמי

הישאם רמאדן (Ramadan) כתב כי כמו שוד בכוח, גנבה סתם במשפט האסלאמי היא סוג של פשע חמור (hudud) ובעל השפעה שלילית מאוד על החברה ועל החיים הכלכליים של קהילה. ההשפעה היא הרבה יותר מתחושת האבדן בשל רכוש שנגנב: היא תחושה של היעדר ביטחון, צורך להישמר ומצב כללי של דאגה שהפרט שרוי בו. גנבה סתם ניתנת להגדרה כך: "נטילה מסיגת-גבול של רכוש של אחר בסתר בכוונה ליטול בעלות בו" (trespassory taking of property of another secretly with intent to own it). נטילת רכוש בהסגת גבול בסודיות על ידי מי שאינו מחזיק היא המאפיין המבחין גנבה סתם מעברות אחרות נגד רכוש. אם הנטילה נעשתה בנוכחות הבעלים, נגד רצונו וללא שימוש בכוח, אז הפשע נחשב למעילה ולא לגנבה. אם הנטילה נעשתה בנוכחות הבעלים, נגד רצונו ובכוח או איום בכוח, אזי מדובר בשוד.⁶⁵

אשר ליסוד הפיזי, נטילה בסודיות היא הרכיב החיוני של פשע הגנבה סתם, וזה שמבחין אותו ממעילה, מהונאה ומסירוב של חייב להשיב את חובו. הגנב לוקח את הרכוש ללא ידיעת המחזיק. אם מסירת הרכוש נעשתה בידעיה ומרצון, רכיב הנטילה בסתר חסר; אי-השבת הרכוש לבעליו החוקי עשויה להיות מעילה, שוד או הונאה.

רכיב הנטילה בסתר הוא אחד משני סוגים: נטילה ישירה במכוון ופיזית של הרכוש הגנוב, לעומת נטילה עקיפה במעשה שתוצאתו העברת החזקה ברכוש מהבעלים החוקי אל הנוטל, כגון יצירת חור בשקית המכילה כסף כדי שהכסף ייפול. ההבחנה בין נטילה ישירה לעקיפה מועילה בקביעת הזמן של נטילת החזקה המלאה ברכוש הגנוב. מרבית המלומדים סבורים שאם העבריין נתפס בשעת הנטילה, מתגבשת רק עברה של ניסיון. עוד הם סבורים שלהשלמת פשע הגנבה נדרשת השגת חזקה מלאה מצד הנוטל ברכוש המוגן והסרתו מהזירה המוגנת.

רכיב הנטילה בסתר חשוב ביותר להגדרת העברה והעונש ההולם. הנזק מגנבה זוטרה (petty theft) מוגבל: ערך הרכוש הוא טריוויאלי. גנבה סתם כרוכה בנזק רב יותר לרכוש וליחסים בין הצדדים. היא

63 שם, בעמ' 227–228.

64 שם, בעמ' 231, 255–256.

65 ראו: Hisham M. Ramadan, *Larceny Offences in Islamic Law*, MICH. ST. L. REV. 1609, 1610–1612 (2006).

משפיעה לרעה על כל הזירה של השקט והסדר החברתיים. אם המעשה יהפוך לשכיח, יקדם הדבר סביבה של עמידה על המשמר וחדשד שירתיעו פעילויות יום-יומיות, והדבר יביא לנזק כלכלי רחב. לכן נטילה בסתר מחייבת עונש חמור מזה של מעילה או גנבה זוטרה.⁶⁶

לפי רמדאן, רוב המלומדים סבורים ששינוי מצב הרכוש באמצעות צריכה, גרימת נזק וכדומה אינו גנבה אלא היזק פלילי. אבל זאת רק בהנחה שהנאשם מזיק לרכוש לפני נטילת החזקה מלאה; אם הנזק מתבצע לאחר מכן, הנאשם הוא גנב. נדרש שהרכוש שבו מדובר בגדרי עברה זו יהיה בעל ערך כספי מינימלי לפי הדין האסלאמי. עליו להיות גם בר־הנעה, להבדיל מקרקע. עליו להיות קניין מוגן; זהו ההבדל בין גנבה למעילה, והעונש על גנבה – קטיעת ידו של הגנב – חמור (hadd) מהעונש על מעילה, שהוא עונש שבשיקול דעת (tazeer), ויכול להשתנות ולהגיע עד כל עונש שהוא פחות מ-hadd. התשובה לשאלה מהו רכוש מוגן תלויה במיקום או בהקשר. מקום מוגן הוא כל מקום שנבנה כדי להגן על הרכוש, כדוגמת בתים, חנויות, מחסנים ואסמים. באופן כללי, אם לנאשם מותר להיכנס לבית המגורים שבו הרכוש המוגן, או אם הוא מחזיק ברכוש הגנוב, הרי שהרכוש אינו יכול להיחשב מוגן מבחינתו. רכוש המוגן על פי ההקשר הוא רכוש שלא מוקם במקום מוגן אלא מוגן בגין הקשר כלשהו, למשל רכוש המצוי במשמורתו של אדם או בשמירה. יצוין כי השגת בעלות ברכוש לאחר הגנבה, בדרך של מכירה או מתנה, אינה משנה את הגדרת העברה. אך אם העברין רכש מהבעלים את הרכוש הגנוב בטרם דווח הפשע לרשויות, או נדרשה השבת הרכוש הגנוב, אפשר שיישלל עונש, לדעת כמה מלומדים. תנאי נוסף לגנבה הוא כי הרכוש הוא בבעלות של אחר. תנאי זה שולל רכוש שאינו בבעלות איש מסוים, למשל דג או חיית בר.⁶⁷

היסוד הנפשי של גנבה כולל שני רכיבים: כוונה וידע. אלו מתקיימים כאשר הנאשם התכוון לשלול מהבעלים את רכושו; התכוון להיות בעל הרכוש; ידע שהאקט שלו הוא פשע (ידיעת הדין); ידע שהרכוש היה בבעלות אחר; ידע שאין לו היתר לבעלות ברכוש. הצעד ההתחלתי של כוונה לבעלות ברכוש הגנוב כרוך בכוונה להעביר החזקה ברכוש הגנוב מהבעלים החוקי אל הנוטל. בהיעדר כוונת זדון הנאשם אינו אחראי לגנבה, למשל אם הוא חושב שהבעלים ויתר על הבעלות או אם התכוון רק להשתמש ברכוש ללא הרשאה. לכן במקרים מסוימים גם אם הוא מתכוון לשלול מהבעלים את הרכוש, הוא אינו אשם בגנבה, משום שחסרה לו הכוונה להיות בעל הרכוש או להפיק מערכו, כפי שעשוי לקרות כשהוא הורס את הרכוש או צורך אותו, שאז הוא אחראי להרס לא מורשה של רכוש ולא לגנבה. גם בעלים במשותף שמוכר את הרכוש שלא מתוך כוונה לשלול מהבעלים האחרים את הערך שלהם, אינו גנב. לפי הקוראן והסונה, ידע על איסור הוא תנאי מוקדם להצדקה לעונש. מי שלוקח רכוש של אחר בטעות אינו אשם בגנבה, משום שחסרה לו כוונה לגנוב. דעות המלומדים שונות באשר לידע הנוטל בדבר ערך הרכוש הגנוב. יש הסבורים שאין צורך בידע כזה; אחרים סבורים שנדרש ידע סובייקטיבי של הנוטל.⁶⁸

66 שם, בעמ' 1616–1617.

67 שם, בעמ' 1618–1632.

68 שם, בעמ' 1614–1616, 1628–1629.

ה. סיכום

מבט בהיסטוריה של עברת הגנבה מעלה שהאתגר המצוי בפני עברת הגנבה המודרנית – אם אמנם מצוי כזה – אינו חדש, לפחות ברובד הפשטה כללי. שינויים במציאות החברתית, הכלכלית, הטכנולוגית ואפילו המשפטית-הסדרתית כבר הובילו למבט מחודש בעברת הגנבה. הרכיב שהיה המרכזי שביסודות העברה, או לפחות אחד המרכזיים שבהם – נטילה מסיגת-גבול של החזקה – הלך ואיבד מחשיבותו משום שההיגיון שעמד מאחוריו לא היטיב להכיל את מגוון התרחישים הפוגעניים. תהליך שכזה, שבו המציאות מאתגרת את רכיבי העברה הקיימת, כרוך (או לפחות ראוי שיהיה כרוך) במבט מחודש בהצדקה שמאחורי העברה. האם עברת הגנבה באה למנוע מאורע מפר-סדר חברתי? האם היא באה להגן על הפרט כשאינו לו אמון באחר, אם למשל האחר הוא זר, או דווקא כשיש לו אמון כזה, כבעל יחסי קרבה או יחסי עבודה? כלומר, האם הערך העומד מאחוריה הוא סדר חברתי, הצורך בסדר כדי לאפשר חיים תקינים ללא חשש מפגיעתם של זרים, כפי שעולה מההיסטוריה של העברה, בייחוד עד המאה השמונה-עשרה והתפתחות המסחר והקפיטליזם? או אולי האמון באחרים? או שמא הערך המוגן בעברת הגנבה הוא קנייני גרידא, כפי שאולי נדמה ממבט מודרני? האם עברת הגנבה באה לשמור על הבעלות או על השימוש? ואולי על ההחזקה?

כל אלו לכאורה קשורים זה לזה, אך לא תמיד כך. שאלת הערך המוגן היא קשה מאוד כשמדובר בעברת הגנבה וממחישה פער בין ערכים בסיסיים (דומני שמעטים יסברו שגנבה אינה צריכה להיות עברה) לבין בסיס הערכים (מה עומד מאחורי עברת הגנבה). אם כל מה שעומד מאחורי העברה הוא אינטרס קנייני, או לפחות זהו לב העברה – מדוע היא בכלל עברה בשעה שיש ענף משפט המוקדש לערך זה, לסרטוט גבולותיו וליצירת הגנות נאותות לו? אם מה שעומד מאחורי העברה הוא אינטרס של מערכות יחסים עסקיות בין אנשים, מה צורך יש במשפט הפלילי בשעה שיש ענפים המסדירים מערכות יחסים עסקיות: דיני החוזים ודיני העבודה? ואם מה שעומד מאחוריה הוא אינטרס של מניעת נזק כלכלי, האם לא די בדיני הנזיקין? הקושי רב, באשר הערך המוגן (או הנזק) על פי רוב אינו מוגדר, בוודאי לא בפירוט, בתוך יסודות העברה הפלילית, ועל הפרשנים לחלצו, ומלאכה זו רחוקה מלהיות קלה.⁶⁹ שאלות אלו מורכבות מכדי להשיב עליהן בשלב זה. נדרש מבט מעמיק יותר ורחב יותר ברציונלים וברכיבים של עברת הגנבה. המבט המעמיק ימתין לפרקים הבאים. אעבור כעת למבט רחב בעברת הגנבה בשיטות משפט אחרות בימינו.

69 לעניין זה אשוב במקום אחר, שבו אתח את שאלת הניסוח של איסורים באופן כללי: הפללה תכליתית (טרם פורסם).

מבוא

א. לא תגנוב

”לא תגנוב” – שמות כ 13 ; דברים ה 17.

בשתי מילים ובשש אותיות מתמצה הדיבר השמיני, שקובע איסור על גנבה ומופיע באותו פסוק אחרי ”לא תרצח” ו”לא תנאף” ולפני ”לא תענה ברעך עד שקר”. הגנבה היא התנהגות ותיקה וקדומה, ששרדה עד ימינו שלנו, גם אם מאז הספיקה ללבוש צורות שונות ומגוונות, לפשוט את חלקן וללבוש אחרות. סופה של התנהגות זו עדיין אינו מסתמן. האיסור על גנבה גם הוא עתיק וגם הוא טרם מצא מנוחת קבע. הוא הספיק ליטול ולשאת מלבושים שונים, לצבוע אותם בצבעים מגוונים, לגרד צבע דהוי ולמרוח שכבה חדשה, להוסיף טלאי ולפרוס, לפרוס את הכסות ולתפור אחרת חדשה, ומי יודע לאילו טיפולים יזכה מחייטי העתיד. האיסור על גנבה אינו מתמצה בשתי מילים, ובצדק. הוא לובש חליפות שונות במדינות שונות, חליפות שדומות במובנים מסוימים ושונות באחרים. באיזה אופן נתפרה החליפה לאורך השנים? מה הוסף לה ומה נשלל ממנה? כיצד נראות החליפות במדינות אחרות? מה מרכיב את החליפה שלנו ועל מה מבקשת היא להגן? האם החליפה מתאימה לימינו או שמא נהייתה מיושנת? ככל השאלות הללו אדון בחיבור זה, בזו אחר זו. אך תחילה היכרות ראשונית, מפה ישראלית קצרה הנוגעת לעברת הגנבה, לאחיותיה ולבנות דודה.

ב. מפת חוקי הגנבה בישראל

עברת הגנבה מופיעה בפרק י”א לחוק העונשין, התשל”ז–1977, שכותרתו ”פגיעות ברכוש”. בסימן א’ שבו מצויות עברות הגנבה למיניהן. סעיף 383 מגדיר:

(א) אדם גונב דבר אם הוא –

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

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

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

(ג) לעניין גנבה –

(1) ”נטילה” – לרבות השגת החזקה –

(א) בתחבולה; (ב) בהפחדה; (ג) בטעות הבעל ובידיעת הנוטל שהחזקה הושגה כך; (ד) במציאה, אם בזמן המציאה מניח המוצא שאפשר באמצעים סבירים לגלות את הבעל;

(2) "נשיאה" – לרבות הסרת דבר ממקומו, ובדבר המחובר – הסרתו לאחר ניתוקו הגמור;

(3) "בעלות" – לרבות בעלות חלקית, החזקה, זכות החזקה או שליטה;

(4) "דבר הניתן להיגנב" – דבר בעל ערך שהוא נכסו של אדם, ובמחובר למקרקעין – לאחר ניתוקו מהם.

זוהי אחת מהגדרות העברה הארוכות ביותר בחוק העונשין, ללמדנו עד כמה מורכבת היא עברת הגנבה. סעיף 384 משלים את קודמו ומכריז על העברה הכללית הבסיסית של גנבה "רגילה" או גנבה "סתם": "הגונב, דינו – מאסר שלוש שנים, והוא אם לא נקבע לגנבה עונש אחר מחמת נסיבותיה או מחמת טיבו של הדבר שנגנב".

כבר בסיומו של מבט קצרצר וראשוני מאוד בחוק ניכר פער בין ההבנה האינטואיטיבית שיש לכל אדם (וילד) באשר לגנבה לבין מורכבותה הלשונית של העברה. כפי שנראה בהמשך, הפער בין האינטואיציה לבין העברה גדול מכפי הנראה לעין במבט מהיר זה, ומעניין שהפער אינו שייך אך ללשון העברה אלא במידה מסוימת גם לתכליתה.

לאחר סעיף 384 מגיעים סעיפים רלוונטיים נוספים שמאירים את עברת הגנבה באורות שונים ומגוונים. סעיף 384 "גנבה בנסיבות מיוחדות" מתאר סוגים שונים של דברים הניתנים להיגנב ויוצר עונש חמור יותר בגין גנבתם; סעיף 385 מתאר "נטילה שאינה גנבה", מבהיר ומצמצם את תחולת העברה הנפרסת בסעיף 384; סעיפים 386–388 יוצרים פיקציות שונות כדי להקל את הוכחת יסודות העברה; סעיפים 390 ואילך יוצרים עברות גנבה מיוחדות, וכן הלאה.

סימן ב' לפרק י"א, "עברות מעין גנבה", מאיר אף הוא את עברת הגנבה; מה שהוא מעין גנבה מן הסתם דומה לגנבה מחד גיסא אך מן הסתם אינו גנבה מאידך גיסא. נטילת חשמל, מים או גז, עברה המופיעה בסעיף 400 לחוק, אינה גנבה, כך סבר המחוקק וכך הגדיר. מנגד, תחת סימן זה מופיעה העברה של "גנבת כלי שיט או כלי טיס". המחוקק מהצד האחד בחר למקם עברה זו תחת הסימן של "מעין גנבה", ולשונה של העברה מתאר דבר השונה מהגדרת הגנבה (שימוש ללא רשות); מהצד האחר הוא כינה עברה זו "גנבה".

סימנים נוספים בפרק י"א (פגיעות ברכוש, כזכור) מתבססים ברמה כזו או אחרת על עברת הגנבה. שוד (סימן ג') הוא צורה חמורה של גנבה, גנבה בנסיבות מחמירות. פריצה והתפרצות (סימן ד') הן עברות שעשויות לקדום לעברת הגנבה וכוללות בחלקן יסוד פיזי או נפשי של גנבה (כוונה מיוחדת לבצע גנבה). עברות בנכסים גנובים (סימן ה') עונות אף הן (במידה מסוימת) על עברת הגנבה. וכך גם עברות הרכב השונות (סימן ו'). שתי עברות היזק (סימן ט') מתבססות על המונח "ניתן להיגנב", המוגדר בסעיף 383.

פרוף התחלתי מאוד בחוק העונשין מרמז מה חשובה היא עברת הגנבה, שחלק מיסודותיה (למשל "דבר הניתן להיגנב") או כולם גם יחד מהדהדים בעברות רבות אחרות ומגדירים אותן. הסימנים שמגיעים בהמשך פרק י"א לחוק העונשין מאירים באור נוסף את עברת הגנבה הגם שאינם מתייחסים

ליסודותיה. מרמה, סחיטה ועושק (סימן ו') אינם גנבה; הונאה (סימן ז'), הסגת גבול (סימן ח') והיזק (סימן ט') אינם גנבה. אכן, גנבה היא עברת רכוש קלאסית, אולי ראשונה במעלה, אך היא אינה עושק או הונאה. מנגד, גנבה (לפחות בצורתה הראשית) כוללת מרמה כאחד מני כמה יסודות, ובמובן זה היא נראית יסודית פחות ממנה, כאילו הגנבה בנויה על המרמה. בהמשך נראה כי מדובר ב"מרמה" מסוג אחר לגמרי.

ג. מפת הספר

לא אוכל ולא אתיימר לכסות את מפת חוקי הגנבה, או אפילו את חלקה הגדול. לבו של חיבור זה יהיה עברת הגנבה עצמה, כנוסחה בסעיף 383 לחוק העונשין שהובא לעיל, נוסח מורכב מאוד, שיצריך מקום ותשומת לב נרחבים לקראת פירוקו לגורמיו הרבים. עברת הגנבה הבסיסית, כנוסחה דהיום, היא שתיבחן פה. השאלות שהוצגו קודם לכן כמטפורות תיבחנה בחינה ישירה: מניין צמחה עברת הגנבה? מה המטרה החברתית שאותה נולדה העברה להשיג, שהיא ההצדקה לקיומה? האם מטרה זו רלוונטית גם בימינו? והאם עברת הגנבה מסוגלת להשיגה? האם הגדרת עברת הגנבה בסעיף 383 ברורה, חדה ומוצלחת? האם היא כוללת רכיבים מיותרים? או שמא חסרים בה רכיבים? האם יש לשנותה (בחקיקה או בפרשנות) כדי שתכסה סוגים נוספים של התנהגות, או כדי שתכסה פחות? האם היא שונה בבירור מסוגי התנהגות המכוסים בדין האזרחי? שאלות משנה מורכבות אלו מתנקזות להן יחדיו אל שאלת המחקר שתוביל את הדיון: האם דרושה רויזיה בעברת הגנבה בישראל?

התשובה לשאלה מורכבת זו תוצג צעד אחר צעד, במסגרת שני מבטים מפורטים: מבט תיאורי ומבט נורמטיבי-אנליטי.

המבט התיאורי יבחן את לידת העברה ואת התהוותה, ויכלול שלושה פרקים. בפרק הראשון אסקור את גלגולי עברת הגנבה לאורך ההיסטוריה בשיטות משפט זרות שונות. פרק זה ימחיש פער ניכר בין עברת הגנבה דהיום לבין העברה בעבר הרחוק, פער שבתורו אמור להאיר את עברת הגנבה ולהציע חוטי מחשבה התחלתיים לשאלת המחקר. עברת הגנבה, ככתוב בראשית המבוא, כבר הספיקה לשנות את עורה ואת כסותה. מלבד הלקח הכללי שעולה מהפרק הראשון, שמראה כי שאלות משפטיות שנדונו לפני מאות שנים עדיין מעסיקות אותנו היום וכנראה יעסיקו אחרים בעתיד, כל שינוי עשוי ללמדנו דבר-מה על התנהגות שאינה נסבלת חברתית, שבשלב כלשהו הכינוי "גנבה" ניתן לה או נשלל ממנה. יסודות העברה השתנו עם העת, ומעניין אך לא לגמרי מובן מאליו, שהשתנו גם ההצדקות שמאחוריה.¹ בבואנו לבחון את הצורך ברויזיה בימינו, אפשר גם אפשר שנשכיל ממבט לרויזיות קודמות שנערכו בעברת הגנבה לאור שינויי עתים קודמים, שהניעו החברה, הכלכלה, הטכנולוגיה ועוד.

1 סטיל, חוקר בולט של עברת הגנבה בימינו, כתב כי עברת הגנבה התקיימה בקודים הפליליים הוותיקים ביותר, והיא עברה שאינה נראית כמצריכה הצדקה כלשהי לקיומה. מנגד, היקף העברה בהחלט היה ועודנו במחלוקת. גל של הרחבת עברת הגנבה גאה בעשורים האחרונים בשל צורות חדשות של רכוש וההישענות על סנקציות פליליות להגנה עליהן, וכך נדרשים עקרונות לסרטוט גבולותיו של הדין הפלילי באזור זה. כלומר, חרף קיומה של הסכמה כללית שעברות כמו גנבה הן עברות ליבה מוצדקות של המשפט הפלילי, הבסיס להצדקה לא נדון בפירוט. ראו: Alex Steel, *The Harms and Wrongs of Stealing: The Harm Principle and Dishonesty in Theft*, 31 UNSW L.J. 712, 712, 718 (2008).

הפרק השני יעבור מהיסטוריה לגאוגרפיה, ויצג נוסחים שונים של עברת הגנבה במדינות זרות. לצד הנוסחים יוצגו הרציונלים, אם אכן פורשו באותן מדינות: ההצדקות לעצם קיומה או לנוסחה של עברת הגנבה במחוזות אלו. האתגרים הניצבים בפני המשפט בישראל בכלל, בפני המשפט הפלילי בישראל בפרט ובאשר לעברת הגנבה הפלילית בישראל במיוחד – אינם חריגים ונדירים בעולם. השינוי החברתי, הכלכלי והטכנולוגי של המודרניזציה – אינו דבר שנחווה רק במדינת ישראל, כמובן. גם בשיטות משפט אחרות קיימים אתגרים ויש התייחסויות לשאלת הפריסה של עברת הגנבה בימינו אלה. אך מובן הוא כי המצב המשפטי של עברת הגנבה במדינות זרות עשוי להאיר את עברת הגנבה כפי שהיא מנוסחת כיום במדינת ישראל.

הפרק השלישי יחתום את המבט התיאורי בבחינת עברת הגנבה במדינתנו. תוצג סקירה רחבה של פסיקה, בעיקר מבית מדרשו של בית המשפט העליון בישראל. לשם נוחות הצגת הדברים תהיה הסקירה כרונולוגית: אפתח בפסיקה מוקדמת ואגיע עד ימינו שלנו. מהפסיקה אתקדם לספרות הלא רבה שעסקה בעברת הגנבה בישראל. לאחר מכן אנסה להפיק שורות תחתונות בנוגע לכל יסוד עברה בנפרד, וכן בנוגע לדמיון ולשוני שבין שני סוגי עברות הגנבה המסורטטות בסעיף 383 לחוק העונשין. בנוסף, אנסה לזקק מהפסיקה ומהספרות הקיימות בישראל את הרציונלים המקובלים בבסיס עברת הגנבה בישראל, הערכים המוגנים שעליהם נועדה לשמור, כעולה מההיסטוריה המשפטית שלנו. פרק זה ימחיש חלק מהאתגרים שעמם כבר התמודדה מערכת המשפט שלנו בנוגע לעברת הגנבה, כמו גם טעימה ראשונה מהצפוי לבוא, קדימון לשאלות משפטיות שטרם הוכרעו. חלקו השני של המחקר, השעון על קודמו ושואב ממנו מידע ותובנות, יכלול מבט נורמטיבי-אנליטי בעברת הגנבה. חלק זה יכלול שני פרקים נרחבים.

בפרק הרביעי, הוא לב המחקר, יוצג דיון מעמיק בעברת הגנבה, תוך בחינה נפרדת של שאלת ההצדקה העומדת מאחורי עברת הגנבה בימינו מחד גיסא, ושל יסודות העברה מאידך גיסא, ובהמשך גם בחינת הקשר בין ההצדקה לבין היסודות. האם ההצדקות ההיסטוריות לעברת הגנבה עודן תקפות היום? האם יש הצדקה חדשה לעברה? פרק מורכב זה ינוע בין הרובד הדוקטרינרי של עברת הגנבה לרובדה העיוני, במאמץ למצוא חשיבות ומשמעות לייחוד הגנבה למול סוגי התנהגות קרובים המטופלים במשפט הפלילי ובמשפט האזרחי. האומנם המצב המשפטי בישראל בתחום יסודות העברה, כעולה מהספרות ובמיוחד מהפסיקה, הוא ראוי באספקלריה פנימית של הדין הפלילי ומנקודת מבט של מדיניות משפטית? האם ניתן למצוא ערך מוגן או שילוב של ערכים מוגנים שמתאימים לעמוד מאחורי עברת הגנבה? התשובה השגורה, שלפיה עברת הגנבה מגנה על הקניין, לא תחזיק מעמד בבחינה שתפרק את העברה לגורמים. אציע כמיטב יכולתי הצדקות משכנעות ומתאימות לעברת הגנבה, ולאורן אציע ניסוח מחדש של שתי תצורות העברה, תוך הפרדתן לשתי עברות שונות, שאחת מהן לא תזכה עוד להיקרא "גנבה".

בפרק החמישי, חמוש בתובנות הפרק הרביעי, אתעמת עם שאלת המחקר בהדגשת הצורך ברוויזיה בעברת הגנבה לנוכח המציאות המודרנית. האם עברת הגנבה, כנוסחה דהיום, עשויה לכסות סוגים חדשים (במובן כזה או אחר) של התנהגות או טכנולוגיה, דוגמת תמרון חשבון בנק ממוחשב, השגת גישה לא מורשית לסוד מסחרי או שיתוף קבצים באינטרנט? והאם אותם סוגי התנהגות מביאים באופן טבעי לפגיעה בשילוב הערכים המוגנים שאותר בפרק הרביעי? פרק זה יציב סימני שאלה (ובהמשך גם תשובות) לקיומה של התפתחות מודרנית כלשהי. מהלך שכזה רחוק מלהיות ראשון מסוגו: כבר בפרק

הבא נראה כי התפתחויות באופי החיים כבר הביאו לחשיבה חוזרת על עברת הגנבה, לקראת עיצוב מחדש של קווי המתאר שלה או של גופה ממש.

הן בחלק התיאורי והן בחלק הנורמטיבי תיבחן עברת הגנבה בשתי זוויות מרכזיות וקשורות זו לזו, אך אינן זהות: זווית הרציונלים ולצדה הזווית של יסודות העברה. זווית הרציונלים, זו של ההצדקה לקיומה של העברה, היא לב העברה ונפשה, טעם קיומה. הזווית של יסודות העברה היא הגוף, המכשיר שבאמצעותו מבקשים להגן על הלב או לקיים את הנפש. שתי הזוויות הללו, כמובן, אינן ייחודיות לעברת הגנבה, והן מתקיימות (או לפחות אמורות להתקיים) בכל עברה ועברה. זווית הרציונלים מכשירה את הקרקע לזווית היסודות ואמורה לקבוע כיצד תיראה וכיצד לא תיראה. שתי הזוויות הללו תופענה החל מהפרק ההיסטורי ועד לסיום המחקר.

בסיום הדרך יוצג פרק אחרון, סיכום קצר של המחקר, ובו תוצגנה המסקנות לשאלות המשנה המרכיבות את שאלת המחקר. אכתוב כמה מילים על צורך בחשיבה מחדש על כל עברה שהיא, אתייחס לעמדתי בעניין עברת הגנבה, ואסיים בדיון קצר בשאלה: האומנם יש צורך בשינוי עברת הגנבה בימינו שלנו? ואם כן, האם נדרש שינוי בחקיקה או שמא די בשינוי בדרך של פרשנות.

פרק 1

מבט היסטורי בגלגולי עברת הגנבה

א. מבוא

החלק התיאורי של הספר יפתח במבט היסטורי בעברת הגנבה. מה חשיבות יש להיסטוריה של הגנבה במחקר משפטי שעניינו התאמת העברה לימינו שלנו? דומני שחשיבות רבה. מלבד התובנה שניתן להפיק ממבט לאחור בכל תופעה שהיא, לרבות תופעה משפטית, הרי שניתן להחכים מן ההיסטוריה של עברה, לאחר שזו כבר עברה גלגולים רבים ומורכבים, במיוחד כאשר שאלת המחקר היא אם נדרשת רוויזיה בעברה (לשון אחר: האם נדרש גלגול נוסף). עמידה על ניסוחים קודמים של העברה עשויה להזכיר או להטעים מה יש בניסוח המקורי לעומת ניסוחים קודמים, וחשוב לא פחות: מה אין בו. למידה על גלגולים קודמים עשויה להעלות שינויים משמעותיים שאירעו בעבר והביאו לאותם גלגולים: שינויים חברתיים, כלכליים או טכנולוגיים. הבנת השינויים עשויה לסייע בהמשך להשיב לשאלת המחקר, בקידום התשובות לשאלות אם אמנם נדרש כעת שינוי של העברה ואיזה, ואם שינוי זה אמור להיערך בחקיקה או בפרשנות. בהמשך למבט ההיסטורי גם המבט המשווה שיוצג בפרק הבא עשוי לסייע להשיב על שאלת המחקר. עמידה על הרציונלים המקובלים כיום לעברת הגנבה בשיטות משפט זרות, כמו גם על יסודות העברה, עשויה להאיר את הרציונלים והנוסח של העברה במדינת ישראל.¹

ב. כללי: מבט מאקרו על ההיסטוריה המערבית של הגנבה

המחקר הבוחן את התפתחות עברת הגנבה במשפט האנגלי עשיר יחסית. הוא מציג שיעור מאלף על הדינמיות של רציונלים ושל יסודות עברה ומלמד על פער אינטואיטיבי בין תפיסת העברה הקיימת לבין תפיסות קודמות. כפי שנראה, במקרים מסוימים קיימות מחלוקות לא רק באשר לפרשנותן של עובדות היסטוריות אלא אף באשר לעצם קיומן. אפתח ואתייחס לתיאורים מקוצרים וכלליים ואתקדם לתיאורים וניתוחים נרחבים.

ססיל טרנר (Turner) כתב כי גנבה היא מהפשעים הראשונים שהוכרו על ידי המשפט המקובל. העברה באה להילחם בתופעות של הסגת גבול והתנהגות אלימה. ההגדרה המקיפה הראשונה של גנבה (larceny) הייתה של הנרי ברקטון (Bracton), ששאל אותה מהחוק הרומאי והתאימה למשפט ארצו, וכך תורגם מרומאית: "the fraudulent handling of another man's thing, without his agreement, and with the intention of stealing it". הגדרת ברקטון לגנבה הדגישה את היסוד הנפשי שבפשע,

1 יובהר: מבחינה מתודולוגית פרק זה אינו כולל מחקר היסטורי עצמאי של עברת הגנבה אלא נשען על חוקרים מן העבר הרחוק והקרוב שהתייחסו להיסטוריה של עברת הגנבה.

באשר בימיו דין הגנבה היה צר יחסית והתייחס לשינוי שליטה פיזי-ממשי. לא הייתה אז תאוריה משפטית מורכבת בנוגע להחזקה. מה שעמד במרכז היה האקט הפיזי הפשוט של תפיסת דבר ולקיחתו משם, ללא הסכמת הבעלים.² הנוסח הרומאי היה רחב וכיסה כמעט כל עיסוק לא ישר ברכוש, ואף כזה הכרוך בהונאה ובהולכת שולל (trickery). אבל בימים שבהם עוצב המשפט המקובל היו היחסים הכלכליים בין האנשים פשוטים, והצורך העיקרי של החברה היה הגנה משפטית מפני פשעים של כוח פיזי ולא נגד הונאה. גורם נוסף לצמצום העברה מנוסחה הרומאי היה רצונם של בתי המשפט להימנע מהוצאות להורג: חוק הגנבה כלל עונש מוות, למעט מקרים שבהם ערך הגנבה לא עלה על שנים-עשר פני. לכן מושבעים נהגו להעריך את ערך הגנבה כלפי מטה, כדי להימנע מהוצאתו להורג של הגנב. רק בתחילת המאה העשרים נקבעה הגדרה חוקית של גנבה, בחוק הגנבה מ-1916, שאליו אשוב בפרק הבא.³

ויין ל'פייב (LaFave), שבחן את ההיסטוריה של עברות הרכוש, ציין כי עברת הרכוש הראשונה הייתה גנבה, פשע של המשפט המקובל שהומצא על ידי שופטים אנגלים ולא על ידי הפרלמנט, ולפיו אדם אחד לקח מחזקתו של אחר רכוש ללא הסכמתו. הרכיב העיקרי שהגביל את היקף הגנבה היה הדרישה שהגנב ייקח את הרכוש מחזקת הקרבן. שופטים נהגו לראות בפשע מגן על הסדר הציבורי (peace) יותר מאשר מגן על רכוש מנטילה בעוול. הסכנה להפרת הסדר הציבורי גדולה יותר כאשר מדובר בנטילת החזקה, להבדיל מהותרת הרכוש בהחזקת הגנב, מה שידוע היום כמעילה (embezzlement). ל'פייב ציין שבסוף המאה השמונה-עשרה, עם התרחבות המסחר באנגליה, חשו השופטים צורך להרחיב את העברה. הם עשו כן בשלוש דרכים: האחת הייתה לקבוע כי מי שהופקד על שמירת רכוש (bailee) נטל את הרכוש או "שבר את החזקה" (break bulk); השנייה הייתה המצאת המונח "החזקה/חזקה קונסטרוקטיבית" מקום שלא הייתה החזקה ממשית, ואילו השלישית כללה מצב שבו הגנב שיקר כדי לזכות בהחזקה. רק בהמשך נוצרו עברות המעילה ועברת מצג השווא/התחזות (false pretense). הקווים המפרידים בין גנבה, למעילה ולמצג שווא היו דקים וטכניים, ולעתים קרובות עלו קשיים בהעמדה לדין בגינם.⁴ ל'פייב הציג את יסודות עברת הגנבה במשפט המקובל: 1. trespassing; 2. taking; and 3. carrying away; of the 4. personal property 5. of another; 6. with intent to steal it. הוא ציין כי במשך השנים הגבילו בתי המשפט את חשיבות הרכיב הראשון, הסגת הגבול, בהכרזה שהחזקה קונסטרוקטיבית חלה בכמה מצבים. היסוד שעניינו הסגת גבול בנטילה (trespassing in the taking) תיאר נטילת החזקה מהמחזיק, שבדרך כלל (אך לא תמיד) היה גם הבעלים. ממחקרו של ל'פייב עולה כי כל אלו לא היו גנבים: מי שלא החזיר רכוש שכבר היה בחזקתו; מי שמכר לאחר ולא העביר לו את הרכוש; מי שקיבל חפץ לתיקון ולא השיבו; ומי שמצא רכוש ולא השיבו.⁵

ג'ושוע דרסלר (Dressler) כתב כי בשנים המוקדמות של המשפט האנגלי גנבת רכוש לא הייתה כלל עברה פלילית. רק נטילה בכוח של רכוש, כלומר שוד, הייתה בת-ענישה. בימי הביניים, כשהכלכלה הביאה לשינויים במערכת המשפט ובתפיסה המשפטית, התרחבה העברה כדי לכלול נטילה שלא בכוח, אך שלא בהסכמה: larceny. דרסלר הטעים כי דיני הגנבה לא התפתחו באופן פשוט או חלק:

- 2 ראו: J.W. CECIL TURNER, RUSSEL ON CRIME 883, 907-908 (vol 2, 12th ed., 1986).
 3 ראו: J.W. CECIL TURNER, KENNY'S OUTLINES OF CRIMINAL LAW 204-205 (1952).
 4 ראו: WAYNE R. LAFAVE, SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW vol. 3 57-61 (2nd ed., 2003).
 5 שם, בעמ' 62.

מהצד האחד המושבעים צמצמו אותה במקרים שבהם לא סברו שמוצדקת הרשעה ובעקבותיה הוצאה להורג. מהצד האחר בתי המשפט גילו רגישות לאינטרסים מסחריים שהרחיבו את היקף החוק עם הזמן. במאה השמונה-עשרה התערב הפרלמנט ומילא פערים בחוק, ביצירת עברות רכוש חדשות: מעילה והשגת כסף באמצעות מצג שווא.⁶

ג'ון סמית' (Smith) כתב גם הוא כי המשפט המקובל החל בתפיסה גסה של גנבה שכיסתה רק את הלקיחה הישירה והבוטה ביותר של רכוש שבחזקת אדם, על ידי אדם אחר. עם הזמן הורחבה העברה על ידי בתי המשפט והפרלמנט כדי לכסות עוד התנהגות באמצעות פיקציות ופרשנות.⁷ אדוארד גריו (Griew) הטעים שמבחינה היסטורית גנבה הייתה עברה נגד החזקה של אחר ברכוש: הפרה של אותה החזקה בדרך של נטילה ונשיאה של הטובין ללא הסכמה, בכוונה לשלילת קבע. נטילה כזו לא הייתה אפשרית בהינתן הסכמה, או בהינתן החזקה של הגנב.⁸

על ההיסטוריה של עברת הגנבה ניתן ללמוד גם ממי שלא חקר את ההיסטוריה באופן שיטתי – אלא פשוט חקר את העברה בתקופה אחרת. בסוף המאה התשע-עשרה כתב ג'וזף ביל (Beale) כי עברת הגנבה במשפט המקובל שונה מפשע כמו רצח: הרג אדם היה פלילי על פי הכוונה שבה בוצע המעשה; מנגד, באשר להתערבות ברכושו של אדם, הייתה הפליליות תלויה בתנאים מסוימים. הקו בין התערבות פלילית לבין עוולה היה שרירותי למדי, כאשר לבעלים תמיד הייתה עילה לתביעה אזרחית במקום פלילית. בעקבות זאת נוצרו מחלוקות בדבר השאלה אם התנהגות פלונית צריכה להיחשב עברה אם לאו. קושי זה לא הוסר גם כשגבולות הפליליות הורחבו בחקיקה בעברות שנוצרו כדוגמת מעילה, רמאות (cheating), רמאות באמצעות מצג שווא, היזק בזדון (mischief malicious), הסגת גבול בכוח וכדומה. לגישת ביל, השאלה אם האקט הוא פשע במשפט המקובל או לפי חוק, נותרת פתוחה. מלכתחילה הגביל המשפט המקובל את פשע הגנבה למקרים של נטילה בעוול מהחזקה של הבעלים ללא הסכמתו. לעתים אף נקבע שעל הנטילה להיות נגד רצון הבעלים (invito domino).⁹ ביל טען שאין זה משנה מהו המניע שהביא את הבעלים למסור – אם הוא נפרד מהרכוש מרצונו, לא היה ראוי להרשיע בגנבה. בשנת 1779 נקבע כלל שונה בפרשת פיר (Pear), שאליה אשוב בהמשך, שם הקרבן נפרד מהרכוש מרצונו, אך בית המשפט הכיר באפשרות להרשיע בגנבה בתחבולה. ביל כתב שהחלטה שהתקבלה שם הייתה חידוש, התאמה לא רצויה של דיני הגנבה, החלטה שהייתה בניגוד לסמכות והובילה למסקנות לא הגיוניות במקרים מאוחרים יותר. הוא הסיק שאין נקודת עצירה במשפט המקובל האנגלי בנוגע לגנבה: כל אימת שרכוש מושג במרמה, המושבעים יכולים למצוא שהבעלים לא היה נפרד מהרכוש לו ידע מה היה במחשבות המבצע. עברת הגנבה "כבשה" את כל האזור של עברת מצג השווא, שכזכור נולדה במאה השמונה-עשרה, ולא היה עוד קו מפריד בין גנבה לבין מצג שווא, משום שכל מה שבכיוון זה הוכר כגנבה.¹⁰

6 ראו: JOSHUA DRESSLER, CASES AND MATERIALS ON CRIMINAL LAW 946 (3rd ed., 2003).

7 ראו: JOHN CYRIL SMITH, THE LAW OF THEFT 1 (8th ed., 1997).

8 ראו: EDWARD GRIEW, THE THEFT ACTS 142 (7th ed., 1995).

9 ראו: Joseph H. Beale Jr., *The Borderland of Larceny*, 6. HARV. L. REV. 224, 224, 245 (1892).

10 שם, בעמ' 248–256.

ג. ההיסטוריה המנותחת של הגנבה במשפט המקובל

כמה מלומדים מן העולם המערבי ניתחו את עברת הגנבה ניתוח נרחב מאוד. אף שהמסקנות שאליהן הגיעו אינן זהות, ולעתים כללו שליחת חצי ביקורות חדים זה לעברו של זה, הניתוח שערכו בהחלט מאיר עיניים ומציף שאלות שראוי שתהדהדנה בחיבור שכזה, והן נדונות בהרחבה בהמשכו. הדיון שערכו המלומדים מוסיף נופך נורמטיבי ראשון לספר זה, אמנם עקיף בשלב זה, אך עדיין חשוב עד מאוד. ההיסטוריה שנסקרת בפרק זה כוללת לקחים חשובים מאוד שמוטב להבינם, ואלה יסייעו רבות הן לדיון בשאלת הרציונלים והערכים המוגנים שמאחורי עברת הגנבה והן לדיון ביסודות העברה. יש להדגיש כי למשפט המקובל, מכל מערכות המשפט, שמור מקום של כבוד בחיבורי ראשית, משום שחוק העונשין, התשל"ז–1977 מבוסס על פקודת החוק הפלילי, 1936, פקודה מנדטורית, שהעתיקה את חוק הגנבה האנגלי משנת 1916. שורשיה של הפקודה נטועים עמוק בחקיקה ובהלכות שייסקרו. שנית, משום שבתי המשפט הישראליים, בייחוד בעשורים הראשונים לקומה של המדינה, נסמכו לא פעם על ההלכות שנוצרו במשפט המקובל ועל כתיבת המלומדים אשר ביקשו להאיר הלכות אלו. פרשות שייסקרו בהרחבה בחיבור זה, כגון פרשת הבלדר (The Carrier's Case), פרשת צייסר (Chisser) ופרשת פיר, זכו לאזכורים גם בבתי המשפט הישראליים אשר באו לנתח את עברת הגנבה, על רבדיה ונגזרותיה.

אפתח בתיאור תמציתי של הניתוח שערך הול (Hall); אתקדם לתזה של פלטר (Fletcher) ולתגובה של וינר (Weinreb); אמשיך בטיגר (Tigar), שערך ניתוח היסטורי משלו וגם ביקר את קודמיו; אסיים בניתוח עדכני יחסית של לייסי וולס, שעסקו בהיסטוריה של עברות הרכוש.

1. הול

בחיבור שפורסם בשנת 1935 ועודכן בשנת 1952 ניתח ג'רום הול את ההיסטוריה של עברת הגנבה.¹¹ הול הקדיש חלק ניכר מספרו לפרשת הבלדר משנת 1473.¹² פרשה חשובה זו זכתה להתייחסות רבה מצד המלומדים באותו זמן, ואף מאות שנים לאחר מכן. דובר בבלדר שערך עסקה עם סוחר להוביל חבילות לסאות'המפטון; במקום להובילן כאמור, הוא לקח אותן למקום אחר, פתח את החבילות ולקח את תוכנן. הבלדר הורשע ונפסק כי פתיחת החבילות היא שהפכה את המעשה לגנבה. אילו היה הבלדר מוכר אותן בשלמותן לא הייתה זו עברה. במופשט, התאוריה הייתה שעם פתיחת החבילות חזר הרכוש בבת אחת ל"החזקה" קונסטרוקטיבית של הסוחר, ופריקתו מהחבילות מילאה את הרכיב של "הסגת הגבול". לפני מקרה הבלדר לא כללה "נטילה" – כרכיב של גנבה – משמעות מלאכותית: פירושה של הסגת גבול כרכיב חיוני של גנבה היה נטילה גלויה (manifest) של מיטלטלין מהמחזיק. התנאים הכלכליים האנגלו-סקסיים והנורמניים המוקדמים הגבילו הן את מושאי הגנבה (כאשר רכוש בר-הזזה כלל בקר, מוצרי חווה ורהיטים) והן את שיטותיה.¹³

11 ראו: JEROME HALL, THEFT, LAW AND SOCIETY (2nd ed., 1952).

12 הול הפנה ל: The Carrier's Case, Y.B. Pasch. 13 Edw. 4, f. 9, pl. 5 (Ex. Ch. 1473), reprinted in 64 SELDEN SOC'Y 30 (1945).

13 ראו: HALL, לעיל ה"ש 11, בעמ' 4, 6, 8–10.

הול לא הסתפק בניתוח משפטי של המקרה וניגש לניתוח מפורט של התנאים הפוליטיים והכלכליים ששררו באותה עת.¹⁴ הוא כתב כי למעט הכלל שהתגבש באותם ימים בנוגע לגנבה על ידי משרת, שהתבסס על כך שהייתה למשרת משמורת (custody) בלבד, לא זיהה המשפט המקובל פליליות באדם שקיבל חזקה כדין ברכוש ואז "המיר" אותו. נראה היה שהבעלים היה צריך להגן על עצמו טוב יותר ולבחור אדם מהימן. זו הייתה לכאורה משימה פשוטה, ולכן נדמה היה כי הבוחר היה רשולן אם מסר את הרכוש לאדם שברח עמו. עם זאת סוחר זר ודאי היה מוגבל בבחירתו בבלדר שלא הכיר ושאתו נאלץ לעבוד. לאור כל זאת, כתב הול, כוחות העולם המודרני הצריכו את חיסולה של נוסחה שהפכה לחסרת תועלת. מערך חדש של מוסדות גדולים הצריך כלל חדש, והמשפט סיפק אותו בפרשת הבלדר.¹⁵

מלבד פרשת הבלדר ניתח הול את צמיחתם של דיני הגנבה במאה השמונה-עשרה, המאה שלדידו "אחראית" למרבית דיני הגנבה המודרניים. בתקופה זו נולדו איסורים בחוק על פעולות כמו קבלת רכוש גנוב, גנבה בתחבולה, מעילה והשגת טובין באמצעות מצג שווא. הול הסביר כי דיני המעילה במאה השמונה-עשרה צמחו מתוך התועלת המוגבלת של מושג המשמורת, שבא לידי ביטוי בכלל שלפיו משרת, שהמיר טובין או כסף שקיבל מאדם שלישי בשביל אדונו, ביצע הפרה של המשפט האזרחי ותו לא. כלל זה יצר בעיה חוזרת ונשנית עד 1799. הטכניקה הייתה להרחיב את מושג ה"חזקה של האדון" בכל הזדמנות. השיא היה בפרשת ביזלי (Bazeley) ב-1799 (שאליה איגוע בעת סקירת מחקרו של טיגור), שהובילה לקבלת חוק מעילה כללי. הול תיאר התפתחויות נוספות (לרבות פרשת פיר) והראה כיצד מרמה בהשגת החזקה הצטרפה לפתיחת חבילות ולמשמורת של משרתים לשם הרחבת ההגדרה של גנבה הרחק מעבר למשמעותה המקורית.¹⁶

2. פלטשר מול וינריב

במאמר מפורט ומרתק משנת 1976, "המטמורפוזה של הגנבה",¹⁷ שאת גלגולו ניתן למצוא בחיבור המפורסם ופורץ הדרך שהגיע שנתיים לאחר מכן,¹⁸ ניתח ג'ורג' פלטשר את עברת הגנבה. מדובר במאמר עשיר בניתוח ובתובנות, וכל תמצות שאערוך לו לא יעשה חסד עם הקוראות. ובכל זאת אציג את הניתוח ההיסטורי של פלטשר (בלי להיכנס, בשלב זה, למשמעות שגזר פלטשר מהניתוח), ובהמשך לו את מאמר הביקורת שכתב וינריב ואת תגובתו של פלטשר. הניתוח והוויכוח בין השניים

14 לדידו, התקופה כולה התאפיינה במצב כאוטי של אי-סדר ומרמור. הול הדגיש כי המתלונן היה סוחר זר; כי הייתה לו ברית עם המלך, שסיפק מעבר בטוח לו ולטובין שלו; כי הרכוש שניטל היה שווה 20 פאונד; כי הנאשם היה בלדר ותפקידו היה לשאת את הסחורה לסאות'המפטון, עיר שחלשה על המסחר עם המדינות הלטיניות שנים רבות, נמל ראשי למערב. דובר בתקופה של שינויים באירופה. המסחר עבר שינוי קיצוני וכך גם התרבות כולה, וניכר מעבר לקראת שיטות ועקרונות קפיטליסטיים. הול אף ציין כי המלך אדוארד עצמו היה סוחר ועסק ביזמות עסקיות פרטיות מרובות. הוא הוסיף כי יש ראיות שהסחורה המדוברת הייתה צמר, בגדים או שניהם. המסחר בצמר ובגדים היה בכמות אדירה באותה עת. צמר גס היה הסחורה המובילה באנגליה לפחות מאז הנורמנים. שם, בעמ' 14-15, 18-20, 22, 26, 28, 30.

15 שם, בעמ' 31-33.

16 שם, בעמ' 34-42. לטבלה מסכמת של פסקי דין וחוקים מובילים בדיני הגנבה החל מהמאה החמש-עשרה ועד המאה התשע-עשרה ראו שם, בעמ' 61.

17 ראו: George P. Fletcher, *The Metamorphosis of Larceny*, 89 HARV. L. REV. 469 (1976).

18 ראו: GEORGE FLETCHER, *RETHINKING CRIMINAL LAW* (1978).

מרתקים גם בחלוף למעלה משלושים שנה, וכדברי פלטשר, יש הרבה מה ללמוד מהמסורת (כפי שאנסה לעשות בהמשך).¹⁹

פלטשר כתב כי המשפט המקובל העוסק בגנבה נראה לצופה כמבוך של הבחנות שרירותיות בין גנבה, מעילה, גנבה בתחבולה (trick) והשגת רכוש באמצעות מצג שווא.²⁰ הוא תיאר כיצד הדחף לעקיבות יצר התרחבות מתמדת של האחריות הפלילית הנוגעת להשגת רכוש בדרך לא ישרה. מעילה התרחבה מעברה הישימה בסוגים מסוימים של יחסים לכדי עברה כללית ששיימה כמעט בכל מצב שבו מישהו הופקד על רכוש. השגת רכוש באמצעות מצג שווא, שבעבר דרשה הצגה שקרית של עובדה חיצונית, כללה בהמשך גם השגת רכוש באמצעות הבטחות שקריות. וכך, אפילו הרעיון היסודי שגנבה מניחה השגת נכס קונקרטי ולא הפרה של חוזה גרידא, היה שנוי במחלוקת; מנסחי הקוד הפלילי לדוגמה, כתב פלטשר, טענו שאין הבדל מהותי בין השגת נכס שהופקד לבין אי-קיום הבטחה לשלם סכום שווה ערך לזה שהופקד לשם אותה מטרה. המגמה שזיהה הייתה הפלת כל המקרים של התעשרות עצמית שלא ביושר.

פלטשר הסביר כי הגישה המסורתית לגנבה נבנתה על יסוד שני עקרונות מבניים שביטאו את ההבחנה בין הרובד הפומבי המאפיין את הדין הפלילי ובין הרובד הפרטי, שלכל היותר נתון להסדרה על-ידי המשפט הפרטי. אחד העקרונות המבניים הללו, חסינות ההחזקה (possessorial immunity), היה הכלל המפורש של בתי המשפט שהעברה של החזקה בחפץ העניקה חסינות מהדין הפלילי לצד שקיבל את החפץ, בכל הנוגע לניצול לרעה או לנטילת החפץ שהופקד. דובר בכלל יסודי בהגדרת קווי המתאר של עברת הגנבה, כמו גם הגבול שבין גנבה לבין עברות חדשות יותר שהתפתחו.²¹ העיקרון המבני השני של המשפט המקובל היה הכלל המשתמע שאחריות פלילית צריכה להיות מוטלת בגין כל התנהגות שמתיישבת עם תדמית הגנב, ורק בגינה. עיקרון זה התפרש באופן שהתנהגות כמו זו של גנב היא לכאורה (prima facie) פלילית, ואילו התנהגות אחרת אינה נתונה לסנקציות פליליות. לכן אם כוונת הנוטל לגנוב לא התבטאה באקט חיצוני מזוהה עם גנבה, לא ניתן היה להרשיע בגנבה, והוכחה חלופית של הכוונה הפלילית הייתה לא רלוונטית. ההנחה של הגישה המסורתית הייתה שאפשר לתפוס גנבה במישור חיצוני בעולם, ושעל בסיס תפיסה זו על בתי המשפט לעצב את דיני הגנבה. להבדיל, כתב פלטשר, בימינו נוטים לנתח את תופעת הגנבה לכדי היסודות התאומים של נזק ושל כוונה: הנזק הוא ההשגה הלא מורשית של רכוש של אחר, ואילו הכוונה היא לגרום את אותו נזק. הרעיון הוא שאין התנהגות מיוחדת הדרושה כדי להוכיח את האקט הנדרש. אפשר להוכיח כוונה במגוון דרכים, לרבות הודאה, התנהגות פלילית קודמת וראיות נסיבתיות אחרות.²² כיצד ביסס פלטשר את טענתו זו? הוא מצא שהתקופה המכרעת בשינוי עברת הגנבה הייתה סוף המאה השמונה-עשרה ותחילת המאה התשע-עשרה.²³ כלל החסינות בהחזקה התגבש בכל מערכות המשפט המערביות, מה שמרמז שבכל אלו הייתה תפיסה משותפת בנוגע למערכות יחסים שראוי להדירן מהדין הפלילי.

19 ראו: Fletcher, לעיל ה"ש 17, בעמ' 530.

20 שם, בעמ' 469.

21 שם, בעמ' 471–472.

22 שם, בעמ' 471–473.

23 שם, בעמ' 474. פלטשר ציין כי בלקסטון היה כנראה הראשון מבין גדולי כותבי המשפט המקובל שסיווג גנבה כפשע נגד רכוש: WILLIAM BLACKSTONE, BLACKSTONE'S COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 229 (1765–1769).

פלטשר כתב על העיקרון של "פליליות אובייקטיבית", שבא כקו מנחה משתמע ולא ככלל מפורש במערכת, ושדרכו ביטאו השופטים והמלומדים את האינטואיציה שלהם בדבר גנבה כמאורע מזוהה כחלל הפיזי: רק נטילות שהתיישבו עם התדמית המקובלת של גנבה היו בנות-ענישה כגנבה. העיקרון של פליליות אובייקטיבית לא ייתר את כוונת הנוטל, אך הואיל ומעשה המתיישב עם תדמית הגנב ממילא העיד על הכוונה שמאחוריו, הסוגיה כמעט שלא עלתה בפרקטיקה. נושא הכוונה נדון רק אם מראית העין הייתה מטעה: מישהו נראה כגנב בלי לגנוב באמת, והיעדר הכוונה היה מביא לזיכויו. פלטשר ציין כי במערכות משפט קדומות רק גנבה גלויה הייתה נתונה לעונש מוות. אדם שנמצא עם טובין גנובים היה נתון לכל היותר לעונש תשלום פיצויים כפולים.²⁴ בחוק הרומאי ובמערכות משפט קדומות אחרות הוצאה להורג בגין גנבה גלויה הופקדה בידיים פרטיות ולא ציבוריות. לפי שנים-עשר הלוחות (Twelve Tables), הגנב הלילי שנחפס בשעת מעשה הוצא להורג מידית. לא דובר בסוג של הגנה עצמית אלא בזכות להרוג עם פטור מעונש, וכך קרובי המשפחה של ההרוג לא התייחסו להריגה כאל סיבה לנקמה אלא כהוצאה להורג מוצדקת. אף בספר שמות חלה ההבחנה בין "גנב הלילה" הנתפס בעת מעשה לבין אדם הנתפס מחזיק או טובח חיה גנובה. את הראשון היה מותר להרוג ללא אשמת דם; השני היה לכל היותר מחויב בתשלום פיצויים כספיים.

הצורות הקדמוניות של גנבה נשאו מאפיינים שהמשיכו לסמן את דיני הגנבה במערב אירופה: על הגנבה להיות ממקום סגור; נדרשה גנבה גלויה; אי אפשר היה להוציא להורג אם היה ספק באשר להיות האדם גנב. המוטיב המרכזי של הגנב שנתפס היה ניסיון להתנהגות חשאית או התגנבות. אך התמונה של התנהגות חשאית התערבבה במקרים מסוימים עם רכיב מסוים של כוח. גנבה במשפט המקובל הניחה הסגת גבול, והסגת גבול נעשתה בכוח (*vi et armis*). במרבית מערכות המשפט נטילה בכוח מאדם התגבשה לכדי עברה נפרדת, שוד, אך גם תפיסות בכוח בהיעדר הבעלים נצפו כמרכיב בתמונה המורכבת של גנבה גלויה.

פלטשר גרס כי המעבר משנים-עשר הלוחות לימי הביניים של דיני הגנבה צריך להיראות כסדרה של מאמצים להמיר את הזכות להוצאה פרטית להורג לכדי משפט פומבי פורמלי כפי שאנו מכירים כיום. אחד הצעדים המוקדמים בהתפתחות זו היה הנוהג של הוצאה פרטית להורג לאחר "זעקת חמס" (*outcry*). תפקיד הזעקה היה להודיע ליתר הקהילה על ההוצאה להורג העומדת לבוא; כך הובטח שההורג לא יקבל יחס של פושע. במשפט הרומאי מוסד הזעקה נועד להרחיב את המושג של "גנבה גלויה" (*fur manifestus*) כדי לכלול "גנבי יום" שגילו התנגדות. המשפט המקובל האנגלי בימי הביניים נשא הלאה את המונח, אך בהכרה הדרגתית שלפני הוצאה להורג הייתה חובה לקיים משפט. עד המאה השלוש-עשרה הפכה הזכות להוצאה פרטית להורג להוצאה פומבית להורג לאחר משפט שדה מקוצר. בהמשך הפכה הזכות הפרטית של הוצאה להורג לתת-סוג של הגנה עצמית. עד ראשית המאה השש-עשרה נתפסה הריגת גנבים ושודדים כסוג של רצח מוצדק, המוסדר בחוק, ולא כדין עצמי. שינויים חשובים התרחשו כשכתי המשפט הפליליים קיבלו עליהם את האחריות לענישת גנבים, אך הענישה נותרה זהה: הוצאה להורג של גנבים גלויים. הגנב לא היה צריך עוד להיתפס באקט. המעשה שלו, כעולה מהעובדות, פשוט היה צריך להתיישב עם תמונתו של הגנב הגלוי.²⁵

24 ראו: Fletcher, לעיל ה"ש 17, בעמ' 476–477. בה"ש 27 הפנה פלטשר בעניין זה לכאן: Table VIII, Q i6, in 2 ANCIENT ROMAN STATUTES II (Paul Robinson, Coleman-Norton, Frank Card Bourne & Allan Johnson eds., 1961).

25 ראו: Fletcher, לעיל ה"ש 17, בעמ' 480–477.

כשמאחוריו תשתית הניתוח של ההיסטוריה העתיקה בחן פלטשר את ההיסטוריה של פרשנות עברת הגנבה במשפט המקובל. הוא פנה לכמה מקרי מפתח מפורסמים כדי לבסס את טענת המחקר שלו בנושא הפליליות הבולטת של עברת הגנבה. מקרים אלו הם חשובים ושופכים אור על שאלת המחקר, בהמחישם כיצד מתמודדת מערכת משפט עם סוג חדש של התנהגות, וכיצד היא מכריעה אם ניתן להכניסו למסגרת עברה קיימת.

פלטשר התייחס לפרשת הבלדר. אף לגישתו המכשול שניצב בפני התייחסות לנטילה כאל עברה היה הכלל של חסינות בהחזקה: הבלדר, שקיבל חזקה כדין בטובין, לא היה יכול לקחתם בכוח, ולכן הנטילה לא הייתה לכאורה עברה או הסגת גבול. עם זאת השופטים סברו שהנטילה הייתה בכל זאת עבריינית. עמדת השופט צ'וק (Chokke) התקבלה, והיא השפה שיצרה את כלל הפרת ההובלה (breaking bulk). לפי פלטשר, כלל זה נותר חריג בולט לחסינות בהחזקה במשך למעלה מארבע מאות שנים, עד המאה התשע-עשרה. רק בשלבים הסופיים של גלגולי הגנבה, בשנת 1857, ביטל הפרלמנט את כלל החסינות בהחזקה והכניס את כל השומרים המועלים לגבולות הדין הפלילי.

פלטשר כתב כי איש במאה העשרים לא תמך ברציונל של המקרה. בהנחה שהכלל של "הפרת הובלה" היה תמרון שרירותי של החוק, רוב המבקרים הסבירו את ההחלטה להרשיע כויתור לטובת מדיניות מלכותית או כפירוש כלכלי של אותו עידן. פלטשר ביקר הסבר זה בהרחבה, וחיווה דעתו כי מאחורי הכלל של הפרת הובלה עומד העיקרון של פליליות אובייקטיבית. מאפיין אחד של הגנב היה הנטילה המהירה והאלימה שלו. היבט זה של גנבות (thievery) התקיים בפעולה של הפרת ההובלה. הגנב שמפר הובלה יכול להיתפס כמעשה. פתיחת החבילות הייתה יכולה להיתפס כמעשה של גנבה הרבה יותר ממעשים תמימים למראית עין של מכירת החבילות או מסירתן. מנגד, צורות אחרות אלו של מעילה נותרו בתוך הגנת החסינות בהחזקה. החריג של הפרת הובלה הוא שהוכיח את הכלל: התנהגות שבשום שלב לא הפגינה מאפיינים התנהגותיים של גנבות נותרה חסינה מסמכות השיפוט של בתי המשפט הפליליים. לפי פלטשר, מקרה הבלדר ממחיש העדרת התפיסה של פליליות אובייקטיבית (הגנב הגלוי) על העיקרון של חסינות בהחזקה ועל הפרקטיקה שהדירה התנהגות של שומרים מדיני הגנבה.

חשיבות ההחזקה הלכה וקטנה לקראת תום המאה השמונה-עשרה. לצד התפתחות החוק הכירו בתי המשפט בהדרגה בפער שבין השליטה הממשית לבין ההחזקה המשפטית, ובהמשך אף הרחיבו אותו. בתי המשפט בחנו מקרה אחר מקרה וקבעו מתי החסינות מתאימה ומתי לאו. למשל במאות החמש-עשרה והשש-עשרה הייתה מחלוקת אם משרתים נהנים מחסינות החזקה בגין מעילה בטובין שמסרו אדוניהם להחזקתם. לאחר התחבטות הוחלט שלא דובר בהחזקה כל עוד המשרת היה בשטחו של האדון או בחברתו. הפרלמנט התערב ב-1529 בחוק שלפיו משרתים אחראים בגנבה לכל רכוש בעל ערך המופקד אצלם על ידי אדוניהם (חוק זה פורש בהמשך באופן שלא יחול על משרתים שקיבלו טובין מצדדים שלישיים). בדומה לכך, בשלב מסוים הוכר שאורח בפונדק אינו בגדר מי שמחזיק בכלי אוכל או במצע המיטה. במחלוקות הללו בנוגע להיקף חסינות ההחזקה המתכונת היא שמישהו מוסר מיטלטל לנאשם או שהנאשם מקבל אותו ברשות הבעלים, והשאלה היא אם קבלת האובייקט הפיזי מספיקה כדי לרכוש החזקה משפטית.²⁶

כדי לחזק את טענתו באשר לפליליות האובייקטיבית כגורם מכריע ניתן פלטשר את פרשת צ'יסר. זהו מקרה שנדון באמצע המאה השבע-עשרה. הנאשם ברח מחנות בלי לשלם על שתי עניבות שהמוכר הגיש לבדיקתו. נפסק שדובר בעברה: חרף מסירת העניבות שמר הבעלים החזקה משפטית, ולכן היה מוגן עד למכירה הממשית של העניבות. במצב זה, כמו במצבים של האורח בפונדק והמשרת ביחס לטובין של אדונו, היה פירושה של מתיחת קו החזקה אל מעבר לשליטה הפיזית, שניתן לגנוב תוך נשיאת חפץ שכבר היה בידי הנושא. הרחבת הפער בין החזקה המשפטית לבין השליטה הממשית הגבילה את חסינות החזקה.

בנסותו לאתר את הרציונל שמאחורי הכלל של חסינות בהחזקה כתב פלטשר שאין מדובר בכיבוד הסכמים פרטיים בנוגע לשליטה ושימוש ברכוש אישי בהקשר זה, או בשאלה של הסתכנות. רציונל משכנע יותר לחסינות בהחזקה עשוי להיות שהכלל יחול רק כשהיחסים בין שני הצדדים מוגדרים בשלמותם בהסכם הנוגע לשימוש במיטלטלין. זאת להבדיל מאדון המספק את הכלים למשרתו ומהמארח המספק מצעים וכלי חרס לאורח, במערכות יחסים של אינטראקציה מתמשכת, תחת גג הבעלים או במסגרת מבנה של כוח ותלות. חסינות בהחזקה הצריכה יחסים המוגדרים אך ורק בחוזה, ורק המיטלטלין כובלים את הצדדים יחדיו. לגישת פלטשר, אף שאנו מוצאים את עקרון החסינות בהחזקה כבר במאה השלוש-עשרה, ייתכן שהמוסד התאים יותר מכול לצורת חיים מסחריים שבהם יחסים חוזיים עם זרים נתפסו כעניין פרטי הנתון להסדרה אוטונומית ולפיכך הוחרגו מסמכות השיפוט של בתי המשפט הפליליים. פלטשר נתן כדוגמה את הדוקטרינה שלפיה משרתים נהנו מחסינות בהחזקה כשדובר בטובין שקיבלו מצדדים שלישיים אך לא בטובין שקיבלו מהאדון. אנומליה זו ניתנת להסבר אם נתמקד בבעלים המוותר על שליטה באובייקט. במקרה של טובין המתקבלים מצד שלישי, לבעלים לא הייתה לוותר עליה עד שהשיג החזקה בטובין, ולכן העיקרון של שמירת טובין במתחם לא היה יכול לחול. מנקודת מבט זו, חסינות המשרת בנוגע לטובין שהתקבלו מצד שלישי עולה רק מפגם בסטטוס של הבעלים: הוא עדיין לא השיג החזקה. לגישת פלטשר, רוב המקרים שדנו בהיקף החזקה מלמדים שעקרון החסינות בהחזקה יושם באופן שיתיישר עם תדמית הגנב הטיפוסי בעיני השופט, והדבר הביא להרחבת האחריות הפלילית, כפי שקרה בפרשת הבלדר.²⁷

פלטשר הרחיב על אודות שינוי בעברת הגנבה שהתרחש במהלך התסיסה האינטלקטואלית של סוף המאה השמונה-עשרה. תאורטיקנים של המשפט הפלילי הניחו יסודות לתאוריה המודרנית של שליטה חברתית, ואילו שופטי התקופה החלו להתאים את הכללים המסורתיים של עברת גנבה בדרכים שלימים תיישבנה את החוק עם ערכי התקופה. הוא הדגים זאת באמצעות פרשת פיר מהמאה השמונה-עשרה, שיצרה את הפשע "גנבה בתחבולה".²⁸ פיר שכר סוס מאדם בשם פיניץ, שיקר בנוגע למגוריו, אמר שהוא עומד לרכוב למקום מסוים, אך למעשה רכב למקום אחר ומכר שם את הסוס. המחסום

27 שם, בעמ' 487–491. פלטשר התקדם למקרים מודרניים שבהם היעדר פליליות בולטת מסביר זיכוי של אנשים לא ישרים ומסוכנים בבירור. דובר בחשודים שביקשו לגנוב מהבעלים בעזרת המועסקים של הבעלים. המועסקים הודיעו זאת לבעלים, וזה הורה להם להעמיד פנים ולשתף פעולה כדי לתפוס את החשוד בעת מעשה, ואז הבעלים או המשטרה ארבו לחשוד ותפסו אותו. הרקע לזיכוי היה לעתים הדחה. ברוב המקרים הגנב הפוטנציאלי יזם את התכנית. בתי המשפט ביטאו תחושה שמהו אינו כשורה בזירת הפשע המבוזמת והדגישו את היעדר "הסגת הגבול" בנטילה המבוזמת. שם, בעמ' 491–496.

28 פלטשר הפנה לכאן: Rex v. Pear, 1 Leach 253 (3d London ed. 1800) (Case CV), 168 Eng. Rep. 208. (Cr. Cas. Res. 1779).

שעמד בפני הרשעתו בגנבה היה נעוץ בקבלתו את הסוס במסירה מפיניץ', שהיא לכאורה השגת החזקה, ולכן לא הייתה הפרת הובלה. האם די בכוונה לגנוב כדי לעקוף את החסינות שסופקה ברכישת החזקה? התשובה המסורתית הייתה שלילית. אבל פרשת פיר הייתה מקרה מתאים לקידום החוק בכיוון חדש. חוסר היושר של פיר לא הגיע לשיא ברגע של "גנבות בולטת". השופט אשהרסט (Ashhurst) הסביר למושבעים שאם לפיר הייתה כוונה למכור את הסוס בזמן שעלה עליו ורכב הרחק, יש להרשיעו בגנבה, אבל אם גיבש את הכוונה מאוחר יותר, אין להרשיעו. פיר הורשע על ידי המושבעים, וההרשעה עוררה מחלוקת בקרב השופטים, שרובם אישר את הנחיות השופט אשהרסט. אם כוונת פיר הייתה של מרמה מלכתחילה, הם נימקו, הרי שמעולם הוא לא רכש החזקה משפטית. וכך, העברת הסוס הקבילה למאפיין "הנשיאה והנטילה" של הגנבה במשפט המקובל.

הפרשנות בעניין פיר יצרה מחלוקת קשה, בעיקר משום ששתי גרסאות של פסק הדין זכו לפרסום. הראשונה, משנת 1789, קבעה שהפשע התרחש בזמן מכירת הסוס ולא בעת שפיר עלה על הסוס ורכב הרחק. לפי השנייה, משנת 1803, מעשה הגנבה התרחש בעת הרכיבה הרחק מהבעלים, וכביכול לא נדרשה מכירה מאוחרת. העובדה המכרעת הייתה הכוונה לגנוב ברגע העלייה על הסוס. פעולה נוספת ומאוחרת הנוגעת לסוס לא נדרשה. לכן היה ניתן לעצור את פיר מיד עם צאתו את האורווה. גם השקר של פיר היה אגבי למקרה. לפי השקפה כזו, אקט שגרתית כמו עלייה על גבו של סוס יהפוך לפלילי אם לנאשם הייתה כוונת זדון. גרסה זו נדחתה בדין וחשבון של הפרלמנט משנת 1834. לפי פלטשר, פרשת פיר הייתה צעד חשוב במעבר מדפוס של פליליות אובייקטיבית לדפוס של גנבה בכוונה (larceny by intent).²⁹

עוד שלב בסובייקטיביזציה של דיני הגנבה התהווה בהפלת גנבה במציאה. לפי הטקסטים המסורתיים, מוצאים לא יכלו להיות אשמים בגנבה משום שלא נטלו החזקה מאיש (לפי הכלל האומר שאין החזקה בחפץ אבוד). עם הזמן התגלו מקרים עמומים, שבהם נחלשה החזקה אך נותר ממנה משהו לבעלים, למשל משרת שמצא כסף שהחביא אדונו בשדה. במקרים אלו של גבולות החזקה, כתב פלטשר, העיקרון של פליליות אובייקטיבית נכנע לטובת חקירה בנוגע לידע המיוחד של הנוטל, ואפילו נטילה עמומה – במשולב עם מצב סובייקטיבי מפליל של המוצא – עשויה להספיק להרשעה בגנבה. העוול של הלוקח במקרים כאלו היה באי-נקיטתו צעדים הולמים לאיתור הבעלים ולהשבת החפץ: כאשר התנהגות המוצא לאחר המציאה הייתה למטה מהציפיות, היה ניתן להאשימו ולהענישו כפושע. משכך, בתחילת המאה התשע-עשרה התפתחה הדוקטרינה שמוצא עשוי להיות אשם בגנבה אם נמנע מניסיון הולם לאיתור הבעלים כדי להשיב לו את החפץ. המעשים שנעשו לאחר הנטילה נטמעו בנייתוח המסורתי של גנבה, בהבנה שהם הוכיחו כוונה עבריינית בזמן הנטילה ההתחלתית. הרוויזיה הזו בהטלת אחריות לגנבה על מוצא הייתה חלק ממהלך רחב של הערכה מחדש של כל המשפט המקובל בנוגע לגנבה. הכותבים של ראשית המאה התשע-עשרה הביטו מחדש בכללי המשפט המקובל ובמאורעות מכריעים בהתפתחותו, כמו מקרי הבלדר וציסר.

פרשת הבלדר הפכה לנקודת מוקד בתהליך של פרשנות מחדש של מסורת המשפט המקובל. בראשית המאה התשע-עשרה עלו שתי קריאות חדשות של המקרה, שהתעלמו מההבנה המסורתית שהפרת הובלה הייתה חשובה משום שבאותו רגע הייתה הכוונה גלויה. פרשנות חדשה אחת הייתה שהפרת הובלה גרמה להחזקה בתוכן החבילות לשוב למפקיד. התייחסות למקרה כנעוץ בפיקציה

29 ראו: Fletcher, לעיל ה"ש 17, בעמ' 502–507.

הייתה שלב בתהליך שהוביל לספקנות בנוגע לכלל של הפרת ההובלה ולהחלטה פרלמנטרית בשנת 1857 להרחיב את הגנבה לכלל ההמרות על ידי מופקדים. פרשנות חלופית הייתה שהפרת ההובלה הייתה חשובה רק כראיה לכוונה בזמן קבלת החבילות ולא כביטוי או גילוי של גנבות בזמן ההפרה. טיעון זה ביטא השקפה של גנבה, שלדברי פלטשר הגיע זמנה: ביטוי הגנבות או חוסר היושר צריך להיראות לא פשע בפני עצמו אלא ראיה לפשע שהתרחש מוקדם יותר, בזמן ההשגה. השינוי בהדגשת המאורע ממאוחר יותר למוקדם יותר היה ליבת הפרשנות השיטתית המחודשת של החוק של הגנבה. מה שבסוף המאה השמונה-עשרה היה רמז, הפך לנורמה במאה התשע-עשרה. ההשקפה שהלכה ורווחה הייתה שהפשעים האמורים התרחשו ברגע הנטילה ההתחלתית. עד שהחלה עבודת הוועדה להשקפה על פשע הגנבה, כבר נתפסו כללים ישנים כמו הכלל של הפרת הובלה כהקדמה היסטורית שיש להיפטר ממנה בהקדם. עד אמצע המאה, בתמיכת הספרות הביקורתית, היו בתי המשפט מוכנים להרחיב ניכרת של האחריות הפלילית.³⁰

הרחבה נוספת של עברת הגנבה התייחסה לנטילה תמימה למראה וחלה בפרשת מידלטון (Middleton), שהוכרעה בשנת 1873.³¹ מידלטון החזיק חשבון בנק בדואר; הוא ביקש למשוך 10 שילינג מחשבונו. כשהציג עצמו לפקיד לשם קבלת תשלום, נתן לו הפקיד בטעות 8 פאונד. מידלטון עזב עם העודף ושמר אותו. המקרה היה קשה במיוחד, משום שמסירת הכסף כללה את כל הסימנים של מסירה: ויתור על החזקה, אם לא על הקניין (title). היה קשה לראות בכך נטילה עבריינית. בית המשפט היה יכול לגשת לבעיה בדרך שניגש לעניין פיר ולהסיק שמידלטון השיג רק משמורת בתשלום העודף, ולפיכך שימוש מאוחר שלו בכסף היה נטילה פלילית. אך השופטים ביכרו הרחבה קיצונית של דיני הגנבה. אחד-עשר מתוך חמישה-עשר השופטים שדנו במקרה הסיקו שמידלטון היה אשם בגנבה לפי המשפט המקובל. הנמקתם הייתה שמידלטון לקח כסף רב מן המגיע לו בכוונה לשמור אותו, ושזה כל מה שנדרש להרשעה בגנבה. שופטי המיעוט, מרטין (Martin) ובמיוחד בראמוול (Bramwell), התעקשו שגנבה מחייבת הסגת גבול ולא נטילה גרידא, ושאינן הסגת גבול אם הקרבן הסכים למסירה. אך רוב השופטים לא ראו קושי במדיניות או בהטלת אחריות פלילית על אקטים שגרתיים ושאינם מפלילים, שרק כוונת הנוטל בעת הנטילה הפכה אותם לפליליים.³²

תריסר שנים לאחר פרשת מידלטון נפסק עניין אשוול (Ashwell). אשוול שאל מטבע מאחר; שניהם חשבו בתחילה שזה היה שילינג, אף שזה היה מטבע חוץ. כשגילה אשוול שמדובר במטבע חוץ, שמר אותו לעצמו. שבעה מתוך ארבעה-עשר שופטים (מספיק כדי לאשר הרשעה) קבעו שאשוול לא קיבל חזקה עד שגילה את הטעות, ולפיכך באותו רגע "נטל" את המטבע מחזקת הבעלים. מנקודת מבטה של תאוריה של גנבה המבוססת על מצב סובייקטיבי, גרס פלטשר, אין טעם להתעקש שכוונה עבריינית תתגבש בדיוק ברגע שהנוטל נגע לראשונה באובייקט שלאחר מכן גנב. הגישה הסובייקטיבית לנטילה הייתה על העליונה.

לפי חוק הגנבות מ-1968 נראה שיש מחלוקת קלה שמי שנוהג כמעשה אשוול צריך להיות אשם בגנבה בנטילתו בחוסר יושר רכושו של אחר. גם בתי משפט בארצות הברית נצמדו לדפוס הסובייקטיביזציה שהתרחש באנגליה, ומאז סוף המאה התשע-עשרה גם הם קבעו שנטילה תמימה

30 שם, בעמ' 511–514.

31 פלטשר הפנה לכאן: R. v. Middleton, (1873) LR 2 CCR 38.

32 ראו: Fletcher, לעיל ה"ש 17, בעמ' 515–516.

למראה עשויה להיות עבריינית אם התקיימה בזמן הנטילה כוונה אסורה (וכך ניתן לסבור שלמעשה מושג הנטילה שינה משמעות). לראיה, באותו זמן שהוכרע עניין מידלטון לא התקשה בית המשפט לערעורים בניו יורק להגיע לאותה תוצאה על יסוד עובדות דומות.³³

פלטשר הסיק ששינוי צורתה של הגנבה החל כהתרחבות קונקרטית של התפיסה המתגבשת של הדין הפלילי כאמצעי להגן על אינטרסים מסוימים. הגבול התעמעם באטיות. כלל חסינות ההחזקה קיבל מכה קטלנית בחוקי המאה התשע-עשרה. חשיבות ההחזקה נותרה רק כעיקרון המארגן ומבחין בין גנבה לבין עברות חדשות של מעילה וגנבה על ידי מופקד. ובזמננו שלנו, כתב פלטשר לפני למעלה משלושה עשורים ומחצה, הדחף של הרפורמה החקיקתית האנגלית-אמריקנית הוא לאחד את העברות לכדי עברת גנבה חובקת-כול, שמייצגת את סופה של החשיבות הקדומה שיוחסה להפרת המתחם המוגן של אדם אחר. החזקה כגבול רלוונטי קרסה טוטלית. שינוי צורתה של גנבה עבר מליבה של פשע אחד, של התגנבות או התנהגות בכוח, להשגה מכוונת של רכוש של אחר. מעילה השתנתה לאורך זמן מפשע שנחשב בעיקר להפרת אמון לפשע בעל אותה ליבה של גנבה. אם היסוד שנתפס כחיוני בשני הפשעים הוא השגה שלא ביושר של נכסי אחר (מה שכמובן שונה מהדין ומהפסיקה בישראל, כמפורט בהמשך), אין סיבה ניכרת מדוע שלא לאחד את שני הפשעים בעברה אחת שבה סטנדרט ענישה משותף.

שינוי הכיוון המושגי משקף את ההעדפה במאה התשע-עשרה לסווג את כל הפשעים כפליות נגד אינטרסים מוגנים חברתית, כגון חיים, ביטחון אישי, ביטחון ממשלתי או רכוש. לעומת זאת רוע מוסרי כמו בגידה בחבר או מעביד לא נתפס עוד כבעל משקל בבדיקת הפלילות של התנהגות. שינוי צורתה של הגנבה האיר על כל פריט רכוש כאינטרס ראוי להגנה בדין הפלילי. אבדן כלל החסינות בהחזקה פירושו היה שיחסים מסוימים לא הוסיפו לעמוד בדרכה של הגנת הרכוש: רכושו של א היה יכול להיות מוגן מפני כל השגה מכוונת מצד ב. שינוי הכיוון הזה של הדין הפלילי לא היה תגובה לצורכי הזמן, לפי פלטשר, אלא מהפכה במחשבה החברתית שעיצבה את התחושה שהייתה במאה התשע-עשרה בנוגע למגוון בעיות שהדין הפלילי הצטייר כפתרון הולם עבורן.³⁴

בשנת 1980, ארבע שנים לאחר פרסום מאמרו של פלטשר, יצא ליד וינריב, אף הוא מלומד בולט במשפט פלילי, במתקפה חריפה על הטענה של פלטשר. המתקפה כללה רובד כללי, המתייחס לשאלת הפלילות האובייקטיבית (שאלה מרתקת אך ללא חשיבות עצמאית לספרי זה), ורובד ספציפי, המתייחס למטמורפוזה של עברת הגנבה ולתיאור ההיסטורי שהביא פלטשר. וינריב גרס כי לא הייתה שום מטמורפוזה של גנבה או תאוריה של פלילות בולטת בהתפתחות הדין האנגלי של הגנבה, וכי פלטשר נשען על תיעוד היסטורי לא מדויק.³⁵ וינריב ביקר את האופן שבו הציג פלטשר את מקרה הבלדר ואת עניין פיר ואת השלכותיהם ללא כל תימוכין היסטוריים. לפי וינריב, פרשות אלו מבטאות דאגה לרכיבים המוכרים של גנבה – כוונה עבריינית ונטילת החזקה – ללא התייחסות להתנהגות ה"בולטת" של הגנב; נדרש כושר המצאה כדי למצוא ראיות לפעולת עקרון הפלילות הבולטת. וינריב

33 שם, בעמ' 517–518.

34 שם, בעמ' 519–520. סטיל יצא למסע בעקבות מחקרו של פלטשר וקרא לאמץ את הרציונלים שהדגיש פלטשר, ובמיוחד את הרצון למנוע אלימות בתור רציונל של עברת הגנבה. ראו: Alex Steel, *Taking Possession: The Defining Element of Theft?* 32 MELBOURNE U. L. REV. 1030, 1037–1048 (2008).

35 ראו: Lloyd L. Weinreb, *Manifest Criminality, Criminal Intent, and the "Metamorphosis of Larceny"*, 90 YALE L.J. 294, 294–295 (1980).

הפנה למלומדים שונים (כגון Coke ובהמשך Blackstone) כדי להסביר מדוע המקרים שבהם דן פלטשר ניתנים להבנה פשוטה וברורה לפי התפיסה הגמישה של הסגת גבול ולא לפי התאוריה החדשנית של פלטשר, הדלה בראיות תומכות ומעומתת עם שפע ראיות מפריכות.³⁶ אין כל צורך או סיבה להרחיק לכת אל מעבר לניתוח של בית המשפט עצמו במונחי הסגת גבול ולתור אחר אינטואיציה של "מה פירוש הדבר לנהוג כגנב". דיני הגנבה, כפי שהתפתחו עד לפרשת פיר ב-1779, גילו תשומת לב עקיבה לדרישות הכוונה העבריינית ולנטילה מסיגת-גבול, רכיב שהתייחס לנטילה ממשית מהחזקה נגד רצונו של המחזיק, אבל הורחב למגוון מצבים של נטילות שהסגת הגבול שבהן היא קונסטרוקטיבית. הניתוח בפרשת פיר אינו יותר מיישום של הפיקציה המוכרת בדבר הותרת "החזקה קונסטרוקטיבית" בידי הבעלים. השופטים היו יצירתיים, אך הצורך שהוליד את ההמצאה היה התפיסה המסורתית של גנבה: דרישה לנטילה מסיגת-גבול. שופטי פיר, כמו קודמיהם, בחנו אם עובדות המקרה מתאימות, או ניתנות להתאמה, לדרישות הסגת הגבול והכוונה העבריינית.

שופטים במאה התשע-עשרה גילו לעתים נכונות להצביע על הסגת גבול רחוקה מהפרדיגמה, לדוגמה בנסיבות שבהן בגין תאונה או טעות השיג הנאשם החזקה ללא יזמה מצדו או התערבות באינטרסים של הבעלים.³⁷ מקרים כאלו אינם משקפים מטמורפוזה אלא הם פשוט שלוחות של מצבים חדשים לדפוס החשיבה המסורתיים. וינריב כתב כי פלטשר הבחין בצדק במקרים כאלו בהתמקדות החוק בהשגה לא ישרה כלבה של הגנבה. חשיבות ההגנה על האינטרס ברכוש הפכה את ההבחנה בין מצב עוול אחד של השגה ובין מצב אחר לחשובה פחות, במיוחד אם שימור ההבחנה פירושו היה שמצבים כאלו יחליקו בין הסדקים ולא ייחשבו פלייליים כלל. ייתכן שבמאה התשע-עשרה היה הלחץ לכוללנות חזק מבעבר, אך סביר יותר שלחץ זה פשוט הפך גלוי יותר. למעשה, טען וינריב, דיני הגנבה, ואתם דיני המעילה ומצג השווא, הם דוגמה מצוינת להשפעה הדדית בין הדוקטרינה המשפטית לבין התפיסות החברתיות המשתנות, והם משקפים בצלילות לא רגילה התפתחויות מתמשכות שכאלו. התוצאה באנגליה ובארצות הברית הייתה ניסוח מחדש של החוק שיחליף פשעים נבדלים (המוגדרים על פי השיטה), עם כל הקשיים הנובעים מסיווג כאשר העובדות הן בקו הגבול, בפשע המקיף של גנבה (theft). וינריב הוסיף כי אין להניח שתהליך זה בא בהכרח לקצו, ושסוגי התנהגויות נוספים שאינם חוסים כיום תחת כנפי עברת הגנבה, כדוגמת הפרות חוזיות ופרקטיקות מסחריות נוספות, לא יהפכו לכאלו.³⁸

ביקורתו החריפה של וינריב זכתה – בגיליון שבו פורסמה – לביקורת נגד חריפה לא פחות מפי פלטשר. הביקורת, כשמה, כללה התייחסות אישית לשינוי "מדהים" בעמדותיו של וינריב באשר להיסטוריה של עברת הגנבה, שחל בין ספרו לבין מאמר הביקורת שלו.³⁹ פלטשר לא התנצל על התיאור ההיסטורי שנקט במאמרו שלו, והתבצר בעמדתו בעזרת אסמכתאות היסטוריות נוספות ותוך תקיפה ישירה של עמדתו של וינריב כאשר זה האחרון "נשען על טיעונים היסטוריים בלי לבדוק אותם

36 שם, בעמ' 296–304.

37 שם, בעמ' 306–308. לדוגמאות לפרשות כאלו ראו שם, ה"ש 77.

38 שם, בעמ' 308–310.

39 ראו: George P. Fletcher, *Manifest Criminality, Criminal Intent and the Metamorphosis of Lloyd*, *Weinreb*, 90 YALE L.J. 319, 319 (1980).

כראוי, מה שהביא לטענות היסטוריות שגויות.⁴⁰ פלטשר ציין כי המחלוקת בדבר פרשת פיר, כמו בדבר פרשת הבלדר, מתמקדת בזמן העברה: אם אירעה בזמן העלייה על הסוס או בזמן מכירתו. יש סימוכין לשתי התשובות. הדוח המקורי של המקרה, שפורסם בשנת 1789, תומך באיתור הגנבה בשלב השני. הדוח המאוחר של אדוארד איסט (East), שפורסם בשנת 1803, תומך באיתור הפליליות בשלב הראשון.⁴¹ הטיעון של איסט, כתב פלטשר, היה רדיקלי: איש בהיסטוריה של הגנבה לא טען שכעניין כללי, כוונת מרמה היא הכוונה הנדרשת לגנבה. התאוריה של איסט בנוגע לגנבה בישרה על הקריסה הקרבה של ההבחנה בדין האנגלי בין גנבה לבין מרמה.⁴²

פלטשר טען כי בהיסטוריה של הגנבה הנתונים המכריעים הם חוסר ההמשכיות שבין ההשקפה המסורתית לבין ההשקפה המודרנית, והדגים את השינויים: בפרשת הבלדר ההשקפה המסורתית רואה בגנבה מעשה המתרחש בשלב ב, הוא שלב הפרת ההובלה, ואילו ההשקפה המודרנית רואה בגנבה מעשה המתרחש בשלב א, קבלת הטובין. בעניין פיר ההשקפה המסורתית רואה בגנבה מעשה המתרחש בשלב ב, הוא רגע מכירת הסוס על ידי פיר לאחר, ואילו זו המודרנית רואה בגנבה מעשה המתרחש ברגע שכירת סוסו של פינץ' על ידי פיר, שלב א. טענת תביעת זכות, לפי ההשקפה המסורתית, היא שלנוטל חייבת להיות טענה ("צבע") גלויה של זכות כדי שהנטילה לא תהיה עבריינית, ואילו לפי ההשקפה המודרנית אין עברה אם יש טענה סובייקטיבית לזכות, אפילו אם היא שגויה ומטופשת. לעניין הרלוונטיות של המסירה, לפי ההשקפה המסורתית אם המחזיק מסר מרצון את הטובין לחשוד, קבלת הטובין אינה יכולה להיות נטילה בת-ענישה, ואילו לפי ההשקפה המודרנית, המסירה מרצון אינה מונעת מן הקבלה להיות נטילה. לפי ההשקפה המסורתית, נטילה עבריינית מצריכה אף הסגת גבול בנטילה, ולעומתה ההשקפה המודרנית היא שהסגת גבול אינה רלוונטית. אשר לאחריות של מוצאים, ההשקפה המסורתית היא שמוצא טובין אינו אשם בגנבה, משום שבהיעדר החזקה לא תיתכן נטילה. לפי ההשקפה המודרנית, המוצא אחראי אם יש לו דרך לדעת כיצד ליצור קשר עם הבעלים אך הוא כושל באי-יצירת הקשר.⁴³

3. טיגר

ארבע שנים לאחר הוויכוח הנוקב בין פלטשר לבין וינריב ערך מייקל טיגר ניתוח עצמאי נרחב של ההיסטוריה של עברת הגנבה, תוך מתיחת ביקורת על קודמיו, הול ופלטשר.⁴⁴ מטרתו הייתה הבנה טובה יותר של זכות הקניין, זכות יסוד בחברה, המבוססת על בעלות פרטית. טיגר גרס שמקרי גנבה מאירים את זכות הקניין בבירור ומקנים תוכנות על מבנה המערכת החברתית שלנו. אם המוסד המשפטי של קניין ניתן לתיאור כיחסים או שליטה בין אדם לבין דבר, אז חוק הגנבה בהכרח יתמקד

40 שם, בעמ' 320–326. פלטשר הוסיף כי בתצורה ההיסטורית של חשיבות פרשת הבלדר במסורת המשפט המקובל יש להכיר שקריאת המקרה אולי השתנתה עם הזמן, ושהקריאה שאימצו מלומדים מסוימים אומרת עליהם לא פחות משהיא אומרת על המקרה. שם, בעמ' 328.

41 פלטשר הפנה לכאן: EDWARD HYDE EAST, A TREATISE OF THE PLEAS OF THE CROWN (1803).

42 ראו: Fletcher, לעיל ה"ש 39, בעמ' 330–331. פלטשר כתב כי הטיעון של וינריב על דברי איסט זיף את התיעוד, וכי וינריב הציג שלא כהלכה גם טקסטים אחרים והתעלם מנתונים בעייתיים כדי להימנע מהודאה בקיומן של תאוריות מתנגשות בנוגע לפרשת הבלדר ובנוגע לפרשת פיר. שם, בעמ' 333–334.

43 ראו: Fletcher, לעיל ה"ש 39, בעמ' 335–336.

44 ראו: Michael E. Tigar, *The Right of Property and the Law of Theft*, 62 TEX. L. REV. 1443 (1984).

באילו "דברים" הם מושא הרכוש, ואילו סוגי הפרעות בשליטה יהיו עניינים. טיגר ביקש להראות את השתנות ההגדרה של גנבה ואת תמרונה לאורך ההיסטוריה כפועל יוצא של מטרה להגן על מערכת יחסים חברתיים.⁴⁵

טיגר כתב כי לעברת הגנבה יש לא רק שורשים אנגלו-סקסיים אלא גם רומאיים ותנ"כיים. היא כוללת "נשיאה" ו"נטילה הרחק" של רכושו של קרבן בכוונה לשלול אותו ממנו שלילת קבע. במקרי המשפט המקובל עד סוף המאה השמונה-עשרה היה על הנטילה להיות מסיגת גבול. בנוסף, על הרכוש היה להילקח מחזקת הקרבן. טיגר הסביר כי ניתן לתמצת את התפתחות עברת הגנבה כהתרחקות מהתפיסה שעקרונית גנבה היא עברה נגד החזקה, לעבר תפיסה שהיא עברה נגד רכוש. הוא זיהה שסוגי ההתערבות בזכות הקניין (*dominium*), שמערכת המשפט מכנה "גנבה", (stealing) וסוגי הרכוש (*res*) המוגנים על ידי חוקים נגד גנבה – התרחבו עם כוחו הגדל והולך של מעמד "בעל קניין" ועם התחכום הגדל של הגדרות הבעלות, שנדרש לאינטרסים של מעמד זה. קווי ההתפתחות העיקריים של חוק הגנבה חשפו שהגדרת גנבה עוקבת אחר קווי המתאר המשתנים של הזכות לקניין.⁴⁶

כמו פלטשר גם טיגר כתב על ההבחנה ההיסטורית שבין הגנב הגלוי לסמוי, כעולה מספר בראשית ומהדין הרומאי המוקדם שסוכם בשנים-עשר הלוחות והתבטא גם בכתבי גאיוס במאה השנייה לאחר הספירה.⁴⁷ כאלף שנה לאחר גאיוס שמרו הדין האנגלו-סקסי והדין האנגלי המוקדם על ההבחנה בין גנבות גלויה לגנבות לא גלויה, תוך הדגשת חומרתה של ההתנהגות שאימה על שלום הבית וביטחונו. במאה השלוש-עשרה הציע ברקטון מבט מעניין על ההבחנה בין סוגי הגנבה. הוא הרחיב את מושג "הגנב הגלוי" כדי לכלול מי שנתפס עם טובין גנובים בידי, אבל הבהיר שלקרבן לא הייתה זכות להרוג את הגנב הגלוי אלא אם חווה סכנה מצדו.⁴⁸ טיגר סבר שברקטון ביקש לצמצם את האלימות הפרטית ומעשי הנקם ולעודד פנייה לערכאות משפטיות, ולכן הגביל במפורש את הנסיבות שבהן ניתן להרוג גנב. מזמנו של ברקטון ואילך הפכה ההבחנה בין גנבה גלויה ללא גלויה לעניין של סוג הראיה שנדרשת להרשעה: שני סוגי הגנבה היו בני-ענישה, אך לגנב-לכאורה שלא נתפס "על חם" היה סיכוי טוב יותר לזיכוי. ההתעקשות שהגנבה תהא "גלויה", במובן של הסגת גבול, לא הייתה ראייתית אלא מהותית ונגעה לנזק הנתפס מהגנבה.

לא המשפט הרומאי הקדום ולא הדין האנגלי הפאודלי והמנוריאלי התמקדו ברכוש כפי שאנו מבינים את המונח הזה, כתב טיגר. חברות אלו לא ביססו את היחסים החברתיים שלהן על מסחר ולא כללו תחושה מפותחת של מוסד הקניין כזכות בלעדית להשתמש בדבר ולהיפטר ממנו. באנגליה הפאודלית למשל החזקת אדם בחיה, במחרשה וכדומה הייתה חלק ממערך של יחסים חברתיים המבוסס על חובות ומחויבויות הדדיות הטבועות במונחים של שבועת אמונים ושל צמיתות (*fealty and vassalage*). החוקים נגד גנבה עוצבו כדי לאסור ולהעניש מי שנהג באופן שסיכן את הסדר החברתי באמצעות התערבות בזכות יקרה מהזכות ל"בעלות" בדבר – הזכות להחזיק בו ו"להשתמש" בו.⁴⁹

45 טיגר היה מודע לקיומם של אמצעים נוספים להגנת זכות הקניין פרט לענישת אלו שמפריעים לה: הטלת פיצויים אזרחיים, כפיית אי-הפרעה, או התרת סעד עצמי. שם, בעמ' 1443–1445.

46 שם, בעמ' 1445–1446.

47 שם, בעמ' 1446–1447. טיגר הפנה ל-Inst. Gaius 3.189-3.190.

48 טיגר הפנה לכאן: BRACTON, ON THE LAWS AND CUSTOMS OF ENGLAND 144b.

49 ראו: Tigar, לעיל ה"ש 44, בעמ' 1447–1448.

טיגר ביקש להמחיש שההיסטוריה של עברת הגנבה חוזרת על עצמה, ואם נקודה זו נכונה, ודאי שהיא רלוונטית לחיבורי. הוא כתב כי הטקסטים המשפטיים הרומאיים, שהתפתחו בעיקר במאה הראשונה לאחר הספירה (בשל היות רומא כוח מסחרי משמעותי במזרח התיכון), צפו שאלות שהטרידו את השופטים האנגלים מאות שנים לאחר מכן, כאשר הקפיטליזם המסחרי האנגלי החל להתפתח. מאמץ לדחוף את קווי המתאר של עברת הגנבה כדי להגן על זכות הקניין כפי שנתפסה בקרב מעמד הבעלים בשלב מסוים בהתפתחות החברתית והכלכלית ניכר במוסדות יוסטיאניים (Justinian's Institutes), שניסחו מחדש את הדין הרומאי בראשית המאה השישית. הפסקה החשובה ביותר היא זו: "גנבה מתרחשת לא רק כשאדם מסיר דבר של אחר במחשבה ליטול אותו אלא גם, באופן כללי, כל אימת שמישהו מתערב בקניין של אחר ללא הסכמת הבעלים". זהו, בתמצית, הכלל בנוגע לגנבה שהטריד את שופטי המשפט המקובל מאות שנים לאחר מכן, כאשר חיפשו להגן על הבעלות ולהרחיב את מושג הגנבה אל מעבר להתערבות מסיגת-גבול בהחזקה. יוסטיאנוס (Justinian) התקדם לנסח ולפתור מקרים שדמו מאוד למקרים הקלאסיים של המשפט המקובל:

אם נושה משתמש בערובה או שמופקד משתמש בדבר שהופקד בידו או אם אדם משתמש למטרה אחרת ממה שהדבר ניתן בידו, מבוצעת גנבה; לדוגמה, אם אדם רכב על סוס שהושאל לו יותר מכפי המצופה... אנשים ששמתמשים בדבר שאול למטרה השונה מזו שלשמה הושאל הדבר מבצעים גנבה רק אם הם מודעים לכך שהם עושים כן שלא בהסכמת הבעלים או שהוא ידע על כך ולא התיר זאת; ... כן גנבה אינה ניתנת לביצוע בלא כוונה לגנוב.

שאלה זו, כתב טיגר, עלתה ונדונה בעניין פיר, יותר מאלף שנה לאחר מכן. יוסטיאנוס התמודד גם עם מה שפלטשר כינה "בעיית הגנבה המבוזמת". הוא אמר: "הניחו שטיטוס הסית את עבדו של מייביוס לגנוב את הטובין של מייביוס. העבד מדווח למייביוס, שמנסה לתפוס את טיטוס, ומרשה לעבד לקחת כמה טובין אליו. טיטוס בר-ענישה בגין גנבה ובגין השחתת עבד". כלומר, ניכרת הכרה גלויה שגנבה אינה התערבות בהחזקה כפשוטה, ושכוונה להתערב בזכות הקניין של אחר, אף אם אינה אפשרית להשגה, עשויה להוות בסיס להטלת אחריות. יוסטיאנוס הבהיר כי הפרעה מכוונת בקניין היא הרכיב המרכזי בעברה: השימוש ברכוש שלא למטרות המוסכמות. הפרה כזו, בדין הרומאי כמו במשפט המקובל בהמשך, הקימה עילת תביעה חוזית. אבל מוסדות יוסטיאניים, שהתמקדו ברכיב הכוונה, הפלילו כגנבה גם נטילה שלווה בכוונה להתערב בקניין של אחר.⁵⁰

לאחר התחקות על מוסדות יוסטיאניים בחן טיגר את המשפט המקובל וכתב שעברות הגנבה שבמסגרתן התרחבו בהדרגה כדי להתיר ענישה על כל הפרעה מכוונת בקניין של הבעלים. חוקים חדשים ודוקטרינות שיפוטיות הפלילו צורות של נטילה שלא עירבו הפרה מסיגת-גבול בהחזקה,

50 שם, בעמ' 1449–1451. טיגר הפנה ל: Inst. Just. 4.1.6–8, 4.1.19. בה"ש 37 לטקסט שלו כתב טיגר שהוא מודע לכך שבדין הרומאי גנבה ככלל לא "נתבעה" כפשע: לא המדינה הביאה את הנאשם לדין. חלף זאת הקרבן תבע את הגנב לשם השגת ענישה ופיצוי. הפעולה הייתה פלילית בבירור, כמו ה-felony במשפט המקובל המוקדם. טיגר כתב שפלטשר והול לא התייחסו למוסדות יוסטיאניים, אך בה"ש 39 ציין שדווקא סטיפן, בסוף המאה התשע-עשרה, הקדיש תשומת לב ניכרת לפחות לכמה מהטקסטים הרומאיים ומצא את החוט שבהמשך החמיצו מלומדים אחרים: JAMES STEPHEN, A HISTORY OF THE CRIMINAL LAW OF ENGLAND 29–39 (1883).

וה"קטלוג" של מה שניתן היה לגנוב הורחב. טיגר התייחס לפרשת הבלדר, ביקר את עמדת פלטשר בעניין וציידד בזו של הול, שלפיה הפרשה היא התאמת החוק לאינטרסים של בורגנות מסחרית. טיגר סבר שהשופטים עמלו להתאים את דיני הגנבה למציאות הכלכלית של קפיטליזם שהתקיים לאורך מסלולי מסחר והתמקד בירידים, בשווקים ובעיירות. שופטי המשפט המקובל ביקשו להטמיע מערך כללים הנוגעים לקניין, שהפך לחלק חשוב באידאולוגיה המשפטית של הסוחרים, בידיעה שאם בתי המשפט של המשפט המקובל לא יספקו מענה למחלוקות סוחרים, בתי המשפט של הפרוגטיבה (prerogative courts) יעשו כן.⁵¹

למרות הכול, כתב טיגר, היה גבול להתרחבות עברת הגנבה: בשנת 1799 קיבל כספר בבנק בשם בייזלי איגרות חוב ומזומן להפקדה מלקוח. הוא זיכה את חשבון הלקוח אך נטל לרשותו איגרת חוב מהלקוח והשתמש בה למטרותיו האישיות. כלומר, הקרבן היה הבנק ולא הלקוח. בייזלי נמצא לא אשם: לבנק מעולם לא הייתה "החזקה" בפתק, באשר בייזלי שם אותו ישר בכיסו. לכן הוא לא יכול היה לקחת מחזקת הבנק.⁵² פרשת בייזלי הובילה להעברת חוק המעילה הכללי הראשון באנגליה בשנת 1799.⁵³ עד פרשה זו עסקו חוקי המעילה הפרטניים שהיו באותה עת במעילה של עובדים בגופים ציבוריים או חצי-ציבוריים ובעובדים שמעלו בצמר שהועבר לטווייה וסריגה. פרט לחריגים אלו, עד שנת 1799 נטילה על ידי סוכן או משרת שהייתה להם החזקה חוקית, להבדיל ממשמורת גרידא, הייתה הפרת אומן שאפשרה אך ורק תביעה אזרחית. טיגר הסביר כי חקיקת המעילה והרחבת מושג הנטילה דרך הרעיון של החזקה קונסטרוקטיבית עוצבו כדי להגן על אינטרסים מעמדיים. אנגליה נעה מסוחרות לקפיטליזם תעשייתי. יחידות מסחר הלכו וגדלו; תמונת הסוחר או האומן הבודד פינתה מקומה לצורות של שותפות וחברות של מועסקים בשכר. נטילה לרעה בין שותפים אולי הייתה חומר שממנו קורץ משפט אזרחי, אך מעילת הפקיד השכיר הייתה עניין לתביעה פלילית.⁵⁴

טיגר פנה לפרשת פיר להראות כיצד הדין האנגלי שחק את הדרישה של נטילה מהחזקה באמצעות המצאת עברת הגנבה בתחבולה. במאה השמונה-עשרה הייתה התרחבות בחוק ובשפיטה בכל הנוגע לעברה של השגת כסף או רכוש אחר באמצעות מצג שווא (false pretenses). חוק משנת 1541 הפך לחטא השגת טובין תוך שימוש במכתבים מזויפים או אותות מתחזים,⁵⁵ ובשנת 1757 הורחבה העברה לכסות כל השגת רכוש באמצעות מצג שווא בכוונה לרמות או להונות את הבעלים.⁵⁶ לאחר היסוס ראשוני יישמו השופטים האנגלים את החוק במלוא היקפו, ומצגי שווא הפכו במהרה לבלתי נבדלים מגנבה בתחבולה, בעיקר משום שההבדל היה טכני לגמרי: מצג שווא היה כרוך בהבאת הקרבן להיפרד מהקניין ולא רק מההחזקה. וכך, בתחילת המאה התשע-עשרה פיתח הדין הפלילי האנגלי טלאי של עברות גנבה שהפילו כמעט כל הפרעה מכוונת בזכויות רכוש. ההחזקה איבדה את חשיבותה לטובת רכיב אחר שזכה בה: הבעלות.⁵⁷

51 ראו: Tigar, לעיל ה"ש 44, בעמ' 1451-1454.

52 טיגר הפנה ל- Rex v. Bazeley, 2 Leach 973 (3d London ed. 1800) (Case Cccxi), 168 Eng. Rep. 517 (Cr. Cas. Res. 1799).

53 טיגר הפנה ל-39 Geo. 3, ch. 85 (1799).

54 ראו: Tigar, לעיל ה"ש 44, בעמ' 1455.

55 טיגר הפנה ל-33 Hen. 8, ch. 1 (1541).

56 טיגר הפנה ל-30 Geo. 2, ch. 24 (1757).

57 ראו: Tigar, לעיל ה"ש 44, בעמ' 1456-1455.

בחנינה זו הובילה את טיגר לאמירה פוליטית: דיני הגנבה לא רק שיקפו אינטרס מעמדי אלא גם באו לאכוף אותו, לאכוף את זכות הקניין כהגדרתה החדשה ולדכא שרידים של מערכות יחסים חברתיות שהתבססו על עקרונות השונים מקניין וחוזים. השיא אירע בשנת 1723, כאשר הפרלמנט העביר את "החוק השחור"⁵⁸, שיצר רשימת עברות המגנות על בעלי ההון, עברות שעניינן נטילה לא אלימה של רכוש, כולן ענישות בתלייה. לכאורה דובר באמצעי זמני לשלוש שנים, אך רשימת הפשעים הלכה והתארכה עד שנת 1775, והחוק לא בוטל עד המאה התשע-עשרה. ה"שחורים" היו איכרים, פועלים ואחרים שנדחקו מהאמצעים המסורתיים של החיים ביערות וינדזור ואיסט המפשייר. שמם נבע מהשחרת פניהם כתחפושת בשעה שעסקו בגזל או במתקפות על חברים באצולה. העברות שנכללו בחוק השחור כללו הצתה, סחיטה וצורות של אלימות אספסוף. חקיקה זו הפלילה גם נטילת ארנבים מארנבייה, דגים מברכה או צבאים מיער, כמו גם חיתוך עצים. נדרש כי הנטילה או החיתוך יתרחשו בפארק סגור, בגינה או ביער, כאשר הכתר והאצולה היו הבעלים של רוב הקרקעות הסגורות. חיי האיכרים היו תלויים בגישה לדברים הללו: חיות למאכל, עצים להסקה ולבנייה. החוק השחור ואכיפתו המחמירה מאוד הפלילו למעשה את אורח החיים האיכרי.

החוק השחור לא היה חסר תקדים: משך זמן רב נשללו זכויות ממעמד האיכרות, וחלק ניכר מאיסורי החוק נחזו כבר בחקיקה מוקדמת. טיגר למד מהחוק הרבה על הפוליטיקה האנגלית ועל תקופה חשובה בהיסטוריה האנגלית. הסכנה לסדר הציבורי בגלל פשיטות השחורים, הצתה או רצח לא הייתה חמורה פחות מהעימות החברתי בזמנים ובמקומות אחרים. הפיכת התנהגות כזו לעברה בת-עונש מוות אינה מבטאת התרחקות מהחוק הקודם. להבדיל, תלייה בגין גנבת דגים או בגין הליכה בתחפושת ליער דווקא הייתה התרחקות ברורה ממערכות יחסים חברתיים קודמות. פארקים ויערות גודרו וסומנו וזכו להתייחסות כקניין פרטי של מישוה, אפילו אם אותו אדם לא השתמש בהם לתועלתו. מרגע זה קיבלו החיות והעצים מעמד של קניין פרטי, ולכן נטילתם הייתה נתונה לעונש. הפרלמנט הפליל אמצעי הישרדות ועודד מאוד אנשים ממעמד מסוים לעזוב את הקרקע לטובת שורות הפרולטריון העירוני. החוק השחור הכיר בדיני גנבה לא על בסיס ההחזקה, כאשר איש לא היה יכול להחזיק ביער או ביצוריו, אלא על בסיס יחסי קניין, יחסים מופשטים בין אדם ובין דבר, מה שהצביע על הזכות להדיר את השימוש מאחרים.

טיגר הסיק שיהיה קשה למצוא תקופה משמעותית יותר של הדין הפלילי האנגלי מאשר התקופה בת מאה שנים ויותר שבה התקיים החוק השחור. הוא הטעים כי חוק זה הוא ראיה חזקה לכך שהגדרת הגנבה משקפת בחדות ומאירה באור חזק את ההגדרה של זכויות קניין שכפה המעמד השולט.⁵⁹

58 טיגר הפנה ל-"Black Act", 9 Geo. 2, ch. 22 (1723).

59 טיגר מצא לכך מקבילה היסטורית חשובה במאמר של קרל מרקס מ-1842, "ויכוחים על דיני הגנבה של היער" (Karl Marx, *Debates on the Law of Thefts of Wood* 1 K. MARX & F. ENGELS, COLLECTED WORKS 224 (1975)). האינטרס של מרקס בהגדרה מחדש של דיני הגנבה לרעתם של האיכרים הגרמנים הוביל אותו להתחיל במחקר. האיכרים של מוסל (Mosel) היו רגילים לאסוף עצים לשימוש בבישול ובחימום. זכות לא קבועה זו – ליטול ולהשתמש באמצעי תחזוקה – לא התיישה עם יחסי קניין קבועים. מערכת משפטית פורמלית המגדירה בקפידה קניין שללה הכרה בזכות המנהגית של האיכרים. הפתרון החקיקתי שאותו ביקר מרקס היה להתייחס לנטילת עצים ואפילו ענפים שנפלו כאל גנבה ולהעניש בהתאם. על האיכרות הגרמנית נכפה מערך דומה של הנחות בבסיס החוק השחור: הזכות לקניין מדיירה, בהגדרה, כל טענות לשימוש משותף בהתבסס על מנהג, ארוך ככל שיהיה. Tigar, לעיל ה"ש 44, בעמ' 1460–1457.

לגישתו, מימוש הכוח להגדיר קניין נותר כלי אנליטי חזק לחסום טענות נגד של אזרחים. הזכות לקניין ודיני הגנבה שאוכפים אותה ניטרליים רק למראית עין, ומשמים מבנה אידאולוגי להגנה על מבנה חברתי. השינוי בתמה המרכזית בהתפתחות דיני הגנבה, הרחק מהגנה על החזקה ולעבר הגנה על זכות הקניין, הוא ראייה אחת לכך. דיני הגנבה עומדים מאחורי הניטרליות המדומה של דיני הקניין. לעתים גנבה מוגדרת כך כדי לאכוף נורמה קניינית שהתבצרה היטב באידאולוגיה המשפטית של הבורגנות. כך או כך, דיני הגנבה אינם אוסף מקרי של דינים בהיסטוריה המשפטית; הם התוצר המדויק של מערכת יחסים חברתיים שבה זכות הקניין היא הדיירת המרכזית.⁶⁰

4. לייסי וְוֵלס

סיליה ולס (Wells) וניקולה לייסי (Lacey) הציעו ניתוח מודרני יותר לעברות הרכוש. הן כתבו כי מוסדות הקניין הפרטי ו"השוק החופשי" שדרכו הוא מוחלף הם רכיבי ליבה בחברות המערביות המודרניות. במחשבה הליברלית המודל של זכויות קניין אינדיווידואליות עומד בבסיס התפיסה הכללית של בעלות עצמית, והפרדיגמה של האינדיווידואל החופשי היא השחקן בשוק. לפיכך הגנה על זכויות קניין פרטי היא עניין חשוב של הסדרה פלילית, וההצלחה הנתפסת של מערכת הדין הפלילי במובן זה היא מרכזית לשיפוט יעילות וללגיטימציה שלה. הסדרת קניין בדין הפלילי מתרחשת על רקע הדין האזרחי, שמקים יחסים וזכויות קניין בחוקים שונים. כלומר, המשפט הפלילי מגבה את עמיתו האזרחי ושומר עליו.

תאוריות של קניין פרטי הן מאפייין מרכזי בתפיסות ליברליות של סדר פוליטי שהתפתחו במדינות מערביות במאה השמונה-עשרה. בקרב ליברלים נתפסו זכויות קניין כבעלות ערך מהותי ומכשירני. צמיחת הרעיונות הליברליים סימנה התרחקות מעידן הייררכי מבחינה פוליטית, שבו יחסי קניין נתפסו כמתיישבים באופן טבעי עם סדר חברתי על בסיס מעמד. החל מהמאה השמונה-עשרה התפתחה תפיסה שונה של התפקיד החברתי של קניין פרטי, בעיקר באזור המסחר והשוק. בעיני הליברלים המודרניים, לכל פרט יש יכולת שווה להחזיק בזכויות קניין, ולהיכנס לשוק כצד לחוזה.⁶¹ ולס ולייסי התייחסו למרקסיות הקלאסית וכתבו כי הוא עדיין מאיר את הדרכים שבהן מוסדות קניין מעצבים חלק בדינמיקה היסודית של מערכות הכלכלה, הפוליטיקה והחברה, מה שמסביר את הקשר בין פשעי רכוש לבין גורמים מאקרו-כלכליים. כשדנים בהסדרה פלילית של קניין, יש להיות מודעים למשמעות הקניין לא רק כישות פרטית שפשעי קניין מפרים, אלא גם כמוסד שהוא מאפייין מגדיר של הסדר החברתי הנוכחי.⁶²

המגוון של סוגי עברות רכוש וסוגי מניעים ממשיך להעסיק קרימינולוגים, שמתקשים להסביר עבריינות רכוש כאקט של מחאה פוליטית הנובעת מאי-צדק חברתי או כמכשיר ופעולה מחושבת שמשתתפים במערך של אותה מערכת קפיטליסטית שאת הנורמה שלה הם מפרים. בתחילת המאה

60 שם, בעמ' 1470–1471, 1475.

61 ראו: NICOLA LACEY & CELIA WELLS, RECONSTRUCTING CRIMINAL LAW – TEXT AND MATERIALS (2nd ed., 1998), 221–222.

62 ולס ולייסי ציינו שהמשפט הפלילי התפתח ומתפתח כדי לסייע למסחר יעיל, ומצאו עדויות לכך בדיני הקניין הרוחני, לשון הרע ואפילו האזנות סתר ותנועה בכביש. לתפקיד של מתן לגיטימציה לסוגים מסוימים של משאבים וכוחות ואי-לגיטימציה לאחרים חשיבות חברתית מהמעלה הראשונה. שם, בעמ' 223–224.

התשע-עשרה שוב המחישו חרדות בנוגע לציד בלי רישיון, מהומות ונוק פלילי במחאה על גידור אדמות את הרצף שבין קניין לבין סוגיות של סדר ציבורי ואת השפעתם הקיצונית של שינויים בהחזקת קניין – שנכפים על ידי בעלי הכוח הפוליטי – על תנאי החיים של אנשים רגילים, הגורמים מדי פעם פשע על בסיס מחאה. באותו עידן שוב הייתה הגנבה צורת פשע הקניין הדומיננטית, אם כי רווח גם זיוף מסמכי בנק ושטרות חילופין.⁶³ ולס ולייסי כתבו כי מבין הצורות הרבות של עברות רכוש גנבה היא כנראה התפיסה הציבורית הרווחת ביותר בדבר עברות הרכוש. השכיחות ההיסטורית של עברה זו שרדה עד היום. לדידן, ההיסטוריה של הגנבה ממחישה היטב את האופן שבו היגיון ייחודי של הנמקה משפטית עשוי לשרוד למרות שינוי משפטי וחברתי, תוך שינוי ניכר בבסיס שיוך האחריות הפלילית: רבות מהבעיות ההיסטוריות בדיני הגנבה קיימות גם בדיני הגנבה המודרניים.⁶⁴

ד. גנבה במשפט המוסלמי

הישאם רמאדן (Ramadan) כתב כי כמו שוד בכוח, גנבה סתם במשפט האסלאמי היא סוג של פשע חמור (hudud) ובעל השפעה שלילית מאוד על החברה ועל החיים הכלכליים של קהילה. ההשפעה היא הרבה יותר מתחושת האבדן בשל רכוש שנגנב: היא תחושה של היעדר ביטחון, צורך להישמר ומצב כללי של דאגה שהפרט שרוי בו. גנבה סתם ניתנת להגדרה כך: "נטילה מסיגת-גבול של רכוש של אחר בסתר בכוונה ליטול בעלות בו" (trespassory taking of property of another secretly with intent to own it). נטילת רכוש בהסגת גבול בסודיות על ידי מי שאינו מחזיק היא המאפיין המבחין גנבה סתם מעברות אחרות נגד רכוש. אם הנטילה נעשתה בנוכחות הבעלים, נגד רצונו וללא שימוש בכוח, אז הפשע נחשב למעילה ולא לגנבה. אם הנטילה נעשתה בנוכחות הבעלים, נגד רצונו ובכוח או איום בכוח, אזי מדובר בשוד.⁶⁵

אשר ליסוד הפיזי, נטילה בסודיות היא הרכיב החיוני של פשע הגנבה סתם, וזה שמבחין אותו ממעילה, מהונאה ומסירוב של חייב להשיב את חובו. הגנב לוקח את הרכוש ללא ידיעת המחזיק. אם מסירת הרכוש נעשתה בידיעה ומרצון, רכיב הנטילה בסתר חסר; אי-השבת הרכוש לבעליו החוקי עשויה להיות מעילה, שוד או הונאה.

רכיב הנטילה בסתר הוא אחד משני סוגים: נטילה ישירה במכוון ופיזית של הרכוש הגנוב, לעומת נטילה עקיפה במעשה שתוצאתו העברת החזקה ברכוש מהבעלים החוקי אל הנוטל, כגון יצירת חור בשקית המכילה כסף כדי שהכסף ייפול. ההבחנה בין נטילה ישירה לעקיפה מועילה בקביעת הזמן של נטילת החזקה המלאה ברכוש הגנוב. מרבית המלומדים סבורים שאם העבריין נתפס בשעת הנטילה, מתגבשת רק עברה של ניסיון. עוד הם סבורים שלהשלמת פשע הגנבה נדרשת השגת חזקה מלאה מצד הנוטל ברכוש המוגן והסרתו מהזירה המוגנת.

רכיב הנטילה בסתר חשוב ביותר להגדרת העברה והעונש ההולם. הנזק מגנבה זוטרה (petty theft) מוגבל: ערך הרכוש הוא טריוויאלי. גנבה סתם כרוכה בנזק רב יותר לרכוש וליחסים בין הצדדים. היא

63 שם, בעמ' 227–228.

64 שם, בעמ' 231, 255–256.

65 ראו: Hisham M. Ramadan, *Larceny Offences in Islamic Law*, MICH. ST. L. REV. 1609, 1610–1612 (2006).

משפיעה לרעה על כל הזירה של השקט והסדר החברתיים. אם המעשה יהפוך לשכיח, יקדם הדבר סביבה של עמידה על המשמר וחדשד שירתיעו פעילויות יום-יומיות, והדבר יביא לנזק כלכלי רחב. לכן נטילה בסתר מחייבת עונש חמור מזה של מעילה או גנבה זוטרה.⁶⁶

לפי רמדאן, רוב המלומדים סבורים ששינוי מצב הרכוש באמצעות צריכה, גרימת נזק וכדומה אינו גנבה אלא היזק פלילי. אבל זאת רק בהנחה שהנאשם מזיק לרכוש לפני נטילת החזקה מלאה; אם הנזק מתבצע לאחר מכן, הנאשם הוא גנב. נדרש שהרכוש שבו מדובר בגדרי עברה זו יהיה בעל ערך כספי מינימלי לפי הדין האסלאמי. עליו להיות גם בר־הנעה, להבדיל מקרקע. עליו להיות קניין מוגן; זהו ההבדל בין גנבה למעילה, והעונש על גנבה – קטיעת ידו של הגנב – חמור (hadd) מהעונש על מעילה, שהוא עונש שבשיקול דעת (tazeer), ויכול להשתנות ולהגיע עד כל עונש שהוא פחות מ-hadd. התשובה לשאלה מהו רכוש מוגן תלויה במיקום או בהקשר. מקום מוגן הוא כל מקום שנבנה כדי להגן על הרכוש, כדוגמת בתים, חנויות, מחסנים ואסמים. באופן כללי, אם לנאשם מותר להיכנס לבית המגורים שבו הרכוש המוגן, או אם הוא מחזיק ברכוש הגנוב, הרי שהרכוש אינו יכול להיחשב מוגן מבחינתו. רכוש המוגן על פי ההקשר הוא רכוש שלא מוקם במקום מוגן אלא מוגן בגין הקשר כלשהו, למשל רכוש המצוי במשמורתו של אדם או בשמירה. יצוין כי השגת בעלות ברכוש לאחר הגנבה, בדרך של מכירה או מתנה, אינה משנה את הגדרת העברה. אך אם העברין רכש מהבעלים את הרכוש הגנוב בטרם דווח הפשע לרשויות, או נדרשה השבת הרכוש הגנוב, אפשר שיישלל עונש, לדעת כמה מלומדים. תנאי נוסף לגנבה הוא כי הרכוש הוא בבעלות של אחר. תנאי זה שולל רכוש שאינו בבעלות איש מסוים, למשל דג או חיית בר.⁶⁷

היסוד הנפשי של גנבה כולל שני רכיבים: כוונה וידע. אלו מתקיימים כאשר הנאשם התכוון לשלול מהבעלים את רכושו; התכוון להיות בעל הרכוש; ידע שהאקט שלו הוא פשע (ידיעת הדין); ידע שהרכוש היה בבעלות אחר; ידע שאין לו היתר לבעלות ברכוש. הצעד ההתחלתי של כוונה לבעלות ברכוש הגנוב כרוך בכוונה להעביר החזקה ברכוש הגנוב מהבעלים החוקי אל הנוטל. בהיעדר כוונת זדון הנאשם אינו אחראי לגנבה, למשל אם הוא חושב שהבעלים ויתר על הבעלות או אם התכוון רק להשתמש ברכוש ללא הרשאה. לכן במקרים מסוימים גם אם הוא מתכוון לשלול מהבעלים את הרכוש, הוא אינו אשם בגנבה, משום שחסרה לו הכוונה להיות בעל הרכוש או להפיק מערכו, כפי שעשוי לקרות כשהוא הורס את הרכוש או צורך אותו, שאז הוא אחראי להרס לא מורשה של רכוש ולא לגנבה. גם בעלים במשותף שמוכר את הרכוש שלא מתוך כוונה לשלול מהבעלים האחרים את הערך שלהם, אינו גנב. לפי הקוראן והסונה, ידע על איסור הוא תנאי מוקדם להצדקה לעונש. מי שלוקח רכוש של אחר בטעות אינו אשם בגנבה, משום שחסרה לו כוונה לגנוב. דעות המלומדים שונות באשר לידע הנוטל בדבר ערך הרכוש הגנוב. יש הסבורים שאין צורך בידע כזה; אחרים סבורים שנדרש ידע סובייקטיבי של הנוטל.⁶⁸

66 שם, בעמ' 1616–1617.

67 שם, בעמ' 1618–1632.

68 שם, בעמ' 1614–1616, 1628–1629.

ה. סיכום

מבט בהיסטוריה של עברת הגנבה מעלה שהאתגר המצוי בפני עברת הגנבה המודרנית – אם אמנם מצוי כזה – אינו חדש, לפחות ברובד הפשטה כללי. שינויים במציאות החברתית, הכלכלית, הטכנולוגית ואפילו המשפטית-הסדרתית כבר הובילו למבט מחודש בעברת הגנבה. הרכיב שהיה המרכזי שביסודות העברה, או לפחות אחד המרכזיים שבהם – נטילה מסיגת-גבול של החזקה – הלך ואיבד מחשיבותו משום שההיגיון שעמד מאחוריו לא היטיב להכיל את מגוון התרחישים הפוגעניים. תהליך שכזה, שבו המציאות מאתגרת את רכיבי העברה הקיימת, כרוך (או לפחות ראוי שיהיה כרוך) במבט מחודש בהצדקה שמאחורי העברה. האם עברת הגנבה באה למנוע מאורע מפר-סדר חברתי? האם היא באה להגן על הפרט כשאינו לו אמון באחר, אם למשל האחר הוא זר, או דווקא כשיש לו אמון כזה, כבעל יחסי קרבה או יחסי עבודה? כלומר, האם הערך העומד מאחוריה הוא סדר חברתי, הצורך בסדר כדי לאפשר חיים תקינים ללא חשש מפגיעתם של זרים, כפי שעולה מההיסטוריה של העברה, בייחוד עד המאה השמונה-עשרה והתפתחות המסחר והקפיטליזם? או אולי האמון באחרים? או שמא הערך המוגן בעברת הגנבה הוא קנייני גרידא, כפי שאולי נדמה ממבט מודרני? האם עברת הגנבה באה לשמור על הבעלות או על השימוש? ואולי על ההחזקה?

כל אלו לכאורה קשורים זה לזה, אך לא תמיד כך. שאלת הערך המוגן היא קשה מאוד כשמדובר בעברת הגנבה וממחישה פער בין ערכים בסיסיים (דומני שמעטים יסברו שגנבה אינה צריכה להיות עברה) לבין בסיס הערכים (מה עומד מאחורי עברת הגנבה). אם כל מה שעומד מאחורי העברה הוא אינטרס קנייני, או לפחות זהו לב העברה – מדוע היא בכלל עברה בשעה שיש ענף משפט המוקדש לערך זה, לסרטוט גבולותיו וליצירת הגנות נאותות לו? אם מה שעומד מאחורי העברה הוא אינטרס של מערכות יחסים עסקיות בין אנשים, מה צורך יש במשפט הפלילי בשעה שיש ענפים המסדירים מערכות יחסים עסקיות: דיני החוזים ודיני העבודה? ואם מה שעומד מאחוריה הוא אינטרס של מניעת נזק כלכלי, האם לא די בדיני הנזיקין? הקושי רב, באשר הערך המוגן (או הנזק) על פי רוב אינו מוגדר, בוודאי לא בפירוט, בתוך יסודות העברה הפלילית, ועל הפרשנים לחלצו, ומלאכה זו רחוקה מלהיות קלה.⁶⁹ שאלות אלו מורכבות מכדי להשיב עליהן בשלב זה. נדרש מבט מעמיק יותר ורחב יותר ברציונלים וברכיבים של עברת הגנבה. המבט המעמיק ימתין לפרקים הבאים. אעבור כעת למבט רחב בעברת הגנבה בשיטות משפט אחרות בימינו.

69 לעניין זה אשוב במקום אחר, שבו אתח את שאלת הניסוח של איסורים באופן כללי: הפללה תכליתית (טרם פורסם).

פרק 2

מבט משווה בעברת הגנבה

א. מבוא

לאחר שבפרק הקודם תוארה בהרחבה ההיסטוריה של עברת הגנבה, זו העת לשוב להווה. בפרק זה תיבחן הגדרתה של עברת הגנבה בכמה שיטות זרות, תוך עמידה על יסודות העברה. מבט משווה עשוי, בהמשך הדרך, להאיר את יסודות העברה ואת ההצדקות לה בישראל של ימינו. בשל מגבלות שפה אתמקד בעיקר בשיטות המשפט האנגליות-אמריקניות, מה גם שההיסטוריה של עברת הגנבה הישראלית קשורה במיוחד להיסטוריה של העברה במשפט האנגלי. תשומת הלב שתינתן לשיטות משפט אחרות תהיה מועטה, וברובה תתמצה בהצגת נוסח העברה ובהתייחסות אליו. ואף שאני מודע להיותו של הדבר רחוק מלהיות אידאלי, הרי בכל מקרה מטרתה של הסקירה ההשוואתית היא לשאוב השראה ולא לתור אחר שיטת משפט שממנה יש להעתיק את החוק. המשפט המשווה הוא אך כלי בארגז כלים שבאמצעותו אבקש להביט בעברת הגנבה.

כפי שנראה, מובן שיש הבדלים בין שיטות המשפט השונות. הדבר נובע, כפי שכתבו סיליה ולס וניקולה לייסי (Lacey & Wells), מהיות צורתה של עברת הגנבה ספציפית מבחינה תרבותית: היא משקפת תפיסות חברתיות רווחות של רכוש.¹ אין זאת אומרת שלא נמצא דמיון בין שיטות המשפט השונות בתפיסתן את העברה. במקומות רבים זכתה העברה לתשומת לב פרקטית ואקדמית. כפי שכתב נילס ויינריך (Weinrich), הגנבה היא מהעברות השכיחות ביותר ולכן מהחשובות ביותר בפרקטיקה, ועל כן רוחב הגדרתה זכה לתשומת לב ניכרת לאורך ההיסטוריה, מן הסתם גם בשל הצורך להגנה יעילה על אינטרסים פרטיים של רכוש. הנסיבות החברתיות שמשתנות, לצד התפתחות דרכים חדשות להעביר רכוש, הצריכו דרכים חדשות ללחום בהפרעה לאינטרסים קנייניים. כפי שיתואר, צורך זה סופק בדרכים שונות במדינות שונות.² פרק זה אינו מתיימר להציג את המצב המשפטי בנוגע לעברת הגנבה בשיטות משפט רבות או למצות את הדיון שנערך בכל אחת מהמדינות שתזכרנה בהמשך. מטרת הפרק היא להמחיש תהיות וקושיות שעלו בנוגע לעברת הגנבה במקומות אחרים בעולם, כמו גם גישות שהוצעו כדי להתמודד עם האתגרים הללו. הבעיות שתוצגנה בפרק זה ופתרונות אפשריים שהועלו להן עשויים להאיר את הדיון המשפטי שנערך בישראל בעברת הגנבה כדי לבחון אם במדינתנו שלנו נדרשת רעיון לעברה, ואם כן – מה יהיה תוכנה.

ראו: NICOLA LACEY & CELIA WELLS, RECONSTRUCTING CRIMINAL LAW – TEXT AND MATERIALS 255–256 (2nd ed., 1998) 1

ראו: Nils Weinrich, *German Cures for English Ailments? Appropriation versus Taking Away- Significance and Consequences of Conceptual Differences between the English and the German Law of Theft*, 69 J.C.L 427, 427 (2005) 2

ב. עברת הגנבה במשפט האנגלי-אמריקני

1. אנגליה

בפרק הקודם ראינו כיצד הדין הפלילי האנגלי הנוגע לגנבה השתנה עם שינויי העתים. דין הגנבה האנגלי הישן התמקד בעיקר בנטילת הרכוש מהמחזיק כדין ובהנעתו, וזאת אף על פי שיש דרכים רבות אחרות לשלול רכוש מבעלים.³ בשנת 1916 רוכזו רוב עברות הרכוש של אי-יושר, ובהן עברת הגנבה, בחוק הגנבה (Larceny Act).⁴ גנבה הוגדרה כפי שנתפסה באותה עת במשפט המקובל: גנב הוא מי שללא הסכמת הבעל, במרמה וללא תביעת זכות בתום לב, נטל ונשא דבר הניתן להיגנב, בכוונה – בשעת הנטילה – לשלול אותו מהבעלים שלילת קבע. ובמקור:

1(1) A person steals who, without the consent of the owner, fraudulently and without a claim of right made in good faith, takes and carries away anything capable of being stolen with intent, at the time of such taking, permanently to deprive the owner thereof.

לא קשה לשים לב כי הנוסח האמור דומה עד זהה לנוסח הנוכחי של חוק העונשין הישראלי. מה הייתה מטרתו? אלכס סטיל (Steel) ביאר כי הכוונה בהגדרה זו הייתה לקבץ את המשפט המקובל בתחום הגנבה ובשום אופן לא לשנותו. אך מרגע שהעברה לבשה ביטוי פורמלי, לא היה מנוס מוויכוחים שונים, למשל אם המונח "מרמה" והמונח "ללא תביעת זכות" היו נפרדים או חופפים.⁵ כפי שתואר בהרחבה בפרק הקודם, הדין האנגלי בנוגע לגנבה התפתח באופן אקראי לאורך מאות שנים. החוק מ-1968, שהתבסס על דין וחשבון הוועדה לרוויזיה בדין הפלילי, פתח דף חדש.⁶ מדוע נדרש כזה? סטיל כתב כי בשנות השישים של המאה העשרים פשתה הביקורת שלפיה מאות שנים של פרשנות שיפוטית הפכו את העברה ואת היקפה ללא מובנים בציבור הרחב, ולפיכך נדרשת עברה פשוטה וקלה יותר להבנה. זו הייתה מטרת הוועדה, שבשנת 1966 המליצה על ביטול עברת הגנבה של המשפט המקובל לטובת משטר חקיקתי רחב יותר, ובשאיפה – פשוט יותר.⁷ בכפוף לכמה תיקונים הפכו בשנת 1968 המלצות אלו לחוק הגנבה. חוק הגנבה של 1916 יצר מגוון רחב של פשעים נפרדים

3 ראו: ANDREW ASHWORTH, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 375 (4th ed., 2003). אשוורת' ייחד את הדין בנושא הגנבה בפרק שעניינו עברות של אי-יושר. סטיל כתב כי במשך שנים רבות הייתה הגנבה עברת הרכוש היחידה, והרחבה חקיקתית של הדין הפלילי באזור זה נשענה על המשגה של זכויות קניין, והסיווג של הפרתן בבתי המשפט התפתח בפסיקה. החל מהמאה השמונה-עשרה הרחיב אוסף של עברות בחוק את האחריות הפלילית לאזורים שמחוץ לדרישה של עברת הגנבה, שהרכוש שנלקח יהיה קניין השייך לאחר. ראו: Alex Steel, *Taking Possession: The Defining Element of Theft?* 32 MELBOURNE U. L. REV. 1030, 1033 (2008).

4 ראו: EDWARD GRIEW, THE THEFT ACTS 1 (7th ed., 1995).

5 סטיל הרחיב על היסוד "אי-יושר" בחוק האנגלי מ-1968 ועל קודמו "במרמה". ראו: Alex Steel, *The Meanings of Dishonesty in Theft*, 38 CLWR 103, 109 (2009). בה"ש 19 פירט כמה מאמרים משנות החמישים שדנו בוויכוח האמור של הגדרת יסוד זה.

6 A.T.H. SMITH, PROPERTY OFFENCES 1 (1994).

7 סטיל הפנה לכאן: House of Commons, Criminal Law Revision Committee ('CLRC'), Eighth Report: Theft and Related Offences (Cmnd 2977, 1966).

עם נסיבות מחמירות, ואילו החוק מ-1968 יצר עברת גנבה (theft)⁸ אחידה עם עונש אחד, גבוה יחסית – עשר שנות מאסר – שבהמשך ירד לשבע שנות מאסר. חוק זה ייצג דף לבן כמעט לגמרי, כמעט בלי להישען על פרשנות מילים מהחוקים הקודמים.⁹

החוק הישן מ-1916 הגדיר עברות שונות של גנבה "סתם", גנבה על ידי עובד, מעילה, המרה במרמה, השגה באמצעות מצג שווא וכדומה, והחוק החדש נקט לשון רחבה בהגדרת עברת הגנבה, שמכסה כמעט את כל סוגי ההתנהגות הלא ישרה שכוסו בעברת הגנבה (larceny) הישנה: השגה באמצעות מצג שווא, מעילה ומרמה.¹⁰ החוק בא לסתום את החורים שנבעו מההגדרה הקודמת לגנבה, שלא כיסתה התנהגויות לא ישרות שונות, הרחיב את הגדרת הגנבה והתמקד במונח ה"לקיחה"¹¹ (appropriation) ובזכויות הבעלים, ולא בהחזקה ברכוש. זו הגדרת גנבה בסעיף 1(1) לחוק הגנבה מ-1968, שעודנו בתוקף כיום: גנב הוא מי שלוקח בחוסר יושר דבר השייך לאחר בכוונה לשלול אותו שלילת קבע מהאחר. ובמקור:

A person is guilty of theft if he dishonestly appropriates property belonging to another with the intention of permanently depriving the other of it; and "thief" and "steal" shall be construed accordingly.

חלק מיסודות העברה השתנו מאוד לעומת החוק הישן: "לקיחה לא ישרה של רכוש של אחר בכוונה לשלול אותו שלילת קבע מהאחר". לקיחה מוגדרת "כל השגה של זכות בעלים". ההגדרה החדשה הוציאה את הביטוי "ללא הסכמת הבעלים".¹² למען הקיצור ניתן לדבר על חמישה רכיבים להגדרת הגנבה: 1. לוקח; 2. רכוש; 3. השייך לאחר; 4. בא-ייושר; 5. ובכוונה לשלילת קבע.¹³ שלושת הרכיבים הראשונים הם היסודות העובדתיים; השניים האחרונים הם היסוד הנפשי. היסודות העובדתיים, אם נמקמם במסגרת השפה העונשית המקובלת בישראל, הם התנהגות אחת (לקיחה) ושתי נסיבות (רכוש השייך לאחר). לקיחה, רכיב מפתח בעברת הגנבה, עניינה השגת כל אחת מזכויות הבעלים כשאינן הכרח בחוסר הסכמה מצד הבעלים.¹⁴

8 הדין האנגלי נקט לאורך השנים מונחים שונים (larceny, theft, stealing), שהתרגום העברי להם אחד – גנבה. הדבר כמובן אינו מקל את הבנת הדקויות של העברות ויסודותיהן בסמכויות משפט שונות.

9 ראו: SMITH, לעיל ה"ש 6, בעמ' 2–3.

10 שם, בעמ' 1, 7–6.

11 אודה כי התקשיתי להציע תרגום הולם למונח appropriation, שלא יחפוץ את המילה "נטל" מחד גיסא ועדיין יהיה בעל משמעות הולמת מאידך גיסא. לבסוף בחרתי במונח "לקח", השגור בשפה העברית ומשקף משמעות דומה למילה "נטל".

12 זאת, כתב ויינריך, אולי כדי להרחיב את החוק ולהבהירו, אך כנראה כהשמטה לא מכוונת. השמטה זו יצרה בלבול: לכאורה גם לקיחה בהסכמה היא גנבה, והדבר מעמעם את הגבול שבין גנבה לבין מרמה והונאה ועלול לכסות אפילו התנהגות שאינה מרמה. ראו: Weinrich, לעיל ה"ש 2, בעמ' 428–431.

13 ראו: JONATHAN HERRING, CRIMINAL LAW – TEXT, CASES AND MATERIALS 455 (2004). לניתוח נרחב של יסודות העברה ראו: SMITH, לעיל ה"ש 6, בעמ' 11–69 (היסוד הפיזי), 69–86 (היסוד הנפשי).

14 ראו: HERRING, לעיל ה"ש 13, בעמ' 465–466. גיילס ואוגלו כתבו כי בהגדרת גנבה בחוק הגנבה מ-1968 מונח ה"לקיחה" (appropriation) הוא מרכזי ובא לחמוק מהקשיים שבפרשנות של מונחים כמו "נטילה" ו"נשיאה" ו"ללא הסכמת הבעלים" שהיו במשפט המקובל ובחוקי הגנבה. הרוח השמיני של ועדת הרוויזיה במשפט פלילי הציע שהמונח "לקיחה" ישקף בשפה רגילה את מונח ה"ניצול" (conversion). אלא ש-appropriation אינה מילה שכיחה ביום-יום, ובית המשפט לא פירש אותה באופן שלו כיוונה הוועדה. השניים כתבו כי על הגישה הנכונה לפרש "לקיחה" להיות אובייקטיבית, לבחון את מאפייני

מה ניתן לקחת? כעיקרון, רכוש מכל סוג: מוחשי או לא, מקרקעין (גם אדמה ניתנת לגנבה על ידי אנשים מסוימים ובדרכים מסוימות) ורכוש אישי ניתנים לגנבה. החוק מתייחס לרכוש ה"שייך" כאשר די בהחזקה, ולכן מגוון הקרבנות רחב. מנגד, גנבה אין פירושה כל ירידה בערך הרכוש בעקבות התנהגותו של פלוני.¹⁵ ניתן לסבור כי מידע אינו רכוש, חשמל אינו רכוש, גוף וחלקי גוף אינם רכוש, ומנגד גז ומים במקל מלאכותי הם רכוש שניתן לגנוב.¹⁶ גנבה (stealing) עשויה להכיל התערבות בזכויות של אחר ברכוש (זכויות בעלות, חזקה ועוד), הן רכוש מוחשי הן לא מוחשי. זכויות אלו מוסדרות בדין האזרחי, ובחברה מתקדמת המבנה שלהן מורכב בהכרח. לכן, יש הטוענים, אין מנוס מהישענות על תפיסות מהדין האזרחי כדי למלא את הגדרת העברה בתוכן ולהגן על הזכויות שהדין האזרחי מוקיר.¹⁷ סטיל היה נחרץ בכתבו כי במשפט המקובל גבול מפתח בהיקף עברת הגנבה היה בהתייחסה לרכוש מוחשי ומיטלטל, גבול שלעתיים נמתח דרך פיקציות, למשל כזו שאפשרה להחיל את העברה על משהו שהוסר מדבר הצמוד לקרקע, ועדיין בתי המשפט דרשו שהרכוש יהיה מוחשי, לפחות ברמה מינימלית, כמו מים היוצאים מברז וגז היוצא מצינורות. להבדיל, בררת המחדל בעברת הגנבה בחוק משנת 1968 כוללת את כל צורות הקניין המוכרות בדין האזרחי, ואז מחריגה כמה מהן. לכן בתי המשפט צריכים להכיר בכך שכל צורות הקניין עשויות ליפול בהיקף הגנבה. מכך נגזר פוטנציאל רחב מאוד להיקף עברת הגנבה. כל הרחבה "אזרחית" של מונח הקניין עשויה להביא למצב שבו תחול עברת הגנבה. לדעת סטיל, לשון החוק מבטאת את העמדה הזו, אלא אם החוק החריג במפורש סוגי קניין שונים מתחולת העברה. ואכן במקרי מפתח נשענו בתי המשפט האנגליים על דוקטרינות אזרחיות בפירוש מונח הקניין בעברות הגנבה. אך לא את כל צורות הקניין קל להגדיר, ולא בהכרח ניתן לקשרן לכוונה לשלילת קבע.¹⁸

למעשה, בחוק הגנבה ניתנת לקניין המשמעות הרחבה ביותר האפשרית: כל צורה, מוחשית או לא. בחוק נקבעו כמה חריגים: אדמה, דברים שמוסרים מהאדמה בידי אנשים שמחזיקים בה, פטריות, פרחים, פירות ועלווה מן הטבע, וחיות בר שלא נתפסו. סטיל כתב שהוועדה שהמליצה על הגדרה זו לא ראתה בכך הרחבה מיוחדת: בדוח נכתב במפורש שהעברה תחול על כל סוג קניין, ללא הנמקה נרחבת, ותוך הקדשת מקום רב יותר להסבר על ההחלטות השונות, כדוגמת שני עמודים להסבר על פרחים ופטריות. אין אזכור להחלטות צורות ספציפיות של קניין לא מוחשי מהגדרת קניין. לפי סטיל, מחשבה שהגנבה תתרחב לכסות את כל הצורות של קניין רוחני פשוט לא עלתה בדעת הוועדה; מאגרי מידע אלקטרוניים וזרימת כסף דיגיטלי ודאי לא עלו בדמיונם בשנת 1966.¹⁹

האקט עצמו ולא את המצב הנפשי של השחקן. ראו: Marianne Giles & Steve Uglow, *Appropriation and Manifest Criminality in Theft*, 56 J. CRIM. L. 179, 179–180 (1992).

15 ראו: GRIEW, לעיל ה"ש 4, בעמ' 12, 14.

16 ראו: HERRING, לעיל ה"ש 13, בעמ' 458.

17 ובנוסף חייבת להיות הבחנה בין מקרים פליליים ללא פליליים של התערבות ברכוש של אחר. ראו: SMITH, לעיל ה"ש 6, בעמ' 1–2. להרחבה על ההבחנה הזו והגיונה, ער כמה שיש כזה, ראו פרקים 3 (ההבחנה בישראל) ו-4 (הגיונה של ההבחנה) לחיבור זה.

18 ראו: Alex Steel, *Problematic and Unnecessary? Issues with the Use of the Theft Offence to Protect Intangible Property*, 30 SYDNEY L. REV. 575, 584–585 (2008).

19 סטיל סייג וכתב שרוחב המונח "קניין" אין פירושו שהגנבה עשויה לכסות את כל צורות הקניין הלא מוחשי. הצורה הברורה ביותר של רכוש לא מוחשי שניתן לגנבה, קרנות אלקטרוניות, עומדת בפני קשיים דוקטרינריים לא קלים. יש חוסר ודאות באשר להיותה של הגנבה מכסה צורות של זכויות, כמו הפרת

שינוי ניכר שעלה מעבודת ועדת הרוויזיה היה השימוש במונח "אי-יושר". מהו אי-יושר? השימוש המודרני במונח זה כיסוד נפשי הולך ומתרחב במגוון עברות, כאלו הקשורות למרמה, למסחר, להגירה ולתאגידים. חוק הגנבה מ-1968 הוא מקורו של יסוד זה, שהחליף את היסוד "במרמה" (fraudulently) בעברת הגנבה. היסוד "במרמה" תואר הן על ידי בתי המשפט והן בספרות – עמום ומורכב מדי. הוועדה ביכרה את המונח "באי-יושר", שלגישתה היה להדיוט קל לזהותו לפי הנסיבות, והיה פשוט יותר למושבעים מהמונח "במרמה". סטיל הסביר כי בין חברי הוועדה היו שחשבו שהמונח הוא כה פשוט עד שאינו מצריך הגדרה, אך לבסוף כפשרה הוחלט לספק הגדרה חלקית. אי-יושר אינו מתקיים כאשר אדם לוקח את הרכוש באמונה שיש לו זכות משפטית לשלול אותו מאחר, אם בשמו ואם בשם צד ג; או כאשר הוא נוטל את הרכוש באמונה שהוא היה מקבל את הסכמת האחר אילו ידע על הלקיחה ונסיבותיה; או אם הוא לוקח את הרכוש בהאמינו שהאדם שלו שייך הרכוש אינו ניתן לגילוי באמצעים סבירים (אלא אם הרכוש הגיע אליו כנאמן או כנציג). הוצע שיהיה אפשר לראות בנטילת רכוש השייך לאחר כמעשה לא ישר אף אם הנוטל נכון לשלם על הרכוש. כלומר, אי-יושר מתבטא בראש ובראשונה באמונה סובייקטיבית של הנאשם שאין לו זכות משפטית ברכוש שנלקח.²⁰ רכיב נפשי נוסף מתייחס לכוונה לשלילת קבע. מי שנוטל כסף מזומן בכוונה להשיב את הסכום לא ישיב את הכסף הפיזי שלקח, ולכן ניתן לסבור שנטילה כזו נעשית בכוונה לשלילת קבע.²¹ די בכוונה כאמור לגיבוש העברה, ואין הכרח שאמנם תתקיים שלילת קבע.

סטיל כתב כי חרף התחזיות שהשינוי ביסודות העברה יביא פשטות לפשעי הרכוש, תנאי הסעיף נתגלו כמורכבים ולא ודאיים. סנגורים אנגלים ערכו ניסיונות להתוות את גבולות העברה, אך בתי המשפט פירשו בעקיבות את העברה בהרחבה וסירבו להטיל מגבלות אמיתיות על יסודותיה. סטיל המחיש זאת ביחס לכל אחד מיסודות העברה והראה כיצד הפכה עברת הגנבה לרחוקה עוד יותר מלשקף את התפיסה החברתית המקובלת בנושא.

חוזה, וכן שאלות בנוגע לזכויות קניין רוחני, ושאלות נוספות. שם, בעמ' 588–589. לחלק מהשאלות האמורות אשוב בפרק 5.

20 ראו: Steel, *The Meanings of Dishonesty in Theft*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 103, 111–113. גריוו כתב כי מצבים אלו לא ייחשבו אי-יושר: א זכאי כדין לשלול מ-ב את הרכוש; ב היה מסכים אילו ידע מה א עושה; אי אפשר לאתר את ב בצעדים סבירים. ראו: GRIEW, לעיל ה"ש 4, בעמ' 13. אשוורת' כתב שייטכן שרכיב הליבה של חוק הגנבה החדש הוא אי-יושר, רכיב שלא הוגדר בחוק. ראו: ASHWORTH, לעיל ה"ש 3, בעמ' 383.

21 אשוורת' הפנה לפסק דין שבו נקבע שאמנם יש כוונה לשלילת קבע במקרה שכזה: Velumil (1989) Crim L.R. 299. ראו: ASHWORTH, לעיל ה"ש 3, בעמ' 379. במסגרת סקירת התפתחות הדין הסקוטי בנוגע לגנבה כתב גורדון כי יום (Hume) עקב אחר ההגדרה הרומאית לגנבה והגדיר גנבה: "נטילה ונשיאה עבריינית של רכוש של אחר למטרות בצע" (The felonious taking and carrying away of the property "of another, for lucre"). גורדון ציין כי המשפט הקונטיננטלי והדין האנגלי שלפני 1968 ראו בלקיחה לא חוקית רכיב חיוני של גנבה, להבדיל מנטילה של משהו שהיה בהחזקת אדם בהסכמת הבעלים המקורי, שאז דובר בהפרת אמון ולא בגנבה. מבחינה היסטורית הפרת אמון עשויה להיחשב סוג מתוחכם ומתקדם יותר של פשע ביחס לגנבה. מקרי גנבה חמורים גררו בעבר עונש מוות בסקוטלנד, ולא כן מקרי הפרת אמון. הדין הסקוטי אינו מצריך נטילה (taking) לא חוקית כתנאי פורמלי לגנבה, אך הלכה למעשה הדבר כן נדרש. גם בסקוטלנד נדרשת כוונה לשלול. מה שחשוב הוא האבדן לבעלים ולא הרווח לנוטל. ראו: GERALD H. GORDON, *THE CRIMINAL LAW OF SCOTLAND* 14, 450, 499 (2nd ed., 1978).

לדבריו, אחד הכוחות שהניעו את הרוויזיה באנגליה ועיצבו את מונחי העברה החדשה היה החלטת הוועדה להרחיב את הרכוש שניתן להיגנב באופן שיכלול את כל צורות הקניין הלא מוחשי, כפי שתואר. הרחבה זו כנראה הייתה נחוצה להגשמת מטרת הוועדה לפשט ולמזג מגוון עברות הקשורות זו לזו לעברת גנבה אחת. ואולם הכנסת רכוש לא מוחשי לעברת הגנבה הצריכה המשגה מחדש של רכיבי המפתח "שייך לאחר" ו"נשיאה". "שייך לאחר" הורחב בסעיף 5(1) כדי לכלול מי שיש לו כל זכות או אינטרס קנייני, במקום מונח החזקה. המונח "לקיחה" הוגדר בסעיף 3(1) ככל השגה של זכויות של הבעל במקום נטילה או המרה של הרכוש. המונח "לוקח" לא התייחס להיעדר הסכמה, כנראה בגין השמטה. ניסיונות מאוחרים יותר לשכנע את בתי המשפט להגביל את הלקיחה לנעדרת הסכמה, לנוגעת לזכויות קנייני של הקרבן או למעשה שמפריע לזכויות הקרבן, נדחו על ידי בית הלורדים. כך המונח "לקיחה" (appropriation) נהיה רחב מאוד: די בהשגת זכות קניין של אחר המקושרת לקרבן. סטיל שיער כי חלק מהקשיים המתגלים כיום ודאי נובעים מלהיטות הוועדה "למוטט" שורת עברות לתוך עברת גנבה יחידה רחבה. דחיקת העברות, במיוחד המעילה והניצול במרמה, לתוך הגנבה הובילה לצורך להרחיב את משמעות היסודות "שייך לאחר" ו"לקיחה".²²

סטיל הוסיף וכתב כי בעברת הגנבה במשפט המקובל הצורך ליטול החזקה בדבר הנגנב הוביל לשאלה אם החזקה הנדרשת הייתה שאילה זמנית או משהו קבוע יותר. מנגד, הפרשנות האנגלית העדכנית נראית כמתייחסת לכל כוונה של הגנב לנהוג בדבר כשלו בלא להתחשב בזכויות האחר, וזה כולל גם אדם שבא-ייושר עוסק ברכוש של אחר למטרותיו שלו בדיעשה שהתנהגותו עלולה להביא לאבדן הרכוש האמור. טרם ברור אם פרשנות זו תוביל להכללת מקרי שאילה לתוך עברת הגנבה. התוצאה של רוחב המושגים וחוסר הוודאות הנלווה ליישום במצבים חדשניים, כתב סטיל, היא שמשקל גדול הוטל על הרכיב הנפשי של א-ייושר. באנגליה, במובנים רבים, שאלת הגנבה בפרקטיקה מוכרעת לאור השאלה אם אדם ישר אם לאו; חוסר היושר "עושה את מרבית העבודה". בית הלורדים הכיר בכך ולא מצא פגם בעניין. "א-ייושר" בתורו היה מושא לוויכוחים רבים: האם המונח צריך להתפרש פירוש צר כמבחן של מודעות או אמונה, או לחלופין בהרחבה כאבן בוחן מוסרית של פליליות? והאם הסטנדרט המוסרי צריך להיות אובייקטיבי על בסיס סטנדרטים קהילתיים של יושר או סובייקטיבי לפי מחשבת הנאשם (כפי שנראה בהמשך, דיונים דומים נערכו גם בפסיקה בישראל)? וכך הוויכוח על היקף המונח "א-ייושר" הפך לשאלת המפתח להפללה. התנהגות שנתפסת כלא ישרה מופללת, וזהו כמובן מצב משפטי שקשה לקבלו. במקרים מסוימים העברה תופסת התנהגות שנראית על פני הדברים לא חוקית, כמו מרמה לשם השגת רווח כלכלי או שימוש לרעה בעמדת ניהול. במקרים אחרים א-ייושר עשוי להיות הדבר היחיד שמבדיל בין פעילות חוקית ללא חוקית.²³ התפתחות כזו, גרס סטיל, לא נצפתה בשנות השישים כשנוסחה עברת הגנבה, אז חשבו שזכויות קניין הן שאלת המפתח. השאלה שעלתה בעת ניסוח העברה הייתה כיצד פעילויות שונות שכבר נחשבו פליליות

22 ראו: *Steel, Problematic and Unnecessary?*, לעיל ה"ש 18, בעמ' 579–580. באשר למונח הלקיחה הפנה סטיל לפרשת הינקס: [2001] 2 AC 241, 251. R. v. Hinks. ראו: *Steel, Taking Possession*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1034–1037. לניתוח ולסקירת פסיקה הנוגעים לגבולותיה הרחבים מדי של עברת הגנבה באנגליה כנוסחה דהיום ראו שם, בעמ' 1049–1051.

23 ראו: *Steel, Problematic and Unnecessary?*, לעיל ה"ש 18, בעמ' 581–582; וכן *Steel, Taking Possession*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1036; *Alex Steel, The Harms and Wrongs of Stealing: The Harm Principle and Dishonesty in Theft*, 31 UNSW L. J. 712, 720, 732 (2008).

ניתנות לכיסוי במסגרת הפרת זכויות קניין של הקרבן; כיום שאלה זו כבר אינה חיונית. לגישת סטיל, בשל מורכבותה של עברת הגנבה והצורך ההולך ופוחת להישען עליה כדי לתפוס התנהגות שמופללת בעברות אחרות ייתכן שמוצדק להגביל את עברת הגנבה לרכוש מוחשי ולהפוך את העברה לפשוטה יותר להבנה ולהעמדה לדין.²⁴

2. ארצות הברית

גם בארצות הברית עברה עברת הגנבה גלגולי נוסח ופרשנות עם השנים. ויין ל'פייב (LaFave) כתב כי בשלב מוקדם כללה העברה כמה יסודות: "נטילה מסוג גבול ונשיאה של רכוש אישי של אחר בכוונה לגנוב אותו". ובמקור:

The trespassing taking and carrying away of the personal property of another with intent to steal it

בדומה למהלך שעשו בתי המשפט באנגליה, גם בתי המשפט בארצות הברית הגבילו במשך השנים את חשיבותו של הרכיב הראשון – הסגת הגבול – באמצעות קביעה שחזקה קונסטרוקטיבית חלה בכמה מצבים. בדומה לחוק העונשין בישראל דהיום, גנבה מצריכה נטילה ונשיאה. "נטילה" (taking – caption) עניינה הבטחת שליטה בדבר. "נשיאה" (asportation) אינה מקבלת פירוש מילולי בהכרח, ואין כיום חשיבות רבה למונח. גם במילה "הרחק" (away) אין מדקדקים. מהו רכוש אישי של אחר? במשפט המקובל גנבה הייתה מוגבלת לנטילת רכוש אישי מוחשי; אי אפשר היה לגנוב רכוש לא מוחשי כמו מניות, איגרות חוב והמחאות. חוקים מודרניים בכל סמכויות השיפוט האמריקניות הרחיבו את היקף הגנבה כדי לכלול רכוש אישי לא מוחשי מסוגים שונים. כיום חשמל וגז נתפסים כמשהו שניתן לגנוב. לשם גנבה אין צורך לקחת רכוש מהבעלים; גנב שני אשם גם אם לקח מהגנב הראשון. קודים פליינים מודרניים רבים מציינים במפורש שרכוש יכול להיות מושא גנבה אפילו אם ה"קרבן" הוא אדם שהעניין שלו ברכוש הוא לא חוקי. נדרשת כוונה לשלול מהבעלים חזקה ברכושו לצמיתות או למשך לא סביר של זמן, או להשתמש בו באופן שישלול כנראה מהבעלים את רכושו. הנוסח מתמקד בשלילה מהבעלים ולא ברווח לגנב.²⁵

בשל הקושי של בתי המשפט האמריקניים להתמודד עם המורכבות של עברת הגנבה וזיקתה לעברות של מעילה והשגת כסף באמצעות מצג שווא, ביקשו מדינות רבות בארצות הברית לפשט את החוק ולשלב את פשעי הרכוש לכדי חוק גנבה (theft) מאוחד.²⁶ כך עשה הקוד הפלילי לדוגמה: סעיף 223.1 ליכד את עברות הגנבה השונות: גנבה, מעילה, מצג שווא וכדומה (Consolidation of Theft Offenses: Grading; Provisions Applicable to Theft Generally), ויצר דרגות גנבה לפי ערך הרכוש שנגנב.²⁷

24 ראו: Steel, *Problematic and Unnecessary?*, לעיל ה"ש 18, בעמ' 582–583.

25 ראו: WAYNE R. LAFAVE, *SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW* vol. 3 62, 74–87 (2nd ed., 2003).

26 ראו: JOSHUA DRESSLER, *CASES AND MATERIALS ON CRIMINAL LAW* 946 (3rd ed., 2003).

27 דרגת החומרה הגבוהה ביותר (a felony of the third degree) היא של סכום הגבוה מ-500 דולר, או אם הרכוש הוא נשק, כלי רכב, מטוס, אופנוע, סירת מנוע או כלי מנועי אחר, או במקרה של קבלת רכוש גנוב אם זהו עיסוקו של המקבל. דרגה נמוכה יותר (misdemeanor) מכילה מה שלא נכנס קודם אלא אם הרכוש לא נלקח מהאדם או באיום או בהפרת מחויבות של נאמנות (fiduciary), והנאשם הוכיח שהסכום המעורב

אימוץ המתווה שהוצע בקוד הפלילי לדוגמה על ידי איחוד חוק הגנבה היה נפוץ יחסית בארצות הברית. הקוד כולל שמונה אמצעים לביצוע עברה של "גנבה" בסעיף 223: גנבה בנטילה או השגה שלא כדין, גנבה במרמה, גנבה בסחיטה, גנבה של רכוש שאבד, קבלת רכוש גנוב, גנבת שירותים, גנבה תוך מחדל לנהוג בקרנות שנתקבלו באופן מסוים ושימוש לא מורשה בכלי רכב. כל צורה של גנבה יכולה להחליף צורה אחרת, ואישום באחת פירושו אפשרות להרשעה באחרת, גם אם לא צוינה באישום. החריגים הבולטים לגישה האחידה הם שוד וזיוף המחאה. הקוד לדוגמה נפטר גם מהבחנות נוספות בין סוגי רכוש גנוב. סעיף 223.0(6) מגדיר רכוש ככל דבר שהוא בעל ערך, וכולל רכוש לא מוחשי, זכויות חוזיות, חשמל ועוד. בין שמדובר בגנבה של טובין מוחשיים, גנבה של טובין לא מוחשיים וגנבה של שירותים, כל העברות זוכות לאותה ענישה.²⁸

לצד עברה אחידה הקוד לדוגמה מקנה גם הגנות שתקפות לכל רובדי עברת הגנבה שמוצעים בסעיף 223: הוא מקנה הגנה לנאשם שלא ידע שהרכוש או השירותים היו של אחר, לנאשם שפעל בטענו טענה כנה לזכות ברכוש או שאכן הייתה לו זכות כאמור, ולנאשם שלקח רכוש שמועד למכירה בכוונה לשלם או שהאמין שהמוכר הסכים. אין זו הגנה שהקרבתן הוא בן זוגו של הנאשם.

הקוד לדוגמה מכיל גם כמה סעיפים אשר עוסקים בסוגים מיוחדים של גנבה: כך למשל סעיף 223.2 עניינו גנבה באמצעות נטילה לא חוקית (Theft by Unlawful Taking or Disposition): לקיחה שלא כדין או מימוש של שליטה לא חוקית על רכוש מיטלטל של אחר בכוונה לשלול אותו, או העברה שלא כדין של רכוש לא מיטלטל של אחר או כל אינטרס בכוונה להרוויח בעצמו או בשביל אחר שאינו זכאי לכך. סעיף 223.3 עניינו גנבה בהונאה. "הונאה", כהגדרתה בקוד, היא יצירה או חיוק של רושם שגוי, לרבות רושם שגוי בנוגע לדין, לערך, לכוונה או להלך רוח אחר; מניעה מאחר להשיג מידע שהיה משפיע על שיקול דעתו בנוגע לעסקה; המחדל לתקן רושם שגוי שהאדם המרמה יצר או חיוק קודם; המחדל לחשוף טענה או זכות או מכשול משפטי אחר להנאה ברכוש שהוא מעבר וכדומה.²⁹

נמוך מ-50 דולר, שאז ידובר בעברה קלה יותר בדרגתה (petty misdemeanor). כמעט כל סמכויות השיפוט האמריקניות יוצרות חלוקה בחוק על פי הסכום שנגנב. ההסדרים הנפוצים הם בדבר שתיים, שלוש וארבע שכבות, אך קיימים הסדרים גם בדבר חמש ושש שכבות. אומדן ערך הרכוש הגנוב אינו בהכרח פשוט. ראו: LAFAYE, לעיל ה"ש 25, בעמ' 80-81.

28 שמונה-עשרה מדינות יצרו חוק גנבה אחיד כאמור לכל שמונה העברות האמורות. עשרים ואחת מדינות יצרו איחוד "בסיסי" או "ביניים" של גנבה, מעילה והשגת כסף באמצעות מצג שווא מאוחדות, ומתוכן עשר מדינות לא איחדו את העברה של סחיטה, חמש לא איחדו סחיטה וגם לא קבלת רכוש גנוב וכן הלאה. תריסר מדינות אחרות אימצו חוק גנבה "לא אחיד", כלומר לפחות אחת משלוש עברות הגנבה מהמשפט המקובל נותרה עצמאית. ראו: Stuart P. Green & Matthew B. Kugler, *Community Perceptions of Theft Seriousness: A Challenge to Model Penal Code and English Theft Act Consolidation*, 7 JELS (2010) 511, 513-514. להיסטוריה של העברה של קבלת רכוש גנוב או החזקתו במשפט האמריקני ולניתוח נורמטיבי של שאלת ההפללה של התנהגות כזו, כולל עמידה על הרציונלים והבחנה בינה לבין הגנבה, ראו: Stuart P. Green, *Thieving and Receiving: Overcriminalizing the Possession of Stolen Property*, 14 NCLR 35 (2011).

29 הקוד לדוגמה כולל גם סעיפים שונים נוספים של עברות גנבה: גנבה בסחיטה (223.4); גנבה של רכוש שאבד או שנמסר בטעות (223.5); קבלת רכוש גנוב (223.6); גנבת שירותים (223.7), לרבות עבודה, שירותים מקצועיים, תחבורה, טלפון או שירותים ציבוריים אחרים, מגורים בבית מלון, מסעדות או במקום אחר, כניסה לתערוכות ושימוש בכלי רכב; גנבה במחדל לבצע את ההיערכות הנדרשת בקרנות שנתקבלו (223.8); שימוש לא מורשה בכלי רכב (223.9). באשר לקוד הפלילי הפדרלי, פרק 31 לקוד זה כולל

סטיוארט גרין (Green) ניתח את הקוד הפלילי לדוגמה וכתב כי לא ברור עד כמה ניתן למתוח את דיני הגנבה כדי לכסות דברים לא מוחשיים כמו מידע, רצון טוב, רעיונות, מילים, תמונות, עיצובים, מוזיקה וידע טכני. הקוד הפלילי לדוגמה מתייחס לכל מה שיש לו ערך, לרבות קרקע, רכוש אישי מוחשי ולא מוחשי, זכויות חוזיות, "דבר בפעולה" (things in action) ואינטרסים אחרים, כרטיסי כניסה או תחבורה, חיות בית או חיות שנלכדו, מזון ומשקה, כוח אלקטרוני או אחר.³⁰ גרין סבר כי בשל המעגליות הברורה בהגדרת רכוש כרכוש אישי מוחשי או לא מוחשי, יש להגדרה ערך מוגבל. מועילה יותר הגדרת רכוש בתור "משהו שהוא חלק מהעושר של אדם ושארם אחר יכול לקחת".³¹ הוא נשען על פסיקות שונות שבהן בתי משפט נמנעו מלהתייחס לדברים לא מוחשיים שונים כבעלי ערך, וזאת חרף רוחבן של הגדרות אלו.³² אך לא כל "דבר ערך" אפשר לגנוב: ילד הוא "דבר ערך" אך אי אפשר לגנוב אותו אלא רק לחטוף אותו, משום שהחוק כיום, להבדיל מבעבר, אינו מכיר באפשרות של בעלות באחרים. גם אם טרוריסטים יכולים "לגנוב" את תחושת הביטחון של מישהו, אי אפשר להעמידם לדין בגין גנבה. אף שאנו מוכנים לשלם הרבה כדי להגן עליה, תחושת ביטחון אינה מסוג הדברים שניתן לקנייה או מכירה. לכן, גרס גרין, "דבר ערך" למטרות דיני הגנבה הוא אך ורק משהו סחיר (commodifiable).³³

לאחרונה ערכו גרין ומת'יו קוגלר (Kugler) הקבלה בהתפתחות עברת הגנבה בין אנגליה לארצות הברית. בסוף המאה השש-עשרה החלו בתי משפט ומחוקקים אנגלים-אמריקנים להפריד בחדות בין עברות כמו שוד, גנבה, מעילה, השגת כסף באמצעות מצג שווא, סחיטה, מרמה, קבלת רכוש גנוב ואי-השבת רכוש אבוד. לכל עברה היו יסודות ייחודיים, הגנות וטווח ענישה. לעתים סוג הרכוש קבע אם התקיימה עברה. באמצע המאה העשרים התפתח קונצנזוס בסמכויות שיפוט אנגליות-אמריקניות בדבר הצורך ברפורמה בגישת המשפט המקובל לגנבה, גישה שלפיה האמצעים לביצוע הגנבה וסוג הרכוש שניטל היו בעלי חשיבות מרובה. הוסק שאין טעם בהבחנות שבין העברות השונות, שנתפסו כטכניות וחסרות בסיס מהותי, תוצר של תאונה או תקלה היסטורית. במצבים מסוימים היה נאשם בהשגת כסף באמצעות מצג שווא יכול לחמוק מהאישום בטענה שביצע מעילה או בטענה שמה שלקח אינו סוג הרכוש שמאפשר הרשעה. וכך איחדו בארצות הברית (ובאנגליה) את החוק לעברה אחת של גנבה, עם הגדרה רחבה וענישה לפי שווי הדבר שנגנב וסוג הגנות אחד.³⁴ השניים ציינו שחוק הגנבה האנגלי משנת 1968, שחל בבריטניה ובווילס, הוא במוכנים מסוימים קיצוני מהקוד הפלילי, ובמוכנים אחרים

עברות גנבה ומעילה. זהו פרק רחב שכולל עברות מרובות, אך אינו כולל הגדרה לגנבה. כן ראו את פרק 113 לקוד, שעניינו עברות שונות הנוגעות לרכוש גנוב, להעברתו ולמסחר בו.

30 גרין הפנה לכאן: Model Penal Code § 223.0(6) (1985): "anything of value, including real estate, tangible and intangible personal property, contract rights, choses-in-action and other interests in or claims to wealth, admission or transportation tickets, captured or domestic animals, food and drink, electric or other power"

31 גרין הפנה ל: Model Penal Code Cmts. § 223.2, at 166-167 (1985).

32 ראו: Stuart P. Green, *Plagiarism, Norms, and the Limits of Theft Law: Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Intellectual Property Rights*, 54 HASTINGS L.J. 167, 212-213 (2002). גרין המחיש באמצעות פסיקה קנדית שבה נקבע כי מידע סודי הוא לא דבר שאפשר לגנוב.

שם, בעמ' 212.

שם, בעמ' 217.

34 ראו: Green & Kugler, לעיל ה"ש 28, בעמ' 512.

פחות. הוא קיצוני יותר בהציעו הגדרה אחת לגנבה: "לקיחה לא ישרה של רכוש השייך לאחר בכוונה לשלול אותו ממנו שלילת קבע". החוק רחב מאוד ומכסה השגת כסף באמצעות מצג שווא, מעילה והמרה במרמה. מנגד, החוק קיצוני פחות בשמרו על הבחנה בין גנבה לבין מרמה, סחיטה וקבלת רכוש גנוב. חוק הגנבה האנגלי גם אינו מכסה גנבת שירותים, עברה שמטופלת בנפרד. גריין וקוגלר מצאו כי הדין האנגלי-אמריקני יצר שינוי קיצוני בדיני הגנבה. החוק האנגלי והקוד האמריקני יצרו חוק גנבה פשוט אבל גם שטוח והומוגני, ומכאן שהוא בעל תוכן מוסרי חסר.³⁵

ניתוח עדכני ומקיף בעברת הגנבה עולה גם ממחקרם של אנדרו סימסטר ורוברט סאליבן (Simester & Sullivan)³⁶ הם הסבירו כי הדין הפלילי מגן על זכויות הבעלות השונות במגוון עברות. זכויות הבעלות מטילות מחויבות על מי שאינו בעלים, שלא להפריע לכוחות הבעלים. הראשונה שבעברות היא הגנבה (theft). רוב הדוגמאות של גנבה הן ישירות וברורות. העברה מכילה חמישה רכיבים: 1. לקיחה; 2. של קניין; 3. של אחר; 4. באי-ישר; 5. בכוונה לשלילת קבע. "לקיחה" היא הפעולה האסורה ביחס לרכוש: אדם לוקח רכוש כאשר הוא מבצע פעולה כלשהי ברכוש שרק לבעלים או למישהו שלו זכות הנובעת מבעלות יש זכות לעשות, או שלבעלים יש זכות למנוע מאחרים לעשות. כל מעשה של נטילה מספיק. סימסטר וסאליבן הסבירו כי נטילה אפשרית גם במחדל – המחדל להשיב רכוש שנתקבל כדין. רעיון זה כמובן מנוגד לרעיון שלילת החזקה במעשה גלוי, ויש לנקוט זהירות בהרשעה על בסיס נטילה במחדל.³⁷

רכיב נוסף בעברה הוא שהנטילה תהיה "באי-ישר". אמונה בדבר זכות ברכוש היא הגנה, וכך גם אמונה שהבעלים היה מסכים או שאי אפשר למצוא את הבעלים.³⁸ היסוד הנפשי של העברה עניינו כוונה לשלילת קבע, כוונה המלווה את הרכיב הפיזי. שאילה לא ישרה אינה גנבה גם אם הסבה אי-נוחות רבה לבעלים. היו שביקרו זאת והציעו להפיל שאילה לא ישרה כדי לסייע בפתרון קשיים ראייתיים, באשר לעתים קשה להוכיח כוונה לשלילת קבע. אך ניתן לסבור שאין להשוות שאילה לא ישרה לנטילה בכוונה לשלילת קבע, שבה כרוך עוול רב מזה שכרוך בהפרעה זמנית לשימוש ברכוש. סימסטר וסאליבן גרסו כי הקושי הראייתי אינו מצדיק הפללה. הם הוסיפו כי מהות הגנבה היא שלילת ולא רווח. לכן הכוונה מתייחסת לשלילה ולא להנאה, וגם לקיחה כדי להרוס או להחביא היא גנבה. מי שלוקח רכוש כדי לשלול אותו שלילת קבע ואז מתחרט ומחזיר, הוא גנב. גם לקיחה בכוונה להשיב משהו שונה אך שווה ערך, כמו כסף או שקית סוכר, היא שלילת קבע.³⁹

סימסטר וסאליבן התייחסו לשאלה עקרונית שעלתה במרבית שיטות המשפט: מה ניתן לגנוב? לגישתם ניתן לגנוב גז או מים במכל, וניתן לגנוב זכויות קניין שונות שהחוק מכיר בהן אף שאינן לובשות כסות ממשיה, כגון חובות ומניות. מנגד, מידע גרידא אינו ניתן לגנבה. לא כל התערבות ברכוש תיחשב גנבה. הפרת זכות יוצרים מפרה "דבר בפעולה" (things in action) אך אינה שוללת את זכות היוצרים מהבעלים. שירות אינו רכוש כשלעצמו, ולכן אי אפשר לגנוב נסיעה ברכבת, אף שנסיעה ללא תשלום עשויה להיות עברה אחרת. דברים מסוימים אינם ניתנים לבעלות, כמו הגוף האנושי, בחיים

35 שם, בעמ' 514–515.

36 ראו: (3rd) ANDREW P. SIMESTER & GORDON R. SULLIVAN, CRIMINAL LAW – THEORY AND DOCTRINE (ed., 2007). להתייחסות המעניינת של השניים למונח ה"קניין" אגיע בפרק הרביעי.

37 שם, בעמ' 469, 477–478.

38 שם, בעמ' 489–491.

39 שם, בעמ' 469, 483–485.

ובמוות. עוד הם הדגישו כי על הרכוש שניתן לגנובו להיות שייך לאחר. אדם אינו יכול לגנוב מעצמו: נדרש אדם אחר עם אינטרס ברכוש, כאשר גם החזקה תספיק.⁴⁰

3. קנדה

עברת הגנבה נדונה בהרחבה בקנדה בשלהי שנות השבעים. ועדה שהוקמה בשנת 1971 נתבקשה לבחון מחדש את הדין הפלילי. הוועדה מסרה מסקנותיה בשנת 1979, והציגה את הגישה שהמטרה העיקרית של הדין הפלילי היא לנסח ערכים חברתיים בסיסיים, להדגישם ולחזקם. לפי הוועדה, על הקוד הפלילי להכיל איסורים רק על מעשים שבאופן כללי נחשבים לעוול גדול מספיק, שיצדיק את התערבות הדין הפלילי. במסגרת עבודת הוועדה הוצע לתת תשומת לב מיוחדת לשלושה סוגי עברות: כאלו שבאופן כללי לא נחשבו לחמורות או כרוכות בעוול; כאלו שחומרתן או מידת העוול שלהן מצויה במחלוקת; ועברות רכוש. עברות רכוש נחשבו זקוקות לדיון מחדש משום שאחד הערכים החשובים ביותר הוא יושר (honesty), ומפני שבניגוד לתפיסות שהנחו את הקוד הישן, תפיסת הוועדה הייתה כי הדין הפלילי צריך להדגיש את ערכי המדינה ולא לעמעם אותם.⁴¹ הגישה החדשה הניחה שיושר ואי-יושר משקפים תפיסות בסיסיות מאוד שכולם מבינים, ושכדי לתמוך בהבנה הזו ולהדגישה החוק צריך לאסור מעשים שנחשבים בעיני הכלל ללא ישרים, ולהימנע מלאסור מעשים שהכלל תופס כלגיטימיים.⁴²

הדוח ציין כי ניתן להוציא רכוש מאדם בארבע דרכים: ללא הסכמתו; ללא הסכמתו, תוך שימוש בכוח או איום באלימות מידית; בהסכמה המושגת באיום לא מידתי; בהסכמה המושגת במרמה. ארבע עברות מכסות את ארבע הדרכים הללו: גנבה (theft), שוד, סחיטה ומרמה. גנבה היא "נטילה לא ישרה ללא הסכמה", וכוללת שלושה סוגים: א. נטילה ללא הסכמה כדי שהנוטל ינהג ברכוש כבשלו; ב. ניצול (conversion); ג. שימוש במתקנים בלי לשלם – סוג זה ברור. הסוג הראשון מכסה את העברה הבסיסית של גנבה. הסוג השני מכסה את השימוש הלא ישר שבמסגרתו מגיע העבריין לרכוש באופן תמים ואז הוא לוקח אותו לשימוש. הגדרת הגנבה שוללת מקרי כוונה לשלילה זמנית, והעברה של "נטילה לא ישרה" משלימה את הגנבה וחלה כשאין כוונה לשלילה קבע. לקחת דבר באי-יושר פירושה לקחתו בשעה שהלוקח יודע שאל לו לקחתו. אין צורך להגדיר אי-יושר במונחי זכויות וכדומה, משום שהראשון ברור יותר. בתי המשפט ימלאו את המושג בתוכן וכריעו אם הנאשם שלפניהם נהג באי-יושר.⁴³

40 שם, בעמ' 441–448.

41 Law Reform Commission of Canada, Theft and Fraud 5–6 (report 12, 1979).

42 שם, בעמ' 9. דומני שגישה זו מבטאת קו מחשבה דומה לזה שהציע פלטר ב"ד"מי הגנב", ככתוב בפרק הקודם.

43 שם, בעמ' 11–14, 39. הנוסח המוצע הופיע בעמ' 17: "2. (1) a person commits theft who dishonestly appropriates another's property without his consent. (2) for the purposes of subsection (1), appropriation by violence or threat of immediate violence is appropriation without consent. (3) 'appropriating property' means. (a) taking, with intent to treat as one's own, tangible movables including immovables made movable by the taking; (b) converting property of any kind by acting inconsistently with the express or implied terms on which it is held; or (c) using electricity, gas, water, telephone, telecommunication or computer services, or other utilities. (4) for the purposes of subsection (1) property is another's if he owns it, has possession, control or custody of it or has any legally protected interest in it"

מונח המפתח שעליו עמדה הוועדה היה "אי-יושר", והוא היה חלק מהיסוד העובדתי. חלף הגדרה פורמלית הוצע לתת לו משמעות שבהיגיון: כולם מבינים את המונח, והגדרות חלופיות הן רחבות פחות או מובנות פחות. המונח "אי-יושר" החליף שלושה מונחים קיימים בקוד: "במרמה"; "ללא טענה של זכות"; "בכוונה לשלול". אי-יושר נדמה היה כברור ופשוט יותר, וקירב את החוק לרעיון הרגיל של גנבה (stealing), ולכן הוצע המונח כרכיב המרכזי בעברת הגנבה. הודגש כי ערך היושר הוא שעליו מגן החוק, ולכן שימוש במונח זה מתבקש. יושר הוא סטנדרט, שהוא בסופו של דבר שאלה של עובדה. כך באשר להסכמה, מציאה וטעות.⁴⁴

יסוד נוסף בעל חשיבות בעברה שעליו עמדה הוועדה, "לקיחה" (appropriation), עירב היבטים פיזיים ונפשיים. ההיבט הפיזי השתנה לפי טיב הרכוש: מיטלטלין מוחשיים ניתן לקחת; דברים לא מוחשיים, כמו מניות, איגרות חוב וחשמל, אינם בני-לקיחה אלא רק בני-שימוש. אי אפשר לקחת בית באמצעות התנחלות בו. להבדיל מלקיחה, ניצול הוא התנהגות שאינה הולמת את תנאי ההחזקה, ואילו שימוש (using) כולל ניצול לרעה (abusing) ובזבוז (wasting). גנבה לא הוגבלה לגנבה מבצעים מלאים.⁴⁵

הוועדה הדגישה את השוני שבין גנבה לבין עברות רכוש אחרות: גנבה שונה משוד בעיקר במידה: שוד הוא גנבה מוחמרת, על ידי שימוש בכוח, כשהפרדיגמה של שוד היא שודד בנק; גנבה שונה ממרמה בעניין ההסכמה. מרמה היא נטילה בהסכמה שהופקה באמצעות הונאה (deceit): כל מצג שווא בנוגע לעבר, להווה או לעתיד, להבדיל מהקצנה בשבחים גרידא. הפרדיגמה של המרמה היא הנוכל (con-man). גנבה היא נטילה ללא הסכמה, והפרדיגמה שלה היא כייס. בגנבה הקרבן אינו מסכים לנטילה. גם בשוד הוא אינו מסכים: רצונו מובס באלימות או באיום באלימות. בסחיטה הקרבן מסכים, בוחר את הרע פחות, ואילו במרמה הוא מסכים מתוך הונאה.⁴⁶

חרף ההצעה האמורה הנוסח הקנדי העדכני עוסק ברכיבים שהוועדה לרפורמה הציעה להסיר, וכולל עברות והגדרות רבות. סעיף 322 לקוד הפלילי הקנדי מגדיר גנב: "מי שבמרמה וללא רשות לוקח או מנצל לשימושו או לשימוש של אחר, כל דבר, דומם או חי, בכוונה: א. לשלול, באופן זמני או מוחלט, מהבעלים או מאחר בעל אינטרס מיוחד בדבר, את הדבר או העניין בו; ב. להבטיח את הדבר או להפקידו; ג. להיפרד ממנו בהצבת תנאי שמי שנפרד מהדבר לא יוכל לבצע; ד. לנהוג בו באופן שלא יהיה אפשר להשיבו במצב שבו היה כשנלקח או נוצל. אדם מבצע עברת גנבה כאשר בכוונה לגנוב הוא מזיז את הדבר או גורם לו לזוז, או מתחיל לגרום לו להיות בר-הזזה. לקיחה או ניצול של דבר עשויים להיות במרמה גם אם לא נעשו בסודיות או בניסיון להסתרה". ובמקור:

322(1) Every one commits theft who fraudulently and without colour of right takes, or fraudulently and without colour of right converts to his use or to the use of another person, anything, whether animate or inanimate, with intent (a) to deprive, temporarily or absolutely, the owner of it, or a person who has a special property or interest in it, of the thing or of his property or interest in it; (b) to pledge it or deposit it as security; (c) to part with it under a condition with respect to its return that the

44 שם, בעמ' 27-32.

45 שם, בעמ' 36-38.

46 שם, בעמ' 26-27, 46.

person who parts with it may be unable to perform; or (d) to deal with it in such a manner that it cannot be restored in the condition in which it was at the time it was taken or converted. (2) A person commits theft when, with intent to steal anything, he moves it or causes it to move or to be moved, or begins to cause it to become movable. (3) A taking or conversion of anything may be fraudulent notwithstanding that it is effected without secrecy or attempt at concealment.

פרט להגדרה של עברת הגנבה באופן כללי הקוד הקנדי כולל סעיפים רבים נוספים המתייחסים לסוגים אחרים של עברות גנבה או עברות רכוש. למשל, סעיף 324 עניינו גנבה על ידי בלדר (bailee) של דברים שנתפסו כדין; סעיף 325 מחריג מגדר הגנבה את מי שמבטיח טובין או זכויות בהם במקרים מסוימים; סעיף 326 יוצר עברה עצמאית של גנבה של שירותי טלקומוניקציה, שכוללת צריכת חשמל או גז או שירותי טלקומוניקציה כלשהו, והכול במרמה ובלי תביעת זכות; סעיף 330 עניינו גנבה מחשבון בנק, וכן הלאה. סעיף 334 מכריז על העונש בגין גנבה: עד 10 שנות מאסר במקרה שערך הרכוש הגנוב עולה על 5,000 דולר, או עד שנתיים כאשר ערך הרכוש הנגנב נמוך מהסכום האמור. הקוד הקנדי כולל גם עברות של מעין גנבה, כמו נטילת רכב ללא הסכמה (סעיף 335), הפרת אמון פלילית (סעיף 336), הסתרה במרמה (סעיף 341), גנבה וזיוף של כרטיסי אשראי (סעיף 342), שימוש לא מורשה במחשב (סעיף 342.1) ועוד.

4. אוסטרליה

המשטר בנוגע לגנבה משתנה באוסטרליה בין תשע המדינות וסמכויות השיפוט, וכמה שאלות עיקריות שנויות שם במחלוקת. שאלה עקרונית היא אם עברת הגנבה צריכה להיות מוגבלת לצורות מוחשיות. חלק מהמדינות אימצו את חוק הגנבה האנגלי משנת 1968, ואילו אחרות נסמכות על הגדרת המשפט המקובל, שהגביל את סוגי הדברים שהיה ניתן לגנוב וסירב להכיר בהיותו של מידע רכוש. המדינות שאימצו את מודל 1968 ניסחו עברת גנבה שמכסה גנבה של קניין לא מוחשי. במדינות אחרות עברת הגנבה מוגבלת לצורות של קניין מיטלטל, בהתחשב בכך שרק הוא ניתן לנטילה ונשיאה: להחזקה פיזית ולהסרה.⁴⁷ גם בקרב המדינות שהציבו דרישת מוחשיות באשר לרכוש שאפשר לגנובו יש לעברת הגנבה היסטוריה של התרחבות אטית בנוגע לצורות הקניין המוגנות, מרעיון פשוט של דברים פיזיים לתפיסות מורכבות יותר של חזקה קונסטרוקטיבית. תפיסות אלו אפשרו לבתי המשפט במדינות אלו להמשיך ולראות בקניין, למטרות הגנבה, משהו פיזי ולא אגד זכויות מחד גיסא, ולהרחיב את קשת המצבים שבהם תחול עברת הגנבה לכל מצב שבו יש מוחשיות מינימלית מאידך גיסא, וכך למשל ניתן לגנוב מים מברז וגז מצינורות.⁴⁸

47 מדינת ניו סאות' וילס דבקה בתפיסת המשפט המקובל באשר לעברה הראשית של גנבה (larceny). במדינות קווינסלנד, מערב אוסטרליה וטזמניה קיימת עברה של גנבה (stealing) ועברה של מרמה. במדינת ויקטוריה, בעקבות תיקוני החקיקה באנגליה, יש שלוש עברות, האחת של גנבה (theft) ושתיים של מרמה. עברות הגנבה של מערב אוסטרליה עברו לאחרונה שינוי רציני. ראו: BERNADETTE MCSHERRY & BRONWYN NAYLOR, AUSTRALIAN CRIMINAL LAWS – CRITICAL PERSPECTIVES 258–260, 263, 267 (2004); Steel, *Problematic and Unnecessary?*, לעיל ה"ש 18, בעמ' 576; Steel, *Taking Possession*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1031.

48 ראו: Steel, *Problematic and Unnecessary?*, לעיל ה"ש 18, בעמ' 586–587.

גם היסוד הנפשי בעברת הגנבה באוסטרליה אינו אחיד. המונח "במרמה" או "אי-יושר", שבשנת 1966 סברה ועדת הרוויזיה באנגליה שאינו מצריך הגדרה בשל פשטותו, זוכה להגדרות מגוונות ולהבדלים יסודיים. יש מדינות שאינן מקנות לו כל משמעות. מדינות אחרות מבססות אותו על סטנדרטים מוסריים של התנהגות, והאחריות הפלילית תלויה במודעות הנאשם לסטנדרטים אלו. במדינות נוספות אחרות המונח מבוסס על סטנדרט מוסרי של התנהגות, אך אין דרישה שהנאשם יהיה מודע להפרתו.⁴⁹

בסמכויות שיפוט שאימצו את הגדרת המשפט המקובל לעברת הגנבה, עברת הליכה זוכה ל"חזיקים" בצורת עברות לוואי כמו גנבה על ידי נפקד, מעילה, ניצול במרמה ועברות של מרמה והפרת אמונים. התוספות הללו הגיעו מהפרלמנטים מאז המאה השמונה-עשרה, אשר לעתים כיוונו לפרקטיקות מסוימות ולעתים נוסחו ניסוח כללי. למרות ניסיונות ספורדיים לקודיפיקציה או פישוט, כתב סטיל, התוצאה הייתה מאגר מורכב ומבלבל של עברות רכוש.⁵⁰ במדינת ויקטוריה, שם עברת הגנבה זהה לחוק הגנבה האנגלי משנת 1968, עקבו בתי המשפט אחר גישת בתי המשפט האנגליים באימוץ סטנדרט מינימלי של אופי הזכויות שניתנות ללקיחה, ולקיחה יכולה להיות פעולה מינימלית כמו נטילת רכב של אחר ל"סיבוב". מנגד, במדינות אוסטרליות שהעברה שלהן מבוססת על הקוד הפלילי לדוגמה היה ניסיון להחריג אחריות בגין הפרעות מזעריות בדרישה שהלקיחה תגיע לכדי השגת זכויות מסוימות של הבעלים: בעלות בקניין, החזקה בו או שליטה בו. עדיין ניכר ששליטה בקניין כוללת פוטנציאל להתפרש בהרחבה, מבחינת הזכות הקניינית הנפגעת או הפעולה הפוגעת באותה זכות.⁵¹

ג. עברת הגנבה בשיטות משפט אחרות

1. גרמניה

פרק 19 לחוק העונשין הגרמני עוסק בגנבה ובנטילות אסורות אחרות. סעיף 242 מגדיר את עברת הגנבה הבסיסית: "מי שנוטל ונושא מאחר נכס השייך לאחר בכוונה לקחתו שלא כדין בשביל עצמו או בשביל צד שלישי, דינו מאסר חמש שנים או קנס". מייקל בוהלנדר (Bohlander) כתב כי הנטילה שאליה מתייחסת עברת הגנבה הבסיסית בחוק הגרמני איננה כל "לקיחה" (appropriation), כמו כזו שבאה לאחר שימוש באמצעים כמו תחבולה והפחדה, אלא "נטילה" (taking away), ובגרמנית (wegnahme). הכוונה היא לשבירת החזקה של הקרבן בניגוד לרצונו או ללא ידיעתו. לקיחות אחרות שאינן "נטילה" זוכות לטיפול באיסורים אחרים, אך לא בעברת הגנבה.⁵² הרכוש שניתן להיגנב במסגרת הגנבה הבסיסית הוא רק נכסים ניידים, מיטלטלין.⁵³ נדרש שלמבצע העברה תהיה כוונה ליטול את המיטלטלין נטילה לא חוקית: להתייחס אליהם כאילו הוא היה הבעלים החוקי (בעל הכוח

ראו: Steel, *The Meanings of Dishonesty in Theft*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 135–136.

ראו: Steel, *Problematic and Unnecessary?*, לעיל ה"ש 18, בעמ' 577.

שם, בעמ' 580.

ראו: MICHAEL BOHLANDER, *PRINCIPLES OF GERMAN CRIMINAL LAW* 213 (2009).

שם, בעמ' 214.

להיפטר מהמיטלטלין כרצונו) בלי שיש לו הזכות לכך.⁵⁴ זאת להבדיל ממי שביקש רק להשתמש במיטלטלין שלא כדין (furtum usus), מה שככלל אינו מהווה עברה.⁵⁵ ויינריך הסביר כי היסוד העובדתי בחוק הגרמני מתמקד ב"שבירת משמורת" של המחזיק. את הרכיב "נוטל ונושא" יש להבין כשבירת המשמורת (custody) של אחר ויצירת החזקה חדשה, לא בהכרח של הנוטל. משמורת היא החזקה עובדתית ברכוש בידי אדם, המלווה בכוונה טבעית להחזיק, ושהיקפה מוגדר בסטנדרטים כלליים: השקפתו של אזרח רגיל. מדובר בהחזקה עובדתית ולא דווקא משפטית. גם לגנב עשויה להיות חזקה, כשהרעיון הוא לשמור על הסדר הציבורי ולמנוע גנבה מגנב. במובן זה משמורת רחבה מבעלות. גם הכוונה להחזיק אינה משפטית אלא טבעית, ולכן אפילו ילד יכול להתכוון להחזיק. די בכוונה כללית.⁵⁶ שבירת המשמורת אינה חייבת להתייחס להחזקה פיזית ישירה של בעל הזכות; גם שבירה של "משמורת רופפת" (loosened custody) מספיקה. משמורת רופפת פירושה הפרדה זמנית מקומית בין הרכוש לבין המחזיק. שאלת המפתח תהיה אם ניתן לבסס מחדש את המשמורת בחלוף הזמן. לשם ההמחשה, ניתן לגנוב רכב חונה, שכן משמורת יכולה להתקיים גם כשמדובר ברכב חונה אף על פי שאין החזקה ישירה באותו זמן. המשמורת הרופפת מסתיימת כאשר הפרדה נהיית מוחלטת או סופית, או כשאדם אחר מבסס משמורת בלעדית. המשמורת נשברת אם היא מחוסלת בניגוד לרצון המחזיק. פירוש הדבר שהמשמורת אינה נשברת כשהרכוש ניתן מרצון, מהסכמה. הסכמה זו אינה חייבת להיות מפורשת, ודי שהיא קיימת, גם אם זו לא היה מסיק אותה. העובדה שמישהו רואה את שבירת המשמורת אין פירושה הסכמה כאמור.⁵⁷ בחוק הגרמני לא תיתכן חפיפה בין עברת הגנבה לעברת המרמה. עברת המרמה מבוצעת בידי מי שבכוונה להשיג לעצמו או לאחר תועלת חומרית, שלא כדין, גורם נזק לקניין של אחר באמצעות יצירת טעות או אישושה, באמצעות העמדת פנים שדבר מסוים הוא בגדר עובדה קיימת או באמצעות עיוות של עובדות קיימות. רכיב נוסף ביסוד העובדתי של המרמה הוא העברת הרכוש מרצון על ידי הקרבן, שנגרמה בשל התפיסה השגויה. אף ששתי העברות עשויות להימצא תחת הכותרת של "עברות נגד הרכוש", גנבה היא עברה שמגנה על הבעלות (ולעתים על החזקה) ברכוש (Eigentumsdelikt) בלי קשר לשווי הרכוש, ואילו עברת המרמה מגנה על מכלול הערך של הרכוש (Vermögensdelikt). תנאי מוקדם ומכריע למרמה הוא הסבת אבדן כלכלי לקרבן, תוצר אופייני אך לא הכרחי של גנבה. אין קיימת עברת גנבה שמתייחסת להסכמה שהושגה במרמה במשפט הגרמני. לעומת המונח האנגלי של לקיחה, היוצר "נקודת התכה" לכל הסוגים של עברות נגד רכוש, הגישה הגרמנית יוצרת הבחנות. יצירת משמורת חדשה היא תנאי מוקדם להשלמת היסוד העובדתי של הגנבה. הפרת משמורת כשלעצמה, ללא ביסוס משמורת חדשה, אינה מגיעה לכדי גנבה אלא רק לשלילת זכות הבעלים לעשות ברכושו כרצונו.⁵⁸

54	שם, בעמ' 215.
55	למרות האמור לעיל, שימוש ברכב מנועי במסגרת סעיף 248 בשימוש לא חוקי במשכון במסגרת סעיף 290 הם עברות. ראו שם, בעמ' 215, והדיון בה"ש 7 בקשר לדין האנגלי.
56	ראו: Weinrich, לעיל ה"ש 2, בעמ' 428, 433-434.
57	שם, בעמ' 434-435.
58	שם, בעמ' 435-439.

סעיף 243 מגדיר מקרים של גנבה בנסיבות מחמירות.⁵⁹ סעיף 244 עוסק בסוגים אחרים של גנבה מוחמרת: שוד מזוין או שוד בחבורה, או פריצה לבית מגורים. סעיף 246 עניינו מעילה או ניצול לרעה (Misappropriation). סעיף קטן (1) משתמש בלשון רחבה במיוחד ואוסר על אדם לקחת רכוש בר-טלטול של אחר בשביל עצמו או בשביל צד שלישי, והעונש בגין עברה זו הוא מאסר של שלוש שנים. סעיף קטן (2) קובע שאם הרכוש הופקד בידי הנאשם, יהיה העונש חמש שנות מאסר. מקרים אלו מכסים לקיחה שלא קדמה לה שבירת חזקה.⁶⁰ סעיף 247 עוסק בגנבה מבית ומבני משפחה. סעיף 248 עוסק בגנבה ובמעילה בדברים בעלי ערך זוטר וקובע שבמקרים אלו תהיה העמדה לדין רק אם תוגש תלונה, אלא אם מצאו הרשויות עניין ציבורי מיוחד בסוגיה. הפסיקה פיתחה "גבול" של 50 אירו בהקשר זה.⁶¹ סעיף 248 עניינו שימוש ברכב בניגוד לרצון האדם המורשה, אך רק אם הוגשה תלונה. סעיף 248 מתייחס לצריכה שלא כדין של חשמל, משום שעברת הגנבה מכסה רק מיטלטלין.⁶² הפרק הבא בחוק הגרמני, פרק 20, עוסק בשוד ובסחיטה. פרק 21 עניינו שותפות לאחר מעשה וקבלת דבר גנוב. פרק 22 עוסק בעברות הקרובות יותר למשפחת הגנבה הישראלית, מרמה והפרת אמון. סעיף 263 מגדיר מרמה: מי שבכוונה להשיג לעצמו או לצד שלישי תועלת חומרית לא חוקית מזיק לנכסים של אחר – וזאת ביצירה או בחיזוק של טעות באמצעות העמדת פנים שדברים מסוימים הם בגדר עובדות קיימות, או בעיוות או דיכוי של עובדות אמת – ייענש במאסר של עד חמש שנים או ייקנס. במקרים חמורים יהיה ניתן להטיל על העבריין עשר שנות מאסר. החוק כולל מקרים ספציפיים של מרמה, כמו מרמה באמצעות מחשב, מרמה של ביטוח, מרמה באמצעות כרטיסי אשראי ועוד. סעיף 266 אוסר על הפרת אמון: מי שמנצל לרעה כוח שניתן לו בחוק – במינוי בסמכות ציבורית או בפעולה (transaction) משפטית – כדי לשלוח יד (dispose) בנכסים של אחר או כדי לחייב אחר, או מפר את האמון לשמור על האינטרסים הקנייניים של אחר שעליהם הופקד על פי חוק, מינוי ציבורי, פעולה משפטית או יחסי נאמנות – ובכך גורם אבדן לאותו אדם שלאינטרסים הקנייניים שלו הוא היה אחראי – דינו עד חמש שנות מאסר או קנס.

2. צרפת

עברת הגנבה מצויה בחלקו השלישי של הקוד הפלילי הצרפתי, שעניינו עברות נגד רכוש. הפרק הראשון בו עניינו נטילות במרמה (Fraudulent appropriations). בתוכו, הפסקה הראשונה עוסקת בצורות קלות ומוחמרות של גנבה. סעיף 311(1) מגדיר גנבה בפשטות ובקצרה: "לקיחה במרמה של דבר השייך לאדם אחר". סעיף 311(2) קובע כי נטילה באי-יושר של אנרגייה לשימוש של אחר נטמעת בגנבה. סעיף 311(3) קובע כי העונש על גנבה הוא שלוש שנות מאסר וקנס (שיעור הקנס המרבי בעברות הגנבה השונות נע בין 45,000 אירו ל-150,000 אירו). סעיף 311(4) קובע עונש מוחמר של חמש שנות מאסר וקנס, אם מדובר באלה: גנבה בחבורה; הגנב נושא במשרה ציבורית או בשליחות

59 עם נסיבות אלו ניתן למנות גנבה שבוצעה תוך כדי פריצה, גנבה כשהרכוש מוגן, גנבה שהיא על בסיס מסחרי, גנבה של רכוש שנועד למטרות דתיות, גנבת רכוש בעל משמעות מדעית, אמנותית או היסטורית, גנבה שכרוכה בניצול חוסר ישע או מצוקה של אחר, או גנבה של נשק. בוהלנדר הסביר כי מדובר אך בדוגמאות לצורך החמרה בעונש. ראו: BOHLANDER, לעיל ה"ש 52, בעמ' 216.

60 שם, בעמ' 218.

61 שם, בעמ' 217.

62 שם, בעמ' 218.

ציבורית וביצע את הגנבה במסגרת זו; הגנב נוטל סמכות שלא כדין; אלימות קדמה לגנבה, אירעה במהלכה או אחריה, והאלימות לא גרמה להיעדרות מהעבודה; הגנבה באה בגלל מצוקה, חולשה או פגיעות של הקרבן; הגנבה בוצעה במקום מגורים או בבנק תוך רכישת גישה באמצעות הונאה, שבירה או טיפוס; הגנבה מבוצעת ברכב של תחבורה ציבורית; הרס, נזק או השחתה קדמו לגנבה, ליוו אותה או נבעו ממנה; היא מבוצעת בשל חברותו של הקרבן – או אי-חברותו – בקבוצה אתנית, לאומית, גזעית או דתית. אם הגנבה כללה שילוב של שתיים מהנסיבות הללו, אזי עולה העונש לשבע שנות מאסר ולקנס. שילוב של שלוש נסיבות מחמירות מעלה את העונש לעשר שנות מאסר וקנס. סעיף 311(5) קובע עונש של שבע שנות מאסר שעה שאלימות שהביאה להיעדרות מהעבודה של עד שמונה ימים קדמה לגנבה, התלוותה אליה או הצטרפה אליה, וסעיף 311(6) קובע עשר שנות מאסר כאשר ההיעדרות האמורה הייתה יותר משמונה ימים. סעיף 311(7) קובע עונש של חמש-עשרה שנות מאסר וקנס כאשר לפני הגנבה, במהלכה או אחריה היו אקטים של אלימות שהביאו לנכות או למום קבועים. סעיף 311(8) קובע עונש מאסר של עשרים שנה וקנס כאשר הגנבה מבוצעת תוך שימוש בנשק או איום בשימוש בו, או בידי אדם הנושא נשק שמצריך רישיון או שנשיאתו אסורה. סעיף 311(9) מאפשר להטיל חמש-עשרה שנות מאסר וקנס בגין גנבה שבוצעה בידי כנופיה מאורגנת. רכיב המאסר עשוי להגיע לעשרים שנות מאסר אם אלימות הייתה כרוכה בדבר, ולשלושים שנה אם נעשה שימוש בנשק או איום בו או נישא נשק המצריך רישיון. סעיף 311(10) מטיל עונש מאסר עולם וקנס כאשר הגנבה נעשתה תוך גרימת מוות, עינויים או בברבריות.

לאחר עברת הגנבה מופיעות עברות נוספות: הראשונות, עברות סחיטה מגוונות (extortion, blackmail – סעיף 312), החשובות פחות לספרי. לאחריהן מופיעות עברות הקרובות יותר למשפחת הגנבה הישראלית. סעיף 313 אוסר על השגת דבר במרמה ועברות דומות, בהגדירו השגת דבר במרמה – הונאה של אדם או ישות משפטית באמצעות מצג שווא הנוגע לשם או ליכולת, באמצעות ניצול יכולת אמתית או באמצעות תמרונים לא חוקיים, והכול תוך גרימה לאדם – בגין דעה קדומה שלו או של צד שלישי – להעביר משאבים, דברי ערך או כל רכוש, לספק שירות או להסכים למעשה של כניסה למחויבות או להתנערות ממנה. התנהגות זו היא בת-ענישה בשלוש שנות מאסר ובקנס גבוה מפי שניים מהקנס בגין עברת הגנבה החמורה ביותר. קיימים סעיפי החמרה הנוגעים למאסר. סעיף 314 אוסר על הפרת אמון במרמה ומגדיר עברה זאת כך: מצב שבו אדם שלאחרים יש דעה קדומה עליו, לוקח לרעה (misappropriates) משאבים, דברי ערך או כל רכוש שניתן לו ושקיבלו בתנאי של השבה, העברה או שימוש בהם בדרך ספציפית. התנהגות זו בת-ענישה היא בשלוש שנות מאסר ובקנס גבוה מפי שניים מהקנס בגין עברת הגנבה החמורה ביותר. סעיף 321 מגדיר עברה של קבלת רכוש שהושג בפשע או בעוון. סעיף 322 עניינו עברות של היזק לרכוש. סעיף 323 עניינו גישה לא מורשית לעיבוד נתונים אוטומטי. סעיף 324 משלים את הפרק של עברות הרכוש ועוסק בהלבנת הון.

ד. סיכום

אם מבחינה אינטואיטיבית המונח "גנבה" מובן או אינו מעורר סימני שאלה מיוחדים בקרב האדם מן היישוב, הרי שכבר בשלב זה של הספר עולות שתי אינדיקציות למורכבות העברה: הראשונה עלתה בפרק הקודם, שתיאר את ההיסטוריה של העברה. מתברר שלפחות בתקופות מסוימות לכאורה לא

נועדה עברת הגנבה כלל להגן על הערך שמבחינה אינטואיטיבית נראה כיום לרבים ערך המוגן בעברת הגנבה: ערך הרכוש.

האינדיקציה השנייה למורכבות העברה עולה מפרק זה, שמראה שלצד מכנה משותף בין מדינות שונות בעניין עברת הגנבה קיים גם שוני ביניהן בעניין זה. השוני האמור אינו גוזר מסקנה הכרחית של מורכבות, אך ודאי אינו משתלב עם מחשבה כי העברה פשוטה להגדרה, תחומה היטב מבחינת יסודותיה או מגנה בבירור על ערך כזה או אחר. גם שינויי הנוסח החקיקתיים במדינות שונות מעידים על הקושי שבמציאת נוסחה חדה ובהירה לעברת הגנבה.

ומה אצלנו? בפרק הבא אעבור לעברת הגנבה בשיטת המשפט הישראלית. מתי הגיעה לשולחנו של בית המשפט העליון ובאילו הקשרים? כיצד פורשה מבחינת רכיביה והערכים המוגנים בה? אילו אתגרים הציב נוסח העברה בפני הפרשנים? מה אומרת הספרות הישראלית על עברת הגנבה, על רכיביה ועל ההבחנה בינה לבין עברות רכוש אחרות? שאלות אלו ואחרות תידונה בפרק הבא.

עברת הגנבה בישראל – מבט התחלתי

א. מבוא

בפרק זה אבחן את עברת הגנבה במדינתנו. אציג פסיקה וספרות שעסקו בעברת הגנבה, על יסודותיה, הצדקותיה וההבחנות שבינה לבין עברות רכוש אחרות. לקראת סיום הפרק, המסמן גם את תום החלק התיאורי של הספר, אנסה לשאוב כמה שורות תחתונות הנוגעות ליסודות העברה ולהצדקותיה. אופן הצגת הפסיקה והספרות שייסקרו יהיה בסדר כרונולוגי. יש לכך שתי מטרות: ראשית, שקיפות לטובת הקוראים, שיוכלו לראות בבירור את השאלות שעלו על הפרק ואת התשובות שניתנו להן שלא דרך עיבוד משמעותי של המחבר, בשלב ראשון; שנית, הסקירה הכרונולוגית מאפשרת לימוד על התפתחות הדיון – הפסיקתי והאקדמי – בטיבן של העברות, ביסודותיהן ובערכים שעליהם מבקש המשפט להגן במסגרת דיני הגנבה. יש בכך להצביע על חלק מהסוגיות השנויות במחלוקת ועל הנחות יסוד שהשתרשו במסורתנו המשפטית. פרק זה יראה אילו סוגי מקרים אתגרו, ועודם מאתגרים, את בית המשפט העליון בדיני הגנבה, ואת הכתיבה האקדמית שהגיבה להם. מטרת הפרק אינה לספק תשובות לאותם אתגרים אלא אך להכשיר את הקרקע לקראת החלק הבא של הדיון בעברת הגנבה – המבט הנורמטיבי שיוצג בפרק הרביעי ובפרק החמישי.

הפרק יפתח בסקירה מפורטת של עברת הגנבה בראי הפסיקה. רמת הפירוט הגבוהה נועדה לתת ממד קצר של ספר הדרכה (textbook) ולחבר את הקוראות אל לב הפרקטיקה, אל הקושיות שעלו בעבר ואל אלו שעולות היום, וכל זאת לפני הניתוח שיוצע בפרקים הבאים. משם יתקדם הפרק לסקירת הספרות העברית (הלא רבה) שעסקה בעברת הגנבה. לאחר מכן אמשוך נתונים גולמיים מהסקירה, כדוגמת השאלות העיקריות שעולות בפסיקה, היסודות שזכו לניתוח נרחב מזה של אחרים, הקשר בין שני סוגי עברת הגנבה, הזיקה בין המישור הפלילי למישור האזרחי בעניין זה ועוד. מכל אלו אנסה לשאוב סיכום פרשני של יסודות העברה תחילה, ושל הערכים המוגנים בה בהמשך. זאת כדי להצביע על המצב הקיים, על דיני הגנבה בישראל כפי שמשקפים מקריאת הפסיקה והספרות ובשאיפה לרתום את הנתונים על המצב הקיים שיהיו לעזר בחלקו הבא של הספר, שבו אבחן עד כמה המצב הקיים הוא גם משכנע אנליטית וראוי נורמטיבית.

ב. עברת הגנבה בישראל – בראי הפסיקה

בחלק זה אתייחס לפסיקה ישראלית שעסקה בנוסח החוק. מתוך הפסיקה אפשר לאתר התייחסות ליסודות העברה, לערכים המוגנים בה ואף להיסטוריה שלה. לשם בהירות הדיון ביסודות השונים של עברת הגנבה אביא את העברה כלשונה היום. כזכור, סעיף 383 לחוק העונשין, התשל"ז–1977 מגדיר מיהו גנב:

(א) אדם גונב דבר אם הוא –

- (1) נוטל ונושא דבר הניתן להיגנב, בלי הסכמת הבעל, במרמה ובלי תביעת זכות בתום לב, כשהוא מתכוון בשעת הנטילה לשלול את הדבר מבעלו שלילת קבע;
- (2) בהיותו מחזיק כדין דבר הניתן להיגנב, בפיקדון או בבעלות חלקית, הוא שולח יד בו במרמה לשימושו שלו או של אחר שאינו בעל הדבר.
- (ב) לעניין גנבה לפי סעיף קטן (א) אין נפקא מינה שהנוטל או השולח יד הוא חבר דירקטוריון או נושא משרה בתאגיד שהדבר שייך לו, ובלבד ששאר הנסיבות מצטרפות כדי גנבה.

(ג) לעניין גנבה –

- (1) "נטילה" – לרבות השגת החזקה –
 (א) בתחבולה;
 (ב) בהפקדה;
 (ג) בטעות הבעל ובידיעת הנוטל שהחזקה הושגה כך;
 (ד) במציאה, אם בזמן המציאה מניח המוצא שאפשר באמצעים סבירים לגלות את הבעל;
- (2) "נשיאה" – לרבות הסרת דבר ממקומו, ובדבר המחובר – הסרתו לאחר ניתוקו הגמור;
- (3) "בעלות" – לרבות בעלות חלקית, החזקה, זכות החזקה או שליטה;
- (4) "דבר הניתן להיגנב" – דבר בעל ערך שהוא נכסו של אדם, ובמחובר למקרקעין – לאחר ניתוקו מהם.

הדיון החשוב הראשון שאיתרתי בנוגע לעברת הגנבה נגע לגנבה בידי נפקד, בפרשת זולברג (1956). בנוסחה הישן דובר ב"גנבה על-ידי סוכן" לפי סעיף 276(ב) לפקודת החוק הפלילי, 1936. השופט זילברג הבהיר את ההבדל שבינה לבין עברת הגנבה הרגילה: הגנבה הרגילה עניינה נטילת דבר והוצאתו מחזקת הבעלים בשינוי מקום, וגנבה על ידי סוכן כוללת "שליחות יד" אף אם אותו דבר כבר היה בחזקת שולח היד. מהי שליחות יד? כל מעשה (להבדיל מכוונה ורצון גרידא) שמבטא פריקת עול הבעלים שבשבילו נשמר הפיקדון ועשיית מעשה בעלים בחפץ, מעשה החורג ממטרות ההפקדה. זילברג פנה למשפט האנגלי והסביר כי ההפקדה (bailment) המדוברת היא מסירת חפץ המלוּנה בתנאי (delivery of goods upon a condition) לידי הנפקד. היא אינה מחייבת עריכת חוזה משפטי, ודי בכוונה מוגדרת שתבטא בעסקה שבין הבעלים לנפקד, שלפיה על הנפקד להשיב את החפץ למפקיד בתום תקופת ההפקדה.¹

1 ע"פ 27/56 זולברג נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 636, 640–644 (1956). פסק דין זה זכה לציטוטים רבים בפסיקת בית המשפט העליון לאורך השנים.

שאלת הגנבה בידי נפקד נדונה גם בפרשת בצראוי (1957), שנסבה על מכירת פרד שהסוכנות היהודית הפקידה בידי מתיישב. השופט ברנזון אימץ את הלכת זולברג והתייחס גם לשאלת היסוד הנפשי שבעברה. הוא פירט כי המילה "במרמה" אינה רק ההפך מהמונח "חוסר תביעת זכות בתום לב" בנכס הגנוב: על הנטילה להיות ברצון ובכוונה, כלומר בלי טעות: הנוטל יודע שהרכוש שייך לאחר. בפסק הדין הודגש כי תביעת הזכות בתום לב נבחנת בחינה סובייקטיבית.²

התייחסות נוספת לעברה זו, בקיצור הפעם, בפרשת בנא (1959). דובר בחוב לפי שטר בין שני אנשים, והחייב הסכים להפקיד חלק מחוב הנאשם עד שהחייב ישיג את יתרת החוב ויביאו למחרת. אלא שהנאשם לא הגיע למקום המפגש המיועד בלי להודיע לחייב או לבעל החוב. רק לאחר חודשיים נתפס על ידי המשטרה. הנשיא אולשן קבע כי במקרה של גנבת פיקדון אין צורך להצביע על כוונה לשלילת קבע. השופט זילברג, הפעם בדעת מיעוט, סבר כי אין להרשיע את הנפקד בגנבה בשליחות יד אלא אם הבעלים, במובן המשפטי של סעיף הגנבה, הפקיד את הדבר בידי הנפקד. אם הבעלים מסר את החפץ תוך הקניית זכות חזקה לנפקד, שלפני ביצוע שליחות היד שומר אותו לטובת הבעלים (בעל החוב), הרי עד לשעת שליחות היד הוא משמש ידו הארוכה של הבעלים שבאמצעותה הוא מחזיק בנכס. כלומר, זילברג הסביר כי במקרה זה אין זהות בין הבעלים לבין המפקד, ולכן אי אפשר להרשיע בגנבה בידי נפקד, והואיל ולא הוצגה הוכחה לכוונה לשלילת קבע בעת הנטילה, אין להרשיע גם בגנבה הקלאסית.³

כחצי שנה לאחר פסק דין בנא פורסם פסק הדין בפרשת טריביש, שעניינה הסכם לייצור בשר טחון. לפי הנתען קיבל הנאשם היצרן בשר בקר מחברת אינקודה ובהמשך שלח ידו במוצר המוגמר. השופט (כתוארו דאז) אגרנט כתב כי יחס של מפקד-נפקד מתהווה לאחר שהבעלים (במובן הרחב של המושג) מסר בעין חזקה חוקית בחפץ מסוים לאחר, תוך הוראה מיוחדת להשיב את החפץ או לטפל בו באופן מיוחד, כמו למסור או למכור אותו לצד שלישי. מעת שנפסק היחס של מפקד ונפקד, הופך הנפקד להיות מסיג-גבול ביחס לנכס, ויש להשיב את הנכס בעין או על פי תנאי ההסכם.⁴ אגרנט ציין שעברת הגנבה הקלאסית כוללת שלושה יסודות מצטברים: לקיחה פיזית של החפץ מרשות הבעלים (שוב, במובן הרחב), בלי הסכמתו של זה ובניגוד לרצונו, ובכוונה לשלול אותו מהבעלים עולמית, כאשר הדגש הוא על היסוד השני, שלפיו לא תיתכן גנבה ללא הסגת גבול. אגרנט סקר את ההתפתחות באנגליה הנוגעת לעברת הגנבה בידי נפקד, לרבות פרשות הבלדר ("המוביל" ו"שבירת היחידות", כלשונו) ופיר, ותוך התייחסות לספרו של הול, וציין כי חרף הפיקציות וההרחבות בדין הפלילי האנגלי לא הצליחה הפרשנות להכיל את כל סוגי הנפקדים שנהגו באיי-ושר.⁵

פרשת ברזילי (1964) עסקה ביסוד הנפשי הדרוש להרשעה בעברת גנבה בידי סוכן. ברזילי עבד בתור גובה כספים בשביל חברת עמידר. הוא גבה כספים, רשם את הסכומים בכרטיסי החיבים אך לא כלל אותם בדוחות השבועיים ולא הכניס את הכסף לבנק לחשבון החברה. רק כשעמד להתפטר נתבקש למסור את פנקסי הקבלות שלו לחברה, ולאחר שהתברר שחסר פנקס נתגלה שלא העביר את הכספים.

2 ע"פ 200/56 בצראוי נ' היועץ המשפטי, פ"ד יא 468, 471-472 (1957).

3 ע"פ 126/58 היועץ המשפטי לממשלה נ' בנא, פ"ד יג 897, 899-901 (1959).

4 ע"פ 141/59 טריביש נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יג 1793, 1800-1802 (1959). השופט זילברג הצטרף לתוצאה אך הסתייג מחלק מהדרך שבה השתמש אגרנט במשפט האנגלי, שייבא את עקרונות המשפט הרומאי.

5 שם, בעמ' 1803-1805.

בית המשפט המחוזי זיכה אותו בשל הספק שמא לא התכוון לשלול את הכספים עולמית. השופט לנדוי הפך את הזיכוי על רקע ראייתי: נוכח הראיות שהוצגו לא היה מקום להטיל ספק בהתקיימות היסוד הנפשי. השופט חיים כהן הצטרף וכתב כי הכוונה להשיב אי פעם את הגזלה לבעליה אינה משנה לעניין המרמה או הכוונה לשלול עולמית. הואיל וידע שהוא לוקח את כספי מעבידתו ולמרות זאת לקח אותם, התקיים יסוד המרמה. אפילו כוונה להשיב את הכספים אינה גורעת מכוונתו לשלול את הכספים, משום שלא התכוון להשיב את אותם שטרות שנטל. השופט כהן הוסיף והתייחס ליסוד שעניינו היעדר תביעת זכות בתום לב. גם כאשר יש למישהו זכות תביעה, אין הדבר מוכיח שהוא לקח מהחייב כדי להיפרע בתביעתו; דרושה מחשבה של רצון בפירעון של התביעה בזמן הלקיחה כדי שלא לצאת חייב בדין, וכזו לא עברה בדעתו של ברזילי בשעת מעשה.⁶

פרשת אפשטיין (1969) עסקה בשני נאשמים בגנבה בידי סוכן. אפשטיין היה בעל מניות ראשי בבנק, וחברו אמיר היה המנהל הכללי. השניים הואשמו כי עשו בבנק כבשלהם והפכו אותו למכשיר למימון עסקיו של אפשטיין באמצעות מתן הלוואות לאפשטיין ולחברות שונות שלו. אפשטיין הלך והסתבך ומשך את הבנק עמו, כשחובו לבנק הולך ותופח. השופט (כתוארו דאז) לנדוי פנה להלכה באנגליה, שם נפסק כי כוונה להשיב לבעלים דבר שווה ערך אך לא זהה עדיין תתפרש ככוונה לשלילת קבע. רצון להשיב את הכסף ויכולת לעשות כן יועילו לנאשם רק מבחינה עונשית. לעומת זאת השופט ברנזון סבר כי סיכוי סביר להשבת הכספים עשוי לפטור מאחריות פלילית, אם כי לא די בתקווה גרידא. עוד הוסיף כי עברת הגנבה אינה כוללת יסוד של הנאה לגנב מגנבתו, קרי ניתן להרשיע בגנבה גם בלי להוכיח יסוד כאמור.⁷

פרשת רוזנפלד, שהוכרעה באותה שנה, עסקה בעורך דין שטיפל בתביעות פיצויים בשל נזקי השואה והואשם שגנב כספים שהופקדו בידיו למען לקוחותיו. השופט חיים כהן התייחס לעיתוי עברת הגנבה בידי נפקד וציין כי "שעת שליחת היד" מתגבשת ברגע שבו הכספים מנוצלים לשימושו האישי של המחזיק. כהן הטעים כי הסכמה של בעלי הכסף, אם היא באה בדיעבד ולא לפני מעשה או בשעת מעשה, אינה יכולה לרפא את מעשה הגנבה, שכבר הושלם.⁸

פרשת יהודה (1974) עסקה גם היא בעורך דין ששלח ידו בכספי פיקדונות של לקוחותיו והורשע בעברה של גנבה בידי סוכן: בחלק מכספי הפיקדונות עשה עסקאות שלא על דעת המפקידים, שגם סיכנו את עצם קיום הכספים. השופט ברנזון קבע כי עברת גנבה בידי סוכן אינה מושלמת בשעת הסירוב להשיב את הפיקדון אלא בנקודת זמן מוקדמת יותר: כבר בעת שליחת היד בפיקדון במרמה. מעשה בעלים בפיקדון שלא לפי תנאיו מוכח בדרך כלל גם על ידי כוונת המרמה, המעידה שהנפקד נטל את הפיקדון במחשבה תחילה ולא בשגגה, בכוונה לשלול מבעל הפיקדון את בעלותו בו. ברנזון קבע כי מאמצים שנעשו לאחר מכן להשיב את הכספים במועד החזרתם המיועד אינם מאיינים את העברה. עם זאת ניתן לדמיין מקרה מיוחד שבו אין כוונה לשלול עולמית אם הנפקד משתמש בכסף שניתן לו בשעה שיש לו סכום זהה זמין.⁹

6 ע"פ 124/64 היועץ המשפטי לממשלה נ' ברזילי, פ"ד יח(4) 757, 759-760 (1964).

7 ע"פ 164/69 מדינת ישראל נ' אפשטיין, פ"ד כג(1) 825, 830-832 (1969).

8 ע"פ 202/69 מדינת ישראל נ' עו"ד רוזנפלד, פ"ד כג(2) 322, 327-329 (1969).

9 ע"פ 176/74 יהודה נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(1) 550, 556-557 (1974). השופט ברנזון הפנה לפסק דין קצרצר שלו בעניין אשכנזי משנת 1962. דובר בנהג מועצה מקומית שהוטל עליו לנהוג באמבולנס של המועצה, והוא גבה כספים מהחולים והעביר חלק מהסכום למועצה, ובחלק אחר השתמש לרכישת דלק

שאלה דומה עלתה בפרשת מנוף (1975). פעם נוספת דובר בעורך דין שהואשם בגנבת כספים שקיבל כפיקדון מלקוחותיו. ההגנה טענה כי למנוף היה סיכוי סביר לעמוד בהתחייבויותיו, ולכן היה חסר היסוד של כוונה פלילית: לא הייתה נטילה "במרמה". השופט לנדוי דחה את הטענה והסביר שרק בעניין שיעבוד יצא הנאשם זכאי אם התכוון לפדות את הנכסים ואם היה לו סיכוי סביר לעשות כן, אך אם ערבב את כספי לקוחותיו עם כספיו הפרטיים והשתמש בהם להקטנת יתרות החובה בחשבונות הבנק שלו, הרי שאפילו אם היה לו סיכוי להשיב את הכספים בעתיד, נעברה עברת הגנבה, וסיכוי כאמור יובא בחשבון רק בעת הטלת העונש.¹⁰

באותה שנה נדון הרכיב שאליו התייחס בעבר השופט חיים כהן בעניין ברזילי, של "תביעת זכות בתום לב", אף שהאישום המקורי לא היה בעברת גנבה כי אם בשוד. פרץ הורשע בבית המשפט המחוזי בכך שניגש לאדם בגן ציבורי, דרש את הכסף שבכיסו, ומשסירב הכהו עד שהביאו למסור את הכסף. בבית המשפט העליון הוחלט להמיר את עברת השוד בעברת תקיפה (ולתפחית בעונשו משנתיים מאסר לשנה) בשל האפשרות שפרץ הכיר את המתלונן לפני כן והלווה לו כספים, ולמעשה דרש החזרת חוב שהאמין בתום לב שהגיע לו. משום כך נקבע שספק אם הייתה גנבה, באשר לא הוכח כראוי כי נטילת הכסף לא הייתה "ללא תביעת זכות בתום לב". השופט (כתוארו דאז) לנדוי הורה על עריכת דיון נוסף שבו תידון השאלה "אם עברת שוד נעברת על-ידי מי שנוטל דבר מבעליו על-פי תביעה בתום-לב שזכותו ליטול, והוא נוטלו בדרך אלימות".

בדיון הנוסף ציין הנשיא אגרנט כי עברת השוד נתפסת כמעשה גנבה חמור: יסודות הגנבה נבלעים ביסודות עברת השוד, ואין שוד בלי גנבה, ועברת השוד מחייבת הוכחה של השלמת מעשה הגנבה בטרם ההוכחה של שימוש באלימות. המונח "תביעת זכות בתום לב" פירושו אמונה כנה מצד הנוטל שיש לו זכות חוקית (חזקה או הסכמת הבעלים), ולא רק מוסרית, ליטול מהמחזיק את החפץ לצמיתות. כשקיימת אמונה זו, שעשויה להיות כנה אף אם אינה סבירה, אין כוונה פלילית. המחוקק ביקש להימנע מלהפיל נטילת חפץ על רקע סברה כנה בזכות חוקית בו אף אם פירוש הדבר עשיית דין עצמי. אגרנט הדגיש כי היעדר תביעת זכות בתום לב היא רכיב בעברה, ואין לגרוס שתביעת זכות כאמור היא הגנה. משום כך הנטל על התביעה להוכיח את הרכיב השלילי. המונח "היעדר תביעת זכות בתום לב" יורד לעניין הכוונה הפלילית ואין לפרשו באופן שיחול גם כשהנוטל כופה באלימות על הבעלים להיפרד מהחפץ בהאמינו שזכות החזקה שלו. האמונה הכנה של הנאשם אף אינה חייבת להתייחס לדרכי

ואביזרים לרכב. אולם הוא לא העביר במסודר ובזמן את היתרה למועצה אלא רק לאחר שנקרא לכך. אשכנזי הועמד לדין באשמת גנבה בידי סוכן. בית המשפט המחוזי זיכה אותו משום שלא שוכנע שהייתה לו כוונה לשלול את הכסף שגבה בשביל המועצה, וסבר שהפרשה נולדה בגלל השיטה הפגומה שנקטה המועצה בהתנהלותה הכספית. בבית המשפט העליון דחה השופט ברנזון בחריפות את ערעור המדינה וכתב שאדם המשתמש בכסף שאינו שלו לא יישמע בטענה שקיווה להשיבו בעתיד. אולם מלכתחילה הותר לאשכנזי להשתמש בכספים שגבה לשם החזקת האמבולנס, ולא נאמר לו מתי עליו למסור את העודפים, ולכן נכון יותר לראות במצב חשבון שוטף – בין המועצה לבינו עם חובה וזכות – כשבסוף יסודר החשבון, כפי שאמנם קרה. ראו: ע"פ 14/62 היועץ המשפטי לממשלה נ' אשכנזי, פ"ד טז 571, 572–573 (1962).

10 ע"פ 356/74 מנוף נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(2) 824, 829–830 (1975).

ההגשמה של הזכות. עוד הוסיף אגרנט, כי אין זה משנה שאין זהות בין דמי ההלוואה לשרות שנלקחו, ודי שהנאשם האמין שקיימת לו זכות חוקית ליטול אותם כדי לממש את השבת ההלוואה.¹¹ פרשת אבוטבול (1975) דנה בפרשנות המונח "בעלות". אבוטבול וחבריו הוציאו מנמל אשדוד מטען של 16 טון פלסטיק ומכרוהו. אבוטבול הואשם בין היתר בעברות גנבה וגנבה ממעביד, לפי סעיפים 270 ו-275 לפקודת החוק הפלילי, בהתאמה.¹² השופט חיים כהן קבע בקצרה שאין להרשיעו לא בגנבה רגילה ולא בגנבה ממעביד וביטל את ההרשעה בגנבה סתם (בהמשך ביטל גם את ההרשעה בעברה של קבלת רכוש גנוב). בתוך כך התייחס בקצרה למונח "בעלים" בסעיף הגנבה, כדי להכריע אם הנכסים הגנובים היו קניין של רשות הנמלים, שהרי זו הייתה שומר שכר ולא בעלים. בדומה לקודמיו, ביכר כהן פרשנות רחבה של המונח "בעלים" והסיק שגם בגנבה ממעביד, כמו בגנבה רגילה, די שהנכס הוא בהחזקת המעביד, ואין הכרח שיהיה בבעלותו.¹³ השופט לנדוי הצטרף לעמדת חברו ונגע אף הוא במשמעות המונח "קניין" (property) שבסעיף 275 לפקודה. לנדוי סבר כי השמטת יסודות ה"חזקה והשליטה" (שהופיעו בחוק הגנבה האנגלי מ-1916) על ידי המחוקק המנדטורי היא השמטת המיותר, המובן מאליו. זאת משום שסעיף 263(2)(ג) לפקודת החוק הפלילי הרחיב את המונח "בעלים" (owner) גם לבעלי החזקה או שליטה. לנדוי ראה בסעיף 5 לפקודה, שהגדיר קניין: "כל דבר חי או דומם המסוגל להיות נשוא של בעלות (ownership)", חוליה המקשרת בין המונח "קניין" למונח "בעלים", מונחים שממילא חופפים זה את זה. הוא סיכם שזה הפירוש הראוי, כמו באנגליה: הקניין מיוחס הן לבעלים, הן לנפקד והן למסיג-הגבול.¹⁴

שאלה לא רגילה עלתה בעניין גרין (1979). ארבעה נאשמו במשותף: קטורזה הורשע בין היתר בעברות גנבה בידי סוכן, מכוח סעיף 276 לפקודת החוק הפלילי; עזרא וביטון הורשעו בקבלת רכוש שהושג במרמה, מכוח סעיף 310 לפקודת החוק הפלילי, ואילו גרין הורשע בין היתר בעברות גנבה ממעביד ובגנבה "רגילה", מכוח סעיף 270 לפקודה. שלושת הראשונים ערערו רק על חומרת העונש, והאחרון ערער על ההרשעה בגין אי-תחולת הדין בגין היעדר סמכות. בהיותו בלב ים קשר גרין, קצין מכוונות ראשון בחברת צים, קשר עם האחרים לפרוץ למכולה ולגנוב ממנה. הוא מסר לקטורזה על הטובין שבמכולה, והלה פרץ עם שניים אחרים למכולה וגנב מתוכה, במשך כמה לילות, ציוד צילום

11 לאור זאת הוחלט להשאיר על כנו את פסק הדין מושא הדיון הנוסף. ראו דנ"פ 6/75 מדינת ישראל נ' פרץ, פ"ד (2) 545, 549-551, 559-560 (1975).

12 עברה נוספת שממנה זוכה, מתן שוחד, נדונה בהרחבה בפרשת אבוטבול (להלן ה"ש 13) וזכתה לדיון נוסף בבית המשפט העליון בשנת 2009 בפרשת כהן, תוך התייחסות נרחבת לסטייה מתקדים אבוטבול לנוכח שינוי בפרשנות התכליתית של העברה. איני כותב זאת כאנקדוטה גרידא: שינוי העתים שהביא לשינוי פרשנות של אותה עברה הנוגעת למערכת נסיבות דומה מאוד הוא עניין חשוב מאוד לספרי, ואשוב לכך בפרק הבא. ראו: דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן (פורסם בנבו, 2.3.2009).

13 ע"פ 472/74 אבוטבול נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 301, 303 (1975).

14 שם, בעמ' 307. שאלת הבעלות נדונה בקצרה גם כמה שנים אחר כך, בפרשת מירילשוילי: בשעת פריקת סחורות ממטוס "אייר פרנס", שעצר לחניית ביניים בנמל התעופה בן-גוריון, נגנבו שתי חבילות של אבני חן משק דואר. אחת מהן נמסרה למירילשוילי, סבל ברשות שדות התעופה, שמסר אותה לראש משמרת הסבלים. זה מסר אותה לאחרים, והאחרים הצליחו להבריחה אל מחוץ לנמל בטרם חולק שווי השלל. מירילשוילי הורשע בעברה של גנבה בידי עובד ציבור, לפי סעיף 390 לחוק העונשין (וכן בגנבת דבר דואר, לפי סעיף 84 לפקודת הדואר [נוסח חדש]). השופט (כתוארו אז) שמגר דן בקצרה בפרשנות המונח "בעלות" בזיקה לחבילות וכתב כי הוא כולל בין היתר גם את זכות החזקה או השליטה, לאור סעיף 383(ג)(3). ראו ע"פ 861/79 מירילשוילי נ' מדינת ישראל, פ"ד (4) 163, 167 (1981).

בשווי כמאה אלף דולר. שאלת התחולה התעוררה מכיוון שהמעשים נעשו בלב ים (בין יפן לארצות הברית) ובאנייה שלא הייתה רשומה כישראלית. הואיל ולא ניתן אישור היועץ המשפטי לממשלה להעמדה לדין בעברת חוץ, נדונה הסוגיה מתי הושלמה עברת הגנבה. השופט (כתוארו דאז) שמגר כתב את פסק הדין ופנה לעברת הגנבה בסעיף 263 לפקודת החוק הפלילי (שעד לדין הפך לסעיף 283 לחוק העונשין, התשל"ז-1977). שמגר ציין כי "בעלות" לעניין הסעיף כוללת גם "שליטה", ולכן כשמובלת סחורה לפי חוזה, גנבת הסחורה מתגבשת לא רק בשלילתה מהבעלים כפשוטה אלא גם בשלילתה שלא כדין משליטת המוביל. שמגר פירש את המונח "נושא", שמסמן מושג אמורפי שהערים לא מעט קשיים, ככולל ניתוק, ולו רגעי, של החפץ משליטת בעליו והעברתו לחזקת הלוקח, אף אם העברין נתפס במקום. העברה מושלמת במצב כזה ואינה בבחינת ניסיון גרידא. שמגר הוסיף והתייחס לשאלת מעמדם של עבריינים המסייעים בידי מי שנטל את הרכוש מהמקום שבו הופקד על ידי בעליו.¹⁵ הוא תהה מה דינו של מי שנוטל רכוש מהמקום שבו הפקיד אותו הבעלים ומחביאו במקום אחר בתוך אותו מתחם ומעבירו בעצמו או באמצעות שותפיו כמה פעמים ממקום למקום כשכל העברה, שהיא שלב בביצוע המשימה הפלילית, עדיין מבוצעת בתוך התחום שבשליטת הבעלים. שמגר הציע לראות בגנבה שרשרת נטילות המתבצעות כשהרכוש מוזז ממחבוא למחבוא, אך עדיין בתוך המתחם המקורי: סדרה של עברות גנבה נפרדות ומושלמות. זאת משום שכל עוד לא הוצא הרכוש מהמתחם המקורי, לא תמה לגמרי החזקת הבעלים. עם הנטילה הראשונה והטמנת הרכוש במתחם הבעלים נוצרה מעין החזקה כפולה, זו של הגנב המחביא וזו של הבעלים שהרכוש עדיין מצוי במקום שבשליטתו. במקרה דנן פעולת ההעברה השלישית בוצעה במימי החוף של ישראל, וגרין נראה שותף לה, ולכן הייתה תחולה לדיני העונשין בישראל על מעשהו. ערעורו של גרין, כמו אלו של חבריו, נדחה.¹⁶

בפרשת אלוני (1982) נותח הרכיב "במרמה וכלי תביעת זכות בתום לב", שזכה לדין נרחב בפסיקה מאוחרת וניתוחו אינו חף מקשיים. דובר בערעור על זיכוי של אלוני מעברות גנבה בידי מורשה, שבהן הואשם לנוכח מתן הוראות להעברת כספים מחשבון אגודה ציבורית שבראשה עמד אל חשבון של רשימה פוליטית שהקים ושנזקקה למימון לתחילת פעילותה. שלושת השופטים דחו את הערעור ושלושתם התייחסו לרכיב המרמה. הנשיא לנדוי כתב כי המבחן של תום הלב בסעיף 383 לחוק העונשין הוא סובייקטיבי בהגדרתו, ואולם הלכה למעשה התרחק לנדוי מהלכת בצראוי (כלי להזכירה) כשהבהיר כי על תום הלב לעמוד גם במבחן אובייקטיבי. לנדוי הסביר שלא ייתכן שכל אדם יקבע לעצמו מה היא תביעת זכות בתום לב, ובית המשפט לא ייתן ידו להתפוררותן של נורמות

15 ראו ע"פ 648/78 קטורזה נ' מדינת ישראל פ"ד לג(1) 517 (1979) (להלן: פרשת גרין). שמגר הפנה לפרשת אלבו, שם הפנה השופט ויתקון לספרות אנגלית שלפיה "ברגע שהגנב מזיז את החפץ אפילו שבריר של אינץ'" – הגנבה מושלמת. אלא שכל עוד הרכוש הגנוב בתוך החצרות, רואים בגנבה משימה מתמשכת. ראו ע"פ 91/74 אלבו נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(1) 407 (1974). בפסק דין אלבו, הקצר למדי, התקבל ערעור הנאשמים, והרשעתם בעברת גנבה בידי עובד ציבור הומרה בהרשעה בקבלת רכוש גנוב. השופט ויתקון ייחס חשיבות רבה לאופי המקום שבו החלה הגנבה: אם הוא מוגבל ומפוקח, הוצאתו עלולה להיות החלק הקשה והמסוכן ביותר בכל הגנבה. מנגד, קבלתו של חפץ קטן בקצה השטח של נמל תעופה, כפי שהיה באותה פרשה, והרחקתו משם בידי מי שלא היה שותף לתכנית מראש – אינן חלק מהגנבה אלא קבלת רכוש גנוב.

16 שמגר הוסיף והתייחס לרעיון עברת השרשרת, רעיון שפותח בהרחבה בהמשך (דנ"פ 4603/97 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 160 (1998)). ראו פרשת גרין, לעיל ה"ש 15. להתייחסות בספרות שדנה בפרשת גרין ראו חלק ג.

התנהגות ציבורית ראויה. על תום הלב הסובייקטיבי לעמוד באמות המידה של עסקן ציבורי הגון המקפיד בכספי הציבור כראוי, ולא ייתכן שכל אדם יהפוך למחוקק שיקבע לעצמו מהי תביעת זכות בתום לב.¹⁷ ממלא מקום הנשיא יצחק כהן כתב שנטילה פיזית של כסף משמעה שהנוטל אינו יכול ואינו מתכוון להחזיר את אותם השטרות שנטל, ולכן שולל את אלה לצמיתות מהבעלים. אין פירוש הדבר שמתקיים יסוד ה"מרמה" או היסוד של "אי-יושר". כהן הסביר כי זהו כיום היסוד של עברת הגנבה לפי חוק הגנבה האנגלי משנת 1968, במקום "מרמה" לפי החוק הקודם. הוא פנה לפסיקה האנגלית והסיק ממנה כי שאלת יסוד "אי-יושר" תוכרע על פי קנה מידה של "אנשים הגונים רגילים" (קנה מידה שאמנם אומץ בפסיקה מאוחרת לפרשה זו). כהן סבר שאין טעם לנסות לקבוע כללים נוקשים, אלא מוטב להותיר את ההכרעה לנסיבות, ללא התחשבות בעולם מושגים מעוות של נאשם. לגישתו, אמנם החוק הישראלי נוקט לשון של "מרמה", אלא שכמו באנגליה, הביטוי "אי-יושר" מובן יותר לציבור ופשוט הוא מ"מרמה".¹⁸ גם השופט בייסקי פנה למשפט האנגלי, ציין את השקילות בין נטילה באי-יושר לבין נטילה במרמה והבהיר כי מי שנטל בכוונה להשיב את שלקח, ויש סימנים חיצוניים לכך, לצד סיבה טובה להניח שיוכל להשיב כאמור – אינו נוטל באי-יושר.¹⁹

פרשת משריקי (1983) עסקה באישום בגנבה בידי עובד ציבור. משריקי היה מוכר בולים בסניף דואר, והועמדה לרשותו קופת בולים. בביקורת פתע שנערכה בקופות הסניף הראתה קופתו חסר, ונתגלה רישום כוזב. בית המשפט המחוזי שמע את הראיות וקבע שמשריקי שלח ידו בסכום הגירעון, והרשיעו בגנבה. בערעורו לבית המשפט העליון טען משריקי כי התביעה לא הוכיחה את היסוד הנפשי "במרמה", שעניינו אי-יושר במעשה. השופט נתניהו דחתה את הערעור והתייחסה בקצרה גם לשאלת הכוונה לשלילת קבע, בכתבה כי כשמדובר בנכס שאי אפשר לשאלו ולהשיבו בעין אלא רק ללוותו ולהחזיר את שווה הערך שלו, היסוד של כוונה לשלילת קבע מוכח מאליו או מיותר. את עיקר תשומת לבו הקדישה נתניהו לשאלת המרמה. הלכה היא שאדם המשתמש בכסף לא לו המצוי ברשותו, בתקווה או בצפייה בלבד שיוכל להחזיר בעתיד את שוויו, כשיידרש לכך, עובר עברת גנבה. כקודמיה, פנתה גם נתניהו למשפט האנגלי וציינה כי במקרים קיצוניים אין קושי להסיק "אי-יושר": קל להבחין בין פורץ המספר כזבים על כוונה להשיב את הכסף לבין מי שנוטל מעט כסף מחברו ומותר פתק בדבר כוונתו להשיב את הכסף, וקל להבחין בין פקיד הגון הזקוק בדחיפות ובמפתיע למזומנים ומספר על נטילתו למעבידו בהזדמנות הראשונה לבין מי ששותק עד שמעשיו מתגלים ואז מספר שהתכוון להחזיר. נתניהו אימצה את המבחן המשולב של פרשת אלוני וכתבה שיסוד המרמה צריך להתקיים במחשבתו של הנאשם, אך גם לאור אותו קנה מידה של אנשים רגילים והגונים.²⁰ השופט בייסקי הצטרף, על רקע ממצאי עובדה. בדעת מיעוט התייחס השופט שינבויס ליסוד המרמה והקבילו ליסוד של אי-יושר כפי שהוגדר בחוק האנגלי המעודכן. שינבויס גרס שאי-יושר בפעולת הנוטל מתקשר לכוונתו ליהנות מפרי המעשה האסור, מעשה שזיק – או צפוי להזיק – לבעל הנכס באופן ממשי ולא רק יסב לו אי-נוחות גרידא, שעשויה להיגרם גם משאילה ללא הסכמה. התנהגות שמהווה עברה משמעתית אינה בהכרח מלמדת על אי-יושר ואינה מכניסה את המעשה לגדר האיסור על גנבה.

17 ע"פ 594/81 מדינת ישראל נ' אלוני, פ"ד לו(2) 57, 63–64 (1982).

18 שם, בעמ' 67–69.

19 שם, בעמ' 69–70.

20 ע"פ 360/82 משריקי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 124, 131–136 (1983).

במקרה דנן משריקי התכוון להשיב את הכסף והיה ביכולתו לעשות כן, באשר הסכום היה בהישג ידו, ולכן יש לזכותו.²¹

כחצי שנה לאחר פרשת משריקי ניתן פסק הדין בעניין אלמגור: אדריכל שקיבל כספים לצורכי ההוצאות של בניית בית בשביל לקוח אך השתמש בהם לענייניו הפרטיים. הוא הורשע בגנבה בידי נפקד. טענותיו היו שיש להבחין בין עורכי דין, שעליהם מוטלת חובה מיוחדת שלא לערב כספי פיקדון עם כספיהם שלהם, לבין אחרים, שאינם מחויבים לעשות כן מכוח כללי אתיקה. עוד טען אלמגור שלא הוכחו כוונת השלייה העולמית והמרמה, ושהמקרה מגלה לכל היותר תביעה אזרחית להשבת הכספים. השופט בייסקי דחה את טענות אלמגור: באשר לראשונה קבע כי יש לבחון את יסודות העברה ולא את מקצועו של הנאשם. באשר ליסוד הנפשי הסביר כי לא תמיד קל להוכיח את הרגע הקריטי שבו התגבש היסוד הנפשי שבעקבותיו בא המעשה של "שליחת יד", אך אין זה תנאי הכרחי: את מעשה שליחת היד ניתן להוכיח על פי מכלול הנסיבות. יסוד ה"מרמה" בפקודת החוק הפלילי מזוהה עם אי-היחוס שבחוק האנגלי מ-1968, והוא יוכרע על פי נסיבות המקרה, לפי קנה מידה של אנשים הגונים רגילים. שוב נפסק כי תקווה או תוחלת להשיב את הכספים בעתיד (או לזקוף אותם על חשבון שכר טרחה עתידי) אינה מאיינת את היסוד הנפשי של מרמה וכוונה לשלייה עולמית כשהנסיבות מעלות אי-יחוס בשעת מעשה.²²

פרשת דרוויש (1991) עסקה בשישה עובדי עיריית ירושלים ונושאי תפקידים בארגון העובדים ובקופת התגמולים של עובדי העירייה שהואשמו בעברות הקשורות לניצול תפקידיהם ומעמדם בארגון ובקופה להשגת טובות הנאה פרטיות, לרבות עברות של גנבה בידי עובד ציבור וגנבה בידי מנהל, שבהמשך הומרו לעברות גנבה בידי מורשה. לפי האישומים העובדים בילו בחופשות במסווה סמינרים, טסו בטיסות פרטיות לחו"ל במסווה נסיעות בתפקיד והוציאו הוצאות פרטיות מוסוות נוספות. בית המשפט המחוזי זיכה אותם מעברות הגנבה משום שלא הוכחה נטילה "במרמה ובלא תביעת זכות בתום-לב". המשנה לנשיא אלון כתב את פסק הדין, בקבלו את הערעור ובהרשיעו את המשיבים. בעקבות פרשת אלוני הדגיש כי תפיסת עולם סובייקטיבית מעוותת ונורמות חברתיות פגומות כמסורת של שנים, שלפיהן שליח ציבור רשאי לנהוג בכספי ציבור כבשלו, לא תמנענה הרשעה בגנבה. המקובל והנהוג עשויים ללמד על תום לב, אך לא כשהם מבטאים כשלעצמם נורמה משובשת. נוהג כשלעצמו אינו הגנה, וטיעון בדבר תום לב המתבסס על נוהג של בזבז כספי ציבור במסווה של סמינרים וימי עיון הוא תמוה ומתמיה. גם העובדה שהמעשים נעשים בגלוי אינה בהכרח מלמדת על תום לב שעה שהחלק הלא חוקי בהם אינו גלוי כלל.²³

טענה נוספת שעלתה בפסק הדין הייתה כי יתרת חשבון בנק אינה "דבר הניתן להיגנב". אלון ציין כי שאלה זו טרם הוכרעה ואינה מחייבת הכרעה, באשר במקרה דנן ניטלה המחאה, שהיא בוודאי דבר הניתן להיגנב. את טענת ההגנה שלא התקיים היסוד של היעדר הסכמת בעלים משום שהגופים המוסמכים אישרו את משיכות הכספים, דחה בקבעו כי ההסכמה התבססה על ההנחה שדובר בסמינרים אמתיים ולא בימי נופש, והסכמה זו לאו הסכמה היא. אפילו אם התיימרו המחליטים להסכים למתן ימי נופש וטיולים לחברי ההנהלה, כי אז הפרו המחליטים עצמם את חובת האמון החלה עליהם, ואין

21 שם, בעמ' 139–140.

22 ע"פ 69/82 אלמגור נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(4) 757, 764–766 (1983).

23 ראו ע"פ 121/88 מדינת ישראל נ' דרוויש, פ"ד מה(2) 663, 700–701 (1991).

לראות בהחלטותיהם משום הסכמת בעלים. כלומר, אם הוטעו, הסכמתם אינה מדעת ולפיכך לא תיחשב "הסכמת בעלים", ואם הסכימו להוצאות שכאלו, חרגו מתפקידם והסכמתם בטלה. בהמשך לפרשת משריקי הוסיף אלון והתייחס לרכיב המרמה, שלגישתו מוסיף למעשה הגנבה את הגינוי המוסרי שהוא ראוי לו, שבלתו אין גנבה. זהו יסוד של אי-ישר, שעליו להתקיים במחשבת הנאשם, אך לא ייבחן בסטנדרטים של אדם בעל מושגי מוסר מעוותים אלא של אנשים מהוגנים.²⁴

במרכז פרשת ברזל (1992) עמדו שתי דמויות. דובר בבנק שנכנס לגירעון כבד והוגשה בקשה לפירוקו. הלפרין, ששלט בבנק, ועורך דין ברזל, שסייע לו מקצועית, הועמדו לדין בעברות שונות הכוללות גנבה בידי מורשה, שעניינן מעילות שונות, ובהן מתן אשראי ללא ביטחונות לכמה חברות שלהלפרין ולברזל היה אינטרס כלכלי בהן. השופטים גולדברג, מלץ ואור כתבו פסק דין מאוחד, למעט סוגיה אחת שבה היה גולדברג במיעוט. שאלה מרכזית שעלתה בפסק הדין נגעה ליסוד הנפשי הנדרש בעברת הגנבה בידי מורשה. בית המשפט מיאן לסטות מהמבחן המשולב אך קבע כי את הכוונה להשיב את הנכס יש לבחון לפי אמונתו ודעתו של הנאשם, באשר אין זה ראוי להרשיע אדם שסבר בתום לב שהוא יכול להשיב את הנכס. נפסק כי במבחן האובייקטיבי ישמש המישור הראייתי בלבד, קרי ייבחן אם אמנם אמונת הנאשם כנה היא. הוטעם כי לא די בסיכוי מצד הנאשם להשיב את הגנבה, אלא תידרש "מידת ודאות" לכך, באשר הערך המוגן בעברת הגנבה הוא שמירה על רכוש הזולת. בית המשפט סיכם את הדרישה הסובייקטיבית הזו בנימה אובייקטיבית, בכתבו כי ודאות להשבה בעיני הנוטל היא החשובה, אך רק בהנחה ששיקול דעתו הסובייקטיבי של הנאשם אינו סוטה מן הסביר.²⁵

פסק הדין בפרשת סוקולובסקי ניתן כחודשיים לאחר פרשת ברזל. דובר בפרופסור מן המניין לביר-פיזיקה ולביר-כימיה באוניברסיטת תל-אביב ובאביו, בעל משרד נסיעות. הם הואשמו בסדרת עברות, ובהן גנבה בידי מורשה על רקע עסקאות בין רשויות האוניברסיטה למשרד הנסיעות של האב לשם מימון נסיעותיו של הפרופסור, כאשר השניים הותירו בכיסם כספים שנועדו לתשלום עבור טיסות שבוטלו ולאש"ל. הפרופסור טען שקיבל כדין את הכסף עבור כרטיסי הטיסה, ושאי-ניצולם אינו גנבה אלא יצירת חוב לאוניברסיטה, וחוב אינו יכול להיגנב. הנשיא שמגר, כותב דעת המיעוט, הציע להותיר על כנו את הרשעותיהם של הפרופסור ואביו בבית המשפט המחוזי בשל החריגה ממטרת ההפקדה. הוא התייחס לסעיף 383(א)(2) לחוק העונשין, גנבה בידי מחזיק בפיקדון, וציין כי מקור המונח "פיקדון" בפקודת החוק הפלילי, בתרגום המילה Bailment, ואילו המחזיק בפיקדון כונה בהלכה "נפקד" (ברומה ל-Bailee), והוא בעל דמיון ל"שומר" שבחוק השומרים, התשכ"ז-1967.²⁶ באשר ליסוד הנפשי העיר שמגר כי הגם שסעיף 383(א)(2) לחוק העונשין אינו כולל יסודות של "היעדר

24 שם, בעמ' 705-707. בסופו של דבר הושב הדין לבית המשפט המחוזי, כדי שיקבע תחילה ממצאים עובדתיים, שלב שעליו דילג בדרכו לזיכוי. פרשה זו זכתה לגלגול נוסף בבית המשפט העליון בעניין כהן, בשנת 1993, בערעור על ההרשעה בגנבה בבית המשפט המחוזי. השופט גולדברג דחה את הערעור. באשר ליסוד ה"מרמה" הפנה לפרשת ברזל, כמבואר מיד, וכתב שלפי קנה מידה של אדם רגיל והגון נטילת החזר הוצאות לנסיעה לנופש והצהרה שדובר בנסיעה בתפקיד הן ללא ספק "אי-ישר": אדם מן היישוב ודאי מבין היטב במה מדובר, ואין להניח כי סבר שהוא זכאי להחזר במצב שכזה. לאור זאת ודאי דובר בגנבה. ראו ע"פ 419/92 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד מז(3) 821, 832-833 (1993).

25 ע"פ 752/90 ברזל נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 539, 558-561 (1992).

26 ע"פ 293/89 סוקולובסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 92, 115-120 (1992).

תביעת זכות בתום לב" ו"כוונה לשלול שלילת קבע" אלא רק "מרמה", הרי שמקובל לדרוש את כל שלוש היסודות גם בעניינו.²⁷

השופט שלמה לוין, בדעת רוב ותוך הסתמכות על פסיקה אנגלית, התייחס ליסודות עברת הגנבה בידי נפקד. הוא נסמך על מאפייני הפיקדון כפי שסורטטו בעניין טריביש וכתב כי בהיעדר הגדרה מיוחדת בחוק העונשין למונח "פיקדון" יש לפנות להגדרתו בדין האזרחי. הוא פנה לחוק השומרים, התשכ"ז-1967 ומצא כי במקרה דנן לא נוצר יחס של שמירה בין האוניברסיטה לבין הפרופסור. לוין גרס שלפי הדין האזרחי יש לראות בפרופסור בעלים של כרטיסי הטיסה וכספי האש"ל, ולכן יש לראות כאמור גם לפי דיני העונשין. אין ליצור מושג עצמאי למונח "פיקדון" בשביל דיני העונשין, ואם לא היה פיקדון מבחינת הדין האזרחי, הוא גם אינו מתקיים במישור הפלילי במקרה דנן, ויש לזכות את הפרופסור מעברות הגנבה. לוין נגע בהיסטוריה של דיני הגנבה באנגליה ובארצות הברית וציין שכאשר גילה המחוקק שהחוק צר מלכסות מגוון מקרים, הוא יצר עברות נוספות כמו מעילה. משלא בחר המחוקק הישראלי להרחיב את עברות הגנבה או ליצור עברה של מעילה שמתאימה למקרה שכזה, אי אפשר להרשיע את המערערים בעברת הגנבה (אך הם מורשעים בהפרת אמונים ובקבלת דבר במרמה).²⁸

השופט (כתוארו דאז) ברק הוסיף והתייחס גם הוא להיקף עברת הגנבה וליחס שבין המשפט האזרחי לבין המשפט הפלילי בהקשר זה, הבחנה בעלת חשיבות רבה לתיחום עברת הגנבה. לדידו, שומר בכסף הנוטל שטרות מתוך התחייבות להשיבם למחרת ובוחר להשתמש בכסף לצרכיו או להכניסם לחשבון, הוא גנב. לעומת זאת מי שקיבל כספים כדין למטרה מיוחדת והשתמש בהם למטרה אחרת הופך עם קבלתם לבעליהם ואינו בגדר שומר (נפקד). אם ישתמש בהם בניגוד למטרה שלשמה נתקבלו כדין, לא גנב יהא.²⁹ התנהגות הנאשם, הפרת התחייבות אזרחית שקיבל עליו והפרת אמונים פלילית לאוניברסיטה, אינה ראויה אך אינה גנבה. חשוב לשמור על גבולותיה הראויים (והדקים לעתים) של עברת הגנבה, וחשוב להבחין בין המשפט האזרחי לבין המשפט הפלילי ככלל ועברת הגנבה בפרט. הגם שאי-פירעון חוב אסור במישור האזרחי, אין הוא בכחינת גנבה, גם אם לחייב ברור שאין לו הגנה טובה לאי-השבת החוב אך עדיין הוא מסרב להשיבו. שימוש בכספים מחוץ למטרת ההרשאה הוא מעשה אסור במישור האזרחי, אך אינו גנבה. כך למשל מי שמקבל הלוואה מבנק לצורכי דיור, אך לאחר מכן מפר התחייבותו ומשתמש בה לצרכים אחרים, אינו גנב. ברק הגדיר את הגנבה הקלאסית ככרוכה בנטילת נכס של הבעלים, ללא הסכמתו, תוך מניעה בדרך קבע של יכולתו להשתמש באותו נכס, והתייחס להרחבת המסגרת שנעשתה בחוק כדי לכלול גנבה בידי שומר מועל.³⁰

פרשת הרנוי (1993) סבבה סביב עורך דין שהואשם בשתי עברות של גנבה בידי מורשה, האחת נוגעת לשיעבוד כספי פיקדון שמסר לקוח להפקדה בחשבון בנק במסגרת עסקת מקרקעין, והשנייה להפקדת כספים שקיבל הרנוי מלקוח לשם העברתם לאחר במהלך עסקה במקרקעין. שאלה מרכזית שעלתה הייתה אם יתרת זכות בחשבון בנק היא דבר הניתן להיגנב. השופט דורנר ציינה כי בתי משפט

27 שם, בעמ' 133-134. שמגר הפנה בהקשר זה לעניין אלמגור, לעיל ה"ש 22.
28 ע"פ 293/89 סוקולובסקי, לעיל ה"ש 26, בעמ' 103-106. ברק הצטרף לעמדת לוין וציין כי עם חקיקת חוק השומרים יש לפרש את הנפקד שבסעיף 383(א) כמתייחס לשומר (מחזיק כדין שלא מכוח בעלות) על פי דיני השומרים. שם, בעמ' 153.

29 שם, בעמ' 155.

30 שם, בעמ' 157.

מרשיעים מי שנטלו כסף מחשבונות בנק כבדרך שגרה ובלי לנתח את יסודות עברת הגנבה. היא קבעה כי דבר הניתן להיגנב הוא דבר בעל ערך כלכלי, וכי ליתרת זכותו של לקוח בבנק יש ערך כלכלי. בהתייחסה לשינויי העתים כתבה כי כיום חלק ניכר מנכסי האדם אינו מוחשי עוד: האדם המודרני מחזיק את כספו בחשבון בבנק ולא במזומן. שינוי זה, היא ביארה, מצריך התאמה של הגדרת הגנבה למציאות החדשה, על פי תכליתה, ואין סיבה להגביל את העברה לנכסים מוחשיים בלבד. המונח "דבר הניתן להיגנב" גמיש, ואין מניעה לפרשו בהרחבה לפי תכליתו, הגם שזו אינה חופפת את הכוונה ההיסטורית של המחוקק.³¹ באשר לערך המוגן בעברת הגנבה, דורנר נקטה אותה תשובה אינטואיטיבית שעלתה בפרשת ברזל, עת קבעה כי תכליתה של עברת הגנבה היא להגן על רכושו של אדם. אין להציב דרישת מוחשיות בגדר יסודות העברה, באשר דרישה זו שוללת את ההגנה מחלק עיקרי של הנכסים שמחזיק האדם בימינו ואינה הולמת את תנאי החיים המודרניים. כלומר, "דבר הניתן להיגנב" כולל גם זכויות ונכסים לא מוחשיים.³²

פרשת גולדין (1995) מעניינת במיוחד מבחינת הדיון המשפטי. החלק העובדתי סבוך מאוד, ודי צייין כי גולדין היה מנכ"ל חברה שהואשם בעברות שונות, ובהן קבלת דבר במרמה בניסיון

31 מעניין כי דיני הגנבה האנגליים התפתחו במאה השמונה-עשרה לא רק בהתחשב בתפיסות של החוקה ובעלות, כמתואר בפרק 1, אלא גם בהתחשב בדברים שהיו ניתנים לגנבה. ראו: Michael E. Tigar, *The Right of Property and the Law of Theft*, 62 TEX. L. REV. 1443, 1455–1456 (1984). טיגר הפנה לפרשת פירס (Carver v. Pierce, 82 Eng. Rep. 534 (K.B. 1648)), שעסקה בתביעת דיבה משום שהנתבע אמר: "אתה גנב, משום שגנבת את הדשן שלי". האם דשן יכול להיות מושא גנבה? בית המשפט החליט שאם הדשן היה מונח על הקרקע, התשובה היא לא, והתובע לא הושמץ, משום שדיבה מחייבת לשון הרע. לעומת זאת אם הדשן נערם על ידי אדם, נטילה יכלה להיות גנבה. מקרים אחרים השתמשו בניתוח דומה: השופטים הסכימו שאי אפשר לגנוב חיית בר, אבל כזו שנתפסה ונכלאה דווקא יכולה להיות מושא גנבה. באשר ל-*choses in action*, לורד קוק כתב ב-1584 שהדבר אינו יכול להיות מושא לגנבה, אף שהחלטתו ספגה ביקורת. הפרלמנט העביר חוק ב-1729 שהפליל נטילה של דבר כמו המחאה (Geo. 2, ch. 25 (1729)). בה"ש 72 כתב טיגר שהחוק הרומאי העניש מי שגנב נייר שמעיד על חבות כאילו גנב מיטלטלין בעלי ערך זהה: dig. just. 47.2.27. התפתחות זו השיקה לגידול בחברות, מניות ואינטרסים בנקאיים בעיר לונדון. מהמאה השמונה-עשרה ואילך התאפיינה ההיסטוריה החקיקתית של דיני הגנבה בחוקים מיוחדים בנוגע לפריטים מסוימים שהפרלמנט ראה לנכון להבליט כמושאי גנבה.

32 ע"פ 232/93 הרנוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(5) 787, 810–814 (1993). פסק הדין התרחק מאמרת אגב משנת 1976 של הנשיא אגרנט (שאליו הצטרפו השופטים ברנזון ושרשבסקי) בפסק דין בעניין כץ: יתרה העומדת לזכותו של לקוח בחשבוננו בבנק אינה בבחינת "דבר שאפשר לגנובו", משום שהיחסים בין בנק ללקוחו לעניין יתרת חשבוננו הם יחסי לוה-מלווה: עם תשלום הכספים לחשבון הם הופכים לרכוש הבנק, שחייב ללקוח את יתרת הסכום. חבותו של הבנק אינה יכולה לשמש מושא של עברת גנבה, להבדיל ממסמך המגלם בקרבו זכות שכזאת. הדברים היו הערת אגב, באשר אגרנט ביכר שלא לקבוע מסמרות בנושא והשתית את מסקנת הזיכוי על טעם אחר. ראו ע"פ 515/75 כץ נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(3) 673, 688–689 (1976). קביעה דומה לזו של פרשת הרנוי עלתה בבית הדין הצבאי לערעורים בפרשת דניס (1997). רב"ט דניס הואשם בגנבה מחייל בכך שקיים שיחות טלפון באמצעות מספרי קוד "בזקארט" של חיילים. טענת ההגנה הייתה שהחשבונות שחויבו, של הורי החיילים, לא היו ב"רשות" החיילים. בית הדין הצבאי לערעורים התייחס גם לעברת הגנבה שבחוק העונשין (הנבדלת חלקית מהעברה שבסעיף 84 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955) ופסק שהמפתח בהגדרת החזקה הוא השליטה, שכוללת יסוד נפשי ויסוד פיזי ואינה מחייבת קרבה פיזית. עוד צוין כי עברת הגנבה יועדה כעניין של מסורת להגן על החזקה במיטלטלין, אך לנוכח מציאות החיים המודרנית הורחבו גבולות האיסור בסעיף 383 לחוק העונשין, והמונח "דבר הניתן להיגנב" זוכה לפרשנות גמישה יותר ואינו מתייחס רק לרכוש מוחשי, אם כי עליו להיות בעל ערך כלכלי. ראו ערעור 8/97 רב"ט דניס נ' התובע הצבאי הראשי (פורסם בנבו, 30.4.1997).

מחמירות, גנבה בידי מורשה וגנבה בידי מנהל. בית המשפט העליון נתן פסק דין ארוך ומנומק, שבו ניתר ניתח את עברת הגנבה ואת היחס שבינה לבין עברת המרמה. השופט גולדברג הסביר כי האינטרס החברתי המוגן בעברת הגנבה הוא זכות ההחזקה. זאת הוא הסיק מלשון הסעיף: מההגדרה הרחבה של הבעלות בעברת הגנבה לעומת הדין האזרחי, שכוללת גם החזקה בנכס או זכות להחזקתו. עברות הגנבה המפורטות בסעיפים 390–393 לחוק העונשין עניינן גנב בעל זהות ומעמד מיוחדים, שלהם הוא זוכה מבעל הנכס, מה שמלמד על הפרת חובת נאמנות נוסף על פגיעה בזכות ההחזקה של בעל הנכס. לעומת זאת עברת המרמה מתייחסת לאינטרס חברתי מוגן אחר: חופש הרצון, חופש הפעולה וחופש הבחירה של המרומה. השגת החזקה במרמה על ידי מי שאינו שלוח אינה גנבה לפי סעיף 383(א)(2) לחוק, שעוסק בהחזקה שהושגה "כדין", קרי בהסכמת בעלים שהיא נקייה מפגם. זאת להבדיל מסעיף 383(א)(1) לחוק, שעוסק במצב שבו החזקה הושגה ללא הסכמת הבעלים או בהסכמה שלא מדעת, לאור סעיף 383(ג)(1). שתי צורותיה של עברת הגנבה, בסעיפים 383(א)(1) ו-383(א)(2), נבדלות ביניהן ביסוד חוקיות החזקה. הזיקה המשפטית בין הבעלים לעבריין עשויה להשליך על תיחומן הפנימי של שתי צורות הגנבה, בהקרנה על פרשנות הביטוי "כדין" שבסעיף 383(א)(2) לחוק, ועיתוי ההחלטה של מקבל הנכס לנהוג בו מנהג בעלים מבחיין בין גנבה לפי סעיף 383(א)(2) (החלטה לאחר השגת החזקה פירושה גנבה) לבין מרמה (לפני השגת החזקה). גולדברג הוסיף וביאר את ההבחנה שבוין שתי העברות: המרמה רחבה מהגנבה במונח תוכן המצג העומד ביסודה; הגנבה עניינה כוונה סמויה. המרמה רחבה מהגנבה גם בסוג הזכויות הניטלות: עברת הגנבה עניינה נטילת החזקה, ועברת המרמה מאפשרת גם נטילת בעלות. מנגד, גנבה רחבה ממרמה בטיב ההתנהגות, באשר "תחבולה" רחבה מ"מרמה". גולדברג דן בזיקה שבוין שתי העברות ובחן מתי יש חפיפה בין מרמה לגנבה – כשאדם נפרד מחזקתו בנכס לנוכח הצהרה שקרית המסתירה את כוונתו הסמויה של המצהיר לשלול את הנכס מבעליו שלילת קבע. האינטרס המוגן בעברת המרמה מגולם היטב גם בעברת הגנבה. מבחינה מושגית ניתן להרשיע הן במרמה והן בגנבה, באשר רכיבי העברות שונים, וחשוב לא פחות: הערכים החברתיים המוגנים שונים.³³

גולדברג ניתח את מונח ה"החזקה" המגוון, שלעתים מסמן רכיב התנהגותי של העברה (החזקת סם), לעתים ערך מוגן (בעברת הגנבה), ולעתים נסיבה המאפשרת לגנב לשלוח יד בנכס המוחזק על ידיו. הוא התייחס למה שמרכיב את החזקה: השליטה, היכולת לקבוע את גורל הנכס. כשהחזקת הנכס היא ההתנהגות האסורה, תנאי לשליטה הוא בבלעדיותה. לא כן לגבי עברת הגנבה, שבה החזקה משמשת רכיב נסיבתי המאפשר את ביצוע שליחת היד. האובייקט הפיזי של הגנבה הוא מכלול נכסיו של הזולת. לכן יש לפרש את הביטויים "שליחת יד" ו"החזקה" בהרחבה, באופן שיכסו כל פעולה הגורעת מהיקף נכסיו של הזולת (שליחת יד) וכל שליטה המאפשרת לגרוע כאמור (החזקה), ואין לקרוא את הדרישה לבלעדיות השליטה לתוך סעיף 383(א)(2) לחוק. גולדברג אף הוסיף והתייחס לפגיעה ביכולת הקרבת ליהנות מהנכס הנשלל הן כאשר הנכס הוא ממשי והן כשלא.³⁴

גולדברג התעמק בסעיף 383(א)(2) לחוק וכתב כי סעיף זה מניח שמנהג בעלים החורג מ"הזכויות והכוחות" שנתנו הבעלים שקול לנטילה ולנשיאה האמורים בסעיף 383(א)(1). הגם שקבלת החזקה

33 ע"פ 6350/93 מדינת ישראל נ' גולדין, פ"ד מט(4) 1, 28–30, 34–35 (1995). גולדברג חזר בקצרה על מבחן העיתוי גם בהמשך: ע"פ 8710/96 מרקדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 481, 539–540 (1997). לדיון נרחב בערכים המוגנים ראו פרק 4.

34 עניין גולדין, לעיל ה"ש 33, בעמ' 44–45, 49.

בנכס הייתה בהסכמה מלאה ותקפה של בעל הנכס, השימוש בנכס מחוץ למטרות ההרשאה כמוהו כנטילת הנכס מחזקת בעליו ונשיאתו ללא הסכמת בעל הנכס. סעיף 383(א)(2) מתמקד בהפרת אמון של המורשה להחזיק, ולכן לא חשוב אם הנכס הגיע לגנב מהבעלים במישרין או בעקיפין, ובלבד שהנכס הוחזק מכוח ידו הארוכה של הבעלים.³⁵

בהמשך לדיון הפסיקתי הנרחב בזיקה שבין המשפט הפלילי לאזרחי במישור עברת הגנבה מחד גיסא ובקווי הגבול ביניהם מאידך גיסא, גם גולדברג הוסיף משלו בהתייחס לדיני השליחות ולדיני הקניין. הוא ציין כי עמדות מסוימות הנוגעות לדין האזרחי אינן מתאימות למשפט הפלילי. למשל, היעילות המסחרית, שמנחה את הדין האזרחי, מאפשרת למקבל הכסף להניח שהמחזיק בו הוא גם בעליו. הדין הפלילי, מנגד, מנותק משיקולי יעילות מסחרית. אם החזקה בכסף הושגה שלא כדין, גם הבעלות בו אינה כדין, ולכן אינה מגנה מפני גנבה לפי סעיף 383(א)(1) לחוק (ניתן לכאורה להסיק מדברי גולדברג כי הגונב מגנב – פטור). החוק הפריד בין ההחזקה לבין הבעלות ויצר פיקציה של בעלות בנכס, הנותרת בידי נותן ההוראות לנאשם עד למילוי ההוראות. מטרת הפיקציה היא לאפשר הרשעה בגנבה במקרי שליחת יד בכספים או בנכסים אחרים על ידי עובדים, סוכנים ונאמנים למיניהם שלא שללו נכס מבעלותו של הזולת. גולדברג הוסיף כי יש לפרש את המונח "נכס" בדין הפלילי פירוש שאינו צר מזה שבדיני הקניין. גם נכסים שהנפגע לא היה מודע לבעלותו בהם עשויים לזכות בהגנה באמצעות עברת הגנבה.³⁶

פרשת ציוני (1996) עסקה ברב של עפולה שניהל את לשכתו בביתו והואשם בעברות שונות, לרבות גנבה בידי נפקד, בכך שגבה כספים עבור הוצאות שאינן נדרשות לכיסוי המשרד ועבור תעודות כשרות בלי להשיגן. השופט גולדברג ציין שאף שעברת הגנבה בידי נפקד אינה כוללת במפורש יסודות של כוונה לשלול שליטת קבע והיעדר תביעת זכות בתום לב, אלא רק את יסוד ה"מרמה", שני היסודות האמורים נדונים גם בעברה זו בפסיקה. קיימות נקודות השקה בין יסוד ה"מרמה" (אי־היגיון) לבין היעדר תביעת זכות בתום לב: שניהם מבטאים חוסר כנות באמונת הנאשם שהוא פועל כדין, ושניהם מתייחסים ליסוד סובייקטיבי אך זכו גם לפרשנות אובייקטיבית.³⁷

פרשת נג'אר (1997) שבה והעלתה את עניין שבריר האינץ' שעלה בפרשת גרין. הפעם דובר בכמה נאשמים תושבי רצועת עזה שהואשמו בין היתר בהתפרצות וגנבה למפעל לכבלים. במהלך הפריצה החלו להעביר סחורות באמצעות מלגזה שהייתה במקום והתקרבו להעמיסן על משאיתם, אלא שסויר של חברת שמירה קרב למקום והם נמלטו והותירו את הסחורות במפעל. לאור זאת טענו המערערים שיסודות ה"נטילה" וה"נשיאה" אינם מתקיימים. השופט גולדברג קיבל את ערעורם בנקודה זו, בדחותו בקצרה את התזה של שבריר האינץ', שאומרת כי די בהזזת החפץ ממקומו כדי למלא את דרישת הנטילה והנשיאה, אפילו אם החפץ נותר בתחום שבשליטת הבעלים. הוא ציין כי הערך המוגן בעברה, שמירה על זכות הבעלות והחזקה בנכס, אינו נפגע מעצם ההזזה של חפץ אם לבעלים עדיין כוח לשלוט בנכס על אף הזזתו. אם פוטנציאל השליטה של בעל הנכס ברכושו נפגע במצב שכזה, ניתן לדבר על גנבה,³⁸ אך אם ביכולתו לנהוג בו מנהג בעלים למרות הזזתו, אין עברת הגנבה מושלמת.

35 שם, בעמ' 32.

36 שם, בעמ' 33–37, 48–49.

37 ע"פ 7318/95 ציוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 793, 802–803 (1996).

38 גולדברג הפנה לפרשת מימון, שם קבע השופט מצא כי אמנם ייתכנו מקרים שבהם עברת הגנבה תושלם בטרם הוצא הרכוש מרשות הבעלים, וכך היה באותו עניין, כשחבילות ניטלו מגוף ארגוני גדול שאיבד את

המערערים לא שללו את יכולת השליטה האמורה של הבעלים ברכושם, שנותר בערמות ליד שער המפעל.³⁹

פרשת אופנהיים (2000) עניינה עורך דין שגבה מלקוחותיו כספים בטענות כוזבות שלפיהן הכסף נדרש לשם תשלום אגרה או פנייה למומחים, כשבמקרים רבים לא הזדקק לכסף כלל. הוא השתמש בכספים לצרכיו, ולאחר שנתגלה הדבר השיב, בעיכובים רבים, את הסכומים ללקוחותיו. הוא הואשם בעברות שונות, ובהן גנבה בידי מורשה. השופט דורנר כתבה כי עברת הגנבה לפי סעיף 383(א)(2) לחוק העונשין איננה כוללת במפורש יסוד של כוונה לשלילת הרכוש לצמיתות, אלא שימוש בכסף שהופקד. היא ציינה שטרם הוכרע אם השלילה לצמיתות היא אמנם ממרכיבי העברה, אך לא הכרעה בשאלה, הואיל ובמקרה זה כך או כך הוכחה כוונה לשלילה לצמיתות.⁴⁰

בהמשך פסק הדין קבעה דורנר כי הואיל וסעיפים 386–387 לחוק העונשין הם נוסח חדש של סעיפים 265 ו-267 לפקודת החוק הפלילי, והגם שמהנוסח החדש הושמט הסעיף המקביל לסעיף 268 לפקודה, ששלל טענת הגנה מפני עברת גנבה מכוח בעלות, עדיין יש לפרש את הנוסח החדש ככל הניתן באופן שמתיישב עם הנוסח האנגלי המקורי. מכאן שבעיקרון כללי, בעלות אינה משמשת הגנה בעברות גנבה בידי מורשה, כאשר תכלית העיקרון היא להרחיב את עברת הגנבה ולהחילה על שליחת יד על ידי נאמנים בכספים או בנכסים שהופקדו בידיהם. נאמנה לגישתה בפרשת הרוני הוסיפה דורנר כי תכלית סעיף 386 לחוק היא למנוע נטילת רכוש על ידי נאמנים שאצלם הוא הופקד, והיא חלה הן על נכסים מוחשיים והן על ערטייליים, באשר בימינו רק כספים מועטים מוחזקים במזומן.⁴¹

השופט אנגלרד, שהצטרף לעמדת דורנר, התייחס להיסטוריה של עברת הגנבה וכתב כי תולדות עברת הגנבה באנגליה מורכבות ומסובכות: הפקודה המנדטורית העתיקה את נוסח החוק האנגלי מ-1916 אף שסטתה בפרטים מהותיים בנוגע לגנבה בידי מורשה. הוא שיער שהמחוקק המנדטורי שאב השראה מחוקים פליליים שהוכנו במשרד המושבות באנגליה בשביל שטחי אימפריה אחרים, כמו החוק הפלילי הקפריסאי משנת 1928, שמצדו שאל מהחוק הפלילי של קווינסלנד, שנוסחו המקורי נחקק בשנת 1899. המחוקק הישראלי הוסיף על אלו סיבוך משלו בנוסח העברי של החוק משנת 1977. אנגלרד פנה להיסטוריה של המשפט האנגלי וליצירת הפיקציות שהתרחקו מנקודת המוצא, שלפיה גנבה היא נטילה ונשיאה של דבר הניתן להיגנב ללא הסכמת הבעלים. הוא הסביר כיצד עוד ועוד פיקציות לא הצליחו להביא את המשפט הפלילי לתפוס ברשתו טיפוסים שונים של מועלים. אלא שהמחוקק המנדטורי לא הלך בדרכו של המחוקק האנגלי (הגם שזה שינה עמדתו בהמשך) ולא יצר עברה נפרדת של "שליחות יד במרמה", אלא הכניסה תחת כנפי עברת הגנבה, בדרך של פיקציה: בשורת מצבים שבהם אדם מקבל דברים כדי שישתמש בהם לטובת אדם אחר חלה חזקה חלוטה שהדברים הם בבעלותו של האדם האחר. כלומר, בעיני החוק הבעלות מצויה בידי הנהנה או בידי האדם שלו מיועד הנכס.

שליטתו בהן לנוכח הימצאותן מחוץ למקומן המיועד. הנחת הסחורה על רכבו של אחד השותפים בציפייה שיסיען בהמשך, גיבשה את עברת הגנבה במלואה, גם אם הרכב עוכב בהמשך על ידי קצין הביטחון ושוטר. ראו: ע"פ 4086/91 מימון נ' מדינת ישראל פ"ד מו(2) 879, 868 (1992).

39 לאור זאת זיכה גולדברג את המערערים מסעיף 407(ב) לחוק העונשין ותחתיו הרשיעם בסעיף 407(א). הקל יותר. ראו: ע"פ 7085/93 נג'אר נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(4) 221, 225–226 (1997).

40 ע"פ 1075/98 מדינת ישראל נ' אופנהיים, פ"ד נד(1) 303, 321, 329–330 (2000).

41 שם, בעמ' 325–327.

אנגלרד הוסיף והתייחס ל"כמה בעיות קשות לפתרון" בנוגע לעברת הגנבה בחוק העונשין: האחת, פירוש המונח "דבר הניתן להיגנב" היה מצומצם בעבר והורחב בפסיקה ולא בחקיקה, להבדיל ממה שנעשה באנגליה. הוא ראה בהרחבה ההלכתית בעיה הנוגעת לעקרון החוקיות ופלישה לתחום סמכותו של המחוקק. בעיה שנייה שאליה התייחס נגעה ליסוד הנפשי הנדרש בגנבה בידי מורשה: אם גם בעברה זו נדרש היסוד הנפשי של כוונה ל"שלילת קבע". אנגלרד נגע גם בקושי של פרשנות היסוד "במרמה", שהוחלף בחוק האנגלי במונח "אי-יושר". בעיה שלישית שאליה הפנה הייתה זו שהעלתה השופטת דורנר בנוגע להשמטת חלק מסעיף 268 המקורי. לבסוף סיכם והבהיר שמטרת הערותיו היא להפנות את תשומת הלב של המחוקק ושל משרד המשפטים "לכך כי מן הראוי שתינתן הדעת על רפורמה של דיני הגנבה, כשהתכלית היא להביא את הסוגיה לידי התאמה לדרישות הזמן המודרני", בציינו שכך נהג המחוקק האנגלי בשנת 1968, ושאפשר ללמוד ממנו ומאחרים.⁴² למותר לציין כי עד כה לא הרים משרד המשפטים את הכפפה שזרק השופט אנגלרד לעברו.

פרשת רויטמן (2006) עסקה גם היא בעברת הגנבה בידי מורשה. דובר באדם שסיפק שירות העברת כספים מרוסיה לישראל, להקל על עולים ומהגרים. בתחילה סייע כאמור, אך בהמשך נמנע מלהשיב למפקידים את כספם. השופט ג'ובראן ציין כי אין מדובר בעברה עצמאית אלא בנגזרת מחמירה של עברת הגנבה בגלל הפגיעה באמון. הוא התייחס להתפתחות עברה זו לעומת עברת הגנבה הקלאסית והדגיש את שאלת ההחזקה כדין. בעקבות פרשת גולדין שב ג'ובראן והבהיר כי מה שקובע לעניין סיווג העברה הוא עיתוי כוונת המרמה של המבצע, הרגע שבו התגבשה כוונתו ליטול לעצמו רכוש לא לו. כאשר הכוונה ליטול בתחבולה רכושו של אחר מתגבשת כבר בעת הנטילה, הסכמת האחר למסירת החזקה איננה הסכמת אמת, ועל כן המעשה הוא גנבה "בתחבולה". מנגד, אם הכוונה לשלוח יד בנכס התגבשה מאוחר יותר, אזי מדובר בגנבה בידי נפקד. ג'ובראן דחה את טענת המדינה שלפיה אין לפרש את היסוד "החזקה כדין" שבסעיף 383(א)(2) לחוק כדורש העברה "נקייה מכל רבב" של החזקה לידי המבצע בדרך שהימצאותה של מרמה מצד המבצע תשלול את קיומו של יסוד זה.⁴³

השופטת פרוקצ'יה דנה בעיקר ביסוד "מחזיק כדין". היא כתבה כי עברה זו נועדה להשלים את עברת הגנבה הקלאסית. מה דינו של מחזיק שקיבל נכס מבעליו מכוח הסכם, שנגוע בפגם: מרמה, הטעיה, כפייה, אילוץ, אי-חוקיות וכיוצא באלה? האם הפגם ישלול את מעמד המחזיק בנכס בתור "מחזיק כדין" לצורך עברת גנבה בידי נפקד? כדי להשיב על השאלה ערכה פרוקצ'יה פרשנות לשונית ותכליתית והסיקה כי מילות החוק ותכליתו מכוונות לתפוס ברשתה של עברת הגנבה בידי נפקד לא רק את מי שקיבל לידי נכס במסגרת הסכם תקף וללא פגם עם הבעלים, אלא גם את מי שקיבל לחזקתו נכס בהסכם הנגוע בפגם כגון תרמית. לדידה, עברת שליחת היד מתבצעת לאחר מסירת הנכס מהבעלים לנפקד, ו"מתלבשת" על מצב הנשלט על ידי הדין האזרחי כאשר המפקיד והנפקד פועלים במערכת יחסים משפטית-אזרחית: נאמנות, שליחות, שמירה וכדומה. לכן המונח "מחזיק כדין" נושא עמו

42 שם, בעמ' 332-336. להיסטוריה של נוסח חוק העונשין ראו גם אליעזר לדרמן "פעילות פסולה המסתייעת במחשבים ודיני העונשין בישראל" עיוני משפט יג 522, 499, ה"ש 98 לטקסט (1988).

43 ע"פ 2597/04 רויטמן נ' מדינת ישראל, פס' 47-52 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 20.11.2006). החל מפסקה 53 התייחס ג'ובראן לשאלה נוספת שעלתה בפרשת גולדין, ושב על האמור בפרשה זו בעניין היחס שבין עברת הגנבה "במרמה" לעברה של קבלת דבר במרמה. ג'ובראן הציע לזכות את רויטמן מעברות הגנבה בידי מורשה בשל הרשתו בעברות מרמה, שמבטאת היטב את הערך המוגן שנפגע במקרה זה. הצעה זו לא נתקבלה על ידי השופטים פרוקצ'יה וברק.

מטען פרשני "אזרחי" ויש לפנות לדין האזרחי לצורך פרשנותו. עם זאת המונח יקבל לעתים משמעות רחבה מזו שבדין האזרחי, כדי להגשים את תכליתה של הנורמה הפלילית, וכך יחול לא רק על נפקד שקיבל את הנכס בעסקה חוזית נטולת פגמים אלא גם על מצב שבו ההסכם נגוע בפגם או כשאין הסכם בר־תוקף.⁴⁴

פרוקציה הבהירה כי עברת הגנבה הקלאסית באה להגן על האינטרס הרכושי של בעל הזכות בנכס – זכות החזקה – ואילו גנבה בידי נפקד מגנה נוסף על כך גם על יחסי האמון המיוחדים שבין מפקיד הנכס לבין הנפקד. התכלית המשולבת מצדיקה לפרש בהרחבה את המונח "מחזיק כדין", כדי שלא להותיר מחוץ לגדרי עברת הגנבה מצבים שבהם הנכס המופקד הועבר בהסכמת הבעלים למחזיק, תוך תרמית או התנהגות פסולה אחרת, כשהמחזיק שלח ידו בנכס לאחר קבלתו. יסוד ה"נשיאה" וה"נטילה" של החפץ ללא הסכמת הבעלים אינו מתקיים במקרה שכזה, וייתכן שבעת קבלת החזקה לא התכוון המחזיק לשלול את הנכס דרך קבע מבעליו, ולכן השגה בתחבולה אינה מכסה אותו. לגישתה, אין להשלים עם תוצאה שלפיה שליחת יד במרמה בנכס של הזולת תוצא מתחולת עברת הגנבה, שכן תוצאה כזו מנוגדת לתכלית האיסור ולערכים המוגנים בו. בעברת מרמה, שהענישה בה מקלה מעברות הגנבה המיוחדות, לא סגי, באשר לא תכסה את כל המקרים ומכיוון שהיא מגנה על ערך חברתי אחר: חופש הרצון, חופש הפעולה וחופש הבחירה של המרומה. בהמשך פסק הדין סקרה פרוקציה את התפתחות עברת הגנבה במשפט האנגלי ואת הפיקציות השונות שפותחו בו כדי להתמודד עם האתגרים שהוצבו בפני ניסוח העברה המקורי, והתקדמה מהנוסח האנגלי אל זה הישראלי. היא הדגישה את החומרה המוסרית שבהפרת אמון של נפקד, וכל זאת כדי לכבד את הצורך המשפטי לפרש בהרחבה את המונח "מחזיק כדין".⁴⁵

שבוע לאחר מתן פסק דין רויטמן ניתן על ידי השופטת פרוקציה פסק הדין בפרשת נרקיס, שחזר על חלק ניכר מהקביעות בפרשת רויטמן. דובר בעורך דין שהואשם בעברות שונות, לרבות גנבה בידי עובד ציבור, בגין שליחת יד ברכוש עיזבון שניהל, באומדן השווה למיליון דולר. פרוקציה שבה והדגישה כי הערכים המוגנים בעברת גנבה בידי נפקד – קניינו של הבעלים ויחסי האמון המיוחדים – הם משולבים, להבדיל מעברת הגנבה הקלאסית, שמגנה אך על הרכוש. יסוד "שליחת היד" הוא המרכזי בעברת הגנבה בידי נפקד, והוא פורש בהרחבה ככולל כל פעולה המביאה לגריעה בהיקף נכסיו של הזולת, לרבות עירוב כספים בחשבונותיו הפרטיים של הנפקד. פרוקציה שבה וציינה כי אין אחידות בנוגע ליסוד הכוונה לשלול את הנכס שלילת קבע מבעליו והיעדר תביעת זכות בתום לב, אולם הדעה נוטה לחייב את קיומם גם בעברה זו. לגישתה, כוונה לשלול את הנכס שלילת קבע (ייתכן שהתכוונה להיעדר תביעת זכות בתום לב) עניינה הן מבחן סובייקטיבי של תקוות הנאשם וציפיות להשיב את הנכס ששלח ידו בו, והן מבחן אובייקטיבי שעניינו סבירות התממשות ההשבה. אשר ליסוד ה"מרמה" ציינה כי הוא שייך ליסוד הנפשי בעברה, הגם שיש הרואים בו יסוד עובדתי נורמטיבי השקול ליסוד "אי־יושר", ומכל מקום, קביעת קיומו, בנסיבות המקרה, תושפע גם מנורמות של מוסר חברתי מקובל ולא רק ממחשבות הנאשם.⁴⁶

44 שם, פס' 6–9 לפסק דינה של השופטת פרוקציה.

45 שם, פס' 10–12 לפסק דינה של השופטת פרוקציה. הנשיא (בדימ') ברק הצטרף לפסק הדין של ג'ובראן, למעט הצעת האחרון לזכות מעברת גנבה בידי מורשה, כאמור. בעניין זה הצטרף ברק לפרוקציה.

46 ע"פ 10996/03 נרקיס נ' מדינת ישראל, פס' 8 לפסק דינה של השופטת פרוקציה (פורסם בנבו, 27.11.2006).

פרשת יקירביץ' (2007) עסקה במנתח לב שהואשם בעברות שונות ומגוונות (לרבות הריגה, שבה התרכזו הדין), ובהן גנבה בידי מורשה. בנה של חולה שנותחה בהצלחה התעקש לתרום כסף למחלקה. יקירביץ' הציע שיתרום ל"גיבושון" לאחיות המחלקה, ולבסוף רשמה החולה צ'ק על סך 15,000 ש"ח ללא שם של נפרע, ובנה העבירו ליקירביץ'. לבקשתו של האחרון רשם אותה לפקודתו, לאחר שהלה הבהיר לו כי הוא יסדיר את העניין. יקירביץ' הפקיד את הסכום בחשבונו האישי. בפסק דין משותף כתבו השופטים גרוניס, נאור וחיות כי הערך המוגן על ידי עברת הגנבה הוא שמירת רכוש הזולת, וכי בעברה של גנבה בידי נפקד מצטרף ערך מוגן נוסף – יחסי האמון שבין המפקיד לנפקד. צוין כי המעשה הפוגע בערך הוא "שליחת יד", שאינו מונח טכני הכולל רשימת פעולות מוגדרות וקבועות מראש אלא מונח תלוי-הקשר, שנלמד ממבחן מהותי של "פריקת עול בעלים". כלומר, שליחת יד מתקיימת שעה שהנפקד נוהג במופקד "מנהג בעלים" באופן שאינו מתיישב עם מטרת ההפקדה. היסוד הנפשי הוא "מרמה", ופירושו של שליחת היד אפופה "איי-ושר". צוין כי הגישה שבעבר הייתה במחלוקת, השתרשה כיום: לתוך יסוד ה"מרמה" יש לקרוא גם את היסודות של היעדר "תביעת זכות בתום לב" לשולח היד ושל כוונתו לשלול את הנכס לצמיתות מהזכאי לו.⁴⁷

פרשת מכנס (2007) עסקה בעורך דין שניהל עיזבון ומשך לשימושיו הפרטיים כספים שנמצאו בחשבון הנאמנות. הוא הועמד לדין בגין גנבה בידי מורשה. השופטת נאור, שכתבה את פסק הדין, התייחסה לשאלת היסוד הנפשי שבעברה ופנתה לפסק דינה של פרוקצ'יה בפרשת נרקיס. האם כוונה לשלילת קבע ודרישה של היעדר תביעת זכות בתום לב נדרשות גם בעברה של גנבה בידי מורשה? נאור סירבה לבקשת המדינה להכריע בעניין זה, משום שמכנס היה אשם על פי כל אחת מהגישות, אך הדגישה את הממד האובייקטיבי הדרוש לשלילתם של שני יסודות אלו: האפשרות הראלית להשיב את הנכס.⁴⁸

בשנת 2003 הוכרעה בבית המשפט המחוזי פרשת רום. דובר בזוג רופאים שתרגמו בחינות רישוי של רופאים לשפה הרוסית והואשמו בגנבה בידי מורשה: הוצאת הבחינות ממחשבו של יושב ראש ועדת הבחינות לרישוי וסטז' והעברתם לנבחנים. בהסתמך על פרשת הרנוי טענה התביעה כי "דבר הניתן להיגנב" כולל גם זכויות ונכסים לא מוחשיים. בבית משפט השלום אימצה השופטת כוחן את גישת דורנר והרשיעה את בני הזוג. בני הזוג ערערו. השופטת דותן מבית המשפט המחוזי הסכימה שעברת הגנבה חלה גם על דברים לא מוחשיים, אך הוסיפה כי במקרה דנן טופס הבחינה נותר כמות שהוא בחזקת בעליו, והעתקת הנוסח לתקליטון של המערערים לא גרעה ממנו דבר. דותן הבהירה שאין להעניש מקל וחומר, ואין לפרש את החוק באופן המעביר את כובד המשקל מהלשון אל התכלית. לכן קבעה כי פעולה שאיננה כוללת כל יסוד מוחשי כמוגדר וחסרה את הרכיבים של שלילה עולמית או כוונה לשלול עולמית, אינה יכולה להיקרא גנבה. דותן הוסיפה שהמחוקק היה מודע לבעייתיות של העתקת מידע ממאגרי מידע ממוחשבים ואחרים, ולכן חוקק את סעיף 267 לחוק העונשין, העוסק בהוצאת מסמך ללא רשות ממשמורת מוסד ממוסדות המדינה. מכוח סעיף זה הורשעו לבסוף זוג הרופאים.⁴⁹ בשנת 2007 ניתנה החלטה בבקשת רשות הערעור שהגישה המדינה. המדינה גרסה כי

47 ע"פ 7193/04 יקירביץ' נ' מדינת ישראל, פס' 119–121 לפסק הדין (פורסם בנבו, 30.4.2007).

48 ע"פ 2037/05 מכנס נ' מדינת ישראל, פס' 22–25 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 28.11.2007).

49 ע"פ (ת"א) 71103/01 רום נ' מדינת ישראל – פרקליטות מחוז ת"א פלילי (פורסם בנבו, 22.7.2003). ברשימת ביקורת קצרה כתב חיים רבייה כי הטופס אמנם נותר במחשב כמות שהוא אך איבד את תכונותיו

עובדות המקרה מקיימות את שתי חלופות עברת הגנבה לפי סעיף 383(א) לחוק, זו של הנטילה וזו של שליחת היד. אשר לנטילה נטען שאין לדרוש קיום חפץ מוחשי, ולעניין הכוונה לשלילת קבע, כשמדובר במידע, נטען כי נדרשת כוונה להוציא משליטתו הבלעדית של בעליו. במקרה של בחינות, ערכן לבעלים אובד אם נגנבו, והדבר משול לשלילה עולמית. המדינה הייתה ערה לכך שהיא עותרת לשינוי פרשני באשר לחלופת הנטילה תוך פרשנות תכליתית שתאפשר להיאבק בגנבת מידע. השופט רובינשטיין כתב את פסק הדין אך לא הכריע בשאלה הפרשנית. הוא העיר שיש ממש בטענת המדינה בנושא, ושסביר להניח שהוא יובא להכרעה במקרה המתאים, ומצא טעם גם בטענות המדינה שיש מקום לשינוי נוכח התמורות הטכנולוגיות הדרמטיות, לרבות האינטרנט ומהפכת המידע. הוא הוסיף שייתכן שאין צורך בשינוי חקיקה אלא אך בפרשנות "הגיונית וטבעית" ללשון החוק, אפילו לא מרחיבה, שתוביל לכך שחשיפת מידע, גם אם נותר ברשות בעליו, היא לכל הפחות שליחת יד במרמה לשימוש בדבר הניתן להיגנב. לעניין הכוונה לשלילת קבע, כעולה מעברת הגנבה הקלאסית, כתב רובינשטיין כי זו תידון בשלב מסוים, אך משחלפו שלוש-עשרה שנה מעת ביצוע העברות, מוטב שלא לפתוח את התיק מחדש.⁵⁰

שאלת מוחשיות הנכס עלתה שוב בפרשת הורוביץ, בפסק דין ארוך במיוחד שניתן ביומה האחרון של שנת 2008. הורוביץ, יו"ר הדירקטוריון, מנכ"ל ונשיא חברת השקעות ובעל המניות העיקרי בה, הואשם (בין היתר) בגנבה בידי מורשה בעקבות גנבת מניות (בעלי תפקידים נוספים והחברה עצמה הואשמו גם כן באותה פרשה). סנגוריו טענו שמעולם לא החזיק כדין את המניות שנגנבו ולכן אי אפשר להרשיעו. בית המשפט המחוזי דחה את הטענה והרשיעו בעברת הגנבה בידי מורשה בהישען על עברת הגנבה הקלאסית, בכך שהורוביץ מנע מחברה את ההחזקה בחלק ממניותיה של חברה אחרת, שהייתה לה הזכות לקבלן. בית המשפט העליון פסק בפסק דין מאוחד של השופטים ארבל, רובינשטיין ומלצר כי בעקבות פרשת הרנוי (תוך הפניה בסוגריים לפסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת רום) אין להגביל את מושא הגנבה לנכס מוחשי, וכי לפיכך לא ייתכן שדרישת הנשיאה והנטילה תיוותר דרישה פיזית בלבד, ויש להתאימה לסוג של מושא הגנבה. כאשר עסקינן בנכס לא-מוחשי, הנשיאה והנטילה עשויות גם הן להיות לא מוחשיות, כפי שמתחייב מן ההיגיון. בית המשפט פנה לסעיף 383(ג)(1) לחוק העונשין, המגדיר נטילה "לרבות השגת החזקה" באחת מארבע דרכים, לרבות תחבולה. הוא פנה לסעיף ההגדרות הכללי של חוק העונשין כדי לפרש את המונח "החזקה" ומצא שהורוביץ שלט במניות עת הוחזקו אצל אחר. שליטה זו פירושה החזקה, והיא מאפשרת להרשיעו תחת החלופה הראשונה של עברת הגנבה; לפיכך אין צורך לדון בשאלה אם גם החזיק במניות החזקה קונסטרוקטיבית.⁵¹

החשובות ביותר: ייחודיותו, סודיותו ובלעדיותו. בלי אלו איבד לגמרי את ערכו. אכן, חומר מחשב שמועתק נותר בידי בעליו, ולכן אין לדבר על שלילת קבע במובנה הפיזי. רבייה הצדיק את השופטת דותן בסרבה למתוח את גבולות הדין הפלילי, אך סבר שעל המחוקק להתערב ולהתאים את הגדרת "גנבה" בחוק הפלילי למציאות החיים המודרנית. ראו חיים רבייה "זכויות יוצרים בתוכנות מחשב ו'גנבה' ממחשב – פסיקה חדשה בישראל" (26.7.2003), www.law.co.il/articles/copyright/2003/07/26/219/ (נבדק לאחרונה ביום 14.12.2013).

50 רע"פ 11066/03 מדינת ישראל נ' רום (פורסם בנבו, 28.5.2007).

51 ע"פ 2103/07 הורוביץ נ' מדינת ישראל, פס' 127–133 (פורסם בנבו, 31.12.2008). בהמשך הדיון קיבל בית המשפט העליון מחמת הספק את ערעורו של הורוביץ על הרשעתו בעברת הגנבה בידי מורשה, והרשיעו בעברת הגנבה הבסיסית במקום זאת. זו הייתה הנקודה היחידה שבה נתקבל ערעורו על הכרעת דינו. ראו שם, פס' 134–136.

פרשה עדכנית ורחבה היא עניין פרי (2009). עורך דין פרי הורשע בבית המשפט המחוזי בעברות רבות, ובהן גנבה בידי מורשה וקבלה במרמה, לאחר שגנב כ־320 מיליון מארק גרמני מפרמיות ביטוח ששולמו מראש לחברות בשליטתו. בגין כל העברות כולן נדון פרי לשתיים-עשרה שנות מאסר, והושת עליו קנס בסך 21,750,000 ש"ח.

השופט לוי כתב את פסק הדין בערעור. לוי נסמך על פרשת סוקולובסקי בפירוט יסודות העברה ועל פרשות גולדין ורויטמן בפרשנותם. הוא התייחס למונח "דבר הניתן להיגנב" וציין כי הוא עשוי לכלול גם זכויות ונכסים לא מוחשיים, כאמור בפרשת הרנוי; כי הוא צריך להיות בעל ערך כלכלי ממשי ולא רק סנטימנטלי-רגשי סובייקטיבי; כן צריך להיות "נכס של אדם", כלומר לא דבר שהופקר או שמטבעו איננו קניינו של איש. לפרשנות היסוד של שליחת יד פנה לוי לפרשות זולברג וגולדין, ואפיין אותו בהתנהגות "מעשה בעלים" בנכס הנמצא בפיקדון, התנהגות שאינה מתיישבת עם מטרת ההפקדה כפי שהוגדרה ביחסי המפקיד-נפקד. לוי התייחס גם ליסוד הנפשי "במרמה", ופנה דווקא לסעיף 414 לחוק העונשין, שמגדיר את יסוד ה"מרמה" על דרך המעשה. לגישתו, אין פלא שאף על פי שלדרישת המרמה יש "ניחוח" נפשי, יש לה מאפיין של "מעשה", שזוכה גם לפרשנות כנושא פן אובייקטיבי.⁵² הוא הוסיף כי כדי לבסס הרשעה לפי סעיף 393 לחוק, אין די בהוכחת יסודות עברת הגנבה, ויש להוכיח גם את קיום נסיבותיו המחמירות של הסעיף, ובעיקר להוכיח שמדובר ביחסי מפקיד-נפקד, כלומר שלפני הגנבה "הורשה" הגנב להחזיק בנכס: זהו לב ההחמרה שבעברה. המונחים "יפוי כוח", "הפקדה" ו"קבלה" מתארים את ההרשאה שניתנה לגנב להחזיק בנכס, להשתמש בו או לשמור עליו. על הנפקד לנהוג בנכס לפי הנחיות הבעלים. לוי הפנה לשם כך לסעיפים 386–388 לחוק, שבהם קבועות חזקות על בסיס הדין האזרחי בנוגע לזיקת הבעלות הראויה לנכס המדובר. הוא ציין שבהמשך לפסק דינו של ברק בעניין סוקולובסקי יש הגורסים שככלל, נכס ייחשב פיקדון שנמסר לשמירה רק אם חייבים לשמרו או לעשות בו מעשה ולהשיבו גופו. כשקיימת אפשרות להשיב את חליפו, אין זו שמירה ואין זה פיקדון אלא נכס שהתקבל על בסיס התחייבות חוזית, שהפרתה אינה גנבה אלא הפרת התחייבות. לוי שייך את המחלוקת הוותיקה בעניין רכיב שלילת הקבע ליסוד "במרמה" וציין שהגישה הרווחת היא שרכיב זה אמנם נדרש. בהמשך נגע גם ביחס שבין גנבה בידי מורשה לבין קבלת דבר במרמה והפנה לפער שבין הפרשות גולדין ורויטמן, ונראה כי צידד בגישת פסק דין רויטמן, המאוחר שבין השניים. לגופו של עניין הוא לא מצא פגם בהרשעה בעברה של גנבה בידי מורשה, אם כי החליט להפחית בעונשו והיה עליו לשאת עשר שנות מאסר בלבד.⁵³

פרשת פרי לא תמה בכך. בשלהי שנת 2009 הוחלט לקבל את עתירת פרי לערוך דיון נוסף בפרשה. העתירה התקבלה רק בעניין שאלת ההרשעה בעברה של "גנבה בידי מורשה". המשנה לנשיאה ריבלין ציין שאין ספק שהתנהגותו של פרי הייתה פסולה, ושהרשעתו במרמה ובעברות ביטוח אינה מעוררת קושי. שונה הדבר כשמדובר בעברת הגנבה. הוא מצא עמימות בהבחנה שבין גנבה לבין קבלת דבר במרמה והצביע, בדומה לשופט לוי, על הפער בפרשנות המונח "מחזיק כדין דבר הניתן להיגנב"

52 ע"פ 1784/08 פרי נ' מדינת ישראל, פס' 44–50 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 5.2.2009).
53 שם, פס' 52–55 לפסק דינו. לוי קינח את הדיון בגנבה בשאלה אם אי-מילוי הנחיות השולחים בדריקנות ואי-ביטוח בחברת ביטוח חיצונית מביא לגיבוש הגנבה שעה שלא הייתה נטילה של הפרמיות לכיס המערערים אלא הענקת שירות זהה – ואפשר שאף עדיף – על הביטוח, כטענת המערערים. לגישתו, אם הם סברו כי אותו תחליף ביטוח הוא שווה כאמור, היו חייבים ליידע את הלקוחות ולהותיר את ההחלטה בידיהם. שם, פס' 56.

שבסעיף 383(א)(2) בין פרשת גולדין לפרשת רויטמן. ריבלין הפנה גם לשאלת הגבול בין התחום האזרחי לבין התחום הפלילי מבחינת עברת הגנבה. הוא קבע שהשאלות העומדות לדיון הן אם יכול אדם לגנוב כאשר הוא נוטל סכום שיועד לו עצמו, לשימוש מסוג מסוים, אך השתמש בו לצורך אחר, ואם בנסיבות שבהן הושגה המטרה שלשמה נמסר הכסף, זכיית הלקוחות ברנטות, ניתן לדבר על גנבה. התיק הועבר לנשיאה לקביעת הרכב שידון בשאלות אלו.⁵⁴

באמצע 2011 דחה הרכב של שבעה שופטים את העתירה בדיון החוזר.⁵⁵ השופטת פרוקצ'יה כתבה את פסק הדין וניתחה בפירוט את עברת הגנבה בידי נפקד. נוכח עדכנותו של פסק הדין, נוכח רוחבו ועומקו ונוכח ששת השופטים שעמדו מאחורי פסק דינה של פרוקצ'יה, במעמד של דיון נוסף, ראיתי לנכון להרחיב בתיאורו.

פרוקצ'יה פתחה את החלק העיוני של הניתוח בהתייחסות לאינטרסים המוגנים על ידי עברת הגנבה וכתבה שזהו איסור בסיסי ועתיק שמגן על רכוש הזולת, על זכות הקניין החוקתית, שההגנה עליה הכרחית לשמירת הסדר החברתי התקין. היא נגעה בקצרה בהיסטוריה של העברה בישראל והתייחסה להיסטוריה של עברת הגנבה במשפט המקובל, נשענה על מאמרו של פלטר ועל ספרו של ל'פייב, בציינה כי העברה התמקדה בהגנה על שלום הציבור וביטחוננו הפיזי ולא דווקא על רכוש הפרט. עם הזמן התרחבה העברה כדי לכסות גם פגיעות רכושיות שאינן כוללות פגיעה פיזית בחזקה.⁵⁶ היא הסבירה כי עברת הגנבה מגנה לא רק על בעלות אלא גם על הזיקה הרכושית שיש לאדם כלפי נכס, לרבות חזקה, אפילו פגומה. פרוקצ'יה מנתה את יסודות העברה הפורמליים וציינה כי הפסיקה נטתה להוסיף עליהם היעדר תביעת זכות בתום לב וכן כוונה לשלילת קבע, לעתים כחלק מיסוד ה"מרמה". היא תיארה את הגישות השונות ליסוד זה: יסוד נפשי של ידיעה שמדובר ברכוש הזולת ורצון להשיג את התוצאה של שליחת יד בו לעומת גישה שלפיה זהו יסוד נסיבתי שלפיו התנהגות הנאשם לוקה באי-ישר או בייקטיבי. היסוד "לשימוש של הנאשם או של אחר שאינו בעל הדבר" סווג לעתים כחלק מההתנהגות שליחת היד. פרוקצ'יה חזרה על דבריה בפרשת נרקיס והסבירה כי במקרה העברה של גנבה בשליחת יד ניצב מעשה שליחת היד בפיקדון. שליחת היד פירושה השתלטות חד-צדדית על הרכוש והפרת תנאי ההפקדה: פריקת עול הבעל. יסוד "שליחת היד" מחליף את יסוד ה"נשיאה" וה"נטילה": נקודת ההתחלה היא שהרכוש הוא בחזקת הגנב, לאחר שהגיע אליו בהסכמת הבעל.⁵⁷ פרוקצ'יה ציינה כי עברת הגנבה בידי מורשה שבסעיף 393 לחוק העונשין בנויה על הגדרת הגנבה בשליחת יד בסעיף 383(א)(2), שנוספות לה נסיבות חומרה, המתקשרות לפגיעה ביחסי האמון המיוחדים בין הגנב לקרבן. עברה זו כרוכה בפגיעה ב-זמנית בשני ערכים חברתיים חשובים, רכוש ויחסי אמון, והפגיעה מצדיקה החמרה בענישה. קיימים הבדלים בין הגנבה בשליחת יד לגנבה

54 דנ"פ 2334/09 פרי ג' מדינת ישראל, פס' 20–21 לפסק הדין (פורסם בנבו, 22.10.2009). התפתחות נוספת בעניין פרי הייתה בסוף 2010, בהחלטה הנוגעת לבקשתו לערוך משפט חוזר, שוב בפני המשנה לנשיאה ריבלין. הבקשה למשפט חוזר בוססה על ראיות שלכאורה פוגמות בעדות עד המדינה ועל פסק דין קשור של בית המשפט העליון שלכאורה עמד בסתירה לפסק הדין המרשיע של פרי בבית המשפט המחוזי. פסק הדין הלא קצר של המשנה ריבלין הוקדש רובו לתיאור מפורט של טענות הצדדים. הוא דחה את הבקשה בקצרה, בלי להיכנס לניתוח יסודות העברה, שלא מילאו כלל תפקיד בבקשה למשפט חוזר. ראו: מ"ח 10262/09 פרי ג' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.11.2010).

55 דנ"פ פרי, לעיל ה"ש 54, החלטה מיום 23.5.2011.

56 שם, פס' 47–50 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

57 שם, פס' 51–53 לפסק דינה.

בתחבולה ולקבלת דבר במרמה, בעיקר במועד של מעשה הפגיעה ברכוש הזולת ובטיבו. בגנבה בתחבולה השגת החזקה בנכס היא מעשה הגנבה בשל ההסכמה הלא אמתית להעברת החזקה. בגנבה בשליחת יד החזקה הראשונית של הגנב היא על דעת הבעלים וברצונו, והפגיעה הרכושית מתהווה בשליחת היד שמגיעה בהמשך. קבלת דבר במרמה רחבה, במובן ה"דבר" שהוא מקיף, מ"דבר הניתן להיגנב", ועשוי לכלול גם מקרקעין וזכויות שונות; צרה יותר, במובן היעדר צורך בכוונה לשלילת קבע; שונה במובן אופי ההתנהגויות. השוני הבסיסי בין עברות הגנבה לבין קבלת דבר במרמה הוא בערכים המוגנים, כשהערך המוגן בעברת המרמה הוא חופש הרצון, חופש הפעולה וחופש הבחירה של המרומה. מכאן חשיבות השיוך של מעשה פלילי פלוני לאחת העברות. פרוקצ'יה הזכירה את ריבוי עברות הרכוש הקרובות וייחסה זאת למורשת המשפט המקובל תוך ציון הקשיים שעליהם הצביעו מלומדים והמגמה של האחדה חקיקתית של עברות הגנבה השונות בעברה רחבה אחת באנגליה, בקוד הפלילי לדוגמה בארצות הברית ובקנדה. לדידה, אין ללמוד מהיעדר האחדה בשיטתנו שאין אפשרות לחפיפה מסוימת בין העברות, ולא מן הנמנע שמערכת נתונים אחת תקיים את יסודותיהן של כמה עברות. היא הוסיפה כי ראוי לערוך רפורמה חקיקתית בנושא עברות הרכוש.⁵⁸

לאחר הסקירה הכללית של עברת הגנבה התקדמה פרוקצ'יה לשאלות של הדיון הנוסף. היא קבעה כי אמנם תיתכן גנבה כאשר הושגו מטרות ההתקשרות, בתנאי שהופרו לפחות חלק מהתנאים של הפקדת הנכס בידי הנפקד. זאת משום שהאיסור מגן על "מלוא האינטרס הרכושי של האדם", לא רק על החזקה אלא גם על הזיקה הרכושית הרחבה של אדם כלפי נכס. ניתן להרשיע בגנבה גם במצב שבו נכס הופקד בידי אדם כדי שישתמש בו לטובתו ולמען צרכיו. גם מי שרכש קניין בנכס מבחינת הדין האזרחי ומחזיק בפיקדון עשוי להיות מורשע בגנבה בשליחת יד; זאת אם הפר את הוראות ההפקדה באופן שמאפשר פגיעה באינטרס רכושי כלשהו של המפקיד. אם לא נותר אינטרס כזה, אין מדובר עוד בפיקדון העשוי להיגנב, אפילו אם הפרת הוראות המפקיד פגעה ביחסי האמון שבינו לבין הנפקד, משום שפגיעה באינטרס רכושי של המפקיד היא יסוד חיוני בעברת הגנבה. פרוקצ'יה ביארה כי לצורך גנבה בשליחת יד הוראות סעיפים 386–388 לחוק העונשין מנתקות את החוק מהגדרות הקניין המקובלות בדין האזרחי ויוצרות פיקציות של בעלות, כדי שלא למלט את שולח היד מאחריות פלילית. במקרים מסוימים אדם יואשם בגנבה פלילית של דבר שמבחינה אזרחית נחשב לקניינו. הוראות הפיקצ'יה מתייחסות גם למצבי נאמנות ומרחיבות את העברה: בעלות אינה הגנה בעברות גנבה בידי מורשה.⁵⁹ פרוקצ'יה הדגישה כי מגמה זו בישראל מתיישבת עם המגמה בשיטות משפט אחרות, לנתק את תלותו של המשפט הפלילי בזה האזרחי ולהתמקד בערך המוגן באיסור הפלילי ובמהות ההתנהגות העבריינית, ולבחון אם לפנינו שלילה לא הוגנת של רכוש הזולת והתעשרות פסולה על חשבון הזולת, בלי קשר לשאלת רכישת הקניין. היא הפנתה לחוק הגנבה האנגלי משנת 1968, לנוסחתו הפשוטה (כדבריה), לדברי פלטר על הרחבה של עברת הגנבה ולדברי אורמרוד (Ormerod) על "אי-הנחת" של ערכאות המשפט הפלילי מעיסוק בהבחנות שונות שבדין האזרחי לצורך החלת הנורמה הפלילית.⁶⁰

58 שם, פס' 55–63 לפסק דינה.

59 שם, פס' 49, 64, 67–73 לפסק דינה.

60 אף על פי שעודנו בחלק התיאורי של הספר, איני יכול שלא להציג כבר כעת שלוש ביקורות קצרות בעניין זה. ראשית, חוק הגנבה האנגלי אולי נראה פשוט, אך כעולה מהפרק השני לספרי, ובמיוחד מכתביו של סטיל, המצב רחוק מלהיות כזה. שנית, על התזה של פלטר הרחבתי בפרק הראשון, ודומני שאי אפשר שלא להתרשם מהנימה השלילית העולה מדבריו לעניין התרחבותה הקיצונית של עברת הגנבה, נימה שלא

פרוקצ'יה נשענה על פסיקה קנדית כדי לקבוע כי אם המפקיד נפרד מהנכס פרדה שאינה רצונית ומוסכמת, או כשרצונו והסכמתו לוקים בפגם יסודי, כמרמה או כפייה, אזי ויתורו על האינטרס הרכושי שלו בנכס אינו תקף, והאינטרס נותר עומד. או אז יראו בנכס "פיקדון" לצורך העברה, ועשויה להתגבש שליחת יד. זאת בשל הפגם המהותי ברצון המפקיד, שלאורו יראה בעל אינטרס רכושי מוגן בנכס, מה שיאפשר לעברת הגנבה להתגבש. גם הדין האזרחי עשוי שלא להכיר בזכות הקניינית של הנפקד בנכס, דרך "מוסד הנאמנות הקונסטרוקטיבית". לסיכום עניין זה כתבה כי אם תנאי הפיקדון מיועדים כולם להיטיב עם עניינו של הנפקד בלבד, הפרתם לא תהיה גנבה. אולם מרגע שלפחות חלק מתנאי הפיקדון נועדו להגן על אינטרס רכושי של המפקיד, הפרתם הנוגעת לאותו היבט של האינטרס הרכושי עשויה להוביל להרשעה בעברת הגנבה. רכישת בעלות בדין האזרחי אינה מגן מהדין הפלילי בנוגע להעברה שהושגה בדרכים פסולות הפוגמות בתוקף ההסכמה.⁶¹

שאלה נוספת שניתחה פרוקצ'יה עסקה במונח "מחזיק כדין": האם הוא נוגע רק למי שגיבש החזקה ללא פגם, או שמא גם מי שגיבש החזקה בדרך תרמית עשוי להיחשב "מחזיק כדין"? פרוקצ'יה דחתה את העתירה לסטות מהלכת רויטמן (שכזכור, היא שכתבה אותה) וציינה כי כלל הפירוש המקל עם הנאשם מוחל רק בתום ההליך הפרשני של החוק, לאחר בחינת הלשון ו"התכלית האמתית". בהקשר של הגנבה בידי נפקד יש לפרש את המונח האמור כחל הן במצב שבו הנפקד קיבל לידי פיקדון באמצעים כשרים והן במצב שבו קיבל את הפיקדון בהסכמה שהושגה באמצעים פסולים. הצורך להרחיב את עברת הגנבה הקלאסית הוא שהוביל להפלת שליחת יד, שלגביה אין חשיבות לאופן שבו גובשה ההסכמה של המפקיד להפקדה. גם הדין האזרחי מוביל למסקנה כאמור, באשר כל עוד לא בוטל ההסכם הנוגע בפסול, ההסכם עומד בעינו ולצדו זכות החזקה. ההגדרה רחבה אך אינה כוללת הוצאת נכס בלי ידיעת הבעלים, מצב שיידון תחת הגנבה הקלאסית. הפרשנות הרחבה נדרשת לשם הגשמת הערך המשולב של הגנה על רכוש ועל יחסי אמון. יתרה מזאת: דווקא הסכמה פסולה מצדיקה ביתר שאת את החלת הגנבה, משום שעברת הגנבה הקלאסית אינה יכולה לכסות מצבים אלו, ואי-כיסוי סיטואציה כזו בעברת הגנבה הוא תוצאה ה"נוגדת את תכלית הנורמה הפלילית" ואינו מתיישב עם הערכים המוגנים בבסיסה. יסוד ה"החזקה כדין" בעברת הגנבה בשליחת יד נועד להבדיל אותה מגנבה בנטילה. הפגיעה בערכים המוגנים מתעצמת כשהחזקה נולדה עקב שימוש באמצעים פסולים, בשל הפגיעה הכפולה במפקיד, הן בשלב שלפני ההפקדה והן בשלב שליחת היד.⁶²

זכתה להתייחסות בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. שלישיית, באשר לאורמרו, במקום אחר הוא כתב שיש טיעונים עקרוניים חזקים מאוד בעד כיבוד הדין הפלילי דוקטרינות של הדין האזרחי, במיוחד בנוגע לגנבה, כשהדין הפלילי בהכרח מתפתח על יסודות מושגים מהדין האזרחי בדבר קניין, בעלות וכדומה. ראו: DAVID ORMEROD & DAVID HUW WILLIAMS, SMITH'S LAW OF THEFT 30 (9th ed., 2007).

61 דנ"פ פרי, לעיל ה"ש 54, פס' 79–82 לפסק דינה.

62 שם, פס' 83–92 לפסק דינה. לאחר הניתוח הכללי הארוך קיצרה פרוקצ'יה באשר לפרי עצמו, ציינה כי הפר את תנאי ההתקשרות, הפר את אמון לקוחותיו, שלשל לכיסו כספים שהגיעו ללקוחותיו לפי תנאי שוק מקובלים, וביצע את עברת הגנבה בידי מורשה. פרי החזיק כדין בפיקדון, כספי הלקוחות, בידיעתם ובהסכמתם. באמצעות חברה שבבעלותו נטל את כספי הפרמיות לכיסו ונהג בהם מנהג בעלים, כלומר שלח יד. זאת במודע ובכוונה, ובמרמה כיסוד נפשי ובהקשר נסיבתי גם יחד, וכן בכוונה לשלילת קבע. מטרת ההתקשרות בין פרי ללקוחות אמנם הושגו בקווים כלליים, אך אין זה שולל את תחולת עברת הגנבה שביצע פרי בשללו מכספי הרנטה המגיעים ללקוחות סכומי כסף העולים בהרבה על הסכומים שהיה על הלקוחות לשאת בהם כדי לממן את הביטוח על פי התנאים המוסכמים. פרי השתלט על רכוש לקוחותיו באמצעות תרמית ותוך ניצול אמונם, סטה מההסדר המוסכם ביניהם ושלשל את כספיהם לכיסו

בקיץ 2011 ניתן פסק הדין האחרון שבו ניתח בית המשפט העליון את עברת הגנבה. השר לשעבר הירשזון הורשע בארבע פרשות גנבה (מתוך שש שבהן נאשם), בעיקר גנבה בקבלת תשלומים וכספים בסך מיליוני שקלים במסגרת מילוי תפקידים ציבוריים שונים שמילא. קו ההגנה כלל טענות עובדתיות ומשפטיות. הירשזון הודה שקיבל לביתו מעטפות מזומנים סגורות מדי חודש בלי הסכמת התאגיד שבו פעל, אך זאת על חשבון פנסייה שלא מימש, כדי להסתיר את הנטילה מוועדת האתיקה של הכנסת. כלומר: הנטילה הייתה כדין, אלא שדרך הנטילה הייתה פסולה. לטענתו, אין להרשיעו בגנבה, שכן הכספים הגיעו לו כמשכורת על עבודתו, ואין במעשיו פגיעה באינטרס המוגן בעברת הגנבה – הגנה על רכוש האחר. המשנה לנשיאה ריבלין התייחס לעברת הגנבה הקלאסית וציין שהערך המוגן המתבטא בה הוא שמירת זכות הבעלות והחזקה בנכס, ואילו סעיף 392 מוסיף נסיבות לחומרה ופגיעה בערך של יחסי האמון שבין מנהל לתאגיד. הוא כתב שהסכמת הבעלים הנדרשת היא הסכמה מודעת לאור ידיעת המציאות והבנת משמעות ההסכמה, הסכמה "עניינית ואמתית". לדידו, הרכיב "במרמה" מצוי במחלוקת: אם זהו חלק מהיסוד הנפשי בעברה, ידיעה שהרכוש הוא של הזולת ורצון לשלוח יד בו, או שמא יסוד נסיבתי של "אי-ישר" אובייקטיבי (ריבלין נשען על דנ"פ פרי ועל ספרו של קדמי). היסוד "בלי תביעת זכות בתום לב", בהמשך לפרשת פריץ, הוא היעדר אמונה כנה של הנוטל בדבר זכות חוקית ליטול את החפץ מהמחזיק בו, לצמיתות. על מעשה הגנבה להתאפיין בחוסר ישר אובייקטיבי, ולא יישמע נאשם בעל מוסר סובייקטיבי מעוות, בהמשך לפרשת משריקי; ניתן להשתמש באדם הסביר כדי לבחון את שאלת הישר.⁶³ הירשזון ביקש לטעון נגד שני היסודות "במרמה" ו"בלי תביעת זכות בתום לב". ריבלין דחה טענותיו על רקע עובדתי, דיוני וראייתי (הנוגע למועד העלאת הטענה וכבישתה).⁶⁴

ג. עברת הגנבה בישראל – בראי הספרות

בשנת 1979 פרסם דן ביין מאמר על עברות גנבה המשלבות הפרת אמון, ובו כתב כי האינטרסים המוגנים העומדים מאחורי עברות אלו הם ההגנה על הרכוש וההגנה על יחסי האמון. קיים פיתוי לנאשם במצבים אלו, ולכן אין לראות במעשיו מבטאים חומרה מוסרית, משום שהדין הפלילי נוטה להתחשב בחולשת הטבע האנושי. היסוד הנפשי בגנבה הרגילה ובגנבה בידו נפקד זהה, ושליחת יד היא מרכז היסוד העובדתי בגנבה בידו מורשה, במקום נטילה ונשיאה. שליחת יד פירושה כל מעשה שהוא בניגוד לתנאי ההפקדה, המעיד שהנפקד נוהג בחפץ "דרך בעלים", כגון מכירה, שינוי החפץ או השמדתו. שליחת היד אינה מצריכה מגע פיזי בחפץ ועשויה להיעשות גם במחדל. הכוונה אינה צריכה להיווצר בעת הנטילה, ודי בכך שתיוולד בעת שליחת היד, להבדיל מגנבה בתחבולה, שבה הכוונה לשלוח יד בחפץ צריכה להיווצר כבר בקבלת החזקה בו.⁶⁵

בכוונה לשלול אותם לתמיד. לאור זאת הציעה פרוקציה לדחות את עתירתו לדיון נוסף. ראו שם, פס' 94–102 לפסק דינה.

63 ראו ע"פ 7641/09 הירשזון נ' מדינת ישראל, פס' 42–44, 53 לפסק דינו של ריבלין (פורסם בנבו, 4.7.2011).

64 שם, פס' 45–54 לפסק הדין. אישומי גנבה נוספים נדונו והוכרעו על רקע ראייתי בעיקר. גם ערעור של הירשזון על עונשו (מאסר בפועל בן 65 חודשים וקנס גבוה) נדחה.

65 דן ביין "עברות של הפרת אימון הקשורות בגנבה" הפרקליט לב 346, 347–348, 354 (1979).

בשנת 1980 הוגשה עבודת הדוקטור של מרדכי קרמניצר, שביקש להניח יסודות לבניין חלק ספציפי של קודקס פלילי ואגב כך ניתח את עברת הגנבה.⁶⁶ קרמניצר כתב כי הגנבה מתבטאת בנטילת הקורפוס מן הבעלים שלא בהסכמתו, באבדן השליטה של הבעלים בקורפוס, באבדן היכולת הפיזית לעשות בחפץ פעולות מטריאליות, להשתמש בו או לשנותו.⁶⁷ קרמניצר ביכר, כך נראה, יסוד נפשי שאינו דורש כוונה לשלילת קבע. הוא הצביע על כך שזכות הבעלים להשתמש בנכסיו ולממשם לכשירצה, שהיא נגזרת מובהקת של הבעלות, נפגעת גם כשאין פגיעה נצחית או מטרה לפגיעה נצחית. גם פגיעה זמנית, כמו נטילה זמנית של מכונת ייצור או כינור מיוחד מבעליו הכנר לפני הקונצרט, עלולה להיות חמורה. בדיקה השוואתית במחקרו אימתה שהיסוד של כוונה לשלילת קבע אינו מאפיין הכרחי של גנבה.⁶⁸ הוא גם סבר כי כאשר הגנבה היא של נכס פעוט ערך או כשהיא מתבצעת בעת שהעושה נתון במצב מצוקה (או קלות דעת), יש לראות בכך רכיב מקל.⁶⁹

קרמניצר הדגיש כי עברת הגנבה אינה הומוגנית כי אם אוסף של צורות עברייניות השונות במהותן אחת מרעותה, והן בעלות תחומי חפיפה (ממשיים ומדומים): גנבה, קבלת דבר במרמה ובתחבולה, שוד, דרישת נכס באיומים, סחיטה ואי-השבת אבדה. הוא ביאר כי הטיפולוגיה של העברות נגד רכוש מבוססת בעיקר על הבדלים בין סוגי העברות מכמה בחינות: אופן הגעת הנכס או הרכוש לעבריין; סוג הפגם בהסכמת הבעלים; שיטת הפעולה של העבריין; דיוק בהגדרת הערך המוגן – בעלות במיטלטלין או מכלול הזכויות הרכושיות-ממוניות – עצם השליטה בנכס או היכולת להפיק ממנו את מלוא ההנאה והתועלת. הוא הבהיר את השוני שבין גנבה לבין עברות רכוש יסודיות אחרות. הגנבה שונה מהמעילה: בגנבה החפץ מגיע לעבריין בניגוד לרצון המחזיק וללא היתר משפטי. הגנבה נשלמת עם הנטילה, עם ההשתלטות על הנכס שלפני העברה היה זר לעבריין, כפי שגם המחזיק בנכס עשוי היה להיות זר לעבריין. גנבה כרוכה בהעזה ובגסות לב כלפי נורמות חברתיות יסודיות, כיאה למקורותיה ההיסטוריים של הגנבה. לעומת זאת המעילה מתאפיינת בפגיעה באמון הבעלים, כמו גם בהגעת החפץ לעבריין בדרך תקינה וללא פסול, בהסכמתו האמתית והלא פגומה של המחזיק בו. החלק האנטי-חברתי מתבצע לאחר מכן, כשהחפץ כבר בשליטתו כדין של המבצע. אין פה נטילה אסורה אלא מעשה שחורג מהסכמתו ומהרשאתו של הבעלים: אי-השבת הנכס לבעלים, מכירת נכס, צריכת הנכס וכדומה. יזמת העבריין באה על רקע של מצב מזמין, ויש בה היבט של פיתוי וכישלון של המתנסה. חרדת הציבור מפני הגנבה גדולה יותר נוכח קשיי ההתגוננות מפני הגנב הנחוש. הסטייה מתנאי ההפקדה, המעילה באמון, מקרבת את המעילה להפרת חוזה, והגנבה, כך סבר קרמניצר, אינה דומה כלל להפרת חוזה. הוא מצא שההבדלים בין גנבה למעילה גדולים עד כדי כך שניתן להניח שלא כל מועל מסוגל לגנוב.⁷⁰

66 מרדכי קרמניצר עיקרי מבנה וארגון של העברות הספציפיות 1 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 1980).

67 שם, בעמ' 259. בה"ש 6 כתב קרמניצר כי הבעלים אינו מאבד את הזכות המשפטית (animus). הגנבה משנה מאוד את המציאות הפיזית, אך לא את מישור הזכויות, שכן הגנב אינו רוכש לעצמו מכוח הגנבה זכות קניינית בנכס ובעצם הגנבה אין כדי לפגוע בזכות הקניין של הבעלים.

68 שם, בעמ' 285–286.

69 שם, בעמ' 288.

70 הוא הוסיף כי ההבחנה בין גנבה למעילה היא עתיקה ומתחברת למשפט העברי, שהבחין בין עושה לבין גנבה, וציין כי בקודקסים רבים המעילה היא עברה שונה מגנבה, ובמקרים לא מעטים איננה ממוקמת כלל בצד הגנבה. שם, בעמ' 259–261. מטרתו של קרמניצר בהשוואה שערך בין עברות הרכוש השונות הייתה לצמצם את שטחי ההשקה והחפיפה שבין הגנבה לבין העברות האחרות. ראו שם, בעמ' 291.

קרמניצר ציין כי כמו הגנבה, גם התנהגויות אחרות מבטאות מנהג בעלים בנכס של הזולת ללא הסכמתו, אלא שהן נבדלות מן הגנבה באופן השגת השליטה בנכס. במקום נטילה בניגוד לרצון הבעלים העברה מתבצעת על ידי מי שכבר שולט בנכס, אלא שלהבדיל מהמעילה, הוא לא קיבל שליטה מתוך הסכמה אמיתית ולא פגומה של הבעלים, למשל בנוגע לאי-השבת אבדה ונכס שנמסר מתוך טעות של בעליו (התנהגויות שכינה קרמניצר "עברייניות גבוליות" ו"עברה אקראית", כלומר אי-עמידה בפיתוי). עברת הגנבה כוללת התקפה ישירה על השליטה, ואילו אי-השבת אבדה מתייחסת לנכס שאינו מצוי בשליטתו של איש, ושום שליטה אינה נפגעת.⁷¹

קרמניצר הוסיף והשווה, הפעם בין גנבה ומעילה על מכניהן המשותפים, לבין עברות רכוש אחרות. למשל, סחיטה ומרמה נבדלות מגנבה במישור הסכמת הקרבן. הקרבן מסכים להעברת נכס לרשות העבריין הגם שמדובר בהסכמה פגומה בשל התרמית (מרמה) או הלחץ (סחיטה). שלוש עברות אלו מתאפיינות בהשגת שליטה בנכס בניגוד לרצון הבעלים או הסכמתו המלאה. מנגד, המעילה כרוכה בהשגת שליטה בנכס בהסכמתו השלמה של הבעלים; הפגם מגיע רק בהמשך. הגנבה והמעילה מוגבלות למיטלטלין (אמירה שאפשר שקרמניצר לא היה מעלה אותה בנוגע למעילה במציאות העכשווית), ואילו המרמה והסחיטה מכוונות נגד הרכוש במובנו הרחב, לרבות זכויות שונות ואפילו ציפיות כלכליות מעשיות. בגנבה עוקף הנוטל את הבעלים, מתעלם מהיעדר הסכמתו לנטילה ומתמקד בנכס. המרמה כרוכה בהתמודדות פסיכולוגית ישירה עם הבעלים והטייתו לפי רצון המרמה. הגנבה כוללת הסתערות פיזית, לעתים ברוטלית, על החזקתו של אחר בנכסו. המרמה כוללת תחכום, מוח וערמה, ואינה כוללת את כוח היד. מנגד, הסוחט אינו יוצר פיתוי פסיכולוגי אלא לחץ פסיכולוגי, איום והפחדה. לקרבן חלק בפגיעה ברכושו שלו, עם מודעות (סחיטה) או בלי (מרמה). עברת הגנבה אינה מצריכה שיתוף פעולה שכזה ואינה מצריכה נוכחות או מודעות מצד הקרבן; כך גם המעילה, באשר הנכס כבר בחזקת העבריין. הגנב הוא טיפוס עברייני פשוט, גם ונעדר תחכום, להבדיל מהרמאי ומהסחטן.⁷²

קרמניצר נגע בעברות רכוש נוספות: עושק כרוך בניצול חולשת הקרבן, כגילו הרך וקלות דעתו. השוד הוא עברה מיוחדת ולא גנבה מוחמרת, הוא בולע את הגנבה, אך כולל גם שימוש באלימות. הוא מבוסס על לחץ וכרוך בהפחדה, אנטי-חברתיות, עזות מצח והיעדר ריסון עצמי. הסכמת הקרבן נשללת באורח ברוטלי. כמו הגנבה, ההיזק מגן על הבעלות ומתייחס לאובייקט רכושי פיזי, אך להבדיל מגנבה אין הוא מוגבל למיטלטלין. הגנבה שוללת שליטה בנכס, ואילו ההיזק מפקיע את הנכס לחלוטין מבעליו, בהשמדה או בנזק. גם המוטיבציה שמאחורי הפעולות שונה.⁷³

בשנת 1985 השווה קנת מן גנבה בידי מורשה להפרת אמונים של עובד ציבור. מן התייחס לנוסחו של סעיף 383(א)(2) לחוק העונשין, גנבה בידי מורשה. הוא מנה שישה יסודות לעברה זו: 1. החזקה

71 קרמניצר ביקר בחריפות את התפיסה התומכת בהכנסת עברות כגון דא לחוק העונשין. הוא ציין כי במשפט הקונטיננטלי הבעלות מוגנת בשלוש עברות: הגנבה, שמהותה שבירה או הפרה של שליטת הבעלים ותפיסת שליטה על ידי הגנב; המעילה, שהיא מנהג בעלים בנכס על ידי מי שהנכס נמסר לו או הופקד בידי על ידי הבעלים; לבסוף, עברה שיוצרת של שליחת יד בנכס הזולת שהגיע לידי העבריין במקרה, כאשר מחד גיסא השליטה בנכס הושגה בדרך שהיא כשלעצמה איננה פסולה ולכן אינה גנבה, ומאידך גיסא אין מדובר במנהג בעלים על ידי מי שהנכס הופקד בידי, ולכן אין זו מעילה. שם, בעמ' 263–268.

72 שם, בעמ' 268–273.

73 שם, בעמ' 274–280.

בדבר הניתן להיגנב; 2. המוחזק בנאמנות בשביל אחר; 3. שליחת יד בדבר; 4. ככוונה לשלול את הדבר מבעליו שלילת קבע; 5. בלי תביעת זכות בתום לב; 6. במרמה. מן ציין כי הגדרה זו זהה להגדרתו של סעיף 263 לפקודת החוק הפלילי, שאימץ את נוסח חוק הגנבה האנגלי מ-1916, ולכן בתי המשפט בישראל פנו להלכה האנגלית בעת פירוש רכיבי העברה. הוא הבהיר כי שלושת היסודות האחרונים מתווים את קו הגבול בין העברה של הפרת נאמנות פלילית לבין הפרת נאמנות שאינה פלילית. מן התמקד במרמה והמחיש במקרה של סוכן בניירות ערך שהשתמש בכספי הלקוח בניגוד להוראותיו. לשם כך פנה לפרשת בצראוי, ומצא כי מה שלמד בית המשפט מיסוד ה"מרמה" אינו אלא מודעות לרכיב העובדתי שבעברה. הוא ציין כי באנגליה חוק הגנבה מ-1968 בא לערוך שינוי סמנטי, לקבץ את כל העברות שיש בהן אי-יזר בקודקס אחד ולהקל על חבר המושבעים, ולא לשנות את המשמעות המשפטית של הגנבה. מהפסיקה האנגלית הוא הסיק כי הרכיב המרכזי בעברה הפלילית של הפרת נאמנות הוא משהו הנדרש מעבר לחמשת הרכיבים האחרים, יסוד ההופך הפרת נאמנות לאקט המצדיק את השימוש בסנקציית הפלילית ולא האזרחית גרידא, יסוד הבוחן את המצב הנפשי של הנאשם ומתחשב גם בתפיסה החברתית-מוסרית המקובלת באשר למעשיו. כלומר, נדרש יותר ממודעות ליסוד העובדתי של העברה; נדרש אי-יזר ואמונה של הנאשם שהתנהגותו הייתה לא מוסרית. מושג זה, המערבב פן סובייקטיבי ואובייקטיבי, מוסיף לדרישת המודעות התייחסות לתפיסה המוסרית של הנאשם. מן הסיט את תשומת הלב אל הפער שבין הדין האנגלי העדכני בעניין זה לבין הפרשנות שניתנה לו בעניין בצראוי, אף שהסתירה יושבה בפרשת אלוני, שם אומצה ההלכה האנגלית העדכנית, ויסוד ה"מרמה" פורש באופן שהוא מכיל אי-יזר לפי קנה מידה של אנשים הגונים רגילים.⁷⁴

בשנת 1980 פרסם שניאור זלמן פלר ביקורת חריפה על פרשת גרין, שנסקרה מוקדם יותר. אמנם הוא התמקד במהלך האנליטי שערך בית המשפט יותר משהתמקד בעברת הגנבה, אך עדיין עלו במאמר אמירות מעניינות בקשר לעברה זו. פלר דחה את האפשרות לדבר על סיוע לעברה על סמך פעולות פיזיות בלבד לאחר השלמת העברה תוך התעלמות מהתרומה הדרושה במהלך הביצוע עצמו וקביעת העיתוי של השלמת העברה לפי זמן פעולות אלו. זאת, משום שהדברים מנוגדים לתורת השותפות בכלל ולזו שבישראל בפרט. תרומה לעברה לאחר שהושלמה אינה יכולה להיחשב סיוע לה.⁷⁵ הוא הדגיש שרכיב התנהגותי של נטילה ונשיאה משמעותו שעברת הגנבה היא בהכרח רגעית ולא מתמשכת. כל עוד העושה עסוק בנטילה ונשיאה, לא הושלמה העברה, וניתן לדבר רק על ניסיון. הניסיון לגנוב הופך לגנבה מושלמת ברגע של השלמת היסוד ההתנהגותי. הוצאת חפץ משליטת הבעלים אינה מסוגלת להימשך איכותית ואינה מסוגלת לצבור עם הזמן היקף כמותי מתגבר ובכך גם חומרה נוספת.⁷⁶ דוגמה לכך היא אי-האפשרות לטעון שמי שכאשר היה בדירת חברו, נטל דבר

74 קנת מן "אי-יזר כמרכיב באחריות פלילית" עיוני משפט י 505, 510–517 (1985). פסק הדין האנגלי שעליו נשען מן היה: R. v. Feely, [1973] 1 All E.R. 341. בה"ש 37 הפנה מן לשורת מקרים (שרובם הוזכרו בחיבור זה) שבהם נדונה השפעתו של פסק דין פלילי על פרשנות העברה של גנבה בידי מורשה: פרשות יהודה, מנוף, מתוק (ע"פ 629/78 מתוק (מעתיק) נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(1) 156 (1978)), משריקי ואלמגור. בהמשך מאמרו דן מן בעברה של הפרת אמונים על ידי עובד ציבור (סעיף 284) והשווה בינה לבין גנבה בידי מורשה.

75 ש"ז פלר "לעיתוי ההשלמה של עברת הגנבה (עברה רגעית, עברה נמשכת או עברת שרשרת)" משפטים י 121, 130–131 (1980).

76 שם, בעמ' 136.

והכניסו לכיסו – ביצע גנבה שנייה כשהעבירו לתיקו בחדר אחר, וגנבה שלישית כשהוציא את התיק מהדירה בעת שעזב אותה. פלר דחה את תזת ה"מעין החזקה כפולה" בטענה שחזקה מתאפיינת ביכולת פיזית לשלוט בחפץ; אי אפשר לגרוס שמי ששולט בשטח שבו נמצא חפץ בהכרח שולט בחפץ.⁷⁷ תשע שנים לאחר פרסום רשימתו של פלר הגיב קרמניצר ברשימת ביקורת משלו. קרמניצר התמקד אף הוא בשאלות מופשטות יחסית, תוך המחשת עברת הגנבה. הוא העלה רעיון, שלפיו העברה מגיעה לסיומה המהותי כשהפגיעה בערך המוגן על ידי האיסור מגיעה לשיאה לאחר שכבר הגיעה לנקודת ההשלמה הפורמלית – "מבחן שיא הפגיעה". קרמניצר המחיש זאת באשר לעברת הגנבה וציין כי במשפט הגרמני גם השלב שבין ההשלמה הפורמלית לבין הסיום המהותי הוא עניש, משום שהגנבה טרם תמה סופית. מי שהכניס חפץ לתיקו בדירה זרה השלים את עברת הגנבה, אך כאשר הוציא את החפץ יש לראות בכך חלק מאותה מסכת עבריינית "שטרם הגיעה אל 'סוף הסופות' שלה".⁷⁸ בהמשך הוא ניתח את יסודות עברת הגנבה ואימץ את דברי פלר שלפיהם הדרישה להזות החפץ בשבריר האינץ' אינה מוצדקת. קרמניצר התייחס לארבע תאוריות שביקשו לאפיין את הרכיב הזה כל אחת בדרכה: נגיעה; תפיסת החזקה בנכס; הוצאת החפץ מתחום החצרים של המחזיק; הבאת הנכס למקום מבטחים. לדידו, ברוב שיטות המשפט אומצה גישה של שבירת החזקתו של המחזיק תוך יצירת החזקה של העושה בנכס, להבדיל מהבאת הנכס למקום מבטחים. די בשינוי בהחזקת הנכס המאפשר להוציאו מתחום החצרים של המחזיק.⁷⁹

קרמניצר התייחס גם ליסוד הנפשי וגרס שיש לראות במטרה להביא את החפץ למקום מבטחים יסוד נפשי מינימלי של העושה.⁸⁰ הגנבה מתמקדת בנזק לקרבן ולא ברווח לגנב, וזאת כדי להגן על האינטרס החברתי המוגן – "ההחזקה כאחד מהיבטיה המרכזיים של הבעלות או הבעלות בהיבט ההחזקה שלה" – שנפגע פגיעה קשה וחמורה גם בטרם הגשים העושה את מטרתו במלואה, בשלב שבו נשברה שליטת הבעלים. קרמניצר לא טען שהסיום המהותי של הגנבה מתבטא בהגשמת המטרה של שלילת קבע, והבהיר כי עניין זה אינו פשוט.⁸¹ הגנבה מסתיימת כאשר למחזיק המקורי אובדת במלואה (ולא נשברת או נפגעת) השליטה בנכס, מה שעשוי להתהוות לפני שהעושה מביא את הנכס למקום מבטחים. לדידו, הטיעון שלפיו אין "חיים עברייניים" לאחר ההשלמה הפורמלית הוא אבסורד, וגלוי לכול האופי האנטי-חברתי והאסור של השלב שבין ההשלמה הפורמלית לבין הסיום המהותי. קרמניצר הסתייג מביקורתו של פלר בנושא ה"מעין שליטה הכפולה". לפי דעה שהציג, יש החזקה בנכס גם במצב של ריחוק פיזי בין המחזיק לנכס המוחזק או שנדרש זמן כדי שיוכל להפעיל את רצונו בנכס. למשל, אדם מחזיק ברכב גם כשהרכב חונה במגרש חנייה ציבורי והאדם שוהה במקום אחר. השליטה במקום יוצרת שליטה בנכסים שבו גם בהיעדר מודעות ספציפית לאותם נכסים. לפי אותו היגיון, מחזיק תיבת דואר מחזיק גם בתכולתה, אף אם זו אינה ידועה לו, והמחזיק בדירה מחזיק בדבר שמצוי בה גם כשאינו זוכר

77 שם, בעמ' 140, 142.

78 מרדכי קרמניצר "עוד על עיתוי ההשלמה של עברת הגנבה" משפטים יח 487, 491–492 (1989). לפירוט האסמכתאות בגרמניה ראו שם, ה"ש 28.

79 שם, בעמ' 496.

80 שם, בעמ' 496–497. בה"ש 50 שב קרמניצר על עמדתו שאין הצדקה להתנות את הגנבה במטרה של שלילת קבע, כאשר גם נטילה ללא מטרה כזו פוגעת בזכותו של הבעלים להשתמש בנכסיו ולממשם לכשירצה.

81 שם, בעמ' 497.

היכן הדבר. מנגד, שליטה בפועל לא תמיד פירושה החזקה. עובדי משק בית או עובדי מפעל אינם בגדר מחזיקים בנכס של הבית או המפעל גם כשהוא בכיסיהם. מקבל חפץ מאחר לשם התבוננות קצרה בו אינו בגדר "מחזיק" בו, וכך גם לקוח המודד בגד. קרמניצר התייחס גם לגישה אחרת, ולפיה ה"חזקה" היא מושג הנקבע לפי ההשקפה החברתית המקובלת: אדם מחזיק נכס אם הפרעה ליכולת השליטה שלו בנכס נחשבת מבחינה חברתית חדירה לתחום, "טאבו". כך כשמדובר בביתו של אדם, בבגדים שהוא לובש ובחפצים שהוא נושא עמו. גישה זו, כתב, מבטאת גם תפיסה חוקתית, בהיותה קשורה בזכות לפרטיות במובנה הרחב לנוכח היקף המרחב הנחוץ לפרט למימוש ולהגשמה עצמיים בלא הפרעה בנכסיו. קרמניצר כתב שלפי שתי הגישות יש לאדם החזקה בנכסים המצויים בתחום או במרחב הנתון לשליטתו. מכאן הסיק שבעניין גרין החזיקה חברת צים בטובין המדוברים כל עוד היו על האנייה. בעקבות המשפט הגרמני הוא הציע לפרש נטילה בתור שבירת ההחזקה של המחזיק המקורי ומילוי יסוד ההחזקה על ידי המבצע. אלו לרוב חופפים אך לא תמיד: לא כל שבירת החזקה פירושה יצירת החזקה חדשה, וגם אם רואים בהסתרת הטובין באנייה השלמה פורמלית של הגנבה, סיומה המהותי הגיע רק לאחר הורדתם מהאנייה.⁸²

לא מלומד כפולר ישב בחיבוק ידיים ולא יגיב למאמר ביקורת. מאמר ביקורת שחיבר על הביקורת של קרמניצר התפרסם שנה לאחר מכן (1990) והתייחס בעיקר לגישות מופשטות בנושא ההבחנה בין עברה רגועת לעברה מתמשכת ובנושא העיתוי של השלמת עברה, תוך נגיעה גם בעברת הגנבה. פולר ביקר את "מבחן שיא הפגיעה" בערך המוגן שהציג קרמניצר, וכתב שניתן לדבר על שיא הפגיעה כאשר מדובר באינטרס הפרטי של הקרבן באשר לרגע שבו אולו הסיכויים להשיב אליו את הטובין בשל בזבוזם או קלקולם. ואולם, בנוגע לערך החברתי המוגן, הוא נפגע במלואו מעצם ערעור תחושת הביטחון בקרב הציבור מפני שלילת זכויותיו הלגיטימיות של כל פרט בקניינו. פולר דחה את האפשרות לדבר על מינון של פגיעה בערך האמור וגרס שניתן לתקנה רק באמצעות ענישה וצמצום מעשי הגנבה, וזהו עניין למדינה ולא לגנב.⁸³

במאמר נוסף מאותה תקופה (1988) התייחס אליעזר לדרמן לעברות המחשב השונות שהחלו להפציע והציג שאלות מחשבה וכיווני פתרון. הוא כתב כי מקובל לגרוס שעברת הגנבה מכוונת להגן על החזקה, ואילו עברת המרמה מכוונת להגן על הבעלות. כל מה שיכול להיחשב מרמה יכול להיחשב גנבה, משום שהגנת החזקה רחבה מהגנת הבעלות וכוללת אותה. כך גם בדבר הפעולה האסורה: הגנבה מוגדרת הגדרה רחבה, שכוללת מצבים דמויי מרמה, כמו השגת חפץ באמצעות הנעת הזולת למסרו לרשות הגנב בתחבולה או מחמת טעות, ובלבד שהדבר "ניתן להיגנב". לדרמן כתב כי עברת הגנבה במשפט המקובל נועדה להגן על החזקה בנכסים מיטלטלים, שמאופיינים במוחשיות (tangibility) ובניידות (movability). גישה זו התבטאה גם ברכיבי היסוד הפיזי שבסעיף 383 לחוק העונשין, שכאמור מקורו במשפט המקובל. דרישת המוחשיות התבטאה בשעתה גם בתיאור מושא הגנבה: "דבר בעל ערך שהוא נכסו של אדם ובמחובר למקרקעין – לאחר ניתוקו מהם" (סעיף 383(ג)(4) לחוק) בשילוב עם סעיף 2 לנוסחו הקודם של חוק העונשין, שהגדיר נכס כך: "חי או דומם היכול לשמש נשוא לבעלות". מוחשיות, פיזיות ואפשרות טלטול הן תכונות שהתבקשו גם מהביטויים "נטילה" ו"נשיאה", שמתארים את פעולת הגנבה, ועניינם יצירת מגע עם חפץ מוחשי שבחזקתו של

82 שם, בעמ' 500–504.

83 ש"ז פלר "עוד על 'עוד' – לעניין מומנט ההשלמה של עברה פלילית" משפטים כ 119, 124 (1990).

אחר, תפיסתו והרחקתו ממקומו המקורי. הוא שיער כי זו הסיבה שבית המשפט העליון מצא טעם בטענה שחפץ לא מוחשי (כדוגמת חוב) אינו ניתן לגנבה (מאמרו נכתב לפני פרשת הרנוי, שבה הוכרעה הסוגיה).

לדרמן התייחס לקושי בייחוס גנבה בנוגע למידע ממוחשב: המידע הוא לא מוחשי ואינו בר-טלטול, ולכן לפי הגישה המסורתית לא ניתן לגנוב אותו. בנוסף, בגנבה האופיינית "הדבר הניתן להיגנב" מחליף מחזיקים: מתקיימת סימטרייה שבה הקרבן מאבד את מה שהגנב זוכה בו. הסימטרייה עולה גם מהכוונה המיוחסת לגנב לשלול את הדבר מקרבן העברה. נוסחה זו הגיונית כשמדובר בגנבת מיטלטלין, אך לא כשמדובר במידע: חשיפת השני אליו אינה שוללת אותו מהראשון, והדבר עלול להוביל לקושי באשר למחשבה הפלילית הנדרשת, הכוונה לשלול עולמית את הדבר מבעליו. לאחר חשיפת המידע הוא מצוי הן בידי החושף והן בידי המחזיק הקודם, ואינו מחליף מחזיקים כערך עצמאי וכנכס. שלילת הסודיות מהמידע פוגמת בשליטתו של המחזיק הקודם בו ולכן גם בערכו, ובכך יש אבדן לקרבן העברה, אך אבדן זה אינו זהה למה שזכה בו החושף. ניתן לגרוס כי יש סימטרייה בכך שהשליטה שאבדה למחזיק המקורי הגיעה לחושף, אך הדבר אינו מדויק, באשר לקרבן הייתה שליטה מוחלטת ובלעדית, ואילו לחושף יש שליטה חלקית. לאור זאת, כתב לדרמן, ההשקפה האנגלית היא שחשיפה לא מורשית של מידע השייך לאחר אינה גנבה. במקרים שבהם נטילת המידע לובשת אופי פיזי, כמו נטילת מידע המצוי על גבי התקן פיזי, קל יותר לזהות נשיאה ונטילה. לשון סעיף 383 לחוק העונשין מחייבת קשר לאובייקט חומרי כלשהו, ולכן אינה יכולה להתייחס לנטילת מידע שלא באמצעות נטילה של התקן פיזי. גם סעיף 400 לחוק, שעניינו גנבת חשמל, מרמז שהמחוקק סבר שהגדרת הגנבה המסורתית אינה מכסה שלילה של מהויות לא מוחשיות, גם אם ערכן הכלכלי ברור. הואיל וסעיף 383(א) הוא תעתיק של סעיף חוק אנגלי, הנשען על המשפט המקובל, הסעיף אינו משוחרר מהנטל ההיסטורי של התקדימים הרבים במשפט המקובל בעניין מושא הגנבה. לכן עברת הגנבה אינה מספקת פתרון כולל למקרים של חשיפת המידע האגור במחשבים, שימוש בו או גילוי לאחר ללא הרשאה.⁸⁴

בשנת 2008 פורסם ספרו של קרמניצר בנושא עברת המרמה, ובו התייחס גם לעברת הגנבה, כדי להבדילה מעברת המרמה ומעברות קשורות. הוא הדגיש כי במרכז עברת המרמה מצויה ההטעיה, שאחריה באה טעות, ופעולה ברכוש המסכה נזק לטועה המוטעה. לב העברה הוא הנעה של אחר לפעול באמצעות הטעיה, מבצע המפעיל את קרבנו, בדומה לסוחט. זאת, בשונה מהגנב, שנוטל את הרכוש תוך התעלמות מהבעלים ועקיפתו, משתלט על הנכס בניגוד לרצונו ולעתים קרובות ללא נוכחותו. בעברת המרמה היחס המרכזי הוא הגנב מול בעל הנכס, וכלי העבודה הוא המוח, ובעברת הגנבה היחס המרכזי הוא גנב מול הנכס, וכלי העבודה המרכזי הוא היד. קרבן הגנבה המבחין בה מבין את משמעותה, להבדיל מקרבן המרמה. הגנבה מתמקדת בהכרח בפריט קונקרטי שבחזקת אדם. הגנבה מגנה על הבעלות והחזקה במיטלטלין, אולם להבדיל מהמרמה, שתוצאתה נזק לרכוש הקרבן, הגנבה אינה עברת תוצאה ואינה מצריכה שהקרבן יהפוך עני יותר בעקבותיה. משום כך היא חלה גם כשמדובר ברכוש בעל ערך רגשי בלבד, וגם כשהנוטל הותיר כסף לכיסוי הרכוש.⁸⁵ רכיב הפעולה

84 לדרמן, לעיל ה"ש 42, בעמ' 518, 522-528.

85 מרדכי קרמניצר המרמה הפלילית 13-16, 162, 205 (2008). לסקירה קצרצרה של התפתחות עברת הגנבה, לרבות התייחסות למקרי הבלדר ופיר, ראו שם, בעמ' 27-28.

ברכוש הוא שמבדיל בין מרמה לגנבה. קרמניצר התייחס לשאלת החפיפה בין גנבה בתחבולה לבין מרמה וציין שתי גישות. לפי האחת חפיפה אפשרית: עברת המרמה מגנה מפני פעולה ברכוש ולא על החזקת הרכוש; לפי השנייה נדרש תיחום ברור בין העברות, כאשר המרמה היא עברה של גרימת נזק עצמית, מה שמצריך מודעות של הרמאי לפעולת המרומה ברכוש. הגנבה עניינה נטילה, והמרמה עניינה נתינה; בגנבה הקרבן אינו מודע ליכולתו למנוע את נטילת הנכס או אף לעצם החזקתו, ואילו במרמה הקרבן נמנע במודע מלמנוע את נטילת הנכס. אם הקרבן אינו מודע להעברת החזקה, זו גנבה, ואם מודע – מרמה. כשהפעולה ברכוש מבוצעת על ידי המוטעה זו לרוב מרמה, וכשעל ידי המטעה – זו בדרך כלל גנבה.⁸⁶

פרט לאמור לעיל הוצגו התייחסויות ספורדיות לעברת הגנבה בספרי הדרכה בדיני עונשין. פלר, נאמן לגישתו המרחיבה בדבר סיווג עברות כתוצאתיות,⁸⁷ גרס כי אף על פי שבהגדרתה הנורמטיבית של עברת הגנבה אין ביטוי מפורש לדרישת תוצאה מזיקה כתנאי להתהוותה, עדיין העברה "מחייבת סיווג כתוצאתית". זאת משום שבכל מקרה של התקיימות יסודות העברה בהכרח נגרם נזק לאובייקט הפיזי, שהוא מכלול נכסי הזולת, ולכן היה מיותר להכניס רכיב תוצאה פורמלי. פלר הוסיף וכתב כי עברת הגנבה מותנית "בשליטת אותו דבר מבעליו שלילת קבע". לכן גנבה היא "עברה התנהגותית רק לכאורה".⁸⁸ בעקבות פלר כתבו גם יורם רבין ויניב ואקי שהגנבה היא עברת תוצאה, משום שבמהותו הפנימית של הרכיב ההתנהגותי טבועה פגיעה פיזית באובייקט פיזי: גנבת דבר כרוכה בפגיעה פיזית מוחשית במכלול רכושו של הקרבן, עקב הפחתת היקפו.⁸⁹ גבריאלי הלוי ערך דיון קצר וכתב שעברת הגנבה היא לב העברות המגנות על זכויות הקניין, ושייעודה בעיקר בהגנת החזקה. היעדר הסכמה מכסה הן מצב של אי-הסכמה מפורשת והן מצב שבו לא נתבקשה הסכמה, כשבסעיף 384 ההסכמה הנדרשת היא של המחזיק ולא של הבעלים. הלוי כתב שהיסוד העובדתי אינו כולל רכיב תוצאה: לא נדרש נזק או אבדן של הנכס.⁹⁰

86 ראו שם, בעמ' 23–24, 135, 137–139. קרמניצר עצמו סבר שבאשר למרמת חיוב, מרמה הנוגעת למצבת זכויותיו של המרומה, אין לדרוש מודעות של המטעה לפעולת המוטעה ברכוש, ואילו באשר למרמת דבר, המיועדת להשגת נכס פיזי, מוטב להבחין בין מרמה לגנבה: מרמה מצריכה פעולה ברכוש מתוך מודעות, ובהיעדרה תחול הגנבה. ראו שם, בעמ' 24, ה"ש 53, כתב קרמניצר כי בשל הקושי להבחין בין גנבה בתחבולה לבין מרמה בוטלה עברת הגנבה בתחבולה (larceny by trick) באנגליה.

87 פלר כתב שמטבעה כל עברה פלילית היא תופעה מזיקה, ותופעה מזיקה היא כזו שבעקבותיה באה תוצאה פוגעת. עולה אפוא כי כל העברות הפליליות הן תוצאתיות. בהמשך צמצם את האמירה וכתב כי פגיעה בפועל או בכוח באובייקט הפיזי של העברה "על קיומו, שלמותו, תקינותו או איכותו, שגרמה או עלולה הייתה להיגרם על ידי ההתנהגות המהווה את הרכיב ההתנהגותי של היסוד העובדתי שבאותה עברה", פירושה עברה תוצאתית. ראו ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך ג 249–251 (1992).

88 שם, בעמ' 250. לביקורת על הגישה הרואה בעברת הגנבה עברה תוצאתית ראו פרק 4.
89 ראו יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין 211–212 (2008). השניים כאמור נשענו על פלר, ולא לגמרי ברור אם זו גם השקפתם; מקריאת המהדורה השנייה נדמה שרק בהפניה לפלר מדובר. ראו יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין 262 (מהדורה 2, 2010).

90 ראו גבריאלי הלוי תורת דיני העונשין כרך ד 672–676, 688 (2010). הלוי נסמך באופן כללי על פרשת הרנוי כדי לציין שהנכס עשוי להיות מוחשי או ערטילאי, לרבות שירותים או נכסים וירטואליים. שם, בעמ' 672, ה"ש 2661. באשר לעברת הגנבה בידי מורשה כתב שהיא מוסיפה לגנבה הבסיסית היבט של פגיעה ביחסי האמון בין המרשה למורשה ביחס לנכס. גישת המורשה לנכס גבוהה, והגנבה נעשית תוך ניצול לרעה של יחסי האמון. שם, בעמ' 688.

ד. עברת הגנבה בראי הכתיבה והפסיקה בישראל

1. גנבה: התמקדות פסיקתית בגנבה בידי מורשה

הנתון הראשון שבולט לעין מסקירת פסיקתו של בית המשפט העליון בעברת הגנבה הוא שכמעט כולה עוסקת בעברה של גנבה בידי סוכן/נפקד/מורשה (מונח שהשתנה לאורך השנים) ולא בגנבה ה"קלאסית". האם נתון זה מפתיע? ניתן לסבור כי יסודות העברה של גנבה בידי מורשה, שאסורה כיום לפי סעיף 393 לחוק העונשין ונסמכת בדרך כלל גם על סעיף 383(א)(2) לחוק, מורכבים יותר ומצריכים מאמץ פרשני רב יותר, ולכן מקרים כאלה שהגיעו לבית המשפט העליון היו רבים ממקרים של גנבה קלאסית. כפי שראינו בפרק הראשון, עברת הגנבה הקלאסית או הפרדיגמטית כללה שבירה אמיתית של החזקה בנכס מוחשי. פרשות כמו הבלדר, צ'יסר ופיר עסקו במקרים שבהם ה"גנב" קיבל חזקה בדרכים שונות, וכך נאלצו בתי המשפט להרחיב את העברה באופן כזה או אחר באמצעות פרשנות יצירתית או מלאכותית של רכיב מרכיביה. גם העברה של גנבה בידי מורשה איננה כוללת שבירה ממשית של החזקה, ולכן אפשר שהיא מצויה מעבר לגבולות האינטואיטיביים (לא כתבתי ה"טבעיים" משום שנדמה שההיסטוריה מעידה שכאלו קשה מאוד לתחום) של הגנבה ותובעים דיון מורכב. האומנם כך מבחינת יסודות העברה? הרשעה בעברה לפי 383(א)(1) לחוק העונשין עשויה לחייב ניתוח היסודות "נוטל ונושא", "הסכמת הבעל", "בלי תביעת זכות בתום לב", ולבסוף "כוונה לשלילת קבע". להבדיל, הרשעה בעברה לפי 383(א)(2) לחוק עשויה לחייב ניתוח של יסודות כמו "מחזיק כדין", "פיקדון" ו"שליחת יד". היסודות "דבר הניתן להיגנב" ו"במרמה" משותפים לשני סוגי הגנבה. האם אופייני הוא שניתוח יסודות הגנבה הרגילה (כנוסחה היום) מורכב פחות מניתוח יסודות הגנבה בידי מורשה (כנוסחה היום)? האם המונחים המופיעים בסעיף קטן (2) עמומים או טעונים מאלו המופיעים בסעיף קטן (1)? איני בטוח כלל. ניכר גם כי כאשר דן בית המשפט העליון בסעיף קטן (2), לעתים לא רחוקות הוא ניתח גם יסודות שנכללו במפורש רק בסעיף קטן (1). מבט בפסיקה שנסקרה לעיל מעלה כי עברת הגנבה בידי מורשה דנה בפרשנות מונחים כמו "נפקד" ו"הפקדה" (זולברג, בנא, טריביש, סוקולובסקי, פרי), "שליחת יד" (זולברג, בנא, רוזנפלד, אלמגור, גולדין, רויטמן, נרקיס, יקירביץ, פרי), "מרמה" (בצראוי, יהודה, מנוף, אלוני, אלמגור, ברזל, גולדין, ציוני, רויטמן, נרקיס, יקירביץ, פרי, הירשזון), "דבר הניתן להיגנב" (הרנוי, גולדין, אופנהיים, רום, הורוביץ, פרי), "החזקה" ו"מחזיק כדין" (גולדין, רויטמן, פרי), "הסכמת הבעלים" (גולדין, פרי, הירשזון), ו"בעלות" (גולדין, אופנהיים). כן נדונו רכיבים שאינם נמנים במפורש עם יסודות העברה של גנבה בידי מורשה: "כוונה לשלילת קבע" (לעתים לא קרובות תוך התייחסות גם ליסוד "בלי תביעת זכות בתום לב") (אפשטיין, יהודה, מנוף, אלוני, אלמגור, ברזל, סוקולובסקי, ציוני, אופנהיים, נרקיס, יקירביץ, מכנס, רום, פרי, הירשזון), "בתחבולה" (גולדין, רויטמן) וב"נשיאה ונטילה" (רויטמן, הורוביץ). כלומר, עברת הגנבה בידי נפקד היא מורכבת, אך הדיונים שנערכו בעניינה היו מורכבים גם משום שהעמיקו לעתים קרובות חקור דווקא ברכיבים שפורמלית מצויים רק בעברת הגנבה הרגילה.

כפי שראינו, מרבית הדיונים בבית המשפט העליון בסוגיית הגנבה עסקו בגנבה בידי מורשה, וכשכבר עסקו בעברות אחרות, היו אלו עברות שבמהותן או בלבושן הקונקרטי היו קרובות יותר לעברה של גנבה בידי מורשה: כך בפרשת משריקי, שניתחה את רכיב המרמה בקשר לגנבה בידי עובד ציבור; כך בפרשת אבוטבול, שניתחה את רכיב הבעלות (הפרשה עסקה בגנבה ממעביד בנסיבות שמזכירות גנבה בידי מורשה במובן הפרת האמון הכרוכה, ולא בכדי הואשם אבוטבול גם בעברת

שוחד, הגם שזוכה ממנה בסוף); כך בפרשת גרין, שעסקה בגנבה ממעביד לצד גנבה סתם (בנסיבות המזכירות מאוד גנבה בידי מורשה, באשר גרין היה קצין מכונות ראשון בחברת צים) ופירשה את המונחים "בעלות" ו"נוטל"; כך בפרשת הורוביץ, שהואשם בגנבה בידי מורשה (ובעברות נוספות הקשורות למעילה בתאגיד) אך הורשע לבסוף בגנבה סתם, דרך הסעיף העוסק בנטילה בתחבולה. מדוע אפוא התיקים המגיעים לבית המשפט העליון מתמקדים שוב ושוב בגנבה בידי מורשה? הרי הרכיבים הטעונים פירוש הם לא אחת דווקא רכיבים מעברת הגנבה הרגילה. אפשר כי הדבר נובע מכך שהגנבה הקלאסית מתקשרת לאינטואיציה בקלות רבה יותר מהגנבה שבידי נפקד, שמתקשה לייצר תמונה ברורה של גנב. אך אפשר גם לנסות ולהעלות השערה פוליטית או ראליסטית. להבדיל מהגנב הקלאסי והפשוט, הגנב המורשה מגיע ממעמד גבוה יותר: צווארון לבן ולא כחול. פירוש הדבר שיש לו יותר אמצעים שלא להשלים עם הרשעתו, ולעתים גם יש לו תמריץ משמעותי להילחם על שמו, במיוחד כאשר הרשעה פירושה הרחקה ממקצוע כלשהו. בין הנאשמים שנסקרו קודם לכן בולט מספרם של עורכי הדין, ולצדם בעלי מקצועות נכבדים נוספים, לרבות אדריכלות, רפואה, אקדמיה, בנקאות, הנהלה בכירה, רבנות ועוד. לכל אלו, אפשר לשער, אמצעים ומוטיבציה לאתגר את יסודות העברה ולהעלות טיעון משפטי, להבדיל מגנב פשוט, שהנחת כפירה מצדו בכתב האישום ודאי תביאו להתמקד במישור הראייתי ("לא גנבתי" להבדיל מ"המעשה אינו גנבה").

2. גנבה: ניתוח ספרותי מועט

נתון בולט לעין בהתייחס לניתוח שיטתי (ולא אגבי גרידא) של עברת הגנבה בספרות בישראל הוא שאין הרבה ממנו, ומה שיש – יש מזמן (למעט התייחסותו של קרמניצר לעברה, על דרך ההשוואה, בכתבו על עברת המרמה).

שלושה מחברים ערכו ניתוח השוואתי-אנליטי: השוואה בין הגנבה לבין עברות אחרות. ביין ניתח רכיבי עברה שונים והתייחס בקצרה לערכים המוגנים. קרמניצר ערך ניתוח ארוך יותר של עברת הגנבה, אך לא בהתייחס לגנבה באופן עצמאי, אלא כהמחשה אחת מני כמה של החלק העיוני בעבודת הדוקטור שלו, תוך השוואת הגנבה לעברות רכוש אחרות (ואף להתנהגויות מהדין האזרחי) מבחינת יסודות וערכים מוגנים; בהמשך, בחיבור שמוקדו עברת המרמה, ערך קרמניצר השוואות לסוגי התנהגות שונים ולעברות נוספות, לרבות עברת הגנבה. מן השווה גנבה בידי מורשה להפרת אמונים של עובד ציבור תוך התייחסות ליסודות העברה הפורמליים והפורמליים פחות.

שלושה מאמרים נגעו בגנבה כחלק ממהלך עיוני רחב: שני המאמרים של פלר וזה של קרמניצר בנוגע לעיתוי השלמת הגנבה, לאור פרשת גרין. כפי שאני מבין אותם, מאמרים אלו לא התעניינו באופן קונקרטי בעברת הגנבה אלא בשאלות הרחבות של עיתוי השלמת עברה, ההבחנה בין עברה נמשכת לעברה רגעית והכוח הפרשני של הערכים המוגנים בהקשר זה. במאמרים הללו ניתחו פלר וקרמניצר יסודות שונים של הגנבה והתייחסו גם לערכים המוגנים בה. אך כאמור הגנבה לא הייתה מוקד הוויכוח המעניין בין השניים, אלא רק הזירה שבה נולד.

בסוף, מאמרו של לדרמן משנת 1988, שצפה פני עתיד (אף שאותו עתיד כבר לבש צורה של הווה בארצות הברית ובמדינות נוספות), התמקד בעברות מחשב שונות תוך הצגת תהיות באשר לעברות קיימות וליכולת לפרוס אותן בעידן המחשבים. לדרמן התייחס גם לעברת הגנבה, ניתח חלק מיסודותיה והתייחס לערך המוגן שמאחוריה, והכול כדי לבחון אם ניתן לפרוס אותה על פעילויות ממוחשבות. הגם ששאלת המחשבים אינה שאלת המחקר המובילה את ספרי זה, והגם שחוק המחשבים, התשנ"ה –

1995 סיפק תשובות לחלק מהבעיות שעליהן הצביע לדרמן, מבחינת החלק שעסק בגנבה מטרת מאמר זה היא הדומה ביותר למטרת ספרי זה.

3. גנבה: יסודות העברה המרכזיים?

האם ניתן לאתר, בעקבות ההלכה והספרות, יסודות שהם המרכזיים בנייתו עברת הגנבה, במונח שהם זכו לדיונים המעמיקים ביותר? האם קיימים יסודות "טעונים" נוכח עמימות המילולית או נוכח שינויים חברתיים? על שאלת השינויים החברתיים עדיין מוקדם להשיב; נדרש ניתוח נורמטיבי. באשר לשאלה המילולית, סקירת פסקי הדין שלעיל ממחישה שאין יסוד טעון אחד ויחיד אלא שלל יסודות שזכו לשלל פירושים. כפי שיורחב בהמשך, המסר העולה מפסקי הדין אינו ברור ואינו אחיד. כמעט כל יסוד המופיע בשני סוגי עברת הגנבה זכה לפרשנות לאורך השנים. עם זאת דומני שכמה מהם עלו יותר מאחרים: שליחת יד, דבר הניתן להיגנב, במרמה והכוונה לשלילת קבע. שני הראשונים הם יסודות עובדתיים: שליחת יד היא יסוד התנהגותי שמופיע בעברת הגנבה בידי מורשה, ואילו דבר הניתן להיגנב הוא נסיבה המופיעה בשני סוגי הגנבה. שני היסודות האחרים שמרבים להופיע בנייתו בית המשפט העליון שייכים למישור הנפשי: היסוד במרמה, שמופיע בשני סוגי הגנבה, והכוונה לשלילת קבע, שמופיע רק בגנבה הקלאסית אך נדון שוב ושוב דווקא במסגרת הגנבה בידי מורשה. היסודות שליחת יד, במרמה וכוונה לשלילת קבע נדונו הן בפסיקה מוקדמת והן בפסיקה מאוחרת; היסוד "דבר הניתן להיגנב" נידון בעיקר בפסיקה מאוחרת, משנות התשעים ואילך, עידן שכלל דיונים גם ברכיבים כמו מחזיק ומחזיק כדין, הסכמת הבעל, בעלות, תחבולה ונשיאה ונטילה.

מה באשר לספרות? האם ממנה עולות מסקנות בדבר יסודות טעונים במיוחד? ביין הרחיב בנושא היסוד הנפשי בגנבה ואמר ששני סוגי הגנבה כוללים יסוד נפשי זהה, והתייחס גם ליסוד שליחת היד. גם קרמניצר הרחיב, בעבודת הדוקטור שלו, על היסוד הנפשי של עברת הגנבה הקלאסית ויצא נגד היסוד של כוונה לשלילת קבע. בקשר להשוואה בין גנבה לבין עברות אחרות התייחס קרמניצר (לעתים בעקיפין ובמשתמע) גם ליסודות כמו בעלות, הסכמת הבעלים, נטילה, דבר הניתן להיגנב ועוד. בחיבורו המאוחר הדגיש קרמניצר את יסוד הנטילה כמבדיל בין גנבה למרמה. מן התמקד ביסוד המרמה שבעברת הגנבה בידי מורשה, יסוד שבפסיקה פורש כשייך למישור הנפשי אך ככולל גם פן אובייקטיבי. בשל התמקדות מאמרו של פלר בשאלת סיום העברה, עסק הכותב ביסוד ההתנהגותי של נטילה ונשיאה וכן ביסוד ה"חזקה". במאמר הביקורת נגע גם קרמניצר ביסודות אלו. ולבסוף, מאמרו של לדרמן נגע ביסודות ניתן להיגנב, נטילה ונשיאה, וכן כוונה לשלילת קבע. כלומר, שוב ניכרת תשומת לב מרובה במיוחד ליסוד הנפשי שעניינו כוונה לשלילת קבע, תוך דיונים מעניינים גם בנשיאה ונטילה, בדבר הניתן להיגנב וביסוד ה"מרמה".

4. גנבה: פרשנות יסודות העברה – סיכום

איך פורשו יסודות העברה במשפט הישראלי? אסכם בקצרה, תוך חלוקה לשני סוגי הגנבה. אפתח בגנבה הקלאסית, הגם שזו נותחה כאמור בעיקר בהתייחס לגנבה בידי נפקד. סעיף 383(א)(1) קובע כי אדם גונב דבר אם הוא "נוטל ונושא דבר הניתן להיגנב, בלי הסכמת הבעל, במרמה ובלי תביעת זכות בתום לב, כשהוא מתכוון בשעת הנטילה לשלול את הדבר מבעלו שלילת קבע".

נוטל ונושא

בפרשת גריין נפסק כי "נוטל" כולל הסרת הדבר ממקומו. די בניתוק רגעי של החפץ משליטת בעליו והעברתו לחזקת הלוקח, אף אם העבריין נתפס במקום. כזכור, פלר ביקר את פסק הדין וכתב שכל עוד העושה עסוק בנטילה ונשיאה, העברה לא הושלמה, וניתן לדבר רק על ניסיון. קרמניצר, בתגובה, גרס כי ניתן לפרש "נטילה ונשיאה" כנגיעה, כתפיסת החזקה בנכס, כהוצאת החפץ מתחום החצרים של המחזיק וכהבאת הנכס למקום מבטחים; לטעמו, הפירוש הראוי הוא שבירת ההחזקה של המחזיק המקורי ויסוד ה"החזקה" על ידי העושה (שלרוב חופפים). בפרשת הורוביץ, בעקבות פרשת הרנוי, נפסק שמאחר שמושא הגנבה אינו בהכרח נכס מוחשי, גם דרישת הנשיאה והנטילה אינה בהכרח פיזית, וגם היא עשויה להיות לא מוחשית. הורוביץ הורשע בגנבה הקלאסית דרך ההגדרה של נטילה בסעיף 383(ג) לחוק העונשין, שלפיה "נטילה" היא לרבות השגת החזקה בתחבולה (או בהפחדה, בטעות הבעל וכידיעת הנוטל שההחזקה הושגה כך, או במציאה אם בזמן המציאה מניח המוצא שאפשר באמצעים סבירים לגלות את הבעל). בית המשפט פירש את המונח "החזקה" דרך סעיף ההגדרות הכללי של חוק העונשין – החזקה כשליטה – וקבע שהשגת שליטה כמוה כהשגת החזקה, שכמוה כנטילה (יצוין כי סעיף 383(ג) לחוק העונשין מגדיר גם "נשיאה" על דרך ההמחשה כמשהו שכולל גם הסרת דבר ממקומו, ובדבר המחובר – הסרתו לאחר ניתוקו הגמור).

דבר הניתן להיגנב

לדרמן לא מצא היגיון בהחלת סעיף הגנבה על דבר לא מוחשי בשל היעדר הסימטרייה העולה בחילופי ההחזקה באשר לדבר מוחשי והנעדרת באשר לדבר לא מוחשי. סעיף 400 לחוק העונשין, שעניינו גנבת חשמל, אותת לו שהמחוקק סבר שהגדרת הגנבה המסורתית אינה מכסה שלילת מהויות לא מוחשיות. בפרשת דרוויש נמנע בית המשפט מלהכריע אם יתרת חשבון בנק היא "דבר הניתן להיגנב". ואולם בפרשת הרנוי נפסק כי "דבר הניתן להיגנב" הוא מונח גמיש ועשוי לכלול גם זכויות ונכסים לא מוחשיים, ובלבד שיש לו ערך כלכלי. יסוד זה זכה לפרשנות נרחבת עקיפה גם בפרשת גולדין שבה נכתב שיש לפרש "נכס" בדין הפלילי לפחות כמו בדיני הקניין, באופן שיכלול גם נכסים שהנפגע לא היה מודע לבעלותו בהם. בפרשת אופנהיים התייחס בית המשפט למגמה המרחיבה וציין שמוטב היה לעשות כן בחקיקה ולא בפסיקה, לאור עקרון החוקיות. בע"פ פרי שב בית המשפט לפרשנות המרחיבה וציין שהיסוד האמור עשוי לכלול גם זכויות ונכסים לא מוחשיים, בתנאי שיש לדבר שניטל ערך כלכלי ממשי ולא רק ערך סנטימנטלי-רגשי סובייקטיבי. התנאי שיש ערך לדבר עולה בכירור גם מסעיף 383(ג), שמגדיר "דבר הניתן להיגנב" דבר בעל ערך שהוא נכסו של אדם.

כלי הסכמת הבעל

בפרשת אבוטבול עלתה התייחסות קצרה למונח "בעל", והובהר שדי בנטילה ממחזיק לשם גיבוש העברה ולא רק בנטילה מבעל, שכן המונח "קניין" כולל גם החזקה ושליטה ומיחוס לבעלים, לנפקד ואפילו למסיג-הגבול. גם בפרשת גריין הובהר ש"בעלות" כוללת אף "שליטה". כיום סעיף 383(ב) מציין שאין זה משנה אם הנוטל הוא חבר דירקטוריון או נושא משרה בתאגיד שהדבר שייך לו, ובלבד ששאר הנסיבות מצטרפות כדי גנבה, ואילו סעיף 383(ג) מגדיר במפורש "בעלות" ככוללת גם בעלות חלקית, החזקה, זכות החזקה או שליטה.

מה באשר לשאלת ההסכמה? בפרשת דרוויש ניתנה פרשנות מהותית למונח זה. אמנם העניין התמקד בהקשר של יחסי עובדים ומעביד, אך דומני שעשויה להיות לפרשנות האמורה נפקות גם בהקשרים אחרים. נפסק כי הסכמה שהתבססה על מצג שווא – אינה הסכמה, ואילו הסכמה לבזבז כספי ציבור כרוכה בהפרת חובת אמן, וגם היא אינה הסכמה. גם בפרשת הירשזון נפסק שנדרשת הסכמה מודעת ומלאה.

במרמה ובלי תביעת זכות בתום לב

בפרשת בצראוי נפסק כי "במרמה" אינה רק ההפך מ"חוסר תביעת זכות בתום לב" בנכס הגנוב, אלא פירושה מכוון להיעדר טעות: נטילה ברצון ובכוונה של רכוש השייך לאחר (מן ציין שבית המשפט לא נסך כל משמעות במונח, באשר תיאר אך את המודעות לרכיב העובדתי שבעברה). כן צוין שהבחינה לתביעת זכות בתום לב היא סובייקטיבית. בפרשת פרץ נקבע שאמונה בזכות כזו עשויה להיות כנה אף אם אינה סבירה. פירוש הדבר עשוי להיות עשיית דין עצמי, גם אם במסגרתה תתגבש עברה אחרת, כתקיפה או איומים. אם האמין הנאשם שיש לו זכות ליטול את הנכס, אין חשיבות לשוני בין הנכס שנמסר לזה שנלקח. בפרשת אלוני נפסק שוב שהמבחן של תום הלב הוא סובייקטיבי, אך נוסף לו גם רכיב אובייקטיבי, באשר לא הנוטל יקבע לעצמו מהי תביעת זכות בתום לב, ולכן תיערך בחינה גמישה בסטנדרטים של "אנשים הגונים רגילים". בפרשת דרוויש נכתבו דברים דומים, והודגש כי מסורת ומנהגים לחוד ותום לב לחוד. בפרשת ציוני נכתב שהן יסוד ה"מרמה" (אי-הישר) והן היסוד של "היעדר תביעת זכות בתום לב" מבטאים חוסר כנות באמונת הנאשם שהוא פועל כדין, ושניהם מתייחסים ליסוד סובייקטיבי אך פורשו ככוללים גם ממד אובייקטיבי, סבירות של אמונת הנאשם שהוא פועל כדין. בפרשת הירשזון הוצג הרכיב האמור כנתון במחלוקת לאור הפרשנות המבולבלת משהו שמיזגה בין יסוד נפשי ליסוד נסיבתי, אך בהמשך הודגש שוב הרכיב האובייקטיבי. היסוד האמור מתאר מצב שבו הנוטל אינו מאמין בכנות שיש לו זכות חוקית ליטול את החפץ לצמיתות מהמחזיק בו. מעשה הגנבה כרוך ב"חוסר ישר" אובייקטיבי.

כשהוא מתכוון בשעת הנטילה לשלול את הדבר מבעלו שלילת קבע

בפרשת אפשטיין נקבע כי כוונה להשיב לבעלים דבר שווה ערך אך לא זהה היא כוונה לשלילת קבע. דברים דומים נפסקו בפרשת משריקי. בפרשת אלמגור נמשך אותו קו, ולפיו תקווה להשיב את הכספים בעתיד אינה מאיינת את היסוד הנפשי של מרמה וכוונה לשלילה עולמית. בפרשת נרקיס נקבע כי כוונה לשלול את הנכס שלילת קבע כוללת מבחן סובייקטיבי של תקוות הנאשם וציפיותיו להשיב את הנכס, לצד מבחן אובייקטיבי שעניינו סבירות התממשות ההשבה.

עד כאן באשר לרכיבי הגנבה הקלאסית, שכאמור הוסקו ברובם דווקא מדיונים העוסקים בגנבה בידי נפקד. אעבור כעת לעברה אחרונה זו. סעיף 383(א)(2) קובע כי אדם גונב דבר "בהיותו מחזיק כדין דבר הניתן להיגנב, בפיקדון או בבעלות חלקית, הוא שולח יד בו במרמה לשימוש שלו או של אחר שאינו בעל הדבר". אילו רכיבים מצטרפים לדיון?

מחזיק

פלר יצא נגד הרעיון של "מעין החזקה כפולה", באשר לדידו החזקה עניינה יכולת פיזית לשלוט בחפץ, ואין להניח שמי ששולט בשטח שבו נמצא חפץ בהכרח שולט בחפץ. קרמניצר הציג שתי גישות

אחרות: האחת עניינה החזקה מרחוק תוך אפשרות לא מידית להפעלת רצון המחזיק בנכס, ושליטה בפועל אינה בהכרח בגדר "החזקה". השנייה היא "החזקה" כהשקפה חברתית מקובלת בנוגע לשליטת אדם בנכס. קרמניצר סבר שהגנבה מסתיימת מהותית רק כשהמחזיק מאבד במלואה את השליטה בנכס. בפרשת גולדין נפסק שהחזקה שבעברת הגנבה היא רכיב נסיבתי שיש לפרשו בהרחבה, באופן שיכלול כל שליטה המאפשרת לגרוע מהאובייקט הפיזי של הגנבה, מכלול נכסי הזולת. כלומר, "החזקה" אינה בהכרח שליטה בלעדית בנכס, משום שהחלל שמותיר הגנב בנכסי הזולת הוא לב העברה. עוד צוין כי אין זה משנה כיצד הגיע הנכס מהבעלים לגנב כל עוד הגנב החזיק בנכס כידו הארוכה של הבעלים.

מחזיק כדין

בפרשת גולדין נקבע שהגנבה הקלאסית והגנבה בידי מורשה נבדלות ביסוד של חוקיות ההחזקה. הזיקה המשפטית בין הבעלים לעברייני עשויה להשליך על הגבול בין שתי צורות הגנבה לאור הביטוי "כדין" שבסעיף 383(א)(2) לחוק. הדבר מתקשר גם לעיתוי ההחלטה של מקבל הנכס לנהוג בו מנהג בעלים, שמבדיל בין גנבה בידי נפקד (החלטה לאחר השגת החזקה כדין) לבין מרמה (לפני השגת החזקה). בפרשת רויטמן נפסק, מנגד, שמחזיק שקיבל נכס מבעליו מכוח הסכם שנוגע בפגם כמו מרמה, הטעיה, כפייה, אילוץ או אי-חוקיות, הוא עדיין בבחינת "מחזיק כדין" בנכס לצורך עברת גנבה בידי נפקד. זאת, משום שיש לפרש את המונח "מחזיק כדין" בהרחבה, כדי להגשים את תכליתה של הנורמה הפלילית. בבקשה לדיון נוסף בפרשת פרי הועלה הפער בפרשנות של המונח "מחזיק כדין" בין פרשות גולדין ורויטמן כחלק מהמהלך שהדגיש את הצורך בעריכת דיון נוסף. בדנ"פ פרי נפסק שהסכמה שהתגבשה תוך פגם יסודי אינה הסכמה כלל, והוכרע כי הגישה שהוצגה בפרשת רויטמן היא ההלכה: "מחזיק כדין" כולל לא רק מי שקיבל פיקדון באופן חוקי אלא גם מי שקיבלו באופן פסול. נכתב כי פרשנות זו הכרחית להגנה על הערכים שבבסיס עברה זו. בית המשפט ניתק בין הדין האזרחי לדין הפלילי בהקשר זה ופירש את המושג "מחזיק כדין" בהרחבה, על פי מטרות האיסור הפלילי. הפגיעה בערכים המוגנים בעברה זו חזקה במיוחד כאשר למסירה קדמו אמצעים פסולים. אין הפתעה בכך שבדנ"פ פרי צידדה פרוקציה, שכאמור כתבה את פסק הדין, בגישת רויטמן, שהיא עצמה הציעה.

בפיקדון

בפרשת זולברג הוגדרה הפקדה כמסירת חפץ לידי הנפקד, מסירה המלווה בתנאי, ללא הכרח בחוזה משפטי, אך תוך כוונה ברורה של השבת החפץ למפקיד בתום תקופת ההפקדה. בפרשת טריביש הובהר שהיחס מפיקד-נפקד מתהווה לאחר מסירה פיזית של חפץ מסוים מהבעלים לאדם אחר, תוך הוראה מיוחדת. בתום מערכת יחסים זו הופך הנפקד למסיג-גבול ביחס לנכס אלא אם השיב אותו בעין או לפי תנאי ההסכם. בפרשת סוקולובסקי צוין כי "נפקד" דומה ל"שומר" שבחוק השומרים, ובהיעדר הגדרה בחוק העונשין למונח "פיקדון", יש לפנות להגדרתו בדין האזרחי. בדנ"פ פרי נקבע כי "פיקדון" כולל גם נכס שהגיע למחזיק לאחר מסירה שאינה מרצון ומהסכמה אמתיים, אלא כאלו הלוקים בפגם או בפסול (פסק הדין לא אפיין את הפגם או הפסול באופן ממצה). במצב שכזה אין ויתור אמתי של המוסר על האינטרס הרכושי שלו בנכס, ועדיין נראה בנכס "פיקדון", אפילו אם נרכשה בעלות בדין האזרחי.

בבעלות חלקית

בפרשת אופנהיים נפסק שבשורת מצבים שאדם מקבל דברים כדי להשתמש בהם לטובת אחר חלה חזקה חלוטה שהם בבעלות האדם האחר, הנהנה או זה שלו מיועד הנכס. צוין כי בעלות אינה משמשת הגנה בעברות גנבה בידי מורשה. את הדברים האחרונים יש להבין על רקע סעיף 383(ב), שמציין שאין זה משנה אם השולח יד הוא חבר דירקטוריון או נושא משרה בתאגיד שהדבר שייך לו, ובלבד ששאר הנסיבות מצטרפות כדי גנבה, וכמובן יש להבין את הדברים על רקע סעיפים 386–388, המפרטים חזקות הנוגעות לקבלת כספים ולהחזקתם.

שולח יד

בפרשת זולברג נפסק שכל מעשה שמבטא פריקת עול של הבעלים שבשבילו נשמר הפיקדון וכל מעשה החורג ממטרות ההפקדה (מעשה בעלים בחפץ) הם "שליחת יד". בפרשת ריונפלד נקבע ששליחת יד מתבצעת בשעת ניצול הנכס לשימוש האישי של המנצל. לכן הסכמה של בעלי הכסף בדיעבד אינה משנה את מעשה הגנבה, שכבר הושלם. בין כתב דברים דומים לאלו שנכתבו בפרשת זולברג והדגיש שכל מעשה שמנוגד לתנאי ההפקדה ומעיד על מנהג בעלים בנכס פירושו שליחת יד. שליחת יד אף אינה מחייבת מגע פיזי בחפץ ועשויה להתבצע גם במחדל. בפרשת מנוף נכתב שעירוב כספי לקוחות עם כספי הנפקד ושימוש בהם להקטנת יתרות חובה של הנפקד מצביע על גנבה. בפרשת סוקולובסקי נערכה הבחנה בין הדין האזרחי לדין הפלילי: מה שאסור במישור האזרחי, כמו אי-פירעון חוב, אינו בהכרח בבחינת גנבה גם אם לחייב ברור שהוא נעדר הצדקה. בפרשת גולדין נפסק שאת המונח "שליחת יד" יש לפרש בהרחבה, כדי להגן על מכלול נכסי הזולת. בפרשת נרקיס במבט לאחור ציין בית המשפט כי "שליחת היד" היא היסוד המרכזי בעברת הגנבה בידי נפקד, והוסיף שיסוד זה פורש בהרחבה ככולל כל פעולה המביאה לגריעה בהיקף נכסיו של הזולת, לרבות עירוב כספים בחשבונותיו הפרטיים של הנפקד. בפרשת יקירביץ' נפסק שיסוד זה אינו מונח טכני המוגדר ברשימה סגורה וקבועה אלא תלויה-הקשר, והוא יילמד לאור "מנהג בעלים" שאינו מתיישב עם מטרת ההפקדה. בפרשת רום צוין ש"שליחת יד" עשויה להתייחס גם למידע, אך עניין זה דרוש הכרעה בפרשה מתאימה יותר. בע"פ פרי שב בית המשפט וציין ש"שליחת יד" היא עשיית מעשה בעלים בנכס המופקד, שלא על פי המטרות המוגדרות של ההפקדה. בדנ"פ פרי הוסבר כי שליחת היד היא פריקת עול בעלים, השתלטות חד-צדדית של הנפקד על הרכוש והפרת תנאי ההפקדה הקשורים לנכס. תיתכן גנבה אפילו אם הושגו מטרות ההתקשרות, ובלבד שלפחות חלק מתנאי הפקדת הנכס בידי הנפקד הופרו. העברה באה להגן על מכלול עושרו הכלכלי של אדם ועל מצבת נכסיו, ומי שמפר הוראות שנלוו לפיקדון בהתקשר לאינטרס רכושי כלשהו שאינו של הנפקד עשוי להיחשב שולח יד.

במרמה

בפרשת יהודה נכתב שכוונת ה"מרמה" פירושה נטילת הפיקדון במחשבה תחילה ולא בשגגה, כוונה לשלול בעלות. כוונה להשיב את הפיקדון בהמשך אינה משנה אלא אם הנפקד השתמש בכספי פיקדון בשעה שהיה לו סכום זהה זמין. בפרשת משריקי נמשך הקו האמור: שימוש בכספי פיקדון בתקווה להשיבם בעתיד פירושו גנבה, בשל אי-יגור הנלמד מהנסיבות. כבר אז צוין כי "אי-יגור" אינו מונח תחום היטב אלא גמיש ומתקשר לכוונת הנוטל ליהנות ממעשה אסור שיזיק לבעל הנכס. המרמה היא

יסוד נפשי סובייקטיבי אך הנבחן גם בקנה מידה של אנשים רגילים והגונים. דברים אלו אומצו בפרשת אלמגור. מן המשיך את ההשוואה בין מרמה לבין אי-יושר וציין כי יסוד "היעדר היושר" מבטא משהו שמעבר למודעות ליסוד העובדתי של העברה, מבטא אמונה של הנאשם שהתנהגותו לא מוסרית ומערב פן סובייקטיבי ואובייקטיבי. פרשת ברזל נותרה נאמנה לפסיקות הקודמות באשר לשני הפנים של יסוד ה"מרמה". צוין כי מי שבתום לב סבר שיכול להשיב את הנכס – איננו גנב, ונכתב שהמבחן האובייקטיבי ישמש קנה מידה ראייתי בלבד, לבחון אם אמנם אמונת הנאשם כנה היא. עם זאת הדגש הוא על "מידת ודאות" להשבה בעיני הנוטל, אך זאת רק בהנחה ששיקול דעתו הסובייקטיבי סביר. בפרשת סוקולובסקי התייחס בית המשפט לרכיבים שאינם מופיעים במפורש בסעיף 383(א)(2) לחוק, "היעדר תביעת זכות בתום לב" ו"כוונה לשלול שלילת קבע", ופסק שבכל זאת יש לדרוש אותם, לצד המרמה. בפרשת אופנהיים צוין דווקא שטרם הוכרע אם השלילה לצמיתות היא אמנם ממרכיבי העברה. בפרשת רויטמן נערכה הבחנה בין גנבה במרמה לגנבה בתחבולה, לפי עיתוי גיבוש הכוונה: כשהכוונה מתגבשת כבר בעת הנטילה, הסכמת האחר למסירת החזקה איננה אמיתית, ולכן מדובר בגנבה בתחבולה, ואם הכוונה לשלוח יד בנכס התגבשה מאוחר יותר, זו גנבה בידי נפקד. בפרשת נרקיס נכתב שוב כי בהלכה אין אחידות בנוגע ליסודות הכוונה לשלול את הנכס שלילת קבע מבעליו והיעדר תביעת זכות בתום לב, אך הדעה נוטה לחייב את קיומם גם בעברה זו. צוין כי המרמה היא שצובעת התנהגות אזורחית בצבע פלילי. היא חלק מהיסוד הנפשי אף שיש הרואים בה יסוד עובדתי נורמטיבי השקול לאי-יושר. כך או כך, קבע בית המשפט, שאלת קיומו של יסוד זה תושפע גם מגורמות של מוסר חברתי מקובל ולא רק ממחשבות הנאשם, והכול לפי נסיבות המקרה ולא לפי מבחן קשיח. בפרשת יקירביץ נכתב כי מרמה הוא יסוד נפשי שפירושו ששלחת היד אפופה אי-יושר. עוד צוין שהמחלוקת שבעבר אינה קיימת עוד, ומקובל לדרוש גם כי שולח היד היה ללא "תביעת זכות בתום לב" והתכוון לשלול את הנכס עולמית. האומנם מקובל? כחצי שנה לאחר מכן בפרשת מכנס סירב בית המשפט להכריע אם כוונה לשלול קבע ודרישה של היעדר תביעת זכות בתום לב נדרשות גם בעברה של גנבה בידי מורשה. בית המשפט חזר על שעליו באמת אין מחלוקת: ליסודות אלו יש גם ממד אובייקטיבי, של אפשרות ראלית להשיב את הנכס. בע"פ פרי צוין שהגישה הדורשת כוונה לשלילת קבע בגנבה בידי מורשה רווחת יחסית. שוב הודגש הפן האובייקטיבי שיש לדרישת המרמה. בדנ"פ פרי התייחסו לשתי הגישות הקיימות בלי להכריע, אף שמקרהו של פרי נבחן לאור שתיהן. צוין שההלכה נטתה להוסיף על יסודות העברה החקוקים את היסוד של כוונה לשלילת קבע, ולא הורחב על כך, אך בעניינו של פרי עצמו נקבע שהוכחה כוונה לשלילת קבע. בעניין הירשזון נכתב שקיימת מחלוקת בדבר הרכיב, אך לא הוכרע בה.

לשימושו שלו או של אחר שאינו בעל הדבר

יסוד זה לא זכה לניתוח מעמיק. בהחלטה לערוך דיון נוסף בפרשת פרי נכתב שאחת הסיבות שבעטיין נדרש דיון נוסף באותה פרשה היא שלא ברור אם יכול אדם לגנוב כשהוא נוטל סכום שיועד לו עצמו לשימוש מסוג מסוים, כאשר בהמשך הוא משתמש בו לצורך אחר. בדיון הנוסף עצמו נפסק כי אמנם ניתן להרשיע בגנבה גם כאשר הנכס שהופקד נועד לשימוש הנפקד לטובתו ולצרכיו, בתנאי שהנפקד הפר את הוראות ההפקדה בדרך שפגעה בעניין רכושי של המפקד.

5. גנבה: הצדקות העברה – הערכים המוגנים

ברי כי יסודות העברה מאירים את ההצדקה לעברת הגנבה, לפחות בעקיפין. אך מה באשר לדיון ישיר יותר בשאלת ההצדקה? לא כל דיון בעברת הגנבה נכנס לשאלה זו. סעיפי החוק, כשלעצמם, נוקטים "ניסוח ערכי שותק", כמפורט בפרק הבא. האם פירוש הדבר שההצדקה ברורה מאליה? או שאין היא מצריכה דיון במקרים רבים לשם הרשעה, פשוט משום שאינה חלק מיסודות העברה? וכאשר כבר עולה שאלת ההצדקה, האם היא מקבלת תשובה אחידה בהלכה ובספרות בישראל? נתחיל בהלכה. רק בשלב מאוחר יחסית ניכרת אמירה מפורשת של הפסיקה בנושא הערך המוגן בעברת הגנבה. בפרשת ברזל נכתב שערך זה הוא שמירה על רכוש הזולת. בפרשת הרנוי נכתב שתכליתה של עברת הגנבה היא להגן על רכושו של אדם, ולכן יש לפרש בהרחבה את המונח "דבר הניתן להיגנב". בפרשת גולדין נקבע כי האינטרס החברתי המוגן בעברת הגנבה הוא זכות החזקה (דומני שזו בהחלט לא אמירה מובנת מאליה בסוף המאה העשרים). עם זאת בהמשך נכתב כי במוקד עברת הגנבה נמצא החלל הפיזי שמוותר הגנב בנכסי הזולת. הדברים, כמובן, אינם חופפים: הגנה על החזקה והגנה על הרכוש אינן זהות, גם אם לעתים קרובות יש להן תחום חפיפה נרחב. בפרשת רויטמן נכתב כי מטרת עברת הגנבה הקלאסית היא להגן על האינטרס הרכושי של בעל הזכות בנכס – זכות החזקה – ואילו גנבה בידי נפקד מגנה גם על יחסי האמון המיוחדים בין מפקיד הנכס לבין הנפקד. דברים דומים נכתבו שבוע לאחר מכן בפרשה שהוכרעה במקביל על ידי אותה שופטת, בעניין נרקיס: גנבה בידי נפקד מגנה על קניין הבעלים ועל יחסי האמון המיוחדים, להבדיל מעברת הגנבה הקלאסית, שמגנה אך על הרכוש. בפרשת יקירביץ נכתב שהערך המוגן בעברת הגנבה הוא שמירת רכוש הזולת, ואילו בעברה של גנבה בידי נפקד מצטרף ערך מוגן נוסף: יחסי האמון בין המפקיד לנפקד. בדנ"פ פרי הורחב הדיון על הערכים המוגנים בעברת הגנבה. נכתב שהאיסור הבסיסי מגן על הקניין (והזכור, כמילה, ההקשר החוקתי), הגנה שבתורה שומרת גם על הסדר החברתי התקין, עניין שהתקשר בעבר לשלום הציבור וביטחוננו הפיזי, אך כיום פחות. האיסור מגן כיום על מכלול הזיקה הרכושית של אדם בנכס. באשר לעברת הגנבה בידי מורשה, שני ערכים חברתיים חשובים, רכוש ויחסי אמון, נפגעים בד בבד; היעדר פגיעה באחד מהם שולל את תחולת העברה. בית המשפט הדגיש את חשיבות הערכים המוגנים להבחנה בין עברה זו לעברות קרובות, כמו קבלת דבר במרמה. בעניין הירשזון נכתב שהערך המוגן המתבטא בעברת הגנבה הקלאסית הוא שמירת זכות הבעלות והחזקה בנכס.

ומה בספרות? מרבית החיבורים שנסקרו לעיל התייחסו לערך המוגן, בקצרה או באריכות, לשם השוואה לעברות אחרות או לשם פרשנות יסודות העברה או אמירה אחרת. בין כתב שעברות הגנבה המשלבות הפרת אמון באות להגן על הרכוש ועל יחסי האמון. קרמניצר כתב שהגנבה פוגעת בנורמות חברתיות יסודיות, כיאה להיסטוריה של העברה; שהיא כוללת התקפה ישירה על השליטה, הסתערות פיזית על החזקה (מכאן ניתן להסיק שכל אלו הם הערכים המוגנים בעברה). בהמשך כתב כי האינטרס המוגן בעברת הגנבה הוא החזקה כאחד מהיבטיה המרכזיים של הבעלות (או הבעלות בהיבט החזקה שלה). פלר סבר אחרת, והבחין בין ההגנה על האינטרס הפרטי של הקרבן בנכסיו לבין הערך החברתי של תחושת הביטחון בקרב הציבור בנוגע לזכויותיו הלגיטימיות של כל פרט בקניינו. לדרמן הסתפק וכתב שמקובל לטעון שעברת הגנבה באה להגן על החזקה, להבדיל מהבעלות (שמוגנת בעברת המרמה).

6. גנבה: הזיקה בין פלילי לאזרחי

שאלת הזיקה וההבחנה בין פלילי לאזרחי עלתה גם היא בכמה פרשות, לעתים בקצרה ולעתים בהרחבה. בפרשת סוקולובסקי פורש המונח "פיקדון" כהגדרתו בדין האזרחי. באותה פרשה הורחב על הצורך להבחין בין התנהגות לא ראויה, שניתן לטפל בה במישור האזרחי, לבין גנבה: הצורך לשמור על גבולות ברורים של העברה. בפרשת גולדין נכתב כי הגדרת המונח "בעלות" בדין הפלילי רחבה מזו שבדין האזרחי. בית המשפט הרחיב על הזיקות בין הדינים, תוך התייחסות קונקרטית לדיני השליחות ולדיני הקניין ותוך ציון ההבדלים בין הקו המנחה את הדין האזרחי – יעילות מסחרית – לבין זה המנחה את הדין הפלילי – הגנה על החזקה. בפרשת רויטמן נדונה פרשנות הביטוי "מחזיק כדין" דרך פנייה למערכת יחסים המכוננת על ידי הדין האזרחי. בפסק הדין הסמוך נרקיס נכתב בקצרה על הזיקה בין הדין הפלילי לאזרחי: יסוד ה"מרמה" יוסק לאור נסיבות המקרה והוא שצובע התנהגות אזרחית בצבע פלילי. בפרשת פרי נדונה זיקה זו בקצרה, ונכתב שסעיפים 386–388 לחוק העונשין קובעים חזקות המבוססות על הדין האזרחי בדבר זיקת הבעלות הראויה לנכס המדובר. מאוחר יותר, עת התקבלה הבקשה לערוך דיון נוסף בפרשה זו, הועלתה שאלת הגבול בין האזרחי לפלילי מבחינת עברת הגנבה. בדנ"פ פרי נכתב כי הסעיפים האמורים מכוננים פיקציות של בעלות ומאפשרים הרשעה בגנבה גם במצב שהדין האזרחי יתייחס לנכס הנגנב כקניינו של הגונב. הפגיעה בקניין וביחסי אמון מצדיקה תוצאה כזו. צוין שהצורך להישען על המשפט האזרחי ולבחון זכויות קנייניות בעניין עברת הגנבה הוא בעייתי, ועדיפה בחינה של שלילת רכוש לא הוגנת והתעשרות פסולה על חשבון אחר. מה כתבו המלומדים בהקשר זה? קרמניצר השווה את הגנבה לעברות והתנהגויות שליליות אחרות וכתב כי הגנבה אינה דומה כלל להפרת חוזה, ולא כל מי שמועל מסוגל לגנוב, באשר המועל פועל במצב מזמין, ואילו הגנב מבצע אקט אקטיבי ואגרסיבי. עוד הדגיש קרמניצר כי הגנב אינו דומה למי שאינו משיב אבדה, שפשוט אינו עומד בפיתוי,⁹¹ ואילו מן כתב שהרכיב המרכזי בעברה הפלילית של הפרת נאמנות הוא אי-יושר, והוא שהופך הפרת נאמנות לאקט המצדיק את השימוש בסנקציה הפלילית ולא באזרחית.

ה. סיכום

לאחר שסקרתי את ההיסטוריה של עברת הגנבה בפרק הראשון ומעט דין זר המתייחס אליה בפרק השני, הצגתי בפרק זה את הניתוח שערך בית המשפט העליון בעברת הגנבה למן קיומו ועד ימינו, וכן את דברי המלומדים הישראלים בנוגע לעברת הגנבה. כפי שראינו, עיקר הדיון הישראלי התמקד לא בעברת הגנבה הקלאסית אלא בעברת הגנבה בידי מורשה/נפקד. העליתי השערות אפשריות לסיבה לכך, אך תהא הסיבה אשר תהא, יסודות העברה שנותחו היו משתי צורות הגנבה. עברת הגנבה בישראל עמוסה יסודות, חלקם טעונים יותר וחלקם פחות, חלקם מקבלים פרשנות אחידה וחלקם מצויים במחלוקת. האם הפרשנות הגיונית בימינו? האם יש קושי אנליטי כלשהו בניתוח היסודות? גם ההצדקה לעברת הגנבה אינה חדה לגמרי. האם הערך המוגן בעברת הגנבה הקלאסית הוא שמירה על רכוש הזולת? או שמירה על זכות החזקה? האם זה היינו הך? ואם כן, כיצד זה מתחבר

91 להבחנות בהקשר דומה, בין הפן הפלילי של המרמה לבין פנים אזרחיים שלה (תחרות חופשית, נזיקין, הגנת הצרכן), ראו קרמניצר המרמה הפלילית, לעיל ה"ש 85, בעמ' 53–62.

לעברה של גנבה בידי נפקד, שבאה להגן גם על יחסי אמון מיוחדים (והאם כל הפקדה יוצרת יחסי אמון)? ומה באשר לתחושת הביטחון של הציבור? האם היא נבלעת בתוך הערך של זכות החזקה, או שיש לה קיום עצמאי?
שאלות מורכבות אלו מצריכות ניתוח. תם הפרק המציג את הדיון הישראלי בעברת הגנבה, ועמו הסתיים החלק התיאורי של ספר זה. זו העת לחלק הנורמטיבי.

עברת הגנבה – מבט נורמטיבי

א. מבוא

חלק זה הוא לבו של החיבור, ועניינו מבט נורמטיבי-ביקורתי בעברת הגנבה. בטרם אתייחס במישרין לשאלת המחקר – אם נדרשת רוויזיה בעברת הגנבה בישראל של ימינו – ראיתי לנכון להרחיב את הדיון על הרובד העיוני ועל הרובד הדוקטרינרי של עברת הגנבה. יש שפע דרכים לפגוע ברכושו של אחר מטעמים קניינים, כל אחת מהן מגוונת כשלעצמה: לקחת בהפעלת כוח, לקחת בהפעלת לחץ נפשי, לקחת באמצעות שקר, לא להשיב, לא להשיב בזמן, לא להשיב לאותו גורם בדיוק, לא להשיב באותה צורה, להשתמש בניגוד לתנאי הקבלה, לא לתת תמורה, לתת תמורה שאינה מלאה או הוגנת וכן הלאה. מהלך הפגיעה ברכוש עשוי להיות פשוט או מורכב, קצר או ארוך, ישיר או עקיף. במה חשוב המהלך, אם בכלל? מגוון מהלכים מוביל לפגיעה רכושית. האם בין כל אלו בולט מעשה הגנבה, או אפילו אולי שונה הוא מיתר המהלכים? מה מייחד את הגנבה? מהי ההצדקה שמאחורי עברת הגנבה כיום? האם מדובר באותה הצדקה שבעטייה הוצעו נוסחים שונים לעברת הגנבה לאורך ההיסטוריה, או שמא החיים המודרניים מספקים תשובה אחרת? ואם לא החיים המודרניים, אולי המחוקק ובתי המשפט של ימינו מספקים תשובה אחרת? מה בין ההצדקה לבין יסודות העברה, וכיצד הם מביאים להגשמתה? עד כמה עברת הגנבה חופפת עברות אחרות והתנהגויות שליליות המטופלות בדיון האזרחי? בפרק זה אנסה להשיב על שאלות אלו ואחרות, או לפחות להציב קווים מנחים לצורך התשובה.

אפתח בדיון כללי קצר על משפט פלילי וערכים מוגנים: דיון העוסק בהצדקות לקיומה של עברה פלוגית ודאי ישכיל מרקע קצר הנוגע למטרות הדין הפלילי ולרעיון העומד מאחורי איסוריו. אגע בשאלה המורכבת של ההבחנה בין הדין הפלילי לדין האזרחי, שהיא בעלת חשיבות בעניינה של עברת הגנבה, שלפחות אינטואיטיבית אינה נראית בלתי קשורה להתנהגויות "אזרחיות" כמו הפרת חוזה ופלישה לבית. אתקדם לבחינה נרחבת של הערך המוגן בעברת הגנבה. אציע כמה ערכים אפשריים ואבחן עד כמה משכנעת, אם בכלל, ההצדקה שהם מספקים לעברת הגנבה: הגנת הרכוש, הגנת החזקה, הגנת יחסי האמון, ולבסוף הגנת הסדר הציבורי והביטחון הקנייני. חמוש בהבנה מחודדת כפי יכולתי של שאלת הערך המוגן, אתקדם למבט ביקורתי ביסודות העברה של הגנבה הקלאסית. אעמוד על יסודות העברה ואציג בעיות שונות הכרוכות בהם. לאחר מכן אגיע להצעת איסור חלופי לאלו הקיימים בעברת הגנבה הקלאסית ובעברת הגנבה בידי נפקד. אשוב ואתייחס לזיקה שבין הדין הפלילי לאזרחי הנוגעים לדיני הגנבה. לאורה ולאור דיוני הפרק אכתוב על תיוג וחשיבותו בכל הנוגע לגנבה. אז אסכם לקראת הפרק האחרון, שיבחן סוגי התנהגות מודרניים (ברובם) במשקפיים הנורמטיביים שארכיב בפרק זה.

ב. ההצדקה (הערכים המוגנים) שמאחורי עברת הגנבה: רקע

1. על חשיבותו של הערך המוגן במשפט הפלילי

בישראל ובשיטות משפט אחרות, כמו המשפט הקונטיננטלי,¹ מקובל לומר כי תפקידו של המשפט הפלילי הוא להגן על ערכים. קרמניצר כתב לפני למעלה משלושים שנה שהפגיעה בערך המוגן היא מאפייני כללי של העברות הפליליות. ההגנה על האינטרסים החברתיים היא הסיבה והתכלית של עצם קיום העברות, נקודת המוצא בקיום העברה, שהגדרתה צריכה להתאים לערך המוגן ולשקפו.² הערך המוגן קריטי לפרשנות וללגיטימציה של האיסור והיא אמצעי לביקורת האזרח על המחוקק, להבחנה בין חקיקה שרירותית לחקיקה עניינית; הערך המוגן גם בא להגביל את המחוקק עצמו. זהו רכיב יסודי שעליו נבנית העברה, בסיס האיסור.³

בדומה לכך נכתב כי עברה כוללת יחס אנטי-חברתי כלפי הערכים המוגנים, מידה מינימלית של סכנה לציבור.⁴ נטען כי מטרת המשפט הפלילי היא למנוע התנהגות אנטי-חברתית שמסכנת ערכים מוגנים, שכוללים חיים, שלמות גוף, בריאות, ביטחון המדינה ושלום הציבור, רכוש, כבוד האדם וחירותו, פרטיות ושם טוב.⁵

מנגד, בשיטות משפט אחרות, כמו זו האמריקנית, מקובל לדבר על עקרון הנזק (Harm Principle) כעיקרון המתווה את גבולות הדין הפלילי,⁶ ויש האומרים – העיקרון המתווה הקביל ביותר בחברה

1 פרשאק כתבה כי למעט חריגים נדירים (פינלנד ושוודיה), אין כל עקרונות הפללה במערכת המשפט הקונטיננטלי לא בתאוריה ולא במעשה. היא הרחיבה חקור בנושא עקרון הנזק בדרך של ניתוח השוואתי ובהמשך גם מושגי. בחיבורה ניתחה מקבילות קונטיננטליות לתפיסה האנגלית-אמריקנית של עקרון הנזק ומצאה שהתאוריה הקונטיננטלית (בעיקר הגרמנית) אינה משתמשת שימוש מפורש בעקרון הנזק (בהרגישה כי תפיסת הנזק אינה חופפת את התפיסה הקונטיננטלית של עוול, wrongfulness). פרשאק סברה שהתאוריה הקונטיננטלית תשכיל מאימוץ עקרון הנזק, שאותו מצאה כעיקרון הלגיטימי היחיד להפללה, שיכול לשפוך תוכן מהותי להגבלת הפללה. ראו: NINA PERŠAK, CRIMINALISING HARMFUL CONDUCT: THE HARM PRINCIPLE, ITS LIMITS AND CONTINENTAL COUNTERPARTS 23, 26, 31, 128 (2007).

2 ראו מרדכי קרמניצר עיקרי מבנה וארגון של העברות הספציפיות 182, 187, 191, 193 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 1980).

3 שם, בעמ' 198–200. להתייחסויות נוספות של קרמניצר למושג הערך המוגן ראו גם מרדכי קרמניצר "האם חסרי עברות אנחנו?" משפטים יג 159, 160 (1983); מרדכי קרמניצר "פרשת אלבה: 'בירור הלכות הסתה לגזענות' משפטים ל 105, 112 (1999); מרדכי קרמניצר ואפרת רחף סודות רשמיים – הצעה לתיקון האיסור הפלילי 21 (2005); חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובוועז שונר לשון הרע – הדין המצוי והרצוי 25, 27–28 (2005); מרדכי קרמניצר המרמה הפלילית 39 (2008).

4 ראו ג'ודי בוורר סייג זוטי-הדברים 9 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת בר-אילן, 2001).

5 ראו יובל קרניאל הפרת אמונים בתאגיד 338–339 (2001). לאחרונה כתבה דנציג-רוזנברג כי דיני העונשין מגנים על ערכים חברתיים הנתפסים כ"עמודי התווך" של חברה תקינה מפני בעלי כשרות פלילית המתנכרים להם. ראו דר דנציג-רוזנברג "הסדר הטלת אחריות לעברה נגרת – הרהורים על אשמה, מידתיות ונוסחת איזון אחרת" ספר דיוד וינר – על משפט פלילי ואתיקה 683, 690 (דרור ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009).

6 עקרון הנזק שולל הפעלת כוח מצד החברה מכל טעם שאינו מניעת נזק לאחר. אסור להתערב בפעולת אדם "לטובתו". ראו: JOHN STEWART MILL, ON LIBERTY AND THE SUBJECTION OF WOMEN 13 (1879; reprinted in 1996). לניתוח מפורט של עקרון הנזק ראו את חיבורו של ג'ואל פיינברג שהתפרסם על ארבעה

המודרנית:⁷ הפללה נחשבת לגיטימית אך ורק אם באה למנוע סוג של התנהגות שמסבה נזק לאחרים ופוגעת באינטרסים לגיטימיים של אחרים.

איני בטוח שהשוני בין שיח של נזק לשיח של ערכים מוגנים הוא רב. גם בישראל לעתים אין נוקטים לשון "ערכים" אלא לשון "נזק" ו"אינטרסים".⁸ כפי שכתבתי במקום אחר,⁹ הן לשיח הערכים והן לשיח עקרון הנזק יש מגבלות וחסרונות, כגון עמימות רבה.¹⁰ לא זה המקום לנסות ולשפרם. לעת עתה אמשך לאור האמירה שהדין הפלילי אמנם בא להגן על ערכים.

כיצד המשפט עושה כן? כלי העבודה המסורתיים של הדין הפלילי שעונים על איתור עבריינים, איסוף ראיות נגדם, תפיסתם והעמדתם לדין. הכול לקראת ענישה,¹¹ שמביאה, או אמורה להביא, לצמצום ההתנהגות המזיקה באמצעות שלילת יכולת, ¹²הרתעה אישית וכללית, שיקום, הלימה וגיבוי. הענישה אמורה להגן על ערכים. היא עושה כן בכוחו האקספרסיבי של האיסור עלי חוק וכן באמצעות אכיפתו במקרה פרטי. המחוקק שולח מסר ערכי לציבור במסגרת תהליך ההפללה,¹³ ואילו המשטרה,

ערכים, והראשון שבהם התמקד בעקרון הנזק: JOEL FEINBERG, THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: HARM TO OTHERS (1984). לביקורת על מוגבלותו של עקרון הנזק דווקא נוכח הפופולריות היתרה שלו ראו: Bernard E. Harcourt, *Criminal Law: the Collapse of the Harm Principle*, 90 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 109, 114 (1999).

7 HERBERT L. PACKER, THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION 266 (1969); Shlomit Wallerstein, *Criminalising Remote Harm and the case of Anti-democratic Activity*, 28 CARDOZO L. REV. 2697, 2699 (2007); Darryl Brown, *History's Challenge to Criminal Law Theory*, 3 CRIM. L. & PHIL. 271, 278–282 (2009); R.A. Duff et al., *The Boundaries of the Criminal Law*, in THE BOUNDARIES OF THE CRIMINAL LAW 1, 15 (R.A. Duff et al. eds., 2010); Lindsay Farmer, *Criminal Wrongs in Historical Perspective*, in THE BOUNDARIES OF THE CRIMINAL LAW 214, 214 (R.A. Duff et al. eds., 2010).

8 קרמניצר כתב כי ההבדל בין אינטרס מוגן לאינטרס חברתי הוא סמנטי. מנגד, הוא ביקר את מושג הנזק וגרס כי מושג הערך הוא ראשוני ובסיסי וקודם למושג הנזק: אין לתפוס את מושג הנזק אלא כשלילה של ערך (disvalue). לדידו, שיח של ערכים מדגיש את אופיים המגן של דיני העונשין, ואילו שיח של נזק מתיישב עם תגובה לאחר מעשה; קרמניצר עיקרי מבנה וארגון של העברות הספציפיות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 190, 207–208. איני בטוח שאמנם הצדק עם קרמניצר בדבר עדיפות השיח הערכי, אך לא אכנס לכך בחיבור זה. קרמניצר עצמו השתמש לעתים במינוחים המתאימים לשיח הנזק, כמו "אינטרסים חברתיים", "נזק חברתי חמור" ו"התנהגות מזיקה חברתית". ראו מרדכי קרמניצר וחאלד גנאים הסתה, לא המרדה – ההמרדה בדיני העונשין: הדין המצוי והדין הרצוי 9 (1997); "בירור הלכות הסתה לגזענות", לעיל ה"ש 3, בעמ' 112; המרמה הפלילית, לעיל ה"ש 3, בעמ' 20, 39. גם קרניאל השווה בין הפגיעה בערך החברתי המוגן, זו שמצדיקה הפללה, לבין ה"נזק", מרכיב חיוני במושג העברה ומאפיין כללי שלה; קרניאל, לעיל ה"ש 5, בעמ' 350.

9 ראו אסף הרדוף הפשע המקוון 42–44 (2010).

10 ANDREW ASHWORTH, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 32 (5th ed., 2006), לעיל ה"ש 1, בעמ' 14, 60–61, 71, 77–91. בקשר לעמימות הערכים (לאו דווקא בנוגע למשפט הפלילי) ראו מיכאל בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית המשפט העליון בהכרעות ערכיות" מחקרי משפט יט 591, 595–596 (2003); בקשר למשפט הפלילי ראו קרניאל, לעיל ה"ש 5, בעמ' 339, 341–343.

11 להרחבה ראו הפשע המקוון, לעיל ה"ש 9, בעמ' 60–72.

12 ראו: Packer; Jeremy Bentham, *Theory of Legislation* 167 (reprinted, 1975), לעיל ה"ש 7, בעמ' 48.

13 Richard H. McAdams, *The Origin, Development, and Regulation of Norms*, 96 MICH. L. REV. 338, 391, 397–407 (1997); Richard H. McAdams, *An Attitudinal Theory of Expressive Law*, 79 OR. L. REV. 339, 358–359, 373 (2000); Richard H.

התביעה והרשות השופטת שולחות לציבור מסרים ערכיים במסגרת המעצר, ההעמדה לדין, ההרשעה¹⁴ והענישה.¹⁵ הציבור אמור להפנים את המסר הערכי או למצער לערוך בחירה¹⁶ ולהימנע מעברות משום החשש מענישה (הרתעה וגינוי),¹⁷ וכך מוגן הערך שמאחורי האיסור. הענישה אמורה להגן על ערכים גם בדרכים נוספות: הכליאה אמורה להגן על ערכים בכך שהכלוא אינו חופשי, לפחות באותה מידה כפי שהיה בעבר, לפגוע בערך שבו פגע ושבעטיו נשלח לכלא;¹⁸ השיקום אמור להגן על ערכים דרך חינוך מחדש של העברייני;¹⁹ התחושה שיש "בעל בית" עשויה לצמצם הסיכוי לענישה פרטית שבתורה פוגעת בערכים מוגנים וכדומה.²⁰

חשוב להזכיר או להדגיש: ערכים אינם מוגנים; האנשים הם שמוגנים. ערכים הם רעיונות ותפיסות שאנשים נתונים בתקופה ובמקום מסוימים משווים להם חשיבות. ערכים הם חשובים משום שאנשים הם חשובים: ערכים הם מוגנים משום שאנשים מוקירים אותם ומעריכים אותם. ללא הערכה אין הגנה. ההערכה באה מצדם של אנשים וגם ההגנה. ההערכה היא חברתית וההגנה היא משפטית. "ערכים

- McAdams, *A Focal Point Theory of Expressive Law*, 86 VA. L. REV. 1649, 1651, 1728 (2000); Sara Sun Beale, *Federalizing Hate Crimes: Symbolic Politics, Expressive Law, or Tool for Criminal Enforcement?*, 80 B.U.L. REV. 1227, 1255, 1265 (2000); Erik Luna, *Principled Enforcement of JONATHAN*: לביקורת ראו: *Penal Codes*, 4 BUFF. CRIM. L. REV. 515, 537–539, 546 (2000) R.A. Duff, ; 1269–1267 'בעמ' שם, Beale; SCHONSHECK, ON CRIMINALIZATION 74–75 (1994) *Violations and Wrongs*, in CRIMINAL LAW THEORY: DOCTRINES OF THE GENERAL PART 47, 52 (Stephen Shute & Andrew P. Simester eds., 2002).
- 14 לפי ברו, הגינוי קשור להרשעה אף יותר מלעונש. ראו: Hugo Adam Bedau, *Feinberg's Liberal Theory of Punishment*, 5 BUFF. CRIM. L. REV. 103, 117 (2001).
- 15 קטיאל הדגיש את חשיבות העונש בשידור עקרונות לציבור, בעיצוב בחירת האדם שנענש ושל החברה בכללותה. ראו: Neal Kumar Katyal, *Deterrence's Difficulty*, 95 MICH. L. REV. 2385, 2386, 2455–2457 (1997). רובינסון הדגיש שאכיפת החוק וההלכה שולחות מסר המזכיר את הנורמה האוסרת. ראו: Paul H. Robinson, *Why does the Criminal Law Care what the Layperson Thinks is Just? Coercive versus Normative Crime Control*, 86 VA. L. REV. 1839, 1866 (2000).
- 16 ראו: Andrew P. Simester & A.T.H. Smith, *Criminalization and the Role of Theory*, in HARM AND CULPABILITY 1, 4 (Andrew P. Simester & A.T.H. Smith eds., 1996).
- 17 Henry M. Hart, Jr., *The Aims of the Criminal Law*, 23 L. & CONTEMP. PROBS. 401, 412 (1958); Katyal; 268, 49–48, 45, 40 'בעמ' 7, לעיל ה"ש 7, Packer; 2492–2389, 2386 'בעמ' 15, ה"ש 15, Kahan, *Between Economics and Sociology: The New Path of Deterrence*, 95 MICH. L. REV. 2477, 2489–2490, 2496 (1997); Paul H. Robinson & John M. McAdams, *A Focal Point*; Darley, *The Utility of Desert*, 91 NW. U.L. REV. 453, 458–462 (1997) TOM R. TYLER, *WHY DO PEOPLE OBEY THE*; 1650 'בעמ' 13, לעיל ה"ש 13, *Theory of Expressive Law* (With a New Afterword by the Author) 21, 269–270 (2006).
- 18 HYMAN GROSS, ; 269, 53, 49 'בעמ' 7, לעיל ה"ש 7, Packer; ראו: שלילת היכולת ראו: Katyal; 268, 49–48, 45, 40 'בעמ' 7, לעיל ה"ש 7, Robinson & Darley; A THEORY OF CRIMINAL JUSTICE 35, 386 (1979); 466–462 'בעמ' 17, לעיל ה"ש 17, רות קנאי "הנחיות לקביעת גזר הדין בפסיקה בית המשפט העליון" משפטים כד 97, 102 (1994); רות קנאי "הצעה לתיקון קביעת גזר הדין" מחקרי משפט יג 227, 234 (1996).
- 19 לביקורת על ההיגיון שבשיקום ראו: Katyal; 268, 49–48, 45, 40 'בעמ' 7, לעיל ה"ש 7, Gross; 54–53 'בעמ' 7, לעיל ה"ש 7, Robinson & Darley; 389–387 'בעמ' 17, לעיל ה"ש 17, רות קנאי "הנחיות לקביעת גזר הדין בפסיקה בית המשפט העליון" משפטים כד 97, 102 (1994); רות קנאי "הצעה לתיקון קביעת גזר הדין" מחקרי משפט יג 227, 234 (1996).
- 20 JAMES BOYD WHITE, *HERACLES' BOW: ESSAYS ON THE RHETORIC AND POETICS OF THE LAW* 196–199 (1985).

מוגנים" אינם אלא מטפורה, באשר ערך הוא רעיון ותפיסה. ורעיון, להבדיל ממי שהגה אותו או מחזיק בו או מעוניין בהפצתו, אינו זקוק להגנה, מה גם שלא ברור מפני מי רעיון זקוק להגנה וכיצד בכלל ניתן להגן עליו. הערך המוגן באיסור הוא רעיון שבא להזכיר לנו כי הדין הפלילי בא להגן על אנשים ועל מה שהם מעריכים, לעתים יותר ולעתים פחות: חייהם וגופם, חירותם וקניינם, פרטיותם והאוטונומיה שלהם, בעלי החיים והסביבה שלהם וכן הלאה.

2. ערכים מוגנים והדין האזרחי

דיני הגנבה, כאמור בפרק הקודם, שואבים מהדין האזרחי מושגים קנייניים ואחרים. השאלה עד כמה, אם בכלל, חדה ההבחנה בין המישור הפלילי למישור האזרחי בקשר לגנבה, אינה פשוטה. היא מצריכה חיידוד של הערך המוגן העומד מאחורי הגנבה, באשר אם בהגנת רכוש עסקי, כי אז עולות לכאורה תהיות בנוגע לענפי משפט אזרחיים המגנים על הרכוש. לפני כעשרים שנה כתבו מריאן גיילס וסטיב אוגלו (Giles & Uglow) כי ההחלטה אילו התנהגויות הן גנבה ואילו הן עברות חמורות פחות כמו הונאה, או עוולות אזרחיות כמו הפרת חוזה או הסגת גבול, מעולם לא הייתה קלה. ועדיין הכרחי שהחוק יבחין בין התנהגות פלילית ללא פלילית ובין סוגים שונים של עברות פליליות.²¹

חדות ההבחנה בין המישור הפלילי לבין המישור האזרחי בנוגע לגנבה חשובה מבחינת תיחום עברת הגנבה. אם הדין האזרחי יכול להתמודד בעילות עם תופעת הגנבה, אפשר שהדין הפלילי צריך לסגת בפניו מתוך הנחה²² שהדין הפלילי הוא הכלי הפוגעני ביותר בארגז הכלים של המחוקק ולפיכך אמור להיות בשימוש רק לאחר שכשלו יתר הכלים.²³ אם הדין האזרחי מכסה היום תופעות חמורות ומזיקות יותר מגנבה, מתחדדת שאלת ההצדקה לקיומה של עברת הגנבה.

בטרם אנסה להשיב לשאלת ההבחנה בין הדין הפלילי לאזרחי בנוגע לגנבה, אקדים כמה מילים על שאלת ההבחנה הכללית בין הדין הפלילי לאזרחי. האם בכלל יש הבחנה חדה בין המישור הפלילי לאזרחי?

לפני עשרים שנה כתב ג'ון קופי (Coffee), בהתייחסו לדין בארצות הברית, על היעלמות של כל קו מפריד ברור בין הדין הפלילי הפדרלי לבין הדין האזרחי. הוא חשש שטשטוש הגבול בין עוולה לפשע יוביל לאי-צדק ויחליש את יעילותו של הדין הפלילי כמכשיר של שליטה חברתית. קל לזהות מאפיינים מבדילים של הדין הפלילי לעומת דיני הנזיקין, כמו התפקיד החשוב של כוונה, אי-החשיבות היחסית של נזק ממשי לקרבן, אופייה המיוחד של כליאה כסנקצייה ותלותו של הדין הפלילי באכיפה ציבורית.

21 לידם אפשר לנסח מבחן אובייקטיבי לזהות את ההתנהגות העיקרית בפשע הגנבה, שמבחין אותו מסוגים אחרים של פשעי רכוש ושתואם את עקרונות החוקיות ואת עקרונות הדין האזרחי, ולסרטוט הוגן וצודק של התנהגות פלילית. ראו: Marianne Giles & Steve Uglow, *Appropriation and Manifest Criminality*, in *Theft*, 56 J. CRIM. L. 179, 180–181 (1992).

22 הנחה זו נכונה לכל היותר באשר לפוטנציאל הפוגענות של הדין הפלילי ולא באשר לכל האפיקים שמכסה הדין הפלילי, חלקם פוגעניים הרבה פחות מאפיקים אזרחיים שלעתים הם פוגעניים מאוד. ראו: FEINBERG, לעיל ה"ש 6, בעמ' 23; Simester & Smith, לעיל ה"ש 16, בעמ' 4; הפשע המקוון, לעיל ה"ש 9, בעמ' 77–80; בג"ץ 88/10 שורץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 21 (פורסם בנבו, 12.7.2010).

23 ראו: Nils Jareborg, *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*, 2 OHIO ST. J. CRIM. L. 521, 523 (2005); Kimmo Nuotio, *Theories of Criminalization and the Limits of Criminal Law: A Legal Cultural Approach*, in THE BOUNDARIES OF THE CRIMINAL LAW 238, 255–256 (R.A. Duff et al. eds., 2010).

אלא שאף לא אחד מאלו הוא החלטי לחלוטין. הרכיב שקופי מצא כמיחד את הדין הפלילי הוא תפקודו כמערכת של חינוך מוסרי: הדין הפלילי זוכה לציות לא רק משום שיש איום משפטי מאחוריו, אלא משום שהציבור תופס את הנורמות שלו כלגיטימיות וראויות לציות. יותר מדיני הנזיקין, הדין הפלילי הוא מערכת לתקשורת ציבורית של ערכים. לפיכך הדין הפלילי לעתים קרובות מציג גינוי מכוון להתנהגות הנאשם. דיני הנזיקין מבקשים לאזן בין תועלת פרטית לעלות ציבורית, ואילו הדין הפלילי אינו עושה כן, אולי משום שאיזון כזה יערער את הרטוריקה המוסרית של הדין הפלילי.²⁴ הוא כתב כי לעתים חוקים שניסוחם זהה ישימים באשר לאותה התנהגות, פעם בצורה אזרחית ופעם בצורה פלילית: הדין הפלילי נפרס יותר ויותר לכסות גם מגוון התחייבויות אזרחיות. הדין האזרחי הלך והופלל: בנושא חובת אמן, בנושאים חוזיים ועוד.²⁵ ההכללות בנוגע להבדלים בין פשעים לעוולות בדרך כלל לוקות בפישוט יתר, למשל בטיעון שפשעים מייצגים פגיעות בחברה באופן כללי, ואילו עוולות כרוכות אך באינטרסים פרטיים. מאורעות שמסכים פגיעות פרטיות גורמים גם פגיעות ציבוריות. מנגד, התפקיד החינוכי של הדין הפלילי ייחודי בלימוד אזרחים בדבר קווי המתאר של המוסריות הציבורית, והכלא הוא סנקציה ייחודית המשדרת מסר קהילתי בנוגע לשוויון בפני החוק. מסרים בצורת איסור גם קלים יותר ללימוד ולהפנמה ממסרים בצורת תמחור.²⁶ מנגד, אם הדין הפלילי יתרחב יתר על המידה לאזורים "אזרחיים", הוא יאבד את הסטיגמה הייחודית שלו.²⁷

חמש שנים לאחר צאתו לאור של מאמרו המשפיע של קופי פורסם סימפוזיון בנושא ההבחנה בין הדין הפלילי לדין האזרחי. מלומדים שונים הביעו דעתם על מהות ההבחנה שבין שני המישורים. מייקל הארפר (Harper) כתב כי חלק הארי של המשפט, ובעיקר המשפט הפלילי, פועל לא כדי לשנות מוסר או ערכים אלא כדי לאשרם בדרך שתבטיח שהציבור יפנימם. תפקיד מרכזי שלו הוא להשריש את גינוי הקהילה התנהגויות מסוימות ומצבים מנטליים קשורים. רק הדין הפלילי מגנה התנהגות מסוימת ומייחס מצבים נפשיים שונים לרוע. השאלה המרכזית היא של גינוי: איזו התנהגות אנו רוצים ומוכנים לגנות. התפקיד האקספרסיבי של החוק בדין הפלילי מבהיר את הצורך במערכת דין פלילי גם במצב שבו הייתה פעילותה של המערכת הנזיקית והייתה מספקת פיזי לכל מי שנפגע.²⁸ דייוויד פרידמן (Friedman) "קפץ" לעבר וציין כי במאה השמונה עשרה כמעט כל הפשעים נתבעו באופן פרטי. צד פרטי, בדרך כלל הקרבן, יזם את הפעולה, איתר עדים וארגן את הופעתם בבית המשפט והגשים כמעט את כל התפקידים שאנו משייכים לתובע ציבורי. המודל הנזיקי המודרני ממריץ

John C. Coffee, Jr., *Does "Unlawful" Mean "Criminal"? Reflections on the Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law*, 71 B.U. L. REV. 193, 193–194 (1991) 24

שם, בעמ' 199–215. 25

שם, בעמ' 223–227. 26

שם, בעמ' 200–201, 228–231, 246. שנים רבות לפני פאקר כתב הארט כי קשה להבחין בין פלילי לאזרחי על רקע ההשלכה, שהיא לעתים קשה גם באזרחי, ומצא כי מה שמבדיל בסופו של דבר בין פלילי לאזרחי הוא הגינוי הקהילתי. ראו: Hart, לעיל ה"ש 17, בעמ' 404–405. 27

Michael C. Harper, *Comment on the Tort/Crime Distinction: A Generation Later*, 76 B.U. L. REV. 23, 24–26 (1996) 28
 לאחרונה כתב לביא כי אמנם מקובל לומר שהמשפט הפלילי עניינו מעשים חמורים יותר במשפט הפרטי, אך לעתים מדובר באותם מעשים: גנבה, תקיפה, לשון הרע. הנקודה הקריטית לדידו היא שליבת המשפט הפלילי עוסקת בפגיעה בזכויות ובמשטר החוקי ולא באינטרסים פרטיים או ציבוריים. ראו שי לביא "צדק מתקן בפלילים – עיון מחודש ביחס שבין דיני עונשין ומשפט חוקתי" מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 511, 520 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010).

קרבת לתבוע באמצעות מתן פיצוי אפשרי בסיום. במודל הישן באו תביעות בפלילים לשם נקמה, הפקת הרתעה כטובין פרטיים וכדי להביא את הנתבע לשלם לתובע כדי שיזנח את תביעתו.²⁹ פול רובינסון (Robinson) כתב כי ההבחנה בין פלילי לאזרחי קיימת ברחבי העולם והייתה מקובלת גם ברומא העתיקה: נראה כי כל חברה שהיא מפותחת דייה בשביל שתהיה לה מערכת משפט פורמלית משתמשת בהבחנה בין פלילי לאזרחי כעיקרון מארגן. שסתומי הביטחון הקיימים בדיני העונשין אינם מספקים הסבר להבחנה בין פלילי לאזרחי אלא רק תיאור. גם השאלה אם התנהגות ניתנת לתמחור אינה מספקת מענה חד, באשר יש חפיפה רצינית בין פשע לעוולה: הרבה התנהגויות נאסרות בדין הפלילי ומתמחרות בדיני הנזיקין. זה לא מסביר מדוע נדרשות שתי מערכות נבדלות. מלבד זאת אין ברורה ההבחנה בין ציבורי לפרטי בנוגע לאופי התובע; מדוע קנסות פליליים משולמים למדינה; מדוע הסכמה היא הגנה בדיני נזיקין אך לא במשפט פלילי; מדוע יש זוטי דברים במשפט פלילי, ואילו דיני הנזיקין מטילים אחריות גם על נזק טריוויאלי; מדוע ביטוח מאפשר לשלם פיצוי בדיני הנזיקין ולא קנס במשפט פלילי.³⁰ כל ההבדלים הללו נראים הגיוניים מנקודת מבט של הבנת ההדיוט את ההבחנה בין פלילי לאזרחי. אחריות פלילית מסמנת גינוי מוסרי לעברייין, ואילו אחריות אזרחית לא. השפה משקפת זאת. בהקשר הפלילי מדברים על פשע ולא על הפרה, על עונש ולא על תרופה. המינוח מרמז על גינוי מוסרי שמונחי הדין האזרחי אינם משתמשים בו. הפרת חוזה או ייצור מוצר פגום הן התנהגויות שנבקש לדכא, ואולי הן מצדיקות פיצוי, אך לא בהכרח נושאות אשמה מוסרית, אותה חרפה שדרושה כדי להיות ראויה להרשעה פלילית. זוטי דברים הם הגנה במשפט פלילי ולא במשפט אזרחי משום שהמשפט הפלילי תר אחר אשמה מוסרית. בדומה לזה, הסכמה היא בדרך כלל הגנה בדיני הנזיקין אך לא במשפט פלילי, משום שאינה בהכרח פוגמת בהפרת הנורמה החברתית. ניתן לבטח נגד פיצוי נזיקי אך לא נגד קנס פלילי משום שעונש פלילי מצריך שהפושע יסבול אישית. מערכות נבדלות הן הדרך היחידה להביע גינוי ביעילות ולהרוויח את התועלת המעשית שבכך.

רובינסון מצא כי היתרון הראשון של מערכת נפרדת הוא הערך התקשורתי שלה. רוב האנשים חיים בדאגה ולחצים שלא ממש קשורים לחוק. אם מערכת המשפט מבקשת לתקשר עם האדם הממוצע, על התקשורת להיות בהירה ופשוטה. באמצעות יצירת תווית פלילית מיוחדת ובהפצה רחבה של התפיסה שאותה תווית היא בעלת משמעות שונה ומגנה, המערכת מגדילה את יכולתה לשלוח מסר מגנה ברור. ללא מערכת דינים נבדלת יהיה קשה יותר להעביר את המסר שחלק מהמקרים מסמלים גינוי ואחרים לא. החקירה, כתב האישום והמשפט מעבירים מסר. עם זאת מסר מועבר גם כשהמערכת אינה חוקרת ומאשימה.³¹ ההבחנה בין פלילי לאזרחי טושטשה: הדין האזרחי קיבל עליו כמה ממאפייני הדין הפלילי, כמו השימוש המוגבר שלו בפיצויים עונשיים, והדין הפלילי התרחב כדי לכלול מה שנחשב בעבר הפרות אזרחיות. התוצאה היא הר של עברות חדשות שאינן נושאות גינוי מוסרי. ההבחנה בין המישורים מגדילה את יכולת המערכת להפחית את העבריינות ביעילות. הכוח האמתי להשיג ציות אינו מצוי באיום של סנקצייה רשמית. אנשים נמנעים מלעשות דברים שיפגעו ביחסיהם עם אחרים החשובים להם או שמפריים את הנורמות הפנימיות שלהם בנוגע להתנהגות מקובלת. הדין אינו לא רלוונטי לכוחות אלו אלא משחק תפקיד מרכזי ביצירה ובשימור של הקונצנזוס הנדרש לנורמות

.David Friedman, *Beyond the Tort/Crime Distinction*, 76 B.U. L. REV. 103, 103–104 (1996) 29
 Paul H. Robinson, *The Criminal-Civil Distinction and the Utility of Desert*, 76 B.U. L. REV. 201, 30
 201–205 (1996).
 שם, בעמ' 205–208. 31

ובדילול נורמות קיימות. בחברה מגוונת הדין הפלילי עשוי להיות המנגנון החברתי הרחב היחיד שמתעלה על ההבדלים האתניים והתרבותיים. הדין הפלילי עשוי להיות יעיל יותר בהגברת הציות לפקודותיו. אם הוא מרוויח מוניטין אמין בנוגע להכרזה על הנורמות הקיימות, אנשים ייטו להיעתר לסמכות המוסרית שלו, לפחות במקרים גבוליים ודו־משמעיים. לאור זאת הסיק רובינסון כי יש תועלת מעשית, לא רק אסתטית או פילוסופית, בשימור ההבחנה בין פלילי לאזרחי ובהתמקדות החוק הפלילי באשמה מוסרית.³²

אפשר בהחלט להתווכח עם התזות שהועלו באשר לעצם ההבחנה בין הפלילי לאזרחי.³³ יש היגיון בגישתו של קופי, שלפיה הדין הפלילי כולל פן של חינוך וכולל רטוריקה מוסרית שמתקשרת ערכים לציבור. יש טעם בטענה שהדין הפלילי הוא מדיום יעיל לתקשר אתיקה קהילתית, וגם בטענה שקל להבין איסור יותר מאשר להבין נורמה אחרת. בוודאי קשה להתווכח שככל שהדין הפלילי הולך ומתרחב, הוא מאבד חלק מהאפקט שלו. אבל דברי קופי אינם מציעים חתך ברור בין הפלילי לאזרחי. כל נורמה משפטית מקורה בערכים כלשהם, גם אם הם לא תמיד ברורים ושקופים. גם המשפט האזרחי, ולא רק הדין הפלילי, עוסק בערכים מוגנים. הוא מבטא ערכים שיקרים ללבנו, מקדם אותם ומגן עליהם. דיני הנזיקין, דיני החוזים, דיני הקניין, דיני העבודה, דיני הראיות, סדרי הדין, המשפט המנהלי והמשפט החוקתי בוודאי – כל אלו, כמו ענפי משפט אחרים, מבטאים עמדה ערכית של המחוקק ובאים להשיג תוצאות ערכיות,³⁴ בדרכים שונות, כמו יצירת נורמות חברתיות³⁵ ושינוי,³⁶ כמו עיצוב

32 שם, בעמ' 210–214.

33 טדרוס כתב שיש שלושה דברים שנחשבים ייחודיים לדין הפלילי: האחד הוא שלהרשעות פליליות יש תפקיד מגנה שאין להסדרה אזרחית; השני הוא שהרשעה פלילית גוררת עונש לעבריין; השלישי הוא ההליך עצמו. אבל יש פעולות עוול רבות שאיננו מפלילים. בנוסף, אם יש סיבות טובות למנוע הפללה חרף עוול, אז הן טובות גם נגד עוולה אזרחית. טדרוס הדגיש שהסדרה אזרחית אינה מסתפקת בתמחור; היא אוסרת על התנהגויות. החוק אינו מתיר לאזרחים לפעול בניגוד להסדרה, ובלבד שישלמו את העלויות. גם עברות וגם הסדרה אזרחית – אוסרות, ולכן לכאורה מוצדק שהמדינה תגנה כל הפרת הסדרה שלה. ראו: Victor Tadros, *Criminalization and Regulation*, in *THE BOUNDARIES OF THE CRIMINAL LAW* 163, 164–169 (R.A. Duff et al. eds., 2010). דאבר כתב כי לעתים קרובות אומרים שהדין הפלילי מגן על "אינטרסים ציבוריים", אך לרוב אין מגדירים מהם ומה הופך אותם לציבוריים. בנוסף, חלק מהעברות עוסקות בבירור באינטרסים אישיים. ראו: Markus D. Dubber, *Criminal Law between Public and Private Law*, in *THE BOUNDARIES OF THE CRIMINAL LAW* 191, 206–207 (R.A. Duff et al. eds., 2010).

34 ראו למשל את טענות שלו ואדר באשר למטרות דיני התרופות, כולן ערכיות או מתקשרות לערכים: להצהיר על פגיעה בזכויות ולהבהיר את המצב המשפטי או לתת לתובע אישור פומבי לאותו מצב; למנוע התחלה או המשך של התרחשות של הפגיעה העוללתית בנפגע; למנוע התעשרות לא צודקת; וייתכן שאפילו להעניש ולהרתיע מעוולים ולשדר מסר חינוכי לציבור. ראו גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות – לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 25–33 (2009).

35 ראו: Robert C. Ellickson, *The Evolution of Social Norms: A Perspective from the Legal Academy*, ; in *SOCIAL NORMS* 35, 36 (Michael Hechter & Karl-Dieter Opp eds., 2001) McAdams, *The Origin, Development, and Regulation of Norms*, 86 VA. L. REV. 1781, 1788–1790 (2000). Eric A. Posner, *Law and Economics*, 13 בעמ' 355–363 ;

36 ראו: Cass R. Sunstein, *On the Expressive Function of Law*, 144 U. PA. L. REV. 2021, 2035 (1996); Robert C. Ellickson, *Law and Economics Discovers Social Norms*, 27 J. LEGAL STUD. 537, 550 (1998); Robert E. Scott, *The Limits of Behavioral Theories of Law and Social Norms*, 86 VA. L. REV. 1603, 1625 (2000).

בחירה והפנמה³⁷ וכמו עיצוב הסביבה באופן שתמנע פגיעה בערכים.³⁸ מלוא העולם ערכים; מלוא המשפט ערכים. הדרכים להסדיר התנהגות אנושית מגוונות,³⁹ והמשפט הפלילי הוא אך כלי אחד ממאגר הכלים של המחוקק. כל ענפי המשפט, ולא רק דיני העונשין, מלאים ערכים: בהיסטוריה שהולידה את חוקיהם ומבטאת את ערכיהם של חברי הכנסת נציגי העם, באופן שבו פורשו ומפורשים על ידי בתי המשפט בעבר ובהווה, ובאופן שבו הציבור תופס אותם ומכלכל בחירותיו לאורם. נורמות רבות מהדין האזרחי מבטאות ערכים. ערך הרכוש – רכוש הפרט ורכוש הכלל – מתבטא בנורמות מדיני הקניין, דיני הנזיקין, דיני החוזים, דיני הפטנטים, דיני המסים, דיני המנהל ומה לא. ערך האמון מתבטא בנורמות מדיני העבודה, דיני הראיות, דיני המנהל הציבורי, דיני החוזים ועוד. כל הדינים הללו מתקשרים לערכים לא רק במובן שערכים עומדים מאחוריהם, מבחינת ההיסטוריה החקיקתית, אלא גם במובן שערכים עומדים לפניהם בצורה שקופה או בצורה סמויה: בתכליתם, באופי פעולתם ובאופי תפישתם בחברה. האם ההד הציבורי שמגיע לצד חקיקת נורמה פלילית או לצד אכיפתה גדול מההד שמגיע לצד חקיקה או אכיפה של נורמה מנהלית, חוזית, נזיקית וכדומה? אין כל הכרח שכך הוא הדבר. עניין הציבור בקניין למשל אינו נראה לי פחות בנוגע להעלאת מחיר הלחם, הדלק או מסים אחרים מן העניין שיש לו בהענשת גנב פלוני. מלבד זאת, אפילו אם ההד שיש לכליאתו של נאשם פלוני חזק הוא – ודומני שרבים הנאשמים האלמונים שכליאתם אינה מהדהדת כלל – לעומת ההד של הטלת פיצוי נזיקי על נתבע פלמוני, אין זאת אומרת שהמעשה שהביא לכליאה חמור מהמעשה שהביא להטלת פיצויים או שונה ממנו שוני נורמטיבי ניכר. העובדה שהציבור מתעניין בפלונית שנכנסה לכלא ובסיבות לכך, אם אמנם הציבור מתעניין, אין פירושה שהמעשה שהביא את פלונית להיאסר מצדיק יחס אחר ממעשה נזיקי שהביא אותה לשלם פיצוי. העובדה שהמדינה היא שמובילה את ההליך הפלילי והפרט מוביל את ההליך האזרחי אין פירושה שמבחינה נורמטיבית הפלילי הוא ציבורי והאזרחי איננו כזה. בחירתה של המדינה להוביל את ההליך הפלילי כשלעצמה אינה מסבירה אם גנבה או כל עניין אחר אמורים להיות נדונים במישור הפלילי או דווקא בזה האזרחי.

טענת הארפר שהמשפט הפלילי פועל לאשר מוסר או ערכים ולא כדי לשנותם אינה מסבירה אילו מוסר וערכים מצדיקים את הפעלתו ואילו לא. טענתו שרק הדין הפלילי מגנה התנהגות אינה נשמעת משכנעת, באשר גם עוולה נזיקית עשויה להיות מגונה על ידי החברה ובית המשפט, גם נורמות מתחום דיני העבודה, ומה לא. המשפט הפלילי גם לא תמיד מכריז על רוע מנטלי, ומנגד הרוע אינו נחלתו הבלעדית של המשפט הפלילי.

צדק רובינסון בכתבו כי הענישה המלווה את ההליך הפלילי אינה יכולה לשמש אמת מידה להבחנה בין פלילי לאזרחי, באשר אנחנו המכריעים איזו סנקציה תוצמד לאילו דינים. אך גם ההסבר האינטואיטיבי של רובינסון להבחנה בין המישורים הוא תיאורי ולא נורמטיבי. טענה שהדין הפלילי

37 ראו: Alex Geisinger, *A Belief Change Theory of Expressive Law*, 88 IOWA L. REV. 35, 66 (2002); Michael Ashley Stein, *An Initial Expressive Law Analysis of the ADA*, 90 VA. L. REV. 1151, 1173 (2004).

38 למשל, "מניעה מצבית" (situational prevention) של פשע: ניהול הסביבה הפיזית, עיצובה או תמרונה כדי להפחית הזדמנויות לפשעים ספציפיים. ראו: Ronald V. Clarke, *Introduction*, in SITUATIONAL CRIME PREVENTION – SUCCESSFUL CASE STUDIES 3, 4, 12–20 (Ronald V. Clarke ed., 1992).

39 ראו את מודל ההסדרה של לורנס לסיג (Lessig) ואת האופן שבו ניתחתי: הפשע המקוון, לעיל ה"ש 9, בעמ' 120–131.

עוסק במה שההדיוט תופס כראוי לטיפול פלילי והישענות על הגינוי המוסרי לעברייך – אינן מספקות מענה לדברים שכתב גלנוויל ויליאמס (Williams) לפני יותר מחצי מאה: מבחינת עוול מוסרי אין בהכרח הבדל בין פלילי לאזרחי כאשר פלילי כולל אחריות קפידה שניתן לבצע בלי עוול מוסרי, ואילו עוולה ניתנת לביצוע באופן לא מוסרי בעליל.⁴⁰ מלבד זאת ברור שההדיוט יתפוס רצח וגנבה ואונס כהתנהגויות שראויות לטיפול במישור הפלילי, כאשר כך היה בזמן שההדיוט נולד וכך היה במשך כל ימי חייו. כך כאשר לחלק מצומצם של הדין הפלילי, "הליכה של הדין הפלילי".⁴¹ מנגד, איני בטוח כלל שההדיוט תופס כל עברה קיימת (בהנחה שהוא יודע על קיומה בכלל) – וקיימות רבות מספור – כמשהו מגונה מוסרית כשלעצמו. לאחר שישמע (אם ישמע) על אכיפת העברה ועל שליחת פלוני לכלא בגין ביצועה, ייתכן שיפנים את הגינוי. וייתכן שלא.

מערכת המשפט הפלילי מעבירה מסרים, אך ספק אם הם בהירים: חוקים פליליים רבים אינם בהירים כלל, ובתי המשפט והמלומדים עמלים על פרשנותם. פסקי דין רבים אינם כוללים מסר ברור, ובתי משפט ומלומדים עמלים לפרשם ולהבהירם.⁴² ועל כך יש להוסיף את המתווכים בין הציבור לבין הנורמות הפליליות, בעיקר כלי התקשורת. לאלו שיקולים, ערכים ואמת משלהם – "אמת תקשורתית" – ואיני סבור שמבחינה גורפת כל נורמה פלילית כוללת מסר ברור שמגיע לציבור. איני גורס כי אין טעם להבחנה בין פלילי לאזרחי או כי היא עמומה לגמרי, אך היא איננה חדה בכל המקרים, ובוודאי איננה חדה כשעושים צעד לאחור, כפי שנראה בהמשך הפרק, במבט לא אל ההתנהגות (האסורה) אלא אל הערכים שמאחוריה. האם יש משהו נורמטיבי שמייחד את הגנבה ומסמן אותה בתווית פלילית? האם לבד מאינטואיציה או מתדמית הגנב שתיאר ג'ורג' פלטר (Fletcher), כאמור בפרק הראשון, יש סיבה טובה להפלייל גנבה ולהותיר התנהגויות אחרות לא מופללות? באופן קונקרטי יותר: מדוע נטילת רכושו של אחר ללא רשותו נחשבת גנבה ומטופלת בדין הפלילי, ואילו כניסה לחוזה בכוונה להפר אותו או פגיעה נזיקית ניכרת ברכוש מטופלות במישור האזרחי? מדוע שליחת יד ברכוש שהופקד היא גנבה, ואילו גביית שכר טרחה מופרו ותשלום גבוה בהרבה מן המקובל בגין שירותים אינם גנבה? האם לבד מהתשובה שהתרגלנו למציאות זו, יש תשובה אחרת? כדי להשיב על שאלה זו עלינו להישיר מבט אל הערכים שבבסיס עברת הגנבה.

3. ניסוח ערכי שותק

לעתים קרובות מאוד, אף שלא תמיד, הערכים שמאחורי החוק, חשובים ככל שיהיו, הם ערכים "שותקים". רבים מאוד החוקים שאינם כוללים סעיף מטרה, וגם אם כוללים סעיף כזה, אין זאת אומרת שכל סעיף וסעיף בא לשרת את המטרה האמורה ואינו בא לשרת מטרת אחרת. המחוקק אינו מעוניין, או מסוגל, להסביר את עצמו במסגרת החוק הפורמלי. וכך נותרת מלאכת איתור הערכים לבתי המשפט. במשפט פלילי לא תמיד נדרשים בתי המשפט לאיתור שכזה, ולעתים קרובות הם פותחים ומסיימים בנייתו היסודות; כך באופן כללי וכך כאשר לעברת הגנבה. באופן טבעי, או לכל הפחות שגרתית,

40. Glanville Williams, *The Definition of Crime*, 8 CLP 107, 117 (1955)

41. למושג זה ראו: Douglas Husak, *Crimes outside the Core*, 39 TULSA L. REV. 755, 756 (2004)

42. לביקורת חריפה על יכולתו של החוק הפלילי לשלוח אותות, בעיקר לנוכח רוחב החוק הפלילי ועומקו, ראו: William J. Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, 100 MICH. L. REV. 505, 520–523 (2001)

הדיונים שנערכו בבתי המשפט בישראל, כמו אלו שנערכו לפנייהם בדין האנגלי, התמקדו בעיקר בניתוח יסודות העברה (לצד שאלות של סייגים לעברה, תחולה מבחינת זמן ומקום וכדומה) ועסקו פחות בהצדקה לקיום העברה. האם הדבר נובע מכבוד למחוקק (מה שרלוונטי פחות למשפט המקובל) מתוך הנחה ששאלת ההצדקה אינה צריכה להידון באשר המחוקק מן הסתם סבר שיש הצדקה כזו? זו תשובה אפשרית, אולם לא בהכרח משכנעת. דומני שההתמקדות ביסודות העברה נובעת בעיקר מהדוקטרינה של המשפט הפלילי. הגם שלעתים היא עולה בחטף בגזר הדין, ככלל שאלת ההצדקה לעברה כלשהי איננה עניין שנדון בפסק דין, פשוט משום שאינה נדרשת כעניין פורמלי. אין הכרח משפטי פורמלי שהערך המוגן בעברה אמנם ייפגע בפועל מהתנהגותו של נאשם פלוני, להבדיל מפגיעה מופשטת, ולעתים עמומה מאוד, הנובעת מעצם העברה על החוק או מיוחסת לה.⁴³ נאשם בגנבה עשוי להעלות טיעון עובדתי שלפיו לא ביצע את המעשה המיוחס לו; הוא עשוי גם להעלות טיעון ראייתי או דינוי שלפיו דבר מה בהליך היה פגום ופסול ומצריך את זיכוי או את ביטול האישום נגדו. במקרים אלו לא צפוי בית המשפט לדון בערך המוגן בעברת הגנבה. כאשר טיעון ההגנה מתמקד באפיק מהותי, ולפיו המעשה המדובר אינו גנבה, כי אז תידרש התייחסותו של בית המשפט ליסוד כזה או אחר בעברה, מן הסתם רק זה שנגדו שולחת ההגנה את חציה, באשר בית המשפט אינו עוסק בניתוחים אקדמיים לתפארת התאוריה. גם אז הפסיקה אינה בהכרח מתמקדת בערך המוגן, משום שהמחוקק לא רק שאינו מתמקד בו אלא אף אינו חושף אותו. במקרים מסוימים הדיון ברכיב עברה כזה או אחר יביא את בית המשפט לאמירה הנוגעת לערך המוגן, במיוחד כשביט המשפט נותן פירוש רחב או צר לאותו רכיב, אך אין כל הכרח לדון בערך המוגן. הערך המוגן עשוי לשמש כלי לפרשנות, בוודאי בעידן הפרשנות התכליתית, אלא שאותו ערך אינו שקוף, וקודם שבית המשפט משתמש בערך ככלי פרשנות, עליו לחשוף את הערך. מלאכת החשיפה כמובן אינה עניין מדעי אובייקטיבי, והיא כרוכה ביצירתיות וביצירה של ממש, בשיקול דעת שיפוטי רחב, ואולי רחב מדי. כל אלו בעיות כלליות שמצריכות התייחסות כללית, ואותה אציע בהודמנות אחרת.⁴⁴

לו הייתה עברת הגנבה כוללת ערך פורמלי ושקוף כאמור, התשובה לשאלת המחקר הייתה פשוטה יותר, באשר הייתה מתמקדת אך בזיקה שבין יסודות העברה – שכתובים שחור על גבי לבן, גם אם מצריכים מאמץ פרשני – לבין הערך המוגן. אלא שעמידה על הזיקה האמורה תצטרך להמתין מעט, מן הטעם שיש לחשוף את הערך המוגן לפני כן. כעולה הן מההיסטוריה של עברת הגנבה בעולם והן מהאמירות הקצרות בעניין זה בישראל, אין מדובר במלאכה פשוטה שהתשובה לה מובנת מאליה.⁴⁵ כדי לחפש אחר תשובה מדויקת, ערך שיספק התאמה שתהא קרובה למושגים ליסודות העברה בהציעו רציונל שאינו רחב מדי או צר מדי לעברת הגנבה, אערוך מהלך שאכנה אותו "מבחן התאמה ערכית-יסודית". מהלך זה מאפשר חשיבה ביקורתית על האיסור הפלילי הנבחן. המבחן תר אחר מידת

43 מנגד, יש הסבורים שסייג זוטי הדברים אמור לסנן העמדה לדין במקרים שהתנהגות החשוד נכנסת לתוך הגדרתה הפורמלית של העברה אך אינה כרוכה בפגיעה ניכרת. ראו: ג'ודי ברודר "תיחומו של סייג זוטי-הדברים לאור לשונו של סעיף 34 לחוק העונשין" מחקרי משפט כא 495, 498-499 (2005).

44 ראו אסף הרדוף הפללה תכליתית (טרם פורסם).

45 קרמניצר כתב כי הערך המוגן, גרעינה הנוקשה של העברה, קשה לפיתוח ולעתים קשה לאיתור בעברות קיימות. לא פשוט להגדיר את טיבו המדויק של כל ערך, כמו ערך הכבוד העמום וכמו ערך הרכוש. ונוסף על הקשיים האמורים, הערכים המוגנים אינם סטטיים אלא דינמיים ומשתנים עם הזמן. קרמניצר עיקרי מבנה וארגון של העברות הספציפיות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 208-209, 212-213, 222-223.

ההתאמה בין שני חלקים חשובים של האיסור הפלילי, אולי החשובים ביותר בו: מחד גיסא הערך, החלק הנורמטיבי, שהוא ההצדקה לעצם קיומו של איסור, ומאידך גיסא יסודות העברה, החלק הפורמלי, דהיינו האיסור כפי שנוסח על ידי המחוקק. מבחן ההתאמה הערכית-יסודית בוחן את הזיקה בין הערך או הערכים שעשויים להימצא בבסיס האיסור (עשויים, משום שכאמור הניסוח של המחוקק הוא ניסוח ערכי שיתוק) לבין יסודות העברה. המהלך בוחן את מידת ההתאמה בין לבו ונפשו של האיסור הפלילי לבין גופו. תוצאתו של המהלך היא אחת משלוש: רציונל רחב מדי, רציונל צר מדי או התאמה מושלמת.

רציונל רחב מדי פירושו שהערך המוגן, כפי שנוסח, נראה כתובע הפללה של התנהגויות רבות נוספות שפוגעות ברציונל ותיוגן כעברה. רציונל צר מדי פירושו שהערך המוגן, כפי שאותו ונוסח, אינו נפגע בהתקיים לפחות חלק מהמצבים שכבר כעת מתויגים כעברה. התאמה מושלמת פירושה שהערך נפגע בכל מקרה שמתקיימת עברה, ורק במקרה כזה.

האם קיים ערך שיאפשר סימביוזה מושלמת או קרובה למושלמת עם עברת הגנבה כפי שמנוסחת בישראל?⁴⁶

ג. מבחן התאמה ערכית-יסודית: לקראת זיקוקו של הערך המוגן בעברת הגנבה

1. הגנת רכוש

הערך המוגן הוא "מחקר אל תוך המקור, השורש, אל סיבתה ופשרה של העברה".⁴⁷ לאן יובילנו מחקר זה בנוגע לעברת הגנבה?

אם יישאל מלומד דיני עונשין בן ימינו על הערך המוגן העומד מאחורי עברת הגנבה, מן הסתם ייתן הוא את אותה התשובה שתיתן משפטנית מן היישוב, שהיא מן הסתם התשובה שייתן גם ההדיוט: עברת הגנבה מגנה על הרכוש. סברה זו נתמכת בהיות עברת הגנבה העברה הראשונה בפרק י"א לחוק העונשין, שכותרתו "פגיעות ברכוש". אלא שתשובה זו בוודאי אינה מספקת, משום שאיננו יודעים

46 אכן, כדברי קרמניצר, בניסוח עברה על המחוקק להטיל את רשת העברה במדויק כפי האפשר: לא רחבה מדי (כוללת התנהגות שאין לאסור אותה) ולא צרה מדי (שאינה יכולה להגשים את מטרת האיסור). יש לבחון אם כל יסוד בעברה נחוץ. רשת רחבה מדי מטילה מגבלה לא מוצדקת על החירות, ובמצב של רשת צרה מדי בית המשפט נלחץ ונחלק להרחבת האיסור על חשבון עקרון החוקיות. הגדרת העברה צריכה להתאים לערך המוגן ולשקפו. קרמניצר התייחס להתפרצות כעברה נטולת אוריינטציה ערכית ברורה, שבהיעדר יעד וכיוון ברורים הלכה והתפשטה, והתייחס גם למחלוקת בדבר ייעוד עברת השוחד בגרמניה. אכן, חשוב שנוזה במדויק את הערכים המוגנים בעברה פלונית כדי שנוכל לפרשה כיאות. שם, בעמ' 49–51, 172, 193–196. הוסאק, שהציע שבע אמות מידה מצטברות להפלת התנהגות, התייחס גם לשאלת הניסוח וכתב כי עברה היא רחבה מדי (overinclusive) כשהרציונל שלה חל רק על חלק מההתנהגות שנאסרת, כלומר ניתן לעבור על החוק גם בלי להזיק; עברה היא צרה מדי (underinclusive) כשהרציונל שלה חל גם על התנהגות שאינה נאסרת, כלומר ניתן להזיק גם בלי להפר את החוק. בהמשך הציג חזקה נגד רוחב יתר, אך לא נגד צרות יתר. ראו: DOUGLAS HUSAK, OVERCRIMINALIZATION – THE LIMITS OF THE CRIMINAL LAW 154–157 (2008). אני דווקא הצעתי להתמקד בשאלת צרות היתר, ואני סבור שהיא שאלה חשובה מאוד להפלה (כדי להשיג "הפלה מספיקה" שתוכל להשיג את מטרתה, להבדיל מ"הפלה סלקטיבית"): ראו הפשע המקוון, לעיל ה"ש 9, בעמ' 73–76.

47 קרמניצר עיקרי מבנה וארגון של העברות הספציפיות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 202.

רכוש מהו, ויש ענף משפטי שלם שסובב סביב רכוש ואף נושא כותרת מתאימה: "דיני קניין". מה הכוונה ב"הגנה על רכוש"? בהנחה שאנו מבינים כי הגנה היא מה שיספק המשפט הפלילי באמצעות שיטות הפעולה שלו, כמתואר לעיל, האם רכוש הוא מושג ברור?

כדברי אנדרו סימסטר וגורדון סאליבן (Simester & Sullivan), המונח "קניין" או "רכוש" (property) עצמו הוא אמורפי. בהקשר של מערכת משפט, קניין הוא תופעה משפטית, וזכויות קניין אינן דבר מוחשי אלא מבנה משפטי. מדובר בזכויות בין בני אדם שמוחזקות על ידי אדם אחד ביחס לאחרים. בעלות בדבר פירושה זכות לעשות בו משהו שאחרים אינם רשאים, ושיש להם מחויבות מסוימת כלפיו לא לעשות. הזכויות המקושרות לבעלות ברכוש משתנות מרכוש לרכוש. האופי המשפטי של רכוש השתנה עם הזמן והמשפט.⁴⁸ בדומה לזה כתב טוני סמית' (Smith) שהמונחים "קניין", "זכות קניין" ו"קניין פרטי" מעוררי מחלוקת ובעייתיים מבחינה משפטית. המונח "קניין" מורכב ביותר גם משום שאנו משתמשים בו במגוון דרכים. הוא מתייחס הן לבעלות והן לדברים שבבעלות. בדרך כלל הזכות לקניין אינה מתייחסת לרכוש אלא לאנשים אחרים. קניין מייצג יחסים בין בני אדם לבני אדם ולא בין בני אדם לדברים.⁴⁹ ברוס זיף (Ziff) הבהיר שקניין אינו דבר אלא אגד של זכויות שניתנות לאכיפה כלפי אחרים. מונח הקניין מסמל מערך יחסים בקרב אנשים שנוגע לטענות באשר לפריטים מוחשיים ולא מוחשיים, אך אין קטלוג שלם של מה שמתויג כקניין ומי יכול להיות בעלים.⁵⁰ ג'וזף סינגר (Singer) הסביר כי קניין נוגע ליחסים משפטיים בין אנשים בנוגע לשליטה והתניה (דיספוזיציה) במשאבים מוערכים. גם הוא הדגיש כי קניין עוסק ביחסים בין אנשים ולא ביחסים בין אדם לבין דברים. קניין פירושו שלאדם אחד, ולא לאחר, יש כוח לגיטימי לומר מה יקרה לדבר בעל ערך, ודיני הקניין מטילים מחויבויות על מי שאינו הבעלים לכבד את טענות הבעלים. לא-בעלים חייבים להימנע מלפלוש וליטול את הרכוש ללא הסכמת הבעלים וחייבים לחיות עם ההשלכות של בחירות הבעלים לנהוג ברכוש כרצונו. כך, קניין אינו בעניין שליטה בדברים אלא בעניין יחסים בקרב אנשים בנוגע לדברים, לאו דווקא מוחשיים, אך כן מוערכים.⁵¹

בישראל יצא חנוך דגן נגד התפיסה הפורמליסטית, שלפיה למושג הקניין יש תוכן הכרחי, נגד התפיסה המוניסטית, הרואה בקניין בעל תוכן משפטי אחיד, ונגד התפיסה הליברטריאנית, שלפיה הקניין מגן על הפרט מהכלל ומכוח השלטון, חירות שלילית.⁵² דגן הדגיש שקניין אינו מושג בעל תוכן

48 ראו: ANDREW P. SIMESTER & GORDON R. SULLIVAN, CRIMINAL LAW – THEORY AND DOCTRINE 439 (3rd ed., 2007). השניים הוסיפו כי המידה שבה קניין הוא מושג פרה-משפטי נתונה במחלוקת. זכויות הקניין קיימות באשר לדברים, אך הדברים עשויים להתקיים גם ללא החוק. נראה שלקניין אין הגדרה חדה, ובכל זאת ניכר שהקניין הוא מושג מפתח במשפט ובחברה. עברות פליליות ועוולות מניחות כמובן מאלין שיש זכות של קניין שניתן להזיק לה. שם, בעמ' 440.

49 וכך, יש רכוש שאינו ניתן לבעלות, כמו הגוף האנושי, לא משום שאי אפשר אלא כעניין של מדיניות ציבורית, שמסרבת לראות בגוף אובייקט סחיר. ראו: A.T.H. SMITH, PROPERTY OFFENCES 1, 3–4 (1994).

50 ראו: BRUCE ZIFF, PRINCIPLES OF PROPERTY LAW 2 (3rd ed., 2000). זיף הפנה לדברי בנת'האם (BENTHAM), לעיל ה"ש 12, בעמ' 113): קניין וחוק נולדים יחדיו ומתים יחדיו: לפני החוק לא היה קניין ובלי חוק אין קניין. לפי תפיסה זו, קניין הוא מבנה משפטי שגדל ומטופח במשטר משפטי. ראו גם: Stephen L. Carter, *Does It Matter Whether Intellectual Property Is Property?*, 68 CHI.-KENT L. REV. 715, 716 (1993).

51 ראו: JOSEPH WILLIAM SINGER, INTRODUCTION TO PROPERTY 2 (2nd ed., 2005).

52 חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 25–27 (2005).

אחד: דיני הקניין מסדירים מערכות יחסים מסוגים שונים ומגוונים, ולכן הם פלורליסטיים מטיבם. קניין כולל מוסדות משפטיים שונים שמסדירים מגוון רחב של יחסים משולשים שבין אדם (הבעלים), משאב (מושא הזכות) וחוג כלשהו של חייבים. זכות הקניין היא פרי של הכרעה אנושית וניתן לעצבה כטוב לאדם. דיני הקניין עוסקים במשאבים כמו מקרקעין, מיטלטלין, זכויות יוצרים, פטנטים, משאבי טבע וקטגוריות משפטיות נוספות. תוכנה של הזכות הקניינית בעניין משאבים מגוונים אלו עשוי להיות מגוון אף הוא, לפי התפקיד שהם ממלאים בחיי בעליהם, יהא זה מהותי ומכוון או מכשירני ותועלתית גרידא. מערכות היחסים שבהן עוסקים דיני הקניין מגוונות אף הן, וגם מכך יושפעו אופי המוסד הקנייני ותוכנו: יחסי זרים (כמו מתחרים בחיי המסחר), יחסי שוכר-משכיר, יחסי בני קהילה מקומית, יחסי שכנים, יחסי בעלים משותפים ויחסי בני משפחה. אי אפשר לאמץ תפיסה קניינית אחת שתתאים לכול.⁵³

אם כן, "רכוש" או "קניין" עשוי לקבל פירושים שונים. על איזה קניין אנו מדברים בנוגע לעברת הגנבה? האם הכוונה לבעלות, אחד המוסדות המאפיינים של החברה האנושית? טוני הונורה (Honore) כתב כי בעלות מוגדרת קודם כול: "האינטרס הגדול ביותר האפשרי בדבר שבו מכירה מערכת משפט בוגרת". הוא מנה אחד-עשר רכיבים לזכות הבעלות: הזכות להחזיק, הזכות להשתמש, הזכות לנהל, הזכות לקבל הכנסה מדבר, הזכות להון, הזכות לביטחון (security), זכויות של עברות ו- absence of term, האיסור על שימוש מזיק, אחריות להוצאה לפועל והזכות להרוס (incidents of residuary). לדידו, אפיונים קרדינליים של הבעלות הם ריכוז של הזכות לשימוש באדם אחד כפי שהוא חפץ, הזכות להדיר אחרים, הכוח של הדרה (alienating) וחסינות יחסית מפני החרמה (expropriation).⁵⁴ מתוך אותה כתיבה ניתן להתמקד באופן שבו התייחסו המלומדים אל מושג הבעלות: סיגור כתב כי לבעלים זכות לשלוט בקניינו, מה שכולל הדרה של אחרים, העברה וחסינות מפני נטילה או היזק. בעלות היא אגד זכויות. הבעלים אינו בלתי מוגבל ואינו יכול להשתמש בקניין כדי להזיק לאחרים. ניתן לוותר על חלק מאגד הזכויות, ניתן לתפוס זכות קניין בעזרת מושג הבעלות וכן להתקדם ולבחון מתי על הזכות לסגת מפני הסדרה ממשלתית, שאותה ניתן להבין כדרך לניהול זכויות מתגשות. למעשה, רוב הסוגיות הקשורות לקניין נוגעות להתנגשות בין טענות מתחרות.⁵⁵ הונורה הדגיש שבעלות היא טרנזיטיבית: מושא הבעלות הוא תמיד "דבר" במובן המשפטי (res). במובן רחב ולא משפטי כל אובייקט יכול להיקרא "דבר": מאורעות, מצבים, רגשות, פעולות ותהליכים. במשפט, בעלות מכוונת לדברים מוחשיים אך גם לדברים לא מוחשיים: זכות יוצרים, חכירה, רצון טוב, עסק, זכות בפטנט. במקרים אחרים מדברים לא על בעלות אלא על "יש" (having), לא של דבר אלא של זכות: לאדם יש זכות לחירות וזכות לשלמות הגוף, אך אין הן בבעלותו. ברוב מערכות המשפט אדם אינו נחשב לבעלים של גוף, כישורים וכבוד. לכל היותר יש לו זכות פשוטה (simple right) להם, כזו שהחוק מכיר

53 שם, בעמ' 37, 65, 68-70, 87; חנוך דגן "קריאה קניינית: המוסד הקנייני המתחדש של זכות יוצרים" יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים 39, 44-46 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009). דגן כתב כי בישראל של השנים האחרונות מתאפיין בית המשפט העליון בשני קולות קנייניים מתחרים בנוגע לזכות הקניין. מהאחד עולה תפיסה פורמליסטית, מוניסטית וליברטריאנית, ומהאחר עולה תפיסה קלאסיסטית, פלורליסטית וליברלית, המתייחסת לקניין כקטגוריה משפטית מגוונת, פרי יצירתו של אדם שניתן לעיצוב לפי צרכיו והעדפותיו הערכיות. דגן קניין על פרשת דרכים, לעיל ה"ש 52, בעמ' 14-15.

54 ראו: Anthony M. Honore, *Ownership, in PHILOSOPHY OF LAW* 902, 902-903, 905 (Joel Feinberg & Jules Coleman eds., 8th ed., 2008).

55 ראו: SINGER, לעיל ה"ש 51, בעמ' 2-4.

בה אך היא אינה בת-הפקעה או בת-העברה. כלומר, צלילה למונח "דבר" (thing) אינה אומרת לנו אילו אינטרסים נתפסים כבעלות. הונורה הסביר שלא די שמערכת משפט תכיר באפשרות של בעלות אנושית בדברים: נדרשים כללים שמפרטים כיצד בעלות מושגת ונאבדת וכיצד טענות לדבר מדורגות ביניהן.⁵⁶ במובן של פטור או חורגה (exemption) משליטה חברתית בעלות מעולם לא הייתה מוחלטת. התמונה הקניינית הסופית כוללת מערך של מוסדות קשורים, של מורכבות עצומה, שהטוב ביותר הוא להבינה על רקע מודל בסיסי, שהוא בעלות של אדם יחיד, במובן הליברלי המלא, בדבר חומרי אחד.⁵⁷ כל האמור לעיל מבהיר במעט את מורכבותו של הקניין כמושג. מה בדבר הקניין כערך? בטרם נשוב לעברת הגנבה, יש לברר אם מוצדק להחשיב קניין כערך משפטי,⁵⁸ ובהמשך לכך אם מוצדק להחשיבו כערך מוגן בדין הפלילי. שאלה זו מורכבת מאוד ומרמזת על שאלה כללית ומורכבת לא פחות: מהו ערך הראוי להגנת המשפט הפלילי, במובן היותו ערך עצמאי ולא ערך שכל מטרתו לקדם ערך אחר? האם די לנו לומר שעברה מסוימת מגנה על ערך הפרטיות, או שעלינו ללכת לערכים שמקדמת הפרטיות? האם איסור פלילי, או למעשה כל דבר חקיקה שמקדם את חופש הביטוי, מקדם ערך אמתי או שיש ללכת גבוה יותר, "מעל ראשו" של חופש הביטוי, אל הערכים שהוא מקדם? שאלה חשובה זו מצריכה דיון נפרד, רחב ומעמיק, שלא אוכל להיכנס אליו במסגרת חיבור זה.⁵⁹ בהמשך לכך לא אחפור בעומקו של ערך הקניין, שההצדקות העומדות מאחוריו חשובות ומעניינות אך מצויות מעבר לקו העומק של חיבור זה. די שאציין כי כמו ערכי יסוד חשובים אחרים, כדוגמת אלו שהוזכרו קודם (חופש הביטוי והזכות לפרטיות), ערך זה הוא בר-פירוק או בר-חפירה ואינו עומד בפני עצמו אלא כנציג של משהו עמוק, חשוב וטוב יותר. הקניין איננו ערך "עצמאי" (אם בכלל ניתן לטעון שיש ערך שהוא "עצמאי") אלא הוא בר-פירוק לערכים אחרים.⁶⁰

56 ראו: Honore, לעיל ה"ש 54, בעמ' 913–916.

57 שם, בעמ' 921–922.

58 דגן כתב שדיני הקניין הם מנגנון כופה המגובה בכוח מדינתי, ולכן כל היבט שלהם מחייב הצדקה במובן הערכים האנושיים שהוא מקדם. דגן קניין על פרשת דרכים, לעיל ה"ש 52, בעמ' 72. זיף כתב כי דיני קניין מספקים הגנה דרך הדין האזרחי והדין הפלילי מפני פעולה של עוול על ידי מי שאין לו זכות. ZIFF, לעיל ה"ש 50, בעמ' 44.

59 ראו הפללה תכליתית, לעיל ה"ש 44.

60 בהקשר זה האירו רבים את הערכים שעומדים מאחורי הקניין. סימסטר וסאליבן כתבו שיש המגנים על זכויות קניין בדרך של פילוסופיה ליברלית פוליטית: האוטונומיה של האדם מוגדלת כשביכולתו לבחור לעצמו כיצד לנהוג ברכושו, להוציא כסף וכדומה. סיבותיו של החוק להכיר ברכוש אינן רק אינדיווידואליות: בהקשר חברתי זכויות קניין מסייעות לתיאום פעילויות של חברים בחברה ובהגבלת החופש של אזרחים לפלוש זה למהלך חייו של זה. זכויות קניין יכולות להגביר את החירות. מיסוי שולל תפיסה אבסולוטית של שליטה ברכוש, אך ניתן להצדקה על בסיס טיעונים של חלוקה מחדש. במובן כלכלי הכרה שלקטיבית בזכויות קניין מציעה סיכוי לשגשוג כלכלי וכן לדאוג לערכים שהשוק לא יספק. לפיכך מוסדות משפטיים של קניין חייבים להתיישב עם עקרונות זכויות יתר של בעלות וכן עם הצורך להקצות עושר חברתי על בסיס צדק חלוקתי. ראו: SIMESTER & SULLIVAN, לעיל ה"ש 48, בעמ' 440. דגן כתב שמדובר במכשיר משפטי חשוב לקידום חירותם של בני אדם. הוא סקר מגוון הצדקות מקובלות לקניין, ערכים שהמוסדות הקנייניים השונים יכולים לקדם או לשמר: אישיות, עבודה, רווחה מצרפית, קהילה וצדק חלוקתי. הקניין עשוי לקדם את האישיות לנוכח קשר בין עצמיותו של אדם לבין חלק מנכסיו, כאלו שהפכו לחלק ממנו, ל"אני" שלו. הקניין עשוי לקדם עבודה (גיון לוק) שמחברת בינו לבין נכסים שבהם השקיע. הקניין הפרטי עשוי לקדם רווחה מצרפית בדרך טובה מכפי שעושה בעלות משותפת. הקניין עשוי לקדם חיי קהילה באמצעות יצירת חובות כלפי אחרים, והקניין עשוי לקדם גם צדק חלוקתי: צמצום הפערים בין חזקים לחלשים בחברה. ראו דגן קניין על פרשת דרכים, לעיל ה"ש 52, בעמ' 36–55.

בחזרה לעברת הגנבה: סימסטר וסאליבן כתבו כי כללי יסוד (*prima facie*) בנוגע לקניין עולים בדין האזרחי ממגוון סיבות, והדין הפלילי אינו מביט מאחורי כללים אלו אלא נוטל את הבעלות ואת היבטיה כאקסיומה. הדין האזרחי והדין הפלילי חולקים תפיסה בדבר בעלות. הבעלות מקנה מגוון של כוחות לבעלים, במיוחד שימוש והעברה של רכוש והדרת אחרים מפעולות דומות. ללא כוח זה אין בעלות. הדין הפלילי בא להגן על זכויות הבעלות הללו, ולכן עליו להישען על הדין האזרחי. הגנה זו מושגת במגוון עברות שמטילות מחויבות על מי שאינו בעלים, שלא להפריע לכוחות הבעלים. הראשונה שבעברות היא הגנבה.⁶¹ האמירה הפופולרית כי "עברת הגנבה מגנה על הרכוש" נשמעת הגיונית מבחינה אינטואיטיבית⁶² הגם שהיא עשויה להיות מורכבת מכפי הנראה במבט ראשון.⁶³ פלטשר כתב כי דיני הגנבה המודרניים גובלים בהתייחסות לכל שלילה כאל נזק ציבורי. גנבה ומעילה נתפסות כעברות נגד רכוש. לפי התפיסה המודרנית של הדין הפלילי, ההעברה ההולמת של כל פריט רכוש היא עניין לדאגה של הקהילה, והעברה לא ישרה של משאבים מאדם אחד לאחר היא לדידו בבחינת נזק ציבורי.⁶⁴

האם בכלל ראוי שדווקא הדין הפלילי יגן על קניין או על מבנה קנייני? לפני רבע מאה הציע ריצ'רד פוזנר (Posner) ניתוח כלכלי של הדין הפלילי. לפיו, התפקיד העיקרי של הדין הפלילי בחברה קפיטליסטית הוא למנוע מאנשים לעקוף את השוק. עקיפות רבות אינן בנות-הרתעה באמצעות דיני הנוזיקין, דהיינו באמצעות תביעות פרטיות לאכיפת פיזי. פוזנר טען כי מה שנאסר הם מעשים לא יעילים: לא יעיל להתיר העברות של עושר באמצעות כוח טהור. אלא שתפקיד הדין הפלילי הוא בדיכוי

זיף כתב כי דיני קניין משקפים ערכים חברתיים חשובים. הוא הציג טיעונים כלכליים (יעילות), טיעונים תועלתניים, טיעונים בדבר קידום חירות, טיעונים מכיוון אישיות, התפתחות מוסרית והאופי האנושי, טיעונים הנוגעים לעבודה וגמול, טיעונים הנגזרים מחזקה/בעלות (occupancy) ולבטוף הסבר פלורליסטי. ראו: ZIFF, לעיל ה"ש 50, בעמ' 8, 11–38. כן ראו: SINGER, לעיל ה"ש 51, בעמ' 13–15. למבט ביקורתי היסטורי על מושג הקניין בכלל ועל הקשר שבינו לבין עברות רכוש בפרט ראו את פרק 3 לספר שאליו התייחסתי בפרק הראשון: NICOLA LACEY & CELIA WELLS, RECONSTRUCTING CRIMINAL LAW – TEXT AND MATERIALS (2nd ed., 1998)

61 ראו: SIMESTER & SULLIVAN, לעיל ה"ש 48, בעמ' 441. בדומה לזה כתב סמית' כי חוק הגנבה צריך להתפס במסגרת כללי הדין האזרחי המושלים בבעלות בקניין והעברתו. כדי שתהיה גנבה, נדרש שיהיה בזמן הנטילה אינטרס ברכוש: בעלות, חזקה, שליטה או אינטרס אחר. כל אלו הם עניינים של משפט אזרחי, שעל הדין הפלילי לשקף או למצער לא לסתור. ראו: SMITH, לעיל ה"ש 49, בעמ' 85.

62 סמית' כתב כי בהקשר של גנבה החוק מבקש להגן על אינטרסים של קניין ולא לאכוף מחויבויות אישיות טהורות. קניין הוא מוסד מרכזי בחברה, והגנה על זכויות קניין היא מטרה ראשית בשביל המדינה. הדין הפלילי הוא אחד המכשירים לכך. שם, בעמ' 5–7.

63 סטיוארט ערך ניתוח כלכלי לעקרון הנזק וכתב כי נזק הוא הקצאה לא יעילה של משאבים. את דבריו המחיש בנושא עברת הגנבה: יש להביט מעבר להעברה הספציפית בין הגנב לבעלים ולשאול כיצד כלל משפטי הגנה על הרכוש ישפיע על התמריצים לחלוקת משאבים. אם החזקת רכוש לא הייתה מוגנת בכללים משפטיים יעילים, אז לכולם היה תמריץ לקחת כל מה שהם רוצים ולבזבז משאבים בהגנה על מה שכבר לקחו, עד לנקודה שבה הערך השולי של הדבר האחרון שנלקח היה שווה לערך השולי של ההגנה עליו. סביר להניח שמשטר כזה היה מוביל לכך שהטובין של כולם יהיו מעטים במשטר שמגן על הקניין באמצעות כלל משפטי פומבי, משום שהראשון יביא לנטילה רבה יותר ולהגנה רבה יותר על רכוש, לעומת השני. לפי הגישה הכלכלית לזכויות קניין, אין משמעות נורמטיבית לאקט של גנבה כשלעצמו; אין עוול עקרוני שכרוך בנטילת רכוש של אחר. ראו: Hamish Stewart, *The Limits of the Harm principle*, CRIM. L. & PHIL. 17, 20–22 (2010).

64 ראו: George P. Fletcher, *The Metamorphosis of Larceny*, 89 HARV. L. REV 469, 473–474 (1976).

עקיפת שוק מעומעם – שהעסקאות בו, שאותן הפושעים עוקפים, בדרך כלל אינן עם הקרבן. אדם גונב את מכונית לא משום שהוא מעוניין בה ספציפית אלא כדי למכור אותה ולהשתמש בכסף לרכישת טובין מאנשים אחרים. מה שהפושע עוקף הוא החילופין של עבודתו תמורת כסף במקצוע חוקי.⁶⁵ האם די לומר שעברת הגנבה מגנה על רכוש, או שמא אמירה זו יוצרת פער בין הרציונל המוצע של הגנת רכוש לבין היסודות של עברת הגנבה? זיהוי הפער כאמור חשוב הן במובן רחב יתר של הערך המוגן על ידי היסודות, שאז הערך אינו מוגן היטב על ידי העברה, אינו מכוסה לחלוטין על ידיה, הן במובן של צרות יתר של הערך המוגן למול היסודות, שאז העברה נפרסת גם על מקרים שאינם כרוכים בפגיעה ערכית. דומני שאכן יש פער ניכר.

רוחב יתר: קיימות פגיעות רבות מאוד ברכוש שאינן מוגנות בעברת הגנבה ואף כאלו שאינן שייכות, מבחינה המצב המשפטי הקיים, לזירה הפלילית אלא לזירות אחרות. כלומר, הנחה כי עברת הגנבה באה כדי להגן על רכוש מייצרת רציונל שהפער בינו לבין יסודות העברה הוא עצום "לטובת" הרציונל: הרציונל מכסה מקרים רבים שאינם מכוסים בעברה. הדוגמאות מרובות, אינן סופיות כמעט: הפרת הסכם (דיני חוזים), היזק לנכס (נזיקין), הפקעה (משפט מנהלי), הלנת שכר (דיני עבודה), פגיעה ברכוש בבית משותף (דיני קניין), גביית כסף מהאזרח (דיני מסים), תשלום מזונות (דיני משפחה), התערבות כלכלית בניהול חברה (דיני תאגידים), הוצאות משפט (סדרי דין) ועוד. "שמירה על רכוש הזולת", הגנה על "רכושו של אדם", "על האינטרס הרכושי", "על הקניין של הבעלים" או על "מכלול עושרו של אדם ומצבת נכסיו" (כפי שתוארו בפרשות ברזל, הרנוי, רויטמן, נרקיס, יקירביץ' ופרי) אינן מצדיקות את עברת הגנבה, לפחות לא לבדן. רכוש הזולת נפגע כדבר שבשגרה והפגיעה האמורה מטופלת, כדבר שבשגרה, בענפי משפט אחרים. גם בתוך דיני העונשין קיימות עברות רבות המגנות על רכוש בנפרד מעברת הגנבה. למשל: התנהגויות המצויות בחוק העונשין תחת הסימן "עברות מעין גנבה": הסתרת צוואה, לפי סעיף 395; הסתרת שטר קניין, לפי סעיף 396; הונאה במחצבים, לפי סעיף 399. כך גם עברות רכב שונות: חבלה במזיד (ברכב), פריצה לרכב ושינוי זהות של רכב, לפי סעיפים 1413 ו-1413ט, בהתאמה. כך גם עברות הנוגעות לבעלי חיים: היזק לבעל חיים והדבקת בעל חיים במחלה מידבקת, לפי סעיפים 451 ו-457 לחוק, בהתאמה.

צרות יתר

מה באשר לפער הפוך? האם קיים פער "לטובת" העברה לעומת הרציונל? התשובה תלויה בשאלה נוספת: אם "פגיעה ברכוש" היא מופשטת או קונקרטית. אם אנו תופסים כל מגע לא מורשה ברכוש כפגיעה בו – בין שהוא כולל הפרעה ממשית לבעלים ובין שלא – הרי שקשה למצוא פער כזה (למעט אולי מקרה של גנבה מידי גנב – שכיום נכנס לעברת הגנבה אף שלא ברור כיצד פוגע בזכות הקניין). אך דומני שזו אינה תפיסה ראויה, בהיותה רחבה מדי, והיא תגדיל עוד יותר את הפער העצום שצוין קודם לכן. אם נתפוס פגיעה ברכוש כפשוטה, כפגיעה קונקרטית ממשית בפלוני שהוא בעל הרכוש, הרי שיהיה ניתן למצוא פער "לטובת" העברה הן כשמדובר בגנבה הקלאסית והן כשמדובר בגנבה בידי נפקד. כאשר אדם נוטל ללא הרשאה את רכושו של אחר ומתכוון לשלול אותו שלילת קבע, אך אינו שולל אותו כאמור, אפשר שהפגיעה באינטרס הרכושי תהיה קטנה עד לא קיימת. אדם שנוטל נכס של

65 ראו: Richard A. Posner, *An Economic Theory of the Criminal Law*, 85 COLUM. L. REV. 1193, 1195– (1985).
1196 (1985).

אחר ומפקיר אותו לאחר זמן קצר עשוי לגבש את יסודות עברת הגנבה גם אם הנכס יימצא בקרבת מקום, וגם אם לא נגרמה לבעל הרכוש כל טרדה ורכושו הושב בטרם נזקק לו. זאת משום שלהבדיל מגרסת פלר (כמתואר בפרק הקודם), ובדומה לגרסת קרמניצר, עברת הגנבה אינה עברת תוצאה כלל, ואין צורך בתוצאה בשטח לשם התגבשותה.⁶⁶ "שלילת קבע" איננה תוצאה אלא יסוד נפשי, כעולה בבירור מלשון הסעיף, מההיסטוריה של העברה ומהמשפט המשווה. אדם שנוטל מחברו נכס ללא רשות, מכלה את הנכס (כסף מזומן או מצרך) או מקלקל אותו (אביזר שאינו ייחודי) אך דואג להחלפתו – אינו בהכרח גורם לחברו כל פגיעה רכושית ניכרת אלא לכל היותר פוגע בערך מופשט עמום, וגם בכך איני בטוח. מה שנכון באשר לגנבה הקלאסית ודאי נכון באשר לעברת הגנבה בידי נפקד: מי שקיבל לידי נכס ברשות וכילה או קלקל אותו ללא רשות, אך בהמשך הדרך דאג להחליפו או לפצות תמורתו באופן שמפיס את לכו של הבעלים, מקיים את יסודות העברה אך לא את הרציונל של פגיעה קונקרטית ברכוש.

אם כן, התשובה "רכוש" או "קניין" אינה מספקת מענה שלם וברור לשאלת הערך המוגן בגנבה. אך אפשר שמהו בתוך ה"קניין" ייתן תשובה מדויקת יותר: החזקה.

2. הגנת החזקה

גם ה"חזקה" היא לכאורה בעלת ערך, ולא בכדי החוק הישראלי מגן גם עליה. למשל, סימן ב' לחוק המקרקעין, התשכ"ט–1969 עניינו "הגנה על הבעלות והחזקה", והוא כולל סעיפים שונים המגנים על המחזיק, גם כשאינו הבעלים. כלומר, לכאורה גם החזקה ראויה להגנה אף שאיננה בעלות. מה הקשר בין השתיים? הונוורה הסביר כי הזכות להחזיק, לשליטה פיזית בלעדית בדבר, היא הבסיס למבנה העל של הבעלות. ניתן לחלקה לזכות או טענה להיות מוצב בשליטה בלעדית בדבר ולזכות להישאר בשליטה: מניעת התערבות של אחרים. אם מערכת משפט לא תספק חוקים והליכים להשגת מטרות אלו, אי אפשר לומר עליה שהיא מגנה על בעלות. הדרת אחרים ממה שמחזיקים היא אינסטינקט שמצוי אפילו אצל תינוקות וחיות. לבעלים יש שלל תרופות כדי להשיג את מה שהיה בבעלותו, לשמור עליו ובמידת הצורך לקבלו בחזרה. חזקה אינה זהה לזכויות אחרות שנובעות מהבעלות, כמו הזכות להשתמש, הזכות להכנסה, הזכות לנהל ועוד.⁶⁷ גם סמית' כתב כי חוק הגנבה מגן אף על אינטרסים

66 אלא אם נלך בגישת שפירא, שלפיה כל עברה היא תוצאתית, באשר דבר מה קרה בעולם. שפירא תקף את עמדת פלר בדבר סיווג עברות (עמדה שהוזכרה בקצרה בפרק הקודם). לדידו, ההבחנה בין עברה תוצאתית להתנהגותית היא מיותרת, שגויה ומטעה בשיטתיות: כל העברות הן תוצאתיות, משום שאי אפשר לזהות מעשה בעל קיום מחוץ לתודעה אלא באמצעות השפעתו הסביבתית על העולם. ראו רון שפירא "מבנה היסוד העובדתי של העברה" מגמות בפלילים: עיונים בתורת האחריות הפלילית 113, 130, 142 (אלי לדרמן עורך, 2001). גישה זו אינה בלתי משכנעת, אלא שהיא גם אינה משנה את השורה התחתונה בקשר לעברת הגנבה. בין שנקרא לה עברה תוצאתית או התנהגותית, ניתן לגבשה גם ללא נזק רכוש, שאינו בבחינת יסוד פורמלי בעברה.

67 ראו: Honore, לעיל ה"ש 54, בעמ' 905–906. הונוורה ביאר כי הזכות להשתמש נוגעת לשימוש של הבעלים ולהנאה מהדבר. הזכות להכנסה מהדבר מתקשרת גם לשימוש. הזכות לנהל היא הזכות להחליט כיצד ובידי מי יהיה הדבר בשימוש וכוללת את הזכות להרשות לאחרים. הוא המשיך ופירט את המשמעות של רכיבי הבעלות הסטנדרטיים האחרים (incidents) וכתב שכל אחד מהם יכול לחול גם על מחזיק אינטרסים פחותים בקניין. שם, בעמ' 907–911.

שונים מבעלות, לרבות חזקה, שהיא שליטה בדבר, לצד מידה מסוימת של כוונה להחזיק.⁶⁸ אך מדוע להגן על החזקה? קודם לכן דיברנו על "קניין" (או "רכוש"), שמבחינה אינטואיטיבית נראה חשוב ומתקשר יותר מכול ל"בעלות". החזקה כזכות היא משהו אינטואיטיבי פחות באופן כללי ובוודאי בקשר לגנבה.⁶⁹ שאלת "שורש ההצדקה", ההצדקה העומדת מאחורי ההצדקה, זועקת: מהי ההצדקה לזכות החזקה שבתורה כביכול מצדיקה הפללה של גנבה? כלומר, שוב עולה שאלה של יסודיות ושל עומק.

מה שכתב השופט גולדברג בעניין מונח החזקה בפרשת גולדין (1995) אינו יכול להועיל לנו. כזכור, הוא הסביר שזהו מונח מגוון שעשוי לכוון לרכיב התנהגותי של העברה (כגון החזקת סם), לנסיבה המאפשרת שליחת יד, ובעברת הגנבה – לערך מוגן. החזקה מורכבת מהשליטה, שהיא היכולת לקבוע את גורל הנכס. כשהחזקתו של חפץ היא התנהגות אסורה, נדרשת שליטה בלעדית. מנגד, בעברת הגנבה החזקה היא רכיב נסיבתי שיש לפרשו בהרחבה כדי שיכסה כל שליטה המאפשרת לבצע אקט הגורע מנכסי הזולת.⁷⁰ דברי גולדברג אינם מאירים את הדיון הנוכחי, באשר הוא פירש את מונח החזקה כחלק מיסודות העברה ולא כחלק מהערך המוגן.

מדוע להגן על החזקה? האם כדי לשמור על הסדר החברתי והביטחון? אם זה כל העניין, וייתכן שכך היה בהיסטוריה הרחוקה של הגנבה, הרי שבנוגע לגנבה ערך החזקה אינו ערך כלל כי אם מכשיר להשגת ערך אחר – הסדר הציבורי. ומה שמתגלה כמכשיר גרידא אינו יכול להיות הצדקה וערך מוגן אלא לכל היותר יסוד בעברה. החוק הישראלי מבסס את עברת הגנבה בידי נפקד דווקא על החזקה כדין. כלומר, האיסור איננו מתאר פגיעה בהחזקה אלא דווקא החזקה כסטטוס שבו מצוי הפוגע לפני התנהגותו הפוגעת. לפיכך נדמה שאפשר לשלול את החזקה כערך המוגן, כפי שיתבטא בהמשך הניתוח, בדיון בצרות היתר של הרציונל המוצע האמור. ובכל זאת: אפשר שהחזקה מוגנת משום שהיא דרושה לשם אותם ערכים שמקדם הקניין באופן כללי. סינגר כתב שלעתים קרובות נטען בצדק ש"חזקה היא תשע עשירות מהחוק", ושכללים רבים מגנים על חזקה, במקרים מסוימים אפילו

68 ראו: SMITH, לעיל ה"ש 49, בעמ' 94.

69 הגונב מגנב פטור? לא ולא. סמית' כתב כי זו גנבה לגנוב מגנב. אסור לגנוב גם ממוצא. גם הבעלים יכול לגנוב, משעה שמסר זכויות מסוימת בנכס. ראו שם, בעמ' 96. מדוע למעשה אסור לגנוב מגנב? איזה אינטרס חברתי זוכה לשירות במצב שכזה? ניתן לומר כי זכות החזקה זוכה להגנה במצב שכזה. אך יש לשאול: מה בכך? מה תועלת יש בזכות החזקה במצב שכזה? ניתן גם להשיב שהסדר החברתי זוכה להגנה. זו כמובן תשובה שמצריכה דיון עצמאי, שיגיע בהמשך.

70 ע"פ 6350/93 מדינת ישראל נ' גולדין, פ"ד מט(4) 1, 44–45 (1995). הניתוח של גולדברג התבסס בין היתר על הניתוח שערך השופט (כתוארו דאז) ברק בפרשת הוכשטט למונח החזקה, עת קבע כי "החזקה" (possession) היא מושג מפתח בכל שיטת משפט, ציר מרכזי בדיני חוקה, קניין, נזיקין, עונשין ושאר ענפי המשפט. ברק כתב כי ככל שעולה חשיבות המושג, רב חוסר הבהירות במהותו של ביטוי מעומעם ובעל רקמה פתוחה זה. אין למונח זה משמעות כוללת אלא הוא תלוי-ענף משפטי. בהמשך כתב ברק על החזקה הנסמכת על שליטה: יכולת העשייה הפיזית בנכס בפועל, להבדיל מזכות משפטית. אותה שליטה כוללת יסוד פיזי, של מידת הזיקה הפיזית לנכס, ויסוד נפשי, של מידת המודעות או הרצון לשלוט בנכס או להחזיק בו. לגישתו, החזקה מצריכה שליטה בלעדית. ברק התייחס גם להחזקה הקונסטרוקטיבית, החזקה מכוח פיקציה, מכוח ידיעה והסכמה להחזקה בנכס. ראו ע"פ 250/84 הוכשטט נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 813 (1986). עמדתו של ברק בפרשת הוכשטט הייתה דעת מיעוט, אך אומצה בהמשך בפסיקה: ע"פ 1478/91 מדינת ישראל נ' רובכשי, פ"ד מו(1) 829 (1992). לאחר תיקון 39 ועד היום עמדה זו מעוגנת בסעיף 34כד לחוק העונשין, סעיף ההגדרות.

מהבעלים; לדידו ניתן להצדיק את ההגנה על חזקה במובנים של זכויות ושל יעילות.⁷¹ אך גם זכויות ויעילות מתפרקות במהרה לערכים אחרים שערך הקניין משרתם. ואם כך, מדוע לדבר על החזקה כערך ולכוון לערך הקניין?

החזקה היא זכות מצומצמת מזכות הבעלות במובן שהבעלות כוללת זכויות נוספות שאינן חזקה. מנגד, החזקה רחבה מהבעלות במובן קיומה גם במצבים של היעדר בעלות, למשל החזקה ברשות בנכס של אחר. האם עברת הגנבה מגנה על החזקה? תשובה זו עלתה בקצרה בפרשת גולדין, הגם שבהמשך פסק הדין כתב השופט גולדברג כי העברה מתמקדת בחלל שנוצר בעקבותיה. ככתוב בפרק הקודם, גם קרמניצר כתב שעברת הגנבה מגנה על החזקה מפני הסתערות ומגנה על החזקה כאחד מהיבטיה המרכזיים של הבעלות, ואף לדרמן ציין שמקובל לסבור שעברת הגנבה מגנה על החזקה. האם התשובה האמורה טובה מקודמתה, בהציעה רציונל שאינו רחב מדי או צר מדי לעברת הגנבה? דומני שהגנה על זכות החזקה אינה יכולה לספק רציונל מדויק לעברת הגנבה, בגין רוחב יתר וצרות יתר.

רוחב יתר

האם קיימים מקרים שבהם נפגע הרציונל – זכות החזקה – בלי שמתקיימים יסודות עברת הגנבה? בוודאי. מי שפולש לביתו של אחר פוגע בזכות החזקה שלו, אך לא יתויג כגנב. במקרים מסוימים הוא עלול להיות מתויג פלילית. סעיף 447 לחוק העונשין אוסר על הסגת גבול כדי לעבור עברה. גם עברות אחרות לכאורה מגנות על החזקה: למשל, סעיף 458 לחוק, שכותרתו "פגיעה בסימן גבול בכוונה להונות". דיני הקניין מטפלים במצבים שונים של פגיעה בחזקה בצורת פלישה לבית. בדומה לזה, מי שנוטל נכס מחברו ללא רשותו מתוך כוונה מלאה להשיב לו את אותו נכס בדיוק – גורע מזכות החזקה שלו, אך לא ייקרא גנב. עברת השימוש ברכב ללא רשות מעוגנת בסעיף 413ג לחוק העונשין: "הנוהג, משתמש או מעבר ממקום למקום, רכב ללא רשות מבעליו, ונוטש אותו במקום ממנו נלקח או בסמוך אליו, דינו – מאסר שלוש שנים; עושה כן ונוטש את הרכב בכל מקום אחר, דינו – מאסר חמש שנים". הרישה מגנה על זכות החזקה, ואילו הסיפה מלמדת שאפילו נהיגה ברכב ונטישתו אינן בהכרח מגבשות את עברת הגנבה הבסיסית בעיני המחוקק.⁷² הדברים נכונים גם כשמדובר בעברה המתוארת בסעיף 401 לחוק, שכותרתה "גנבת כלי שיט או כלי טיס", אך בהגדרתה אף היא עברה של שימוש ללא רשות. גם מי שהתחייב בחוזה למסור נכס במועד מסוים לחזקתו של אחר ולא עשה כן, ייתכן שפוגע בזכות המשפטית החוזית לחזקה, אך לא יכונה גנב אלא יטופל על פי דיני החוזים או דיני הקניין.

צרות יתר

האם קיימים מקרים שבהם מתקיימים יסודותיה של עברת הגנבה בלי שנפגעת זכות החזקה? בהחלט. אם עברת הגנבה באה להגן על החזקה, להבדיל מהגנה כללית על רכוש, קל למצוא מקרים שבהם

71 סינגר השעין את החזקה על תאוריות כלליות שעומדות מאחורי ערך הקניין: תאוריית העבודה של לוק, תאוריות בדבר אישיות וטיפוח עצמי, תאוריות בדבר יעילות, ציפיות מוצדקות ולבסוף צדק חלוקתי. ראו: SINGER, לעיל ה"ש 51, בעמ' 16–19.

72 וראו גם את סעיף 413ב שכותרתו "גנבת רכב": "הנוטל רכב ללא רשות מבעליו, והוא מעברו למקום אחר או לאדם אחר בנסיבות המצביעות על כוונה שלא להחזירו לבעליו, אף אם עשה כל אחד מאלה על-ידי אחר, דינו כדין גונב רכב".

עברת הגנבה אינה יכולה למלא את תפקידה ולהגן על החזקה כלל. אין אלה מקרים שוליים ומעטים כי אם רוב מקרי הגנבה שנדונו בבית המשפט העליון בישראל, וכאלו שאתגרו את בתי המשפט האנגליים והביאו להרחבת היקפה של עברת הגנבה עד לבלוי די. כוונתי לגנבה בידי מורשה, נפקד או סוכן. כזכור, בפרק ההיסטורי ראינו כיצד הלכה עברת הגנבה והתרחבה אל מעבר לגבולותיה המקוריים. בתי המשפט האנגליים נאלצו, או בחרו, לפרש בהרחבה את היסוד "נטילה מסיגת-גבול" וקבעו כי הוא מתקיים גם בשעה שהנוטל קיבל לידיו את הנכס מהבעלים. כיום בישראל העברה המרכזית של גנבה בידי נפקד מחליפה את רכיב הנטילה ברכיב של שליחת יד תוך כדי החזקה כדין. איך ניתן לדבר על ערך מוגן של החזקה כאשר הגנב עצמו קיבל חזקה כדין? יתרה מזאת: ייתכן שעודנו מחזיק כדין, כאשר סטייה מהנחיות המפקיד אינה בהכרח הופכת את החזקה לכזו שאינה כדין. הפעולות הלא מורשות בנכס הן אלו שאינן כדין ולא החזקה כשלעצמה. הפעולות הללו אינן פוגעות בחזקה אלא בבעלות. דומני שהמהלך שעשו בתי המשפט האנגליים לא נועד להגן על החזקה כלל אלא דווקא על רכוש. התפיסה דאז הייתה שיסודות העברה כוללים שלילה מסיגת-גבול (או בלשון קרמניצר, התקפה ברוטלית או הסתערות) של החזקה. מי שהחזיק כדין היה חסין מהעמדה לדין: חסינות החזקה (possessorial immunity). הבלדר עלום השם אך המפורסם קיבל כדין את החבילות מידי הסוחר ובהמשך פתח אותן ונטל את תוכנן שלא כדין. פיר קיבל את סוסו של פיניץ כדין ורכב עליו אל השקיעה שלא כדין. צ'יסר נטל את התהליך של מדידת עניבות למחוזות רחוקים, אך את החזקה בעניבה עצמה דווקא קיבל כדין. בתי המשפט התמודדו עם התנהגויות מכוערות אלו על פי דוקטרינה קיימת של עברת הגנבה. השופטים לא התעניינו בהגנה על החזקה; הם פשוט פירשו את המונח פירוש רחב כדי לתפוס ברשת הפלילית את שלושת הטיפוסים המפוקפקים. לפי הפרשנות שנתנו למונח החזקה, רעיון החזקה הקונסטרוקטיבית, אדם מחזיק ברכושו גם בשעה שמסר אותו זמנית לידי אדם אחר, או בשעה שהרכוש מצוי בשליטתו משום שהוא נגיש לו ללא מאמץ רב. רעיון זה הוא פיקציה משפטית. ייתכן שהיא נבונה ומוצדקת במקרים מסוימים, אך היא עדיין פיקציה, במובן שהיא מחדשת למציאות, לשפה היום-יומית וכמובן למשפט. החזקה קונסטרוקטיבית אינה החזקה רגילה, כי אילו הייתה כזאת, לא הייתה היא מבנה משפטי נחוץ, וספק רב אם הייתה ערך מוגן עצמאי. כשאדם מפקיד נכס בידי חברו, הכותרת המדויקת ביותר לתיאור מה שנתר בידי המפקיד היא "בעלות" ולא "החזקה קונסטרוקטיבית". בעלות מתאימה יותר מהחזקה כדי לתאר את שנפגע כשהנפקד סוטה מהוראות ההפקדה וממטרות ההרשאה. החזקה קונסטרוקטיבית היא רעיון משפטי, ובהקשר של עברת הגנבה היא מכשיר שנוצר כדי שהרשת של עברת הגנבה תיפרס רחב מספיק כדי לתפוס את מי שלא היה בר-תפיסה על פי איסורים קיימים אחרים. מהלך שכזה אינו חריג במשפט הפלילי, ולמרבה הצער הוא אף תדיר למדי. זהו מהלך של הרחבת הלשון ומתיחתה כדי שנאשם פלוני לא יחמוק מאימת הדין. מהלך כזה ננקט בבתי המשפט בשעה שאין עברה מתאימה אחרת,⁷³ בשעה שהתביעה ערכה בחירה מסוימת בעברה או במערך עובדות, והמסגרת הדיונית מקשה מעבר לדין בעברה או במערך עובדות הולמים

73 כך באשר להתמודדות המשפט המקובל עם יסודות עברת הגנבה. ואצלנו, ראו את פרשת אש"ד המפורסמת, הנוגעת לעברה הידועה לשמצה "היזק ציבורי" מפקודת החוק הפלילי, 1936: ע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח(1) 785 (1954). עברה זו הפכה בהמשך ל"תקלה ציבורית" בחוק העונשין ונפחה נשמתה רק בשנת 2008.

יותר או מונעת את המעבר, ⁷⁴ או בשעה שביית המשפט סבור שלפניו סוג מקרים חדש שראוי לחסות תחת כנפי עברה מסוימת גם אם בעבר לא חסה כאמור. ⁷⁵

ככל הכבוד למהלכים שיפוטיים אלו של פרשנות מילולית רחבה ותכליתית בפלילים, ועל מידת הכבוד ניתן להתווכח, ⁷⁶ אין הם הופכים את היוצרות. העובדה שמפרשים בהרחבה את המונח "החזקה" כדי להרשיע נוכלים כמו הבלדר, פיר וצי'סר אין פירושה שעושים כן בשם ערך החזקה. עצם הצורך בפרשנות רחבה של יסוד בעברה מעיד כי יסוד זה כפשוטו אינו הערך שעומד מאחורי העברה במקרים המדוברים. פרשות הבלדר, פיר וצי'סר ייצגו סוג חדש של עבריינות, שעמו היה ראוי להתמודד לאו דווקא בבתי המשפט בלבד. אלא שהכנסת סוג חדש של עבריינות לתוך עברה דוקטרינרית קיימת פירושה כי הדוקטרינה גברה על התאוריה והביסה את ההצדקה, שלמעשה נכתבה מחדש, מבלי משים אולי. לא עוד הגנה על החזקה: פרשנות רחבה של החזקה כדי להגן על משהו אחר. ואם כך, על מה כן??

זכור, בית המשפט העליון כתב שבנוגע לגנבה על ידי נפקד המטרה היא להגן על "יחסי האמון המיוחדים" שבין המפקיד לנפקד (למשל פרשות רויטמן, נרקיס ויקירביץ'). דברים דומים כתב ביין, וגם מן הדגיש את עניין האמון. האם האמון הוא הערך המוגן בעברת הגנבה?

3. הגנת יחסי אמון

יחסי אמון אינם נראים רלוונטיים במיוחד לגנבה הקלאסית, לפחות לא כפשוטם, ולא נתקלתי באמירה אחרת מצד בית המשפט העליון בישראל. שאלת האמון עולה בעניין הגנבה בידי נפקד. כפי שכתב פלטר, הנזק במה שנתפס בהמשך כמעילה נחשב באופן מסורתי כהפרת אמון, כלומר נזק ליחסים, בעיקר ליחסי עובד-מעביד. ⁷⁷ במקום נטילה מסיגת-גבול או נטילה ברוטלית אחרת בגנבה הקלאסית, הגנבה בידי מורשה עוסקת בשליחת יד בנכס שבאותה עת מוחזק כדין. כלומר, יש כאן פגיעה ברכוש, כמו בגנבה הרגילה, אך בדרך שונה לגמרי. אין כל אפשרות משכנעת לדבר על רציונל של פגיעה בחזקה, כאמור לעיל, באשר החזקה עצמה היא כדין. לכן מועלה הרציונל של פגיעה ביחסי אמון לצד הרציונל של הפגיעה הרכושית ובמצטבר לו. איש אינו טוען שהפגיעה באמון כשלעצמה היא הרציונל. האם הרציונל המשולב של פגיעה רכושית בידי איש אמון, שהוטעם אך לאחרונה בדיון הנוסף בעניין פרי, ⁷⁸ הולם היטב את מידותיה של עברת הגנבה בידי מורשה? או שמא קיימים מקרים שבהם פגיעה

74 ראו את בחירת התביעה להאשים את אהרן משולם על מעשי האיום שביצע בארצות הברית דווקא ולא על אלו שביצע בישראל. בחירה זו, נוסף על רצונו של בית המשפט שלא יצא חוטא פטור, הביאה ליצירת הפסיקתית המפורסמת בדבר העברה רבת הפריטים. ראו: דנ"פ 4603/97 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 160 (1998).

75 דוגמה למהלך שכזה עולה מדנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן (פורסם בנבו, 2.3.2009), שהוזכר בקצרה בפרק הקודם. אשוב בהמשך לפרשה זו, החשובה לשם המחשתם של עקרונות הפרשנות של האיסור הפלילי בישראל של ימינו, עקרונות שבתורם כמובן חשובים ליסודות עברת הגנבה.

76 ראו את ביקורתו הנוקבת של סנג'רו: בועז סנג'רו "פרשנות מרחיבה בפלילים?!" עלי משפט ג 165 (2003).

77 ראו: Fletcher, לעיל ה"ש 64, בעמ' 474.

78 דנ"פ 2334/09 פרי נ' מדינת ישראל, פס' 91, 97 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 23.5.2011). מנגד ראו את פרשת מרקדו, שבה כתב השופט גולדברג כי במוקד העברות שעניינן גנבה בידי נפקד מצויה ההגנה על אינטרס רכושי, והפרת חובת הנאמנות לציבור היא אך נסיבה מחמירה נספחת.

כזו אינה נחשבת גנבה, כלומר הרציונל צר מהיסודות? ואולי קיימים מקרים שמבחינת היסודות נחשבים גנבה בידי מורשה הגם שאינם כוללים פגיעה בערכים הללו?

רוחב יתר

פגיעה ברכוש על ידי איש אמון אינה בהכרח דבר נדיר או דבר שנחשב גנבה, למשל אדם שנוטל מיידו או מבן משפחתו נכס כלשהו ברשות וגורם לו נזק במכוון או במודע. האם שווי הנכס מברדיל בין מצב כזה לבין גנבה בידי מורשה? או שמא אין מדובר ביחסי אמון באופן כללי אלא במערכת יחסים מסוג מסוים? ואולי כוונת החוק להתייחס לאמון עסקי בלבד? אפשר שמערכות היחסים שהנביעו את הפרשות שנדונו בהקשר זה בבית המשפט העליון מרמזות שכך: אלו נגעו במערכות יחסים בין לקוח לבין בעל מקצוע (עורך דין, בנקאי, אדריכל ועוד) ובין בעל מקצוע לבין מקום עבודתו (פרופסור ואוניברסיטה, רופא-מנתח ובית חולים ועוד). אם אכן זהו המצב, כי אז יש לתהות אם אמנם אמון זה מצריך את הגנת המשפט הפלילי, ומדוע אמון אחר אינו מצריך הגנה שכזאת. במה שונה פגיעה רכושית בהפרת אמון שכזו מפגיעה רכושית של מי שחתם על חוזה בלי כוונה לקיימו? הרי גם כאן מגולמת פגיעה רכושית במסגרת יחסי אמון מתהווים או נמשכים. במה שונה פגיעה רכושית מפרת אמון של בעל מקצוע שמזלזל בשירות שהוא נותן ללקוח מפגיעה רכושית מפרת אמון של בעל מקצוע שמשתמש לצרכיו ברכוש הלקוח? כל אלו שאלות שמצריכות תשובה. כמסקנת ביניים דומה שקיימים מקרים שבהם פגיעה ברכוש על ידי איש אמון אינה נחשבת גנבה. כלומר, עברת הגנבה אינה חופפת את הפגיעה הרכושית הקונקרטי על ידי איש אמון. גם התנהגויות שונות המצויות בחוק העונשין תחת הסימן "עברות מעין גנבה" עשויות לבטא פגיעה קניינית על ידי איש אמון. למשל, העברה של "הסתרת פנקס", המתוארת בסעיף 394, מתייחסת לקניין ומתקשרת במשתמע להפרת חובת אמון.

צרות יתר

האם קיימים מקרים שבהם מתקיימים יסודות עברת הגנבה בידי מורשה בלי שנפגעים צמד הערכים המוגנים שהוזכרו קודם, יחסי אמון והאינטרס הרכושי? דוגמה למקרה כזה עולה כשבעל האמון השתמש ברכוש לשימושו שלו, אך בהמשך דאג לשקמו או להחליפו במידה שאינה פוגמת ברצון הבעלים, אם זה נתן הסכמה מאוחרת. אמנם הפסיקה הבהירה שוב ושוב כי הרשאה בדיעבד מטעם בעל הרכוש אינה מספקת. אבל יש סיבה טובה לתהות מדוע לא: במצב שכזה האינטרס הרכושי המוחשי לא נפגע, להבדיל מאינטרס מופשט כלשהו,⁷⁹ ואפילו הערך הקונקרטי של יחסי האמון לא סבל פגיעה של

ראיה לכך מצא גולדברג בשיבוץ עברות אלו בפרק של "פגיעות ברכוש" ולא בזה שעניינו 'עברות בשירות הציבורי וכלפיו'. ראו: ע"פ 8710/96 מרקדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 481, 503–504 (1997).
 79 וכאן יש פתח לוויכוח בשאלת הנזק העיוני ואם הוא ראוי להגנה. עולה השאלה "מהו נזק?" ושאלת הבת "האם סיכון בנזק הוא נזק כשלעצמו?" אלו שאלות מורכבות ביותר שאין באפשרותי להיכנס אליהן כאן. לגישה שלפיה סיכון בנזק הוא נזק עצמאי ראו: Claire Finkelstein, *Is Risk a Harm?*, 151 U. PA. L. Rev. 963 (2003). אחד השינויים שהציע קרמניצר בעברת המרמה היה להעביר את המוקד מהמרמה אל הקרבן ולהתמקד לא ברווח לראשון אלא בנזק הרכושי לאחורון. במסגרת זאת פירש את המונח "רכוש" ואף דן בשאלה אם סיכון לרכוש הוא נזק לרכוש. הוא עצמו גרס שלעתים חייבים להכיר בסיכון לרכוש כנזק רכושי, אלא שיש לזהות הרעה של המצב הכלכלי הקיים, כמו פסק דין שניתן להוציאו לפועל. ראו המרמה הפלילית, לעיל ה"ש 3, בעמ' 168–171.

ממש, באשר ניתנה הרשאה חרף שליחת היד. פרשת פרי ממחישה את חשיבות הדיון האמור: האם יכול אדם לגנוב כשהוא נוטל סכום שיועד לו עצמו, לשימוש מסוג מסוים, ומשתמש בו לצורך אחר? והאם בנסיבות שבהן הושגה המטרה שלשמה נמסר הכסף, זכיית הלקוחות ברנטות, ניתן לדבר על גנבה? אילו אינטרסים רכושיים של הבעלים נפגעים במצבים שכאלו? גם השילוב של פגיעה ברכוש במסגרת מערכת יחסים המבוססת על אמון אינו מתאר במדויק אפילו את עברת הגנבה בידי מורשה לבדה, שלא לדבר על עברת הגנבה הקלאסית. אולי עלינו לחזור בזמן לעברת הגנבה שבה נטילה מסיגת גבול הייתה רכיב בעברה. על מה הגנה עברה זו?

4. הגנת הסדר הציבורי ותחושת הביטחון: "הביטחון הקנייני הבסיסי"

כזכור, בשלב היסטורי מסוים נתפסה הגנבה כמאורע מערער חברתי: לפי ההשקפה המסורתית, הגנב הפר את הסדר החברתי באימו על רכוש ובהפרתו את תחושת הביטחון והרווחה הכללית של הקהילה. הגבלת האחריות רק להתנהגות שנראתה כגנבה הדירה מערך אחר של שלילות מהיקף הדין הפלילי, שלילות שהיו פרטיות במובן שתהליך ההשגה לא היה אירוע פומבי או מטריד חברתי.⁸⁰ בדומה לזה, כאמור בפרק הקודם, פלר כתב שעברת הגנבה אינה באה כדי להגן רק על רכוש אלא גם על הערך החברתי של תחושת הביטחון בקרב הציבור בנוגע לזכויותיו בקניין. רמזים בודדים לכך עולים גם מהפסיקה.⁸¹ האם תיאור זה מקים רציונל חד מספיק כדי שיקיף את עברת הגנבה במדויק ולא יכלול פער של עודף או חסר באשר ליסודות העברה?

נתרפק על העבר וניזכר בהבחנות שנערכו בין גנבה גלויה לבין גנבה סמויה. בעבר הרחוק הגנה עברת הגנבה על ביטחון הבית, שהוא אינטרס חזק בסיסי, ולפיכך התירה את דמו של הגנב שנתפס בשעת מעשה. מנגד, מי שנתפס לאחר אירוע גנבה כשבידיו טובין גנובים ספג סנקציה "אזרחית" של

80 ראו: Fletcher, לעיל ה"ש 64, בעמ' 474. גם סטיל, בעקבות פלטר, הדגיש כי הרציונל המקורי של עברת הגנבה היה להגן מפני אלימות ציבורית. הוא גרס כי הגבלת עברת הגנבה לנסיבות שבהן החזקה ניטלת מהקרבן מספקת גבול חזק ועקרוני לעברת הגנבה. הוא ציין שבימים עברו בעלות לא הייתה מונח שהיה כרוך בדאגה רבה לרוב האוכלוסייה. הדאגה העיקרית התקשרה למעשה מטריד ומערער חברתי; צורות אחרות של הפרעה קניינית לא הולידו עניין לבתי המשפט במקום שלא הייתה בו אלימות. אלימות הייתה רכיב מגדיר בגנבה, בין כשליוותה את מעשה הנטילה ובין כששיקפה את תגובת הקרבן או עוברי אורח. לכן בתי המשפט הרשיעו בעיקר אם הנאשם נראה ונהג כמו גנב. לא קשה לדמיין, כתב סטיל, שבחברה של הרבה אנאלפביתים חזקה פיזית בקניין הייתה שיטה מעשית יותר להכרעה במחלוקות קנייניות מאשר תיעוד ממוסמך. החזקה שימשה בסיס לזכויות אזרחיות אישיות. פירוש הדבר היה שהרשעה אינה צפויה אם האדם לא נצפה נוטל את הרכוש מאחר. ויודגש: סטיל לא תמך בחזקה כערך המוגן אלא כיסוד המאפשר לשמור על הערך המוגן, ביטחון הציבור, וכן לצמצם את רוחבה העצום של עברת הגנבה באנגליה. זהו הטעון שבלב מאמרו: Alex Steel, *Taking Possession: The Defining Element of Theft?* (2008) 1030, 1032, 1037-1048, 1062 MELBOURNE U. L. REV. 32. גם מק'שרי וניילור כתבו כי עברות רכוש (כייסות, פריצה, המחאות ללא כיסוי, ניצול לרעה של כסף שהוחזק באמון, מרמה) מציבות אתגר לתחושת הביטחון הכללית של הקהילה. ראו: BERNADETTE MCSHERRY & BRONWYN NAYLOR, *AUSTALIAN CRIMINAL LAWS – CRITICAL PERSPECTIVES* 252 (2004).

81 גם בדנ"פ פרי פתחה פרוקציה את הניתוח בנגיעה בהיסטוריה של עברת הגנבה וכתבה כי היא מגנה על רכוש הזולת, על זכות הקניין החוקתית, שההגנה עליה הכרחית לשמירה על הסדר החברתי התקין. ראו דנ"פ פרי, לעיל ה"ש 78, פס' 47 לפסק דינה. מאמירה זו אפשר להבין שהשמירה על הקניין היא מכשיר לשמירה על סדר ולא ערך עצמאי. אך מקריאה של פסק דינה המלא קשה מאוד להתרשם שאמנם לשם כיוונה פרוקציה, ודומה שאמירה זו נועדה לשמש רקע או צבע ולא תזה.

תשלום פיצויים. מה פשר ההבחנה שהייתה בעבר ואינה נהוגה כיום? הגנבה הגלויה הטרידה את הקהילה יותר מהגנבה הסמויה (כשהגנב לא נתפס בשעת מעשה) משום הסיכון של אלימות פרטית בהיתקלות בזמן אמת בין הגנב לבין הקרבן. עם ההתפתחויות המסחריות הלכה עברת הגנבה והתרחקה מהרציונל הזה של הגנת הסדר הציבורי ותחושת הביטחון לעבר קידום של מסחר, על מערכות היחסים שעליהן נבנה. האם נותר כיום קשר בין עברת הגנבה לבין הסדר הציבורי ותחושת הביטחון? פלר, יש לשים לב, לא כתב על סדר ציבורי ותחושת ביטחון באופן כללי (רציונל שהוא בביורר רחב מדי בשביל לקשור עצמו לעברה יחידה, אפילו רחבה מאוד) אלא על תחושת ביטחון ציבורית באשר לזכויות בקניין. אכנה ערך מוגן זה "הביטחון הקנייני הבסיסי". האם עברת הגנבה משקפת את הרציונל הזה, או שיש פערים בין היסודות לבין הרציונל? בין שנלך לפי גישת פלר ובין שנלך לפי גישה ערכית מופשטת יותר, דומני שקיומם של פערים כאמור, בשני הכיוונים, הוא ודאי.

רוחב יתר

סבורני שתחושת הביטחון של הציבור ברכושו בנוגע לזכויותיו בקניין עלולה להיפגע גם מהתנהגויות אזרחיות כמו הפרת חוזים, פלישה לבתי מגורים או אי-פינוים, וכמובן עולות נזיקות מרובות. אפשר כי גם העלאת מסים דרמטית או מהלכים כלכליים שונים הנוגעים לקופות גמל וקרנות השתלמות עלולים לפגוע בתחושת הביטחון האמורה ואף ביציבות הכלכלית שתחושת הביטחון מסייעת לאפשרה.

צרות יתר

התנהגויות שונות המגבשות את יסודות עברת הגנבה אינן בהכרח מביאות לפגיעה קשה בתחושת הביטחון של הציבור באשר לזכויות הקניין שלו. מה בין פרופסור באוניברסיטה שהותר בכיסו כספים שיועדו למימון טיסות אקדמיות לחו"ל (סוקולובסקי) לבין פגיעה בתחושת הביטחון של הציבור באשר לזכויות הקניין שלו? וכיצד היא נפגעת מכך שרופא שקיבל לידיו כסף מידי בנה של חולה שנותחה בהצלחה השתמש בו לצרכיו במקום להעבירו ל"גיבושון" לאחיות המחלקה (יקרביץ)? מקרים אלו מגבשים עברה של גנבה בידי מורשה. הם כוללים הפרת אמון וכוללים פגיעה מסוימת (אמנם לא קלאסית) באינטרס רכוש. דומני שהציבור ודאי היה מוטרד לשמוע על מקרים שכאלו שעוברים ללא תגובה משפטית (למשל פיטורים לאלתר), אך מסופקני אם הטרדה האמורה קשורה לענייני קניין, להבדיל מענייני מנהל תקין בגופים ציבוריים כמו אוניברסיטה ובית חולים.⁸² דומני שהטיפול במקרים

82 פלטשר ביאר כי ההנחה שאקט של גנבה הוא פרק מפחיד ומערער בחיי הקהילה אינה נכונה באופן גורף: גנבה אינה מאורע מטריד בכל פעם שהוא קורה. הגנב עשוי לפעול בחשאי בהיעדר נוכחות אחרים. באיזה מובן זה מערער את החברה? ניתן לומר שבאופן פרדיגמטי גנבות היא מטרידה, ומכל מקום, המחשבה או ציפייה ליפול טרף לגנבים הן תמיד מטרידות. זה היבט של גנבה שעשוי להיות חיוני להמשגת המשפט המקובל את הגנבה כנזק פומבי ולא פרטי. אם אנו חושבים על גנבה כמאורע מטריד חברתי, אנו עשויים להבין מדוע בתי משפט מודרניים נוטים לזכות נאשמים רק בתת-מערך של מקרים שבהם התנהגות השחקן כושלת להתיישב עם התדמית המשותפת של גנב. פלטשר גרס כי בתקופות מוקדמות יותר בהיסטוריה היה קשר מושגי קרוב יותר בין גנבה בולטת לבין התנהגות מערערת חברתית, אך הקשר הותר בשיפוט המודרני. ראו: Fletcher, לעיל ה"ש 64, בעמ' 497-498.

כאלו תחת הכותרת "גנבה" הוא מלאכותי משהו, באשר לב הפגיעה אינו שילוב של רכוש ואמון אלא אמון בלבד. האינטרס הרכושי שנפגע הוא מופשט וטפל לערך יחסי האמון. כך במקרים לא מעטים של גנבה בידי מורשה, וכך במקרים לא מעטים של עברת השוחד, שזירתה ה"טבעית" נוגעת למי שמעל באמון ציבורי ונטל כסף לשם כך. מי שקיבל שוחד ובתמורה ערך מכרז לא הוגן בוודאי פגע באינטרס רכושי לגיטימי של אחר. אך לב הפגיעה הוא באמון הציבור, בטוהר המידות ובמנהל התקין. באופן כללי נראה לי שהייתה סיבה טובה, לכל הפחות בהקשר זה, לרכיב של נטילה מסיגת-גבול ולרעיון של חסינות החזקה:⁸³ קבלת החזקה בהסכמת הבעלים לפני שליחת היד ממסמסת חלק ניכר מהפגיעה בביטחון הציבורי, בבחינת "יזוהר המוסר". איני גורס שמעשה זה (שלדעתי שמו המתאים, כאמור בהמשך, הוא "מעילה") אינו צריך להיחשב עברה, אך אין כל הכרח עיוני או מעשי לבחור בין גנבה לבין כלום. בהקשר של הפגיעה בתחושת הביטחון של הציבור באינטרסים רכושיים מסופקני אם יש טעם בעברה של גנבה בידי מורשה. זאת, להבדיל מהגנבה הקלאסית, שדומני שלא נס לחה בהקשר זה.

5. סיכום

האם אפשר לבנות נוסחה ערכית לעברת הגנבה כהגדרתה הנוכחית? נוסחה שתהיה לא צרה מדי, באופן שלא תהיה גנבה לא מכוסה, ולא רחבה מדי, באופן שלא תכסה התנהגות פלילית או אזרחית שאינה גנבה? האם ניתן למצוא משוואה חדה בין הרציונל לבין יסודות העברה? דומני שלפי ההגדרה הנוכחית של עברת הגנבה, שכוללת הן את עברת הגנבה הקלאסית והן את העברה של גנבה בידי נפקד, קשה עד בלתי אפשרי למצוא משוואה כזו. קניין, כפי שכבר נכתב, הוא רציונל רחב מדי לעברת הגנבה. זכות החזקה, לבד מהיותה רחבה, אולי זוכה להגנה בעברת הגנבה הקלאסית אך בוודאי אינה מוגנת בעברת הגנבה בידי מורשה, אלא להפך: החזקה נסוגה מפני זכות או אינטרס רחב יותר. יחסי אמון קונקרטיים מוגנים בעברת הגנבה בידי מורשה; עברת הגנבה הקלאסית אינה מניחה קיומם של יחסי אמון או היעדרם. עברת הגנבה הקלאסית מגנה על הסדר הציבורי ועל תחושת הביטחון בנוגע לזכויות קניין מסוימות; עברת הגנבה בידי מורשה אולי מגנה על תחושת ביטחון בנוגע לזכויות קניין בהקשר קונקרטי יותר, אך מדויק יותר לומר שהיא מגנה על מודל עסקי או על מערכות יחסים מסוימות (ולאו דווקא על אחרות) שמערכות קניין. ייתכן שמוטב לקחת אחת משתי עברות הגנבה ולנסות לאפיין אותה מבחינה ערכית, לבדה. לשם כך דרוש מבט נוסף ביסודות עברת הגנבה.

83 פלטר כתב כי גנבים במערכות משפט קדומות זוהו בתור "גנבים גלויים" אם הגנבה הייתה פומבית ובאופן פוטנציאלי גלויה לכול. התנהגות לא יכלה להיות גלויה לכול אם הסקת הפליליות נבעה מתצפיות לאורך זמן. לדידו, שום תאוריית משפט מערבית אינה מתעלמת מההנחה שפשעים מתרחשים בנקודה מזוהה בזמן, ומכאן נובע שברגע הפשע חייב להיות איחוד בין האקט לכוונה, שבתורו הוא תנאי לוגי מוקדם לחסינות ההחזקה. האמונה המרכזית הייתה שפשע התבצע בנקודת זמן מסוימת, שפליליות הייתה חייבת להיות בולטת באותו רגע, ושכולטות הפשע הייתה באופן טבעי גורם מערער בקהילה. שם, בעמ' 499-501.

ד. יסודות העברה – מבט ערכי/ביקורתי

1. מבוא

בפרק הקודם הארכתי בסקירת הניתוח של יסודות עברת הגנבה בישראל. כעת אוסיף ביקורות משלי באשר ליסודות השונים בכל אחת משתי צורות הגנבה, לפי הסדר. הבנת יסודות העברה היא קריטית: האומנם חיוניים הם? האומנם תורמים הם להגנה על הערכים שמגלם האיסור?⁸⁴

2. הגנבה הקלאסית: ניתוח

אדם גונב דבר אם הוא "נוטל ונושא דבר הניתן להיגנב, בלי הסכמת הבעל, במרמה ובלי תביעת זכות בתום לב, כשהוא מתכוון בשעת הנטילה לשלול את הדבר מבעלו שלילת קבע".

נוטל ונושא

זהו (כל) היסוד ההתנהגותי בעברת הגנבה. השאלה שעלתה בפרשת גרין חשפה כי היסוד "נושא ונוטל" אינו חד דיו. אמנם בדרך כלל הנטילה אורכת שנייה, ואילו הנשיאה אורכת קצת יותר ומתמשכת ברצף זמן אחד עד לסיומה, אך מה קורה כשהגנב מתמודד עם משימה מורכבת ולכן מזיז את הנכס המיועד לגנבה ממקום למקום כמה פעמים, לקראת השגת שליטה מלאה בו? הדיון באותו מקרה מזכיר לנו את הפער הקיים בין מבט בגנב לבין מבט בקרבן. מבט בקרבן, שהוא תואם את היעדרה של דרישה להנאת הגנב מהנכס, פירושו שמעת שהדבר ניטל ונישא, ובכפוף להתקיימות יתר יסודות העברה, אין זה משנה אם הגנב סיים את דרכו העבריינית בנוגע לאותו דבר: העברה הושלמה. בוויכוח הדוקטרינרי בין פלר לקרמניצר אני מצדד בעמדתו של פלר: מעת שהתגשמו יסודות העברה, לא ייתכן שהעברה טרם הסתיימה גם אם המעשים שבאים לאחר הגשמת היסודות מתיישבים בעינינו עם תדמית הגנב, וגם אם הם מביאים פגיעה כלשהי בערך מוגן כלשהו לשיא כלשהו. גישת "שיא הפגיעה הערכית" מעניינת מבחינה עיונית, אך מבחינה דוקטרינרית אינה קולעת לשיטת משפט שלעתיים קרובות מאוד מסתפקת בניתוח יסודות לשם הרשעה ללא כל התייחסות לערך המוגן בעברה. קשה לראות כיצד תשתלב הגישה האמורה בשיטת משפט שבה, בהתקיים יסודות העברה, הסיכוי לשכנע את בית המשפט שלא להרשיע נוכח היעדר מוחלט של פגיעה בערך המוגן – נמוך מאוד, עד לא קיים.

הפתרון למצב שתיאר קרמניצר הוא ביצירת עברה נוספת המתייחסת לפגיעה שונה מזו של הגנבה, או לחלופין ברוויזיה ביסודות העברה. האומנם יש פה בעיה הדורשת פתרון? פרשת גרין כללה נתונים כה מיוחדים, עד שלרגע נדמה כאילו נבנתה במסגרת קורס בדיני עונשין; שאלת התחולה מבחינת מקום המשתנה לצד השיט המתקדם בכלי שיט שאינו רשום בישראל, היא שאילצה את הדיון בשאלת השלמת הגנבה. האם הבעיה העולה בפרשה זו היא סממן לבעיה מורכבת יותר המצריכה תיקון? היסוד "נטילה ונשיאה" מתייחס ברגיל להתנהגות שקוטעת, לפחות זמנית, את החזקה או השליטה של הבעלים בדבר. מדוע שלא לדבר במפורש על שלילת השליטה של הבעלים או לחלופין על השגת

84 כגישת קרמניצר, יסודות העברה הם המאפיינים המינימליים שלה, שבאים להפריד בינה לבין התנהגות חוקית ולבין עברות אחרות: "כל אחד מהם חיוני, תנאי בלעדיו אין, לקיומה של העברה, ובלעדיו היא חדלה להיות עברה". קרמניצר עיקרי מבנה וארגון של העברות הספציפיות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 95–96.

שליטה שלא כדין? מונח ה"שליטה" עולה כיום בעברה, אם בכלל, ככלי עזר פרשני בלבד. הכנסת המונח כיסוד פורמלי עשויה לשנות את העברה ולכפות הגדרה חדה של "שליטה" כעניין בלעדי, פיזי-ממשי או קונסטרוקטיבי. האפשרות של שלילת שליטה מהבעלים כמובן אינה חייבת להיות עולמית.⁸⁵ היא מבהירה מעט את הערך המוגן בעברה. פרשנות שכזו פותחת דלת לאפשרות של "גנבת דירה": אדם שפולש לדירה שלא כדין ומשתלט עליה או לחלופין מסרב לפנות כדין את שקיבל (כדין) – אינו נוטל ואינו נושא אותה, ולכן כיום איש לא יקרא לו גנב, אף אם הדין הפלילי והדין האזרחי ידעו לתפור בשבילו חליפות הולמות. מנגד, אם נבחר באפשרות השנייה, של השגת שליטה שלא כדין (השגת שליטה, להבדיל משלילת שליטה), נוסף על הדלת האמורה אנו פותחים עוד דלת, שוב בכפוף לדין ברכיב הכוונה המיוחדת, להחלתה של עברת הגנבה גם במצבים שבהם הבעלים מאבד לא את השליטה ברכוש אלא את הבלעדיות בה, אם הייתה לו כזו, ומבחינה פורמלית הגנב זוכה בשליטה לא בלעדית משל עצמו. זהו פתח אפשרי להחלת עברת הגנבה גם על דברים לא מוחשיים שאינם נאבדים לאחר העתקתם, למשל העתקת קניין רוחני. פירוש הדבר הוא אפשרות להרחבה גדולה מאוד של עברת הגנבה באופן שאולי תכסה התנהגות של מבט בלבד (בסוד מסחרי, למשל), כזו שכיום איש לא יכנה "נטילה ונשיאה". ברור שכך תתרחב ההגנה על הרכוש. האם הדבר רצוי? דומני שלא.

מבט ערכי ההנמקה הטובה ביותר שאני מוצא לעברת הגנבה הקלאסית, גם אם אינה יכולה לעמוד לבדה, היא זו שעמדה מאחורי עברת הגנבה בעבר הרחוק: שמירה על הסדר החברתי ועל ביטחון הציבור בקניין, קרי הגנה על הביטחון הקנייני הבסיסי. קניין רוחני הוא סוג מיוחד של קניין, מבנה משפטי מורכב שאליו אתיחס במישרין בפרק הבא. איני סבור שהפגיעה בבלעדיות השליטה בו מערערת את הסדר החברתי ואת ביטחון הציבור בקניין, אלא אך מקשה על מימושו של מודל עסקי, שבמקרים רבים מאוד עדיין מחזיק מעמד בסערות הטכנולוגיות המתגרות אותו. מלבד זאת, אם נעניק ליסודות "נטילה ונשיאה" משמעות מטפורית ולא לשונית, וגם עניין זה יורחב בפרק הבא, לכאורה נוכל להאשים אדם בגנבה כאשר חשף סוד בעל משמעות קניינית ששמע ("נטל ונשא")? מאחר; להעמיד לדין מי ששמע בדיחה וסיפר אותה ללא רשות; לומר שאדם אשר "נטל את חייו של אחר" הוא גנב ששלל את חיי האחר שלילת קבע; לגרוס שאישה ששכבה עם גבר ללא אמצעי הגנה לאחר ששיקרה ואמרה לו שהיא משתמשת בגלולות – נטלה את זרעו ונשאה אותו ברחמה תשעה חודשים.

דבר הניתן להיגנב

סעיף 383(ג) מגדיר "דבר הניתן להיגנב" כדבר בעל ערך שהוא נכסו של אדם, ובמחובר למקרקעין – לאחר ניתוקו מהם. מה פירוש "דבר הניתן להיגנב"? לטעמי מונח זה, שאינו ייחודי למשפט הישראלי ("anything capable of being stolen"), אינו מוצלח, באשר ניתן להבינו כנסיבה שמכוונת ליכולת ליטול ולשאת ולא לאפיון הדבר שניטל ונשא. הביטוי "הניתן להיגנב" מרמז, מבחינה לשונית, שיש דברים שפשוט אי אפשר לגנוב, אולי במובן שאינם בני-נטילה ובני-נשיאה. אבל שאלת היתכנות ההתנהגות היא נפרדת משאלת ההיקף של מושאי ההתנהגות. יש דברים שאי אפשר ליטול ולשאת, ויש דברים שאי אפשר לגנוב, משום שאינם נכסים של ישות משפטית מוכרת. כפי שיודגש בפרק הבא, אי אפשר ליטול ולשאת חשמל, מידע (להבדיל מהמדיום שבו מצוי המידע) או זכויות. אין זאת אומרת שאין

85 ויודגש כי עניין זה אינו סותר את הדרישה לכוונה מיוחדת, הכוונה לשלילת קבע, שתידון בהמשך. עסקינן כעת ביסוד ההתנהגותי ולא ברכיב תוצאתי ולא ברכיב נפשי.

מדובר בנכסים. לכן סבורני שמוטב לכתוב "נכס" במקום "דבר הניתן להיגנב". איננו מפסידים מכך דבר. שאלת המוחשיות אינה מוכרעת בביטוי "דבר הניתן להיגנב" ואינה מוכרעת במונח "נכס". אי אפשר לגנוב חשמל לא משום שהוא איננו דבר הניתן להיגנב או נכס, אלא משום שאי אפשר ליטול ולשאת אותו, לפחות לא במובן המילולי, להבדיל מהמובן המטפורי. אי אפשר ליטול ולשאת חנייה, אך היא בהחלט נכס, ובמובן הזה היא לכאורה ניתנת להיגנב. לעומת זאת יש דברים שאף שהם ניתנים לנטילה ונשיאה אי אפשר לגנוב אותם, פשוט משום שאינם נכסים. למשל, אפשר ליטול ולשאת מהקרקע אבן או מקל שאינם נכסים; אי אפשר לגנוב אותם.

המונח "נכס" עצמו אינו מוגדר בסעיף 383, אך מופיע בסעיף 34 כד, סעיף ההגדרות הכללי של חוק העונשין, שלפיו נכס הוא "חי או דומם היכול לשמש נושא לבעלות". האם לאור הגדרת המונח "בעלות" בעברת הגנבה ככוללת גם החזקה או שליטה וכדומה – נכס, בנוגע לעברת הגנבה, הוא חי או דומם היכול לשמש נושא להחזקה או שליטה? דומני שאין לפרש בהרחבה את המונח "נכס" בהקשר זה. ההרחבה של המונח "בעלות", שעליה אכתוב מיד, היא עצמאית ואין לגזור ממנה הרחבה גם לפרשנות המילולית הטבעית של המונח "נכס" עצמו, כמתואר בסעיף ההגדרות.

בלי הסכמת הבעל

ביטוי זה מקים נסיבה שלילית, שבהתקיימה לא נדבר עוד על גנבה: מי שנוטל ונושא בהסכמת הבעל אינו גנב. ביטוי זה מעלה שלוש שאלות מורכבות שבהן אדון בנפרד, בזו אחר זו: מיהו הבעל שהסכמתו מוציאה את הנוטל ממעגל הגנבה? מהו עיתוי ההסכמה? ומה טיב ההסכמה?

(א) הבעל: המונח "בעל" מוכר מדיני הקניין ונושא משמעות משפטית בדינים אלו. עם זאת סעיף 383(ג) לחוק העונשין מגדיר במפורש "בעלות" ככוללת גם בעלות חלקית, החזקה, זכות החזקה או שליטה. האם החלופות הללו פירושו שאם לנטל יש הסכמה של אחד הגורמים הללו – די בכך כדי לפטור אותו מאחריות? או שמא עליו לקבל הסכמה מצד כל הגורמים? לשון אחר: האם ההגדרה הרחבה של בעלות שבסעיף מקלה עם הגנב או מחמירה עמו? מרחיבה את האחריות הפלילית או מצמצמת אותה? ניקח תרחיש שבו א נוטל נכס מחברו ב בהסכמתו של ב, הגם ש-א יודע ש-ב אינו הבעלים אלא רק המחזיק. האם א, שמילא אחר יתור תנאי סעיף הגנבה, הוא גנב? נניח כי אין מדובר בשותפים לקשר, וכי ב אינו יודע כי א מתכוון לשלול את הנכס לתמיד. האם א יכול לפנות לנסיבה "בלי הסכמת הבעל" כזו שתפטור אותו מאחריות, משום שקיבל את הסכמת הבעל – המחזיק? ואולי הפתרון לשאלה זו מצוי בסעיף שעניינו גנבה בידי נפקד? לשון אחר: מרגע שיש הסכמה של גורם כלשהו בפירמידת הזכויות בנכס (בעל, בעל חלקי, מחזיק, זכות חזקה, שליטה) האם אנו אוטומטית יוצאים מהגנבה הקלאסית?

כזכור, בפרשת דרויש נפסק כי הסכמה לבזבוז כספי ציבור פירושה הפרה של חובת אמון ואין לראות בה הסכמה. אך דומני שאין לגזור מאותה פרשה אמירה כללית וגורפת. דברי המשנה לנשיא אלון בפרשה זו כיוונו למצב של שחיתות עובדים הנסמכת על שחיתות מנהלים הנוגעת לכספי ציבור, ולכך שבנסיבות אלו לא יוכל המשתמש בנכס לטעון כי קיבל את הסכמת הבעל, באשר אי אפשר כלל לדמיין הסכמה לבזבוז כספי ציבור, ואין כל גורם שיכול להסכים כאמור. פרשת דרויש עסקה בגנבה בידי נפקד, ואין לגזור ממנה בהכרח למקרה הגנבה הקלאסית, שבעניינה דומני שהסכמה מצד גורם רלוונטי בפירמידה הקניינית עשויה להתפרש כשוללת אפשרות לגנבה. הגונב מגנב אינו פטור רק משום שהוא גונב ממחזיק, ואין זה משנה שאינו מחזיק כדין. בהמשך לכך, הנוטל מגנב ברשותו של

האחרון וביוודעין שמדובר בנכס גנוב – אינו גנוב אלא מקבל נכס שהושג בעוון או בפשע (סעיפים 411–412 לחוק). מובן שדיני השותפות יכולים להביא להטלת אחריות עליו כגנוב בתנאים מסוימים. אך החוק מבדיל בין הגנוב, שנוטל את הנכס ללא הסכמתו של איש מהמרכיבים את הפירמידה הקניינית, לבין אחר שנוטל את הנכס בהסכמה כלשהי. מה באשר לאדם שנוטל ונושא נכס מחזקתו של אחר שלא בהסכמתו אך בהסכמת בעל הנכס? האם בגנוב מדובר? במצב שכזה ייתכן שיש פוטנציאל אלים, שהוא גורם בעל חשיבות להבנת הערך המוגן, כמתואר בהמשך הפרק, אך הפגיעה בזכות הקניין נדמית בעייתית, באשר ראש הפירמידה הקניינית התיר את הנטילה, ויש להעדיף את רצונו על רצון המחזיק, ובלבד שרצונו הועבר לידיעת המחזיק. פרשנות מצמצמת של הסעיף תביא לשחרור הנוטל מאחריות פלילית במצב דברים זה.

כלומר, להבנת, הגדרת "בעל" בהרחבה מצרה את האחריות הפלילית בגנבה הקלאסית, אם כי אין פירוש הדבר פטור מאחריות פלילית לעברה אחרת, כאמור. בעלים חלקיים שנוטל רכוש שגם בבעלות אחר אינו גנוב קלאסי, אך עשוי בהחלט להיחשב "גנוב מורשה".

(ב) עיתוי ההסכמה: האם "נוטל ונושא דבר הניתן להיגנוב, בלי הסכמת הבעל" פירושו הסכמה לפני הנטילה, בזמן הנטילה או אולי גם אחרי הנטילה? מי שקיבל את הסכמת הבעלים לפני הנטילה בוודאי אינו גנוב, בכפוף לשאלות של טיב ההסכמה, כמפורט בהמשך. גם מי שקיבל את ההסכמה בזמן הנטילה, בכפוף לשאלות של טיב ההסכמה, נראה שאינו גנוב. הסכמה מראש והסכמה בזמן אמת נראות כבירור הסכמות המוציאות את הנוטל מתחום הגנבה. ומה באשר למי שקיבל את ההסכמה לאחר הנטילה, הסכמה בדיעבד? האם היא יכולה לרפא את הגנבה? כעניין מעשי ניתן לשער שנטילות רבות אשר מקיימות את שאר יסודות הגנבה אך בעניינן הושגה הסכמה בדיעבד – תהיינה כאלו שלא תולדנה תלונה משטרתית, ולכן לא תגענה כלל לבית המשפט. אך העובדה שאירוע אינו לובש כסות פלילית פורמלית הידועה למערכת המשפט אין פירושה שלא נעברה עברה. מהי המדיניות המשפטית הראויה בעניין זה אם בכל זאת הגיעו לידי הרשויות ראיות בדבר נטילה של נכס ללא הסכמה מוקדמת אך עם הסכמה בדיעבד – יום, חודש או שנה לאחר המקרה? אין זו שאלה פשוטה, והיא כוללת פן כללי ופן ספציפי. הפן הכללי עניינו יכולתה של הסכמה לרפא עברה בדיעבד; הפן הספציפי עניינו שאלת הערך המוגן בעברת הגנבה ואם הוא נפגע במצב שכזה. אגע בשתי השאלות בנפרד.

השאלה הראשונה היא יכולתה של הסכמה מאוחרת לרפא עברה. שאלה זו כוללת פן פילוסופי מהותי: האם מוצדק שהסכמה להתנהגות מסוימת תוציא אותה מתחומי המשפט הפלילי (ומן הצד השני של המראה: האם היעדר הסכמה להתנהגות מסוימת צריכה להכניס אותה לתחומי המשפט הפלילי)? השאלה כוללת גם פן פורמלי פרקטי: האם מנויה עם יסודות העברה אי-הסכמת הקרבן? אם היא אכן מנויה, הרי שהמחוקק הכריע בשאלה הראשונה, לפחות הכרעה חלקית, ולכן השאלה אינה של הצדקה אלא של פרשנות: איזו הסכמה נדרשת. קחו למשל את עברת האונס כהגדרתה בישראל בסעיף 345 לחוק העונשין: בעילת אישה שלא בהסכמתה החופשית, לפי סעיף קטן (א) (1), תיחשב אונס. לעומת זאת סעיף קטן (2) עניינו אינוס במרמה, ודומה שהערך המוגן הוא ההסכמה מדעת, שקשורה, אך אינה זהה, לחופשיות הרצון. סעיף קטן (3) עניינו בעילת ילדה מתחת לגיל 14 אף בהסכמתה – הווה אומר, יש מי שאינו כשר להסכים, משום שהערך המוגן הוא שונה: הגנת ילדים ולא הגנת חופש הרצון או הבנת הסיטואציה. סעיף קטן (4) לאיסור על אינוס, בעילת מי שאינה בהכרה (בעיקר), מרמז על הצורך בהסכמה פוזיטיבית ולא על היעדר התנגדות כהגנה; סעיף קטן (5) עניינו בעילת חולת

נפש/לוקה בשכלה, מה ששוב מתחבר לרעיון ההגנה על חלשים ופחות לעניין ההסכמה. כלומר שאלת ההסכמה תלויה באופן שבו הוגדרה העברה.

קיימים איסורים נוספים שההסכמה להם מחריגה את ההתנהגות מהמישור הפלילי. למשל, תקיפה מוגדרת בסעיף 378 לחוק כהכאה, נגיעה, דחיפה או הפעלת כוח אחרת על אדם "בלא הסכמתו או בהשגתו שהושגה בתרמית". כלומר, היעדר הסכמה הוא יסוד פורמלי בעברה, והכאה בהסכמה אינה תקיפה. כך גם סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 מכריז: "לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו", סעיף 2 מגדיר מהי פגיעה בפרטיות, וסעיף 5 מפליל פגיעה כזו. בעניין זה אין חסרות דוגמאות.

סטיוארט גרין (Green) חקר את תפקידו של מושג ההסכמה במשפט הפלילי באופן כללי, תוך התמקדות בתפקידו בנוגע לדיני הגנבה.⁸⁶ הוא יצא מתוך הניתוח של פלטשר, שכתב שההסכמה יש פוטנציאל "להפוך" אקט פלילי אגרסיבי לכדי אקט לא פלילי: גנבה לכדי מכירה, אונס לכדי עשיית אהבה, ובמשפט בין-לאומי פומבי – פלישה לכדי סיוע הומניטרי.⁸⁷ גרין ציין כי את הרעיון שההסכמה יש הכוח "להפוך" התנהגות פלילית להתנהגות חוקית ניתן לאתר החל משנות השמונים של המאה העשרים. ניתן לדמיין מקרה שבו הגיוני לומר שסוג מסוים של התנהגות פלילית הפך ללא פלילי עם תוספת ההסכמה. למשל, א מקצר את דרכו דרך רכושו של ב, בידעו שזה רכושו של ב, וכך מבצע הסגת גבול; ב רואה זאת ומסכים מנדיבות לבו. במקרה כזה ההסכמה "הפכה" את הסגת הגבול הפלילית למעבר חוקי, ובשלב מסוים ההסכמה אף עשויה ליצור זיקת הנאה שתאפשר מעבר כאמור.

גרין הציע לנסות ולחדד את הדרך שבה מדברים על האקטים שלכאורה נהפכים על ידי ההסכמה, והתמקד במודעות הנאשם להסכמה. הסכמה אינה מושג בינרי בדין הפלילי, ולפיו הקרבן מסכים או שאינו מסכים. יש מובנים שונים להסכמה, ומובנים אלו רלוונטיים להבחנה לא רק בין אקטים פליליים ללא פליליים אלא גם בין סוגים שונים של התנהגות פלילית.⁸⁸ גרין נשען על הטרמינולוגיה של פיטר וסטן (Westen)⁸⁹ כדי להבדיל בין גנבה לבין עברות אחרות הכרוכות בפגיעה ברכוש: בגנבה הקלאסית

86 ראו: Stuart P. Green, *Offenses and Defenses: Consent and the Grammar of Theft Law*, 28 CARDOZO L. REV. 2505 (2007).

87 גרין הפנה לספרים שונים של פלטשר, למשל: GEORGE P. FLETCHER, *THE GRAMMAR OF CRIMINAL LAW: AMERICAN, COMPARATIVE, INTERNATIONAL* (2007).

88 ראו: Green, לעיל ה"ש 86, בעמ' 2509–2512.

89 וסטן תיאר ארבעה מובנים בסיסיים למונח "הסכמה": 1. "הסכמה עובדתית-גישתית" (factual attitudinal consent) משקפת את הלך הרוח של המסכים בזמן ההסכמה; זה קורה כשרצונו של המסכים, בהתחשב בתמונה המלאה, הוא לקבל את ההתנהגות המבוקשת ללא עוררין. וכך אדם שמסכים לקיים יחסי מין או לוותר על רכוש כדי להימנע מפגיעה פיזית – ניתן לומר שהוא הסכים במובן העובדתי-גישתי משום שלפי התמונה המלאה, הוא מעדיף להיכנע מאשר לספוג את הנזק המאויים; 2. "הסכמה עובדתית-אקספרסיבית" (factual expressive consent): המסכים לא רק מקבל את הפעולה המוצעת ללא עוררין אלא גם מיידע בדבר הסכמתו. האקט הפיזי של ביטוי (מילולי או אחר) מתייחס להלך הרוח שלו ומאותת לצופה בדבר ההסכמה. לביטוי ההסכמה עשויה להיות חשיבות רבה מבחינת הצופה; 3. "הסכמה מנחה" (prescriptive consent): אחד משני סוגי ההסכמה שהחוק מכיר בהם. כדי שהסכמה תהיה מנחה עליה להיות וולונטרית, ביודעין ובכשרות. הסכמה עובדתית-גישתית או עובדתית-אקספרסיבית אינה וולונטרית אם היא נעשית בלחץ של כפייה; היא שלא ביודעין אם מושגת באמצעות רמייה; היא ללא כשרות אם ניתנת על ידי מי שאינו מסוגל להבין את מה שהוא מסכים לו; 4. "הסכמה מיוחסת/טפלה" (imputed consent): צורה שנייה של הסכמה משפטית, אבל כזו שאינה כוללת תוצאה משפטית באמצעות שילוב רכיבים של הסכמה עובדתית-גישתית או עובדתית-אקספרסיבית. יש סוגים שונים של הסכמה מיוחסת: קונסטרוקטיבית,

ברור שאין הסכמה מכל סוג שהוא; בסחיטה ניתן לומר שיש הסכמה עובדתית-גישתית ואקספרסיבית אך לא הסכמה מצווה, כשהנסחט החליט שלנוכח התמונה השלמה הוא מעדיף למסור את הרכוש ולא לסבול נזק כבד יותר; במרמה או בהתחזות יש הסכמה עובדתית-גישתית ואקספרסיבית אך לא הסכמה מצווה, משום שאינה מיודעת; במעילה יש הסכמה גישתית, אקספרסיבית ומצווה, הסכמה למשהו מסוים ולא למשהו אחר. כלומר, שאלת ההסכמה חשובה לא רק כדי לקבוע אם בוצעה עברה אלא גם כדי לקבוע איזו עברה. הדברים חשובים לשם השגת תיוג הוגן של העברות באופן שיציגו את האופי והעצמה של הפרת החוק, מה שבתורו יאפשר להעריך מה הוא עונש מידתי ואיזה אות יישלח לציבור.⁹⁰

האם בעניין הגנבה שאלת ההסכמה היא רכיב מפליל (בין יסודות העברה) או הגנה? גריין סבר שהיעדר הסכמה נראה כמו רכיב חיוני ברוב עברות הגנבה, אם לא בכולן. הכלל הוא זה: אסור לקחת טובין של אחר ללא הסכמה. אנו הרי לוקחים טובין של אחר בכל פעם שאנו קונים בחנות, מקבלים מתנה או הלוואה. היעדר הסכמה של המחזיק הוא שהופך את הפעולה לפשע. עברות אחרות אוסרות על נטילה דרך השגה של הסכמה לא תקפה (סחיטה, מרמה); או על נטילה עם הסכמה לנטילת החזקה אך לא לנטילת הבעלות (מעילה). בכל העברות הללו היעדר ההסכמה, הכחשת הסכמה ונתינת הסכמה לא תקפה מקבלים התייחסות הולמת כרכיבים של העברה ולא כהגנות מזכות.⁹¹

השאלה השנייה כאמור עניינה אם הערך המוגן בעברה נפגע עת ניתנת הסכמה בדיעבד. האם נטילתו של נכס תוך התקיימות יתר יסודות העברה (במרמה וכדומה), פוגעת בערך המוגן באופן שמצדיק לפרש הסכמה כמגיעה לפני הנטילה או במהלכה אך לא אחריה? התשובה תלויה באפיון הערך המוגן – כאמור, משימה לא פשוטה. אם הערך המוגן הוא קנייני-פרטי גרידא, יש בסיס לטענה שהבעלים הוא הכתובת המתאימה לשפוט, להסכים בדיעבד ולהכריע בגורל הפליליות של המעשה. אם הערך המוגן הוא יחסי אמון, הסכמת הבעל נראית רלוונטית גם בדיעבד: אם מחל הבעל על הפגיעה הראשונית או הלכאורית ביחסי האמון, מה לנו כחברה כי נתערב? לעומת זאת אם הערך המוגן הוא הביטחון הקנייני הבסיסי ניתן לסבור כי הסכמה בדיעבד אינה מרפאת את הפגיעה, באשר הנטילה כבר יצרה אפקט ציבורי שלילי, והסכמה פרטית של הבעל אין בה כדי להסיר את הגוון הפלילי מהמעשה. מנגד אפשר לגרוס שניתן לנסות ולחנך את הציבור להבין כי הסכמה בדיעבד מרפאת את הפגם במצב שכזה (מהלך בעייתי בעיקר נוכח החשש מהתלקחות אלימה בזמן אמת, חשש שאינו מאוין בדיעבד). לחלופין אפשר לגרוס כי ממילא גם לפי ערך מוגן שכזה לא כל נטילה כוללת אפקט ציבורי שלילי, ולכן יש לאפשר לבעל להסכים לנטילה בדיעבד. החשש במצב שכזה הוא מקניית הנוטל את הסכמתו של הבעל, וכך יוסר מעליו האיום הפלילי. אך ראשית ניתן לקבוע שהסכמת הבעל תהיה אפשרית רק

מיודעת והיפותטית. בהסכמה קונסטרוקטיבית, הסכמה ל-א פירושה הסכמה ל-ב; בהסכמה מיודעת הסכמה לסיכון של א שווה להסכמה ל-ב; במקרה של הסכמה היפותטית אנו קובעים על בסיס מה שאנו יודעים על המסכים שהוא היה מסכים לו היה כשר לעשות כן. ראו: PETER WESTEN, THE LOGIC OF CONSENT 4–7 (2004).

90 ראו: Green, לעיל ה"ש 86, בעמ' 2515–2518. בעניין התיוג הפנה גריין לכאן: ANDREW ASHWORTH, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 89–90 (4th ed., 2003).

91 ראו: Green, לעיל ה"ש 86, בעמ' 2520–2521.

עד לשלב התלונה או החקירה המשטרתית;⁹² שנית ניתן לטעון כי קנייה של ההסכמה אינה פסולה, בהציעה תיקון בדיעבד של הפגיעה הקניינית בביטחון הציבור, או תיקון של עקיפת השוק, בלשון פוזנר. מובן כי הסכמת הבעל אין פירושה פטור הכרחי מעברות אחרות שהתגבשו לצד הגנבה, כמו התפרצות וכדומה. בהקשר זה אני תומך בפרשנות מצמצמת למונח "בלי הסכמת הבעל", ובפרשנות רחבה למונח "הסכמת הבעל", פרשנות שתפטור מאחריות פלילית את מי שעשה את המעשה תוך הסכמת הבעלים, שאותה קיבל מראש או בזמן אמת.

היססתי אם נכון להוציא מתחומי הדין הפלילי גם את מי שקיבל הסכמה בדיעבד. איזו פגיעה אנו מונעים אם הושגה הסכמה כזו, במיוחד כשהיא טובה? ניתן לסבור כי אם הסכמה כזו תגיע מכל המרכיבים הרלוונטיים של הפירמדה הקניינית ולא רק מגורם נמוך בפירמידה, אין עוד פגיעה שיש לטפל בה בדין הפלילי דווקא. אלא שבסופו של דבר עניין זה מחייב מבט חדש בעברות אחרות, למשל קבלת דבר במרמה, עושק וכדומה – אם גם בהן ראוי להחריג מהדין הפלילי הסכמות בדיעבד. השאלה היא למעשה של יצירת סייג חדש לעברות, וזו שאלה רחבה מכדי להיכנס אליה בגדרי מחקר שכזה. אף שאני נוטה לסבור שהסכמה טובה ושלמה בדיעבד עשויה לרפא חלק ניכר מפגעי הגנבה, הרי שעולים חששות שעמם יש להתמודד, כמו יצירת תמריץ לגנבים להפעיל לחץ על הקרבנות וכדומה.

(ג) טיב ההסכמה: איזה סוג הסכמה נדרש מצד הבעלים כדי לפטור את הנוטל מאחריות לגנבה? האם דרושה הסכמה מדעת, מרצון טוב וחופשי? או שגם הסכמה כפויה היא בגדר הסכמה? עברות אחרות מגנות על הפרט מפני מסירת רכוש שלא מרצון חופשי או מדעת. עברת הסחיטה באיומים לפי סעיף 428 לחוק העונשין מגנה על הפרט מפני מסירת רכוש (או מתן טובת הנאה אחרת) שלא מרצון חופשי אלא מתוך החשש ממימוש איום כזה או אחר. עברת השוד לפי סעיף 402 לחוק מגנה על הפרט מפני מסירת רכוש שלא מתוך רצון חופשי אלא מתוך החשש מפני איום ספציפי באלימות. העברה של קבלת דבר במרמה לפי סעיפים 404–405 לחוק מגנה על הפרט מפני מסירת רכוש (או דברים אחרים) שלא מדעת.⁹³ לאור זאת ניתן לסבור שההסכמה שבה דן סעיף הגנבה היא פורמלית גרידא, משום שעברות אחרות מגנות על מסירת חזקה מתוך הסכמה שלא מדעת (מרמה) או שלא מרצון טוב וחופשי (סחיטה, שוד). עם זאת היעדר חפיפה בין היסודות העובדתיים של העברות האמורות לבין היסוד העובדתי של עברת הגנבה מרמז שייתכנו מקרים שבהם אדם נוטל ונושא נכס בהסכמת הבעלים שהושגה שלא מדעת או שלא מרצון טוב וחופשי, שלא ייחשבו לעברת מרמה בשל היעדר טענת עובדה שקרית (סעיף 404); לא ייחשבו לסחיטה משום שלא היו כרוכים באיום בפגיעה שלא כדין (סעיף 428); לא ייחשבו לשוד משום שלא כללו איום באלימות (סעיף 402). האם יש לשלול תחולה של עברת הגנבה במצב שכזה משום שהושגה הסכמה שלא מדעת הבעלים?

92 ככתוב בפרק 2, במשפט המוסלמי היו מלומדים שסברו שאם עברייך רכש בעלות בנכס הגנוב בטרם דווח הפשע לרשויות, הדבר עשוי לשלול עונש. ראו: Hisham M. Ramadan, *Larceny Offences in Islamic Law*, 2006 MICH. ST. L. REV. 1609, 1628 (2006).

93 קרמניצר גרס כי הערך המוגן במרמה הפלילית דווקא אינו חופש הרצון, חופש הפעולה וחופש הבחירה של הפרט, בהיותם ערכים רחבים מדי, וגרס כי הערך המוגן בעברה מתקשר לרכוש. ראו המרמה הפלילית, לעיל ה"ש 3, בעמ' 39–47. במקום אחר ניתחתי את ההבדלים בין עברות רכוש שונות באופן המדויק שבו נפגעת ההסכמה, תוך השוואה לאופן שבו היא נפגעת בעברות מין שונות. ראו אסף הרדוף "אינוס מרחוק או רחוק מאינוס? על מחוקק אדיש, על תביעה יצירתית ועל דיני האונס, מטרתם וגבולותיהם" (טרם פורסם).

אודה כי התלבטתי. תחילה סברתי כי החשובה היא "לא": ניתן לתמוך בכך שההסכמה המופיעה בין יסודות העברה תהיה הסכמה טובה ומהותית ולא פורמלית, הסכמה מדעת ומרצון חופשי. לכאורה רק הסכמה כזו צריכה לפטור מאחריות פלילית, בין שהיא מגיעה לפני הנטילה ובין במהלכה. לפי גישה זו, הפעלת לחץ כזה או אחר פירושה שאין מדובר בהסכמה, ולבד מהאפשרות לקיומן של עברות אחרות ייתכן שידובר בגנבה.⁹⁴ מובן שאין להאשים כל סוחט ומרמה גם בגנבה, שבה מוטב להשתמש בהקשרים אלו רק כאשר יסודות העברות האחרות אינם מתקיימים במלואם. בפרשת דרוויש (שכזכור עסקה בגנבה בידי נפקדים ולא בגנבה הקלאסית) כבר ניתנה פרשנות מהותית ולא פורמלית למונח זה, עת נקבע שהסכמה המבוססת על מצג שווא לאו הסכמה היא. דומה שזו הגישה העולה במפורש גם מפרשות פרי⁹⁵ והירשזון.⁹⁶

מנגד, החוק אינו מציין במפורש שמדובר בהסכמה חופשית ומדעת, אף שהוא עושה כן בנוגע לאיסורים אחרים. מזיגת מהות לתוך היסוד "ללא הסכמה" מרחיבה את תחולת האיסור, אולי הרחבה ניכרת: הסכמת הבעל אינה מספקת עוד, אלא נדרשת הסכמתו מדעת ומרצון. האם יש מקום – דרך פרשנות או דרך שינוי החוק – להרחבה שכזו? הרי המחוקק יודע להבחין בין סוגי הסכמה. למשל, האיסור על אינוס שבסעיף 345(א)(1) לחוק מדבר במפורש על הסכמה חופשית; סעיף 316(א) לחוק שמתייחס להפסקת היריון מדבר במפורש על הסכמה מודעת; סעיף 3 לחוק הגנת הפרטיות מגדיר את ההסכמה מודעת במפורש או במשתמע. לאור זאת ניתן לסבור שאין לצבוע את ההסכמה בגוון מהותי בלי שהמחוקק עצמו הוסיף למילה "הסכמה" את המילים "חופשית ומדעת". הסכנה בגישה של הסכמה מהותית היא ביצירת פתח להרחבת האיסור ולטענות של היעדר הסכמה מדעת מצד הבעל, אך אפשר שאין מדובר בשינוי דרמטי, באשר ממילא במקרים רבים שבהם אי אפשר כיום להאשים בגין גנבה בשל הסכמה שלא מדעת, ניתן לנסות ולמצוא עברות מתאימות אחרות. בהמשך לכך, חשש נוסף הוא חפיפה מסוימת בין הגנבה לבין עברות אחרות; גם חשש זה אינו בהכרח משמעותי בשל השוני שבין מרבית יסודות העברה. למשל, בלי קשר לשאלת ההסכמה, התנהגות של נטילה ונשיאה בעברת הגנבה שונה מהתנהגות של קבלה.⁹⁷ ומכל מקום, אי אפשר יהיה להעניש פעמיים בגין אותו מעשה, כאמור בסעיף 186 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982.

94 ניתן לסבור שפרשנות זו יוצרת הרמוניה עם סעיף 402 לחוק העונשין, שמגדיר שוד: "הגונב דבר, ובשעת מעשה או בתכוף לפניו או לאחריו מבצע או מאיים לבצע מעשה אלימות באדם או בנכס כדי להשיג את הדבר הנגנב או לעכבו אצלו או כדי למנוע התנגדות לגנבת הדבר או להתגבר עליה, הרי זה שוד". כאמור בפרשת פרץ, מקובל לומר כי השוד הוא צורה מוחמרת על עברת הגנבה, צורה המכילה את הגנבה; כך נכתב גם לאחרונה: ראו ע"פ 2774/12 אבשלומוב נ' מדינת ישראל פס' 14 (פורסם בנבו, 19.3.2013). כדי לומר זאת, על עברת השוד לבלוע את עברת הגנבה במובן היסודות. אם היסוד "בלי הסכמת הבעל" מחריג מקרה שהושגה בו הסכמה תוך איום באלימות, ברור שהשוד אינו יכול לבלוע את הגנבה. ראו לעניין זה גם ע"פ 132/57 נכט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יא 1544 (1957). לאחרונה כתב הלוי כי שוד הוא גנבה המתבצעת תוך אלימות או הפחדה: השוד הוא מכלול עברות פליליות ספציפיות של גנבה שייחודן בשימוש באלימות. ראו גבריאלי הלוי תורת דיני העונשין כרך ד 709 (2010).

95 דנ"פ פרי, לעיל ה"ש 78, פס' 79–80 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. יש להדגיש שבאותו עניין נותחה עברת הגנבה בידי נפקד ולא הגנבה הקלאסית.

96 ע"פ 7641/09 הירשזון נ' מדינת ישראל, פס' 44 לפסק דינו של ריבלין (פורסם בנבו, 4.7.2011).

97 לביקורת חריפה על רכיביה המקובלים של עברת המרמה והצעת רכיבים חלופיים ראו קרמניצר המרמה הפלילית, לעיל ה"ש 3, בעמ' 16–25 ולאורך החיבור כולו.

בסופו של דבר אני סבור שאין הכרח שההסכמה תהיה מדעת כדי להוציאנו מתחומי העברה. אם פלוני מוסר לאלמוני נכס, בהסכמתו שאינה מדעת – לא בגנבה עסקינן, משום שהערך המוגן שעניינו "הביטחון הקנייני הבסיסי" אינו נפגע במצב שכזה, שאינו כרוך בפוטנציאל להתפרצות אלימה בזמן האירוע בשל גילוי הקרבן את הגנב בזמן אמת, בעת ביצוע מעשה הגנבה. מנגד, על פי פרשנות הדין כיום, מסירת נכס שלא מדעת עשויה לגבש יסודות של מעילה או של מרמה, כמפורט בהמשך הפרק. לשון אחר: הסכמה מאיינת את הגנבה הקלאסית בשללה את אפשרות הפגיעה באחד הערכים הנפגעים העיקריים. ההסכמה עשויה להיות מפורשת או משתמעת.

האם ההסכמה צריכה להיות חופשית? תשובתי מתפצלת לשני כיוונים, שניהם מתקשרים הן לממד נורמטיבי והן לזיקה בין גנבה לבין עברות שונות. מבחינת הממד הנורמטיבי ניתן לגרוס כי על ההסכמה להיות חופשית, משום שהסכמה שאינה חופשית מאפשרת פגיעה בביטחון הקנייני הבסיסי. כאמור לעיל, נהוג לסבור ששוד בולע את עברת הגנבה, ואם זה המצב, ברור שנטילה בהסכמה שאינה חופשית עדיין יכולה להיחשב נטילה ללא הסכמה. מנגד ניתן לסבור כי ההסכמה אינה צריכה להיות חופשית, באשר נטילה בהסכמה כפויה מטופלת היטב בעברות אחרות, כמו הסחיטה והשוד. הסוחט והשודד מקבלים את הדבר מהנסחט ומהנשדד מרצון שאינו חופשי. אם נגיד שההסכמה המוציאה מגדרי עברת הגנבה חייבת להיות חופשית, הרי שהרבה מאוד סוחטים – לפחות אלו שנוטלים ונושאים נכס מהקרבן – יהפכו גנבים. כל סוחט שמקבל מקרבן נכס מוחשי ולוקח אותו בלי כוונה להשיבו – ייחשב גנב. מה הטעם בכך? כיצד הכינוי "גנב" מתאר אותו במדויק ומאותת לציבור בחדות על הסכנה הנובעת ממנו? דומני שמוטב לקרוא לכל עבריין בשמו המדויק, ומוטב לצמצם במידת האפשר חפיפה בין עברות. באשר לשודד, מי שיסבור שגם הסכמה שאינה חופשית מוציאה את הנוטל מגדרי עברת הגנבה לא יוכל עוד לומר שעברת השוד, בנוסחה הנוכחי, בולעת את עברת הגנבה, משום שהשודד מקבל את הסכמתו הלא חופשית של הנשדד, ובמובן זה אין הוא גנב, משום שגם הסכמה לא חופשית תוציא את המבצע מתחולת עברת הגנבה. אך היא לא תוציאו מתחולת עברת השוד, ולכן אין בהכרח בעייתיות בגישה זו, שמפרידה בין יסודות הגנבה והשוד, ולא מן הנמנע שחשיבה מחדש על עברת השוד תתפוס אותו לא כצורה מוחמרת של גנבה, לא כעברה הבולעת את יסודות הגנבה, אלא כמשהו שונה. אני כשלעצמי נוטה לסבור כי כל הסכמה שהיא מוציאה אותנו מתחולת עברת הגנבה אם כי לאו דווקא מתחומי הדין הפלילי או הדין האזרחי.

לעומת זאת עברת הגנבה בידי נפקד, שאינה עוסקת בערך המוגן של הביטחון הקנייני הבסיסי אלא מתקשרת ליחסי אמון, ניתנת לכאורה לפריסה גם על מצבים שבהם הבעל הסכים למעשה של הנפקד אך עשה כן שלא מדעת. זאת מן הטעם הפשוט שהסכמה אינה נמנית כלל עם יסודות העברה, וייתכן שהיסודות שכן מנויים, כמו היסוד "מחזיק כדין" והיסוד "פיקדון", אמנם נבחנו במקרים מסוימים על רקע שאלת קיומה של הסכמה מדעת להפקדה.

במרמה ובלי תביעת זכות בתום לב

רכיבים אלו פורשו כאפיון של היסוד הנפשי המלווה את הנטילה: נטילה היא "במרמה ובלי תביעת זכות בתום לב" אם היא ברצון ובכוונה. לפני שאתייחס לבעייתיות העולה מהדרך שבה פירשו בתי המשפט את הרכיבים הללו, אציין כי לטעמי השימוש במונח "במרמה" אינו מוצלח מבחינת הרמוניה חקיקתית. סעיף 415 לחוק העונשין מקים עברה של קבלת דבר במרמה וסעיף 414 מגדיר "מרמה" כהטעיה: "טענת עובדה בעניין שבעבר, בהווה או בעתיד, הנטענת בכתב, בעל פה או בהתנהגות, ואשר

הטוען אותה יודע שאינה אמת או שאינו מאמין שהיא אמת". הסעיף מגדיר את המונח "לרמות": "להביא אדם במרמה לידי מעשה או מחדל". דהיינו, המונח "מרמה" מגלם רכיב עובדתי, ולא סתם רכיב עובדתי – אלא התנהגות. אמנם ההגדרה של "מרמה" באה בתוך סימן ו', שעניינו מרמה, סחיטה ועושה, ולא בסימן שעניינו גנבה, אלא שאין כל הגדרה אחרת למונח "מרמה" בחוק העונשין, לא בסעיף ההגדרות (סעיף 34 כד לחוק) ולא בסעיפים אחרים.⁹⁸ מבט באיסורים אחרים בחוק העונשין שאינם בסימן זה מעלה כי גם בהם "מרמה" הוא רכיב התנהגותי או נסיבתי: כך באשר להבאת אדם לזנות בנסיבות מחמירות לפי סעיף 203(ב)(3) לחוק, "בהסכמה שהושגה במרמה"; באשר להתנהגות פסולה במקום ציבורי לפי סעיף 216(3) לחוק, "באמתלת כזב או מרמה"; כך באשר להדחה בחקירה ובעדות לפי סעיפים 245(ב) ו-246(ב) לחוק, "בדרך של מרמה"; כך באשר לעברת מרמה והפרת אמונים של עובד ציבור לפי סעיף 284 לחוק, "מעשה מרמה"; כך באשר לאינוס במרמה לפי סעיף 345(א)(2) לחוק, "שהושגה במרמה"; כך באשר לעברה של גנבת קטין לפי סעיף 367 לחוק, "מעכב במרמה". שני איסורים נוספים שמשמשים במונח "מרמה" מצויים בסימנים הקשורים לגנבה: עברות מעין גנבה או עברות בקשר לרכב. סעיף 400 לחוק עניינו נטילת חשמל, מים או גז "במזיד או במרמה" או הטיית מים לשימוש אישי "במרמה", ואילו סעיף 413 לחוק עניינו גנבה או זיוף של מסמך או שימוש במסמך במרמה כשהמסמך קשור לשימוש ברכב. מקריאת לשונו של סעיף 400 נדמה כי "במרמה" עניינו יסוד נפשי לנוכח הצמידות ליסוד הנפשי המובהק "במזיד". לעומת זאת לשונו של סעיף 413 אינה מצטיירת כקשורה ליסוד הנפשי אלא לזיקה של השימוש במסמך לאדם אחר, קרי ליסוד הפיזי.

דומני כי התמונה שעולה ממבט זה בחוק העונשין באשר ליסוד המרמה היא של התנהגות או נסיבה ולא של יסוד נפשי. הסיבה שיסוד זה מפורש כיסוד נפשי בעברת הגנבה (ובעקבותיה, יש לשער, גם בעברת נטילת חשמל, מים או גז) היא ההיסטוריה החקיקתית, כתרגום היסוד fraudently או של היסוד dishonestly. אך מבט רוחבי בחוק העונשין שלנו מלמד כי המונח "במרמה" נראה מטעה, ומוטב "באי-יושר".

זה כשלעצמו אינו פותר את הבעיה השנייה של החוק – הפרשנות המאולצת. בתי המשפט הבהירו כי מבחן תום הלב הוא סובייקטיבי אך כולל גם רכיב אובייקטיבי: לא הנוטל יקבע מהי תביעת זכות בתום לב. כלומר, נערך מבחן גמיש תוך מבט לאמות המידה של אנשים הגונים רגילים.⁹⁹ המהלך

98 בפרשת פרי התייחס השופט לוי ליסוד "במרמה" ופנה דווקא לסעיף 414 לחוק העונשין, שמגדיר את היסוד על דרך המעשה. לוי לא מצא בכך תמה: לדרישת המרמה "ניחוח" נפשי אך מאפיין של "מעשה", הנושא גם פן אובייקטיבי. ע"פ 1784/08 פרי נ' מדינת ישראל, פס' 50 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 5.2.2009).

99 אלכס סטיל ניתח בהרחבה את הרכיב "אי-יושר" שבעברה באנגליה ובמקומות נוספים. הוא ציין שאחד הקשיים שעלו בנוגע לרכיב היה אם הוא אובייקטיבי או סובייקטיבי: האם השאלה היא מה יחשבו אנשים רגילים על המוסריות של הנטילה, או מה חשב הנאשם בשעת הנטילה? בתי המשפט באנגליה קבעו תחילה שזהו יסוד אובייקטיבי; בהמשך הוסף שלב במבחן, ונפסק שקודם כול יש לבחון סטנדרט אובייקטיבי, ובהיעדר אי-יושר אובייקטיבי, יזוכה הנאשם. אם מדובר באי-יושר אובייקטיבי, יש לבחון אם הנאשם הבין זאת. סטיל ציין כי מבחן משולב זה זכה לביקורת. הוא גרס כי עניין מטריד הוא שהרכיב "אי-יושר" הפך לרכיב המפתח להפללה נוכח חמקמקותו. ועדה שדנה בעברת המרמה הציעה תחילה להסיר את היסוד של אי-יושר מעברת המרמה אך לבסוף ויתרה על הצעה זו. גם בקנדה בוקר היסוד של "במרמה", ואף נכתב שהוא "רכיב המסתורין" של גנבה. בתי המשפט נתנו משקל מזערי ליסוד זה, ובית

שערכו פה בתי המשפט הוא בעייתי ומזכיר במונח מה את המהלך שערכו בתי המשפט בנוגע לרכיב הקנטור בשאלת הרצח. עניין זה עלה בפרשת בנו ובהמשך בפרשת אזולוס המפורסמת. צוין כי היסוד של היעדר התגרות כולל פן אובייקטיבי ופן סובייקטיבי: הפן הסובייקטיבי מתמקד בנאשם ובמה שחש ותפס ואם איבד שליטה בגין התנהגות הקרבן, ואילו הפן האובייקטיבי בוחן אם האדם הסביר או האדם מן היישוב היה חווה את הסיטואציה כהתגרות והיה עלול לאבד שליטה.¹⁰⁰ בפרשת ביטון הוקדש דיון נוסף לשאלה זו: כיצד ניתן לנתח ניתוח אובייקטיבי רכיב שמופיע כחלק מהיסוד הנפשי? איך ניתן לפרש פירוש אובייקטיבי את היסוד "היעדר התגרות" בשעה שהוא מופיע כחלק מהיסוד "כוונה תחילה"? הנשיא (בדימוס) ברק הביע מודעות לבעיה ה"אנליטית", כדבריו, של כפיית רכיב אובייקטיבי לתוך רכיב המוגדר כחלק מהיסוד הנפשי וקבע כי תפיסתה של שיטת המשפט את המושג "התגרות" היא שתקבע ולא רק תפיסת הנאשם. בית המשפט אינו יכול להוציא את המבחן האובייקטיבי ממקומו הקיים ו"להעבירו" אל מחוץ להגדרת ה"כוונה תחילה" אלא רק לייצר רף אובייקטיבי פרשני בשל הצורך החברתי החיוני בכך. תוצאה זו אינה מושלמת, אך עדיפה על החלופה. לא ראוי להשיג "תיקון אנליטי" על חשבון תקלה חברתית: "תיאוריה או חברה – חברה עדיפה".¹⁰¹ לא נתקלתי בדיון ישראלי דומה המגלה מודעות לבעייתיות שברכיב "במרמה ובלי תביעת זכות בתום לב", הגם שנראה שבית המשפט נקט מהלך דומה: הוספה או אפילו כפייה של רכיב אובייקטיבי אל רכיב שנולד כסובייקטיבי. המרב שעשה בית המשפט הוא לציין, לעתים, שההיבט הנפשי הוא עיקר, וההיבט הפיזי הוא רק ראייה לעמיתו הנפשי,¹⁰² ראייה חזקה מאוד.

מדוע אין ניתוח עשיר של הבעיה? אפשר להעלות על הדעת כמה סיבות אפשריות: ראשית, לא פשוט למצוא מקרה של פער בין הרכיב האובייקטיבי לסובייקטיבי. קשה לתאר מצב שבו אמנם יקבל בית המשפט כעובדה כי הנאשם מילא את כל רכיבי העברה פרט לאחד, ובד בבד יאמין לו כי עשה כן תוך אמונה שהנטילה היא בזכות ובתום לב.¹⁰³ שנית, מתקשר לכך וחשוב מכך, לא פשוט לדמיין מצב

המשפט העליון כתב החלטה בשנת 1975 שאימצה את הכיוון של היעדר טעות ושל ידע שמדובר ברכוש של אחר. ראו: (2009) 38 CLWR 103, 114–116. Alex Steel, *The Meanings of Dishonesty in Theft*.
 100 ראו את דברי הנשיא אגרנט בע"פ 396/69 בנו' נ' מדינת ישראל, פ"ד כד (1) 561, 579 (1970); ואת דברי הנשיא ברק בע"פ 3071/92 אזולוס נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 573, 577–578 (1996).
 101 דנ"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל, פס' 62–65 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק (פורסם בנבו, 27.11.2006). הנשיאה ביניש הצטרפה לברק וציינה כי הצעתו להותיר את הדין הקיים והמלצתו למחוקק לבחון מחדש את דיני ההמתה הן המוצא הראוי היחיד מהסבך שנוצר מהגדרת עברת הרצח בחוק ומההלכה שהשתרשה משך עשרות שנים. לביקורת עדכנית על פסק דין זה ראו מרדכי קרמניצר וליאת לבנון מורג "על היסוד של העדר קנטור בהגדרת ה"כוונה תחילה" – בעקבות דנ"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל" ספר דיויד וינר – על משפט פלילי ואתיקה 547 (דרור ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009).

102 ראו ע"פ 752/90 ברזל נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 539, 559 (1992).

103 בנוגע לשאלת הקנטור, בפרשת ביטון דווקא נמצא פער כאמור, בין האובייקטיבי לסובייקטיבי. דובר בשני חברים שנהגו לעשן סמים יחדיו. ביטון נהג לרכוש סמים מחברו בניסטי ושילם לו במזומן ובכדורי הרגעה שקיבל מרופא. בוקר אחד פרץ ויכוח בין השניים בעניין חובו של ביטון לבניסטי. בניסטי תקף את ביטון והכה אותו בראשו. ביטון שטף פניו, התאושש מהמכה, והשניים החלו להשתמש בסמים. כמה שעות אחר כך התחדש הוויכוח. בניסטי אמר שיבוא לבית הוריו של ביטון ו"יעשה להם את המוות". בתגובה תקף אותו ביטון בזנב תרמיל של פגז מרגמה במשקל 3.4 ק"ג, ובאמצעותו הכהו נמרצות בראשו ובגופו. בניסטי מת וביטון הואשם ברצח. בית המשפט המחוזי קבע כי מבחינה סובייקטיבית ביטון אמנם חש

שבו הנאשם ממלא אחר כל יסודות העברה ועדיין פועל תביעת זכות בתום לב. האם אדם יכול ליטול ולשאת דבר הניתן להיגנב, בלי הסכמת הבעל, כשהוא מתכוון בשעת הנטילה לשלול את הדבר מבעלו שלילת קבע, והכול תוך תביעת זכות בתום לב? אם למשל אדם סבור שהוא נוטל נכס שלו עצמו בחזרה, ברור שהוא סבור שיש לו הסכמת הבעל (הוא עצמו), ושאינן הוא מתכוון לשלול את הדבר מבעלו שלילת קבע (וכאמור, בשלב זה אני מניח כי "בעל" הוא אחד מבעלי הזכות ולא בהכרח כולם). אם אדם נוטל חפץ שאינו יודע שיש לו בעלים, הרי שאין מתקיימת בו מודעות באשר לרכיב "בלי הסכמת הבעל", וממילא יוכל גם ליהנות מסייג הטעות בעובדה לפי סעיף 34 לחוק העונשין.¹⁰⁴ האם ניתן לדמיין מצב שבו אדם מודע לכך שהוא נוטל דבר ללא הסכמת הבעלים, בכוונה לשלול קבע, אך תוך תביעת זכות בתום לב? אדם שעושה דין לעצמו ונוטל ללא הסכמה מחברו דבר שאינו שייך לנוטל, אך לדעתו הוא זכאי לו מכוח הסכם מוקדם שבינתיים הופר (ולכן ההסכמה אינה תקפה עוד) או מכוח מימוש חוב, עשוי להיכנס למסגרת זו, כעולה מפרשת פרץ. האם נטילה שכזו תיחשב "בתום לב"? באותו מקרה, בשל הנחות עובדתיות שהועלו לטובת הנאשם, נקבע שכן. אני מתקשה לראות תום לב במצב של נטילה כוחנית של נכס מאדם אחר ומתקשה גם לדמיין שבית המשפט בימינו ישחזר את הקביעה מאותה פרשה. בהמשך לכך, לא ברור לי גם כיצד נטילה בסתר בלי הסכמת הבעל ומתוך מודעות להיעדרה תיחשב "בתום לב", להבדיל מנטילה הנעשית דרך צינוורות החוק, למשל ההוצאה לפועל, אך אז ממילא איש לא יקרא לכך "גנבה" משום הגנת הצידוק המעוגנת בסעיף 34 לחוק העונשין. לסיכום, סבורני שהרכיב האמור אינו נחוץ, וקשה מאוד לדמיין סיטואציה שמתקיימים בה כל יסודות העברה, ואילו הרכיב של תביעת הזכות בתום לב הוא שמוציא את הנוטל מתחומי עברת הגנבה.

כשהוא מתכוון בשעת הנטילה לשלול את הדבר מבעלו שלילת קבע

כקודמו, גם רכיב זה מתקשר ליסוד הנפשי. להבדיל מקודמו, היסוד הנפשי בו ברור יותר ואינו מתקשר למושג שנראה כמו התנהגות ("במרמה") או למושג שלכאורה נראה אובייקטיבי ומתקשר גם הוא להתנהגות ("בלי תביעת זכות בתום לב"). הרכיב הנוכחי עניינו כוונה מיוחדת: לא די שאדם נוטל ונושא נכס ללא הסכמת הבעלים, ולא די שהוא מודע לכך; עליו לעשות זאת בהקשר מסוים, למטרה מסוימת, לשלול את הדבר לתמיד מבעליו.

וידוגש: שלילת הקבע עניינה כוונה ולא תוצאה. כפי שכבר צוין, עברת הגנבה איננה עברת תוצאה, כאשר בין יסודותיה אין תוצאה, ובוודאי אין תוצאה של שלילת קבע. הגישה שמדובר בעברה תוצאתית

התגרות, אלא שמבחינה אובייקטיבית לא הייתה כזו נוכח פער הזמנים בין תקיפתו של בניסטי את ביטון לבין הריגתו של ביטון את בניסטי. בית המשפט העליון הותיר ההרשעה על כנה. לעיל ה"ש 101. 104 סטיל תהה מה מוסיף הרעיון של היעדר טעות לעברה: קשה מאוד להתכוון לשלול מהבעלים אלא אם כן הנטילה היא בכוונה וללא טעות. הוא כתב כי חוק הפשעים הניו זילנדי משנת 1961 (The New Zealand Crimes Act 1961) השתמש במילים "במרמה וללא תביעת זכות". בית המשפט ניסח מבחן סובייקטיבי מאוד שאפשר זיכוי גם למי שמודע להיות הקוד המוסרי שלו שונה מאוד מזה של יתר החברה. בשנת 2003 הוחלפו המילים האמורות במילים "באיי-יושר וללא תביעת זכות" (Crimes Act (1961–2003) (NZ) S. 219). "איי-יושר" הוגדר היעדר אמונה שהייתה הסכמה מפורשת או מודעת וכדומה. נראה שהגדרה הניו זילנדית דורשת את אמונת הנאשם שהסכמה כבר ניתנה, ולא די שהאמין שהיה יכול לקבלה. סטיל כתב שזו המדינה היחידה שמגדירה אי-יושר באופן כזה ותהה אם הגדרה כזו מוסיפה לעברה, כאשר אמונה שהקרבת הסכים להקצאה נראית כמו טעות במצב דברים. ראו: Steel, *The Meanings of Dishonesty in Theft*, לעיל ה"ש 99, בעמ' 110, 117–119.

משום שכאשר מתקיימים יסודות העברה בהכרח נגרם נזק לאובייקט הפיזי של מכלול נכסי הזולת, ושגנבה כרוכה בשלילת קבע, אינה נכונה לטעמי, משתי סיבות: הראשונה היא שהחוק אינו כולל בין יסודותיו תוצאה פורמלית של שלילת קבע או כל פגיעה אחרת בקניין, וגם אם סביר להניח שאמנם חלה פגיעה מסוימת בקניין במרבית המקרים, הרי שאין זה הופך את העברה לתוצאתית. גם עברת האונס הבסיסית אינה עברת תוצאה, אף שמטיבו האונס כרוך בפגיעה בכבוד, בגוף, באוטונומיה וכדומה. הימנעות המחוקק מליצור רכיב תוצאתי שיכלול את הפגיעות האמורות מקלה על התביעה, ונאשם שיטען כי אנס בלי לפגוע בגוף וכדומה – לא יישמע. הסיבה השנייה היא שלא בכל מקרה מתגבשת פגיעה במכלול נכסי הזולת, באשר הרכוש הגנוב עשוי להיתפס ולהיות מושב לבעליו בלי שנגרע מהבעלים כוח הקניין (מעשית ולא עיונית). למשל, אדם נטל נכס של אחר והשליכו מיד אחר כך; אותו רכוש נמצא והושב לבעליו, שבינתיים לא נזקק לו. חוץ מהידיעה המטרידה בדיעבד על שקרה לרכוש, מכלול נכסיו של הבעלים לא נפגע.¹⁰⁵ בדומה לזה, אדם שגנב והתחרט והשיב את הנכס לבעל, וזה מוחל לו, מבחינת החוק הקיים עודנו גנב. לכן הטיעון שכל התקיימות של יסודות העברה מביאה לפגיעה במכלול נכסי הפרט הוא גורף מדי. מלבד זאת, הוא אינו חד מספיק, באשר אינו מזהה במדויק את הערך המוגן בעברת הגנבה. האם הערך המוגן בגנבה הוא הקניין, במובן זה שכל הפרעה לקניין מגבשת אותו? ודאי שלא. מניתי קודם לכן הפרעות שונות לקניין שאיש לא יטען שהן בבחינת גנבה, כמו הפרת חוזה או פגיעה נזיקית. צמצום היקפו של מכלול רכושו של הקרבן אינה אינהרנטית להתקיימות יסודות עברת הגנבה, ומנגד היא מתרחשת באין-ספור מקרים אחרים שאינם מגבשים את עברת הגנבה. עברת הגנבה אינה תוצאתית, אף שבמקרים רבים, ואפילו במקרה הטיפוסי, היא כרוכה בתוצאה. היעדר הצורך להוכיח תוצאה מקל כאמור על התביעה ולא על הנאשם, באשר אין הכרח להוכיח תוצאה של פגיעה במכלול נכסי הזולת כדי להרשיע בגנבה, אף שמוכן שתוצאה כזו עשויה להשפיע על שיקולי העונש. לסיום נקודה זו אדגיש את שהדגשתי במקום אחר: כל עברה היא עברת תוצאה ברובה, באשר המשפט הפלילי בא למנוע תוצאות רעות ולא למנוע התנהגויות רעות שאינן מזיקות כשלעצמן.¹⁰⁶

לאחר ההבהרה האמורה אשוב לרכיב הכוונה המיוחדת "כוונה לשלול בשעת הנטילה את הדבר מבעליו שלילת קבע". הרעיון המתבטא ברכיב זה: מי שנוטל דבר שלא מתוך כוונה כזו כנראה נוטל את הדבר מתוך כוונה להשיבו לבעליו בהמשך הדרך, וכך נשלף העוקץ הפלילי מהתנהגותו. למשל, אדם ששואל ללא רשות נכס של חברו אינו גנב, ובלבד שהתכוון להשיב את הרכוש לבעליו בהמשך הדרך (ולכאורה "המשך הדרך" עשוי להיות רחוק מאוד). רכיב שעניינו כוונה מיוחדת מעלה דילמה פרשנית שעניינה תחולת הלכת הצפיות. בית המשפט העליון החיל את הלכת הצפיות על עברות מסוימות של כוונה מיוחדת, כמו כניסה לשטח בכוונה להרגיז, לפי סעיף 286 לפקודת החוק

105 כאן שבה ועולה השאלה "מהו נזק?", שהזכרתי קודם, לעיל ה"ש 79. בשפה המשפטית בישראל הטיעון שעומד מאחורי עמדת פלר הוא שגם במצב כזה יש נזק: פגיעה בערך החברתי המוגן מן הכרסום בתחושת הביטחון בקרב הציבור בשל שלילת זכויותיו הלגיטימיות של כל פרט בקניינו. ראו: ש"ז פלר "עוד על 'עוד' – לעניין מומנט ההשלמה של עברה פלילית" משפטים כ 119, 124 (1990). הבעיה בסוג טיעון שכזה היא שהנזק או הערך המוגן הנפגע הם מופשטים ולמעשה שונים מאלו שעליהם מגנה העברה בביור. כלומר, במקום הגנה על "מכלול נכסי הזולת" אנו עוברים להגנה על הביטחון הקנייני הבסיסי של הפרט. אף שהדברים קשורים, עדיין מדובר בערכים שונים.

106 ראו אסף הרדוף "פסקת הפללה: טיעון חוקתי נגד הפללה – על גבולות המשפט הפלילי וגבולות פסקת ההגבלה" משפטים מב 243, 272–273 (2012).

הפילי, 107 ומאוחר יותר סיוע לאויב במלחמה לפי סעיף 99 לחוק העונשין באשר לכוונה לסייע לאויב, 108 אך מיאן להחילה על עברות אחרות, כמו לשון הרע, באשר לכוונת פגיעה. 109 האם הלכת הצפיות חלה על עברת הגנבה? דומני שבעקיפין (ולא במפורש) החילו אותה בתי המשפט כאשר בחנו את סבירות האפשרות להשיב את הנכס. 110

צפיות או לא, ניתן לסבור שרכיב זה צר מדי או לחלופין רחב מדי ביחס לערך המוגן. צר מדי כיצד? אם אמנם באה עברת הגנבה להגן על מכלול נכסי הזולת או להגן על תחושת הביטחון של הפרט בקניינו, מה חשיבות יש לכוונת הנוטל להשיב את הנכס, שלא לדבר על סבירות ציפיותיו להשיב את הרכוש, כאמור בפרשות משריקי ונרקיס? שאילה אינה נכנסת לגדרי עברת הגנבה כיום. אבל מדוע לא? הרי גם בשאילה ללא רשות תיתכן פגיעה קשה בזכות הקניין שעליה כתב קרמניצר או בביטחון הקנייני שאליו כיוון פלר. צרות היתר עשויה לעלות גם לנוכח עיתוי הכוונה לשלילת קבע. אם אדם נוטל רכוש מתוך כוונה להחזירו, אך בהמשך מתגבשת בו הכוונה שלא להשיב את הרכוש לעולם, לכאורה אין הוא גנב. מדוע? הרי הפגיעה הקניינית היא אותה פגיעה של מי שהתכוון מראש לשלילת קבע. האם הפגיעה הערכית המופשטת פחותה במצב שכזה? האם ממד הפרת הסדר וביטחון הציבור ברכושו נפגע קשה מאוד כאשר לנטילת החזקה נלווית כוונה לשלילת קבע, לעומת מקרה שבו הנטילה תמימה למראה והכוונה מתגבשת בהמשך? עניין זה מחזיר אותנו לדיונים של ימי קדם בהתגבשות עברת הגנבה (פרשת פיר, למשל) ומעלה שאלות הנוגעות לעיתוי הכוונה ולהוכחתה.

במה מתבטא רוחב היתר? הסעיף פורש בפרשת אפשטיין כמתייחס לדבר עצמו באופן שהשבה של דבר דומה ואף זהה עדיין מגבשת את יסודות הסעיף. לפי ההיגיון בפרשה זו, כאשר אדם נוטל ללא רשות שטר של 100 ש"ח משולחנו של שותפו לדירה שנמצא בחו"ל ואינו זקוק לו כעת, ובהמשך משתמש הנוטל בשטר זה, מוציא שטר חדש מכספומט ומשיבו לארנק שותפו לדירה עוד בטרם שב השותף ארצה, מתגבשת הכוונה המיוחדת וניתן לכנותו גנב. אך למעשה מה אכפת לבעלים אם על שולחנו מצוי השטר שקיבל שלשום מהבנק, אמש מבית עסק או היום מחברו? מה אכפת לאדם אם חברו צרך מוצר מסוים שברשותו והשיב לו מוצר חדש וזהה? לעתים יהיה אכפת לו, וזאת אם מדובר במוצר ייחודי ובעל ערך ספציפי בשבילו, אך במקרים רבים אין הוא נפגע בכל צורה שהיא, וגם הפגיעה המופשטת (בציבור) מפוקפקת ואינה שונה ממקרה שבו אדם נטל נכס ללא רשות מתוך כוונה להחזירו. רוחב היתר עשוי לעלות גם לנוכח עיתוי הכוונה. בתמונת ראי למצב המתואר קודם ניתן לשוב לאדם שנטל נכס ללא רשות מתוך כוונה לשלילת קבע, וזמן קצר לאחר מכן התחרט והשיב את הרכוש. מדוע יש לכנותו גנב? שוב עולות שאלות מעשיות של זיהוי היסוד הנפשי, שהן שאלות מורכבות לעתים. אך כעניין עיוני איני בטוח שכוונה לשלילת קבע בשעת הנטילה, במיוחד במקום שבו קרבן העברה אינו עד לנטילה ואינו מודע ליסוד הנפשי של הנוטל, אינה כזו שפגיעתה בזכות הקניין

107 ראו ע"פ 63/58 עג"מי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יג(1) 421, 431-432 (1959).

108 ראו ע"פ 172/88 וענונו נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(3) 265, 288-291 (1990).

109 ראו ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פ"ד לט(3) 205, 214-216 (1985). גם לאחר תיקון 39 דבק רוב בית המשפט העליון בעמדתו בעניין לשון הרע בפרשת ביטון, ואף קבע שתחולתו של "כלל הצפיות" על עברות התנהגותיות תיעשה ממקרה למקרה, לפי פרשנותו הראויה של האיסור הפילי הספציפי. ראו רע"פ 9818/01 ביטון נ' סולטן, פ"ד נט(6) 554, 573-574, 580-579 (2005).

110 באקדמיה היה הלוי נחרץ יותר והלך בדרך שונה: לדידו, מאחר שהכוונה המיוחדת נוגעת למטרה ולא למניע, אזי היא נלמדת באמצעות חזקת הלכת הצפיות. לעיל ה"ש 94, בעמ' 676.

של הקרבן או בביטחון הקנייני הבסיסי של הציבור ניתנת למסמוס על ידי טיפוח כוונה מאוחרת להשיב את הנכס, בגבולות ההיגיון ובוודאי לא לאחר התערבות הרשויות. ויודגש: דיני העונשין אינם מאפשרים למי שנטל את הרכוש ללא הסכמת הבעלים להתחרט, באשר הפטור בגין חרטה מוגבל לניסיון שלא הושלם, כאמור בסעיף 28 לחוק העונשין. זו סיבה נוספת לחשוב מחדש על הרכיב האמור.¹¹¹

שאלה נוספת הקשורה ליסוד "כוונה לשלילת קבע" מתקשרת לאופי הנטילה ולטיב הנכס. כשאדם מעתיק מידע של אחר, האם ניתן לומר כי הוא מתכוון לשלול אותו שלילת קבע? מייקל טיגר (Tigar) כתב בנוגע להעתקה כגנבה, שהגדרת הדבר שניתן לגנוב אינה פותרת את כל בעיות התובע, בדיוק משום שחסרה שלילת הקבע: לכאורה הגנב אינו שולל מהמתלונן את המידע אלא רק מגלה אותו ואז מעתיק.¹¹² אליעזר לדרמן, כמתואר בפרק הקודם, הרחיב בעניין הבעייתיות של ביסוס היסוד הזה בנוגע לעברות מחשב: בגנבה האופיינית הנכס מחליף מחזיקים ועולה סימטרייה בין מה שמרוויח הגנב לבין מה שמאבד הקרבן. לא כן באשר למידע: חשיפת ה"גנב" אליו אינה שוללת אותו מהראשון, והוא כעת מצוי בידי שניים. סודיותו של הנכס או הבלעדיות בו אבדו לקרבן, אך הנוטל לא זכה בהן.¹¹³ גישת לדרמן חושפת חולשה בטיעון המאוחר של התביעה בפרשת רום, שבה ביקשה המדינה להכיר בשימוש לא מורשה במידע כגנבה. גישת התביעה בפרשה זו והעמדה האוהדת שהביע כלפיה בית המשפט העליון אגב אורחא ובלי להכריע מעידות על חוסר הבנה או חוסר העמקה בערך המוגן בעברת הגנבה מחד גיסא, ועל פוטנציאל ההרחבה הבלתי נלאה של גישת הפרשנות התכליתית בדיני העונשין מאידך גיסא. פוטנציאל זה עולה גם מפרשת כהן, שבה סטה בית המשפט העליון מתקדים ותיק שלו והרחיב את פרשנות המונח "עובד ציבור" בשל הצורך להגן על הערכים המגולמים בעברה ותוך התרחקות מלשון החוק לטובת התכלית.¹¹⁴

111 קרמניצר כתב שבשל אופי העברות נגד הרכוש (גנבה, מרמה, סחיטה) ובשל האפשרות הטובה יותר מבסוגים אחרים של עברות להשיב את מצב הקרבן לקדמותו, מתבקשת התייחסות נורמטיבית לחרטה שעשויה להתבטא בהשבת הנכס לבעלים, "בין כפטור ובין כפרט מקל". ראו קרמניצר עיקרי מבנה וארגון של העברות הספציפיות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 284.

112 (1984) 1443, 1466 Tex. L. Rev. 62, Michael E. Tigar, *The Right of Property and the Law of Theft*.

113 אליעזר לדרמן "פעילות פסולה המסתייעת במחשבים ודיני העונשין בישראל" עיוני משפט יג 524, 499 (1988).

114 כהן היה מאבטח בחברת שמירה פרטית ושובץ על ידיה במשרד הפנים במזרח ירושלים. בשל עומס כבד באותם ימים השתמש בכוחו וקיבל כסף בתמורה לעקיפת תורים. כהן הואשם, בין היתר, בעברת שוחד. הוא הודה בעובדות כתב האישום אך כפר בהיותו "עובד ציבור", רכיב נסיבתי הדרוש להרשעה. בית המשפט המחוזי דחה את טענותיו וכך גם בית המשפט העליון, בדעת רוב. בדיון הנוסף נותרה דעת הרוב על כנה. הנשיאה ביניש כתבה את פסק הדין המרשיע והבהירה כי תכליתה של נורמה פלילית נלמדת מהמובן הטבעי והרגיל של לשון הנורמה, אך תיתכנה נסיבות שבהן הערכים שנועד האיסור להגשים יסתרו את חזקת התכלית. ביניש קבעה כי בעידן הפרטה אין לעקוב אחר הלכת אבוטבול משום ההתפתחויות במציאות הכלכלית והחברתית בישראל. כאשר שירותים ציבוריים רבים מופעלים על ידי תאגידים חוץ-ממשלתיים, מבחני אבוטבול אינם מבטאים את תכלית סעיף 290(ב) לחוק העונשין. ראו דנ"פ כהן, לעיל ה"ש 75, פס' 10, 14-18 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. השופטת פרוקצ'יה הצטרפה וכתבה כי פרשנות תכליתית בתחומי לשון החוק היא אבן יסוד בדיני הפרשנות בכל ענפי המשפט, לרבות בפלילים. היא הדגישה שלשון האיסורים הנדונים גמישה, ופרשנות תכליתית אינה פוגעת בעקרון החוקיות. שם, פס' 2 ו-9 לפסק דינה. דברים דומים כתב השופט רובינשטיין, שהסביר שעם כל הכבוד לחשיבות ניסוח האיסורים ובהירותם, עקרון החוקיות אינו מונע הרשעתו של מי שברור שהיה מודע

מהלך התביעה בעניין רום מרחיק לכת אף יותר מבחינת כפיית התכלית על הלשון. הנה, ברמת הפשטה גבוהה שתי דרכים אפשריות להבין את המהלך של התביעה בקשר לרום: "עברת הגנבה באה להגן על הקניין; גם מידע הוא קניין; את היסוד 'כוונה לשלילת קבע' יש לפרש באופן תכליתי כך שיגן על קניין; ולכן מותר לייצר פער בין ה'דבר' שאותו נוטלים (המידע) לבין מה שנשלל (הערך של המידע)". הדרך השנייה היא: "עברת הגנבה באה כדי להגן על החזקה; החזקה היא שליטה; מי שגורע ממוחלטות השליטה מתכוון לשלול את השליטה מהבעל ולפיכך הנו גנב".

שני המהלכים האפשריים הללו בעייתיים מאוד. הראשון מזהה את המטרה זיהוי לא מדויק מספיק בתור קניין (במיוחד בנסיבות הקונקרטיות, שהרי ערכו העיקרי של מבחן התמחות אינו כלכלי אלא דווקא מקצועי, חברתי ומשפטי), ותחת הרעיון שהמטרה מקדשת את הפרשנות, מציע להתעלם מהלשון. לפי החוק הקיים, הגנב נוטל ונושא דבר כשהוא מתכוון בשעת הנטילה לשלול את הדבר מבעלו שלילת קבע. איך ניתן להסביר פער בין הדבר שניטל ונישא לבין הדבר שמתכוונים לשלול מהבעל שלילת קבע? הרי הדבר הראשון הוא המידע והדבר השני הוא בלעדיותו של המידע, ערכו. אין חולק שערכה של בחינה נשלל ממנה במצב שבו הנבחנים מכירים אותה מבעוד מועד, אך אין זאת אומרת שהבחינה נשללה מהבעל או שהיה פוטנציאל כזה (מה גם שהפגיעה הערכית המגולמת פה אינה קניינית כלל ועיקר אף אם הרווח למבצע הוא קנייני). רעיון הפרשנות התכליתית עשוי להביא אותנו לפרשנות כזו, אך היא תעוות מאוד את לשון המחוקק. אילו רצה המחוקק להסתפק בנטילה שפוגמת בערך הדבר שנתר אצל הבעל, ודאי היה יודע לומר זאת. עברת הגנבה אינה מגנה מפני כל פגיעה קניינית שהיא, ובשם הרצון להגן על קניין אין למתוח את עברת הגנבה עד אין גבול.

המהלך השני האפשרי מטיעון התביעה בעייתי לא פחות. המטרה המונחת בבסיסו היא הגנה על החזקה. שלב הכרחי בטיעון הוא להשוות בין החזקה לבין שליטה, והשלב ההכרחי הבא הוא לקבוע כי מגרימה של אבדן בלעדיות השליטה נובע רצון לשלול שליטה. אין זה מהלך משכנע. שוב הוא נפתח בזיהוי לא מדויק ולא חד מספיק של הערך המוגן, ושוב נמשך בקפיצות לוגיות לא הכרחיות. ראשית, החזקה אינה שליטה. העובדה שסעיף 383(ג) לחוק העונשין עצמו מגדיר בעלות "לרבות בעלות חלקית, החזקה, זכות החזקה או שליטה", אין פירושה שהחזקה זהה לשליטה. להפך, העובדה

לחומרת מעשיו. הפרשנות התכליתית תסייע בכך, ואין לפרש את המשפט הפלילי פירוש דווקני אלא לחיות את רוח התקופה ולפרשו באופן שיתחשב גם בקרבנות. בפסקה י"ד לפסק דינו כתב: "המשפט הפלילי אינו כסוי עיניים, ועקרון החוקיות אין פירושו עקרון החסיד השוטה". דברים אלו מתארים את פוטנציאל ההרחבה של התכלית על חשבון השפה. דעת היחיד האמיצה נכתבה על ידי השופט (כתוארו דאז) גרוניס, שהדגיש כי רעיון הפרשנות התכליתית טוב ויפה הוא, אך אינו חל באותו אופן בדיני העונשין, שכוללים כללי פרשנות שונים, לאור מהותם ותכליתם והפגיעה הקשה בחירות. הוא הדגיש שעל דיני העונשין לדבר בלשון ברורה ולא מורכבת וקשה להבנה, וביקר בחריפות את עמדת הרוב בגין פגיעתה בעקרון החוקיות ואיון סעיף 34 כאלו לחוק העונשין. גרוניס הפנה לפרשת אבוטבול, שהזכרתי בהקשר אחר בפרק השלישי, שם השופטים חיים כהן ולנדוי, כל אחד בדרכו, בחרו בפרשנות שלא תרחיב יתר על המידה את המונח 'עובד ציבור' בהקשר הפלילי: ע"פ 472/74 אבוטבול נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(2) 301, 303 (1975). הדילמה הפרשנית, כתב השופט גרוניס, דומה מאוד לזו של כהן. הפרשנות דאז סבירה וגם הפרשנות של שופטי הרוב הפעם, ולכן חובה לבחור בפרשנות המקלה, הגם שהתוצאה קשה ואינה נוחה ועלולה להוביל לזיכוי אדם שביצע מעשים מכוערים ולא מוסריים. גרוניס ציין שהמחוקק לא פעל במשך 30 שנה לאחר פרשת אבוטבול בהקשר זה, ולא על בית המשפט להרחיב את העברה בעצמו. ראו דנ"פ כהן, שם, פס' 2-4 לפסק דינו של השופט גרוניס. בהמשך פנה גרוניס לעברת העושה המצויה בסעיף 431 לחוק העונשין וקבע כי מעשי כהן יכולים לבוא בגדרה.

שהמחוקק בחר לפרט את שני המונחים הללו כחלקים אפשריים שונים של בעלות מראה שהחזקה ושליטה אינן היינו הך. גם הגדרת ההחזקה כשליטה בפרשת הוכשטט,¹¹⁵ שכזכור מעוגנת כיום בסעיף ההגדרות של חוק העונשין,¹¹⁶ אין פירושה כי החזקה ושליטה הן זהות בכל דבר ועניין, וגם אם זהות הן באשר ליסודות העברה (טיעון שבהחלט אפשר להציע ביקורת אנליטית עליו), אין פירושה הדבר שהן זהות כאשר אנו רואים בהן ערכים מוגנים.

בהמשך לאמור לעיל, האם ניתן לומר שכל מי שגורע ממוחלטות השליטה מתכוון לשלול אותה מהבעל, בהנחה שהגורע יודע שלבעל יש שליטה בלעדית? כדי להציע אמירה כזו עלינו לפרש את מונח השליטה, מלאכה סבוכה כשלעצמה. אם שליטה היא הדרה – מניעת גישה מאחר – והדרה בלבד, הרי שגישה לא מורשית שוללת שליטה. מנגד, אם שליטה היא יכולת להשתמש בדבר, הרי שגישה לא מורשית אינה שוללת שליטה. אם שליטה היא גם הדרה וגם יכולת שימוש ואולי גם דברים נוספים, ברור שגריעה מהשליטה אין משמעה שלילתה כל עוד נותר משהו ממנה. כך או כך, שוב אנו מסיימים את המהלך ביצירת פער בין הדבר שניטל לבין הדבר שנגרע. מה ש"נטל" ה"גנב" אינו השליטה אלא הדבר; מה שגרע ה"גנב" אינו הדבר אלא השליטה (במובן בלעדיות). לאחר הנטילה הוא מחזיק בדבר, אך כך עושה גם הבעל. אבדן הערך שעליו דובר קודם הוא כעת אבדן בלעדיות. בהחלט ראוי להגן על בעל נכס מפני נטילת נכס שתביא לאבדן שוויו או לאבדן בלעדיות השליטה בו, אך אי אפשר לעשות זאת באופן אנליטי משכנע לפי חוק הגנבה הקיים.¹¹⁷

3. הגנבה הקלאסית: סיכום והצעה

כפי שאסביר בהמשך הפרק, כעולה מהניתוח של עברת הגנבה הקלאסית, כפי שאני מבין אותה, אין ערך יחיד שמצדיק אותה כשלעצמו. שני ערכים בתשלובת מספקים את ההצדקה לעברה זו: זכות הקניין והביטחון הקנייני הבסיסי. ההחזקה אינה ערך שעברת הגנבה הקלאסית מגנה עליו, אלא היא לכל היותר מכשיר להגנה על שני הערכים האחרים, מכשיר שהחל כמונח פיזי ברור ואז הורחב באמצעות פיקציות וקונסטרוקציות בשביל להגן על משהו שונה לגמרי. גם האמון אינו ערך המוגן בעברת הגנבה הקלאסית. העברה באה לשמור על זכות הקניין, וכך בכך לשמור על הביטחון הקנייני הבסיסי ובכך למלא את ייעודה בהגנה על הסדר הציבורי. לאור השקפתי זו אציע נוסח חלופי לעברת הגנבה הקלאסית.

זו הגדרת הגנבה הקלאסית כנוסחה דהיום: "אדם גונב דבר אם הוא: נוטל ונושא דבר הניתן להיגנב, בלי הסכמת הבעל, במרמה ובלי תביעת זכות בתום לב, כשהוא מתכוון בשעת הנטילה לשלול את הדבר מבעלו שלילת קבע".

זו ההגדרה המוצעת בשלב זה: "אדם גונב אם הוא: נוטל ונושא נכס מוחשי, בלי הסכמת הבעל או המחזיק כדין, באופן שעלול לפגוע במימוש זכות הקניין של הבעל או המחזיק כדין".
"הסכמת הבעל או המחזיק כדין" – "הסכמה לפני הנטילה או במהלכה".

115 פרשת הוכשטט, לעיל ה"ש 70.

116 סעיף 34כד: "החזקה" – שליטתו של אדם בדבר המצוי בידו, בידו של אחר או בכל מקום שהוא, בין שהמקום שייך לו ובין אם לאו; ודבר המצוי בידם או בהחזקתם של אחד או כמה מבני חבורה בידיעתם ובהסכמתם של השאר יראו כמצוי בידם ובהחזקתם של כל אחד מהם ושל כולם כאחד".

117 לדרמן, לעיל ה"ש 113, בעמ' 524.

כלומר, הותרתי את היסוד ההתנהגותי כמות שהוא; החלפתי את המילים "דבר הניתן להיגנב" במילה "נכס"; הצעתי פרשנות אחרת למונח "בעל" ולמונח "הסכמת הבעל"; הסרתי את היסוד "במרמה ובלי תביעת זכות בתום לב"; חלף היסוד של הכוונה המיוחדת הוספתי נסיבה ליסוד העובדתי. אסכם ואסביר את מהות השינויים לאור ניתוח חלקי הקודמים של הפרק.

היסוד "נוטל ונושא" מתקשר היטב לעניין נטילת החזקה וגם לנכס שהוא בר-טלטול. החלפת יסוד זה ביסוד "שולל שליטה" תרחיב עד מאוד את דלת הגנבה ותתייג פולש לדירה כגנב, מהלך מיותר המעמעם או מצייר מחדש את "תדמית הגנב". תדמית הגנב אינה יכולה להוביל כשלעצמה את היסודות, אבל היא חלק חשוב בחיוב, ואם יש ערך לכך שאנו מכנים אדם מסוים "גנב" ולא "מפר חוזה" או "פולש לדירה", הרי שהוא מתקשר לתדמית קיימת של גנב. תדמית זו אינה בהכרח מוצדקת כשלעצמה, למעט השתלשלותה ההיסטורית והקישור האינטואיטיבי שאנו עושים למילה "גנב", נקודה שאליה אשוב לקראת סיום הפרק. דומני שיסוד הנטילה והנשיאה מצריך פעולה פיזית. אדם שנכנס לחשבון בנק של אחר ומעביר כספים לחשבוננו שלו, האם הוא גנב? אודה כי תחושת הבטן שלי מורה אותי להשיב בחיוב. קשה לי להתווכח עם השופטת דורנר בפרשת הרנוי: כיום חלק ניכר מנכסיו של אדם לובשים כסות לא מוחשית. גם לדעתי ראויים נכסים אלו להגנה, ולא רק להגנת הדין האזרחי כי אם גם להגנת הדין הפלילי. ובכל זאת, תחושת בטן אינה מספיקה, וגם לא "תדמית הגנב"; דרוש מהלך אנליטי עקיב, שקוף ובר-ביקורת. תאוריה או חברה? מבחינת המחוקק מוטב תאוריה וגם חברה. אם נציע פרשנות תכליתית (מתכון מסוכן עד מאוד לעקרון החוקיות בפלילים)¹¹⁸ ליסוד "נוטל ונושא" אנו עלולים להגיע רחוק מאוד, במיוחד לנוכח הצעתי להסיר את הרכיב "כוונה לשלילת קבע". יש לזכור כי השופטת דורנר ניתחה בפרשת הרנוי את עברת הגנבה בידי נפקד, ולא הייתה צריכה להצדיק את היסוד "נטילה ונשיאה" בנוגע לנכס מוחשי, כאשר אין הוא חלק מרכיבי עברה זו. האם מוצדק לפרש את היסוד באותו אופן גם כאשר לגנבה הקלאסית? אדם שחודר למחשב ועורך שינוי בחומר מחשב ללא רשות, שמשמעותו שלילת כספים מאחר לטובתו שלו, הוא אדם שראוי לטיפולו של הדין הפלילי, אך איני בטוח שהוא נוטל ונושא. איני בטוח שאדם אשר מוריד באינטרנט קבצים המוגנים בזכויות יוצרים דרך תוכנת שיתוף הוא נוטל ונושא, גם אם ניתן לתבוע אותו דרך הדין האזרחי. כך גם כאשר לאדם שצופה בעיניו ללא רשות בסוד מסחרי ובהמשך משחזר אותו: הוא ודאי פוגע בקניינו של אחר, אך לא בהכרח נוטל ונושא.¹¹⁹ ההבחנה בין נוטל ארנק של אחר לבין פורץ למחשב לבין משתף קבצים לבין מפר סוד מסחרי אינה פשוטה ולא קל להצדיקה. אך גם לא קל להצדיק מדוע נוטל ארנק הוא גנב, ואילו פולש לדירה ומפר חוזה אינם גנבים.¹²⁰

118 קרמניצר ולבנון-מורג הדגישו כי לשון החוק נגישה לאזרח, ואם יש לה משמעות מקובלת, היא מספקת הדרכה הולמת. לא כן כאשר לתכלית, שזיהויה מחייב הבנה מעמיקה של ההסדר והקשרו, ואין לצפות מהאזרח להבנה כזו. העדפת התכלית על הלשון כרוכה בהפרת עקרון החוקיות, שדורש הגינות כלפי האזרח ומציב בלמים לכוח המדינה. לעיל ה"ש 101, בעמ' 555-556.

119 לשלושת סוגי התנהגות אלו אשוב בהרחבה בפרק הבא.

120 הרעיון שלפיו זכויות חוזיות עשויות להיות מושא לעברת הגנבה אינו בלתי אפשרי לפי הגדרה ותפיסה מסוימות של גנבה ורכיביה. סטיל ניתח אם גנבה עשויה לכסות זכויות חוזיות, לפי המונח הקנייני chose in action, שמתאר זכויות קניין רבות שניתן לתבוע או לאכוף רק בפעולה ולא בנטילה של חזקה פיזית. אם עברת הגנבה תכסה גם זכויות כאלו, הדבר יהיה התרחבות ניכרת של תפקיד הדין הפלילי. סטיל אף המחיש זאת באמצעות פרשה אנגלית שעניינה מכירה מחדש של כרטיסי רכבת שהושגו מנוסעים שהשלימו מסעם אך הכרטיסים נותרו בתוקף. ראו: Alex Steel, *Problematic and Unnecessary? Issues*.

הדברים מתקשרים לשילוב של ערכים מוגנים. הדוגמאות הללו מאפשרות לנו, או אף מחייבות אותנו, לחדד את הערך המוגן העומד מאחורי העברות. דומני שהערך המוגן הראשי שנפגע במצב של "גנבה ממוחשבת" אינו זה שתיארת קודם בנוגע לגנבה הקלאסית, של הפרת הסדר הציבורי בהקשר הקנייני (הביטחון הקנייני הבסיסי) ושל זכות הקניין. הפגיעה שאדם חווה כשהוא סובל מנשיאה ומנטילה של רכושו שלא בהסכמתו היא של חוסר ביטחון במיטלטליו, של צורך מתמיד לפקח ולהגן עליהם, וזאת לצד פוטנציאל ההתלקחות האלימה במצב של "תפיסה על חם", חשש שמתקשר לא לתגובה ציבורית לריבוי סוג העברות אלא לתגובה פרטית אפשרית לנוכח עברה קונקרטי.

אני מסכים עם סטיל: הגנבה מגנה מפני נטילות אלימות בפוטנציאל של רכוש (בעוד השוד מגן מפני נטילות אלימות בפועל). הגנבה היא עברה שבה המחזיק ברכוש נוטל את הרכוש ללא הסכמה, ולכן תמיד קיימת האפשרות של אלימות אם מפריעים לגנב בתהליך הנטילה. אלימות כזו אינה צפויה אם הנטילה היא בהסכמה, כמו במקרי מרמה, וגם אינה צפויה אם לגנב כבר יש חזקה ברכוש, כמו במעילה. הדרישה של עברת הגנבה להוצאת הרכוש מחזקת הגנב, כתב סטיל, כללה תנאי משתמע שהנטילה הייתה כזו שיוצרת אפשרות לאלימות אם הגנב נענה בהתנגדות. אלימות כזו אינה עולה במצבי מרמה, משום שהקרבת אינו ער לפשע, ואין בהעברת הנכס משהו שימשוך תשומת לבם של צדדים שלישיים, ואילו העוול הכרוך בעברות מרמה נוגע להפרת אמון. לעומת זאת כל נטילה של רכוש מוחשי מאחר בלי הסכמתו כרוכה באקט אלים בפוטנציאל. אם האלימות מתרחשת, זהו שוד. אמנם רוב עברות הגנבה תתרחשנה בלי נוכחות הקרבת, אך יש סיכוי שהקרבת יגיע במפתיע ויבקש להתערב פיזית, וגם צד שלישי עשוי לנסות למנוע את הגנבה. גם עדים לגנבה עשויים לחוות פחד. זהו נזק משתמע בכל גנבת רכוש מוחשי מאחר, בלי קשר לאבדן הרכוש: עניין של ביטחון ציבורי.¹²¹

מנגד, דומני כי הפגיעה שאדם חווה כשהוא סובל מהפחתת יתרת הזכות בחשבון שלו תלויה באופן שבו נגרעה יתרת הזכות. אם היא נגרעה בגלל מתן גישה לאדם אחר שנהג בה שלא כדין (למשל עורך דין, רואה חשבון או נציג הבנק עצמו), הכותרת "מעילה" מתאימה מן הכותרת "גנבה", באשר הפגיעה הערכית היא בזכות לקניין (ולא בביטחון הקנייני הבסיסי) וביחסי האמון, וכפי שיתואר בהמשך, גם על פי הצעתי המעילה אינה דורשת נטילה ונשיאה. לעומת זאת אם יתרת הזכות בחשבון הבנק נפגעה מהשגת גישה שלא כדין עקב חדירה לחומר המחשב, הערכים הנפגעים הם זכות הקניין ולא "הביטחון הקנייני הבסיסי", המתקשר לצורך לפקח בשבע עיניים על מיטלטליו; זאת לצד פגיעה במה שאפשר לכנות "הסדר הממוחשב", כאשר הפריצה היא לשרת של הבנק, או "הביטחון הממוחשב", כאשר הפריצה היא למחשב האישי של בעל החשבון.¹²² בשני המקרים האמורים הרווח

with the Use of the Theft Offence to Protect Intangible Property, 30 SYDNEY L. REV. 575, 596–597, 614–615 (2008).

121 סטיל כתב כי עברות אחרות מגנות על הקניין מפני מעשים שיפגעו בו. מנגד, הגנבה קשורה לביטחון הציבור. אף שעברת הגנבה מבחינה היסטורית לא הצליחה לכסות את כל ההפרעות לרכוש, ההבחנה בינה לבין עברות רכוש אחרות עדיין מתבקשת. ראו: *Steel, Taking Possession*, לעיל ה"ש 80, בעמ' 1046–1047; Alex Steel, *The Harms and Wrongs of Stealing: The Harm Principle and Dishonesty in Theft*, 31 UNSW L.J. 712, 727–728 (2008).

122 אהרוני-גולדברג כתבה על "אינטרס תרבותי כלכלי לחזק ולשמר את מערכות המחשב של הכלל ושל הפרט מפני פגיעה". ראו שרון אהרוני-גולדברג "חדירה למערכות מחשב – היקפה הרצוי והמצוי של העברה" ספר דיוד וינר – על משפט פלילי ואתיקה 429, 435 (דרור ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009).

למועל ולפורץ הוא כמו הרווח לגנב. אלא שהמוקד אינו הרווח בלבד, שכן רווח יש גם לסוחט ולמרמה, למפר החוזה ולפולש. המוקד הוא אופן הפגיעה והליכה הערכית, שילוב הערכים הנפגעים, כמתואר בהמשך. ויודגש: איני טוען כי התנהגויות שמזכירות גנבה, כמו שינוי המצב הכספי של חשבון בנק ממוחשב, אינן צריכות להידון במשפט הפלילי. גם כיום יש בחוק העונשין "עברות מעין גנבה", וכאמור במבוא לספר, מה שהוא מעין גנבה מן הסתם אינו גנבה. נטילת חשמל, מים או גז איננה גנבה קלאסית, ולכן אסורה מכוח סעיף 400 לחוק. כך גם נטילת מידע או שינויים בחשבונות בנק, גם אם מוצדק להפליים, ולטעמי מוצדק בהחלט.¹²³

איני בטוח שההגדרה הנוכחית ליסוד "נשיאה", שהיא הגדרה על דרך ההמחשה בלבד ("לרבות הסרת דבר ממקומו"), נדרשת בסעיף. באשר ליסוד "נטילה", דומני שהגדרתו הנוכחית, אף היא על דרך ההמחשה ("לרבות השגת החזקה בתחבולה, בהפחדה, בטעות הבעל ובידיעת הנוטל שהחזקה הושגה כך, ובמציאה"), אינה דרושה. מצב שבו הסכמה הושגה עקב הפחדה ראוי שיטופל על פי טיב ההפחדה כסחיטה או כשוד; התחבולה מתקשרת לעברה אחרת, של קבלת דבר במרמה או לחלופין של מעילה,¹²⁴ וכמו טעות הבעל אין היא מתקשרת לפוטנציאל הפגיעה בביטחון הקנייני הבסיסי. ובאשר לגנבה במציאה, מלכתחילה איני סבור שנכון לתייג את מי שמוצא ואינו מחזיר כגנב אך ורק משום שלא פעל לגילוי הבעל. אדם כזה מתאים לתיוג פלילי כמי שאינו משיב אבדה ולא כגנב.¹²⁵

היסוד "נכס מוחשי" מחליף את היסוד "דבר הניתן להיגנב" בהיותו ברור יותר. לנוכח היסוד הקודם, שעומד על תלו, אין צורך להחריג מהאיסור נכסים שאין אפשרות פיזית ליטול אותם ולשאתם, כמו מקרקעין או כמו שירות (ושירות המספק נכס בתמורה לתשלום מאוחר שאינו מגיע – יוגן על ידי עברת המרמה). איני סבור שנדרשות המילים "בעל ערך", באשר נכס מטיבו כולל ערך מסוים בעיני הפרט, ואם הערך החברתי, הכלכלי או הרגשי שאנו מוצאים בו זניח, ייתכן שלא נקרא לו "נכס", או שיחול סייג זוטרי הדברים שבסעיף 34 לז' לחוק העונשין. איני מציע הגדרה למונח "נכס", וגם חוק העונשין כיום אינו מציע הגדרה שכזו, למעט זו העמומה והמעגלית שבסעיף ההגדרות: "חי או דומם היכול לשמש נושא לבעלות". אין מנוס מלגשת לדין האזרחי לקבלת תוכן בשביל המונח, אך בכל מקרה סעיף זה אינו נראה לי כולל פוטנציאל לתקלות פרשניות משמעותיות. ה"נכס" שעליו מדובר הוא

123 ראו למשל חוק אמריקני המעניש מי שמועל, גונב או ממיר ביודעין לשימוש שלו או לשימוש של אחר ללא רשות, מוכר, ממיר או נפטר מרשומה, שובר, כסף או דבר ערך של ארצות הברית: 18 U.S.C. § 641 (1982). לשאלת ההצדקה של ההפללה ראו הפשע המקוון, לעיל ה"ש 9, פרק 1; וכן הרדוף "פסקת ההפללה", לעיל ה"ש 106.

124 קרמניצר ציין שבשל הקושי בהבחנה בין גנבה בתחבולה לבין מרמה בוטלה עברת הגנבה בתחבולה (larceny by trick) באנגליה: המרמה הפלילית, לעיל ה"ש 3, בעמ' 24 (ה"ש 53 לטקסט). גם במשפט הגרמני, ככתוב בפרק 2, אין אפשרות "לגנוב עם הסכמה שהושגה במרמה". דומני שכך רצוי גם אצלנו, אף אם הדבר כרוך ב"אבדן" של מספר מצומצם של נאשמים פוטנציאליים שלא קיימו חלק מהיסוד העובדתי בעברת המרמה וכעת לא יועמדו לדין כלל. אם יימצאו כאלו, ולא תימצא עברה פלילית מתאימה, יהיה ניתן לטפל בהם דרך הדין האזרחי.

125 חוק השבת אבידה, התשל"ג-1973 מתייחס ישירות לשאלת ההתמודדות עם אבדה וכולל הוראות שונות בהקשר זה. סעיף 9 לחוק קובע כי דינו של מי שמפר את ההוראות האמורות חצי שנת מאסר. קרמניצר כתב שהתנהגות זו מבטאת מנהג בעלים בנכס של הזולת ללא הסכמתו, אלא שהשליטה בנכס אינה מושגת בנטילה מאחר. הוא סבר שאי-השבת אבדה ונכס שנמסר מתוך טעות של בעליו היא התנהגות על גבול העבריינות, "עברה אקראית" של אי-עמידה בפיתוי, ללא פגיעה בשליטת הבעלים, והתנגד להפלת התנהגויות כאלו. קרמניצר עיקרי מבנה וארגון של העברות הספציפיות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 263-268.

מוחשי.¹²⁶ יסוד זה לכאורה אינו הכרחי, באשר נכס לא מוחשי אינו מאפשר מעשית נטילה ונשיאה, כפי שיפורט בפרק הבא. ובכל זאת מצאתי לנכון להוסיפו, כדי למנוע פרשנות תכליתית שתאפשר משפטית את שאי אפשר מעשית, ותתאר פעולות לא מוחשיות כמו מבט או התנהגות ממוחשבת כנטילה ונשיאה, והכול בשם הערך המוגן שכיום אינו מופיע בספר החוקים אלא מאפשר בעצמו פרשנות תכליתית.¹²⁷

תחילה ראיתי לנכון להותיר את היסוד "בעל" כמות שהוא בהגדרת הגנבה. לאחר מחשבה נוספת הצעתי שני שינויים: האחד, להימנע מהגדרת הבעל באופן מיוחד בסעיף כמי שהוא גם המחזיק. בעל אינו בהכרח מחזיק, ומחזיק אינו בהכרח בעל, ואף אם הסכמת מי מהם מאינת את העוקץ של הנטילה,¹²⁸ הרי שמוטב להבחין בין שתי ישויות בעלות מעמד משפטי שונה. הרווח הדוקטרינרי מהמהלך שאני מציע הוא שלא עוד ייאמר כי "בעל" בדין הפלילי רחב מ"בעל" בדין האזרחי, כדברי השופט גולדברג בפרשת גולדין. כך יושג תואם בין הפלילי לאזרחי בנוגע לאותו מונח, ובנוסף יוכל המשפט הפלילי להישען על מונח מוכר ונהוג בדין האזרחי. אם ממילא נאלץ המשפט הפלילי להישען על יסודות מהמשפט האזרחי, אם ממילא הקול הוא אותו קול, מוטב וראוי כי גם הדיבור יהא אותו דיבור.

השינוי השני המוצע הוא בהגדרת "מחזיק כדין" להבדיל מאדם שמחזיק שלא כדין. אם א נוטל נכס בהסכמתו של ב בלבד, כאשר הוא מודע (או חושד חשד ממש, להבדיל מערטילאי גרידא) לעובדה ש- ב מחזיק בנכס שלא כדין, הסכמתו של ב לא תפטור אותו מאחריות פלילית לגנבה, אף שכאמור לדעתי זהו המצב המשפטי הקיים כיום. כלומר, להצעת ינתן לגנוב משהו שכבר נגנב, "לגנוב" אותו מהבעל שכבר הפסיד אותו (ולא לגנוב אותו מהגנב, כמוסבר בהמשך). דומני שגם אדם כזה הוא גנב במובן פגיעתו בביטחון הקנייני הבסיסי וכן בזכות הקניין, ובלבד שהנטילה האמורה היא כזו שתקיים את הרכיב הנסיבתי המתואר בהמשך של פוטנציאל פגיעה בזכות הקניין של הבעל (מה שלא תמיד יתקיים, באשר הנכס עשוי להיות כזה שהשבתו לבעלים אינה ראלית עוד). כך יגיד המחוקק לגנב כי לא רק הנטילה הראשונית אסורה; כל נטילה ונשיאה של הנכס בהמשך עשויות להיצבע בצבע הגנבה, בלי קשר לצבעים אפשריים נוספים, כמו מכירת הרכוש הגנוב. בלי לכוון לכך הצעתי עשויה לספק פתרון לתרחישי קצה דוגמת פרשת גרין. עברת הגנבה תקבל פוטנציאל להפוך מעברה רגעית לעברה מתמשכת, כאשר כל פעולת נטילה ונשיאה שנעשית בנכס עשויה לזכות בתואר "גנבה" גם במצב שבו כל הפעולות מבוצעות על ידי אותו אדם. בכך ניתן ביטוי לגישה שהציע קרמניצר בקשר לפרשת גרין, "שיא הפגיעה בערך המוגן", ובלבד שהנטילה – כל נטילה שמבקשים לכנותה גנבה – היא כזו "שעלולה לפגוע במימוש זכות הקניין של הבעל או המחזיק כדין". אם הנטילה הראשונה מוציאה נכס שיועד לשמש את הבעל בהקשר ספציפי, שכבר חלף, נטילתו לאחר מכן לא תקיים את היסוד הנסיבתי

126 השוו: Steel, *Problematic and Unnecessary?*, לעיל ה"ש 120, בעמ' 582.

127 דרישת המוחשיות תואמת את התפיסה שלפיה עברת הגנבה באה למנוע התלקחות אלימה. כפי שכתב סטיל, מידת האלימות האפשרית בלקיחה של רכוש לא מוחשי היא מזערית, משום שאין כל אקט משמעותי של נטילה ומפני שרוב הפעולות צפויות להיות רחוקות מנוכחות הקרבן. מנגד, מצבים שבהם רכוש נלקח לרעה על ידי אדם שכבר מחזיק ברכוש הם הפרת אמון ולא היו מתרחשים בהיעדרו של אמון. ראו: Steel, *Taking Possession*, לעיל ה"ש 80, בעמ' 1047; Steel, *The Harms and Wrongs of Stealing*, לעיל ה"ש 121, בעמ' 728.

128 גבריאל הלוי גרס כי בסעיף 384 ההסכמה הנדרשת היא של המחזיק ולא של הבעלים. לעיל ה"ש 94, בעמ' 675. לטעמי, כאמור, אין זו פרשנות הכרחית או מתבקשת.

האמור. במקביל, אפשר לסמוך על שיקול דעתה של התביעה שלא תאשים אדם אחד בעשרה סעיפי אישום של גנבה בגין עשר הזוות של אותו נכס, ממש כשם שאינה מאשימה אדם אחד בעשרה סעיפי אישום של תקיפה בגין עשר חבטות באדם במקרה אחד.

היסוד "הסכמת הבעל" נותר בהגדרת הגנבה המוצעת אך מוגדר מחדש באופן המצמצם את האיסור. כאמור, שקלתי להוסיף אפשרות להסכמה בדיעבד, הסכמה מאוחרת שתורפא את הנטילה, ובלבד שמדובר בהסכמה מדעת ומרצון, להבדיל מהסכמה שהושגה לאחר העמדה לדין, תוך הפעלת לחץ מצד הנאשם על הקרבן. שקלתי כי לנוכח האיחור בהסכמה יהיה נכון לתבוע שתהיה לא רק חופשית אלא גם מדעת, משום שאין זו הסכמה בזמן אמת ששוללת משהו מפוטנציאל הנפיצות של העברה, אלא הסכמה בדיעבד שאמורה לרפא את פגיעתה של הנטילה. ומנגד, ההגדרה של הסכמה מאוחרת כהסכמה מדעת ומרצון הייתה אמורה ללמד כי ההסכמה שלפני המעשה או בשעת מעשה אינה חייבת להיות כזו. בסופו של דבר, בשל השלכות רוחביות של יצירת סייג חדש לעברה שאינו ייחודי לגנבה דווקא אלא לכאורה מתאים לעברות רבות אחרות, החלטתי להותיר את עיתוי ההסכמה כפי היותו כיום.

היסוד "במרמה ובלי תביעת זכות בתום לב" הושמט לחלוטין. המונח "במרמה" אינו מתאים לתיאור היסוד הנפשי ולא זכה לפרשנות שתקנה לו תוכן אמתי וממשי. באשר למונח "בלי תביעת זכות בתום לב" התלבטתי יותר, באשר הוא לכאורה מציע דרך לבטל את שליליות הרכיבים הנוספים, אך לבסוף הצעתי לבטלו. למעט מקרה יחיד, שדן בכלל בשוד ולא בגנבה הקלאסית לבדה, לא מצאתי בפסיקה בית המשפט פרשנות שתיצוק בו תוכן מהותי. אני מתקשה למצוא צורך ביסוד זה ולתאר מצב שבו זה היסוד שיציל בצדק את הנאשם ממלתעות ההרשעה, כאשר לבד ממנו מתקיימים כל היסודות. ולבסוף, אולי החלק המהפכני ביותר בהצעתי הוא ביטול רכיב הכוונה המיוחדת והוספת הנסיבה "באופן שעלול לפגוע במימוש זכות הקניין של הבעל או המחזיק כדין". ביטול רכיב הכוונה המיוחדת נובע הן מצרות היתר והן מרוחב היתר שמאפיינים אותו. מצד אחד, רכיב הכוונה לשלילת קבע אינו אוסר על מקרים של פגיעה ניכרת בזכות הקניין ובביטחון הקנייני הבסיסי שנובעים משאלה ללא רשות או ממצב שבו כוונת השלילה התגבשה לאחר מעשה, ומצד אחר הוא דווקא כן אוסר על מקרים של נטילת נכס גם במצב שאינו כולל, ואינו עשוי לכלול, פגיעה ניכרת כאמור, משום שהנכס לא נדרש ולא היה עשוי להידרש באותה עת, או מפני שלאחר הנטילה התגבשה כוונה להחזיר את הנכס, והכול בלי ששלילתו פגעה, או הייתה עשויה לפגוע, בערך המוגן. חלף הרכיב הנפשי המיוחד מוצע רכיב נסיבתי שיצבע את ההתנהגות בצבע שלילי יותר, כזה שמתקשר לערך המוגן הנפגע. אין מדובר ברכיב תוצאתי (להבדיל מעמדת פלר בעניין זה) אלא רק בפוטנציאל; אין הכרח להצביע על פגיעה קונקרטית בקרבן. כלומר, הצעתי משמרת פן מסוים של איסור על פגיעה מופשטת בערך המוגן באמצעות היסוד "עלול", כמקובל באיסורים שונים בחוק העונשין, כמו סעיפים 111 ("מסירת ידיעה לאויב") ו-159 ("פרסום ידיעות כוזבות הגורמות פחד ובהלה") לחוק, ומנגד עושה קונקרטיות של חלק מהערך המוגן¹²⁹ ומחזקת את הקשר הפורמלי בינו לבין יסודות העברה. אם הנוטל מתכוון להשיב דבר בעל ערך דומה, כיום ייחשב גנב; לאור הצעתי לא ייחשב גנב במצב שנטל בנסיבות שבהן לא היה פוטנציאל למימוש זכות הקניין של הבעל. הדגש פה הוא על הבעל (והמחזיק כדין) ועל אפשרות הפגיעה בזכותו ולא על

129 יסוד זה בעברה אינו נוגע במישרין לערך המוגן השני, הביטחון הקנייני הבסיסי, הן משום שהערך השני מוכר פחות בדיני הקניין והן מפני שהוא מוגשם לאורם של יתר רכיבי העברה.

מחשבות הגנב ומטרותיו. הדיון מתמקד יותר ברכיב הנוגע במישרין לערך המוגן ופחות בשאלות שמטיבן מצריכות מאמץ ראייתי הכולל התחקות על הלך נפשו של המבצע. עם זאת יש לזכור כי על פי דיני העונשין שלנו, תידרש מודעות לנסיבה המוצעת, כאמור בסעיף 20(א) לחוק העונשין. מודעות כזו חשובה בספקה את הצבע העברייני להתנהגות – מודעותו של הנוטל או לפחות חשדו בכך שפעולתו עלולה לפגוע במימוש זכות הקניין של הבעל או המחזיק כדין. מי שסבור שיש לצמצם את האיסור עוד יותר יוכל לדרוש להוסיף לנסיבה האמורה מונחים שיהפכו את הנסיבה לקונקרטית או ודאית יותר. למשל, במקום "באופן שעלול לפגוע במימוש זכות הקניין של הבעל" ניתן להציע "באופן שעלול לפגוע פגיעה נרחבת במימוש זכות הקניין של הבעל" או "באופן שעלול, ברמת הסתברות גבוהה, לפגוע במימוש זכות הקניין של הבעל". אפשר לשקול להוסיף רכיב התנהגותי שיאפשר במפורש החלה של העברה במצב שהנטילה והנשיאה הסתיימו, שיתקשר במישרין לאותו אופן של פגיעה במימוש זכות הקניין של הבעל ויבאר כי הפגיעה עשויה להתרחש בשלב מאוחר יותר כל עוד לא הושב הנכס לבעליו.

הצעתי פותחת פתח לנוטל לטעון כי בנטלו את הנכס לא ידע כי הדבר עלול לפגוע במימוש זכות הקניין של הבעל או המחזיק כדין. דומני שהחשש הגלום בפתח זה אינו רב. אם הנסיבות (שכוללות את הנכס שניטל, אופן הנטילה, השימוש שנעשה בנכס וכדומה) מלמדות על פוטנציאל גבוה לפגיעה במימוש זכות הקניין, כי אז לא תישמע טענה כאמור לא ברובה האובייקטיבי ולא ברובה הסובייקטיבי, שעניינו הלך המחשבה של הנוטל. גם טעון של הנוטל שסבר שהאדם שממנו נטל אינו מחזיק כדין לא יסייע לו, באשר לא די בכך כדי להכשיר נטילה שעלולה לפגוע במימוש זכות הקניין של מי שהוא אמנם הבעל או המחזיק כדין.

זאת ועוד, הצעתי מחזקת את הקשר שבין המישור הפלילי למישור האזרחי. גם קודם שאב הדין הפלילי מעמיתו האזרחי את תוכנם של מושגים כמו "בעל", "מחזיק כדין" ו"נכס", שמופיעים לפחות באחת משתי צורות הגנבה. כעת האיסור מכוון למשהו מופשט יותר, אך אין חשש מהרחבה יתרה של הדין הפלילי, באשר יתר רכיבי העברה מצומצמים למדי, ועדיין נדרשת התנהגות של נטילה ונשיאה, כמו גם יתר היסודות. לפי הצעתי, שימוש ללא רשות בנכס עשוי להיחשב גנבה בנסיבות מסוימות, ובלבד שהיה כרוך בנטילה ונשיאה (שאלת מחשב נייד ללא רשות – כן; גלישה במחשב ללא רשות – לא), שהיה ללא הסכמת הבעל, באופן שעלול לפגוע במימוש זכות הקניין של הבעל (ניתן לדמיין תרחיש של נטילת חפץ ללא רשות בלי פוטנציאל לפגיעה או לפגיעה ניכרת בזכות הקניין).¹³⁰

130 לא אכנס פה למלוא המשמעות ולרזולוציה חדה של "פגיעה בקניין". כאמור, במסגרת הצעתו לשנות את עברת המרמה פירש קרמניצר את המונח "רכוש" והציג גישות שונות להגדרת רכוש בעקבות המשפט הגרמני. לפי הגישה המשפטית הטהורה, הרכוש הוא סך הזכויות המשפטיות של אדם ברכוש. לפי הגישה הכלכלית הטהורה, רכוש כולל כל רכיב הכולל רלוונטיות רכושית: סכום הערכים הכלכליים של אדם לאחר הפחתת התחייבויותיו. הגישה הכלכלית-משפטית מציעה עמדת ביניים: רכוש מתייחס לערך כלכלי המתיישב עם הסדר המשפטי, להבדיל מרכוש לא חוקי ולא מוסרי. הגישה הכלכלית-משפטית-אינדיווידואלית מוסיפה לממד הכלכלי-אובייקטיבי גם ממד אישי. ולבסוף, הגישה הפרסונלית מתייחסת לרכוש מנקודת מבט של תפקודו המאפשר לפרט לממש את אישיותו בתחום המטריאלי. קרמניצר התלבט בין שתי האחרונות ולבסוף צידד בכלכלית-משפטית-אינדיווידואליסטית, הכוללת גם מקרים שבהם הקרבן מנוע מלהשתמש בנכס. יש לבחון אם נגרם נזק רכושי כלכלי-אובייקטיבי לדבר מה בעל ערך כלכלי, ולכך יש להוסיף ממד אישי ולהתחשב בסדר הקדימויות הרכושי המיוחד לקרבן הספציפי. ראו המרמה הפלילית, לעיל ה"ש 3, בעמ' 149–157, 160–164.

בהצעת, יש לשים לב, הגונב מגנב עשוי להיות פטור. זאת, משום שהנטילה אינה בהכרח כזו שעלולה לפגוע במימוש זכות הקניין של הבעל או המחזיק כדין. איני בטוח כי הגונב מגנב פוגע בערך קנייני הראוי להגנה, ואיני בטוח כלל כי הציבור יתפוס מצב מעין זה כפגיעה בביטחון הקנייני הבסיסי שלו שמצריכה העמדה לדין. הציבור הנורמטיבי לא בהכרח יטרד מן האפשרות שגם הוא יסבול ממצב משפטי כזה, משום שהוא אינו נמנה עם אוכלוסיית הגנבים, והסכנה הנובעת מגנבה מגנב אינה כמו זו שנובעת משוד של שודד, שהוא מצב נפיץ בהרבה וכרוך בסכנה מוחשית יותר לאלימות גם לעוברי אורח. ברור עוד כי הגונב מגנב אינו בהכרח פוגע בזכות הבעלות, באשר לגנב אין זכות כזו. ובאשר לזכות החזקה, כבר ביארתי כי זו אינה מספקת הצדקה משכנעת לעברת הגנבה, אף לא כחלק מהתשלובת הערכית. אדם שנוטל ונושא מגנב בסברו כי אותו גנב מחזיק כדין, יהיה ניתן להעמידו לדין בגין ניסיון לגנבה. אדם שנוטל ונושא מגנב בידעו כי הוא גנב, יעמוד לדין רק אם נטילתו עלולה לפגוע במימוש זכות הקניין של הבעל או המחזיק כדין המקוריים, שמלכתחילה בשבילם מתקיימת עברת הגנבה (למשל, במצב דוגמת פרשת גרין, אילו גנב נוסף היה נוטל את הנכס מהיתר בעודו באניה, נטילה זו הייתה ודאי עלולה לפגוע במימוש זכות הקניין של הבעל). רק במצב כזה אפשרית פגיעה ערכית משולבת, הן בביטחון הקנייני הבסיסי (חשש שהגנב המחזיק יפעיל אלימות על הגנב השני) והן בקניין (שהרי לגנב המחזיק אין זכות משפטית בנכס). ללא אפשרות לפגיעה ערכית משולבת, כמתואר בהמשך, אין לפנות אל הגנבה הקלאסית.

ניתן לסבור שיש בעייתיות בממד זה, במובן מוסרי או תוצאתי. במובן מוסרי ניתן לסבור שאין זה מוסרי להתיר לגנוב מגנב. במובן תוצאתי ייתכן שיגבר הקושי בהכוונת התנהגות נוכח הוספת רכיב בעברה שתולה את התגשמותה במיהות הקרבן, וניתן לחשוב כי מי שיגנוב מגנב היום – יגנוב מהבעלים מחר. אך יש לזכור שקיימות בחוק עברות אחרות שבהן אופיו של הקרבן מכריע אם מדובר בעברה אם לאו, כמו עברות הנוגעות לילדים ולקבוצות אוכלוסייה שנתפסות כחלשות, ועברות שקמות או נופלות על מיהות העושה, כמו עברת השוחד. בנוסף, לא ברור כל כך איזה ערך מוגן נפגע בגנבה מגנב. גופו של עבריין אינו הפקר, ולכן לא נרשה לפגוע בו, אך רכוש גנוב שהוא מחזיק אינו רכוש, ואין סיבה טובה לספק לו הגנה, אלא אם אנו סבורים שבגנבה מובנה פוטנציאל אלים, ולכן יש למנוע אותה ולהגן על הסדר הציבורי; או אם אנו סבורים שעודנו מגנים על הבעלים המקורי, שגם בו פגעה הגנבה. איני בטוח כי הגנב הראשון מצפה להגנה משפטית, ואיני סבור כי בלעדיה יגדל פוטנציאל האלימות שלו, ומנגד איני בטוח כי הגנב השני, שמעוניין לגנוב מהראשון, יעצור בעד עצמו משום חששו מהסנקצייה המשפטית, להבדיל מחששו מאלימות מצד הגנב הראשון. כלומר, ספק אם יש טעם הרתעתי טוב להגן על החזקה של הגנב, וטעם מוסרי קשה למצוא. ומה באשר לקו מחשבה של תורת המשחקים? לפי קו זה, ייתכן שהגנבים של מחר יהפכו זאת לטענת הגנה: "חשבתי שמדובר ברכוש גנוב/ברכוש שמוחזק שלא כדין, ולכן נטלתי". מסופקני אם זו עילה לדאגה. המונח "מחזיק כדין" אינו צר במיוחד. טענה כאמור תצריך ביסוס עובדתי ולא תתקבל בקלות רבה מזו שבה מתקבלת כיום טענה שהנטילה נעשתה בתביעת זכות בתום לב.

4. גנבה בידי נפקד: ניתוח

אדם "גונב דבר: בהיותו מחזיק כדין דבר הניתן להיגנב, בפיקדון או בבעלות חלקית, הוא שולח יד בו במרמה לשימוש שלו או של אחר שאינו בעל הדבר".

אחל ואכתוב כי עמדתי היא שהעברה המתוארת בסעיף זה, לאור הניתוח שנערך בראשית הפרק, ועוד לפני הניתוח שייערך מיד, אינה מתאימה להיקרא "גנבה". מוטב להוציאה מגדרי הסעיף ולהצמיד לה, כיאה, את התווית "מעילה" בשל הערכים המוגנים שעומדים מאחוריה, שכמפורט בהמשך הפרק אני סבור שהם שילוב של זכות הקניין עם יחסי אמון.¹³¹ לעניין התיוג אשוב לקראת תום הפרק. בינתיים אמשיך ביסודות העברה. את שכתבתי על היסוד "דבר הניתן להיגנב" ניתן לשוב ולכתוב כאן. אתמקד ברכיבים החדשים של האיסור הזה, חדשים ביחס לקודמו.

מחזיק + מחזיק כדין

כאמור, איסור זה יוצא מתוך הנחה של חזקה, וחזקה כדין: מי ששולח יד הוא מחזיק, וכדין. כלומר, זהו רכיב נסיבתי המאפיין את העושה: אותו עושה חייב להיות מחזיק. מיהו מחזיק? המחזיק הראשון הוא זה שעליו מצביעה האינטואיציה: המחזיק פיזית בנכס. המחזיק השני הוא המחזיק המשפטי: בעל השליטה בנכס, המחזיק הקונסטרוקטיבי. האם תיתכן "החזקה כפולה"? דומני שכן. אם תיתכן בעלות כפולה לעניין הסעיף הקודם בשל ההגדרה הרחבה של בעלות, אין סיבה שלא תיתכן החזקה על ידי יותר מגורם אחד במובן שליטתו בנכס. ההחזקה היא נסיבה ולא התנהגות, ומי ששולח יד לשימוש שלו בדבר שאינו מחזיק בו צריך ודאי לשלול את החזקה לפני כן, שאז ייתכן מאוד שיקיים את יסודות עברת הגנבה הקלאסית. כזכור, יסוד ההחזקה פורש בהרחבה בפרשת גולדין ככולל כל שליטה המאפשרת לגרוע ממכלול נכסי הזולת ללא חשיבות לאופן שבו הגיע הנכס מהבעלים לגנב. דומני שזו פרשנות הגיונית. מה באשר ל"החזקה כדין"? באותה פרשה נפסק כי עיתוי ההחלטה של מקבל הנכס לנהוג בו מנהג בעלים מבדיל בין גנבה בידי נפקד, שחלה כאשר ההחלטה לנהוג כאמור התקבלה לאחר השגת החזקה כדין, לבין מרמה, העוסקת במצב שבו ההחלטה לנהוג כאמור התגבשה לפני השגת החזקה. לעומת זאת בפרשת רויטמן נפסק שגם מחזיק שקיבל נכס מבעליו מכוח הסכם פגום (מרמה, הטעיה, כפייה, אילוץ או אי-חוקיות) עורנו מחזיק כדין, מונח שמפורש בהרחבה ולפי הדין האזרחי. בדנ"פ פרי הוכרע כי הפרשנות שנקבעה בעניין רויטמן היא המחייבת. אך האומנם האמור בפרשת רויטמן מתיישב עם הערכים המוגנים בעברה זו של גנבה בידי נפקד?

גנבה בידי נפקד מתארת, בליבתה, פגיעה בערך יחסי האמון. האם פגיעה שכזו אפשרית במצב של יחסי אמון שבהם צד אחד מרמה את הצד האחר? אם א נכנס למערכת יחסים כדי לרמות את ב, או מרמה את ב כדי לקבל ממנו נכס תוך מצג של אמון, הגם שיש פגיעה באמון בהמשך (כמו פגיעתו של מרגל), נראה בעיניי שכינוי המעשה בשם "קבלת דבר במרמה" מתאים מהכינוי "מעילה".¹³² לאדם

131 סטיל כתב כי דווקא כיום, במציאות של עברת גנבה רחבה מאוד, יש הצדקה ברורה להפרדה בין עברה שעניינה נטילה ללא הסכמה מאחר לבין עברה שעניינה ניצול לרעה של רכוש תוך הפרת אמון. ראו: Steel, *Taking Possession*, לעיל ה"ש 80, בעמ' 1064.

132 קרמניצר כתב כי עברת המרמה מגנה על רכוש: המרמה הפלילית, לעיל ה"ש 3, בעמ' 47. נאמן לגישתי, כמבוטאת בפרק זה, אני סבור שלכלל היותר הרכוש הוא אחד הערכים בתשלובת הערכית שמאחורי המרמה הפלילית (אף שיייתכן שהעברה מגנה גם על דברים שאינם רכוש, באשר המונח "דבר" מוגדר בסעיף 414 לחוק העונשין ככולל גם טובת הנאה, שאיני בטוח שמתקשרת רק לרכוש). דומני שהאמון קשור גם הוא לעברה זו כערך מוגן או כמכשיר להגנה על ערכים כמו אוטונומיה, שבתורם אינם מחזיקים לבדם את העברה הזו מבחינה ערכית, כפי שהראה קרמניצר. שם, בעמ' 39 ואילך.

המשיג נכס במרמה ובהמשך שולח בו ידו, התווית המתאימה היא "מרמה" ולא "שליחת יד" או "גנבה". אדם המשיג נכס כדין ובהמשך שולח בו ידו הוא "שולח יד" או "מועל". החזקה כדין חייבת להיות יסוד בעל משמעות, שאם לא כן היה ניתן להסיר יסוד זה מהעברה ולהסתפק בשליחת היד וביתר הרכיבים. איני אוהד את המהלך שנערך בהקשר זה בדנ"פ פרי, שמייצר במפורש מציאות משפטית שבה הגדרת "מחזיק כדין" בדין הפלילי שונה ורחבה מזו שבדין האזרחי. אם זיהינו סוג של מצבים שליליים שעברות הגנבה, המעילה והמרמה אינן מצליחות לכסות אותם חרף רוחבן, כי אז ניתן לתקן את יסודות העברה ולוותר על היסוד "כדין" כדי לתפוס ברשתה של העברה גם את מי שמעל לאחר שהשיג לידו נכס באמצעים פסולים. לחלופין ניתן לשקול לייצר עברה חדשה. ודאי עדיף לעשות כן ולא לרתום פיקציות ולהרחיב מונחים ולהגדיל את הפער בין המשפט הפלילי למשפט האזרחי באופן שדווקא האיסורים הפליליים נושאים משמעות רחבה, בניגוד לעיקרון הוותיק של הפרשנות המצמצמת בפלילים. להבנת, אדם אינו יכול להיות גם מחזיק כדין וגם לא מחזיק כדין בו בזמן. הרמאי אינו מחזיק כדין; המועל, לפי החוק הקיים, אינו יכול להיות רמאי.

בפיקדון

זהו יסוד נסיבתי נוסף, שנראה שהוא מתקשר היטב לאחד הערכים המוגנים בעברה זו, יחסי האמון. האומנם מוסיף רכיב זה משהו לקלחת היסודות, או שאינו נחוץ? בדנ"פ פרי פורש המונח על רקע אופן הגעתו אל המחזיק, ונכתב שהסכמה שאינה אמתית פירושה שאפילו העברת בעלות בדין האזרחי לא תמנע מהנכס להיחשב פיקדון. שוב אני חולק על הגישה שיוצרת פער בין הפלילי לאזרחי לטובת הפלילי. אך גם בהנחה שפער כזה הוא סביר ורצוי: האם היסוד האמור בכלל חשוב ממבט אנליטי? אם יסוד זה בא לאפיין את ההחזקה, דומני שהוא מיותר: האם אדם יכול לשלוח יד בפיקדון בלי שהוא מחזיק בו? גם אם ניתן לדמיין כדבר הזה, הרי שהמסגרת המתאימה תהיה הגנבה הקלאסית ולא גנבה בידי מורשה או מעילה. העובדה שמדובר בפיקדון אינה חשובה; חשובה שאלת ההחזקה כדין. מי שבידו פיקדון ודאי מחזיק כדין, שאם לא כן מה שיש בידו אינו פיקדון אלא דבר שנגנב או הושג במרמה. לפי השקפה כאמור, פיקדון הוא המחשה של החזקה כדין, ואין צורך בשני הרכיבים הללו. מנגד, אם הרכיב "בפיקדון" בא לאפיין את הדבר המוחזק, את הנכס, ייתכן שהוא מוסיף יסוד חדש ומחזק את החיבור של גוף העברה לערך המוגן של יחסי אמון. אפשר לשלוח יד רק בדבר שמוחזק כפיקדון או בבעלות חלקית; אי אפשר לשלוח יד בדבר אחר. כלומר, אנו מאפיינים מחדש את המונח "דבר הניתן להיגנב" – לא "נכס" גרידא כמו בעברת הגנבה אלא "נכס מופקד או בבעלות חלקית". בנכס שמצוי בבעלות מלאה של אדם אי אפשר לשלוח יד. בנכס שהגיע לאדם שלא דרך הפקדה אי אפשר לשלוח יד.

בבעלות חלקית

בפרשת אופנהיים נפסק שבעלות אינה הגנה בגנבה בידי מורשה. סעיף 383(ב) לחוק העונשין מציין שאין זה משנה אם שולח היד הוא חבר דירקטוריון או נושא משרה בתאגיד שהדבר שייך לו, ובלבד ששאר הנסיבות מצטרפות כדי גנבה. יש לשים לב כי להבדיל מעברת הגנבה הקלאסית, שכוללת יסוד עובדתי של "בלי הסכמת הבעל", עברת הגנבה בידי נפקד אינה כוללת יסוד שכזה, ולכן הסכמתו של גורם פלוני בפירמידת הבעלות אינה מאיינת את העברה, באשר ליבת הערך המוגן אינה זכות הקניין או

הביטחון הקנייני הבסיסי אלא יחסי האמון בין מפקיד לנפקד או בין בעלים משותפים, לצד זכות הקניין. עם זאת כאמור אי אפשר ולא נכון לפרוס את העברה גם על מי שהוא הבעלים המלא של נכס.

שולח יד

בפרשת זולברג נפסק ששליחת יד היא עשיית מעשה החורג ממטרות ההפקדה, כל מעשה שמבטא פריקה של עול הבעלים שבשבילו נשמר הפיקדון. בפרשת רוזנפלד נפסק ששליחת היד מתבצעת בשעת ניצול הנכס לשימושו האישי של המחזיק, ולכן הסכמת הבעלים בדיעבד אינה משנה את מעשה הגנבה, שכבר הושלם. בפרשת נרקיס צוין ששליחת היד היא היסוד המרכזי בעברה זו, שכולל כל פעולה המביאה לגריעה בהיקף נכסיו של הזולת, לרבות עירוב כספים בחשבונותיו הפרטיים של הנפקד. בפרשות יקירביץ' וע"פ פרי שוב נפסק שזהו יסוד תלוי-הקשר שיילמד לאור "מנהג בעלים" שאינו מתיישב עם מטרת ההפקדה.

שתי שאלות עולות בנוגע ליסוד זה: האחת היא מדוע לכתוב "שליחת יד" ולא "עשיית מנהג בעלים"; השנייה היא איזה מעמד יש לתת להסכמת הבעלים, נתון שכזכור מופיע כיסוד פורמלי בעברת הגנבה הקלאסית אך אינו מופיע כלל בעברה זו. שתי התשובות מתקשרות. ראשית, דומני שמוטב לו לחוק לדבר בשפה מובנת, ואם היסוד העובדתי, ההתנהגותי במקרה זה, מתורגם אוטומטית למונח אחר מובן יותר, מוטב להשתמש במונח האחר והנהיר. ניסוח עברה מחייב לשון קולעת ותמציתית.¹³³ כלומר, במקום "שליחת יד" מוטב לכתוב "עשיית מנהג בעלים". הביטוי "שליחת יד" מתאים לשמש כותרת לעברה או תווית חברתית שלילית יותר משהוא מתאים לשמש יסוד פורמלי בעברה, וכזכור, עמדתי היא שהכותרת "גנבה" אינה מתאימה כלל. שנית, סבורני ששאלת הסכמת הבעלים או המפקיד היא בוודאי רלוונטית או צריכה להיות רלוונטית לעברה זו: איך ייתכן שאין חשיבות להסכמת הבעלים כשהיסוד המרכזי בעברה הוא עשיית מנהג בעלים? מי שעושה מנהג בעלים בהסכמת הבעל אינו אשם בדבר. לכן יש להוסיף לעשיית מנהג בעלים את המילים "ללא הסכמת המפקיד או יתר הבעלים המשותפים". להבדיל מהמקרה של הגנבה הקלאסית, כאן עמדתי היא שהסכמה כזו צריכה להיות מרצון חופשי (גם אם נובעת מכך חפיפה מסוימת לעברות אחרות), אך הפעם גם מדעת. וגם כאן ניתן להעלות סברה שהסכמה כזו יכולה לרפא את הפליליות מהמעשה אפילו אם היא מאוחרת. הערכים המוגנים של יחסי האמון ושל זכות הקניין אינם סובלים פגיעה משמעותית במצב שבו המפקיד או הבעלים המשותף מסכים בדיעבד למנהג הבעלים. כלומר, אם הלקוח סבור שמעשה הנפקד השיג את מטרת ההתקשרות (שאלה שכזכור נדונה בדנ"פ פרי) והועיל לו בסופו של דבר, הוא עשוי להסכים למנהג הבעלים ולהוציאו בדיעבד מהשטח הפלילי.

יש לשים לב כי תחת ההצעה החדשה ניתן למעול גם ברכוש שאינו בר-טלטול, כמו מקרקעין או מידע. אין בכך בעיה אנליטית כלשהי. גם כיום, לפי יסודות העברה ופרשנותם, לכאורה ניתן למעול (לגנוב) במקרקעין. החוק מגדיר דבר הניתן להיגנב כך: "דבר בעל ערך שהוא נכסו של אדם, ובמחובר למקרקעין – לאחר ניתוק מהם". ההגדרה הזו מתמקדת בנכס בעל ערך, והגם שמשמע ממנה שאינה מכוונת למקרקעין (משום שמתייחסת למקרקעין במישורין דווקא בנוגע לדברים המחוברים להם, להבדיל מהמקרקעין עצמם), היא אינה שוללת את האפשרות הזו במפורש. אך חשוב מכך: שליחת היד אינה באה להגן על החזקה מפני נשיאה ונטילה אלא על יחסי אמון ועל קניין, ואלו רלוונטיים לנכסים

133 קרמניצר עיקרי מבנה וארגון של העברות הספציפיות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 56.

שאינם בני-טלטול כמו מקרקעין או נכסים לא מוחשיים, ממש כשם שהם רלוונטיים לנכסים פיזיים נידים.

במרמה

אמנם התייחסתי קודם ליסוד זה, אלא שניתוחו הפסיקטי בקשר לעברת הגנבה הקלאסית היה אגבי משהו, ואילו באשר לגנבה בידי נפקד הוא נדון כרכיב משמעותי. הניתוח שנערך לו מצריך ליבון גם בדיון כעת. כזכור, בפרשת יהודה פורש יסוד זה כנטילה מחושבת ולא שגויה, ונכתב שכוונה להשיב את הפיקדון בהמשך אינה משנה בדרך כלל. דברים דומים נפסקו בפרשת משריקי: שימוש בכספים שהופקדו בתקווה להשיבם בעתיד הוא גנבה בשל היעדר היושר. צוין שיסוד המרמה הוא יסוד נפשי אך כולל גם רכיב אובייקטיבי. כך נפסק גם בפרשת אלמגור. מי שסבר בתום לב שיוכל להשיב את הנכס (כאשר מבחן הסבירות של ההשבה שימש אינדיקציה לתום הלב האמור) אינו גנב, כעולה מפרשת ברזל. בתי המשפט התחבטו בשאלה אם היסודות "היעדר תביעת זכות בתום לב" ו"כוונה לשלול שלילת קבע" שייכים גם לעברת הגנבה בידי נפקד. תשובות חיוביות (לא תמיד נחרצות) ניתנו בפרשות סוקולובסקי, נרקיס, יקירביץ' ובע"פ פרי (גם בדנ"פ פרי נבחנו היסודות האמורים, ללא הכרעה מפורשת אם הם מהווים חלק מהעברה); היסוסים ניכרו בפרשות אופנהיים ומכנס. קונצנזוס ניכר בנוגע לפן האובייקטיבי של המרמה, הנוגע לאפשרות ראלית להשיב את הנכס.

מהלכים אלו בעייתיים. דומני שאת שלא הכניס המחוקק לא אמור בית המשפט להכניס: "היעדר תביעת זכות בתום לב" ו"כוונה לשלול שלילת קבע" אינם יסודות בסעיף העברה הזה, ואין כל הכרח או הצדקה להחילם. הכנסת יסודות שאינם קיימים בעברה היא בעייתית מאוד באופן כללי, גם אם היא מן הסתם מצמצמת את האחריות הפלילית. הכנסת יסודות עברה נוספים פוגעת בעקרון הפרדת הרשויות, מקשה על התביעה ומסייעת לנאשם שלא בצדק. באופן כללי פחות, הכנסה פרשנית של יסוד אל תצורה אחת מתוך שתיים של אותה עברה ואותה תווית, כאשר הצורה האחת כוללת בלשונה יסוד מסוים והשנייה אינה כוללת כאמור – היא ממש בלתי אפשרית. הרי המחוקק גילה כוונתו במפורש; פרשנות עברה עשויה להתקשר לא רק לדמיון בינה לבין עברות אחרות אלא גם לשוני, במיוחד באותו סעיף. החדרת רכיב שקיים במפורש בעברה אחת ואינו מופיע בעברה הצמודה לה ממש – היא מהלך בעייתי עד מאוד. ייתכן שזו אינדיקציה נוספת לצורך להפריד פורמלית ורעיונית בין הגנבה הקלאסית לבין הגנבה בידי נפקד, שכפי שציינתי, לדעתי מצריכה כותרת עצמאית ושונה (כפי שנעשה למשל בחוק הגרמני).¹³⁴ פרט לכך, האם יסוד המרמה נדרש? את שכתבתי קודם לא אפרט שוב: יסוד המרמה נהוג בחוק העונשין בעיקר כיסוד עובדתי התנהגותי או נסיבתי ולא כיסוד נפשי, ואין זה רצוי להשתמש במונח זה גם כדי לתאר יסוד נפשי. בנוסף, אין זה רצוי להכריז על יסוד שהוא נפשי ובהמשך להחזיר בו נשמה אובייקטיבית. אם אמנם נחוץ יסוד כדי לתאר סוג מסוים של עשיית מנהג בעלים (ללא הסכמתו), כי אז עדיף היסוד "בא-יושר", ומוטב להבהיר כי מדובר ביסוד פיזי אובייקטיבי, והנאשם יידרש למודעות לכך. עם זאת איני בטוח שאמנם נדרש יסוד כזה, באשר חריגה מהרשאת המפקיד או הבעלים המשותפים נראית כמקיימת, רעיונית, את עברת המעילה.

134 ככתוב בפרק 2. דומני שזו גם גישת קרמניצר, שהובעה לפני למעלה משלושים שנה; שם, בעמ' 259–261.

לשימושו שלו או של אחר שאינו בעל הדבר

בבקשה לדיון נוסף בעניין פרי צוין שאין זה ברור שאדם יכול לגנוב כשהוא נוטל סכום שיועד לו עצמו לשימוש מסוג מסוים, כשבהמשך הוא משתמש בו לצורך אחר. בדיון הנוסף עצמו נפתר הקושי, ונקבע שאם הנפקד הפר את הוראות ההפקדה באופן שפגע באינטרס רכושי של המפקיד, תוכל להתגבש שליחת יד. דומני שהקושי שתואר ונפתר מתקשר, אם בכלל, לכותרת הלא מוצלחת של המעשה כ"גנבה" ולא כ"מעילה". המעילה סבה על רעיון הפגיעה באמון במשולב עם פגיעה קניינית, ונראה לי שמי שקיבל פיקדון לשימוש מסוים בשבילו וערך בו שימוש אחר אמנם מבצע מעילה, כזו שניתן למחול עליה אם תגיע הסכמה מאוחרת מצד המפקיד. האם היסוד "לשימושו שלו או של אחר שאינו בעל הדבר" מיותר? לכאורה ניתן לחרוג ממטרות ההפקדה גם לטובת המפקיד. האם במצב שכזה אין פגיעה משמעותית ביחסי האמון או בזכות הקניינית? בהחלט תיתכן פגיעה שכזו, אך קשה יהיה לכנותה "מעילה", ודומה שניתן להסדירה במישורים אחרים, לאו דווקא בדין הפלילי.

5. גנבה בידי נפקד: סיכום והצעה

כמו בעניין עברת הגנבה הקלאסית, גם מאחורי העברה של גנבה בידי נפקד אין ערך יחיד שמצדיק אותה לבדו. שוב עולה תשלוכת ערכית. בדומה לעברת הגנבה, היא כוללת את זכות הקניין, אך במקום הביטחון הקנייני הבסיסי הערך השני המוגן בעברה הוא יחסי אמון. נוכח הדברים הללו ניתן לחשוב על נוסח חלופי לעברת הגנבה בידי נפקד.

זו הגדרת הגנבה בידי נפקד כנוסחה דהיום: אדם "גונב דבר: בהיותו מחזיק כדין דבר הניתן להיגנב, בפיקדון או בבעלות חלקית, הוא שולח יד בו במרמה לשימושו שלו או של אחר שאינו בעל הדבר".

בשלב זה מוצעת הגדרה אחרת, תחת כותרת שונה, "מעילה": "אדם מועל אם בהיותו מחזיק כדין בנכס שהופקד אצלו או שבבעלותו החלקית הוא עושה בו מנהג בעלים שלא בהסכמת המפקיד או של יתר הבעלים, לשימושו שלו או של אחר שאינו בעל הדבר".

"הסכמת הבעל" – "הסכמה חופשית ומדעת, בין לפני מנהג הבעלים ובין במהלכו".

סעיף זה לא יגדיר בעלות בהרחבה. הבעלות היא רכיב חיובי: אדם צריך להיות בעל חלקי (או נפקד) כדי להיכנס בגדרי הסעיף; מחזיק או בעל זכות החזקה אחר אינו בעל חלקי (כלומר אין סעיף הגדרות שלפיו בעל הוא גם מחזיק) ולא יידון בסעיף זה אלא אם קיבל את הנכס כפיקדון. הבעלות מתקשרת גם לרכיב שלילי: הסכמת יתר הבעלים שוללת את הפליליות ממנהג הבעלים; מחזיק או בעל זכות החזקה אחר אינו יכול לייצר הסכמה כאמור. האם במקרה של בעלות משותפת נדרשת הסכמה מכל אחד מהבעלים? מהצד האחד ניתן לסבור שהערך הנפגע במצב שבו אחד הבעלים מסכים ואחר אינו מסכים אינו בהכרח בעל חשיבות ומצדיק הפללה, באשר האמון הנפגע במצב כזה אינו בין הנפקד לבעלים שלא הסכים, אלא אולי דווקא בין הבעלים שהסכים לזה שלא הסכים. מהצד האחר, גם במצב כזה ניתן לסבור שיש הפרת אמון ופגיעה קניינית, כזו שלא הוסכם לה גם בדיעבד, ולכן מוצדקת הפללה במצב שבו מישהו מהבעלים לא הסכים לעשיית מנהג בעלים. תהיתי אם נכון לאפשר כי ההסכמה הנדרשת תהיה גם משתמעת, משום שהמחזיקים עשויים להיות מגוונים ולהתייחס לנכסים מורכבים המצריכים טיפול סבוך, ואפשר שלא ראוי לדרוש הסכמה מפורשת לכל פעולה בנכס. ואולם אין נדרשת הסכמה מפורשת לכל פעולה בנכס אלא רק לעשיית מנהג בעלים שנועד לשימושו של

המחזיק או של אחר שאינו הבעלים. לאור זאת מוטב כי רק הסכמה מפורשת תוציא את מנהג הבעלים שנעשה לשימוש שאינו בשביל הבעלים מגדר עברת הגנבה.

הצעתי שונה מהמצב הקיים בכמה מובנים: ראשית, הכותרת. חוץ מההיסטוריה, שבעצמה אינה נקייה מטעויות אנליטיות ועיוניות, אין סיבה טובה להמשיך ולכנות את שליחת היד בשם "גנבה". דומני שמדובר בהתנהגויות שונות, הן מבחינת יסודות העברה והן מבחינת הערכים המוגנים; שנית, הצעתי מבהירה שעניין הפיקדון מתאר את הנכס ולא את ההחזקה, וכך גם הבעלות החלקית; שלישית, הצעתי מוותרת על המונח "שולח יד" לטובת המונח הברור יותר "עושה מנהג בעלים". אמנם אפשר שהראשון נשמע שלילי יותר, אך שליליות אין פירושה בהירות, וטובה השנייה מהראשונה בספר העונשין, לפחות בנוגע ליסודות העברה, להבדיל מכותרתה; רביעית, הצעתי מכניסה את הסכמת המפקיד או הבעלים כיסוד שלילי: עשיית מנהג בעלים בפיקדון אינה פסולה אם היא זוכה להסכמה מרצון ומדעת, לפני המעשה או במהלכו. שוב שקלתי להציע שגם הסכמה בדיעבד תחריג מהדין הפלילי, אלא שלנוכח השלכות הרוחב של העניין האמור החלטתי להימנע מכך. תהיתי אם לאפשר הסכמה בדיעבד מיד לאחר הפעולה, אלא שבמצב כזה קשה יותר לדבר על הסכמה חופשית, לאחר שהפעולה כבר נעשתה; חמישית, הצעתי מוותרת על היסוד "במרמה". איני בטוח אם צריך לוותר עליו לחלוטין או פשוט להחליפו ביסוד עובדתי כמו "באי-יושר", אך אני נוטה לאפשרות הראשונה, באשר חריגה ממטרות ההרשאה, שעשויות להיות כלליות ומופשטות, נראית לכאורה כמעילה, ובלבד שנעשית על ידי המועל "לשימושו שלו או של אחר שאינו בעל הדבר" – יסוד שנראה לי נכון ונחוץ, בספקו מניע אנוכי פסול להתנהגות. כאשר החריגה תזכה בהסכמה לא ידובר עוד במעילה. יש לשים לב כי הותרתי את היסוד "כדין" בצמוד ליסוד "מחזיק"; אם אנו סבורים, בדומה לאמור בדנ"פ פרי, כי ראוי לה לעברה לכסות גם נכס שהופקד בהסכמה שהושגה שלא מדעת (כלומר מעילה שתכסה מעשה שהחל במרמה) – מוטב כי יוסר הרכיב "כדין", כדי שלא ייווצר אותו מצב מוזר שתואר בדנ"פ פרי, שבו אדם נחשב מחזיק כדין של נכס שהשיגו באמצעי פסול.

6. הזיקה והגבול בין פלילי לאזרחי

עברת הגנבה הקלאסית ועברת הגנבה בידי נפקד חייבו מבט לדין האזרחי. גם עברת הגנבה המוצעת ועברת המעילה המוצעת מחייבות מבט כזה. המונח "בעל", שמופיע בעברת הגנבה הקיימת וגם במוצעת, שואב משמעות מדיני הקניין, ולפי הצעתי יהיה קל יותר למזוג את הידוע לנו מהדין האזרחי אל הדין הפלילי, משום ש"בעל" אינו עוד "לרבות מחזיק", וכל מושג שכזה יפורש בנפרד. "נכס" אף הוא מונח חי, נושם ומתחדש. עם זאת הגדרת היסוד כנכס מוחשי מצמצמת את פוטנציאל הפריסה הרחבה של עברת הגנבה הקלאסית. מנגד, הצעה לאפייץ את הנטילה והנשיאה לא לנוכח כוונות הנוטל אלא לנוכח פוטנציאל הפגיעה הקניינית מרחיבה את עברת הגנבה. המונח "זכות הקניין" מצריך מבט עדכני בדיני הקניין כדי לקבל תוכן (כזכור, ממילא מביט הדין הפלילי הקיים בנוגע לגנבה בדין האזרחי). מכל מקום, ההרחבה הגלומה במונח זה אינה כרוכה בהרחבה באשר לפרשנות היסודות המוחשיים "נוטל ונושא" ו"נכס מוחשי".

גם עברת המעילה המוצעת מצריכה מבט לדיני הקניין. עברה זו רחבה יותר במובן הנכסים שעליהם היא נפרסת ואינה מצריכה נכס מוחשי, ובכך חשוב המבט לדיני הקניין. החזקה כדין היא נסיבה הכרחית וכך גם נכס שהופקד או בבעלות חלקית – מושגים שדיני הקניין ימלאו אותם תוכן. ההתנהגות הנדרשת אינה מצריכה אקט מוחשי תוקפני, באשר לב העברה הוא פגיעה ערכית משולבת בזכות הקניין וביחסי אמון ולא בביטחון הקנייני הבסיסי.

לטעמי מוטב שתוכנם של מונחים המופיעים הן בדין הפלילי והן בדין האזרחי יהיה אחד במידת האפשר, ומוטב למנוע יצירת פער בין השניים בשם הרצון להרחיב את האחריות הפלילית. גישת השופטת פרוקצ'יה, שלפיה עדיף להתעמק בחיפוש אחר שלילה לא הוגנת של רכוש הזולת והתעשרות פסולה על חשבון הזולת ולא בשאלות של זכאות, בעייתית מאוד. מי שמבכר גישה כזו כעניין נורמטיבי, מוטב לו לחוקק חוק שלפיו גנבה או מעילה הן "שלילה לא הוגנת של רכוש הזולת" או "התעשרות פסולה על חשבון הזולת". בהיעדר חוק כזה יש טעם טוב להרמוניה חקיקתית במידת האפשר בין הפלילי לאזרחי, בשעה ששניהם רותמים את אותם מונחים בשם של ערכים דומים. עד כאן באשר לזיקה בין המישור הפלילי למישור האזרחי. מה באשר לגבולות שבין המישורים? אכן, ראוי לשמור על גבולות ברורים של העברה, כדברי השופט (כתוארו דאז) ברק בפרשת סוקולובסקי. הגבולות בין עברת הגנבה לבין התנהגויות אזרחיות חשובים, וכמוהם גם הגבולות בין הגנבה לבין התנהגויות פליליות שונות. אני בוודאי מסכים עם קרמניצר, כאמור בפרק הקודם, שקיימים הבדלים חשובים בין גנבה לבין הפרת חוזה. אך יש גם דמיון. אם הערך המוגן של עברת הגנבה הוא הקניין, כפי שמקובל לציין, ברור שיש דמיון בין גנבה לבין הפרת חוזה, הן מבחינת המניע של העושה והן מבחינת הנזק לקרבן.¹³⁵ ואולם, כאמור, קניין אינו הערך המוגן בעברת הגנבה, לפחות לא ערך העומד לבדו. הגנבה הקלאסית משקפת תשלובת מסוימת של פגיעה ערכית, השונה מזו שמשקפת עברת המעילה (הגנבה בידי נפקד), עברת המרמה, עברת הסחיטה, הפרת החוזה ופלישה לדירה, גם אם כולן מתקשרות באופן כלשהו לזכות לקניין. אם יש משמעות כלשהי לתווית "גנב", צריך לומר עליה משהו מיוחד ושונה מכל התוויות האחרות.

7. גנבה ותוויות: מה חשוב השם?

מה חשיבותה של התווית "גנב"? כריסטופר קלרקסון (Clarkson) כתב כי עברות פליליות צריכות לתאר את ההתנהגות האסורה בדיוק המרבי. צריך לבנות עברות, לתייג ולהעניש כדי שהדבר ישקף את מידת העוול או הנזק הכרוכים בהן. לדידו, עברות פליליות מקוטלגות מסיבות סמליות, כדי לשדר את ההבדל במידת החומרה ואת הדחייה או אי-הקבלה של סוגי התנהגות שונים. עברות המוגדרות בהרחבה אינן יכולות לכלול ולשדר מידע מוסרי ברור.¹³⁶ הבחנות מקובלות בין עברות ומידות של עוול מכובדות ומסומנות בידי החוק, ועל עברות להיות מחולקות ומתוגיות כדי לייצג בהגינות את האופי ואת העצמה של הפרת החוק. כשאנשים מתייחסים בעקיבות לשני סוגי התנהגות כשונים במובן אשמה, על החוק לשקף את ההבדלים. תיוג הוגן יבטיח שמוסר רווח הנוגע להבדלים בין עברות פליליות יכובד ויסומן

¹³⁵ בנוגע לעברת המרמה קרמניצר עמל כדי למתוח קווים מבחינים בין הפן הפלילי לפן האזרחי של התנהגויות אזרחיות למדי. הוא בדק למשל את שאלת המרמה בתחום היחסים החוזיים; בתחום של רכישת טובין; בתחום של הטעיה לשם השגת עבודה ועוד. ראו המרמה הפלילית, לעיל ה"ש 3, בעמ' 173–177.

¹³⁶ ובנוסף, הן מגבירות את הכוח ואת שיקול הדעת של רשויות האכיפה והשפיטה. ראו: C.M.V. Clarkson, *Theft and Fair Labeling*, 56 Mod. L. Rev. 554, 554–555 (1993). סטאנטז ביקר את רוחב הדין הפלילי ואת התוצר הנובע מכך של הרחבת שיקול דעתן של הרשויות. לדידו, פירוש הדבר שיכולתו של הדין הפלילי לשלוח אותות לא תוכל להיערך היטב. שליחת מסרים מחייבת עקיבות, ורוחב יתר עלול לגרום פער פרשני בין החוק הכתוב לחוק הנאכף. ראו: Stuntz, לעיל ה"ש 42, בעמ' 520–521.

על ידי החוק. הדרך הברורה, השקופה והמתאימה לכך ביותר היא בחקיקה ולא בשפיטה או בתביעה.¹³⁷

חלק ניכר מהבעיות שתוארו בפרק ההיסטורי נוגעות לקו הגבול שבין גנבה לבין מרמה לבין השגת כסף באמצעות מצג שווא וכדומה. במשטר משפטי נתון בתקופה נתונה עשויה להיות משמעות הרת גורל לשאלה אם מדובר בהתנהגות פלונית או אלמונית: האם מעשה נדון נכנס בגדר הדין הפלילי או בגדר הדין האזרחי בלבד? ואם בדין הפלילי, תחת איזו כותרת – כזו שפירושה עונש חמור כמו מוות (כזכור, עברת הגנבה באנגליה גרה עונש מוות בתקופה מסוימת) או עונש מתון יותר? המשמעות האפשרית לקווי גבול בין סוגי התנהגות שונים לפי חוק קיים ברורה. אך באספקלריה נורמטיבית, מה המשמעות של מתיחת קווי גבול בין סוגי התנהגות שונים? האם יש חשיבות לכינויו של סוג התנהגות מסוים – או ליתר דיוק: של התלכדות של יסודות עובדתיים ונפשיים – בשם "גנבה", "מרמה", "סחיטה", "שוד", "הפרת חוזה", "פלישה לבית" או "פגיעה קניינית"? מדוע חשוב להבחין בין שיטות שונות להשגת דבר דומה או אפילו זהה? מדוע חשוב לתייגן בדרך שונה ואולי גם להעניש בדרך שונה?

שאלת התייג היא רחבה ומורכבת וחורגת מספר זה. ייתכן שתיוג מדויק רצוי כדי להבהיר לחברה באופן החד ביותר את הסכנה הנובעת מאדם פלוני: אם זו סכנה של זריזות ידיים, של אלימות, של ערמה וחלקלקות או של כישורי מחשב מיוחדים. המחוקק יוצר איסורים פליליים, בוחר כותרת ומנסח את יסודות העברה. תאורטית, נדרשת התאמה דר-כיוונית: הכותרת אמורה לשקף היטב את היסודות, ורק אותם, והם אמורים לשקף היטב אותה, ורק אותה.¹³⁸ מעשית, אין כלל שמגביל את המחוקק בניסוח הכותרות או בבחירת היסודות. המחוקק יכול, תחת הכותרת "גנבה", לנסח יסודות של "פגיעה קניינית באחר", ובכך להקיף עולם ומלואו של פגיעות קנייניות של אדם אחד באחר; הוא יכול לצמצם אותן מעט בהוספת יסוד של "באי-יושר", אך עדיין להכיל את שאנו תופסים כיום כגנבה, מרמה, סחיטה (בהקשרים הקנייניים), ובמקרים מסוימים גם הפרת חוזה ופלישה לבית, ועוד אין-ספור דוגמאות אחרות. אנו יכולים להתמקד בפוגע ולא בנפגע ולדבר על "עשיית רווח קנייני באי-יושר" או על "התעשרות פסולה על חשבון זולת", כעולה מדג"פ פרי.

אם כך נעשה, אולי בתחילה ייווצר פער בין מה שאנו יודעים על השפה לבין הנורמה המשפטית החדשה, אך השפה ממילא מתקשרת להיסטוריה ולנורמות, וכמו המשפט, השפה נושאת חיים ומתפתחת. האם אדם שנוטל מאחר ארנק ברחוב ללא ידיעת האחר, הוא גנב? כל אדם בישראל דהיום ישיב בחיוב, כנראה. האם אדם שמשתמש בכסף שקיבל מאחר שלא לצורך הפקדה הוא גנב? איני יודע כיצד ישיב האדם מהרחוב. האם אדם שהשתלט על דירה ואדם שקיבל דבר על פי חוזה אך לא מסר את שהוסכם עליו הם גנבים? כיום הם אינם גנבים, מבחינה משפטית. האם אין הבחנה טובה בין גנבה לבין

137 ראו: Stuart P. Green & Matthew B. Kugler, *Community Perceptions of Theft Seriousness: A Challenge to Model Penal Code and English Theft Act Consolidation*, 7 JELS 511, 515–516, 520 (2010). השניים נשענו על אשוורת: ASHWORTH, לעיל ה"ש 90, בעמ' 89–90.

138 קרמניצר הדגיש את חשיבותו של ארגון העברות ומיקומן לשם הצגתן באור הנכון ולשם הבלטת הערך המוגן על ידיהן כעניין חינוכי. גם השם של כל קבוצה חייב להיות הולם. יש לתת לכל עברה "אוריינטציה חד-משמעית" בהתאמת הגדרתה לערך המוגן. קרמניצר עיקרי מבנה וארגון של העברות הספציפיות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 173, 179–182, 200–203, 212. אם צדק קרמניצר בדבר חשיבות המיקום, מקל וחומר גם הכותרת של העברה חשובה.

הפרת חוזה, למעט המסורת והשפה? חייבת להיות כזו, כי אם אין כזו, גם אין הצדקה לנהוג במפר חוזה בכלים של הדין האזרחי, ובגנב – בכלים של הדין הפלילי. ואם אין הבחנה טובה בין רמאי לגנב, אין סיבה טובה להתייחס אליהם באופן שונה. הערך הראשון שיש לתווית, כמדומני, הוא הערך שמיוחס לה בשפת ההדיוטות, וערך אחרון זה מתקשר למה שהאדם מן היישוב יודע על אותה תווית מכוח ניסיון חייו. מה שחושב ההדיוט אינו יכול לקבוע מה יהיה עברה; ¹³⁹ מנגד, הערך שמשווה ההדיוט לתווית פלונית חשוב עד מאוד, משום שהתווית שנצמיד לאלמוני תתקשר בעיני הציבור הרחב למה שהוא יודע על אותה תווית. הגינוי, שהוא כזכור אחת משיטות הפעולה של הדין הפלילי, כולל רובד משפטי – של גינוי מטעם בית המשפט – ורובד של סנקציות חברתיות – של גינוי עממי. גינוי עממי זה מתחבר במישור לתווית שנבחרה. מה שהציבור יודע על תווית מסוימת לא דווקא יתקשר ליסודות העברה, שאינם בהכרח ידועים לציבור, לא כל שכן מובנים לו. הוא גם לא בהכרח יתקשר לערכים המוגנים בעברה, שמצויים ברקע העברה ואינם גלויים אפילו לעין הקוראת את החוק, לא כל שכן לעיניים הרבות מספור שאינן קוראות אותו. התווית שמייחס הציבור לגנב תתקשר אל נכון לתדמית הגנב, לגנב הקלאסי, הפרדיגמטי. כאשר נגיד לציבור שפלוגי הוא גנב, זאת ותו לא, עשוי הציבור לדמיין כייס ברחוב, וכאשר נגיד לציבור שאלמוני הוא שודד, זאת ותו לא, ודאי ידמיין שודד בנק חמוש.¹⁴⁰ אם לתווית יש משמעות אקספרסיבית, אם היא באה לאותת לציבור ולאותת לרשויות (שעה שהן מעיינות במרשם הפלילי) מיהו פלוגי, עליה להיות מדויקת וחדה כפי האפשר.¹⁴¹ אם אנו

139 ודומני שכך רמזו רובינסון ודארלי. ראו: Robinson & Darley, לעיל ה"ש 17, בעמ' 456–457; Robins, *Why does the Criminal Law Care*, לעיל ה"ש 15, בעמ' 1840, 1850.

140 גיילס ואוגלו הציעו לפנות לתאוריית הפליליות הגלויה של פלטשר כדי לסייע לזהות מאפיינים של עברת הגנבה ולנקות מקרבה עברות הונאה. מושג הפליליות הגלויה מצריך להשתמש במבחן של עובר אורח, בדומה לגישה לא-יורש: אם עובר האורח הצופה במעשה יתייחס ללקיחת רכושו של אחר כלא מוצדקת, ייחשב הדבר גנבה. הגנב שמסתיר טובין תחת המעיל בסופרמרקט שולל את זכותה של החנות כבעלים, אבל הלקוח שמשנה את תג המחיר או מבקש לשלם בצי' כושל מכיר בזכות הבעלים של החנות. זהו תנאי חיוני מבחינתו להשגת מטרתו שהחנות תעביר לו את הזכות. העברה כזו היא הונאה ארכי-טיפוסית, לא גנבה. קביעת האקטוס ראוס של הגנבה רק על בסיס הלך הרוח של הנאשם אינה חיונית ואף מלאה בקשיים. הם הציעו לפרש את הנטילה באופן שתחייב אקט שמקבל עליו את זכות הבעלות ברכוש באמצעות הכחשה או מניעה של הזכויות של הבעלים האמתיים. במושג ההכחשה של בעלות הבעלים כמעט טבועה הדרישה של התנהגות פלילית בולטת. זה יוביל למושג בהיר וצודק של גנבה, ובה בעת למושג בהיר ונפרד של הונאה. שאלות של הסכמה או אחריות, הפרעה גלויה או סמויה, חוזה בטל או נפסד, שבלבלו את בתי המשפט בהקשר זה משך שנים, תיעלמנה. ראו: Giles & Uglow, לעיל ה"ש 21, בעמ' 187–188.

141 גרין וקוגלר עשו לאחרונה מחקר אמפירי שעניינו תפיסות קהילתיות באשר למידת האשמה הכרוכה בצורות שונות של עברת הגנבה הרחבה כפי שהוגדרה בחוק האנגלי ובמדינות שונות בארצות הברית. אם אדם גונב אופניים, האם העונש צריך להשתנות על פי אמצעי הגנבה, למשל אם דובר במרמה או בגנבה בכוח? האם האשמה תלויה בתוכן הדבר שנגנב, למשל אם הוא חפץ פיזי או קובץ אלקטרוני? השניים מצאו שההשקפה הקהילתית יוצרת הבחנה חדה בתוך החוק המאוחד והסיקו שהממצאים קוראים תיגר על חוק הגנבה המודרני, בהפרו את התיוג ההוגן, הרעיון שיש לחלק ולתייג את עברות הדין הפלילי כדי לייצג תפיסות רווחות בנוגע לאופי ולעצמה של הפרת החוק. אם החוק מתייחס לסוגי גנבה שונים בדרך שונה ממה שאנשים מאמינים שראוי לעשות זאת, ייראה החוק לא צודק ועלול לאבד חלק מסמכותו המוסרית ומיעילותו. כך נכון גם אם החוק לא יפליל צורות גנבה שאנשים סבורים שיש להפלילן, או מפליל צורות גנבה שאנשים חושבים שיש להתירן. ענישה זהה על עברות גנבה שונות פירושה השטחת הנוף המוסרי של דיני הגנבה. ראו: Green & Kugler, לעיל ה"ש 137, בעמ' 517, 535.

סבורים שלא כל גנב עשוי לרמות ולא כל מפר חוזה עשוי למעול, כי אז אל לנו לכנות את הגנב "רמאי" או את מפר החוזה "מועל".¹⁴² בדומה לזה כתב קלרקסון כי כל עברות הרכוש מגנות על אינטרסים מגוונים ברכוש. הן בגנבה והן במרמה איבד הבעל רכוש לאחר. שיטת האבדן מסמלת את ההבחנות המוסריות בין העברות. הגנבה הפרדימטית כרוכה בנטילה חשאית או כוחנית, והמרמה כרוכה בעימות ובהשתתפות הקרוב באבדן הרכוש. בגנבה הבעלים בדרך כלל חסר ישע נגד הנטילה, ואם מפריעים לנטילה קיים פוטנציאל אלימות. במרמה, קרוב ערני עשוי למנוע את העברה. העוול הכרוך במרמה ייחודי: העוול של הונאת אחר להיפרד מרכושו.¹⁴³

צודקת פרוקצ'יה: הגשמת מטרת הנורמה הפלילית והענישה הפלילית מצריכה את שיבוצו של המעשה הפלילי בתבנית העברה ההולמת את אופיו של המעשה כדי להגן על הערך המוגן הרלוונטי ולעתים גם כדי להשליך על היקפו של העונש שנקבע לצד העברה.¹⁴⁴ היא חשובה לתווית, במיוחד בעולם ובתודעה אנושית עמוסי מידע, שבהם מרובות הקצרנות, הססמאות והכותרות. מוצרים נמכרים ב-99.99 ש"ח משום שהתודעה האנושית עשויה לעשות קיצור דרך ולהחמיץ מהות. לפחות בנוגע לעברות פליליות, מוטב שאותו קיצור דרך יהיה הולם את סוג המקרים הנכנסים בגדרו. אכן, לא תמיד תתקשר הכותרת לאינטואיציה ולא תמיד תדבר אל ההדיוט. אין בכך כדי להפחית מחשיבות תפיסתו של הפרט את הדברים במקרים רבים. קשה להעריך עד כמה התווית קשורה לתחושות של צדק וליכולתו של הדין הפלילי למנוע התנהגות לא רצויה. אך דומני שהיא בוודאי חשובה כעניין של תקשורת.¹⁴⁵

אם כן, התווית חשובה. איך בונים אותה? תאורטית, כאמור, אין כל מניעה בפני המחוקק לבחור בכל תווית שירצה כדי לתאר כל תשלובת של יסודות, אפילו כזו שנראית כלא הולמת את השפה הקיימת, מתוך שאיפה לעצב מחדש את השפה. מעשית, המחוקק ודאי יעדיף תווית שתתיישב עם הלשון, שמצדה מתקשרת למה שידוע לנו על העולם: מי שנוטל ונושא דבר הניתן להיגנב ללא הסכמת הבעל, תוך כוונה לשלילת קבע – הוא "גנב". כמוהו גם מי שמחזיק כדין ושולח ידו בנכס ללא הסכמת

142 בדומה לזה, גרס סטיל כי יש סיבות טובות להבחין בין עברות שעוסקות בנטילת רכוש לבין עברות שמתרחשות לאחר נטילה. הפרדה זו מאפשרת לשקף בחדות את אופי הלקיחה ואת האשמה המוסרית הכרוכה בלקיחה. ראו: Steel, *Taking Possession*, לעיל ה"ש 80, בעמ' 1047. במקום אחר כתב כי עברות מודרניות רבות הן תוצר של איחוד ופישוט של כמה עברות ותיקות. ייתכן שעברות אלו כוללות מגוון נזקים. אם אלו יזוהו בנפרד, ניתן יהיה להגיע להבנה דקה יותר של הכוח המוסרי ושל היקף העברות. ראו: Steel, *The Harms and Wrongs of Stealing*, לעיל ה"ש 121, בעמ' 737.

143 ראו: Clarkson, לעיל ה"ש 136, בעמ' 555.

144 דנ"פ פרי, לעיל ה"ש 78, פס' 61 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

145 מלבד זאת, התווית חשובה גם ככלי פרשני. למשל, מבט ביסודות סעיף 4(א) לפקודה למניעת טרור, התש"ח-1948 אינו חושף קשר לארגון טרור, אלא תמיכה באלימות. והנה, בפרשת ג'בארין קבע בית המשפט העליון בדעת רוב שהסעיף חל רק בקשר לפרסום דברי שבח ועידוד למעשי אלימות של ארגון טרור, כיאה לכותרתו: "תמיכה בארגון טרור". ראו דנ"פ 8613/96 ג'בארין נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 193, 203-202; ומנגד ראו את גרסת המשנה לנשיא שלמה לוין בעניין החשיבות המצומצמת של כותרת השוליים, שם, בעמ' 215-216. בפרשת ג'בארין סטה בית המשפט העליון מהלכת אלבה: ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221 (1996). נוכח הפרשנות החדשה של הלכת ג'בארין הביא הנשיא ברק לזיכויו של מי שהורשע בעבר תחת הפרשנות הקודמת, הגם שפסק דינו היה חלוט: מ"ח 8390/01 אקסלרוד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.10.2005).

הבעל וכדומה. שלב התיוג הראשוני הסתיים. בהמשך, לאחר שהתקבלה תווית פורמלית ולאחר שהתקבלו יסודות פורמליים, מתחיל המאבק הפרשני, שבדרך כלל מתמקד ביסודות ובמידת פריסתם. המאבק הפרשני הוא קשה ואינסופי. האם העתקת חומר ממחשב היא נטילה ונשיאה? מה טיבה של הסכמת הבעל? מה פירוש "במרמה"? מהי תביעת זכות בתום לב? האם נטילת דבר אחד בכוונה להחזיר דבר שווה ערך אך אחר כמוה ככוונה לשלילת קבע? האם רכישת גישה ללא הרשאה מגלמת כוונה לשלילת קבע של הדבר? מיהו שולח יד? מיהו מחזיק כדין? כל הדיונים הפרשניים הללו מגדירים מחדש את גבולות העברה,¹⁴⁶ ובהמשך ובעקיפין מגדירים מחדש את הכותרת שמתנוססת מעליה, התווית. לא בהכרח תוצמד לאותו מעשה אותה התווית בחלוף השנים, כפי שממחישה לנו פרשת כהן בהמשך לפרשת אבוטבול.¹⁴⁷ בבואנו לערוך פרשנות ליסוד עמום, או בבואנו לחוקק מחדש את האיסור הקיים, עד כמה כפופים אנו לכותרת? לקחנו אוסף יסודות, הדבקנו אותם יחד וקראנו לדבוקה זו "גנבה". כעת נסיר, או נוסיף, צלע או יד או רגל – האם הדבוקה עדיין תיקרא "גנבה"? השאלות אינן פשוטות. ראוי שהתווית תהיה מדויקת והולמת ככל האפשר מבחינה לשונית. במבט בהתנהגויות שכוללות שוני כלשהו שנראה למשפט חשוב ורלוונטי התוויות אמורות להכריז על השוני, במיוחד כאשר בין ההתנהגויות יש גם איזה דמיון שהוא שנראה לנו חשוב ורלוונטי. במה שונה עברת הגנבה מהמרמה ומהפרת חוזה, ובמה היא דומה להם? הדמיון זועק לעין – פגיעה בערך המוגן של הקניין, אותו ערך שמלומדים ובתי משפט מרבים לצטט. גם השוני זועק: אינטואיטיבית זה פשוט לא אותו דבר.

כפי שכתבתי קודם, וכעולה מהגישה האנליטית שדרכה חיפשתי את הערכים המוגנים בעברת הגנבה, אני נוטה לסבור (ולא אנסה בספרי זה לבסס את הסברה האמורה) כי עברה פלילית אמורה להיות תחומה היטב, מבחינה ערכית, על ידי שילוב קבוע של כמה ערכים שמייצר התאמה מלאה כפי האפשר ליסודות, וממעיט בצרות יתר וברוחב יתר.¹⁴⁸ עברת הגנבה אמורה לייצג תשלובת ייחודית של פגיעה ערכית. התשלובת שזיהיתי בנוגע לגנבה הקלאסית, בשלב זה, היא של פגיעה בסדר הציבורי ובביטחון הקנייני הבסיסי לצד פגיעה בזכות הקניין. האם זה מדויק מספיק, ולא יהיה צר או רחב מדי ביחס ליסודות העברה? הרי גם בפלישה לדירה יש פגיעה בקניין, בחזקה ובביטחון הקנייני. מה חסר כדי לקרוא לזה "גנבה"? איזה ערך? אין פה נשיאה ונטילה, אולי גם אין פוטנציאל לשלילת קבע משום שלבעל יש אמצעי פשוט יחסית להשיב המצב לקדמותו. אבל מה באשר לפגיעה הערכית? מדוע שלא נקרא גם לזה "גנבה", ובמקום "נטילה ונשיאה" נציב "שימוש", מונח רחב בהרבה? אין כל מניעה לעשות זאת, כמובן. ואולם, דומני שהיסוד "נטילה ונשיאה" הוא חשוב משום שהוא מאותת לנו על חלק נוסף בתצורה הערכית שמרכיבה עברת הגנבה. דרך הפגיעה בערך המוגן, כמו גם מידת הפגיעה בו, הן חלק חשוב בתכלית החוק; הדרך לפגיעה בערך המוגן ומידת הפגיעה בו מחדדות את הבנתנו את

146 ראו הרדוף "פסקת ההפללה", לעיל ה"ש 106, בעמ' 245.

147 ראו ה"ש 114.

148 קרמניצר פקפק בטענה שתמיד מתבקשת הכרעה לטובת הגדרה יחידה של ערך מוגן, באשר האינטרסים החברתיים מורכבים הם ולעתים יש לשלב ביניהם. קיימות עברות שמגנות על יותר מערך אחד, ועל המחוקק להיות מודע לכך ולנסח את האיסורים ולהציבם בהתאם. קרמניצר עיקרי מבנה וארגון של העברות הספציפיות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 197, 214–216, 221. אני נוטה לסבור – והדבר כמובן מצריך מחקר עצמאי נפרד – שהעברה הטיפוסית מייצגת תשלובת ערכית ולא ערך מוגן יחיד.

הערך המוגן, ובמובן מסוים הדרך והמידה תוחמות במדויק את הערך המוגן המופשט: הדרך והמידה הן המסר.

פלישה לדירה שונה מהגנבה הקלאסית במובן זה שאופן הטיפול בה ברור הרבה יותר במדינה תקינה. האם הזרות או הנסתרות של הגנב היא חלק מהלב הערכי של העברה? האם העברה באה להגן מפני חוסר אונים? אם כן, מה מייצר את חוסר האונים הזה? האם זו העובדה שאין כלי משפטי, כמו חוזים או נזיקין, שעה שזהות הגנב אינה ידועה במקרים רבים (בשונה, למשל, מזהות הסוחט או הרמאי הטיפוסיים, שעליהם אנו יודעים לרוב יותר מאשר על הגנב הנסתר)? אולי הצורך בזהירות יתרה במימוש שליטה בחפצים הוא הנזק המטריד אותנו, הנזק שאותו גוררת עברת הגנבה? האם דרוש רכיב של היעדר אמון בין צדדים מתוך הנחה שאמון נבנה במערכות יחסים משפחתיות, חברתיות ומקצועיות אך נעדר בין זרים? האם הימצאותו של אמון הופכת גנבה למעילה? השאלות הללו אינן פשוטות. אני נוטה לחשוב, בשלב זה, שפלישה לדירה אינה מגלמת סוג מיוחד של גנבה אלא משקפת משהו אחר. היסוד הערכי החסר לה, במובן מידתו או טיבו, הוא הפגיעה בביטחון הקנייני הבסיסי. גם פולש לדירה פוגע בסדר הציבורי ובביטחון הקנייני (וכמובן בזכות הקניין), אלא שלטעמי פגיעתו פחותה כי נעדר כאן פוטנציאל לפגיעה ארוכת טווח, משום הפתרון הזמין לנפגע בעידן דהיום: דיווח לרשויות וסילוק הפולש. כלומר, הוא פוגע בביטחון הקנייני, אך לא בביטחון הקנייני הבסיסי. החשש מהתלקחות אלימה ספונטנית פוחת כאשר יש דרך טובה להשיג בחזרה את אשר נלקח: לפנות למשטרה.

לשון אחר, אם ניתן היה לאתר מיד כל נכס שנגנב ולהשיבו, ייתכן שפוטנציאל הפגיעה בסדר הציבורי היה פוחת מאוד.¹⁴⁹ הגנה על הזכות הקניינית אינה יכולה לספק כשלעצמה בסיס להצדקתה של עברת הגנבה.¹⁵⁰ גם הפרות חוזה פוגעות בביטחון הקנייני, אך גם הן אינן פוגעות בבסיסו. קיומו של מכשיר משפטי זמין לטיפול בהתנהגות האמורה ובפגיעתה – אכיפת החוזה והטלת פיצויים – מצמצם מאוד את פוטנציאל הנפיצות של התנהגות שלילית זו. ברגיל, אדם יודע היכן מצויה דירתו ומי פלש אליה, ולכן מצוי הוא במרחק שיחת טלפון מצעד משמעותי לקראת השבת המצב לקדמותו. ברגיל, אדם יודע עם מי הוא מצוי ביחסים חוזיים, ולכן יכול לפעול להשבת המצב לקדמותו דרך כלים משפטיים מתאימים.¹⁵¹ לעומת זאת במקרה של גנבה (ולא של מעילה) חוסר האונים שהוא חווה משום

149 רמזאן כתב כי גנבה מתקשרת לחשש מהיותה מעשה שכיח, מה שיקדם סביבה של עמידה על המשמר ורתיעה מפעילויות יום-יומיות. ראו: Ramadan, לעיל ה"ש 92, בעמ' 598.

150 סטיל הציע להתרחק מהבסיס המודרני לעברת הגנבה, זכויות קניין, לטובת הרציונל המקורי, הגנה מפני אלימות ציבורית. הוא יצא נגד התרחבותה של העברה ונגד הכללתו של כל אינטרס משפטי הקשור לרכוש במסגרתה. הצעתו הייתה לצמצם את עברת הגנבה לרכוש מוחשי בלבד, וכך תוכל החזקה לשוב ולשחק תפקיד נכבד בקביעת המונח "רכוש השייך לאחר". ראו: Steel, *Taking Possession*, לעיל ה"ש 80, בעמ' 1062–1063, 1032.

151 סטיל הפנה למאמר קצר של סימסטר וסאליבן שבו בחנו השניים מה מצוי בבסיס עברות הרכוש השונות. הוא כתב שלדידם התערבות המדינה אינה מוצדקת כדי להגן על אינטרסים קנייניים כשלעצמם; ההצדקה לעברות הרכוש היא להגן על זכויות קניין כמשטר, שמוצדק באפשרו יצירה של צורות רווחה ושגשוג אנושיים. נטילה לרעה של זכויות קניין תוקפת פרקטיקות מקובלות של חילופי זכויות קניין, ובכך פוגעת בעקיפין ברווחה. הנזק הכללי הזה קורה בכל לקיחה לרעה, ולכן מוצדקת התערבות מצד עקרון הנזק. ראו: Andrew P. Simester & Gordon R. Sullivan, *On the Nature and Rationale of Property Offences, in* DEFINING CRIMES: ESSAYS ON THE SPECIAL PART OF CRIMINAL LAW 168, 171–172 (R.A. Duff & Stuart Green eds., 2005). סטיל תקף את הטענה האמורה וכתב שהוא שוגה בהתמקדות במבט כללי ולא במבט ספציפי בהתנהגות, ובנוסף מניח כמובן מאליו שמשטר קניין הוא טובין ציבוריים ומניח גם

שאינו מכיר את הגנב או שלא ראה את הגנב כלל – גדול וכואב יותר, ולכן כולל פוטנציאל גבוה במיוחד לפגיעה ערכית קונקרטית בו ומופשטת וכללית בסובבים אותו. ובדיוק משום כך הגנבה מתקשרת למיטלטלין ולא לנכסי דלא נידי, ואף לא לנכסי קניין רוחני, שאליהם אשוב בפרק הבא, נכסים שמלכתחילה אינם קשורים הדוקות לסדר החברתי אלא הם כשלעצמם מכשיר משפטי מפותח שנועד באופן כללי לקדם יצירתיות ומטרות נוספות, ובאופן ספציפי לשמור על פלג מסוים באוכלוסייה, לאו דווקא פלג רחב. בדומה לזה, הגנבה מתקשרת למיטלטלין ואינה מתקשרת לשירותים: מי שסועד לבו במסעדה וחומק ממנה בהיחבא פוגע בזכות החוזית של בעלי המסעדה. מי שעוזב את המסעדה בהפגנתיות בלי לשלם עלול להסב טרדה ליתר הסועדים. בשני המקרים איני סבור שנפגע הביטחון הקנייני הבסיסי של מרבית הסועדים. הסועד השפל אינו גנב משום שלא נטל ולא נשא דבר (האוכל אינו יכול להיות ה"דבר", כעולה מניתוחי את פרשת רום). וגם אם נגיד שהסועד השפל נטל את האוכל ואכל אותו ולאחר מכן "נשא" אותו בקיבתו – יש לשים לב שהנשיאה האמורה היא מטפורית, ולמעשה מה שנישא אינו בדיוק מה שניטל. בנוסף, מעשה הנטילה היה בהסכמת הבעל; אמנם הסכמה שנשענה על ציפייה שלא מומשה, ציפייה חברתית ומשפטית חשובה – אך עדיין הסכמה בזמן הנטילה. הסועד הנוכל לא ביצע מעשה גנבה אלא פגע במודל עסקי מקובל. לבעל מסעדה המתמודד עם תופעה כזו יש אפשרויות לצמצמה: לעבור למודל עסקי של תשלום לפני השירות או לנקוט אמצעי אבטחה שימנעו בריחה מחובת התשלום או יאפשרו לזהות את הבורח ולנקוט נגדו אמצעים משפטיים בהמשך. את ההתנהגות של צריכת שירות ללא תשלום וההתנהגות של קבלת תשלום ללא מתן שירות ניתן לנסות וליישב עם עברת המרמה או עברות אחרות במישור הפלילי, ועם הפרת חוזה במישור האזרחי.¹⁵²

בדומה לזה, עברת המעילה היא שילוב של פגיעה בזכות קניין לצד פגיעה ביחסי אמון. עברה זו אינה מתאימה להיקרא "גנבה" ואינה נוגעת לביטחון הקנייני הבסיסי. תחושותיו של קרבן המעילה ודאי קשות, אך דומני שהפרת האמון היא חלק עיקרי בהן. לעתים עשוי הקרבן לחוש חוסר אונים בנסותו להשיב את המצב לקדמותו, כאשר המועל ברח או נפטר מהנכס ואין בידו נכסים חלופיים שווי ערך. אין זה משנה את היותו של המועל כתובת ידועה וטבעית לקראת מיצוי טענות הקרבן ותלונותיו. לקרבן הגנבה הקלאסית אין לרוב כתובת כזו, אלא לכל היותר חשד לכתובת. גנבה איננה מעילה, ולהפך, והגיע הזמן שהחוק יבחין בין השתיים.

ה. סיכום

בפרק זה ערכתי חיפוש מעמיק אחר הערכים המוגנים בעברת הגנבה, על שני מופעיה בסעיף 383 לחוק העונשין כנוסחו דהיום, וניתחתי ניתוח ביקורתי את יסודות העברה. יגעת ומצאתי כי הערכים המוגנים שמאחורי שני המופעים שונים הם, ובהקשר זה אין המופע האחד מכיל את האחר. הצעתי להסיר,

שנדרשת התערבות של המשפט הפלילי דווקא. לדידו, אימוץ הקו של סימסטר וסאליבן פירושו הפללה של צורות התנהגות רבות שמטופלות כיום בדין האזרחי. מוטב להבחין בין הסוגים השונים של פגיעה ברכוש ולתור אחר העול הכרוך בכל אחד מהם. ראו: Steel, *The Harms and Wrongs of Stealing*, לעיל ה"ש 121, בעמ' 718–726.

152 לניתוח האפשרות להעמיד לדין בעברת גנבה בנוגע לשירותים על פי חוק הגנבה האנגלי ראו שם, בעמ' 598.

להוסיף ולשנות יסודות שונים בכל אחד מהמופעים, וכן להוציא את המופע השני, שנהוג לכנותו "גנבה בידי נפקד/מורשה/סוכן", ולהפכו לכדי עברה שונה שכותרתה אינה עוד "גנבה" כי אם "מעילה". הבהרת כי לטעמי כל אחת משתי העברות מתייחסת לתשלובת ערכית שונה, ואם חשובה הכותרת – מטעמים של דיוק לשוני, מטעמי מוסריות ומטעמי יכולתו של הדין הפלילי להוציא לפועל את שיטות פעולתו (הרתעה, גינוי וכדומה) – הרי שראוי להבחין בין שני סוגי התנהגות השונים למדי הן מבחינת יסודותיהם והן מבחינת הערכים שעלולים לסבול פגיעה בגללם. גנבה ומעילה אינן עברת בסיס וצורה נגזרת, באשר כל אחת כוללת לפחות ערך מוגן משמעותי אחד שאינו נכלל ברעותה: הביטחון הקנייני הבסיסי בעברת הגנבה הקלאסית מזה ויחסי האמון בעברת המעילה מזה.

בפרק הבא והאחרון אבחן את עברת הגנבה למול האתגרים של החיים המודרניים. האם הכותרת "גנבה" מתאימה לשמש אכסדרה לתמרון חשבון בנק של אחר? לשיתוף קבצים באינטרנט? להעתקת מידע? להתחזות לאדם אחר? לשיוך שקרי של יצירה של אחר? או שמא גנבה אלקטרונית, פיראטיות מקוונת, גנבת מידע, גנבת זהות וגנבה ספרותית אינן אלא מטפורות?

הגנבה המטפורית: על גנבה וחיות אחרות

א. מבוא

בפרק הקודם העמקתי בשאלת הערכים שעליהם מגנה עברת הגנבה וביסודות העברה דהיום. הצעתי לפצל את העברה המתוארת בסעיף 383 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 לגנבה הקלאסית מחד גיסא ולמעילה מאידך גיסא. בנוסף, הצעתי נוסח חלופי שהתאמה בינו לבין הערכים המוגנים בכל אחת מהעברות מלאה ומדויקת יותר משבעברת הגנבה בנוסחה בחוק העונשין.

בפרק זה, האחרון בגוף הספר, אבחן סוגי התנהגות שונים דרך משקפי עברת הגנבה. הבחינה תהיה כפולה: ראשית אחקור אם עברת הגנבה, הן בנוסחה הנוכחי והן בנוסח המוצע, מכסה את סוגי ההתנהגות האמורים, ולאחר מכן אבדוק את הערכים הנפגעים מסוגי ההתנהגות המדוברים ואמצא אם מדובר באותה תשלובת ערכית שזוהתה בפרק הקודם.

כבסיס לפרק זה נדרשת הבהרה: מה שאבחן הם סוגים מודרניים של התנהגות שמזכירים גנבה באופן כזה או אחר. כולם מתקשרים למציאות המודרנית בעידן המידע, ורובם לפן מסוים של אותו עידן – המחשב. לחלקם היה גלגול קודם, במובן זה שאין מדובר בתופעה חדשה לחלוטין. עם זאת דבר מה חדש מסתמן בתופעות הללו, והחידוש מתקשר – לפחות אינטואיטיבי – להיקף התופעה, ללבוש החדש שלה או למאפיין אחר שמציב אתגר בפני המשפט. לא אבחן ולא אכריע במסגרת חיבור זה אם סוגי ההתנהגות המדוברים – כל אחד בנפרד או כולם ביחד – מציבים למשפט אתגר שמחייב שידוד מערכות כזה או אחר. לשאלת השוני של הפשע המקוון התייחסתי הן באופן כללי והן באופן ספציפי (בדבר הימורים והחזקת פורנוגרפיית ילדים) במקום אחר, והסקתי שחרף שינויים וניואנסים חדשים המשפט אינו עומד בפני תופעה המצריכה מהפכה אלא די בהתאמות (שכמובן אינן פשוטות כלל ועיקר).¹ גם פרק זה מתקשר לחידושי העולם המודרני, לטכנולוגיה ולאתגר שהיא מציבה. אין זה פלא: ראינו למן הפרק הראשון כיצד התפתחות החברה, המסחר, הכלכלה והטכנולוגיה הציבה אתגרים בפני דיני הגנבה הקיימים. השאלה שבה מתמקד פרק זה סובבת סביב הנוסח הנוכחי של האיסור על הגנבה, ובמידה מצומצמת נוגעת גם בנוסח שהוצע בפרק הקודם, ודרך משקפיים דוקטרינריים אלו ייבחנו סוגי התנהגות שונים לצד מבט ערכי-נורמטיבי בהם. במוקד תעמוד עברת הגנבה הקלאסית, שנראית כמציבה אתגרים פרשניים הנוגעים למודרניזציה והמשמעותיים מאלה של עברת המעילה.² כאמור, זו הגדרתה כיום:

1 למבט עיוני בשאלה האמורה ראו אסף הרדוף הפשע המקוון (2010). למבט דוקטרינרי על כמה עברות ושאלת התאמתן להתנהגויות אינטרנטיות ראו אסף הרדוף "דיני העונשין גולשים באינטרנט: היסוד הפיזי הווירטואלי" הפרקליט נב 67 (2013).

2 נראה שעברת הגנבה על ידי נפקד נוטה פחות להיפרס על סוגי התנהגות אחרים.

אדם גונב דבר אם הוא: נוטל ונושא דבר הניתן להיגנב, בלי הסכמת הבעל, במרמה ובלתי תביעת זכות בתום לב, כשהוא מתכוון בשעת הנטילה לשלול את הדבר מבעלו שלילת קבע.

ההגדרה החלופית, שאותה הצעתי בפרק הקודם, היא זו:

אדם גונב אם הוא: נוטל ונושא נכס מוחשי, בלי הסכמת הבעל או המחזיק כדין, באופן שעלול לפגוע במימוש זכות הקניין של הבעל או המחזיק כדין.

תשלובת הערכים המוגנים שזיהיתי בעברת הגנבה הקלאסית היא, כאמור בפרק הקודם, זכות הקניין מחד גיסא, ותחושת הקניין והסדר הציבורי מאידך גיסא, ואותם כיניתי "הביטחון הקנייני הבסיסי". האם סוגי ההתנהגות המפורטים נכנסים למסגרת יסודות העברה? והאם פוגעים הם באותה תשלובת ערכית?

ב. "גנבה" באמצעות מחשב

לפני למעלה מעשור נכתב כי לאחר המצאת המחשב גנבת כסף אפשרית במגוון רב יותר של דרכים, רובן אלקטרוניות לחלוטין, תוך הסטת משאבים מחשבון בנק אחד לאחר בתמרון לא ישר של מערכות העברת כספים, בסדרת הוראות למוסדות פיננסיים לביצוע פעולות בחשבונות.³ אפתח אפוא בסוג התנהגות שלכאורה נראה גנבה, לפחות מבחינה אינטואיטיבית: חדירה לשרת מחשב⁴ של בנק ועריכת שינויים בחומר מחשב הגורמת שיתרת הזכות של פלוני או של הבנק תופחת לטובת יתרת הזכות של החודר.

בשיח המשפטי שעניינו הפשע הממוחשב נהוג להבחין בין שלושה סוגי עברות: הסוג האחד אינו בהכרח מקוון, ועניינו מחשב כמושא (object) העברה, בעיקר גנבה של תוכנה או חומרת מחשב.⁵ הסוג

3 ראו: PETER GRABOSKY, RUSSELL G. SMITH & GILLIAN DEMPSY, ELECTRONIC THEFT – UNLAWFUL ACQUISITION IN CYBERSPACE 15 (2001). בפירוט צורות תשלום ואפשרויות גנבה ראו שם, בעמ' 18–22. לדרכים טכנולוגיות למניעה ראו שם, בעמ' 22–29. ראו גם: A.T.H. SMITH, PROPERTY OFFENCES 24 (1994).

4 חדירות למערכות מחשב הן פעילויות שמפרות את מדיניות האבטחה של המערכת. ראו: Peng Ning, *Intrusion-Detection Systems*, in THE HANDBOOK OF COMPUTER NETWORKS – KEY CONCEPTS, DATA TRANSMISSION, AND DIGITAL AND OPTICAL NETWORKS 403, 403 (Hossein Bigdoli editor-in-chief, vol. 3, 2008). חוק המחשבים, התשנ"ה–1995 מגדיר "חדירה לחומר מחשב" חדירה באמצעות התקשרות או התחברות עם מחשב. מובן כי המונח "חדירה למחשב" אינו אלא מטפורה. כדברי השופט טננבוים, מושג החדירה לקוח מהעולם הפיזי וברגיל מתייחס למעבר של גבול, גדר, קיר או מחסום. ראו: ת"פ (שלום י–ם) 3047/03 מדינת ישראל נ' מזרחי, פ"מ התשס"ג(3) 769, פס' 52–53 לפסק הדין (2004).

5 ראו: Nat'l Inst. of Justice, U.S. Dep't of Just., *Computer Crime: Criminal Just. Resource Manual 2* (1989), כמובא כאן; Robert Ditzion, Elizabeth Geddes & Mary Rhodes, *Computer Crimes*, 40 AM. CRIM. L. REV. 285, 286–290 (2003). ראו גם: Nimrod Kozlovski, *A Paradigm Shift in Online Policing – Designing Accountable Policing* 29–30 (JSD Dissertation, submitted to Yale Law School, June 2005).

השני והשלישי עניינם פשע מקוון, שבו המחשב הוא נושא (subject) העברה⁶ ופשע שבו המחשב משמש כלי לביצוע עברה "מסורתית".⁷ השאלה העולה בחלק זה של הפרק מערבת את הסוג השני והסוג השלישי. גולש אחד ניגש ללא רשות לשרת שבו מצוי חשבון הבנק של אחר,⁸ עורך שינויים אלקטרוניים במצב החשבון וגורם שיתרת הזכות שלו תגדל, ואילו יתרת הזכות של בעל החשבון תקטן. האם התנהגות זו מקיימת את יסודות עברת הגנבה כנוסחה בחוק העונשין דהיום?

כפי שכתבתי בקצרה בפרק הקודם, דומני שלא. מבחינה לשונית קשה להחיל את היסודות "נוטל ונושא דבר". ניתן לטעון שמי ששינה את מצב החשבון למעשה נטל את הכסף של חברו, ואפשר גם לומר שהגדלת החשבון שלו עצמו מקיימת את רכיב הנשיאה. אולם השימוש במילה "למעשה" או בדומותיה ("כמו", "כאילו" ועוד) מלמד שכאשר אנו ליד, איננו שם בדיוק, ושם עלינו להיות בדיני העונשין. כדי לגרום שיש פה נטילה ונשיאה יש להפוך את שני הפעלים הללו מתיאור פיזי ברור יחסית – למטפורות, ואלו – סופן מי ישרונו. בלשון הרגילה, הנטילה היא אקט פיזי של השגת חזקה ממשיה וישירה, ואילו הנשיאה היא אקט פיזי של טלטול.⁹ אם נגיד שנטילה היא גם שלילה לא פיזית, הרי שיש אי-ספור דרכים ליטול ואי-ספור דברים ליטול: בדרך של מגע, בדרך של דיבור, בדרך של ראייה, בדרך של שמיעה ובדרכים נוספות אפשר לשלול חיים, אהבה, פרטיות, תום, אינטימיות ועוד ועוד. ואם יטען הטוען שכל האחרונים אינם "דבר שניתן להיגנב" משום שאינם נכסים? ראשית, ניתן להשיב שאם נוקטים מהלך מטפורי בנוגע לרכיב ההתנהגותי, אין כל מניעה לנקוט אותו גם בנוגע לרכיב הנסיבתי, הנכס; שנית, גם אם נקפיד על פרשנות ה"דבר" שניתן להיגנב, עדיין הפיכת הנטילה והנשיאה למטפורה עשויה להגדיל מאוד את מעגל הגנבה, במידה כזו שיכלול הרבה מאוד פגיעות קנייניות, הרבה מדי. מי שאינו מקיים את חלקו בחוזה כמו "נוטל" מחברו את שמגיע לו בדיון. מי שמגלה סוד מסחרי ובהמשך חושף אותו כמו "נושא" אותו, והרי המטפורה "נושא סוד" אינה חדשה. ואם כך, מוטב לשנות את העברה באופן שתכסה כל פגיעה קניינית באחר.

גם ה"דבר" הוא מונח המצריך פרשנות בהקשר האמור. איזה דבר ניטל כאן? הרי כסף לא עבר מיד ליד, לפחות לא במובן הפיזי. גם לא נכס אחר. אין פה גנבה קלאסית אלא יצירת חזות שקרית, מצג

- 6 למשל: וירוסים, תולעים, סוסים טרויאניים. ראו: ANDREW S. TANENBAUM, COMPUTER NETWORKS 819 (4th ed., 2003); ROMUALDO PASTOR-SATORRAS & ALESSANDRO VESPIGNANI, EVOLUTION AND STRUCTURE OF THE INTERNET – A STATISTICAL APPROACH 181 (2004).
- 7 להמחשת ההבחנות ראו: Michael Edmund O'Neill, *Old Crimes in New Bottles: Sanctioning Cybercrime*, 9 GEO. MASON L. REV. 237, 242–252 (2000); Marc D. Goodman, *Why the Police don't Care about Computer Crime*, 10 HARV. J. L. & TEC. 465, 468–469 (1997); Susan W. Brenner, *Distributed Security: Moving Away from Reactive Law Enforcement*, 9 INT'L J. COMM. L. & POL'Y 11 (2005); Jessica Habib, *Cyber Crime and Punishment: Filtering Out Internet Felons*, 14 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 1051, 1073–1074 (2004).
- 8 תאורתית ניתן לבצע את העברה שלא באמצעות גלישה אלא בהשגת גישה פיזית למחשב שבו מאוחסן החשבון. מעשית, קל יותר להשיג גישה במקוון.
- 9 סטיל כתב כי עברת הגנבה מאתגרת את הדין הפלילי זה מאות שנים, בין היתר בשל הצורות והשימושים המורכבים של הקניין עצמו. הוא ציין שגנבת צורות פיזיות של כסף (שטרות ומטבעות) היא אפשרית בעליל, הן לפי עברת גנבה במשפט המקובל והן לפי העברה שבחוק הגנבה משנת 1968, אך לפי המשפט המקובל אי אפשר לגנוב כסף מחשבון בנק. תשלום או העברת כסף אלקטרוניים אינם קניין מוחשי שניתן להיגנב או להינטל ללא הסכמה. מנגד, לפי החוק האנגלי החדש והרחב יותר ניתן להעמיד לדין בגין גנבה גם כשמדובר בחשבונות בנק. ראו: Alex Steel, *Problematic and Unnecessary? Issues with the Use of the Theft Offence to Protect Intangible Property*, 30 SYDNEY L. REV. 575, 590 (2008).

שווא של מציאות כלכלית-משפטית שלפיה יש למתמרן המחשב זכות כספית גבוהה מכפי שאמנם יש לו. מצג השווא הוא הרכיב המרכזי כאן ולא הנטילה או הנסתרות. מצג השווא אמנם מכני ולא אנושי ואינו מצריך תמרון אנושי ישיר, אבל עדיין הוא המפתח, ובמובן זה התנהגות זו דומה¹⁰ להונאה או למרמה יותר מאשר לגנבה.¹¹ הגנב הקלאסי אינו זקוק למתווך כדי שמה שנטל יהיה בעל ערך (אם כי מתווך ודאי יכול להקל עליו ולהמריצו לפעול במסגרת שיטתית ורחבה), והוא משנה את המציאות הפיזית; פורץ המחשבים משנה מציאות וירטואלית, שבתורה נקלטת אצל אחרים, שבתורם מקבלים מראית של מציאות משפטית חדשה ופועלים לאורה. לכן אין פה נשיאה ונטילה, ודאי לא באותו מובן שיש להשגת חזקה פיזית ממשית בנכס ולהתרחקות עמו מהמקום שבו הושגה חזקה כאמור.

סעיף 383(ג) לחוק העונשין קובע הגדרה של נטילה ונשיאה על דרך הריבוי, אך גם זו אינה יכולה לסייע כאן. "נטילה" כוללת גם השגת החזקה בתחבולה, בהפחדה, בטעות הבעל או במציאה. אף אחת מהאפשרויות הללו אינה מתקשרת בקשר בהיר למקרה של שינוי חשבון ממוחשב. ראשית, משום שגם אם ההחזקה עשויה להיות וירטואלית, הרי שלבה של הנטילה עודנו פיזי, כעולה מההיסטוריה של עברת הגנבה וכעולה מהמובן הלשוני; שנית, משום שאין פה תחבולה (אלא אם נפרש את המונח "תחבולה" בהרחבה יתרה, כאילו כל מעשה לא הגון פירושו תחבולה אף אם אינו נוגע למחזיק), ובוודאי אין הפחדה, אין טעות של הבעל ואין נטילה במציאה (שוב, אלא אם נפרש את המונח בהרחבה יתרה באופן שכל מי שמשיג דבר מה הוא בחזקת מוצא). אף אם נהפוך את המונח "נטילה" לכוזה הכולל משמעות וירטואלית, ואף אם נוסף ונפרש פרשנות מרחיבה מאוד את רעיון ההשגה "בתחבולה" או "במציאה", עדיין איננו פטורים מלהצביע על נשיאה. חוק העונשין אינו מאפשר פרשנות מרחיבה שכזו, באשר ההגדרה של נשיאה היא "לרבות הסרת דבר ממקומו, ובדבר המחובר – הסרתו לאחר ניתוקו הגמור". הווה אומר, אוצר המילים הוא פיזי לחלוטין, וזאת אף בלי להיעזר בהיסטוריה הרחוקה של הלשון האמורה.¹² גם היעזרות בפרשנות של המונח "נשיאה" בעברות אחרות מובילה לאותה מסקנה¹³ אף שבחוק העונשין עצמו אותה מילה כוללת גם משמעות מטפורית: נשיאה

10 יודגש כי איני טוען שהתנהגות זו של "גנבה ממוחשבת" מגבשת את יסודות עברת המרמה. קרמניצר הדגיש כי אי אפשר לרמות מכונה וציין שבעיות שונות העולות בנוגע למרמת מכונה מכוסות בחלקן בחוק המחשבים, הגם שזה אינו מתייחס למרמה. כדי לפתור את הבעיות הנוגעות למרמת מכונה, סבר קרמניצר, אין מנוס משינוי דין הגנבה והוספת חלופה של גנבת שירות. ראו מרדכי קרמניצר המרמה הפלילית 113 – 114 (2008). בה"ש 442 הפנה קרמניצר להמלצה דומה במשפט האנגלי, אך לבד מזאת לא נימק את עמדתו. אמנם צדק קרמניצר כי שירות אינו ניתן לנשיאה ונטילה, ובמובן זה אינו נכנס במסגרת עברת הגנבה הקלאסית, אך בכל הכבוד, איני משתכנע מקריאה אגבית זו לשינוי דין הגנבה. "גנבת שירות" אינה אלא מטפורה, כמו רבות אחרות בפרק זה, ונכון יותר לתארה כהפרת חוזה ולעתים כקבלת דבר במרמה, ובמקרים אחרים עברה על חוק המחשבים.

11 סטיל כתב כי רוב המצבים של הקצאה אלקטרונית ניתנים להעמדה לדין תחת מרמה, התחזות או התנהגות. ראו: Steel, *Problematic and Unnecessary?*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 593.

12 סטיל כתב כי דרישת אפשרות ההנעה החריגה מהגנבה הקצאה של אדמה או דברים המחוברים לה. אי אפשר לגנוב אדמה. מבחינה דוקטרינרית, חיתוך דבר מהאדמה יוצר פריט חדש של קניין אישי, והחותך הוא המחזיק הראשון, ולפיכך החוקי, של הקניין. במאמץ לצמצם זאת, כתב סטיל, יצרו בתי המשפט פיקציה שלפיה אם החותך אפשר לקניין לנוח על האדמה לזמן מה, בתי המשפט הניחו שהרכוש שנקטע ננטש, והנטילה לאחר מכן הייתה גנבה על בסיס זה. כיום החוק פותר את הבעיות האמורות במפורש. שם, בעמ' 585.

13 בפרשת חרבוש נדון סעיף 144(ב) לחוק העונשין, הקובע: "הנושא או מוביל נשק בלא רשות על פי דין לנשיאתו או להובלתו, דינו – מאסר עשר שנים". השופט פוגלמן ניתח את הסעיף וקבע כי את מרכיב

בעונש¹⁴ או נשיאה באחריות.¹⁵ אך לא בהגדרה של עברות עסקינות במקרים אלו אלא בהתייחסות לענישה, מתוך מטבע לשון שנולד בהקשר נתון. דומני שאין זה אפשרי ואין זה רצוי לגזור מילה אחת מתוך מטבע לשון ולהסיק את מובנה המטפורי, וודאי שאין להחילה על עברות שלפי מובנן הלשוני המידי הן מתייחסות לפועל פיזי ולא לצימוד לשון כמו נשיאה בעונש או נשיאה באחריות, נשיאת אישה או נשיאת משרה.¹⁶ אין ללמוד מצימוד מילים מסקנה גורפת על משמעות אחת מהמילים. כך גם באשר לפעולה "נטילה".¹⁷ בנוסף, חיבור המילים "נוטל ונושא" הוא אינדיקציה – שלא לומר ראייה מכרעת – לכך שהנשיאה אינה מטפורה, באשר אילו הייתה כן, כל נוטל היה בחזקת נושא.¹⁸

אם כן, עברת הגנבה הקיימת בחוק העונשין אינה מכסה לדעתי את ההתנהגות של תמרון חשבון בנק ממוחשב. מקל וחומר, ההגדרה החלופית שהצעתי בוודאי לא תחול, באשר לפיה עדיין ידובר ב"נוטל ונושא", והפעם גם של "נכס מוחשי".

גם הפגיעה הערכית המתוארת במעשה האמור נראית לי שונה. הגנבה הקלאסית לדעתי מגנה על זכות הקניין ועל הביטחון הקנייני הבסיסי. זכות הקניין בוודאי נפגעת בתרחיש המתואר: יתרת הזכות

ה"נשיאה" יש לפרש במשמעותו הלשונית המקובלת: נושא הוא מי שמחזיק נשק על גופו או בהישג ידו באופן שיאפשר לו שימוש מידי בנשק. פוגלמן זיכה מעברה זו (לצד הרשעה בעברה של החזקת נשק) את כל הנאשמים באותה פרשה מרובת משתתפים שלא נשאו את האקדח על גופם פיזית. העובדה שהנשק היה בהישג ידם – בהינתן גישה אל הנשק המוחבא ברשות הרבים – אין די בה להרשעה בעברת הנשיאה, שנוגעת למי שזיקתו הפיזית לנשק קרובה ומיידית, במובן שהוא עצמו נושא אותו פיזית, או במקרים שהנשק בהישג ידו ובכך הוא שווה ערך לנשיאה. כל נשיאת נשק היא החזקה שלו, אך לא כל מחזיק נשק הוא גם נושא. בחירתו של המחוקק להגדיר עברה נפרדת של נשיאה מגבירה את הממד ההרתעתי בנשיאה, ויש לה משמעות נפרדת מהחזקה. ראו: ע"פ 8416/09 מדינת ישראל נ' חרבוש, פס' 53 לפסק הדין (פורסם בנבו, 9.6.2010).

14 ראו את סעיפים 47 ו-52 לחוק העונשין, שבהם המילים "נשיאה" ו"נושא" מוצמדות למילים "בעונש מאסר".

15 ראו את סעיפים 22, 34, 303(ב), ו-502(ב) לחוק: "הנושא באחריות". ההטיה "יישא באחריות" מופיעה גם היא בסעיפים רבים בחוק העונשין (בעיקר בחלק המקדמי): 22, 23, 28, 34, 34, סעיפי הסייגים השונים לאחריות פלילית, וסעיף 499(ב).

16 סעיף 176 לחוק העונשין עניינו ריבוי נישואין, והרכיב ההתנהגותי בו עניינו נשיאת אישה. "נשיאה" במקרה זה אינה כוללת הזות דבר אלא פעולה בעלת משמעות משפטית וחברתית: חתונה. מובן שאין להקיש מפעולה זו באשר לעברת הגנבה, ממש כשם שאין לומר על מי שנושא פיזית אישה על ידיו – הוא בבחינת "נושא אישה" לצורך סעיף 176 האמור. וכך גם באשר לנשיאת משרה או תפקיד, כאמור בסעיפים 291א ו-295 לחוק העונשין, שעניינם עברות שונות, ובעברות נוספות לבעלי תפקידים מסוימים, כמו סעיף 424א, שעניינו אי-גילוי ופרסום מידע מטעה בידי נושא משרה בכירה בתאגיד ציבורי וכמו סעיפים נוספים. נשיאה במצב זה היא תיאור סטטוס, נסיבה ולא רכיב התנהגותי כמו בעברת הגנבה. אי אפשר לשאת פיזית משרה או תפקיד, וברור שהנשיאה במקרים אלו מתארת משהו אחד ולעולם לא אחר. הרעיון של נושא משרה מופיע אפילו בעברת הגנבה עצמה, בסעיף 383(ב) ובסעיף 392.

17 סעיף 325 לחוק העונשין עוסק במי אשר "נוטל על עצמו" לבצע טיפול רפואי לא הכרחי. מטבע לשון מקובל הוא "נוטל סיכון". מובן שאדם אשר "נוטל סיכון" או "נושא בסיכון" אינו לוקח סיכון ממקום אחד לאחר ואינו מבצע כל פעולה בסיכון, כאילו שבכלל הדבר אפשרי: הסיכון אינו מושא הפעולה אלא חלק מצימוד מילים.

18 ולא בכדי קיימות עברות שבהן הרכיב ההתנהגותי "נוטל" מופיע ללא הרכיב ההתנהגותי "נושא". כך למשל סעיפים 412 ו-413 (עברות בנכסים גנובים) אינם דורשים רכיב של נשיאה (כך גם באיסורים נוספים בחוק העונשין), וניתן להבין מכך שלרכיב זה יש משמעות עצמאית ונבדלת בסעיף הגנבה ממשמעות המונח נטילה.

בחשבון הבנק של קרבן העברה נגרעת ואינה מצויה עוד במידה שאותה הרוויח ביושר. הגריעה עוברת באופן סימטרי ליתרת הזכות בחשבון בנק אחר, של הפורץ הממוחשב או של מי שהפורץ חפץ ביקרו, שמרוויח תוספת שלא ביושר. עם זאת, כפי שהודגש שוב ושוב בפרק הקודם, עברת הגנבה אינה חופפת במלואה את זכות הקניין: קיימים מצבים שבהם זכות הקניין נפגעת, אך עברת הגנבה, בביור, אינה מתקיימת. מה שחסר במקרה זה לבד מיסודות העברה הוא הערך שכינתי "הביטחון הקנייני הבסיסי": תחושת ביטחון ציבורית בנוגע לזכויות בקניין. הפגיעה הכרוכה בנשיאה ונטילה של נכס מתקשרת לחוסר הביטחון שחש אדם בנוגע לרכושו, ולכן חש צורך מתמשך לפקח ולהגן עליהם, לפחות בעיניו. קשה מאוד לגנוב ממני נכס שאני מביט בו בלי שאתערב; כדי לגבור על הגנתי ניתן להשתמש בכוח, באיום או בתמרון חברתי, אך אז לא ידובר עוד בגנבה כי אם בשוד, בסחיטה או במרמה. ככתוב בפרק הקודם, הפגיעה הערכית הנובעת מתמרון ממוחשב היא במה שניתן לקרוא "הסדר הממוחשב" במקרה של פריצה לשרת הבנק או במה שניתן לכנות "הביטחון הממוחשב" במקרה של פריצה למחשב האישי של בעל החשבון.¹⁹ בשני המקרים אין בכוחו של הקרבן למקם את הנכס שלו באופן שעניו תספקנה לו הגנה. בשני המקרים לא יוכל לשים את היד על ארנקו בלכתו ברחוב כדי למנוע מהכייס לקחתו. ההגנות שיוכל לנסות ולהקים, תוכנות אבטחה שונות, רלוונטיות רק לפריצה למחשבו שלו ואין הן משנות בהכרח את התמונה ומדמות אותה לגנבה, אלא אם כבר – לפריצה לבית.

גם תחושת חוסר האונים, כך גרסתי, מאפיינת את הגנבה הקלאסית ומייחדת אותה למול מרמה, סחיטה ושוד מחד גיסא ולמול פלישה לבית מגורים והפרת חוזה מאידך גיסא. גורם הנזק במקרים האמורים ידוע לקרבן המרמה והסחיטה, ולעתים גם לקרבן השוד, שלכל הפחות מודע להיותו קרבן בזמן ביצוע העברה. גם במקרי פלישה לבית מגורים והפרת חוזה גורם הנזק ידוע לקרבן. בגנבה הקלאסית הקרבן עשוי לחשוד באחר, אך לעתים קרובות אינו יודע מיהו ואינו מודע לעברה בעת ביצועה. וכך מתגבש בו חוסר אונים בדיעבד, של היעדר כתובת לטיפול פלילי או אזרחי, קל וחומר כאשר פוטנציאל ההשבה נמוך. מנגד, "גנבה ממוחשבת", כזו שמתחילה ומסתיימת במישור הווירטואלי, היא בעלת פוטנציאל השבה – מבחינת האזרח הקטן – גבוהה. הכתובת המידית לטיפול מבחינתו היא הבנק, שאמון על שמירת שווי חשבוננו ועל הגנת השרת מפני פולש. בהיעדר טיפול נאות בו ידיר האזרח את רגליו מהבנק. הבנק, בתורו, אינו חווה חוסר אונים במצב שכזה, הן משום שמדובר בתאגיד ולא באדם בעל רגשות ותחושות והן משום שביכולתו לגלגל את הנזק על אחרים, דוגמת חברות ביטוח ומכלול הצרכנים שלו. לפיכך, אני סבור, תחושת הביטחון הקנייני הבסיסי אינה נפגעת כשמדובר בנכסים וירטואליים, לפחות לא באותה מידה שבה היא נפגעת כשמדובר בנכסים מוחשיים. פוטנציאל הפגיעה הנמוך יותר מתקשר גם לכך שהאינטרנט, ככלל, הוא "חשוך": הסיכוי שאדם ברחוב יהיה עד לגנבה מאדם אחר ויחווה פגיעה עצמאית בביטחון הקנייני הבסיסי גבוה בהרבה

19 כבר לפני יותר מעשור אסרו חלק ניכר ממדינות העולם בדין הפלילי על גישה לא מורשית למחשב בכוונה לעשות מעשה רע נוסף ונזק. גישה לא מורשית היא שימוש במחשב מחוץ להיקף הסמכות, וזאת בכוונת זדון. מדובר בכל מצב שבו אדם נכנס לתיקיות או תכניות של אחר (גוף ציבורי או ישות פרטית) ללא רשות, בצורה פיזית או דיגיטלית. גישה לא מורשית לחומרים כאלו עלולה להוות סיכון ביטחוני, לפגוע בפרטיות או לפגוע בסודות מסחריים. ראו: Neal Kumar Katyal, *Criminal Law in Cyberspace*, 149 U. PA. L. REV. 1003, 1017–1022 (2001); Orin S. Kerr, *Cybercrime's Scope: Interpreting "Access" and "Authorization" in Computer Misuse Statutes*, 78 NYU. L. REV. 1596, 1597, 1604–1605 (2003)

מהסיכוי שגולש יהיה עד לשינוי חשבון של גולש אחר ויחווה פגיעה כאמור. זאת משום שהארכיטקטורה של האינטרנט אינה מאפשרת "מעקב טבעי", שמצד אחד מגביל את הגנבה בחלל הפיזי, ומצד אחר מגדיל את הסיכוי שבמקרה של גנבה יהיה האפקט הערכי השלילי שלה בעל משקל.²⁰ הגלישה היא בוודאי חוויה רווחת בעידן המודרני, אך "גנבה ממוחשבת" אינה צפויה לצמצם את הביטחון הקנייני שנחווה במהלך גלישתו של הגולש; כשלעצמה, הגנבה הממוחשבת אינה בהכרח סימולטנית לגלישתו של הקרבן. אין מדובר בקרבן המטייל ברחוב ובכיים הנוטל את ארנקו; מדובר בקרבן שכספו מופקד בבנק ולובש צורה אלקטרונית, ובמומחה מחשבים שמשגי גישה לשרת הבנק ומצליח לתמרן את הנתונים המופיעים בו לטובתו שלו. כפי שכבר הדגשתי, מוצדק עד מאוד להתמודד עם התופעה האמורה גם באמצעות הדין הפלילי, אלא שאין זה נכון מבחינה אנליטית וערכית לעשות זאת בהרחבה מלאכותית של עברת הגנבה הקלאסית, שאינה מתאימה מבחינת יסודותיה וערכיה לגנבה הממוחשבת.

מסקנה זו שלי, יש להדגיש, מנוגדת לנעשה בפרקטיקה: עוד לפני פרשת הרנוי, כתבה השופטת דורנר, לא היססו בתי המשפט להרשיע בגנבה הממוחשבת.²¹ ייתכן שזה משום הדמיון האינטואיטיבי כל כך לגנבה הקלאסית: מעשה של השגת כספו של אחר בהיחבא ובחוסר יושר, בכוונה לשלול אותו לעד. איני מטיל ספק בצורך בעברה פלילית שתכסה מעשה ממוחשב כזה, אלא שכאמור איני סבור שנכון לקרוא לרכיב ההתנהגותי במעשה מעין זה "נטילה ונשיאה", משום שאלו נולדו למציאות פיזית ולא למציאות וירטואלית, ותרגומן מהראשונה לאחרונה הוא דבר שהלשון הטבעית והשגורה מתקשה לסבול. המטפורה מנגד אינה מתקשה לסבול זאת, בעיקר כאשר ההקשר מעורר תחושה שלפיה נכון ומתאים להחיל את עברת הגנבה, אלא שאם נאפשר למילים המופיעות באיסורים פליליים להפוך למטפורות רק בשם האינטואיציה וחוש הצדק שלנו, נגלה מחר כי האינטואיציה וחוש הצדק של

20 המעקב הטבעי הוא רעיון ותיק בשדה הקרימינולוגיה הסביבתית, שמתייחסת ל"מניעה מצבית": ניהול, עיצוב או תמרון של הסביבה המידית כדי להגדיל את המאמץ והסיכונים של הפשע ולהפחית את התגמולים כפי שנתפסים על ידי מגוון פושעים רחב. אחת הטכניקות למניעה מצבית היא המעקב הטבעי. Ronald V. Clarke, *Introduction, in SITUATIONAL CRIME PREVENTION – SUCCESSFUL CASE*, 1992 (1992) 3, 4, 12–20. (Ronald V. Clarke ed., *STUDIES* 3, 4, 12–20). היו שניסו ליישם את רעיון המעקב הטבעי גם באינטרנט, כדי שהגולש ירסן עצמו מראש בידעו שהוא תחת עין חברתית פקוחה. ראו, למשל: A. Michael Froomkin, *A New Legal Paradigm? The Death of Privacy?*, 52 *STAN. L. REV.* 1461, 1469–1470 (2000); David S. Wall & Matthew Williams, *Policing Diversity in the Digital Age: Maintaining Order in Virtual Communities*, 7 *CRIMINOLOGY AND CRIMINAL JUSTICE* 391, 410 (2007); Neal Kumar Katyal, *Architecture as Crime Control*, 111 *YALE L.J.* 1039, 1050–1057, 1071–1077 (2002); Neal Katyal, *The Economics of Self-Help and Self-Defense in Cyberspace: Orin S. Kerr, Virtual*, 1 *J.L. ECON. & POL'Y* 33, 56–57 (2005). *Community Self-Help*, 1 *J.L. ECON. & POL'Y* 197, 211–212 (2005). *Crime, Virtual Deterrence: A Skeptical View of Self-Help, Architecture, and Civil Liability*, 1 *J.L. ECON. & POL'Y* 197, 211–212 (2005).

21 ע"פ 232/93 הרנוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(5) 787, 813–812 (1993). בישראל הועמד לאחרונה לדין עזרא באשמת גנבה על שהשתמש בנתונים שהשיג שלא כדין כדי לגשת לחשבונות בנקים ממוחשבים ולהטות כסף מחשבון פרטי. שופטת השלום סירבה להרשיעו בגנבה, משום שבגין אותן עוברות נפסק שהוא חדר לחומר מחשב. היא ציינה בקצרה שהיסודות "נטילה ונשיאה" מבטאים תפיסת חוקה פיזית, ואילו חדירה לחומר מחשב היא עברה בתחום הווירטואלי. לאור זאת, נוסף על העברות לפי חוק המחשבים, הרשיעה אותו השופטת בקבלת דבר במרמה. ראו: ת"פ 31579-11-11 מדינת ישראל נ' עזרא, פס' 10 לפסק הדין (פורסם בנבו, 27.5.2013).

השוטר אינם כמו אלו של התובעת, ואינם כמו אלו של השופטים. אם לשון החוק אינה אלא מטפורה, ואם האיסור הפלילי נע על ציר ספרותי ולא על ציר לשוני, כי אז שלטון החוק אינו שלטון החוק ואף לא שלטון המשורר כי אם שלטון הקורא. והקוראים רבים ומגוונים. מהלך של פרשנות מטפורית הוא מהלך אקטיביסטי מובהק שבו חוש הצדק השיפוטי גובר על לשונו הרגילה של החוק. זהו מהלך לא רצוי לטעמי באופן כללי, באשר הוא מאפשר את שלטון השופט על פני שלטון החוק, ומהלך פסול במיוחד בדיני העונשין, שבהם האזרח מן היישוב אמור להיות מסוגל לקרוא את האיסור ולהבינו כפשוטו וכשפתו.

הגנבה הממוחשבת אפוא אינה גנבה כנוסחה דהיום או כנוסחה המוצע. מי שיבצע אותה כיום אינו צריך להיות מורשע על פי סעיף 383 לחוק העונשין אם כי גם לפי המצב החוקי הקיים לא יצא פטור בלי כלום, ויהיה ניתן להעמידו לדין בעברות כשיבוש חומר מחשב, כפלט כוזב או כחדירה שלא כדין לחומר מחשב, לפי סעיפים 3–5 לחוק המחשבים, התשנ"ה–1995, בהתאמה.²² עברות אלו כוללות עונש מרבי שאינו פחות מזה שכרוכה בו עברת הגנבה הרגילה. ואם חשובה לנו התווית "גנב", ולטעמי היא חשובה במקרה זה, יש לחדדה מ"גנב" ל"גנב אלקטרוני" כדי להצביע במדויק על הסכנה הנובעת מהמבצע ולהפריד בינו לבין כייסים ופורצי-דירות למיניהם. דהיינו, סבורני שראוי לחוקק עברה חדשה שעניינה גנבה ממוחשבת או גנבה אלקטרונית.²³

אם המעשה האמור מבוצע בידי גורם האמון על שמירת הכסף, היא בהחלט עשויה להיחשב מעילה הן לפי הדין הקיים והן לפי הצעתו.²⁴ לפי הדין הקיים, אין כל קושי לקבוע כי מי שמחזיק כדין בנכס,

22 חוק המחשבים כולל ניסוחים עמומים ורחבים, וזו בעיה כשלעצמה, החורגת מספרי זה. לניסוחות לפרש את מונחי החוק ראו מיגל דויטש "חוק המחשבים במבחן העתים – זווית המבט של מציע החוק" שערי משפט ד 257, 266–269 (2006); שרון אהרוני-גולדנברג "חדירה למערכות מחשב – היקפה הרצוי והמצוי של העברה" בתוך ספר דיויד וינר – על משפט פלילי ואתיקה 429, 443–444 (דרור ארד-אילון, ירום רבין ויניב ואקי עורכים, 2009); "דיני העונשין גולשים באינטרנט", לעיל ה"ש 1. חקיקה דומה יוצרת בעיות דומות בארצות הברית. על הבעיות שם ראו למשל: Orin S. Kerr, *Vagueness Challenges to the Computer Fraud and Abuse Act*, 94 MINN. L. REV. 1561 (2010).

23 סטיל כתב שהואיל ואין פוטנציאל אלימות כשמדובר בגנבת רכוש לא מוחשי, רכוש כזה אינו צריך להיות מכוסה על ידי עברת הגנבה. במקרים כאלו ניתן להעמיד לדין לעתים דרך עברה של חדירה שלא כדין לחומר מחשב או דרך מרמה. העוול שטמון בהתנהגות מזכיר יותר הפרת אמון על ידי מי שמבצע את ההעברה. ראו Alex Steel, *The Harms and Wrongs of Stealing: The Harm Principle and Dishonesty* in *Theft*, 31 UNSW L.J. 712, 728 (2008). במקום אחר כתב כי רוב המקרים של העברות כספיות אלקטרוניות שאינן מבוססות על מרמה של עובד מוסד כלכלי יכוסו על ידי עברות מחשב כמו חדירה לא מורשית או שיבוש חומר מחשב. הוא סבר שגנבה היא דרך חלקית או מביכה להתמודד עם התנהגויות אלו והדגיש את האפשרות ליצור עברות חדשות, כפי שנעשה בסמכויות שיפוט שונות באוסטרליה שהציעו עברה מיוחדת של מרמה ממוחשבת. למשל, סעיף 330 לקוד הפלילי משנת 2001 בסמכויות ה-Commonwealth and Australian Capital Territory יוצר הסדר שמחיל את עברת המרמה ברכוש על מי שגורם לשינוי כספים בחשבונו של אחר, ואף מגדיר העברה כזו כשינוי במצב האשראי בחשבונות. ראו: Steel, *Problematic and Unnecessary?* לעיל ה"ש 9, בעמ' 593–594.

24 לפי סטיל, אם המרמה נתפסת כעברה של הפרת אמון ולא של קניין, עברות מיוחדות אינן דרושות. זו הגישה המסתמנת במדינת ניו סאות' ויילס: אף שעברת הגנבה מהמשפט המקובל מוגבלת לקניין מוחשי, מדינה זו לא ראתה לנכון לחוקק חוק מיוחד של העברות כספיות. הקצאה אלקטרונית של משאבים מטופלת דרך עברת המרמה הרחבה של השגת רווח כלכלי באמצעות הונאה או בהישענות על עברות הנוגעות למסמכים מזויפים. באנגליה חוקקו בתחילה עברות מיוחדות של העברות כספיים, אך בהמשך הן בוטלו בחוק המרמה משנת 2006, שמכסה את כל הפעילויות דרך ניסוח רחב: Fraud Act 2006. לכן ניתן

בפיקדון או בבעלות חלקית, ומתמך מערכת מחשב כדי שחציג אותו כבעל הכסף, הוא אדם אשר "שולח יד בו במרמה לשימושו שלו או של אחר שאינו בעל הדבר". בדומה לזה, אין קושי לקבוע כי אדם כזה מועל בעשותו בכסף שהופקד אצלו או שבבעלותו החלקית מנהג בעלים שלא בהסכמת המפקיד או של יתר הבעלים, לשימושו שלו או של אחר שאינו בעל הדבר.

ג. "פיראטיות" מקוונת: שיתוף קבצים

מסעות תעמולה שנעשו במדיה יצאו נגד "פיראטיות" הקשורה לקניין רוחני. בתחילה כוונו החצים כלפי רכישת תקליטונים צרובים המכילים תוכנות מחשב מזויפות (תוכנות משרדיות ביתיות ועסקיות, משחקים ועוד), סרטי קולנוע, מוזיקה וכדומה; בהמשך, עם ההתפתחות הטכנולוגית שאפשרה לכל גולש אינטרנט להשיג את מוצרי הקניין הרוחני דרך תוכנות שונות של שיתוף קבצים, התרחבה המתקפה ההסברתית. פיראט הוא שודד־ים, ושודד הוא סוג (מוחמר) של גנב. האומנם גנב? אף שקצרה היריעה מכדי שיהיה אפשר לעמוד ברצינות על מוסד הקניין הרוחני המורכב כל כך, הכרחי להתייחס אליו כמעט כדי לאפשר ניתוח של שאלת הגנבה בעניינו. לא אכנס להיסטוריה של זכויות היוצרים²⁵ או של ההפלה של הפרת זכויות יוצרים, ברובד הראשון²⁶ או השני.²⁷ זכות היוצרים

לסבור שגנבה אינה מתאימה למקרי העברת כספים, כי מרמה מספיקה. אם יש תחושה שדרושה עברה של מעין גנבה, כנראה נוח יותר לחוקק עברה של העברת כסף שתכסה העברות ללא הסכמה וגם במרמה. שם, בעמ' 594.

25 קואל תיארה כי בראשית המאה החמש-עשרה באירופה הייתה הגנת זכויות יוצרים מיותרת, משום שהפקת ספר הייתה מסורבלת ויקרה. לאחר התפתחות העיתונות המודפסת נהיו ספרים נגישים יותר, והצורך בהגנה על זכויות יוצרים נהיה ברור. הממשלה המלכותית של אנגליה העניקה מונופול לגילדה שנקראה Stationers' Company. חברי הגילדה ביססו צורה מוקדמת של זכויות יוצרים דרך ברית פרטית, שמנעה מהם מלהתחרות בחבר אחר שהשיג זכויות לפרסם ספר מסוים. בשנת 1710 החליף את הגילדה האמורה החוק של אן, שנתן לסופרים את הזכות הבלעדית להרשות את ההדפסה או ההדפסה מחדש של ספרים לזמן מוגבל. מנסחי החוקה האמריקנית, ברוח החוק של אן, החליטו שהדרך הטובה ביותר להשיג תהליך של מדע היא במתן זכויות בלעדיות למחברים לזמן מוגבל. הקונגרס חוקק את החוק האמריקני הראשון של זכויות יוצרים בשנת 1790 בחלק 1, פסקה 8 לחוקה: מתן זכויות בלעדיות לסופרים וממציאים על עבודתם למשך זמן מוגבל, וזאת לא כדי להבטיח קבלת תמורה הוגנת עבור עבודת המחבר, אלא כדי לעודד יצירתיות שמועילה לטוב הציבורי. התיקונים המשמעותיים ביותר לחוק זה היו בשנים 1909 ו-1976, שהרחיבו את החוק באופן שיכלול שיטות עדכניות של הפקה אמנותית וכדי לשלוט בצורות חדשות של עבודות מוגנות. צוין שדיני זכויות יוצרים אינם מבוססים על זכות טבעית אלא על בסיס תועלתני, שמשרת את הטוב הציבורי באמצעות עידוד קידום המדע והאמנות. ראו: Ann Coale, *Fair Use: Considerations in the Emerging World of E-Books*, 16 ST. JOHN'S J.L. COMM. 727, 730-731 (2002).

עוד ראו: Chad Woodford, *Trusted Computing or the Big Brother? Putting the Rights Back in Digital Rights Management*, 75 U. COLO. L. REV. 253, 258-262 (2004).
26 ההיסטוריה האמריקנית בנושא האחריות הפלילית בקשר להפרת זכויות יוצרים מלמדת על מגמת התרחבות לאורך השנים: אחריות אזרחית בלבד בתחילה, אחריות פלילית הולכת ומחמירה בהמשך תוך ניסוח מתרחב והולך של יסודות העברה. חוק שהתקבל בשנת 1992 הגיב בעיקר לבעיה המחריפה של הפצה לא מורשית של תוכנת מחשב: Copyright Felony Act Pub. L. No. 102-561, 106 Stat. 4233 (1992). לפני העברתו רק העתקה לא מורשית של הקלטות קול, סרטים או עבודות אודיו-ויזואליות הייתה עברה פדרלית. בשנת 1997 התקבל החוק נגד גנבה אלקטרונית [Net Act] והסיר את הדרישה לפעולה ממניע של רווח כלכלי תוך הפללה פדרלית של שכפול או הפצה של חומרים מוגנים בזכויות יוצרים:

עניינה בלעדיות בנוגע ליצירות וביטויים כמו יצירות מוזיקליות, צילומים, שידורי רדיו וטלוויזיה, סרטים ועוד. דיני זכויות יוצרים מסרטטים גבולות עמומים בין זכויות בלעדיות מהצד האחד לבין החירות לקרוא ולהתבטא בחופשיות מהצד האחר. כעניין כלכלי מייצגים הדינים מתח בין היתרונות של הפקת מידע המבוססת על השוק לבין המגבלות הטבועות של זכויות קניין כפתרון מוסדי לבעיית הטובין הציבוריים של הפקת מידע מצד אחר.²⁸

מקובל לדבר על כמה תאוריות אפשריות בבסיס ההכרה בזכות היוצרים: לפי הגישה התועלתנית, ההכרה בזכות יוצרים באה לעודד יצירת ביטויים והפצתם, באשר החברה רואה ערך ביצירות ובטובין מופשטים. החברה מקנה זכויות בלעדיות במשאב הרוחני כעידוד וכתמריץ כלכלי לאדם (ועמו גם לגורמים המעורבים ביצירה ובשיווקה) לתור אחר רעיונות ומשאבים שעשויים להפיק תועלת ולגבש כאלה.²⁹ לפי טיעון מנגנון השוק, הבסיס להכרה בזכות יוצרים מצוי באינטרסים הפרטיים של היוצר או בזכות הטבעית שיש לו בעבודתו, שהוא אינטרס פרטי הראוי להגנה כשלעצמו. מודגש הקשר בין היוצר לעבודתו, כשהיצירה מבטאת את עולמו הפנימי. הדבר מתקשר לתאוריית העבודה של ג'ון לוק, תאוריה מקובלת להצדקת ההכרה בזכות הקניין באופן כללי, ולפיה לכל אדם זכות טבעית בפרי עמלו. טיעון קשור הוא טיעון הגמול: זכותו הקניינית של אדם בפרי עבודתו כגמול עבור הערך המוסף מעבודתו.³⁰ לפי תאוריית האישיות, זכות יוצרים נובעת מהזיקה הבלתי אמצעית בין היוצר ליצירה, שנתפסת כביטוי חיצוני לאני הפנימי של היוצר כאדם, ביטוי שמוצדק להגן עליו בשם ההגשמה

Lydia : No Electronic Theft (NET) Act of 1997, Pub. L. No. 105-147, 111 Stat. 2678 (1997)
Pallas Loren, *Digitization, Commodification, Criminalization: The Evolution of Criminal Copyright Infringement and the Importance of the Willfulness Requirement*, 77 WASH. U. L. Q. 835, 836–860 (1999); Aaron M. Bailey, *A Nation of Felons?: Napster, the Net Act, and the Criminal Prosecution of File-Sharing*, 50 AM. U.L. REV. 473, 489–492 (2000); John R. Grimm, Stephen F. Guzzi & Kathleen Elizabeth Rupp, *Intellectual Property Crimes*, 47 AM. CRIM. L. REV. 741, 782–784, 792–793 (2010). ראו גם: Stuart P. Green, *Plagiarism, Norms, and the Limits of Theft Law: Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Intellectual Property Rights*, 54 HASTINGS L.J. 167, 236–237 (2002).

27 חוק מפורסם שנדון רבות בספרות האמריקנית (Digital Millennium Copyright Act (DMCA) Pub. L.) מספק לא רק מגבלות אחריות בגין שידור מקוון של תוכן מוגן בזכויות יוצרים (17 U.S.C. § 512 (2006)) אלא אף סנקציות פליליות (17 U.S.C. § 1204 (2006)) בגין עקיפתן של מערכות הגנה לזכויות יוצרים (17 U.S.C. § 1201 (2006)). כתב האישום הראשון על בסיס חוק זה הוגש באוגוסט 2001, וכתבי אישום נוספים הוגשו בהמשך. ראו: Grimm, Guzzi & Rupp, לעיל ה"ש 26, בעמ' 784–785.

28 ראו: Yochai Benkler, *The Public Domain: Through the Looking Glass: Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain*, 66 LAW & CONTEMP. PROB. 173, 175 (2003).

29 ההנחה היא שחרף מניעים אישיים אפשריים ליצור, כמו רצון למימוש עצמי, יוקרה, פרסום, קידום מקצועי וכדומה, לפחות חלק מהפעילות היצירתית לא היה מתקיים. הנחה נוספת היא שתמיכה שלטונית ביצירה אינה תחליף נאות לזכות היוצרים. ראו גיא פסח "הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים" משפטים לא 359, 361–367 (2000); ניבה אלקין-קורן "הסדרה עצמית של זכויות יוצרים בעידן המידע" עלי משפט ב 319, 328 (2002); Benkler, *The Public Domain*, לעיל ה"ש 28, בעמ' 176; Coale, לעיל ה"ש 25, בעמ' 735; Woodford, לעיל ה"ש 25, בעמ' 259; חנוך דגן "קריאה קניינית: המוסד הקנייני המתחדש של זכות יוצרים" יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים 39, 49 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009).

30 ראו פסח, לעיל ה"ש 29, בעמ' 380–390. ראו גם דגן, לעיל ה"ש 29, בעמ' 40, 59.

העצמית.³¹ אף אחת מהתאוריות איננה נקייה מביקורת,³² אך עדיין נהוג לבסס את ההכרה בזכויות קניין רוחני על מי מהן או על שילובן.

מה שחשוב לספרי זה הוא הפגיעה הערכית שאנו רואים בקניין הרוחני. בטרם אגיע לכך אתייחס בקצרה לתוצאות האפשריות של אותה פגיעה. הדבר מתקשר להיותו של הקניין הרוחני מה שמכונה "טובין ציבוריים".³³ טובין יכולים להיות מוגדרים בין הקצה של טובין כלכליים מושלמים, שהם יריבותיים (adversarial) וניתנים למניעה, לבין טובין ציבוריים מושלמים, שאינם יריבותיים ואינם ניתנים למניעה. במקרים רבים ניתן להשתמש בהם ללא צורך מעשי בקבלת היתר מבעל הזכות המשפטית בהם, ובלי שהדבר יגרע מאפשרותו של כל אדם אחר להשתמש בהם. השימוש המדובר אינו מותנה בקבלת חזקה פיזית, בניגוד למשאבים מוחשיים. עלות ההעתקה של הביטוי זולה בהרבה מעלות תהליך היצירה, ולכן יש חשש מהעתקה. מידע אינו רק בלתי ניתן למניעה, אלא גם בלתי יריבותי: צריכתו על ידי אדם אחד אינה מפחיתה מנגישותו לצריכה על ידי אחר. מרגע שטובין כזה הופק, אין צורך בהשקעת משאבים חברתיים נוספים ביצירת עוד ממנו כדי לספק את הצרכן הבא. זאת, להבדיל מנכסים פיזיים, שלא אחת צריכתם על ידי האחד מונעת את צריכתם על ידי האחר, ומעת

31 ראו פסח, לעיל ה"ש 29, בעמ' 403–404; דגן, לעיל ה"ש 29, בעמ' 52. בנקלר כתב כי אמנם הרכוש נחשב במידה מסוימת חשוב לאוטונומיה, לפי התפיסה של לוק או של הגל, ולכן אינטואיטיבית מוזר להציע שזכויות קניין נרחבות במידע ובתקשורת פוגעות באוטונומיה. אלא שתאגידים מחזיקים כמעט בכל זכויות הקניין במתקני תקשורת וברוב הזכויות במוצרי מידע ותרבות. אין לדבר על תאגיד במונחי אוטונומיה שקשורה לכבוד האנושי ולא לאוסף של חוים. מתן זכויות לתאגידים אינו משרת אוטונומיה. משום כך התפיסה האמריקנית את הקניין הרוחני היא בעיקרה תועלתנית ולא לוקיאנית או הגליאנית. ראו: Yochai Benkler, *Siren Songs and Amish Children: Autonomy, Information, and Law*, 76 NYU L. REV. 23, 105 (2001); Benkler, *The Public Domain*; 57–61, 88–89, 105 (2001). בעמ' 176–178, 193, 204. טור-סיני ציין כי גם הגישה שהוכרה בבית המשפט העליון בישראל היא שמטרת דיני זכויות היוצרים להמריץ ייצור ולא לגמול ליוצר. ראו עופר טור-סיני "דיני קניין רוחני – צעידה אל מילניום חדש (מגמות וחיידושים במשפט הישראלי)" קריית המשפט ה 177, 210–208 (2005). הוא הפנה לפרשת אינטרלגו: ע"א 513/89 Interlego נ' Exin-Lines, פ"ד מח(4) 133, 164–167 (1994).

32 פסח סקר את הביקורות על התאוריות העיקריות בתחום. על הטיעון התועלתני הוא כתב כי זכות היוצרים כרוכה במחיר חברתי, שכולל עלויות עבור השימוש ביצירה, ובכך סיכון מסוים בצמצום תהליכי יצירה חדשה וקידום הרווחה הכלל חברתית. קיימת ביקורת שלפיה לא תמיד ההכרה בזכות יוצרים תורמת לעידוד יצירה ולהפצה של ביטויים בעלי ערך חברתי. באשר לתאוריית העבודה נטען כי זכות הקניין רחבה מהערך המוסף הנובע מהעבודה, אין מתבקשת הכרה בזכות קניין דווקא, לא ברור כיצד לקבוע את היקף זכות היוצרים ותוכנה, וכדומה. בנוגע לתאוריית האישיות נכתב כי קיים קושי להסביר את כל הזכויות הכלכליות הנובעות מהיצירה על רקע זה ליוצר וכמובן לגורמים המתווכים בין היצירה לבין הקהל. ראו פסח, לעיל ה"ש 29, בעמ' 368–375, 391–396, 407–409.

33 במובן מסוים, כתב גרין, כל קניין הוא לא מוחשי, משום שהמונח מציין אך ורק אגד זכויות, מבנה משפטי. ועדיין ברמה אינטואיטיבית אנשים מבחינים בין זכויות קניין שהן חלק מאובייקטים מוחשיים לבין אלו שהן חלק מאובייקטים לא מוחשיים. האם יש סיבה להעדיף להגן על זכויות קניין ביחס לחפצים מוחשיים על פני זכויות קניין ביחס למשהו לא מוחשי? גרין כתב כי טיעון בעד הגנה יתרה על זכויות קניין בדברים לא מוחשיים דווקא הוא שהם סובלים מבעיית הטובין הציבוריים: משאבים שקשה להדיר מצריכה מפני מי שאינו קונה, וכך המפיק אינו זוכה למלוא התועלת מההפקה והתמריצים להפיק פחותים. לא רק בעלים של טובין מוחשיים סובל: אם אני מייצר עותקים לא מורשים מהספר של המחבר, ברור שאני שולל ממנו תמלוגים שהיה מרוויח אלמלא כן. ראו: Green, לעיל ה"ש 26, בעמ' 213–214.

שנצרכו, דרושים משאבים נוספים ליצירת נכסים נוספים.³⁴ בשל מאפייני הטובין הציבוריים מתהווה כשל שוק הידוע כבעיית "הנוסע החופשי": הפרט הרציונלי יעדיף שלא להשתתף ביצירתם או במימנם, משום שביכולתו ליהנות מהם גם בלי לעשות כן.³⁵ לכן מגיע התמריץ המשפטי בהקמת מוסד זכות היוצרים, שכולל הגנה משפטית וסעדים בגין הפרה.³⁶

האם אפשרי ומוצדק שאחד הסעדים המשפטיים יהיה העמדה לדין בגין גנבה? שאלת ההיתכנות היא דוקטרינרית ועניינה יסודות העברה ופרשנותם. שאלת ההצדקה היא נורמטיבית-השוואתית ובוחנת אם הערכים המגולמים במוסד זכויות היוצרים חופפים את הערכים המוגנים בעברת הגנבה. אשוב לשאלות אלו לאחר תיאור מקוצר של טיב הפגיעה בזכויות היוצרים בעידן של ימינו, אותו עידן שלכאורה מצדיק בחינה מחדש של עברת הגנבה.

הפרת זכויות יוצרים אינה תופעה חדשה, ומן הסתם לידתה בסמוך למושג זכויות היוצרים: במקום שקיימת זכות, ובמקום שקיימים בני אדם, אפשר לשער כי יהיו מי שיפרו את זכותם של אחרים כדי להיטיב עם עצמם או להרע לאחרים. למעשה, אלמלא הייתה הפרה, כנראה לא היה צורך ביצירת זכות משפטית שבאה להגן על הפרט מפני פגיעה ביכולתו או בכוחו. הפרת זכויות יוצרים נעשתה בעבר והיא נעשית גם כיום. טכנולוגיות מגוונות מספקות אמצעים להפרה באפשרון העתקה והפצה של עבודות בכמות עצומה. טכנולוגיות כמו מכונות צילום וכמו סורק הציבו אתגרים לדיני זכויות היוצרים. האינטרנט מוסיף אתגר מורכב. שיתוף קבצים ברשת מאפשר לגולש לחפש קבצים מסוימים במחשבים של משתמשים אחרים.³⁷ תופעת שיתוף הקבצים רווחת מאוד באינטרנט ונראית חסרת מאמץ, משום שחומרים אלו נגישים ומועתקים בקלות. לא רק שההפרה אינה מנוגדת לנורמות החברתיות; היא עצמה בגדר נורמה חברתית.³⁸ עם זאת מובן שלא כל שיתוף קבצים הוא לא חוקי. שיתוף קבצים כשלעצמו, כמו כל טכנולוגיה, הוא מושג בעל ממד ניטרלי, ובעל זכות יוצרים יכול לבחור לשתף אחרים בקובץ המוגן בזכות יוצרים.³⁹ מנגד, כיום ברור שחלק גדול משיתוף הקבצים פוגע בזכויות יוצרים: כמויות אדירות של תוכן מוגן בצורת מוזיקה וסרטים מועתקות ומשותפות באופן שכיום הוא לא חוקי.⁴⁰ לפני למעלה מעשור הכריז ג'ון בארלו (Barlow), מנסח הצהרת העצמאות של האינטרנט,⁴¹ על מותן של זכויות היוצרים בעידן האינטרנט.⁴² היו שכתבו שההכרזה הייתה מוקדמת מדי.⁴³ חיות או

34 ראו: Yochai Benkler, *The Law and Economics of Intellectual Property Rights: An Unhurried View*, 34 *of Private Ordering in Information Transactions*, 53 *VAND. L. REV.* 2063, 2065–2066 (2000) פסח, לעיל ה"ש 29, בעמ' 364.

35 ראו שם, בעמ' 912.

36 ראו דגן, לעיל ה"ש 29, בעמ' 49, 65.

37 ראו: Bailey, לעיל ה"ש 26, בעמ' 478–480. בנקלר כתב כי מערכת של חדשות והפקה תרבותית כמו האינטרנט, הפועלת עם זכויות קניין חלשות, מפזרת את כוחה של המדיה המרכזית ושמה את הפרטים בדפוס שבו הם נשלטים פחות. ראו: Benkler, *The Public Domain*, לעיל ה"ש 28, בעמ' 189.

38 ראו: Daniel J. Gervais, *The Price of Social Norms: Towards a Liability Regime for File-Sharing*, 12 *Coale*; *J. INTELL. PROP. L.* 39, 50 (2004) לעיל ה"ש 25, בעמ' 739.

39 משתי הקבצים הם קבוצה מגוונת הפועלת ממניעים מגוונים: מרצון לגישה חופשית לפורנוגרפיה ומוזיקה ועד רצון לחלוק תגליות בנוגע למאגר הגנים. ראו: Bailey, לעיל ה"ש 26, בעמ' 482–483, 507. ראו: Woodford, לעיל ה"ש 25, בעמ' 269.

40 ראו: <https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html> (נבדק לאחרונה ביום 15.3.2014).

41 בארלו ציין כי המין האנושי הצליח להפיק יצירה ראויה גם בעבר הרחוק, טרם קמו דיני זכויות היוצרים, או בעבר הרחוק פחות, שבו חברות תקליטים שמרו לעצמן את מרבית הכסף ובכל זאת היו שיצרו מוזיקה.

מתות, האם הפגיעה בזכויות היוצרים המאפיינת את האינטרנט מתאימה להיקרא "גנבה"? במובן מסוים הדבר מזכיר גנבה: אדם שמוריד שיר או סרט מקבל אותו בלי לשלם עליו. אך כבר ראינו שלא כל דבר שמזכיר גנבה אמנם מקיים את יסודות עברת הגנבה או פוגע בערכים שעליהם מגנה העברה. האם משתף הקבצים זהה למי שנכנס לחנות תקליטים, נוטל תקליט ונושאו משם בלי לשלם?⁴⁴ חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007 מגדיר בסעיף 4 כי זכות היוצרים תהיה ביצירות מקוריות ספרותיות, אמנותיות, דרמטיות או מוזיקליות המקובעות בצורה כלשהי, או בתקליט. רעיונות, כאמור בסעיף 5 לחוק, אינם מוגנים בזכויות יוצרים.⁴⁵ סעיף 11 מגדיר כי זכות יוצרים היא הזכות הבלעדית לעשות ביצירה או בחלק מהותי ממנה פעולה או פעולות אלו: העתקה, פרסום יצירה שלא פורסמה, ביצוע פומבי של יצירות מסוימות, שידור, העמדת היצירה לרשות הציבור, עשיית יצירה נגזרת והשכרה (תקליט, סרט קולנוע ותכנת מחשב). הפעולות הללו מוגדרות בסעיף 47 כהפרה של זכות יוצרים. סעיף 48 מרחיב את רעיון ההפרה גם לפעולות שמפרות את זכות היוצרים בעקיפין, על ידי מי שידע – או היה עליו לדעת – שמדובר בעותק מפר והשתמש בו, כגון מכרו או השכירו, ובפעולות עסקיות אחרות. כל ההתנהגויות האמורות אינן מזכירות כלל את הפעולות שבהן עוסק סעיף הגנבה. אדם המשיג ("מוריד") סרט או שיר בלי לשלם לבעל זכות היוצרים מבצע, למיטב הבנתי, פעולת העתקה. אדם המנגיש ("מעלה") סרט או שיר מבצע, למיטב הבנתי, פעולה של העמדת יצירה לרשות הציבור. שתי הפעולות הללו אינן נטילה ואינן נשיאה. דבר לא ניטל פה: היצירה נותרה בבעלותו של בעל הזכות ובחזקתו. משהו נשלל מנקודת מבט מסוימת: השליטה בבלעדיות, או מדויק יותר, השליטה בהפצה. הציפייה לזכות בתמורה בעבור היצירה – הופרה. אך האם פירוש הדבר גנבה, מבחינת יסודות העברה? לא ולא. נשלל וניטל – לא היינו הך, ככתוב בפרק הקודם. גם בחלל הפיזי, השולל אינו בהכרח נוטל, כאשר ניתן לשלול נכס פיזי באמצעות השמדתו, והנוטל אינו בהכרח שולל, כאשר ניתן ליטול ולהשיב. אפילו שלילת השליטה בבלעדיות – ולא כל משתף קבצים שולל שליטה כאשר אי אפשר לשלול את מה שאינו קיים (וכך ניתן לעתים לדבר על צמצום שליטה בבלעדיות בלבד) – אין פירושה נטילה. רכיב הנשיאה אינו מתקיים אף הוא, למיטב הבנתי. אם הורדת סרט היא נטילה, לאן נישא הסרט? האם בכלל

הוא גרס שהתעשייה פורחת חרף ה"פיראטיות", משום שהפצה לא מסחרית של מידע מגבירה מכירתו של מידע מסחרי. המודל העסקי בעידן זה הוא של שכפול מילים באינטרנט ללא כסף וגביית כסף רב יותר בעבור אינטראקציה פיזית. אמנים וסופרים יסתגלו, כאשר הם אנשים יצירתיים. ראו: John Perry, *Cyberspace*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 1031–1033. Barlow, *The Next Economy of Ideas*, WIRED 8.10 (October 2000). ראו גם: Katyal, *Criminal Law in*

43 אלקין-קורן כתבה שברור לכול שדיני זכויות היוצרים לא נעלמו מן העולם, אך במובן הישן הן מאבדות מחשיבותן, אם כי לא מהסיבות שאותן בארלו מנה. ראו אלקין-קורן, לעיל ה"ש 29, בעמ' 319–320. דויטש, לעומתה, כתב כי בפני דיני זכויות היוצרים אתגרים מעניינים חדשים: בחינה מחודשת של מושג ההעתקה בקשר לאינטרנט, מהות השימוש ההוגן באינטרנט, אחריות ספקי שירות להפרות ועוד. ראו מיגל דויטש עוללות מסחריות וסודות מסחר 30 (2002). להיבטים אלו אשוב בהמשך.

44 ביילי התייחס לסיטואציה זו וכתב שאין זה מדויק לומר שהפרה במחשב היא כמו להיכנס לחנות תקליטים ולגנוב תקליט. זכויות יוצרים, להבדיל ממושאי גנבה אחרים, אינם קשורים למשהו פיזי אלא לאגד זכויות שמוגדר בחוק. Bailey, לעיל ה"ש 26, בעמ' 488.

45 דיני זכויות היוצרים מגנים על ביטוי מוחשי ולא על רעיונות מופשטים, משום שרעיונות הם חסרי צורה מכדי שיהיו מזהים ומוכלים בחוק, ומפני שרעיונות מעצבים את המארג של התרבות ושל תורת המשפט, ואלו ממשיכים לאמץ ולסייע לחילופים חופשיים של רעיונות. ראו: Woodford, לעיל ה"ש 25, בעמ' 262.

אפשר לדבר על נשיאה של ביטים⁴⁶ לאורך רשתות?⁴⁷ לטעמי התשובה היא בשלילה. קליטת שדר בוודאי אינה נטילה, ולדעתי גם אינה נשיאה. מוריד הקבצים אינו נוטל ואינו נושא. חוסר החפיפה וחוסר ההכלה עולים גם במבט ראי: הפרת זכות יוצרים אינה בהכרח גנבה, וגנבה אינה בהכרח הפרת זכות יוצרים. נוטל התקליטים שתואר קודם אינו פוגע בזכות יוצרים. נוטל התקליטים הוא גנב מעת שנטל את התקליט ונשא אל מחוץ לחנות, בהתקיים יתר יסודות העברה. נוטל התקליטים לא בהכרח יעתיק, יבצע בפומבי, ישדר, יעמיד לרשות הציבור, יערוך יצירה נגזרת או ישכירה. אפשר אף לסבור שבאופן טבעי הוא לא יעשה אף אחת מפעולות אלו, אלא פשוט ישתמש בתקליט להנאתו הפרטית. הגנבה, מנגד, אינה מתמקדת בהנאתו של הגנב ואף מתעלמת ממנה לחלוטין. נהנה או לא, מעתיק ומשדר או לא, עורנו גנב.

אם כן, כבר במבט ברכיבים ההתנהגותיים ניכר שוני ברור בין הפעולות המאפיינות את הגנב לאלו המאפיינות את מפר זכות היוצרים. יסוד בעייתי נוסף הוא "כשמתכוון לשלול את הדבר". גם אם ניחס למשתף הקבצים מחשבה שהוא עושה דבר אסור, וגם אם נטען שבשעת ה"נטילה" הוא מתכוון לשלול את הדבר מבעול שלילת קבע, הרי שהוא אינו מתכוון ואינו יכול לשלול את ה"דבר" שאותו הוא "נוטל". במילים אחרות: מהגיונה של הלשון שבה משתמש סעיף הגנבה מתחייבת זהות בין הדבר שנוטלים לבין הדבר שמתכוונים לשלול. אם הדבר שאני נוטל הוא ארנק ובו כסף, יש להראות שהתכוונתי לשלול את הארנק או את הכסף שלילת קבע. אם הדבר שאני נוטל הוא תפוח, יש להראות שהתכוונתי לשלול אותו שלילת קבע. אם הדבר שאני נוטל הוא קובץ אלקטרוני של סרט, ולעת הזו אצא מההנחה הבעייתית שלפיה פעולת ההעתקה היא נטילה, יש להראות שהתכוונתי לשלול את הקובץ או את הסרט שלילת קבע. אלא שהעתקת מידע אלקטרוני אינה שוללת אותו. העתקת מידע בחלל הפיזי עשויה, בנסיבות מסוימות, להזיק לעותק המקורי ולבלות אותו; העתקה של מידע בסביבה האלקטרונית אינה מזיקה לקובץ המקורי כלל, ובוודאי אינה יכולה להביא לשלילתו. להבדיל מתמרון מידע בחשבון בנק, שכולל סימטרייה בין כמות הכסף שגרעתי מפלוני לבין הכמות שהתווספה לחשבוני, העתקת מידע אינה עניין סימטרי של גריעה והוספה, אלא היא כולה הוספה. מה שנגרע מפעולת ההעתקה הוא כוחו של בעל הזכות לשלוט ביצירתו ולהדיר אחרים מליהנות ממנה, כוח שבמקרים רבים מצומצם מאוד לאחר ההעתקות הראשונות. מה שנשלל ממנו – אם אמנם המילה "נשלל" הולמת – הוא זכותו המשפטית לקבל תשלום על פי המודל העסקי המקובל של זכויות

46 אותות דיגיטליים הם אותות אלקטרוניים בינריים של on או off, 0 או 1. כל המחשבים מעבדים מידע בפורמט דיגיטלי. ברגע שאותות אנלוגיים מגיעים ליעדם באמצעות מודם אחד, מודם שני ממיר אותם בחזרה לאותות דיגיטליים לפני שייכנסו למחשב המקבל. להרחבה ראו: Hossein Bigdoli, *Data Communications Basics*, in THE HANDBOOK OF COMPUTER NETWORKS – KEY CONCEPTS, DATA TRANSMISSION, AND DIGITAL AND OPTICAL NETWORKS 19, 20, 22 (Hossein Bigdoli editor-in-chief, vol. 1, 2008).

47 מתקני הרישות שמחברים כמה מחשבים ברשת נקראים נתבים. תפקידם העיקרי לנתב חבילות לאורך רשתות ממקור ליעד, בהתבסס על אלגוריתמים של ניתוב. להרחבה ראו: Min Song, *Routers*, in THE HANDBOOK OF COMPUTER NETWORKS – KEY CONCEPTS, DATA TRANSMISSION, AND DIGITAL AND OPTICAL NETWORKS 364, 364 (Hossein Bigdoli editor-in-chief, vol. 1, 2008); Qinqing Zhang & Qi Bi, *Packet Switching*, in THE HANDBOOK OF COMPUTER NETWORKS – KEY CONCEPTS, DATA TRANSMISSION, AND DIGITAL AND OPTICAL NETWORKS 136, 140 (Hossein Bigdoli editor-in-chief, vol. 2, 2008).

יוצרים.⁴⁸ היצירה עצמה לא נשללה ממנו. מוריד הקבצים ואף מעלה הקבצים – האדם שהעלה לראשונה את הקובץ המפר לרשת האינטרנט – אינו חייב להיות מומחה בטכנולוגיה כדי להבין ולדעת שהוא אינו שולל נכס אלא מונע או מצמצם את האפשרות להפקת פירות מהנכס. הגנבה הפיזית מתארת תפוח שניטל ונישא וכוונה לשלול אותו שלילת קבע מבעליו; שיתוף הקבצים, גם אם נרחיק לכת ונקרא לו נטילה ונשיאה, אינו עוסק בתפוחים, ולמשתף הקבצים אין כל סיבה לחשוב שהמידע שהעתיק שלא כדין – נשלל מבעליו.

ומה באשר ליתר יסודות העברה? ניתן לטעון ששיתוף קבצים מקיים את היסוד "דבר הניתן להיגנב" – דבר בעל ערך שהוא נכסו של אדם, אבל זאת רק בהנחה שזכות יוצרים היא "דבר". באשר ליסוד "בלי הסכמת הבעל", אפשר בהחלט לטעון שבעל זכות היוצרים אינו מסכים להעתקות וכדומה, שאם לא כן לא הייתה פה הפרה של הזכות. עם זאת, כזכור, לפי דין הגנבה הקיים, ה"בעל" הוא גם המחזיק ולא רק בעל הזכות להחזיק, ומי שמוריד קובץ נשען על מי שהעלה אותו, שבוודאי מסכים להורדתו.

לסיכום עניין זה, לפי ההגדרה הקיימת לעברת הגנבה, מסקנתי היא כי שיתוף קבצים על שתי צורותיו, המחמירה (הנגשה, העלאה) והנפוצה (השגה, הורדה), אינו מקיים את יסודות עברת הגנבה. שיתוף קבצים כמובן לא ייכנס בהגדרה המוצעת לעברת הגנבה, שגם היא כוללת נטילה ונשיאה. אחד השינויים שהצעתי מרחיק עוד יותר את שיתוף הקבצים מעברת הגנבה: יסוד הנכס המוחשי. מגד, שני שינויים שהצעתי מקרבים את שיתוף הקבצים לעברת הגנבה: הסכמת הבעל או המחזיק כדין, להבדיל מהמחזיק גרידא, והיסוד "באופן שעלול לפגוע במימוש זכות הקניין של הבעל או המחזיק כדין",⁴⁹ שמחליף את דרישת הכוונה המיוחדת בסעיף הקיים ברכיב נסיבתי שעניינו פוטנציאל פגיעה קניינית, רכיב שדומני שיש בסיס לטעון שמתקיים באשר לשיתוף קבצים.

מה באשר לתשלובת הערכית? כזכור, תשלובת הערכים המוגנים שזיהיתי בנוגע לעברת הגנבה הקלאסית הייתה זכות הקניין והביטחון הקנייני הבסיסי. האם היא עולה גם בקניין הרוחני? התשלובת הערכית שמאחורי דיני זכויות היוצרים אינה פשוטה לזיהוי, והיא תלויה בתאוריה שבבסיס דיני זכויות היוצרים במדינה פלונית, כמו גם בסוג זכות היוצרים המדובר. לפי הגישה התועלתנית, הערך הנפגע מהפרת זכות יוצרים הוא עידוד היצירה; לפי תאוריית העבודה, מה שנפגע מהפרה הם ערכי העבודה שהחברה מעוניינת לקדם, ולפי תאוריית האישיות, מה שנפגע מהפרה הוא האני הפנימי וההגשמה הפנימית של היוצר. עד כמה נפגעים כל אלו משיתוף קבצים? התשובה אינה פשוטה. הקשר בין הורדת שיר על ידי גולש לבין פגיעה בעידוד היצירה או בערכי עבודה אינו ברור מאליו, בעיקר אם הזמר אינו מתגורר כלל באותה מדינה ובאותה יבשת של הגולש. חרף רוחבה העצום של תופעת שיתוף הקבצים זמרים מוסיפים לשורר, מפיקים מוסיפים ליצור סרטים, ומתכנתים מוסיפים לייצר משחקי מחשב.

48 סטיל תהיה אם תיתכן כוונה לשלילת קבע כשמדובר בקניין רוחני. הוא ציין שיתכן שבהעברת הקניין הפיזי שאליו מחובר הקניין הרוחני, או בהפצת עותקים דיגיטליים מפרים, הזכות של הקניין הרוחני נהרסת, ואז יש שלילת קבע של הזכות המקורית, אך זאת רק במשטר שמאפשר לגנוב זכויות. מכל מקום ציין סטיל שאין זה הולם שעברת הגנבה תוגדר באופן שבו הפרות של זכויות יוצרים עשויות לכסות את כל היסוד העובדתי שלה, ורק היסוד הנפשי יהיה עשוי למנוע הטלת אחריות פלילית. ראו: Steel, *Problematic and Unnecessary?* לעיל ה"ש 9, בעמ' 603–604.

49 לדיון דוקטרינרי בשאלת ההיתכנות של עברת הגנבה בנוגע לקניין רוחני לאור הגדרת עברת הגנבה בחוק האנגלי של שנת 1968 ראו שם, בעמ' 599–601.

אפילו בהנחה שהפגיעה הערכית ברורה, דומני שלכל היותר היא מכסה חלק מהרעיון שמאחורי זכות הקניין, להבדיל מכל הרעיון, אך אינה מכסה את הביטחון הקנייני הבסיסי. איני בטוח שאפילו מה שכינתי "הסדר הממוחשב" נפגע שהוא זה מתופעת שיתוף הקבצים באינטרנט.

רוחבה של התופעה ושכיחותה מרמזים לא רק עד כמה רחוקה היא מקיום יסודות עברת הגנבה, במובן הפער המספרי העצום שבין הגנבים בחלל הפיזי לבין משתפי הקבצים לטובת האחרונים, אלא גם שמדובר בתופעה שהציבור הרחב חי או "גולש" עמה בשלום. משתף הקבצים אולי גורם לתחושה לא נעימה לבעל זכות היוצרים, וגם זה אינו מובן מאליו בהתחשב בכך שלא כל הורדת סרט נתפסת ונחווית על ידי בעל הזכות, אך ודאי הוא אינו גורם לתחושה של חשש מתמיד בציבור הרחב, לחוסר אונים של האדם שסבל מגנבה ולדאגה מתמשכת של אחרים. לכל אדם כמעט יש קניין; להרבה פחות יש קניין רוחני, ובמובן הזה פוטנציאל הפגיעה בביטחון הקנייני הבסיסי נמוך בהרבה גם לעומת הפרות בולטות ורווחות.⁵⁰ "הגולש מן היישוב" – בין שהוא משתף קבצים ובין שלא – אינו בהכרח מוטריד מהתופעה הזו, משום שאינה מאיימת עליו ואינה בהכרח דומה מבחינתו למשהו שמאיים עליו.⁵¹ לכן אני סבור שגם במישור הערכי, ולא רק במישור הניסוח הקיים של עברת הגנבה, לא הרי גנבה כהרי שיתוף קבצים.

ויובהר: ניתן בהחלט לסבור (ואודה שאין זו עמדת) שיש לפרוס הגנה משפטית חזקה יותר על זכויות היוצרים,⁵² וזאת מכיוון הדין הפלילי דווקא.⁵³ עם זאת פנייה לדין הפלילי אינה מצריכה

50 גרין כתב כי במקרים מסוימים גנבה של רכוש לא מוחשי תהיה קשה להוכחה יותר מגנבה של קניין מוחשי. אם אתה גונב את העותק של ספרי, אתה מחזיק בו כעת; יש נטילה פיזית שניתן להוכיח; הגנבה, במובן פלטשר, היא גלויה. אבל אם אני מכין עותקים לא מורשים, אין אברן פיזי להצביע עליו. יתר על כן: ניתן לטעון שמשום שיש חוסר ודאות באשר לגבולות זכויות הקניין בנוגע לרכוש לא מוחשי, סביר יותר שתהייה הפרות לא מודעות. ראו: Green, לעיל ה"ש 26, בעמ' 214–215.

51 בהקשר אחר כתב קרטור כי ייתכן שהדבר נובע בין היתר מסוגיית השפה, באשר אין שיח שגור על קניין רוחני: אלו שאין להם סיבה מקצועית למעורבות חושבים עליו לעתים נדירות. ראו: Stephen L. Carter, *Does It Matter Whether Intellectual Property Is Property?*, 68 CHI.-KENT L. REV. 715, 717 (1993).

52 זרורה סבר שבשל שכיחות התופעה אפשר שהפתרון לשיתוף הקבצים אינו בכפייה משפטית מסוג כזה או אחר, אלא דווקא בהתאמת מודל עסקי חדש שיתחשב בטכנולוגיה ובנורמות החברתיות וינסה לקצור מכך תועלת כלכלית. ראו: Gervais, לעיל ה"ש 38, בעמ' 73. ביילי סבר כי בלי קשר לתוצאת הוויכוח המשפטי, ההתקדמות הטכנולוגית כנראה תבטיח שהפרת זכויות יוצרים תמשיך להיות נפוצה, ולא השימוש היצירתי בחוק, אלא הטכנולוגיה היא שעשויה לשמש מפתח להגן על קניין רוחני. ראו: Bailey, לעיל ה"ש 26, בעמ' 532. בנקלר חשש מכוח רב מדי לבעלי זכויות היוצרים. הוא תיאר את המציאות הטכנולוגית של טכנולוגיית ההצפנה כרגע חסר תקדים בהיסטוריה של זכויות בלעדיות פרטיות במידע (EPRIs), של חיסול אחד ההיבטים של מה שהפך מידע לטוב ציבורי: היעדר האפשרות למנוע אותו מאחרים וקבלת שליטה מושלמת בגישה ובשימוש במוצרי מידע. הוא ביקר בחריפות את החקיקה האמריקנית שמסתמכת על הטכנולוגיה החדשה כדי לבסס שליטה בשימושים אינדיווידואליים בטובין מידע, בהנחה חסרת בסיס שחוקים כאלו יגדילו את הרווחה החברתית הנוצרת מהפקת מידע. ראו: Benkler, *The Law and Economics*, לעיל ה"ש 34, בעמ' 2063–2065. וודפורד התייחס בהקשר זה לטכנולוגיית ה-DRM (Digital Rights Management), אשר מונעת העתקה לא מורשית ושולטת במה שיכול הצרכן לעשות בתוכו. כיום טכנולוגיה זו אינה מספיקה כדי למנוע העתקה לחלוטין. האקרים מצליחים לעקוף אותה. תגובה אפשרית לכך היא להפוך את הפריצה של טכנולוגיה כזו לבלתי חוקית, מחשש שהטכנולוגיה לא תספיק להגן על התוכן הדיגיטלי. כזאת עשה הקונגרס בחוק ה-DMCA בשנת 1998, בהפללת עקיפה של הטכנולוגיה האמורה, תהא מטרת העקיפה אשר תהא. ראו: Woodford, לעיל ה"ש 25, בעמ' 268, 276, 296–300. חורי כתב שיש שיקולים נגד מתן כוח רב מדי לבעל היצירה בסביבה הדיגיטלית, במיוחד בשל עליית

להישען על דיני הגנבה, ויכולה להתייחס ישירות ומפורשות להפרה של זכויות יוצרים. אכן, אם ההגנה הפלילית היא הראויה לזכויות היוצרים, שומה על המחוקק לומר דברו במפורש ובמישרין, ואין לפנות לעברת הגנבה כדי שתמלא את החסרים. מוסד זכות היוצרים הוא מורכב, ויש מי שמבקש להרחיבו שוב ושוב,⁵⁴ גם לכדי משטר של הפללה. משטר זה מצריך כמובן הצדקה מוצקה,⁵⁵ בעיקר למי שסבור שהדין הפלילי צריך לשקף את העמדה הרווחת בציבור ולא לייצר אותה בעצמו.⁵⁶ מכל מקום, עדיין

ההסדרה העצמית בסביבה זו, שרותמת מנגנוני הגנה טכנולוגיים להגבלת גישה ושימוש ביצירה. ראו אמיר חורי "קריאה בין-לאומית: החוק ומקורות ההשפעה הזרים" יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים 237, 256–257 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009). מנגד, ליתרונות ההסדרה הטכנולוגית ראו אלקין-קורן, לעיל ה"ש 29, בעמ' 333–334; במאמרה היא עמדה על הסכנות שבהסדרה זו. ראו שם, בעמ' 339–344.

53 ביילי דן באריכות בשאלת הקשיים בהעמדה לדין של משתמשי קצה המפרים זכויות יוצרים. הוא ציין כי הגשת תביעה אזרחית נגד מיליוני משתפי קבצים אינה מעשית בהתחשב בשיקולים לוגיסטיים, ולכן היה מי שהציע להרחיב את האיסורים הפליליים כדי שיחולו גם על מפרי זכויות יוצרים: חומרת העונש הפלילי עשויה לספק הרתעה יעילה, באמצעות העמדה לדין של מפריים אחדים שנבחרו כדי לשמש דוגמה. פרטים המורידים קבצים הם המטרה הסבירה ביותר לתביעה משום שהם אחראים ישירות להפרה. אלא שבסיומו של דבר הסיק ביילי כי אכיפה רחבה אינה אפשרית בהתחשב במציאות החוקית והטכנולוגית. ראו: Bailey, לעיל ה"ש 26, בעמ' 478–486. גרין כתב על התנגדות גדולה לחוקים פליליים בנוגע לקניין רוחני ועל מחקרים שרובם הראו שחלק עצום באוכלוסייה (למעלה ממחצית בהקשרים מסוימים) משתמש בתוכנות לא מורשות ומוריד מוזיקה. יש פער גדול בין הנורמות החברתיות והמוסר הרווח לבין חקיקת פשעי קניין רוחני. אנשים שהקוד המוסרי הפנימי שלהם לא היה מתיר להם לגנוב מחנות אינם רואים פסול מוסרי ביצירת עותק לא מורשה של סרט או תוכנה. הדבר עשוי להתקשר לתפיסה שחוקי קניין רוחני רבים מכוננים בעיקר ליצור רווחים לקבוצות אינטרסים כמו אולפני סרטים, חברות תקליטים, רשתות טלוויזיה ומוציאים לאור. ראו: Green, לעיל ה"ש 26, בעמ' 237–240.

54 כל אימת שהייתה התפתחות טכנולוגית שהשפיעה על זכויות יוצרים, טענו בעלי זכויות היוצרים שעל זכויותיהם להתרחב גם לטכנולוגיות חדשות, אף שמבחינה היסטורית בתי המשפט היססו בנושא זה לא פעם. Woodford, לעיל ה"ש 25, בעמ' 260.

55 בנקלר כתב כי סנקציות פליליות בהקשר זה כופות על יצרנים מחדשים ועל קוראים לאמץ שוליים רחבים לקווי המתאר של החוק. הסיכון הגבוה של אחריות פלילית והאפקט המצנן שלה על פעילויות מוגנות מחייב את בתי המשפט להיות מודאגים במיוחד מתניות פליליות המכבידות על הביטוי. יש להבחין בין מצב שבו מונעים מאדם לפרסם יצירה או מאמר ובין מצב שבו אדם מסתכן בבילוי שנים בכלא. יש להתחשב גם במספר העבריינים הפוטנציאליים. העובדה שתעשיית זכויות היוצרים מעוניינת באכיפה פלילית כדי לשמר את המודל העסקי הקיים שלה לצד העובדה שהיא אינה מעוניינת בתביעה אזרחית של כל לקוחותיה, אין פירושה שמוצדק להפליל כאמור, בין היתר משום שהאפקט המצנן עלול להיות כבד במיוחד במצב שכזה. ראו: Benkler, *The Public Domain*, לעיל ה"ש 28, בעמ' 216–218. סטיל ציין כי השימוש ההולך וגובר בסנקצייה הפלילית כדי להגן על קניין רוחני שנוי במחלוקת. בשנת 2006, כחלק מהכניסה של אוסטרליה להסכם סחר עם ארצות הברית, הגדיל החוק האוסטרלי את היקף הסנקציות הפליליות בגין הפרת זכויות יוצרים: Copyright Amendment Regulations 2006 (Cth). הרחבה זו כללה עברות של אחריות קפידה נגד הפרות מינוריות ומגוון כוחות תפיסה לרשויות האכיפה. ראו: Steel, *Problematic and Unnecessary*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 602.

56 זו גישת רובינסון, שאליה התייחסתי בפרק הקודם. ראו: Paul H. Robinson, *Why does the Criminal Law Care what the Layperson Thinks is Just? Coercive versus Normative Crime Control*, 86 VA. L. REV. 1839 (2000).

תידרשנה התאמות מיוחדות, כמו תחימה מדויקת של האיסור, הגנות בדין המהותי,⁵⁷ סדרי דין וראיות מיוחדים וכדומה.⁵⁸

מבט בהגנות המקובלות בנוגע להפרת זכויות יוצרים, כמו השימושים הלא מפרים המשמעותיים,⁵⁹ כמו דוקטרינת השימוש ההוגן (fair use),⁶⁰ ושאלות נוספות של אחריות צדדים שלישיים⁶¹ – כל אלו

57 ביילי סבר כי הגנה לתביעה אזרחית יכולה להועיל גם לתביעה פלילית. למשל, ההגנה של שימושים משמעותיים לא מפרים (substantial noninfringing uses), כאשר הטכנולוגיה המדוברת נהוגה גם לצרכים לגיטימיים, דוגמת שינוי זמן (time-shifting) בנוגע למכשירי וידאו. ביילי הפנה לפרשת סוני המפורסמת: Sony Corp. v. Universal City Studios, 464 U.S. 417 at 442 (1984). הגנה נוספת היא של השימוש ההוגן. ראו: Bailey, לעיל ה"ש 26, בעמ' 497–502, 521. על קצה המזלג, דוקטרינת השימוש ההוגן מאפשרת לפרטים להשתמש בעבודות המוגנות בזכויות יוצרים בלי להשיג הסכמה מוקדמת או לשלם תמלוגים ונחשבת לאחת המגבלות הטבועות והחשובות ביותר על הבלעדיות בזכויות היוצרים. ראו: Coale, לעיל ה"ש 25, בעמ' 737.

58 שאלת האכיפה הנוגעת להפרת זכויות יוצרים באינטרנט היא מורכבת. ראו למשל אלקין-קורן, לעיל ה"ש 29, בעמ' 320. ביילי ניתח את שאלת התחולה של התיקון הרביעי לחוקה האמריקנית ואת הציפייה הסבירה לפרטיות שיש או אין למשתפי קבצים באשר לתוכן הכוונן הקשיח שלהם ולתקשורת שלהם באינטרנט. הוא התייחס גם לשאלות מורכבות בנוגע ללכידת מפרים, כמו מלכוד, ולשאלות של סמכות שיפוט נוכח הגלובליות של האינטרנט. ראו: Bailey, לעיל ה"ש 26, בעמ' 525–531. טור-סיני סבר כי ניתן לשקול פטור באשר להורדת קבצים מהאינטרנט, כל עוד הדבר נעשה לשם שימוש פרטי וביתי שלא למטרות מסחריות, ולקזו את ההשפעה הכלכלית של הפטור באמצעות החלת הסדר תמלוגים ביחס להכנסות ממכירת ציוד המיועד לצריכה ואחסון של קבצים דיגיטליים. טור-סיני, לעיל ה"ש 31, בעמ' 243–244.

59 גריין כתב כי ניתן לסבור שלהבדיל מזכויות הקניין ה"דקות" יחסית, המוגנות בדיני הקניין הרוחני, זכויות הקניין המוגנות בדיני הגנבה הן "עבות". זכויות יוצרים נותנות ליוצר מונופול מוגבל על עבודתו; הן מכוונות להפיק תמריצים כלכליים ליצור מדע ומחסה לפתח ולהגן עליו, והן מוגבלות בזמן ובהיקף על ידי דוקטרינות כמו רעיון/ביטוי, מקוריות ושימוש הוגן. זכויות מוסריות הן דקות בדרך שונה: הן בעיקר אישיות, אמנותיות ולא כלכליות. בהשוואה לאלה, הזכויות המוגנות על ידי דיני הגנבה הן עבות למדי. להבדיל מדיני הקניין הרוחני, שמדירים שימוש הוגן, דיני הגנבה אינם כוללים חריג של זוטי דברים. ראו: Green, לעיל ה"ש 26, בעמ' 216.

60 בארצות הברית, החוק הפלילי העוסק בהפרת זכויות יוצרים אינו כולל הגנות כשלעצמו, אך ההגנות האזרחיות עודן נגישות. "שימוש הוגן" הוא הגנה לנתבע, שלעתים זוכה להתייחסות כזכות, שנוצרה ופותחה על ידי בתי המשפט האמריקניים שמצאו שימוש הוגן במצב של כשלי שוק שונים, כשאין זה סביר שהצרכן הספציפי יבוא במשא ומתן עם בעל זכויות היוצרים. שימושים רצויים בחומרים מוגנים נוטים לכלול שימושים להשכלה, דיווח חדשות וביקורת או הערה חברתית (בעיקר פרודיה). אין מבחן ברור וחד לקבוע אם שימוש מסוים הוא שימוש הוגן ולא הפרה. שימוש הוגן ייקבע בכל מקרה בנפרד לפי מטרת השימוש ואופיו, לרבות אם הוא מסחרי בטבעו; לפי אופי היצירה המוגנת כביכול; לפי הכמות והמהות של השימוש ביצירה; לפי ההשפעה הכלכלית של השימוש (17 U.S.C. § 107). גם הנדסה חוזרת אינה הפרת זכות יוצרים, משום שביטוי הרעיון הוא שמוגן ולא הרעיון עצמו. הנדסה חוזרת היא שימוש הוגן אם היא המסלול היחיד לגשת לרעיונות ולרכיבים פונקציונליים של תוכנת מחשב מוגנת ואם יש סיבה לגיטימית לעשות כן. שימוש הוגן הוא כלל של היגיון שנתפס כחיוני למימוש מטרת זכויות היוצרים לקדם את התהליך של מדע ואמנות שימושית. ראו: Woodford, לעיל ה"ש 25, בעמ' 265–267; Grimm, Guzzi & Rupp, לעיל ה"ש 26, בעמ' 790–794. בישראל סעיף 18 לחוק זכות יוצרים מדבר על שימושים מותרים, ובנסיבות מסוימות הוא מתיר להפר זכות יוצרים ללא קבלת רשות מבעל הזכות ובלא תשלום תמורה. סעיף 19 פורס את רעיון השימוש ההוגן על מטרות של לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, הוראה ועוד.

61 ניתן ללכת רחוק מאוד בנוגע להפרות זכות יוצרים. ניתן לראות הפרה גם ביצירת עותקים על ידי המחשב כדי לגשת למתקן זיכרון. ניתן לתהות באשר לאחריותם של ספקי שירות שעשויים לתרום לביצוע העברה. החלטת בית המשפט העליון הפדרלי בעניין MGM כוללת משמעות רחבה לעניין האחריות של צד שלישי.

מזכירים עד כמה רחוקים אנו מדיני הגנבה הרגילים. הרי לא יעלה על הדעת, לפי דיני הגנבה הרגילים, לטעון שסוג מסוים של מעשים שמקיים את יסודות עברת הגנבה אינו ראוי להיקרא גנבה משום שהוא כולל גם מקרים רבים בעלי ערך חברתי, ולא יתקבל טיעון שלפיו אדם שנטל נכס מחברו ללא רשות וללא כוונה להשיבו לו – משתמש בו "שימוש הוגן". המתח שמאפיין את דיני זכויות היוצרים והקניין הרוחני אינו בהכרח מתקשר באופן טבעי לדיני הגנבה ולמה שהם באים להשיג. ניתן אף לסבור שהקניין הרוחני אינו באמת קניין, ולכן זכות הקניין אינה נפגעת כפי שהיא נפגעת בגנבה הקלאסית.⁶² חשוב להדגיש גם כי המחוקק הישראלי אמר בהקשר זה את דברו מפורשות אך לאחרונה, בחוק זכות יוצרים משנת 2007, ובחר להפיל סוג מסוים של התנהגות ולהתייחס לסוג אחר כאל עוולה. סעיף 61 לחוק זכות יוצרים קבע שורת עברות: יצירת עותק מפר לשם מסחר, ייבוא עותק כזה לשם מסחר, עיסוק במכירה בעותק מפר ועוד פעולות שמתרכזות בענייני מסחר, להבדיל משימוש אישי. סעיף 62 לחוק קבע עונשי מאסר של עד חמש שנים על הפעולות האמורות. יתר הפעולות הכרוכות בהפרת זכות יוצרים אינן כרוכות בהטלת אחריות פלילית, אלא לכל היותר בהטלת אחריות אזרחית נזיקית, כאמור בסעיף 52 לחוק. התייחסותו זו של המחוקק לסוגיה מעידה פעמיים מדוע אין לגשת לדיני הגנבה בהקשר זה: האחת קשורה לעצם התייחסות המפורשת והעצמאית לסוגיית זכות היוצרים בחוק שכולל יסודות פליליים ואזרחיים; הצורך בהתייחסות כזו בחוק עצמאי מלמד שלדעת המחוקק, הדין הקיים, ובו עברת הגנבה, אינו פותר את הסוגיה פתרון הולם. נוסף על האמור לעיל, המחוקק נמנע מלהפיל את שיתוף הקבצים של משתמשי הקצה הגם שהתייחס לסוגיה זו. בכך גילה דעתו כי התנהגות זו אינה צריכה להיות עברה כלל, וודאי שאין לבוא ולשבצה בדרכי פרשנות בעברה קיימת.⁶³ שיתוף קבצים פוגע במודל העסקי הרווח הנוגע לקניין הרוחני: צריכה בחינם של משהו שבחלל הפיזי נהוג לשלם עליו. ייתכן שהדבר מצדיק תגובה כלכלית או משפטית תוך מבט מעמיק בכל הגורמים הרלוונטיים, לרבות כאלו שתרומתם לתופעת שיתוף הקבצים אינה שולית כלל. ניתן לתהות על קנקנם של אתרים המאפשרים צפייה בקליפים בחינם; ניתן לתהות על יצרני תוכנות השיתוף; ניתן לתהות על ספקיות הגישה לאינטרנט, שחלק לא מבוטל מהתמריץ לרכוש את הפס הרחב⁶⁴ שהן

בית המשפט פסק שישות יכולה להיות אחראית להפרה תורמת אם היא מפיצה ביודעין ובמכוון מוצר שמטרתו העיקרית לקדם הפרה. ניתן להטיל אחריות אפילו אם למוצר יש שימושים לא מפרים משמעותיים. ראו: MGM Studios Inc. v. Grokster Ltd., 545 U.S. 913, 936–939 (2005). כן ראו: Grimm, Guzzi & Rupp, לעיל ה"ש 26, בעמ' 800–802.

62 לפי וודפורד, זכויות יוצרים מעולם לא כוונו להיות זכויות קניין במובן המסורתי; היה נהוג שקניין רוחני ככלל שימש כלל של אחריות. הכוונה המקורית של המוסד של זכויות היוצרים הייתה אך להעניק מונופול לזמן מוגבל בתמורה לשימוש ולגישה אוניברסליים. ראו: Woodford, לעיל ה"ש 25, בעמ' 259–260.

63 סטיל הפנה כאמור לחקיקה אוסטרלית העוסקת באופן ספציפי בשאלת ההפלה של הפרת קניין רוחני מבחירת המחוקק ללכת עם עברות ספציפיות גזר סטיל שאין סיבה להישען על חוקי גנבה כלליים. כאשר הפרלמנט מחוקק רק תרופות אזרחיות בגין הפרת פטנטים, הכוונה היא לא לרתום את הסנקצייה הפלילית במקרים כאלו. יישום עברת הגנבה להפרות כאלו נראה לסטיל כהפרת כוונתו של המחוקק. גם באשר לסנקציות פליליות אפשריות בקניין רוחני יש מדרג של חומרה שמאפשר להגיע למישור הפלילי. זה מלמד על שקילה מחושבת של המחוקק את האינטרסים המתחרים. עברת הגנבה האנגלית אינה עורכת שקילה כזו אלא מענישה בגין כל התערבות בזכויות קניין של אחר, גם מינורית. סטיל הביע חשש שעברת הגנבה תרחיב לכדי הפללת יתר. ראו: Steel, *Problematic and Unnecessary?*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 602–603.

64 רוחב פס (bandwidth) הוא טווח התדירויות שמדיום נתון של שידור רשת יכול לשדר. הוא מלמד על מרב הנתונים שניתנים לשידור במדיום. ראו: Thomas L. Pigg, *Conducted Communications Media*, in THE

מציעות מתקשר לתופעת שיתוף הקבצים, אם לא נובע ממנה; ניתן לתהות על יצרניות החומרה והתוכנה שמאפשרות צריכה, וכדומה. וכמובן ניתן גם להישיר מבט בתרבות הנטילה באינטרנט.⁶⁵ לסיכום, כפי שכתב יוחאי בנקלר (Benkler), זה דבר אחד כאשר תעשיית המוזיקה קוראת למיליוני פרטים בחברה "פיראטים", וזה דבר אחר כאשר המדינה מטילה אות קלון על אותם פרטים כעבריינים וקונסת אותם או כולאת אותם.⁶⁶ את דברי בנקלר אני מבין כקריאה נגד הפללה של הפרת זכות יוצרים על ידי משתפי קבצים, אך מלבד האמור לעיל, הנקודה שעולה היא שהמילה "גנבה" (ובמקרה הזה "פיראטיות") כוללת גם משמעות חברתית, שעשויה להיות שונה מאוד מזו המשפטית.⁶⁷ במובן החברתי ניתן לגנוב רעיון, אהבה, תור, חנייה, מקום ישיבה, רגע, תהילה והצגה. במובן החברתי, חלוקה לא צודקת של משאבים כלכליים והעדפת מגזר אחד על האחר יכולה "לסבול" את הכינוי "גנבה". דומני שמבחינת בעלי זכויות יוצרים ובעלי אינטרסים אחרים, השימוש במילה "גנבה" מבקש לייצר את העברה, לפחות במובן הציבורי. אוצר המילים בא לדחוף את המחוקק לכיוון הפללה, את הרשויות לכיוון אכיפה או את הגולשים לכיוון הימנעות מהתופעה, משום חשש מאכיפה או מפאת הבנתם וקבלתם את הטענה המוסרית נגד שיתוף קבצים.⁶⁸ אך קיים פער בין השיח הציבורי והתקשורתי לבין ההגדרה המשפטית והערכים שמאחוריה. שיתוף קבצים מטריד גורמים מסוימים ואינו מטריד כלל אחרים. מטריד או לא, מצדיק הסדרה משפטית או לא – אין עסקינן בגנבה.⁶⁹

דומני שאין מדובר אף במעילה, באשר אין לפנינו פיקדון וכנראה גם לא מחזיק כדין. מנגד, ניתן לגרוס כי מי שרכש תוכנה מחזיק במידע שהיא אוצרת – להבדיל מההתקן שבו היא מוטבעת – בפיקדון בלבד. אם אותו אדם ינגיש אותה לאחרים, ניתן לנסות ולקרוא לפעולה זו "שליחת יד" או "מעשה בעלים" לשימושו של אחר שאינו בעל הדבר. הבעיה במהלך כזה היא אותה בעיה שזיהיתי קודם: הרובד המטפורי שלו. אדם שקנה תוכנה אינו מחזיק בה בפיקדון אלא ברישיון; הפרת תנאי

HANDBOOK OF COMPUTER NETWORKS – KEY CONCEPTS, DATA TRANSMISSION, AND DIGITAL AND OPTICAL NETWORKS 320, 320 (Hossein Bigdoli editor-in-chief, vol. 1, 2008)

65 על כך ראו בהרחבה את חיבוריהם של סטריינג'לאב ופוקס: MICHAEL STRANGELOVE, THE EMPIRE OF MIND – DIGITAL PIRACY AND THE ANTI-CAPITALIST MOVEMENT (2005); CHRISTIAN FUCHS, INTERNET AND SOCIETY – SOCIAL THEORY IN THE INFORMATION AGE (2008), כן ראו הפשע המקוון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 148–151.

66 ראו: Benkler, *The Public Domain*, לעיל ה"ש 28, בעמ' 216.

67 את מאמרו על הפלגיאט, שאליו אני אגיע בהמשך הפרק, פתח גרין בתיאור של אדם שהעתיק שיר של אחר ופרסם אותו כשלו תחת כותרת שונה, מה שהסב למשורר תחושה קשה של עוול, שאותה ביטא בשפה פלילית. גרין הטעים את עניין השפה וההתייחסות לפלגיאט כפשע, גנבה, שוד ופיראטיות. הוא ציין כי זו הגדרה התואמת את המקור האטימולוגי של המילה הלטינית *plagium*, שבמשפט הרומאי התייחסה לגנבה של עבד או ילד. חרף הדיבור האמור, כתב גרין, אף "גנב ספרותי" אחד מעולם לא הועמד לדין בגין גנבה. גרין תהה אם תפיסת הגנבה הספרותית כגנבה היא יותר ממטפורה, כמו לומר שבעל אחוזה "אנס" את הקרקע או ששכר הטרחה של עורך הדין היה "שוד לאור היום". בהמשך מאמרו הוא דווקא כתב כי השימוש בשפת הגנבה לתיאור פלגיאריזם הוא יותר ממטפורה. ראו: Green, לעיל ה"ש 26, בעמ' 169–170, 236.

68 וכדברי גרין, מנקודת המבט של המשפט הפלילי, מילים כמו "גנבה" כוללות תהודה מוסרית ואקספרסיבית שקשה למצוא לה מקבילה בדיני הקניין הרחני. שם, בעמ' 242.

69 סטיל סיכם כי לנוכח אי-הוודאות באשר לתחולת עברת הגנבה, הכיסוי המקיף בחוקים אחרים והיעדר ניסיונות אמתיים להעמיד לדין בגנבה במקרים הנוגעים להפרת קניין רוחני, יש טיעון חזק להחרגת קניין רוחני מתחולת עברת הגנבה. ראו: Steel, *Problematic and Unnecessary?*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 604.

הרישיון אינה מעילה באמון בדומה למעילה של אמון בעל הפיקדון, שמטיבו ספציפי ואישי ואינו כללי ומופשט.

ד. "גנבת" מידע

מעטים יחלקו על שמידע הוא דבר יקר מאוד בעולמנו, או לפחות עשוי להיות יקר מאוד. מעטים יחלקו על שסודיות עשויה להיות דבר יקר מאוד. אכן, ערכו של מידע מסחרי בעת המודרנית אינו טעון עוד הוכחה כבעבר, אלא הוא בגדר "אמירה נדושה". כפי שכתב מיגל דויטש, התפתחויות טכנולוגיות מציבות את התוצרים הרוחניים "בחדר החנית של העושר האנושי", ואלה הופכים לרכוש המרכזי של עסק. מנגד, התפתחויות טכנולוגיות (בעיקר האינטרנט) מאיימות לפגוע קשות בתוצרים אלו, במיוחד בזכות יוצרים וסימני מסחר. מרגע הדליפה לרשת הפרסום רחב ומידי ויכול "להשמיד" את הנכס ברגע. לכן הטכנולוגיה מצריכה לחשוב מחדש על ההסדרים המשפטיים המסורתיים הנוגעים להגנה על קניין רוחני, הן מנקודת המבט של אינטרס בעל התוצר והן מנקודת המבט של האינטרס הציבורי.⁷⁰ יש דרכים מקובלות מבחינה עסקית, חברתית או משפטית להשגת מידע. ניתן לקנות מידע מאלו המחזיקים בו; ניתן לעמול ולהשיג את המידע בדרכי מחקר; ניתן לפנות לגורמים ולרשויות בבקשה לקבל מידע. האם השגת מידע באופן שעוקף את המודלים המקובלים להשגתו היא גנבה? והאם במצבים אלו, בהנחה שמידע שנותר בידי בעליו איבד מערכו, בגנבה עסקית? לשאלה הראשונה ולאחרות אגיע מיד בעניין הסמאות; לשנייה אתייחס לאחר מכן בדיון שיתמקד בסוד המסחרי. לאחר החלק הקודם, שבו דנתי בנושא המורכב של שיתוף הקבצים, אמורה המלאכה בחלק זה להיות מעט קלה יותר.

1. "גנבת" סמאות

הן בחלל הפיזי והן באינטרנט קיים לעתים מנגנון של בקרת גישה (access control), שקובע מי יקבל גישה לנתונים או לשירות מסוים. צליחת הבקרה כרוכה לא אחת באימות נתונים.⁷¹ בהקשר זה סמאות הן סוג של בקרה מניעתית, שיטת אימות זהות חלשה, אך כנראה הנפוצה ביותר, למנוע גישה לא מורשית: הקלדת ביטוי מוגן כדי לזכות בגישה מקרוב או מרחוק.⁷² אנו חיים בעולם של סמאות ומשתמשים בהן בדואר אלקטרוני, בכרטיסי אשראי, בגישה לאתרים ועוד.⁷³ מהי "גנבת סמאות"?

70 דויטש, לעיל ה"ש 43, בעמ' 25–27, 281.

71 ראסמוסן כתב כי יש שלוש דרכים בסיסיות לאמת זהות משתמשים במערכת: מה שיש להם, כמו כרטיס חכם או חומרה; מי שהם, למשל זיהוי ביומטרי; מה שהם יודעים, כמספר או ססמה. ראו: Jeremy L. Rasmussen, *Password Authentication*, in THE HANDBOOK OF COMPUTER NETWORKS – KEY CONCEPTS, DATA TRANSMISSION, AND DIGITAL AND OPTICAL NETWORKS 581, 581 (Hossein Bigdoli editor-in-chief, vol. 3, 2008).

72 ראו: JERRY FITZGERALD, BUSINESS DATA COMMUNICATIONS AND NETWORKING 297 (7th ed., 2002); CURT M. WHITE, DATA COMMUNICATIONS AND COMPUTER NETWORKS – A BUSINESS USER'S APPROACH 415 (2nd ed., 2002); DOUGLAS E. COMER, COMPUTER NETWORKS AND INTERNETS – WITH INTERNET APPLICATIONS 610 (4th ed., 2003); DAVID SALOMON, FOUNDATIONS OF COMPUTER SECURITY 36, 113, 211 (2006).

73 ראו: Daniel S. Shamah, *Password Theft: Rethinking an Old Crime in a New Era*, 12 MICH. TELECOMM. TECH. L. REV. 335, 335 (2006).

הכוונה יכולה להיות להשגת ססמה של אחר שלא כדין⁷⁴ או לשימוש בה שלא כדין: הפרת המדיניות של זכויות הגישה (access rights).⁷⁵ הבעיה האמורה אינה חדשה, כמובן. השגת גישה לחומרי תוכן ללא תשלום הייתה וקיימת גם בלי קשר לאינטרנט, למשל גישה לתוכני טלוויזיה.⁷⁶ ואולם, האינטרנט הרווי במידע "מזמין" התרחבות של התנהגות זו של "גנבת סמאות", ובנוסף, הזיכרון האנושי המוגבל מביא את האדם להשתמש בססמה אחת בכמה הקשרים, ואבדן הבלעדיות בה עלול לגרום פגיעות מגוונות.⁷⁷

מיהו הקרבן של התנהגות זו? התשובה משתנה עם הנסיבות.⁷⁸ מי שנוטל סממת גישה לדואר אלקטרוני של חברו פוגע בראש ובראשונה בו ובפרטיותו, ובהמשך אולי גם בבני שיחו. מי שמשיג סממת גישה לאתר המוכר תוכן – ויהא זה אתר מאמרים משפטיים, אתר פורנוגרפיה או כל אתר אחר – עוקף מודל עסקי. העקיפה יכולה להיות באמצעות חבר שמסר את הססמה ביוזעין ונתן "רשות" להשתמש בססמה, מעשה שעשוי להיות מנוגד לחוזה, במפורש או במשתמע, והעקיפה יכולה להיות גם באמצעות מתווך אנונימי, שעשוי למכור את הססמה בזול או פשוט לספקה לכל דורש. כך באשר לאתרי תוכן וכך גם באשר לאתרים חברתיים המצריכים רישום כזה או אחר. עקיפת מודל כלכלי עסקי עשויה להזכיר את הסוגיה של שיתוף הקבצים. גם פה וגם שם הגולש זוכה לתוכן שברגיל היה עליו לשלם עליו. התוכן המדובר עשוי (אך מובן שאינו חייב) להיות זהה ממש: שירים, סרטים, משחקי מחשב וכדומה.

בדומה לזה, אדם יכול לתת לחברו את הססמה להיכנס לאתר של אגודה אקסקלוסיבית, או לתת לו את הססמה כדי להיכנס לכתובת הפייסבוק שלו. במקרים אלו העקיפה אינה של מודל עסקי אלא של מודל חברתי, או נורמה חברתית: במקום להגיש מועמדות לאתר מסנן או לערוך רישום מסודר לאתר חובק-כל-דורש (פייסבוק), הגולש עוקף את המודל החברתי ומשתמש בססמה של אחר.

האם הפעולות הללו מגלמות את יסודות עברת הגנבה כנוסחה דהיום? תשובתי עקיבה לזו שסיפקתי בסעיף הקודם: לא ולא. להבדיל משיתוף הקבצים, שברגיל הוא פעולה מתמשכת (לפי גודל הקובץ המדובר, לתשתית הגלישה והמחשוב וכדומה), "גנבת" הססמה היא פעולה רגעית, של שנייה –

74 דבר מורכב בפני עצמו. קר העמיק חקור באשר לעברה של גישה לא מורשית למחשב והציע כי משתמש ייחשב מי ש"ניגש" למחשב אם שלח פקודה לאותו מחשב שאותה ביצע המחשב: גישה היא כל אינטראקציה מוצלחת עם המחשב. מנגד הציע קר לצמצם את המונח "ללא אישור" בהקשר של גישה לכדי עקיפה באמצעות קוד. כך למשל מי שניחש ססמה ולבסוף הצליח זוכה בגישה לחשבון דואר אלקטרוני אינו מי שניגש ללא אישור, אלא רק מי שניסה לגשת ללא אישור. ראו: Kerr, *Cybercrime's Scope*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 1646–1649, 1664. כן ראו "דיני העונשין גולשים באינטרנט", לעיל ה"ש 1. ראו: White, לעיל ה"ש 72, בעמ' 418.

75 הקוד הפלילי הפדרלי בארצות הברית (18 U.S.C. § 2512(1)(a)) אוסר על אדם לעשות ביוזעין כל אחת מהפעולות האלה: החזקה, שליחה ברואר, איסוף או מכירה של מתקן שעוקף, מפענח או מיירט תקשורת בכבלים, אורליות ואלקטרוניות, במסחר בין-מדינתי. פיענוח טלוויזיה בכבלים או לוויין אסור לפי חוקי ציתות פדרליים ולפי חוק נוסף משנת 1986: Electronic Communications and Privacy Act of 1986 (ECPA). חוק זה דורש כוונה וידע שהשימוש העיקרי של המתקן הוא ליירוט חשאי; אין הוא מבחין בין עבריינים מסחריים ללא מסחריים. ראו: Grimm, Guzzi & Rupp, לעיל ה"ש 26, בעמ' 806.

77 ראו: Shamah, לעיל ה"ש 73, בעמ' 335–336, 357.

78 שאמה כתב כי השאלה מי הקרבן בהקשר של גנבת סמאות היא סבוכה. תיתכן גנבה מצד ראשון, שמזיקה לפרט עצמו, במובן נזק כלכלי או פגיעה בכבוד או בפרטיות, וכן גנבה מצד אחר, כאשר הבעלות על הססמה והחזקה שלה מצויות בידי שתי ישויות שונות, אשר מסבכת את זיהוי הקרבן ואת כימות הנזק. שם, בעמ' 344–348.

השנייה שבה משיגה הגולשת את המידע. היא עשויה להשיג את המידע ממישהי שמחזיקה בו כדין, או ממישהו שאינו מחזיק בו כדין, בין שהם מוכרים לה אישית ובין שלא. תהליך השגת המידע עשוי להיות ארוך יחסית ולכלול מסע דרך מגוועי חיפוש, פורומים ועוד; הוא עשוי לחלופין להיות קצר, דרך קבלה ממכר המחזיק במידע או דרך ניחוש נבון, וכמובן עשוי גם להיות מתוחכם, דרך חדירה לא מורשית לחומר מחשב והשגת המידע באופן זה. אלא שבכל אחת מהדרכים הללו, לטעמי, השגת המידע אינה בחזקת נטילה וודאי שלא בחזקת נשיאה. כמו במקרה שיתוף הקבצים, דבר לא ניטל, באשר התוכן נותר בידי בעל הזכות. להבדיל ממקרה שיתוף הקבצים, אין פה אבדן שליטה בבלעדיות, באשר מלכתחילה התוכן לבש צורה אלקטרונית כחלק ממודל מסחרי.

ברגיל, עדיין, סרט קולנוע אינו "נמכר" בצורה אלקטרונית אלא כתקליטור לצפייה בנגן תקליטורים (DVD). הסרט מוצא את דרכו לרשת האינטרנט לאחר שמישהו שהשיג בו חזקה, כדין או שלא כדין, השתמש בתוכנת מחשב מתאימה כדי להנגישו כקובץ ממוחשב. לעומת זאת כאשר ב"גנבה" של סממאות עסקינים, הגולש מקבל גישה לתוכן שהולבש בכסות אלקטרונית על ידי בעל זכות לכך. אותו גולש סורר אינו "מחרב" את בלעדיות השליטה אלא פוגם בדיוקנות ומצמצם את חדותה. במקום גולש א, ששילם כסף תמורת הגישה, נרשם לפי הדרישה או עמד באמות מידה כדי לזכות בכרטיס כניסה למועדון – נכנסים גולש ב וגולשת ג שלא היו אמורים לעבור בפתח הדלת. ניתן לסבור שצריך להוציאם מהדלת, לבצר את השער, או אפילו להשתמש בכלי של הדין הפלילי.⁷⁹ אלא שאי אפשר לעשות זאת דרך עברת הגנבה. אין פה נטילה, ובוודאי אין פה נשיאה. איני בטוח אפילו שבהכרח יש פה נכס, "דבר הניתן להיגנב".

הססמה מצויה בשימוש כדי לאפשר גישה ממוקדת, מפתח למנעול שפועל לא על בסיס מכני אלא על בסיס מידע. כמו מפתח, שאולי מאותת על זכות אך למעשה כל מי שמחזיק בו הוא בעל יכולת להשתמש בו, כך גם הססמה. אדם יכול להשיג זכות או יכולת גישה, לעבור בדלת או להשתמש בכניסה אחרת שאינה השער הראשי, גם ללא המפתח, ללא ססמה. באופן כללי, לא כל מידע הוא קניין ולא כל השגה לא מורשית של מידע פוגעת בקניין.⁸⁰ כאשר אדם מציף לדירת שכנו הוא עשוי להשיג מידע ללא רשותו של השכן; אותו מידע או אותה הצצה עלולים לגלם פגיעה בבעל המידע, אך פגיעה זו אינה בהכרח קניינית. בדומה לזה, כאשר אדם מחפש מידע על אודות חברו באמצעות מגוועי חיפוש, הוא אינו מבקש את רשותו לכך; גם מגוועי החיפוש אינו מבקש כאמור. אין בכך כל פגיעה מובנית בקניין דווקא.

בהמשך לכך, וכמו בנוגע לשיתוף הקבצים, אי אפשר לומר כי מי שהשיג שלא כדין ססמה עשה זאת "כשמתכוון לשלול את הדבר", כאשר הססמה אינה נשללת מבעליה בעצם הגעתה לאחר. גם

79 שאמה כתב כי הדרך הראשית לעצור גנבת סממאות היא חינוך בדמות מסע תעמולה ציבורי. בנוסף, ניתן להגיש תביעות ממוקדות, כפי שנעשה במקרי שיתוף קבצים. שם, בעמ' 353, 356.

80 אהרוני-גולדנברג כתבה כי בעלות הקניינית של הפרט משתרעת גם על המידע הממוחשב שהפיק ואחסן במחשבו בשל העבודה שהשקיע ביצירת המידע הממוחשב ואחסונו בקניינו הפיזי. היא אף גרסה כי קבצים המפרטים רישום כניסות ויציאות למחשב או רשימת האתרים שבהם גלש מגלמים את הביטוי של עובדות שהן פרי מעשיו, את העשייה המקוונת שלו, ולכן הם חלק מקניינו הפרטי-אישי. הבעלות הקניינית, לדבריה, פירושה זכות שליטה של בעל המידע בגישה למידע. לעיל ה"ש 22, בעמ' 439-440. אני סבור שמדובר בטיעון מרחיק לכת, ולא כל מידע שאני מפיק הוא קנייני, כך בחלל הפיזי וכך גם באינטרנט. בכל מקרה ברור שהטיעון של אהרוני-גולדנברג כוון לשאלות של חדירה שלא כדין ולא לשאלות של גנבה, מה גם שהיא השתמשה בפועל "גנב" באופן אגבי לאורך מאמרה.

היסוד "בלי הסכמת הבעל" עשוי לקבל פרשנות שתצד את העברה, כאשר הבעל הוא גם המחזיק, ומי שמוסר לאדם אחר סממה שהחזיק בה כדין – למשל כדי להיכנס לאתר תוכן בחינם – מסכים בבירור שמקבל הסממה ייכנס לאתר.

בדומה לדברים שכתבתי בנוגע לשיתוף קבצים, גם כעת אחד השינויים בהגדרה שהצעתי לעברת הגנבה מרחיק את השגת הסממה מתחולתה – יסוד הנכס המוחשי. וכמו בנוגע לשיתוף קבצים, שני שינויים שהצעתי מקרבים את השגת הסממה לעברת הגנבה: רק הסכמת הבעל או המחזיק כדין תוציא את השגת הסממה מתחולת עברת הגנבה (בנוגע להשגת סממה דרך האינטרנט, להבדיל מהשגתה דרך מכר), ו"באופן שעלול לפגוע במימוש זכות הקניין של הבעל או המחזיק כדין", רכיב רחב יחסית. בסופו של דבר, גם ההגדרה המוצעת אינה מכסה את ההתנהגות של השגת סממה ללא רשות, בעיקר לנוכח היסוד ההתנהגותי אך גם לנוכח הנסיבה של הנכס המוחשי.

גם מבחינה ערכית, הליבה העבריינית אינה "הנטילה והנשיאה", ההשגה של הסממה, אלא השימוש בסממה, או יותר נכון: מה שהשימוש האמור מאפשר. כאשר גולש משיג סממה לאתר תוכן, השגת הסממה כשלעצמה אינה גורמת כל נזק לבעל האתר. זהו שוני דרמטי כאשר לעברת הגנבה הקלאסית, שבה נטילה ונשיאה של נכס כרוכות באופן טבעי, גם אם בוודאי לא מוחלט, בפגיעה בבעל הנכס. אשר לסממה, דווקא השימוש בה הוא המאפשר נזק. השימוש מאפשר גישה ללא רשות, והגישה ללא רשות מסבה נזק לבעל אתר התוכן בפגיעה במודל העסקי שלו, פגיעה שבהיקף מסוים עשויה להיות קשה. גישה ללא רשות לחשבון דואר אלקטרוני מסבה נזק לבעליו בפגיעה בפרטיותו. וכמובן, אם הדרך להשגת הסממה עוברת בחדירה שלא כדין לחומר מחשב, כי אז הדרך עצמה פוגעת, או עשויה לפגוע, בערך הפרטיות או בערך הסדר הממוחשב. כל אלו אינם קרובים כלל לתשלובת הערכית שמאחורי עברת הגנבה הקלאסית – זכות הקניין והביטחון הקנייני הבסיסי. אין לי אלא לחזור על הטענות שהעליתי בנוגע לפגיעה בתשלובת הערכית כאשר לקניין רוחני: גם בהנחה הלא פשוטה שהפגיעה הערכית ברורה, היא לכל היותר מכסה חלק מסוים בלבד מהרעיון שמאחורי זכות הקניין אך לא את הביטחון הקנייני הבסיסי. "גנבת" סממאות אינה גוררת תחושת חשש מתמיד וחוסר אונים בציבור הרחב ואינה מאיימת על כל פרט, לפחות לא באותו אופן. כאשר השגת הסממאות כרוכה בעקיפת מודל עסקי או חברתי, ודאי שאין פה איום על כל פרט ופרט בחברה הגולשת. כאשר השגת הסממאות נוגעת לגישה לחשבון דואר אלקטרוני או לחברות ברשת חברתית (פייסבוק, טוויטר, מקושרים וכדומה) של הפרט, הליבה הערכית היא של פגיעה בפרטיות ולא בקניין. אז העברה המתאימה אינה גנבה כלל אלא חדירה לחומר מחשב שלא כדין (או עברה חדשה, של "גישה ללא הרשאה"), לצד פגיעה בפרטיות.

2. "גנבת" סודות מסחר ומידע מסחרי

כדברי דויטש, במוקד העניין של המשפט המסחרי מצוי מתח בין ההגנה על תוצרים רוחניים של אדם לבין חופש העיסוק של הכלל. מטרתיהם של דיני סודות המסחר אינן בהכרח גלויות וברורות. ניתן לתאר מטרה מוסרית, שמכוונת לאתיקה מסחרית ולרצון למנוע לקיחה לא הוגנת של פרי השקעתו של אחר וניצול פסול של עמדת השליטה בסוד ממי שקיבל את המידע בזכות אמון בו, או מטרה מכשירנית, של עידוד ההמצאה לטובת הכלל, ומוכן שניתן לחשוב על שילוב מטרת. ⁸¹

81 דויטש, לעיל ה"ש 43, בעמ' 25, 290–297.

"הגנבה הממוחשבת", שעליה נכתב בראשית הפרק, מתרחשת לא אחת דרך חדירה לחומר מחשב שלא כדין. חדירה שכזו עשויה להביא גם להשגת יתרון כלכלי אחר, כמו חשיפת מידע מסחרי באמצעות ריגול תעשייתי.⁸² ניתן לרתום תוכנות שונות לשם השגת מידע כזו. סוס טרויאני למשל הוא סוג של תוכנה ששמה שאול ממלחמת טרויה. היא נחזית כדבר תמים אך עושה דבר אחר, לא רצוי, כמו לשמש רוגלה (spyware), שפועלת בהיחבא, אוספת מידע כמו הקשת מקלדת, תמונות מסך וקבצים, שומרת אותו או שולחת אותו.⁸³ אפשר להביא להתקנת התוכנה במחשב דרך מצג שווא, כמו דיסק הכולל הצעה מסחרית.⁸⁴ אבל בהקשר זה הדרך חשובה פחות: במחשב או באמצעי אחר, אדם משיג גישה לסוד מסחרי שלא כדין. האם הוא גנב?

כדי להציע לחוק דרך להגיב לשינוי הטכנולוגי, בעיקר באשר להפלת התנהגות ממחשבת לא ראויה, בחן אורין קר (Kerr) את ההתנהגות של ניצול ממוחשב (Computer Misuse), על שני פניה: שימוש במחשב ללא אישור או תוך חריגה מהאישור, ומניעת שימוש מאחרים.⁸⁵ הוא סקר את ההיסטוריה של ההעמדה לדין בנוגע למחשבים והראה כיצד, בהיעדר חקיקה הולמת, נאלצו התובעים להעמיד לדין בגין עברות רכוש כמו הסגת גבול, פריצה וגנבה. להבדיל מפריצה ומהסגת גבול, לעתים קרובות העמידו לדין בגין חוקי הגנבה השונים (גנבה, מעילה, המרה, מרמה, מצג שווא) בעידן שלפני החוקים שעניינם גישה לא מורשית למחשב. ההיגיון התקשר להפרת זכויות הנוגעות למחשב. הצדקה זו, כתב קר, יצרה קשיים חמורים בהגדרה של אינטרס קנייני ובוזיהוי של הרכוש שנלקח. חוקי גנבה מניחים קיום של רכוש ברזיהוי, חלקם מגדירים "דבר" שכאשר ניטל – נשלל מהבעל. ניתן להבין זאת היטב בנוגע לרכוש מוחשי: אם מישוהו גונב את אופניי, קל לי לזהות שאופניי נגנבו ונשללו ממני. אותו עיקרון יכול לפעול בעולם הלא מוחשי, על פי הנסיבות. אם יש לי תחנת כוח ומישהו מתחבר לקו האספקה ללא רשותי ומושך חשמל, העברה של גנבה הולמת מאוד. קל לזהות את הרכוש, האלקטרונים שיוצרים את החשמל, ויניקת החשמל מתחנת הכוח בבירור שוללת זאת ממני.⁸⁶ מנגד, בשימוש לרעה במחשב צריך יצירתיות כדי לזהות אינטרס רכושי ולהסיק מה נלקח. ניתן לגרוס שכל היבטי המחשב כוללים פוטנציאל לערך כלכלי ולכן הם בבחינת רכוש. בתי משפט הסיקו שהשימוש במחשב היווה קניין, והנתונים שנצפו תוך שימוש במחשב היוו קניין גם הם, וכך גם הנתונים המאוחסנים במחשב, ואפילו הסמטה ששלטה בגישה למחשב. עם זאת אין די בוזיהוי האינטרס הרכושי. הקושי האמתי היה להסביר כיצד השימוש במחשב שלל מאחר את אותו רכוש. אין זה קשה כאשר

82 למניעה המגוונים של עברת החדירה למחשב ראו אהרונ-גולדנברג, לעיל ה"ש 22, בעמ' 430–431, 435.
 83 ראו: Robert Slade, *Computer Viruses and Worms*, in THE HANDBOOK OF COMPUTER NETWORKS – KEY CONCEPTS, DATA TRANSMISSION, AND DIGITAL AND OPTICAL NETWORKS KS 440, 443 (Hossein SALOMON; Bigdoli editor-in-chief, vol. 3, 2008), לעיל ה"ש 72, בעמ' 36, 113, 221.
 84 ראו למשל את הסיפור שהתפרסם בישראל בשם "פרשת הסוס הטרויאני" ולבש ביטוי בפסיקה מגוונת, הנוגעת לדיני המעצר: בש"פ 7368/05 זלוטובסקי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.9.2005); להאזנת סתר וצווי חיפוש: ת"פ (מחוזי ת"א) 40206/05 מדינת ישראל נ' פילוסוף (פורסם בנבו, 5.2.2007); וכמובן לענישה: ת"פ (מחוזי ת"א) 40061/06 מדינת ישראל נ' האפרתי (פורסם בנבו, 27.3.2006).
 85 ראו: Kerr, *Cybercrime's Scope*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 1601, 1604.
 86 המחוקק הישראלי לא סמך על ההיגיון הזה והפליל במפורש ובנפרד נטילת חשמל, מים או גז בסעיף 400, כפי שתואר בפרקים הקודמים. קר ציין שיש מדינות שיצרו עברה עצמאית של גנבת חשמל. ראו: שם, בעמ' 1609. סמית', שהתייחס למצב המשפטי בבריטניה, כתב כי נטילה לא ישרה של חשמל אינה נחשבת לגנבה משום שחשמל הוא צורת אנרגייה ולא דבר פיזי. סעיף מיוחד מכסה שימוש בחשמל ללא כוונה לשלם עליו, או עקיפת המונה או שינויו. ראו: SMITH, לעיל ה"ש 3, בעמ' 375–376.

השימוש לרעה במחשב שולל שימוש במחשב מאחרים, כמו בהתקפת מניעת שירות (denial of service), שהיא צורת התנהגות שבאה לשתק פעולת מחשב מסוים דרך הצפתו בפניות עד שאינו מסוגל למלא את תפקידו. בתי המשפט היו מגיעים למסקנה לאור התוצאות: כאשר השימוש לרעה במחשב גרם נזק לקרבן, נטו בתי המשפט להסיק שהקניין ניטל והרשיעו את הנאשם. כאשר לא נגרם נזק בר-זיהוי, נטו בתי המשפט להסיק שלא ניטל קניין ולכן לא בוצעה עברה. ההנמקה הייתה כזו: כשאדם ניזוק הוא מאבד דבר ערך; כשהוא מאבד דבר ערך, נשלל ממנו קניין. בכל המקרים הענישו בתי המשפט בשל שימוש לרעה במחשב שהוביל לנזק ברור וזיכו כשהוא לא הוביל לנזק כזה.⁸⁷

כך למשל בפרשת *Seidlitz*, שעניינה עובד לשעבר של קבלן צבאי שהשתמש בסממה שהושגה שלא כדין כדי להתחבר לרשת החברה ולהוריד תוכנה יקרה. התנהגותו לא שללה מהקבלן הצבאי את עותק התוכנה שלו; הוא פשוט העתיק את התוכנה והותיר את המקור כמות שהוא. קר כתב כי הדבר פגע באינטרסים כלכליים של הקבלן הצבאי, אך לא היה ברור כיצד שלל הדבר מהחברה את רכושה ולכן לא יכול להיות גנבה. הנזק לחברה היה ברור: התוכנה הייתה יתרון כלכלי ראשי של החברה, ונראָה שהעובד רצה להשיג את התוכנה כדי לקדם עסק מתחרה משלו. לאחר שהסיק שהתוכנה היא רכוש, הרשיע בית המשפט את הנאשם במרמה אלקטרונית (wire fraud).⁸⁸

מנגד, פרשת *Czubinski* עסקה בעובד מס הכנסה שגלש בארכיב מס הכנסה מסיבות אישיות, כדי לספק את סקרנותו, בלי שהדבר הוביל לנזק למס הכנסה. בית המשפט הפך את ההרשעה בכתבו שכדי לשלול אינטרס ברכוש לא מוחשי, נדרש נזק בר-זיהוי ממעשי הנאשם, או כוונת רווח כלשהי מצד מי שניגש למידע. הנאשם לא שלל מהממשלה כל קניין.⁸⁹

קר ביקר את הגישה האמורה וכתב שתוצאותיה הושגו באמצעות פיקציה משפטית לא צפויה וללא הדרכה מראש. עברת הגנבה הפכה לחוק של נזק, והאחריות הייתה תלויה בהערכה בדיעבד אם הנזקים שנגרמו מהשימוש לרעה נחשבו גנבה.⁹⁰

ומה אצלנו? החוק הישראלי העוסק במישרין בסוגיה הוא חוק עוולות מסחריות, התשנ"ט–1999. סעיף 5 לחוק מגדיר "סוד מסחרי": "מידע עסקי, מכל סוג, שאינו נחלת הרבים ושאינו ניתן לגילוי כדין בנקל על-ידי אחרים, אשר סודיותו מקנה לבעליו יתרון עסקי על פני מתחריו, ובלבד שבעליו נוקט אמצעים סבירים לשמור על סודיותו". סעיף 6 לחוק עוסק ב"גזול סוד מסחרי" ומגולל כמה חלופות, לרבות נטילת סוד מסחרי ללא הסכמת בעליו באמצעים פסולים או שימוש בסוד על ידי הנוטל, שימוש בסוד מסחרי בניגוד לחיוב חוזי או לחובת אמון ועוד. דויטש ציין כי מונח ה"נטילה" בסעיף 6 לחוק נבחר חרף ערנות לבעייתיות בו: הידיעה על סוד מסחרי ניתנת ל"שכפול" במובן שהסוד יהיה אצל שניים בעת ובעונה אחת. "נטילה" של סוד מסחרי אינה שוללת את האובייקט מבעליו אלא מוסיפה עוד אדם שיוודע. לכן, כתב דויטש, נראה שלא תחול עברת הגנבה. דויטש כתב כי המונח "נטילה" נבחר לחוק עוולות מסחריות בהיותו בהיר יחסית: מצב של השגת המידע באופן לא רצוני מבחינת הבעלים, בלי קשר למקור שממנו נשאב המידע.⁹¹

87 ראו: Kerr, *Cybercrime's Scope*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 1605–1613.

88 קר הפנה לכאן: *United States v. Seidlitz*, 589 F.2d 152, 155, 160 (4th Cir. 1978).

89 קר הפנה לכאן: *United States v. Czubinski*, 106 F.3d 1069, 1074, 1076 (1st Cir. 1997).

90 ראו: Kerr, *Cybercrime's Scope*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 1613.

91 דויטש, לעיל ה"ש 43, בעמ' 662–663.

אני סבור שהשימוש במונח זה אינו מלמד כשלעצמו על פוטנציאל התחולה של עברת הגנבה: מי שמשגי אינו בהכרח נוטל, ומסופקני אם השפה סובלת מצב שבו מי שראה ושינן הוא בגדר "נוטל"⁹², ומכל מקום, גם מי שנוטל אינו בהכרח שולל או מתכוון לשלול.

סעיף 7 לחוק קובע מקרים שונים שבהם לא תוטל אחריות במקרה של פגיעה בסוד מסחרי, לרבות סוד שנרכש במהלך העבודה אצל בעל הסוד והפך לכישור מקצועי, וסוד שתקנת הציבור מצדיקה את השימוש בו. סעיף 11 לחוק קובע כי פגיעה לא מותרת בסוד מסחרי (כמו גם סוגי התנהגות נוספים) היא עוולה בניזיקין. דהיינו, כמו בעניין שיתוף קבצים, ואף ביתר שאת, דבר המחוקק (שאינו עדכני מאוד במונחי אינטרנט אך מנגד אינו ישן-נושן, שכן מדובר בשנת 1999) מלמד כי התרופה הראויה בעיניו להפרת סוד מסחרי מצויה במישור הנזיקי ולא בזה הפלילי. ההתייחסות הקונקרטיית לתופעה זו בחוק, בדומה להתייחסות בחוק קונקרטי להפרת זכות יוצרים ובשונה מהתייחסות חקיקתית קונקרטיית לגנבת מידע, מלמדת כי לגישת המחוקק, סוג התנהגות זה אמנם פסול, אך אינו פלילי.⁹³

אגב, מעניין כי גם סעיף 1 לחוק עוולות מסחריות, שכותרתו נושאת את המילה "גנבה" ("גנבת עין"), אינו מכון לגנבה הקלאסית, ולגישת המחוקק אינו מצריך תגובה פלילית. הגנבה המדוברת היא, כמו במקרים אחרים שנסקרים בפרק זה, מטפורית ותו לא. אי אפשר לגנוב עין, או יותר נכון אי אפשר לגנוב מבט; מנגד, עוסק יכול בהחלט לגרום "שנכס שהוא מוכר או שירות שהוא נותן, ייחשבו בטעות כנכס או כשירות של עוסק אחר או כנכס או כשירות שיש להם קשר לעוסק אחר", כלשון סעיף 1(א) לחוק, וזאת מן הסתם כדי להשיג רווח מסחרי כלשהו על חשבוננו של אחר.⁹⁴ השימוש במטפורה זו מזכיר לנו שאנו קרובים-רחוקים לגנבה האמתית. קרובים, כי משהו מזכיר את הגנבה, נטילה כלשהי, פגיעה קניינית כשלהי באחר, והמחוקק אפילו השתמש בלשון "נטילה" בסעיף 6; רחוקים, כי אין זו

92 דויטש ציין באשר לסוד מסחרי כי אין הכרח שהנטילה תהיה מוחשית – די בזכירה. זאת להבדיל מפקודת הנוזיקין, שבה העוולות הרכושיות דורשות נטילה פיזית. אין צורך בשלילת המידע, ודי בשלילת השליטה במידע. שם, בעמ' 682.

93 המצב שונה בארצות הברית. החוק הפדרלי הראשון אשר עסק במישרין בגנבה של סוד מסחרי התקבל בשנת 1996: 18 U.S.C. §§ 1831–1839 (E.E.A.). החוק אפשר תביעה פלילית וסנקציות אזרחיות נגד גנבי סודות מסחר והציג שתי עברות בגין גנבת סוד מסחר. הראשונה היא ריגול תעשייתי (economic espionage), כשהגנבה מועילה לממשלה זרה. עברה זו כוללת סנקציות גדולות מהשנייה, שעניינה גנבה של סודות מסחר, ועניינה תועלת לכל אדם שאינו הבעלים, עברה כללית יותר וישימה במחלוקות חיצוניות למדינה או פנימיות. החוק מגן על כל הצורות והסוגים של מידע עסקי, מדעי, טכני, כלכלי או הנדסי: 18 U.S.C. § 1839 (2006). החוק כופה שתי דרישות כדי שמידע ייחשב סוד מסחרי: בעל הקניין חייב לנקוט אמצעים סבירים לשמור את הסוד הקנייני, ועל המידע לכלול ערך עצמאי כלכלי, אקטואלי או פוטנציאלי מכך שלא יהיה בידיעת הכלל: 18 U.S.C. § 1839(3)(b). החוק מכסה מידע שנגנב בדרך אלקטרונית או שונן אך לא העברת ידע כללי או כישורים שנלמדו בעסק כאשר עובד עוזב לחברה אחרת. רוב התביעות הפליליות לפי החוק האמור היו של גנבה מקומית של סודות מסחר, אך היו גם מקרים של נאשמים זרים. כמו בעניין זכויות יוצרים, גם כאן החוק הפלילי שואב את ההגנות מהדין האזרחי: פיתוח עצמאי, הנדסה הפוכה והיעדר סודיות. ראו: Grimm, Guzzi & Rupp, לעיל ה"ש 26, בעמ' 764–770.

94 גם הערך המוגן בה אינו דומה לזה המוגן בעברת הגנבה. לא מזמן כתבה השופטת פרוקצ'יה כי הערך המוגן בעוולת גנבת העין מתקשר לזכות שרכש אדם במוניטין של עסקו. עוולה זו באה לאפשר לו לשמור על תדמית המוצר החיובית, בעיני הציבור ככלל ובעיני ציבור הלקוחות הפוטנציאליים בפרט, מפני מצג שווא. הערך המוגן מתקשר לאינטרס הקנייני של העוסק, להבדיל מזה של ציבור הצרכנים. ראו ע"א World ORT 5207/08 נ' אורט ישראל, פס" 16 ו-22 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 1.2.2011).

נטילה ממשית אלא מטפורית, אין עמה נשיאה ואין עמה כוונה הכרחית לשלילת קבע. יסודות עברת הגנבה הקלאסית אינם מתמלאים. גם התשלובת הערכית המוגנת אינה זהה. ההגנה המשפטית על סוד מסחרי באה, בדומה להגנה המשפטית על זכויות יוצרים, כדי לעודד פיתוח מסחרי ואולי אתיקה מסחרית. היא אינה נוגעת לביטחון הקנייני הבסיסי.

ה. "גנבת" זהות

"גנבת" זהות, כמו מרבית סוגי ההתנהגות המתוארים בפרק זה, אינה תופעה חדשה. בתנ"ך היא מופיעה כבר בספר בראשית כ"ז, עת יעקב מתחזה לאחיו עשיו בפני אביו העיוור כדי "לגנוב" את ברכתו. לא קשה לחשוב על מקרים נוספים של התחזות. האם התחזות לאדם אחר היא גנבה? לפני כמה שנים נכתב כי "גנבת זהות" היא הפשע בעל שיעור הצמיחה הגבוה ביותר בארצות הברית. מדובר בהשגת מידע זהות כמו שם, תאריך לידה, מספר ביטוח לאומי, מספר כרטיסי אשראי או כל מידע מזהה אישי אחר, וזאת כדי לקחת הלוואות בשם הקרבן, לגנוב כסף מחשבונותיו, להשיג שלא כדין רישיונות או אישורי כניסה (גם למטרות ביטחוניות) או עבודה, לפגוע באחרים, לחמוק מהחוק בגין הסתבכות קודמת או לטשטש עקבות של פשע מתוכנן ולהשחיר פני אחר (Criminal record Identity Theft). ברור שגם בעבר היה אדם יכול ליטול כרטיס אשראי של אחרים ולזייף מכתבים בשמם, אך כיום הדבר נראה קל יותר.⁹⁵ הטכנולוגיה בכלל והאינטרנט בפרט הפכו את סוג ההתנהגות האמור לנגיש מאוד. האינטרנט אף מקל על "גנבי זהות" לשתף פעולה עם מגוון רחב של פושעים אחרים, מאפשר להם להגיע לאלפי קרבנות ברגעים ספורים בזמנית ולהפחית מהסיכונים הכרוכים במעשה זה בעולם הפיזי.⁹⁶ בחלל הפיזי איסוף המידע היה מתבצע למשל באמצעות חיטוט בפח האשפה, בדואר או בטלפון, שמטרתו "לאמת" פרטי זיהוי. התפתחות טכנולוגיית המחשב הקלה השגת מידע אישי, למשל באמצעות חדירה למאגר נתונים, למחשב אישי או למערכת מחשב של תאגיד. כל

95 ראו: Michael W. Perl, *It's not Always about the Money: Why the State Identity Theft Law Fail to Adequately Address Criminal Record Identity Theft*, 94 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 169, 170, 172–173, 175, 177–179 (2003); Katyal, *Criminal Law in Cyberspace*; 173, 175, 177–179 (2003). בעמ' 1027. סטיל כתב כי באופן גס, פשעי זהות ניתנים לתיאור כפשעים שבמידה מסוימת מתאפשרים באמצעות שימוש בזהות שאינה של המבצע. הנפוץ ביותר הוא של מרמה, כשהמבצע משתמש בזהות חלופית כדי להשיג את מטרותיו. לפי המשגה זו, גנבת זהות לעתים קרובות מתארת מעשה של השגת מידע אישי מזהה של צד שלישי כדי להשתמש בו כזהות חלופית בביצוע עברה. הגדרה רחבה יותר תכלול כל ביצוע פשע בזהות חלופית. ראו: Alex Steel, *The True Identity of Identity Crime: A Measured Response or an Unjustified Status Offence?*, 33 UNSW L.J. 503, 504 (2010).

96 ראו: Lauren L. Sullins, "Phishing" for a Solution: Domestic and International Approaches to Decreasing Online Identity Theft, 20 EMORY INT'L L. REV. 397, 405, 412 (2006). סטיל הדגיש כי פשעי זהות אינם דבר חדש, וכי מרבית ההונאות כרוכות בתמרון זהות כלשהו, דרך מילים או התנהגות. מנגד, יש הסכמה כללית שהתפשטות הדואר האלקטרוני והאינטרנט אפשרה ביצוע של פשעי זהות בסקאלה שעד כה איש לא דמיין. אפשר להגיע בקלות להרבה מאוד תאי דואר אלקטרוני ברחבי העולם, ומעשה אחד יכול לייצר תקשורת מרובה מאוד בעלות מזערית. אין עוד צורך בבול לכל מכתב; דרושה רק רשימת תפוצה. הוא הוסיף ופירט סיבות להסביר מדוע האינטרנט מקל את התופעה של גנבת זהות. ראו: Steel, *The True Identity of Identity Crime*, לעיל ה"ש 95, בעמ' 504–506.

הפעולות הללו ניתנות לביצוע בנוחות מהבית, מהמשרד, מהספרייה הציבורית וכדומה.⁹⁷ בנוסף, נראה לי כי האינטרנט תרם לתופעה בקלות שבה ניתן לאסוף מידע על אחר מצד אחד ולייצר תמונה שלו מצד אחר. על הקלות של איסוף המידע בעידן המידע אין צורך להכביר מילים.⁹⁸ ייצור תוכן אישי-עצמאי הוא אחד מסימני ההיכר של האינטרנט, המבדל אותו ממדיה קודמת. מנועי חיפוש מוסיפים חלק חשוב בתצורה בהנגשת החומר בקלות ובחינם. משלימים את התמונה שחקנים נוספים המאפשרים או מקלים על חלק חשוב נוסף בתהליך "גנבת הזהות" – ההתחזות. אין קל מלפתוח חשבון משתמש חדש ברשת חברתית או בשירות דואר אלקטרוני בשם של אחר; אין נדרשים מאמץ וכסף אלא רק מילוי פרטים מועטים וללא הוכחת זהות. פלטפורמות כלכליות רבות דורשות מידע מוגבל לשם רכישה. וכך, הנוק הכלכלי המקושר כיום לסוג זה של התנהגות הוא גבוה ביותר ומסתכם במיליארדי דולרים בשנה. ההתנהגות נחשבת קלה יחסית לביצוע ורווחית מאוד, בעיקר אם רותמים כלי חינמי והמוני בפוטנצייה, כמו דואר אלקטרוני, בדרך לפיתוי הקרבנות.⁹⁹

השימוש בזהות הבדויה עשוי להיות מכוון כלפי נמען מסוים או כלפי ציבור לא מסוים, למשל מה שימושי "דיוג" (phishing) מערב "הנדסה חברתית". דיוג עשוי להתמקד בהשגת סממאות לחשבונות בנק ובהפניה לאתר שנראה כמו הבנק באמצעות הדואר האלקטרוני. הוא כרוך בדרך כלל בשליחת הודעה מצד גורם הנחזה להיות גורם מוכר – למשל בנק – המתאר בעיה כלשהי בחשבוננו של הלקוח, ולעתים גם מאיים בהשעיית החשבון או בהשלכות לא רצויות אחרות אם הנמען לא יפעל במהרה. הנמען מקליק על קישור ומגיע לאתר מזויף הנדמה לגיטימי. כשהמשתמש מקליד את פרטיו, הוא למעשה שולח אותם למתמך חברתי, שאף יכול להסיר את חשדו של המשתמש בכך שהוא כותב "ססמה שגויה" ואז מפנה אותו לאתר האמיתי, שם יתחבר בלי לחשוד ולהבין מה קרה ולמהר לשנות ססמה או לפנות לגורמים אחראים. בהמשך משתמש ה"דיוג" במידע לצורכי רכישת פריטים או משיכת כספים, או אפילו מוכר את המידע בשוק השחור.¹⁰⁰

בטרם אגיע לניתוח של "גנבת זהות" לפי יסודות עברת הגנבה הקלאסית ועריכה, אבחן מה אומר החוק הישראלי בעניין התופעה האמורה. אין בחוק העונשין עברה שזו כותרתה. סעיף 283 לחוק העונשין קובע עברה של התחזות כעובד הציבור בקשר לפעולה כלשהי שאמורה להתבצע בנוכחותו או על ידיו. סימן ז' (הונאה) לפרק י"א (עברות רכוש) בחוק העונשין נראה רלוונטי. סעיף 441 הוא עברת האם של ההתחזות – "התחזות כאדם אחר". הוא קובע תצורה בסיסית של עברה: "המתייצג ככזב

97 ראו: Perl, לעיל ה"ש 95, בעמ' 173.

98 ראו למשל את המקרה של תלמה ארנולד: www.nytimes.com/2006/08/09/technology/09aol.html.

99 ראו: Sullins, לעיל ה"ש 96, בעמ' 398.

100 מידע רב נגיש במקורות מקוונים. מנוע חיפוש יכול לחשוף פרטים על אינטרסים, יחסים, הרגלים, נטייה פוליטית ועוד, וכך יכול להיות כלי חזק לאיסוף מידע הרלוונטי להנדסה חברתית: ניצול החוליה החלשה בשרשרת האבטחה של ארגון, הונאת אנשים כדי שיגלו מידע פרטי או סודי או יספקו גישה לזרים, האקרים (פצחנים) או קראקרים (פרצנים). ראו: Benjamin Böck, *Social Engineering, in THE HANDBOOK OF COMPUTER NETWORKS – KEY CONCEPTS, DATA TRANSMISSION, AND DIGITAL AND OPTICAL NETWORKS* – KEY CONCEPTS, DATA TRANSMISSION, AND DIGITAL AND OPTICAL NETWORKS, Sullins; NETWORKS 384, 384–392 (Hossein Bigdoli editor-in-chief, vol. 3, 2008), לעיל ה"ש 96, בעמ' 397–402. וכך עולה בבירור החשיבות של חינוך הצרכנים בהקשר זה. ראו שם, בעמ' 405. מובן שיש שיטות נוספות של הנדסה חברתית. הנדסה חברתית הפוכה (reverse social engineering) נחשבת מתקדמת יותר והיא כוללת גרימת בעיה על ידי קראקרים לרשת או למערכת מחשב, ואז הקראקר דואג להיות זמין לקרבן כדי לתקן את הבעיה, ובכך זוכה באמונו ויכול להשיג מידע. ראו: Böck, שם, בעמ' 393.

כאדם אחר, חי או מת, בכוונה להונות, דינו – מאסר שלוש שנים” וכן תצורה מיוחדת שלה: “המתייצג כאדם הזכאי על פי צוואה או על פי דין לנכס פלוני והוא עושה זאת כדי להשיג את הנכס או את החזקתו, דינו – מאסר חמש שנים”. עברות עוקבות עניינן הודיה כוזבת בהתייבבות (סעיף 442), התחזות כבעל תעודה (443) והתחזות כבעל תעודת אופי לא שלו (445).

על אלו יש להוסיף את חוק הגנת הפרטיות, התשמ”א–1981. סעיף 2 לו מגדיר פגיעה בפרטיות בין היתר ככילוש או התחקות אחרי אדם, העלולים להטרידו, או הטרדה אחרת (סעיף קטן (1)), כפרסום תצלומו של אדם ברבים בנסיבות שבהן עלול הפרסום להשפילו או לבזותו (סעיף קטן (4)) וכשימוש בשמו של אדם, בכינויו, בתמונתו או בקולו לשם רווח (סעיף קטן (6)). סעיף 5 לחוק קובע עברה פלילית בגין פגיעה בפרטיות במזיד, ואילו סעיף 3 לחוק קובע “אדם” לעניין סעיף 2, למעט תאגיד. חקיקה רלוונטית נוספת בהקשר זה היא חוק איסור לשון הרע, התשכ”ה–1965. החוק מגדיר בסעיף 1 לשון הרע כדבר שפרסומו עלול “להשפיל אדם בעיני הבריות או לעשותו מטרה לשנאה, לבוז או ללעג מצדם, לבזות אדם בשל מעשים, התנהגות או תכונות המיוחסים לו” ועוד, וסעיף 6 מגדיר פרסום לשון הרע: עברה שדינה מאסר שנה, ובלבד שנעשה בכוונה לפגוע, לשני בני אדם או יותר זולת הנפגע. האם משהו מהסעיפים האמורים מכסה את מה שתואר קודם כ”גנבת זהות”? הדבר תלוי בהגדרת התנהגות זו. אם היא מכסה את החלק של איסוף המידע בלבד, היא עשויה לגבש עברה של פגיעה בפרטיות, אך לא תמיד תעשה כן בשל אי-התקיימות הכרחית של היסוד “העלולים להטרידו”. אם “גנבת זהות” פירושה החלק של ההתחזות, הרי שלכאורה סעיף 441 האמור עשוי לכסותה, באשר רכיב הכוונה המיוחדת המופיע בסעיף, “בכוונה להונות”, עשוי לקבל פרשנות רחבה מאוד, ואך טבעי שמי שמשקר עושה כן כדי להונות – ליצור מצג שווא שעליו יסתמך אדם אחר. חוק הגנת הפרטיות עשוי אף הוא לכסות כאמור, לפחות במקרים שבהם ההתחזות באה למטרת רווח. אם גם התוצאה של “גנבת הזהות” נכללת במונח זה, הרי שביטוי מסוים שנאמר בשמו של אדם או פרסום תצלומו בנסיבות מסוימות יכוסו בסעיפים המופיעים בחוק איסור לשון הרע ובחוק הגנת הפרטיות.

המורכבות של תופעת “גנבת הזהות” והתאמת חלקים ממנה לסעיפי החוק האמורים מרמזות שגם הפעם אין מדובר בגנבה כלל ועיקר, הן מבחינת יסודות העברה והן מבחינת התשלובת הערכית. מבחינת היסודות, כאשר ג מציג עצמו בפני א כאילו הוא ב, הוא עשוי לפגוע הן ב-א והן ב-ב, אך במצג השווא כשלעצמו אין הוא נוטל מאיש מהם דבר, וודאי שאינו נושא דבר. הצגה כוזבת, בין שהיא כוללת אמירת שם ובין שהיא כוללת תחפושת ומסכות, אינה נטילה, למעט אם הנטילה היא מטפורית. גם אם אדם “נושא את שמו בגאווה”, או במקרה הזה את שמו של אחר, הנשיאה האמורה היא מטפורית, והצגת זהות איננה נשיאה, או לכל הפחות אינה הנשיאה המסתמנת בסעיף 383 לחוק העונשין. וגם במקרה זה קשה מאוד לדבר על כוונה לשלול את הדבר מבעלו שלילת קבע: הזהות שאדם עוטה (מטפורית) על עצמו לרגע אינה הופכת לשלו, ואף אם הדבר כרוך בפגיעה בכבודו ובשמו ובפרטיותו של אחר, ואף אם הדבר כרוך בפגיעה בקניינה של אחרת, קשה מאוד לגבש כוונה לשלילת קבע בלי שהשקרן המתחזה נקט אמצעים שיביאו לאברן הזהות אצל הבעל.¹⁰¹

101 סטיל כתב כי העברות שנוצרו באוסטרליה הנוגעות לגנבת זהות מתוארות לעתים קרובות כגנבה, אך למעשה אין בהן יסודות מעברת הגנבה. לדידו, האנלוגיה אינה הולמת. הוא הטעים כי עברת הגנבה במשפט המקובל הוגבלה לרכוש מוחשי, עברה שהניחה שהרכוש ניתן להחזקה על ידי אדם אחד בלבד בנקודת זמן אחת, ושכל שימוש ברכוש היה בשליטה בלעדית של הקרבן. לגישתו, הדבר מבהיר את המלאכותיות של תיוג ניצול לרעה של זהות בתור “גנבה”, משום שהניצול הזה אינו חייב לערב רכוש

גם תשלובת הערכים המוגנים מאחורי "גנבת זהות" אינה חופפת את זו שמאחורי הגנבה הקלאסית. הפללת "גנבת זהות" עשויה לכוון להגנה על ערכים כמו שם טוב, פרטיות, כבוד וקניין של מי שזהותו "נגנבה". במקרים אחרים ההפללה עשויה לכוון לערכים כמו האוטונומיה של מי שכלפיו מוצגת הזהות השקרית. האוטונומיה הזו עשויה להתקשר לקניין כאשר הזהות השקרית היא חלק ממהלך עסקי, ועשויה להתקשר גם לערכים אחרים, למשל כאשר הזהות השקרית באה להשיג יתרון חברתי. לא אבקש להכריע, במסגרת חיבור זה, אם נדרשת עברה עצמאית ונפרדת של "גנבת זהות",¹⁰² או אפילו יותר מעברה אחת כזו, על פי התשלובת הערכית, אך אציין שאני נוטה להשיב בחיוב. יתרונותיה של עברה כזו יהיו בסימון מדויק של תופעה חברתית שלילית המצויה במגמת עלייה. סימון כאמור נכון לחברה והוגן גם לעבריינין. הוא נכון לחברה במובן שהוא מאותת בחדות על הסכנה הנובעת מהעבריינין במקום לנסות ולתפור לו חליפה מכמה חלקים וחוקים שונים שהוזכרו קודם. הוא הוגן לעבריינין במובן שהוא מדביק תווית אחת מדויקת במקום לפנות לשלל תוויות שמתקשות לתחום במדויק את מעשהו. בין שתקום עברה חדשה כזו ובין שלא, ברור כי התשלובת הערכית העומדת מאחוריה אינה חופפת את זו של הגנבה הקלאסית, שברגיל אינה באה להגן על שם טוב, פרטיות, כבוד ואוטונומיה. גם הערך המוגן הדומה של חוסר אמון שנפגע הן בגין "גנבת זהות" והן בגין "הגנבה הקלאסית" שונה אם נתבונן בו במבט חד מספיק. "גנבת זהות" מייצרת חוסר אמון בתקשורת שמטרתה חברתית, כלכלית או אחרת. ואילו מהגנבה הקלאסית עולה חוסר אמון שונה, חוסר אמון כללי של אדם בסביבתו באשר לנכסיו, צורך של אדם לפקח על נכסיו בכל עת.

אם כן, גם "גנבת זהות", כמו יתר סוגי ההתנהגות שתוארו בפרק זה, איננה "גנבה" בגופה או ברוחה. היא גנבה רק בלשונה. גנבה מטפורית.

הנשלט בלעדית על ידי הקרבן. ברוב המקרים אין הסרה או שלילה של החומר אלא דווקא העתקה. קרבן של גנבת זהות אינו מאבד דבר כשהותו נלקחת (בה"ש 57 הדגיש סטיל כי ודאי שרווחתו ופרטיותו נפגעות). כל אבדן שקורה נוגע לשימוש הלא לגיטימי בזהות המועתקת. למעשה, רכיבי הזהות של הקרבן ממילא אינם נשלטים בלעדית על ידיו, ואפשר שיהיו ברשות גורמים שונים, כמו מעביד. גנבה תמיד הוגבלה לרכוש, ולא תמיד מידע הוא צורת רכוש, למעט כשהוא מוכל בתוך צורות מסוימות שהוגדרו בחקיקה, כמו פטנטים וזכויות יוצרים. סטיל מצא קשיים לא מבוטלים בחיפוש בסיס משפטי להפללת ידע או שליטה במידע. הוא הסביר שבהחזקה מובנית היכולת לאבד את ההחזקה בגלל אחר שנוטל שליטה בלעדית בפריט בזמן כלשהו. עברת הגנבה בוססה על רעיון זה, שאינו ישים בעניין מידע: אי אפשר לשלול מידע מאדם בלי גרימת שיכחון (אמנזיה). גם אי אפשר להיפטר ממנו באותו אופן – להחליט לשכוח אותו. סטיל מצא שהעברות האוסטרליות של גנבת זהות שונות מגנבה: הן עברות של פליליות לא גלויה, פליליות שמונחת כולה ביסודות הנפשיים של הפשע. ראו: Steel, *The True Identity of Identity Crime*, לעיל ה"ש 95, בעמ' 512–513, 516, 525.

102 לסקירת חקיקה אמריקנית פדרלית ומדינתית בנושא "גנבת זהות" ראו: Perl, לעיל ה"ש 95, בעמ' 181–192. כן ראו את החוק הפדרלי המעודכן: Identity Theft Enforcement and Restitution Act 2008. לניתוח עדכני של מקורות הבעיה של גנבת זהות ולהצעת דרכי טיפול בבעיה, שאינן נוגעות לפרשנות עברת הגנבה הרגילה, ראו: Chris Jay Hoofnagle, *Internalizing Identity Theft*, 2010 UCLA J.L. & Tech. 1. (2010).

ו. "גנבה" ספרותית

‘ואמר רבי אלעזר: ‘אמר רבי חנינא כל האומר דבר בשם אומרו מביא גאולה לעולם
שנאמר: ותאמר אסתר למלך בשם מרדכי” (מגילה טו א).

“פלאגיאט” מוגדר במילון אבן שושן “גנבה ספרותית, מעשהו של מי שנוטל ומדפיס יצירת סופר אחר או חלק ממנה ומשייכה לעצמו”. אך מובן כי אין כל הכרח לבחון רק את השיוך הספרותי, להבדיל מהשיוך האמנותי, הקולנועי וכדומה. התנהגות זו היא האחרונה שתיבחן בחיבור זה. כפי שראינו, מטפורות רבות עולות באשר לגנבה. מטפורה היא כלי לשוני וספרותי בעל חשיבות רבה. האם גם “גנבה ספרותית” אינה אלא מטפורה?

לפני שאנסה להשיב, אתייחס בקצרה לנחיצות הדיון בסוגיה זו בחיבור הטר אחר הצורך בשינוי נוסח עברת הגנבה בחיים המודרניים. “גנבה ספרותית” אינה תופעה חדשה, כמובן.¹⁰³ ואולם, כדברי סטיוארט גרין (Green), מלומד המשפט הפלילי, דומה שהיא מצויה כעת במגמת עלייה ורווחת בקרב היסטוריונים, סטודנטים, פרופסורים, מנהלנים, מדענים, ביוגרפים, סופרים, משוררים, עיתונאים, סופרי בישול, תסריטאים, מתרגמים, אנשי כמורה, מתמטיקאים, כלכלנים, עורכי דין, מעצבי אפנה ואחרים. אפשר שהמגמה קשורה לזמינות החומרים מחד גיסא ולקלות ההעתקה, במיוחד בשל תכונת ה”גזור והדבק”, מאידך גיסא. בתי עסק מקוונים רבים מתמחים במתן מקורות העתקה לכל דורש.¹⁰⁴ אכן, בעידן דהיום קל מאוד להעתיק, אולי קל מתמיד, בשל ריבוי המקורות, נגישותם וחופשיותם. האינטרנט מקל מאוד את חופש הביטוי של דוברים רבים יותר, גם אם הם לא בהכרח יצליחו למצוא קהל גדול, ואינו מקל את ההסדרה שלהם.¹⁰⁵ מנועי החיפוש של חומרים אקדמיים נהיו משוכללים וידידותיים יותר למשתמשת. כמויות החומר שמופקות בכל שדה אקדמי הן עצומות, ולכן אף הקורא המתעניין, ככל שיש כזה, יגיע רק לחלק קטן מהחומר. במובן זה, יכולתו של הקורא לתרום לפיקוח על הגנבה הספרותית באמצעות “מעקב טבעי” מוגבלת. על כך יש להוסיף את השפה: במקרה שישיראלי הדובר את השפה הסינית מעתיק תוכן ממאמר משפטי חדש או ישן שנכתב בסין בלי לייחסו לכותב – ניתן להניח שאיש לא ידע על מעשהו. ונוסף על כל אלו, הכתיבה האקדמית בשדה אחד אינה בהכרח מהדהדת בשדה מקביל, גם אם התופעה הנחקרת זהה לחלוטין. כהכללה, משפטנים נוטים לקרוא ולצטט משפטנים, סוציולוגים נוהגים לקרוא כתיבה סוציולוגית, וכלכלנים נוהגים לקרוא ספרות כלכלית, גם בשעה שכל אלו חוקרים אותה תופעה – זנות, הימורים ועוד ועוד. בעולם של היצף מידע והיצף כותבים, בחוסר אפשרות טכנית ומעשית לצרוך אפילו חלקיק מהכותבים ומהכתיבה בתחום נתון, הפיתוי להעתיק גדל.

עידן המידע, שכאמור רווי בטכנולוגיה המקלה על איתור חומרים שמהם ניתן להעתיק, מקשה במידה מסוימת גם על איתור המעתיקים משום היעדר תמריץ לאתר את המעתיק במקרים מסוימים ומשום מחסור במידע, הנוגע למקורות ההעתקה, מצד המאתר הפוטנציאלי במקרים אחרים. מנגד, עידן

103 לסקירה היסטורית של מונח המחבר (authorship) והגנבה הספרותית ראו: Green, לעיל ה”ש 26, בעמ’ 177–179.

104 שם, בעמ’ 193–195.

105 ראו: Eugene Volokh, *Cheap Speech and What It Will Do*, 104 YALE L.J. 1805, 1806–1807, 1833, (1995) 1836.

המידע כולל גם טכנולוגיות שמאפשרות לאתר "גנבה ספרותית". מנועי החיפוש הם כלי מצויין וחינמי לאיתור "הגנב הספרותי" הגלוי: הבולט (כשההעתקה ברורה לכל קורא מן התחום) והעצל (כאשר זה גזר והדביק ותו לא). במקרים אחרים נדרשת מלאכת חשיפה, והיא עשויה לבוא רק אם קם חשד ויש מוטיבציה לאיתורו. בהנחה שנמצא המעתיק, האם יש אפשרות לפרוס עליה את עברת הגנבה? ואם כן, האם הדבר ראוי?

בחינה כאמור נערכה לפני שנים מספר על ידי גרין, שבחן את המצב המשפטי בארצות הברית. האם "הגנבה הספרותית" עומדת בהגדרה המשפטית של גנבה? ואם כן מדוע אין העמדה לדין בגינה? האם יש לה אותו משקל מוסרי כמו צורות אחרות של גנבה? ואם היא כושלת לעמוד בהגדרה המשפטית או המוסרית של גנבה, מה ניתן ללמוד מכך? על כל אלו העמיק גרין לקראת חשיבה על השימוש ההולך ומתרחב בסנקציות פליליות באכיפה של דיני הקניין הרוחני.¹⁰⁶ לא אתמצת את הדברים הארוכים והמעמיקים. אגע אך בחלקם בטרם אמשך במלאכה שעסקתי בה בפרק כולו: עימות בין יסודות העברה של הגנבה הקלאסית בישראל והערכים המוגנים בה לבין סוגי התנהגות שנדמים כגנבה או מזכירים אותה.

גרין כתב כי "הגנבה הספרותית" נולדה על רקע נורמות חברתיות. כותבים, אמנים ומלומדים שואבים סיפוק מתהליך היצירה והשלמתו, אך בדרך כלל רוצים גם הכרה מאחרים, והדבר מביא ליצירת "נורמה של ייחוס" (norm of attribution): מותר להעתיק מילים ורעיונות אם – ורק אם – המעתיק מייחס אותם למקור או למחבר. כך ממקסמים את סיכויי המחבר להשיג הערכה בעלות נמוכה יחסית למחבר, למעתיק ולחברה, שמרוויחה מרעיונות חדשים. אך יש שסוטים מהנורמה, ובמקום להשקיע זמן ומאמץ בניסוח רעיונות מקוריים, הם תרים אחר הערכה דרך "נסיעה חופשית" על עבודות של אחרים.¹⁰⁷ באופן טבעי, "הגנב הספרותי" נחקר, נשפט ונענש במוסד חינוכי או מקצועי שדן בדלתיים סגורות. גינוי מהקהילה הרלוונטית מרתיע והולם, בשלילתו של אותו הטוב החברתי שביקש "הגנב הספרותי" להשיג במעשהו: הערכה.¹⁰⁸ לכאורה אפוא יש בעיה ויש פתרון (בהנחה של איתור ואכיפה). ובכל זאת, אולי דרוש גם פתרון מהמישור הפלילי? גרין בחן אם "הגנב הספרותי" מקיים את יסודותיה של עברת הגנבה במשקפי הקוד הפלילי לדוגמה.¹⁰⁹ הוא מצא ב"גנבה הספרותית" שני רכיבים של אקטוס ראוס, העתקה של עבודה (התנהגות) ואי-שיוכה למחברה (מחדל), ורכיב אפשרי נוסף של מנס ריאה, ברור פחות, אולי במכוון ואולי ביודעין.¹¹⁰ מנגד, הוא מנה שלושה יסודות

106 ראו: Green, לעיל ה"ש 26, בעמ' 170–171.

107 שם, בעמ' 175–176.

108 סנקציות אפשריות נוספות הן פיטורים, השעיה, סילוק ושלילת רישיון. סנקציות משפטיות אפשריות מתקשרות להפרת זכויות יוצרים. על כל אלו הרחיב גרין. שם, בעמ' 196–201.

109 הקוד הפלילי לדוגמה מגדיר גנבה כך: "A person is guilty of theft if he unlawfully takes, or exercises unlawful control over, movable property of another with purpose to deprive him thereof": Model Penal Code § 222.1(1) (1985).

110 ראו: Green, לעיל ה"ש 26, בעמ' 174. לדיון על היסוד הנפשי הראוי ב"עברה" זו ראו שם, בעמ' 183–186. גרין היה ער לכך כי הקו בין "גנבה ספרותית" לבין צורות מותרות של העתקה לא תמיד קל לזיהוי. יש אמת בטענה שמעט, אם בכלל, אמנים או סופרים או מלומדים תמיד מגיעים למקוריות. איש אינו ממציא במלואם את הסיפורים שהוא מספר, המטפורות שהוא רותם או הטיעונים שהוא מעלה. כולנו עובדים במסגרת מסורת תרבותית, ובמידה מסוימת כולנו סופגים את המסורות הללו באמצעות העתקה. הרבה השפעות הן לא מודעות. רעיון, ביטוי, טיעון, מלודיה או תוכנה שהופנמו לפני זמן רב יכולים

בסיסיים שמרכיבים את העברה המודרנית של גנבה: נטילה לא חוקית או מימוש שליטה לא חוקית, על רכוש ברה־הנעה של אחר, בכוונה לשלול מהבעלים את הרכוש.¹¹¹

האם "הגנבה הספרותית" היא "נטילה לא חוקית" או שימוש ב"שליטה לא חוקית" ברכוש "של אחר"? נוסחה זו מחליפה את דרישות המשפט המקובל של "תפיסה" (caption) ו"נשיאה הרחק" (asportation). גרין פתח ביסוד הרכוש, שאותו מצא הבעייתי ביותר מבין השלושה לעניין תחולתו, דחה את הטענה ש"הגנבה הספרותית" נוטל מילים, שפה או עלילה שזמינים לנטילה, וגרס כי הוא נוטל את המְזַכָּה (הקרדיט) של המחבר, את תהילתו. גרין כתב שלמזכה ערך רב – כלכלי, אקדמי וציבורי – אך עדיין יש להראות שהוא קניין סחיר. לדידו מדובר בקניין סחיר, לפחות במקרה של סופר צללים. עם זאת ספק רב אם יש לרתום את הדין הפלילי לאבדן כה ארעי.¹¹² הוא כתב כי סביר לומר שבמקרים רבים "הגנבה הספרותית" מממש שליטה לא חוקית ברכוש המחבר, בנטילת המזכה שלא כדין, ואין זה משנה שמילות המחבר עדיין נגישות לציטוט ולשייך על ידי אחרים.¹¹³ ומה באשר לכוונה לשלילת הקבע? גרין גרס שמחד גיסא לא בהכרח עולה כוונה ברורה כזו, אך מאידך גיסא קשה לדבר על כוונה לשאול גרידא, ולכן ניתן לומר שיש כוונה לשלילת קבע, אלא אם המחבר כבר מת.¹¹⁴ כלומר, הוא סבר כי ניתן גם ניתן להעמיד לדין פלילי במקרים מסוימים של "גנבה ספרותית".¹¹⁵

אני מקבל את השפה הפלילית שהציע גרין לתיאור "הגנבה הספרותית" כמעשה העתקה של יצירה וכמחדל לשייכה ליוצר, לצד מודעות לכל הפחות. אך האם הדבר מקיים את יסודות עברת הגנבה? אפילו לפי החוק הפדרלי שבחן גרין איני מצטרף לקו המחשבה שלו. האם המזכה הוא נכס? אני נוטה להשיב בחיוב כמו גרין, אלא שההנמקה שרתם גרין כדי לטעון שמדובר בנכס סחיר – תנאי שהוא עצמו הציב כדי לעמוד בדרישה שנכס ייחשב "בר-ערך" וייכנס לדיני הגנבה¹¹⁶ – אינה משכנעת. גרין השתמש, בקיצור נמרץ, ברעיון סופר הצללים כדי להראות שניתן לקנות ולמכור מזכה.¹¹⁷ סבורני שזהו בדיוק החריג שמלמד על הכלל ואינו מלמד את שהסיק גרין, אלא להפך. מקרה סופר הצללים, אותו

להישאר בתת-מודע. מלבד זאת, ניסיון לשייך כל מקור רעיוני עלול לפגום בעבודה. שם, בעמ' 180–181, 187.

111 שם, בעמ' 209–212.

112 שם, בעמ' 220–222.

113 שם, בעמ' 224.

114 שם, בעמ' 222–224.

115 חרף עמדתו זו חש גרין כי העמדה לדין בהקשר זה היא לא מידתית ומיותרת לנוכח שלל הכלים הזמינים למלחמה בתופעה והביע גם חשש מהתפרסות רחבה של עברת הגנבה ואבדן גבולותיה לעמימות גדולה. מנגד, הוא התייחס גם למקרי גנבה פיזית קלה שגוררת להעמדה לדין וגרס שלעתים הנזק מגנבה ספרותית גדול בהרבה. לבסוף הציע להותיר עניין זה לשיקול דעת התביעה בקטגוריות מסוימות שיקבע המחוקק. אם אין רוצים להעמיד לדין את הגנבה הספרותית בגין גנבה, יש למצוא סיבה עקרונית להותירו מחוץ לדיני הגנבה או לכתוב מחדש את דיני הגנבה באופן צר יותר. שם, בעמ' 229–231.

116 גרין גרס כי "דבר ערך" למטרות דיני הגנבה הוא אך ורק משהו סחיר (commodifiable), במובן התיאורי ולא במובן המשפטי: לא משהו שצריך להתיר לקנות או למכור אלא משהו שניתן לקנות או למכור. גרין התייחס לשלושה סוגי דברים לא סחירים: דברים שלא חוקי להחזיק, כמו סמים וכלי נשק; דברים שאין איסור להחזיקם אך לא חוקיים למכירה או קנייה, כמו איברי גוף; דברים שאין איסור למכור או לקנות אך אינם מסוג הדברים שניתן לקנות או למכור, כמו אהבה, הערצה וכבוד. רק את האחרונים הדיר גרין מדיני הגנבה והכריז עליהם שהם מטפוריים: גנבת חיבה אינה גנבה. שם, בעמ' 217–219.

117 כשמישהו משלם לסופר רפאים, הוא קונה לא רק את המאמץ היצירתי אלא גם את הזכות לטעון שהביטוי הוא שלו. שם, בעמ' 221.

סופר שזוכה בתשלום ומוותר על המזכה, ודאי אינו הסיבה שבעטייה החברה ומערכת המשפט מגנות על זכות יוצרים ועל מזכה. אנשים מוקירים יוצרים, ולכן נולד סופר הצללים, שזקוק לכסף ומוכר את רעיונותיו ויצירותיו ואת המזכה שלו הוא ראוי, לטובת אדם שאינו ראוי לו ויזכה בהערכה חברתית שאינה מגיעה לו, הערכה שניתנת בגין מצג שווא, הטעיית הקוראות. בחברה שבה יצירות צללים הן הנורמה ולא החריג, קשה לדמיין "גנבה ספרותית" שראוי להתגונן מפניה בדרך משפטית. מי שמשלם לאחר כדי שיאדיר את שמו בהבאתו לתפיסה חברתית שגויה באשר למשלם – אינו ראוי מוסרית להגנה משפטית מפני אחר שנטל ממנו, אף ללא תשלום, את שעליו שילם בעצמו. ומנגד, בחברה שמוקירה ומעריכה יוצרים ויצירות, כאשר המודלים המשמשים למרבית היצירות הם זכות יוצרים כמודל עסקי והכרה והערכה ציבורית כמודל חברתי או אקדמי, המזכה אינו צריך להיות נכס סחיר, ולא נכון שיהיה כאמור.

ההיגיון של גרין חמקמק מאוד, ואפשר לפרוס אותו גם לכיוונים מוזרים אחרים. למשל, אוכל להצביע על אדם ולהציגו כשלי; הואיל וקיימת תופעה של סחר בבני אדם, הרי שכאילו גנבתי בהצביעי עליו. אוכל גם להצביע על דברי ערך אחרים שברגיל אינם סחירים, למצוא דוגמה שבה הם דווקא סחירים ולגזור מכך את סחירותם הכללית. האם פרטיות אינה סחירה?¹¹⁸ האומנם אי אפשר לקנות אהבה? או כבוד? בשום מקרה ונסיבות? ברור שמבחינת האידאל המקובל כיום אהבה נרכשת דרך התנהגות ולא דרך מטבע. אך אין חוק האוסר על מכירת אהבה וכבוד. ניתן לשלם למלווה שיפגין כלפי המשלם כבוד וחיבה. אלה בשקר יסודם, ממש כמו המזכה של סופר הצללים. השקר ידוע לסופר הצללים וידוע גם לרוכש החיבה המעושה; העין הזרה לא בהכרח תזהה את השקר. לשון אחר: כמעט כל דבר ניתן למכירה ולקנייה בנסיבות מסוימות, שכיחות או נדירות. אין זאת אומרת שמדובר בנכס 'סחיר'. מכל מקום, לא ברור כיצד ניתן להתעלם מכך שמזכה איננו בר-הנעה (בר-טלטול), כפי שדורש הקוד הפלילי לדוגמה. סחירותו במקרים נדירים, ועוד כאלו שמוזילים אותו מבחינה ערכית, אינה הופכת אותו לבר-הנעה.

גם אם נאמץ את גישתו של גרין ונגרוס כי המזכה הוא נכס סחיר, עדיין אין מדובר בנכס שניתן לממש בו שליטה לא חוקית (לא כל שכן נכס, לפי החוק הישראלי, שניתן ליטול אותו), באשר לא ברור כיצד ניתן לשלוט בנכס זה. העובדה שאני מציג מאמר כשלי אין פירושה מימוש שליטה במזכה. המזכה הוא דבר אמורפי וקשה לשליטה, עד בלתי אפשרי. גרין לא מצא בעיה בכך שמילות המחבר עורן נגישות לציטוט ולשיוך על ידי אחרים. אך זו ודאי בעיה אם רוצים לדבר על שליטה. איך אוכל לשלוט בדבר שגם אחר שולט בו? בעל המזכה האמתי עדיין שולט בו במובן שהוא יכול להציג את היצירה כשלו. ולכאורה כל אדם יכול לעשות כן ו"לממש שליטה" במזכה, בכל נסיבות שהן: אוכל להציג את תורת היחסות כתורה שפיתחתי, או להציג את התזה של פלטשר או וינריב על הגנבה כתזה שלי; זאת אוכל לעשות בפני קהל תלמידים, מול קהל מרצים (משדה אחר) או בפגשי אדם מן הרחוב. קלותה של ה"שליטה" ורוחב היקפה גורמים שאין פה כל שליטה לפי הדין האמריקני (או החזקה לפי הדין הישראלי). וגם במובן הזה איני מסכים עם גרין.

118 בירנהק ביקר בחריפות הצעות לתפוס את הפרטיות כקניין ובהמשך לכך להפוך מידע פרטי לסחיר. ראו מיכאל בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" משפט וממשל יא 9, 46–47 (2007).

המובן האחרון שבו אני חולק על גרין נוגע לכוונה לשלילת קבע. איך אוכל לבקש לשלול קבע משהו מאדם שעדיין מחזיק בו? כדי לשלול מזכה בדרך קבע עליי להבטיח שמה שהיה למחבר קודם – מצוי כעת ברשותי ולא עוד ברשותו. תשלום לסופר צללים עשוי להבטיח כאמור את השלילה, אם כי אינו מבטיח אותה מעשית אלא רק משפטית. סופר הצללים, להבדיל מאדם שמסר לאחר נכס פיזי, יכול בקלות להציג את היצירה כשלו, בין בפני מכריו וחבריו ובין בפני ציבור גדול יותר – אף שבעשותו כן יפר חוזה. שלילת קבע היא עניין סבוך. כמו במקרה של "גנבת זהות", סילוק הראיות לבעלות האמתית בנכס עשוי לסייע, מלאכה שבין היתר מצריכה את חיסולו של בעל הנכס, שלא לדבר על מחיקת הראיות לבעלותו במזכה, משימה שעשויה להיות קשה עד בלתי אפשרית.

לאור כל אלו אני דוחה את התזה של גרין. מי שחושבת כמוהו, מדוע שתעצור במזכה? ברור שאם ההיגיון של גרין תקף, פוטנציאל ההתרחבות של עברת הגנבה הוא עצום. אוכל להצביע על בית או תפוח ולומר שהם שלי, ובכך לממש בהם שליטה, ואם הם סחירים, והואיל ולא התכוונתי לשאול אותם בלבד – כמו גנבתי אותם במילותיי. גם "גנבת זהות" תיכנס למעגל הגנבה, כאשר אם למזכה של אדם יש ערך, לזהותו יש ערך מקל וחומר; ניתן לממש בה שליטה באמצעות התחזות, וניתן לייחס כוונה לשלילת קבע משום שאין כוונה "לשאול" זהות. באופן כללי המהלך של גרין מעלה קשיים ניכרים. קשה לדמיין דברים רבים שאינם סחירים במובן היותם ניתנים למכירה במצבי קצה, ולו על ידי חלק מצומצם מאוד באוכלוסייה בנסיבות ספציפיות מאוד; אם ניתן לשלוט במשהו אמורפי כמו ייחוס ושיוך, שהוא משהו שאין לו קיום מחוץ לתודעה האנושית, הרי שניתן לשלוט בדברים אמורפיים רבים, ודי באמירה לשם השגת שליטה כאמור; בהיעדר כוונה לשאול, ניתן להסיק כוונה לשלילת קבע. המשותף ל"גנבת זהות" ול"גנב הספרותי" הוא השקר, מצג השווא, אף אם המטרה של מצג השווא שונה, וכך גם הנמענים והקרבן וההקשר. ובכל זאת, האמירה ששקר מגבש גנבה היא בעייתית מאוד לא רק במובן יסודות העברה אלא גם כאשר עברת הרכוש הבסיסית המתקשרת לשקר אינה גנבה אלא מרמה.

מלבד האמור לעיל ברור שמבחינת החוק הישראלי, היסוד הפיזי מתבטא בנטילה ובנשיאה ואין כל חלופה של מימוש שליטה. אי אפשר ליטול מזכה, לגישתי, אלא אם מדובר בנטילה מטפורית, וודאי שאי אפשר לשאת את המזכה. "הגנבה הספרותית" היא מטיבה ביטוי, והביטוי מטיבו אינו בר-נשיאה, להבדיל מההתקן שבו הוא מצוי.

אין צורך להרחיב מדוע אני סבור ש"הגנבה הספרותית" אינה נכנסת לעברת הגנבה שהצעתי. די לומר שנוסף על כל האמור לעיל, אין מדובר בנכס מוחשי, מה גם שלא פשוט להראות כיצד קרדיט שקרי עלול לפגוע במימוש זכות הקניין של הבעל, כאשר הקרדיט עודנו שייך לבעל, והאמת לצדו וגם הנורמות החברתיות. זאת ועוד, מעת שיאותר "הגנב הספרותי" דומה שהנזק הוא במידה רבה בר-תיקון, גם אם כמובן לא במידה מוחלטת.

מה כאשר לתשלובת הערכית? גם כאן התשובה ברורה למדי. הנזק שמצא גרין ב"גנבה הספרותית" היה בעיקר למי שרעיונותיו הועתקו ולא זכה למזכה, עגמת נפש ואולי הפסד אפשרויות קידום, מענקים וכדומה. נזקים משניים שציין גרין היו האמנת הקורא שהמעתיק הוא המקור ונזק למוסד האקדמי.¹¹⁹ הקשר בין נזקים אלו לבין פגיעה בזכות הקניין והביטחון הקנייני הבסיסי – רופף למדי. גרין עצמו הפנה לכתיבה שלפיה מטרת דיני הגנבה לקדם ביטחון לרכוש כדי לעודד חיסכון ותכנון כלכליים

119 ראו: Green, לעיל ה"ש 26, בעמ' 189–190.

ולחסיט את האינסטינקט הרכושני החזק מלשחר לטרף שהוא פעילות הפקה של אחרים.¹²⁰ גריין הסיק מכך שלחברה אינטרס דומה גם באשר לרכוש לא מוחשי. הוא גרס ש"הגנבה הספרותית" עלולה לעורר תחושות כמו אלו שמעוררת גנבה רגילה: תחושת פלישה וניצול. עם זאת הוא סבר ש"הגנבה הספרותית" אינו מזיק ואינו מאיים על ביטחון הקניין באותו אופן שמאיימות צורות גנבה אחרות. לדידו, האפקט של המעשה על הקהילה הגדולה הוא כנראה עקיף בלבד, וזו סיבה נוספת להותיר למוסדות האקדמיים והאינטלקטואליים למשטר את עצמם, מה גם שלא תמיד קל להבחין בין "גנבה ספרותית" להתנהגות חוקית ומועילה. לקרבנות, "גנבה ספרותית" אינה מזיקה פחות ממרמה או מעילה, אלא שמחוקן לקהילה הרלוונטית, התוכן המוסרי של "גנבה ספרותית" ברור פחות. הרעיון המופשט שניתן לגנוב מזכה עשוי להיראות רחוק מאוד מהרעיון שניתן לגנוב רכב או טלוויזיה. רבים חוו מצב שבו מישוהו "לקח קרדיט" על רעיון שלהם. הדין הפלילי אמור להגן על אינטרסים של החברה ככלל, אך נראה ש"גנבה ספרותית" מדאיגה חלק קטן באוכלוסייה. "גנבה ספרותית" מעולם לא הולידה העמדה לדין כגנבה, וכנראה לעולם אינה צריכה להוליד כזאת. התפיסה שהתנהגות כזו צריכה לגרור סנקציה פלילית היא מטרידה, במיוחד שעה שבקהילות הרלוונטיות הכלל המתבסס על נורמה של שיוך עדיין נתפס ככופה ציווי מוסרי חזק.¹²¹

שאלת ההפלה של "גנבה ספרותית" מצויה מחוץ לגרדי חיבור זה. אני נוטה נטייה חדה נגדה. אכן הנזק הנגרם מ"גנבה ספרותית" כואב מאוד ליוצר, אך אם הנזק והמזיק אותו, הדרך המידתית להתמודד עם התופעה היא, כפי שכתב גריין, בפגיעה קשה באותו יתרון שניסה "הגנב הספרותי" להשיג – ההערכה החברתית. חשיפת השקר תוקיע אותו בפני הקהילה הרלוונטית, תשייך בכיבוד את המזכה לקרבן, תיתן לו תחושת צדק ותרתייע "גנבים ספרותיים" פוטנציאליים.

הפללה עצמאית לחוד והחלת עברת הגנבה לחוד. האם התשלובת הערכית שמאחורי "הגנבה הספרותית" דומה לזו שמאחורי הגנבה? בהקשר זה אני מאמץ ביתר שאת את דברי גריין. כמוהו, אני סבור שאין פה מקור דאגה לציבור הרחב, ולהבדיל ממנו, איני בטוח כלל כי יש פה טעם לדבר על פגיעה בזכות קניינית. הפגיעה העולה מ"גנבה ספרותית" היא בראש ובראשונה גרימת עוול מוסרי ליוצר. עוול זה קשור לשמו הטוב יותר מאשר לזכות קניינית. עוול זה מתקשר למה שאחרים חושבים עליו, או נכון יותר – לכך שאינם חושבים עליו כאשר הם חושבים על יצירתו. מה שחושבים על אדם יכול להיתרגם בהמשך לפגיעות באינטרסים שונים שלו, קנייניים ואחרים; מה שאין חושבים עליו עשוי להביא לכך שיפסיד הזדמנויות שונות, שהיו עשויות לקדם אינטרסים שונים שלו, קנייניים ואחרים. לא ברור איזו זכות קניינית נפגעה מהצגת מאמרו של א בפני ב כמאמרו של ג. עבודתו של א לא שויכה לו אך גם לא נשללה ממנו; הביטוי החיצוני לאני הפנימי שלו שויך לאחר אך לא נקרע ממנו. ב סבור בטעות כי ג הוא המחבר. אם ב עומד לקבל החלטה הקשורה לכך, שיקול הדעת שלו נפגע, ועמו, אולי, הצטמצמה במידת מה האוטונומיה שלו. אין ב"גנבה הספרותית" פגיעה מובהקת בערך הקניין דווקא, ואיני בטוח שיש פגיעה ברורה בכבוד או בפרטיות או באוטונומיה של המחבר. הפגיעה החזקה ביותר, לתפיסתי, היא בערך היושר. מכאן ועד למטרות עברת הגנבה רחוקה הדרך, רחוקה עד מאוד.

120 גריין הפנה לכהאן ושוורץ: Louis B. Schwartz & Dan M. Kahan, *Theft*, 4 ENCYCLOPEDIA OF CRIME AND JUSTICE 1556 (Joshua Dressler ed., 2nd ed. 2002).

121 ראו: Green, לעיל ה"ש 26, בעמ' 233–236, 242–243.

ז. לפני סיכום: המחקר של סטיל בנושא גנבת קניין לא מוחשי

אלכס סטיל (Steel), שכאמור מרבה בחקר עברת הגנבה, בחן אם צורות שונות ורבות של התנהגות לא מוחשית עשויה לגבש את עברת הגנבה כהופעתה בחוק הגנבה האנגלי משנת 1968. חוק זה נבדל הבדל ניכר מהחוק הישראלי, ורחב ממנו בהרבה. מסעו של סטיל שונה משלי, הן ברובד הערכי והן ברובד הדוקטרינרי, ובכל זאת בשל עדכנות מחקרו של סטיל ראיתי לנכון לתאר בקצרה את המסקנה שאליה הגיע במחקרו שבחן אם הכללת רכוש לא מוחשי בתוך יסודות העברה אפשרית ותורמת לעברת הגנבה. גם אם דרכי בפרק זה שונה מדרכו של סטיל, הרי שבשורה התחתונה אני נוטה להסכים עם טיעוניו ועם חלק מהנמקותיו.

סטיל ציין שהדוקטרינות של קניין ושל ערך של צורות קניין מסוימות משתנות עם הזמן. מושג הקניין והיקף ההגנה של הדין הפלילי היו בתחילה מגבילים מאוד. לדידו, אין מחלוקת שההרחבה הייתה חיונית ושהדרך הנוחה ביותר לכך הייתה בהרחבה חקיקתית. הרחבתן של צורות הקניין הניתנות לגנבה בדרך של תוספת הועילה במיקוד תשומת הלב בכל תוספת, ולכן כל תוספת הייתה מובנת היטב. אבל איחוד סעיפים ניתן להשגה ללא הגדרה כוללת וחובקת-כול של קניין. הרחבת היקף הרכוש הניתן להיגנב בחוק הגנבה פירושה היה שמה שמוגן כעת בדין הפלילי מכסה כמעט את כל צורות הקניין המוכרות בדין האזרחי, לרבות צורות לא מוחשיות. צורות כאלו עשויות להיות רחוקות מאוד מהתפיסה המקובלת של קניין. ניתוחה של זכות הקניין עצמה ושל ההפרעה בה לעתים מורכב מאוד. בגנבה האופי הפיזי של הקניין ונטילתו הוא כזה שבתי משפט ומושבעים יכולים להניח שהנאשם היה מודע להפרעה ברכוש, והזכות הקניינית של ההחזקה היא עניין שהוא עובדתי הרבה יותר מכפי שהוא משפטי. לכן ההתמקדות היא בנסיבות הנטילה של הרכוש. אבל אם עברת הגנבה מכסה גם קניין לא מוחשי, הנאשם עשוי לטעון שלא התקיימה זכות קניין משמעותית, או שלא היה מודע לקיומה, ולכן לא היה יכול לגבש כוונה לשלול אותה. וכך, מה שהיה בעבר פשע עם יסוד עובדתי פשוט ובר-צפייה באשר לצורת קניין ברורה, הוא כעת עברה רחבה ולא ודאית. אפילו אם זכות הקניין קיימת, גנבה עשויה שלא להתקיים אם הזכות אינה ניתנת ללקיחה או לשלילה מהבעלים.

סטיל גרס שאין זה הולם ליצור עברות שהיקפן אינו נקבע בידי המחוקק אלא בהישענות על ענף משפט שמצוי בהתפתחות מתמדת, דיני הקניין, תוך מיקוד העברה ביסוד הנוגע לא-יודע. בתי משפט אזרחיים שזיהו זכויות קניין לא שקלו את השפעת הכרעתם על הדין הפלילי, ואין זה צפוי להשתנות. התוצאה היא הרחבת הדין הפלילי בלי שבית המשפט שוקל אם היא חיונית, רצויה או תואמת את כוונת המחוקק, אם בכלל ניתן לומר שהמחוקק שקל את הנושא. בנסיבות אלו יש לשאול אם צריכה להתקיים עברה של גנבת קניין לא מוחשי. מגוון סנקציות פליליות קיימות להגן על מחזיקים של צורות קניין רוחני, ולכן ההרחבה של עברת הגנבה לכסות צורות קניין כאלו אינה הכרחית ואינה רצויה. בסיס ההפללה של התנהגויות כאלו על זכויות קניין עשוי להיות שגוי ותוצר של חשיבה שעבר זמנה. לפיכך, הסיק סטיל, מוטב שעברת הגנבה תוגבל לרכוש מוחשי בלבד. אף שיש בביורור מקום לעברות פליליות מיוחדות שתעסוקנה בצורות לא מוחשיות של קניין, אין להשתמש בעברת הגנבה בעניינן, ומוטב להותירה מוגבלת לקניין מוחשי, ובכך היא תיוותר עברת ליבה פשוטה בקוד הפלילי, שניתן להעמיד לדין בגינה ולהבין אותה בקהילה בקלות יחסית.¹²²

ח. סיכום

דן האנטר (Hunter), שחקר בהרחבה את תפקיד המטפורה בנוגע לאינטרנט, כתב כי אפילו עורך הדין הברון ביותר חייב להסכים שהמטפורה שימושית במשפט, כמו בשפה בכלל. המטפורה מעלה אסוציאציות יותר מאמירה רגילה. קיימת כתיבה שלפיה המטפורה מעצבת את החשיבה שלנו בדרכים עדינות שאינן נתפסות באמצעות תפיסה מילולית של המחשבה. האנטר ביקר את התעלמותה של הספרות המשפטית מעניין זה וטען שמטפורות מעצבות מגבלה מבנית שמשפיעה עמוקות על תהליך קבלת ההחלטות במשפט: לא כלי רטורי גרידא אלא חלק ממודל קוגניטיבי שכולנו מחזיקים. השימוש במטפורות רחב, נפוץ ולא מודע – בעיתונות, בפסיקה ואף במדע – ולעתים אנו מתקשים לזהותן.¹²³ כל מטפורה נתונה מורכבת משניים: ה"מטרה" היא הנושא העיקרי, ואילו ה"מקור" הוא התחום שממנו נשאבים מאפיינים שמשויכים למטרה. במטפורה הפשוטה "עורכי דין הם חזירים", כתב האנטר, עורכי דין הם המטרה וחזירים הם המקור. המקור והמטרה מזינים זה את זה: הרעיונות והיישומים של תחום המקור מוקרנים על המטרה ולהפך. מטפורות אינן רק כלים לשוניים אלא למעשה הן מעצבות חלק חשוב במערכת הקוגניטיבית המושגית שלנו וחלק חשוב בכל מודל של הנמקה משפטית. כאשר אנו ממפים את תחום המקור על תחום המטרה, אנו יוצרים מחשבות חדשות על הדרך שבה פועלת המטרה. התהליך מוביל לזיהוי מאפיינים חדשים במטפורה שמובאים כאשר המטפורה ננקטת.¹²⁴ דומני שדברי האנטר מאירים את הניסיון להרחבת תחולתה של עברת הגנבה. הגנבה הופכת ממכשיר משפטי מוגדר ותחום למטפורה, בשיח כזה או אחר, ואז יש המבקשים להשיבה לשדה המשפט בלבד אחר. "שיתוף קבצים הוא גנבה" – זהו משפט מטפורי שבו המטרה היא שיתוף קבצים והמקור הוא גנבה. עד כמה המקור והמטרה באמת חופפים? בפרק זה בחנתי כמה סוגי התנהגות שמזכירים, בכינוי או ברובד אחר שלהם, את עברת הגנבה. עמדתי עליהם בקצרה כדי להבינם לקראת בדיקה אם אותם סוגי התנהגות מגבשים את יסודות עברת הגנבה ומסכנים את הערכים המוגנים שבבסיסה. הסקתי שכל סוגי ההתנהגות האמורים – הגנבה הממוחשבת, הפיראטיות המקוונת (שיתוף הקבצים), גנבת מידע (סמאות וסודות מסחר), גנבת זהות וגנבה ספרותית – אינם מגבשים את יסודות העברה ואינם מסכנים את הערכים שעליהם באה עברת הגנבה הקלאסית להגן. חלק מאותם סוגי התנהגות ראויים לטיפול דרך הדין הפלילי, ואמנם יש להם כתובת מוצלחת יותר מעברת הגנבה. הגנבה הממוחשבת כרוכה מטבעה בעברות שונות על חוק המחשבים. גנבת מידע עשויה להיות כרוכה בעברות דומות, ובמקרים שאינה כרוכה כאמור – עשויה להיות מטופלת היטב דרך הדין האזרחי. גנבת זהות היא התנהגות מורכבת עד מאוד, שעשויה לערב סוגים שונים של עברות, כמו התחזות ופגיעה בפרטיות. ייתכן ששלוש ההתנהגויות האחרונות ראויות לתיוג פלילי משל עצמן בשל התשלובת הערכית המיוחדת לכל אחת מהן, אך אין מדובר בגנבה הקלאסית.¹²⁵ באשר לשיתוף קבצים, ככלל אין

123 ראו: Dan Hunter, *Cyberspace as Place and the Tragedy of the Digital Anticommons*, 91 CAL. L. REV. 439, 458–492 (2003).

124 שם, בעמ' 467–471. האנטר גרס כי המטפורה של האינטרנט כ"מקום" מובילה לסדרת גרירות מטפוריות לא מוצלחות, שמובילות למסקנה, שאינה בהכרח נכונה: האינטרנט הוא כמו החלל הפיזי וניתן לתיחום, להתערבות, לחלוקה ועוד. ראו שם, בעמ' 472 ואילך. לדין דומה בישראל ראו: אברהם טננבוים "על המטאפורות בדיני המחשבים והאינטרנט" שערי משפט ד 359 (2006).

125 קר סבר שהיסודות המושגיים של חוקי הגישה הלא מורשית אינם ברורים בעליל. הוא סבר שבמקום חוקים של "מידה אחת מתאימה לכול" עדיפים חוקים שאוסרים סוג ספציפי של שימוש לרעה במחשב. דומני

מדובר בעברה פלילית, ולטעמי טוב שכך. עדכנות החוק העוסק בזכויות יוצרים מבהירה את עמדת המחוקק בסוגיה, ואין זה רצוי לנסות ולעקוף אותה דרך דיני הגנבה. ובאשר לגנבה ספרותית, שהיא תופעה מכוערת, דומני שהמישור האזרחי והמשמעתי מתאים לטפל בה טוב בהרבה מזה הפלילי. מה לזה ולגנבה, לבד ממטפורה, איני יודע.

ראינו שוב ושוב בפרק זה את הפער שבין השפה הציבורית לשפה המשפטית. מבחינה מטפורית ניתן לגנוב דברים רבים מאוד: טרוריסטים יכולים לגנוב תחושת ביטחון;¹²⁶ שקרן יכול לגנוב דעת ולב;¹²⁷ סוחר אדם יכול לגנוב נפש; מסתנן יכול לגנוב גבול; מאזיין-סתר וצלם פפראצי מחד גיסא ושוטר הגובה הודאה בכוח מאידך גיסא, יכולים לגנוב מידע או פרטיות; שחקן בייסבול יכול לגנוב בסיס; קוסם יכול לגנוב עין; שחקן יכול לגנוב הצגה. וזאת עוד לפני שניגשנו להטיות אחרות, כמו סוד שגונב לאוזניים, ולפני שהרחקנו לכת באשר לנטילות במחדל, כמו אסיר בורח שאינו "משלם את חובו לחברה". סיטואציות שונות עשויות ליטול משמעות ולשאת פירוש חדש. אך כל תיגנב דעתנו: המטפורה, על כל כוחה וחשיבותה לשפה, אינה יכולה לדרוס את עקרון החוקיות ואינה יכולה להכתיב תוצאה משפטית באשר לסוגי התנהגות שהערכים הנפגעים מהם אינם זהים לאלו של הגנבה הקלאסית. כל התנהגות פוגענית עשויה להיות מועמדת להסדרה ואף להפללה, אך המסדר והמפליל הראשי הוא המחוקק, ופרשנות מרחיבה אינה מתכון ראוי לתפוס סוגי התנהגות שהמחוקק לא ביקש לתפוס אף אם בשמם או באופיים הם מזכירים למישהו גנבה. חלק מההתנהגויות שתוארו בפקה זו כבר מופללות ממילא; ואחרות מקובלות חברתית. לא כל מה שנשמע כמו גנבה ואפילו לא כל מה שנקרא גנבה בשפת החברה והמשפט האזרחי הוא גנבה פלילית. כרטיס הכניסה לדין הפלילי של התנהגות שפוגעת בערכים מצוי אצל המחוקק ומצריך דיון הפללה רציני ושיטתי, דרך משקפיים של תאוריה של משפט פלילי¹²⁸ או דרך משקפיים של משפט חוקתי.¹²⁹ כרטיס הכניסה של התנהגות פוגענית לעברת הגנבה (או המעילה) הקיימת מצריך בחינה מדוקדקת של כל יסודות העברה, ורצוי גם של הערכים הנפגעים בגין אותה התנהגות. רק כך נשמור על "נכס" חיוני מפני שלילת קבע – הנכס של שלטון החוק.

שגם באשר לעברת הגנבה ולהתנהגויות הנסקרות בפרק זה, ככל שמבקשים להסדירן, יש לעשות כן באופן ישיר, מפורש ועצמאי. ראו: Kerr, *Cybercrime's Scope*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 1617, 1643.

126 ראו: Green, לעיל ה"ש 26, בעמ' 217.

127 ניתן למצוא בתנ"ך שימושים מטפוריים מגוונים לשורש גנ"ב. כך באשר להטעיה ושקר: "ויאמר לְכֹן לְעֵקֶב מִה עֲשִׂיתָ. וַתִּגְנֹב אֶת לִבִּי, וַתִּנְהַג אֶת בְּנֵי פִשְׁבוֹת חֶרֶב?" (בראשית לא 26); "ויעש אבשלום כדבר הזה לכל ישראל אשר יבאו למשפט אל המלך, ויגנב אבשלום אֶת לב אנשי ישראל" (שמואל ב, טו 6); "לְכֹן הִנְנִי עַל הַנְּבִאִים, נְאֻם ה', מִגְּנֵבֵי דְבָרֵי אִישׁ מֵאֵת רֵעֵהוּ" (ירמיהו כג 30). חטיפה יכולה להיחשב כגנבה: "כִּי גִנֵּב גִּנְבֵי מֶאֱרֹץ הָעֵבְרִים, וְגַם פֶּה לֹא עֲשִׂיתִי מְאוּמָה כִּי שָׁמוּ אֹתִי בְּבוֹר" (בראשית מ 15). וכן הלאה. הציטוטים לקוחים מאתר הסוקר את השימושים בשורש גנ"ב: <http://tora.us.fm/tnk1/kma/qjrim1/gnv.html>.

128 על כך ראו הפשע המקוון, לעיל ה"ש 1, פרק 1.

129 על כך ראו אסף הרדוף "פסקת ההפללה: טיעון חוקתי נגד הפללה – על גבולות המשפט הפלילי וגבולות פסקת ההגבלה" משפטים מב 243, 272–273 (2012).

סיכום

א. חוק פרימיטיבי?

בסוף המאה התשע-עשרה כתב אוליבר ונדל הולמס (Holmes) כי המטרה החברתית שאליה מכוונים באמצעות כלל משפטי מתעמעת ומושגת רק חלקית, משום שהכלל אינו מעוצב ככלל שלם המפנה למטרה הרצויה במפורש ובמודע, אלא חייב את צורתו להתפתחות היסטורית הדרגתית. הוא הדגים זאת בעברת הגנבה וכתב שהמחוקק אסר על גנבה משום שרצה למנוע מרכושו של אדם אחד להינטל על ידי אחר, אלא שהחוק הפרימיטיבי, כלשונו, כשל לזהות שהרוע הכרוך במעשה הוא זהה בין שהנטילה נעשתה על ידי אדם שהבעלים מסר לידיו את הרכושו ובין שהוא נטלו בעוול בעצמו. לכן החוק החלש הסתפק במאמץ למנוע אלימות, ובאופן טבעי מאוד הפך את הסגת הגבול לחלק מהגדרת העברה. בזמנים מודרניים, כתב הולמס, השופטים הרחיבו את ההגדרה במעט באופן שתכסה גם נטילה באמצעות תכסיס או מתקן. פירוש הדבר היה ויתור על דרישת הסגת הגבול. לפי הולמס, היה הגיוני ונכון יותר למטרה הנוכחית של החוק לנטוש את הדרישה הזו לגמרי, אלא שזה נראָה נועז מדי, ולפיכך הושאר למחוקק.¹ האם כיום, למעלה ממאה שנה לאחר שנכתבו דברי הולמס, יש צדק והיגיון בדבריו? הרי גם ניסיונות לעצב מחדש את עברת הגנבה זכו וזוכים לביקורת נוקבת. האם יש מתכון להצלחה לטווח ארוך? לפני שאתייחס להתפתחות עברת הגנבה ולממצאי המחקר אני רואה צורך להוסיף כמה מילים כלליות על הדינמיות של עברות פליליות.

ב. חשיבה מחדש על עברות

האם יש עברה כלשהי שאינה מצריכה חשיבה מחדש מעת לעת, ולעתים אפילו רוויזיה מקפת? ניתן לסבור שקשה למצוא עברה כזו, מכמה סיבות: ראשית, ניסוח עברות הוא מלאכה מורכבת וסבוכה במיוחד. מדובר במשימה הצופה פני עתיד: זיהוי מקרים שונים של פגיעות שכבר נגרמו ואשר מזכירות זו את זו באופן כלשהו; מציאת מכנה משותף; ניסוח המכנה המשותף. על הניסוח להיות מצד אחד מופשט וכללי כדי שיתפוס בחכתו לא מעט סוגי מעשים פוגעניים, שאם לא כן אין בו טעם, ומצד אחר תמציתי ובהיר, כדי שקהל היעד, האזרחים ומערכת המשפט, יוכלו להבינו ולפרשו על נקלה. הניסוח אמור גם להיות מדויק וקולע, כזה שמכסה את כל שהמחוקק רוצה לכסות מחד גיסא, ואינו מכסה את שהמחוקק אינו רוצה לכסות מאידך גיסא. דהיינו, יש ליצור התאמה מרבית בין המשמעות הלשונית המקובלת של האיסור לבין תכליתו.

אם לא די בקושי עצום זה, העולם המשתנה מסבך עוד יותר את המלאכה. הכלכלה, הטכנולוגיה, הנורמות החברתיות, המשפט – כל אלו מתפתחים בהתמדה ובשלל כיוונים. שינויים בכלכלה ובטכנולוגיה עשויים לאפשר – או להקל – קיומן של פגיעות חדשות שמזכירות פגיעות קודמות שהמחוקק הרהר בהן ואסר אותן. שינויים בנורמות החברתיות ובמשפט עשויים להביא לכך ששאלות

1 ראו: Oliver Wendell Holmes Jr., *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 456, 469–470 (1897).

של דמיון ושוני תקבלנה משמעות חדשה.² השפה עצמה גם היא דבר חי ודינמי, ולכן אפילו הייתה בחירתו של המחוקק מדויקת ומושלמת בעת שניתנה, ייתכן כי כעת לא תכסה את כל שביקשה לכסות, או תכסה יותר מכפי שהייתה.³ פערים בין הרציונל שעמד מאחורי העברה לבין יסודותיה ייפגעו עם הזמן, ואין בכך פליאה לאור הדינמיות האמורה. פערים עשויים להיפער לא רק משום שהלשון שבה נוסחו יסודות העברה איבדה מחדותה ומדיוקה, אם היו לה כאלו מלכתחילה, אלא גם מפני שאפילו הרציונל עשוי להשתנות עם העתים. שינוי הרציונל שעומד מאחורי העברה מעורר בעיות קשות במיוחד, באשר להבדיל מיסודות העברה, הרציונל שלה בשיטת המשפט שלנו אינו חלק פורמלי מהעברה. היסודות מצויים עלי חוק, ואילו הרציונל המקורי מצהיב בדפי ההיסטוריה של דיוני בית המחוקקים, אם זכה בכלל להיכנס לשם, ועשוי לקבל תוכן עממי חדש ותוכן משפטי חדש מרשויות האכיפה ומבתי המשפט, אף שלא לשם כיוון המחוקק. יסודות העברה מעוגנים בלשון וכובלים את הרשויות ואת מבתי המשפט במידה רבה, גם אם לא מוחלטת, בשל שיטת הפרשנות התכליתית ובשל השפה המשתנה. מנגד, ההצדקה לעברה אינה כובלת אותם יותר מדי, אם בכלל, בהיותה נתונה לשרביטו המעצב של בית המשפט.

ג. חשיבה מחדש על עברת הגנבה

מה שנכון באופן כללי נכון גם בעניין הגנבה, שהיא עברה ותיקה שעברה תהפוכות בנוסחה ובתפיסתה לאורך מאות שנים. יסוד מרכזי בעברה, נטילה מסיגת-גבול של החזקה במיטלטלין, הלך והתמסס בבתי המשפט באנגליה, שעה שבתי המשפט יצרו פיקציות בנוגע למונח החזקה או לנטילה מסיגת-גבול, שבירת החזקה, והכול כדי לממש את רוחו של הדין, את תחושת הצדק השיפוטית או כדי לייצר הרתעה לעתיד. ההיגיון של רכיב העברה האמור לא עמד במבחן המציאות של אנגליה, משום שמלכתחילה לא היה הרכיב חד מספיק או מפני שהמודרניזציה טפחה על פניו. ואולי מבלי משים השתנתה ההצדקה העומדת מאחורי העברה כאשר נוסף לה רציונל חדש: לא עוד הגנה על סדר חברתי וביטחון הציבור מפני אלימות, "הביטחון הקנייני הבסיסי", אלא גם הגנה על יחסים כלכליים. ואולי תדמית הגנב השתנתה בתהליך חברתי מורכב שבו התפתחה תחושה של עוול בנוגע לסוג מסוים של מעשים, תחושה שבהמשך כונתה על ידי יותר ויותר פרטים בחברה "גנבה", ובהמשך לכך גם בחוק. איני יודע. לא עשיתי מחקר היסטורי עצמאי, ולא אתיימר להכריע או אפילו לצדד בתזות ההיסטוריות שהוצגו בעניין זה בפרק הראשון. הסיבות לשינויי העבר הרחוק אינן מכריעות לצורך חיבור זה; השינויים כשלעצמם הם החשובים. תהא הסיבה המדויקת להם אשר תהא, ברי כי עברת הגנבה עברה התחדשות והתפתחות מתמדת במשפט המקובל בשעה שנוולרו סוגים חדשים של התנהגות פוגענית שהאיסור כפשוטו לא כיסה, ובתי המשפט פירשו את מילותיו בהרחבה (ואף בפיקציות) כדי שתכסינה כאמור.

2 השו: Lawrence Lessig, *The Regulation of Social Meaning*, 62 U. CHI. L. REV. 943, 951 (1995).
 3 שאורר כתב משמעותו של כלל משפטי מקושרת למשמעות של השפה שהחוק רותם. היחסים בין מטרות משפטיות לבין השפה שבאמצעותה החוק נכתב חשובים כשלעצמם, אך הם רק חלק מיחסים גדולים יותר, בין החוק לבין הרקע של הנוף החברתי שהיסודות החשובים ביותר שלו הם השפה שבה החברה משתמשת והקטגוריות שהיא רותמת לעצב בהן את העולם. ראו: Frederick Schauer, *Exceptions*, 58 U. CHI. L. REV. 871, 872 (1991).

הנוסחה האנגלית הוותיקה, שמלאה כמאה תמימה מאז חקיקתה (1916), נוסחה שמצאה את דרכה אל חוק העונשין שלנו, כבר אינה בנמצא באנגליה.

כפי שנכתב בפרק השני, אנגליה בחרה בנוסחה שונה למדי, בין היתר בשל המסקנה שהנוסחה הקודמת, לאחר שנים רבות מדי של פרשנות שיפוטית, הפכה עמומה, מקיפה ובלתי מובנת. עברת הגנבה החדשה באה להשיג רוחב ופשטות. ייתכן שהשיגה את הרוחב, אך ספק אם השיגה את הפשטות. גם בארצות הברית נעשו ניסיונות לפשט את העברה המורכבת, וגם שם הושמעה ביקורת על המגמה להרחיב את נוסח העברה ולאחדה עם עברות קרובות. נראה שגם במדינות נוספות טרם נמצאה נוסחה מנצחת לעברה, נוסחה שתהיה מופשטת וכללית, תמציתית ובהירה, מדויקת וקולעת.

ומה אצלנו? עברת הגנבה בישראל, הכוללת שתי חלופות יסוד, וכל אחת מהן כוללת רכיבי עברה רבים, זכתה לפרשנות פסיקתית לאורך עשרות שנים. הפרק השלישי העלה כי לא הגנבה הקלאסית עמדה במוקד תשומת לב של בית המשפט העליון אלא דווקא הגנבה בידי סוכן/ נפקד/ מורשה. בית המשפט נגע בכל יסודות העברה. חלקם זכו לניתוח נרחב ולמבטים רבים, וחלקם למילים קצרות ולאמרות אגב. גם ההצדקות לעברות הוזכרו, אם כי לא תמיד בהרחבה, לא תמיד תוך הנמקה והסבר, ולא תמיד בעקיבות.

הבנת היסודות חשובה; זיהוי ההצדקות לעברות חשוב גם הוא, לפחות אם יוצאים לרגע מתוך המשפט הפלילי הפורמלי ונוקטים מבט נורמטיבי. ובמבט כזה העמידה על הקשר ועל ההתאמה בין היסודות לבין ההצדקות חשובה ומורכבת במיוחד. כעולה מהפרק הרביעי, פירוק העברה לגורמים, פירוק ליסודות ולהצדקות, מגלה ליקויים בעברה, סוגים של מצבים טיפוסיים לא מעטים שאין בהם התאמה בין יסודות העברה לבין הצדקות שונות שהוצעו לה. בחלק מן המצבים היסודות מתקיימים, אך אין פגיעה בערכים המוגנים, שלכאורה ניצבים מאחורי העברה. בחלק אחר הערכים המוגנים נפגעים, אך היסודות אינם מתקיימים. חוסר התאמה זה מלמד כי ניסוח יסודות העברה אינו מוצלח מספיק או שההצדקות המוצעות אינן חדות דיין. הפירוק לגורמים מלמד כי שתי התצורות הטיפוסיות של עברת הגנבה בישראל אינן דומות, אינן מכילות זו את זו ואינן שעונות על אותה הצדקה. מסקנה זו, אם נכונה היא, מצדיקה פיצול של העברה לשתי עברות, כמקובל בשיטות משפט אחרות: הגנבה הקלאסית מזה והמעילה מזה. חשיבה אנליטית על עברת הגנבה מלמדת כי אמנם הגיע הזמן לדיון מחודש בעברת הגנבה: בשאלת אחידותה (הגנבה והמעילה), בשאלת נוסחה (יסודות העברה) ובשאלת ההצדקות שעומדות מאחוריה כמו גם אלו שאינן עומדות (הערכים המוגנים).

האם הצורך בדיון מחודש כאמור נובע מהמורניזציה, מהעולם המשתנה, עולם ההולך ונשען על מידע? סוגים שונים של התנהגות מודרנית מתקשרים לגנבה או מזכירים אותה באופן זה או אחר. האם במבט על סוגי התנהגות כמו תמרון חשבון בנק ממוחשב, שיתוף קבצים באינטרנט, העתקת מידע ללא הרשאה, התחזות לאחר וגנבה ספרותית, מזהים פגיעות שמזכירות את פגיעתה של הגנבה? האם קיים מכנה משותף? ואם כן, האם הוא מצוי בלשונה של עברת הגנבה כנוסחה כיום? כפי שנכתב בפרק החמישי, דומני שסוגי התנהגות אלו אינם דומים לגנבה, הן מבחינת משפט פלילי פורמלי (יסודות העברה) והן מבחינת משפט פלילי נורמטיבי (תשלובת ערכים מוגנים). ככתוב בראשית הסיכום, אתגרי המודרניזציה אינם מתמצים בהעמדת החוק הקיים בפני התפתחויות כלכליות, טכנולוגיות, חברתיות ומשפטיות אלא גם בהעמדתו בפני שפה חיה, נושמת ומתפתחת.

שפה חיה, נושמת ומתפתחת כיצד? מבחינה מטפורית, כמובן. "גנבה" אינה רק מונח משפטי, וכל מונח משפטי נשא משמעות חברתית כלשהי לפני שנטל משמעות משפטית. לעתים מונח נושא

משמעות משפטית כמעט באופן בלעדי ומנותק ממשמעות חברתית, ככל שאינו נהוג בשפת העם. לעתים אחרות המונח כולל ערך חברתי שאינו תלוי במשמעות המשפטית הפורמלית שלו. כך הוא המצב, להבנתי, באשר למונחים "גנבה" ו"גנב". למונחים אלו חשיבות חברתית רבה, שמן הסתם קשורה למשמעות המשפטית (אך לא תלויה בה לחלוטין), שכמובן בתורה נולדה בעקבות המשמעות החברתית. הזיקה ויחסי הגומלין בין המשמעויות מורכבים, ואני מודה שאינם נהירים לי די צורכם. נהירה לי יותר הנטייה החברתית למצוא, בחשיבה אינטואיטיבית, זהות בין שני סוגי התנהגות או התאמה של סוג התנהגות ספציפי לסוג התנהגות כללי יותר. אינטואיציה עשויה להספיק לשם אמירה חברתית שלפיה "שיתוף קבצים הוא פיראטיות". היא אינה יכולה להספיק לאמירה משפטית כזו. בשביל אמירה משפטית נדרש מאמץ פרשני רב יותר, תוך עמידה מדוקדקת על דרישות הפן הפורמלי של המשפט מחד גיסא ותוך זיהוי חד כפי האפשר של תכלית המשפט מהפן הנורמטיבי מאידך גיסא. מבט זהיר מגלה כי האינטואיציה לעתים מכזיבה, אפילו באשר להתנהגות שמזכירה מאוד את הגנבה הקלאסית, כדוגמת תמרון חשבון בנק ממוחשב. האינטואיציה אינה יכולה להכתיב את התוצאה, וכך גם חוש הצדק. כבודם של אלו רב עד מאוד בעיניי, אך הסכנה בהישענות מוחלטת על האינטואיציה גדולה היא, וערכיותו של הפרשן אינה יכולה לאפשר דריסתם של עקרונות המשפט הפלילי הפורמלי, עקרונות שבתורם מתקשרים לערכים חשובים לא פחות מערכי הפרשן.⁴

לטעמי, במצב שבו דרישות המשפט הפורמלי אינן מתקיימות, ואין דרך לשונית סבירה לפרוס את לשון העברה על סוג חדש של התנהגות פוגענית, הפתרון הערכי אינו פרשנות יצירתית ורחבה ותכליתית אלא עדכון של ספר החוקים. איסור פלילי אינו מטפורה, ואף שמטפורות הן כלי מחשבה מעולה וחשוב, אין לתת להן להוביל אותנו את מלוא הדרך ולהתעלם מעקרונות יסוד. תאוריה וחברה – חברה עדיפה. אם כושלת התאוריה, יש לשוב ללוח הסרטוטים ולהרהר בתאוריה, אך עד שכן ייעשה, אין לשכוח שהתאוריה כהשתקפותה בחוק מגלמת את ערכי החברה. את עברת הגנבה יש לתקן לדעתי בחקיקה, ואין לפרשה באופן מלאכותי כדי לתת מנוחה רגעית לאינטואיציה ולתחושת הצדק שלנו. אלו, מטיבם, אינם שוקטים במהרה.

ד. סוף דבר

עברת הגנבה, כך נאמר ונכתב בישראל משך עשרות שנים, מגנה על ערך הקניין. האומנם? קיימות בעולם דרכים רבות כל כך לפגוע בקניין, ודרכים רבות כל כך להגן על קניין. איך אפשר לדבר על צורך בשינוי עברת הגנבה בלי להבין לעומק את הערך המוגן בה? בלי לחדד אותו באופן שיבדיל את עברת הגנבה מהתנהגויות רבות אחרות שפוגעות בקניינו של אדם? פלישת עץ לחצרו של אחר, הפרת התחייבות כספית, שריטת רכב, התחמקות מתשלום מזונות, הלנת שכר, הטעיית צרכנים, תיאום מחירים – כל אלה התנהגויות שפוגעות בקניינו של אחר. למשפט קווי הגנה שונים לערך הקניין, חלקם מצויים במשפט האזרחי וחלקם במשפט הפלילי. דיני קניין, דיני חוזים, דיני נזיקין, דיני משפחה, דיני עבודה, דיני צרכנות, דיני הגבלים עסקיים וענפים רבים נוספים – כולם כוללים הגנות שונות על הקניין (וכמובן גם על ערכים נוספים). עברת הגנבה, עברת המרמה, עברת השוד, עברת הסחיטה, עברת ההיזק

4 ראו אסף הרדוף "דיני העונשין גולשים באינטרנט: היסוד הפיזי הווירטואלי" הפרקליט נב 67, 132, 141 (2013).

בזדון ועברות אחרות, רבות מספור – כוללות הגנות שונות על הקניין (וכמובן גם על ערכים נוספים). לכן אי אפשר לטעון באופן משכנע שהצורך להגן על הקניין, כשלעצמו מצדיק באופן כללי פריסה מחדש של עברת הגנבה. הכרחי למצוא משהו שנפגע בעברת הגנבה מחד גיסא ואינו נפגע כלל או אינו נפגע באותה מידה מסוגי התנהגות אחרים מאידך גיסא. אותו "משהו" מתקשר להיסטוריה ולמודרניזציה, וכמובן חייב להתקשר ליסודות עברת הגנבה. יסודות העברה, בתורם, הם תלוּי-פרשנות מילולית ופרשנות תכליתית. השפה היא דבר משתנה, והפרשנות התכליתית, תלוּי-הפרשן, מתקשרת להצדקה. כלומר, יש משהו מעגלי בתהליך של זיקוק הערך המוגן בעברה שכבר זכתה לפרשנות. ובכל זאת התהליך חיוני, גם אם אינו מביא לזיקוק ולזיהוי חד לחלוטין של הערך המוגן, ולו משום שהתהליך כרוך בחשיבה מחדש הן על יסודות העברה, הן על תשלובת הערכים המוגנים בה והן על איתנות הקשר בין היסודות לתשלובת. תהליך כזה מאפשר תשובה שלמה ומדויקת מכפי שעשויה להינתן על ידי האינטואיציה וחוש הצדק שלנו.

האם שיתוף קבצים ותמרון חשבון בנק ממוחשב הם גנבה? האם סוגי התנהגות נוספים, שבהם לא נגעתי במפורש במחקר זה, הם גנבה? האם התעברות תוך מצג שווא מצד האישה בדבר נטילת אמצעי מניעה היא גנבה של זרע? האם השתלטות על שם תחום היא גנבה?⁵ אפשר להעלות על הדעת קושיות נוספות. דומה כי שאלות רבות לא תעלינה לדיון ישיר בבתי המשפט, אולי בהיעדר מתלונן או בשל ספק של רשויות התביעה. באשר לשאלות שעוד תעלינה, ודומה שעידן המידע והמחשוב רק בראשיתו, שתי אפשרויות ניצבות בפני שחקנים שונים במערכת המשפט.

האפשרות האחת מוצבת לפתחו של המחוקק: הפללה ישירה ומפורשת של סוג התנהגות פוגעני שהולך ונהיה נפוץ ומאיים, או הסדרה אחרת של אותו סוג התנהגות. כך למשל יכול המחוקק לאסור במישרין ובמפורש על תמרון חשבון בנק ולכנות התנהגות זו "גנבה אלקטרונית". כפי שכבר כתבתי, זו האפשרות הרצויה לטעמי, הן משום שהיא מתקבלת בידי הפורום המתאים ביותר (מבחינת לגיטימציה, כלים, זמן ותקציב) להתוויית הסדר חברתי רחב, והן משום שרק כך תיתכן חליפה ייחודית שיש לה סיכוי גבוה משל קודמתה שלא לכסות יותר מכפי הדרוש או פחות ממנו, חליפה שגם תזכה בתווית הולמת, חדה ומדויקת, שתבהיר היטב את הסכנה הנובעת מסוג ההתנהגות, במקום להכניס עוד ועוד סוגי התנהגות למסגרת יחידה שאינה מתאימה בהכרח.

האפשרות השנייה מונחת לפתחן של רשויות האכיפה והרשות השופטת: בהיעדר חוק מפורש ניתן לגשת לעברת הגנבה ולנסות לפרוס יסוד מיסודותיה ולנקוט פרשנות רחבה בשם הרצון להגן על ערכים חברתיים. אם כך יהיה – ובשל מיעוט האיסורים הפליליים המתייחסים במפורש להתנהגות ממוחשבת יש סיבה לשער שכך יהיה – שומה על הרשויות האמורות לצעוד צעדים קטנים וזהירים תוך כיבוד מרבי של עקרון החוקיות והערכים שהוא מגלם. גבולות המשפט הפלילי מעוצבים לא רק על ידי מחוקקים אלא גם על ידי בתי משפט ועל ידי רשויות האכיפה.⁶ מבין שלושת הגופים הללו המחוקק

5 בתקשורת האמריקנית דווח על אדם שהודה ב"גנבת שם מתחם" והורשע. הגנבה התבטאה בשינוי שערך והעביר שם תחום לשליטתו ובהמשך מכרו לשחקן כדורסל שלא ידע שהכתובת "נגנבה". דווח שהתביעה תעתור לחמש שנות מאסר ולפיצויים. ראו: <http://mashable.com/2010/12/13/man-pleads-guilty-domain-theft-case/> (נבדק לאחרונה ביום 15.3.2014).

6 ראו את דברי הביקורת המשכנעים של סטאנטז: החוק עלי ספר משנה הרבה פחות מהחוק כפי שנאסף על ידי המשטרה והתביעה, שלמעשה הן שמסרטות את החוק; William J. Stuntz, *Self-Defeating Crimes*.

הוא המתאים מכול לסרטט מסגרות כלליות וזה גם תפקידו. הרצון להגן על ערכים ולממש את תחושת הצדק, רצון חשוב וחיובי כשלעצמו, אינו מצדיק נטילה ונשיאה של תפקיד המחוקק, אפילו אם אין לאיש כוונה לשלול אותו שלילת קבע. יסודות העברה נושאים משמעות לשונית טבעית, ואין ליטול אותם הרחק ובכך להפוך אותם למטפורה במהלך שניתן לדמותו לגנבה של מלאכת המחוקק.

86 VA. L. REV. 1871 (2000); William J. Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, 100
MICH. L. REV. 505 (2001)

מפתחות

מפתח חקיקה

חקיקה ישראלית

194	[חוק] איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965	1
194		6
(14)64	[פקודת ה]דואר [נוסח חדש]	84
194	[חוק] הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981	1
131		2
194 ,131		3
194 ,134		5
194 ,131		
(125)146	[חוק] השבת אבידה, התשל"ג-1973	9
	[חוק] זכות יוצרים, התשס"ח-2007	5-4
177		11
177		19-18
(60)182		48-47
177		52
183		62-61
183		
22	[פקודת ה]חוק הפלילי, 1936	5
64		263
85 ,65		(ג)263
64		265
73		267
76 ,73		268
74 ,73		270
64		275
64		276
64		(ב)276
60		286
139		310
64		
(4)166	[חוק ה]מחשבים, התשנ"ה-1995	5-3
172		

עברת הגנבה	214
(145)160	[פקודה ל'מניעת טרור, התש"ח-1948 (א)4]
118	[חוק ה]מקרקעין, התשכ"ט-1969 סימן ב'
134	[חוק] סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 186
191	[חוק] עולות מסחריות, התשנ"ט-1999 1
191	(א)1
190	5
191-190	6
191	7
191	11
22	[חוק ה]עונשין, התשל"ז-1977 (א)20
149	22
(15)169	23
(15)169	28
(15)169, 141	34
(15)169	א34
(15)169	ח34
146	ז34
138	ח34
(114)142	כא34
(116)143, 136, 129, (70)119	כד34
(14)169	47
(14)169	52
140	99
148	111
(13)168	(ב)144
148	159
(16)169	176
136	(ב)203
136	(3)216
136	(ב)245
136	(ב)246
193, 65	283
(114)141	(ב)290
(16)169	א291
(16)169	295
(15)169	(ב)303
134	(א)316
(17)169	325
130	345

215	מפתח חקיקה
134	(1)(א)345
136	(2)(א)345
136	367
131	378
194,172,165,163,129,88-87,(32)70,65,59,16-13	383
88,77,(28)69	(א)383
92,90,72-71	(1)(א)383
97,95-94,90,84,79,74-71,68	(2)(א)383
(16)169,152,96,93	(ב)383
168,129-128,93	(ג)383
77,71	(1)(ג)383
142	(3)(ג)383
87	(4)(ג)383
89,14	384
14	א384
14	385
73	386
73	387-386
99,96,80,78,14	388-386
(14)64,14	390
71	393-390
(16)169,82	392
90,79-78	393
123	394
117	396-395
117	399
(86)189,146,136,93,88,14	400
120	401
(94)134,133	402
133	405-404
(39)73	(א)407
(39)73	(ב)407
130	412-411
(18)169	412
(18)169	413
(72)120	א413
120	א413
117	ה413
117	א413
136	ה413
117	ט413
(132)151,(98)136,135,78	414
135	415
(16)169	א424
133	428
(114)141	431
194-193	441
194	442

עברת הגנבה	216
192	443
192	445
120	447
117	451
117	457
120	458
(15)169	(ב)499
(15)169	(ב)502
14–13	פרק י"א
13	סימן א'
14	סימן ג'
14	סימן ד'
14	סימן ה'
14	סימן ה'1
15	סימן ו'
193 ,15	סימן ז'
15	סימן ח'
15–14	סימן ט'
(28)69 ,69–68	[חוק ה]שומרים, התשכ"ז–1967
(32)70	[חוק ה]שיפוט הצבאי, התשט"ו–1955 84

חקיקה זרה

(23)172	הקוד הפלילי האוסטרלי 330
202 , (49)179 , (9)167 , (152)163 , 85 , 80 , 74–73 , 67 , 66 , 64 , 45–42	חוק הגנבה האנגלי (Larceny Act)
56–54	חוק העונשין הגרמני
54	242
56	243
56	244
56	246
56	247
56	248א–ג
56	263
56	266
54	פרק 19
56	פרקים 20–22
	הקוד הפלילי הצרפתי
56	(4)–(1)311
57	(10)–(5)311
57	314–312
57	324–321

217	מפתח חקיקה	
73	החוק הפלילי של קווינסלנד	
	(Criminal Code (R.S.C., 1985, c. C-46))	הקוד הפלילי של קנדה
52		322
52		(1)322
53		324
53		325
53		326
53		330
53		334
53		335
53		336
53		341
53		342
53		342.1
73	1928	החוק הפלילי הקפריסאי משנת
Geo. 2, ch. 25 (1729)		70(31)
30 Geo. 2, ch. 24 (1757)		35(56)
39 Geo. 3, ch. 85 (1799)		35(53)
33 Hen. 8, ch. 1 (1541)		35(55)
17 U.S.C. § 107		182(60)
17 U.S.C. § 512 (2006)		174(27)
17 U.S.C. § 1201 (2006)		174(27)
17 U.S.C. § 1204 (2006)		174(27)
18 U.S.C. § 641 (1982)		146(123)
18 U.S.C. § 1839 (2006)		191(93)
18 U.S.C. § 1839(3)(b)		191(93)
18 U.S.C. § 2512(1)(a)		186(76)
“Black Act”, 9 Geo. 2, ch. 22 (1723)		36(58)
Copyright Amendment Regulations 2006 (Cth)		181(55)
Copyright Felony Act Pub. L. No. 102-561, 106 Stat. 4233 (1992)		173(26)
Crimes Act (1961–2003) (NZ) S. 219		138(104)
dig. just. 47.2.27		70(31)
Digital Millennium Copyright Act (DMCA) Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860		174(27)
Economic Espionage Act of 1996, Pub. L. No. 104-294, 110 Stat. 3488 (codified at 18 U.S.C. §§ 1831–1839) (EEA)		191(93)

עברת הגנבה	218
Electronic Communications and Privacy Act of 1986 (ECPA)	186(76)
Fraud Act 2006	172(24)
Identity Theft Enforcement and Restitution Act 2008	195(102)
Model Penal Code (1985)	
222.1(1)	197(109)
223	48
223.0(6)	48, 49(30)
223.1	47
223.2	48, 49(31)
223.3	48
223.4–223.9	48(29)
Ch. 31	48(29)
Ch. 113	49(29)
No Electronic Theft (NET) Act of 1997, Pub. L. No. 105-147, 111 Stat. 2678 (1997)	174(26)
The New Zealand Crimes Act 1961	138(104)

מפתח פסיקה

פסיקה ישראלית

Interlego 'נ' Exin-Lines, ע"פ 513/89, פ"ד מח(4) 133 (1994)
World ORT 'נ' אורט ישראל, ע"פ 5207/08 (פורסם בנבו, 1.2.2011)
(31)175
(94)191

א

אבטובול 'נ' מדינת ישראל, ע"פ 472/74, פ"ד כט(2) 301 (1975)
אבשלומוב 'נ' מדינת ישראל, ע"פ 2774/12 (פורסם בנבו, 19.3.2013)
אזואלוס 'נ' מדינת ישראל, ע"פ 3071/92, פ"ד נ(2) 573 (1996)
אלבה 'נ' מדינת ישראל, ע"פ 2831/95, פ"ד נ(5) 221 (1996)
אלבו 'נ' מדינת ישראל, ע"פ 91/74, פ"ד כט(1) 407 (1974)
אלמגור 'נ' מדינת ישראל, ע"פ 69/82, פ"ד לז(4) 757 (1983)
,93 ,90 ,(14)—(12)64 ,64
(147)161 ,161 ,(114)142
(94)134
(100)137 ,137
(15)65
,(27)69 ,(22)67 ,67
154 ,97 ,94 ,90 ,(74)85
(145)160
(73)121
אקסלרוד 'נ' מדינת ישראל, מ"ח 8390/01 (פורסם בנבו, 17.10.2005)
אש"ד, מרכז זמני לתחבורה 'נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, ע"פ 53/54,
פ"ד ח(1) 785 (1954)

ב

בורוכוב 'נ' יפת, ע"פ 677/83, פ"ד לט(3) 205 (1985)
ביטון 'נ' מדינת ישראל, דנ"פ 1042/04 (פורסם בנבו, 27.11.2006)
ביטון 'נ' סולטן, רע"פ 9818/01, פ"ד נט(6) 554 (2005)
בנו 'נ' מדינת ישראל, ע"פ 396/69, פ"ד כד(1) 561 (1970)
בצראוי 'נ' היועץ המשפטי, ע"פ 200/56, פ"ד יא 468 (1957)
ברזל 'נ' מדינת ישראל, ע"פ 752/90, פ"ד מו(2) 539 (1992)
(109)140
(103),(101)137
(109)140
(100)137
94 ,90 ,85 ,65 ,(2)61
,117 ,98—97 ,90 ,70 ,(25)68 ,68
154 ,(102)137

ג

ג'בארין 'נ' מדינת ישראל, דנ"פ 8613/96, פ"ד נד(5) 193 (2000)
(145)160

ה

הוכשטט 'נ' מדינת ישראל, ע"פ 250/84, פ"ד מ(1) 813 (1986)
הורוביץ 'נ' מדינת ישראל, ע"פ 2103/07 (פורסם בנבו, 31.12.2008)
היועץ המשפטי לממשלה 'נ' אשכנזי, ע"פ 14/62, פ"ד טז 571 (1962)
היועץ המשפטי לממשלה 'נ' בנא, ע"פ 126/58, פ"ד יג 897 (1959)
היועץ המשפטי לממשלה 'נ' ברזילי, ע"פ 124/64, פ"ד יח(4) 757 (1964)
הירשזון 'נ' מדינת ישראל, ע"פ 7641/09 (פורסם בנבו, 4.7.2011)
הרנוי 'נ' מדינת ישראל, ע"פ 232/93, פ"ד מז(5) 787 (1993)
(115)143 ,143 ,(70)119
93 ,91 ,90 ,(51)77 ,77
(9)63
90 ,(3)61
(6)62 ,63—61
,94 ,90 ,(64)—(63)82
(96)134 ,134 ,98—97
,88 ,78—76 ,73 ,(32)70 ,69
(21)171 ,171 ,144 ,117 ,98 ,93 ,90 ,(90)89

- ו
וענונו נ' מדינת ישראל, ע"פ 172/88, פ"ד מד(3) 265 (1990) (108)140
- ז
זולברג נ' היועץ המשפטי לממשלה, ע"פ 27/56, פ"ד י 636 (1956) 96-95, 90, 78, 61, (1)60
זלוטובסקי נ' מדינת ישראל, בש"פ 7368/05 (פורסם בנבו, 4.9.2005) (84)189
- ט
טריביש נ' היועץ המשפטי לממשלה, ע"פ 141/59, פ"ד יג 1793 (1959) 95, 90, 69, (5)-(4)61
- י
יהודה נ' מדינת ישראל, ע"פ 176/74, פ"ד כט(1) 550 (1974) 96, 90, (74)85, (9)62, 62
יקרביץ' נ' מדינת ישראל, ע"פ 7193/04 (פורסם בנבו, 30.4.2007) (30.4.2007) 122, 117, 98-96, 90, (47)76, 76
154-153, 125
- כ
כץ נ' מדינת ישראל, ע"פ 515/75, פ"ד ל(3) 673 (1976) (32)70
- מ
מדינת ישראל נ' אופנהיים, ע"פ 1075/98, פ"ד נד(1) 303 (2000) 154, 97-96, 93, 90, (41)-(40)73, 73
מדינת ישראל נ' אלוני, ע"פ 594/81, פ"ד לו(2) 57 (1982) 94, 90, 85, 67-66, (19)-(17)66, 65
מדינת ישראל נ' אפשטיין, ע"פ 164/69, פ"ד כג(1) 825 (1969) 94, 90, (7)62, 62
מדינת ישראל נ' גולדין, ע"פ 6350/93, פ"ד מט(4) 1 (1995) (36)-(35)72, (34)-(33)71, 70
151, 147, 120-119, (701)119, 99-98, 96-95, 93, 90, 79-78, (43)74, 74
מדינת ישראל נ' דרוויש, ע"פ 121/88, פ"ד מה(2) 663 (1991) 134, 129, 94-93, (24)68, (23)67, 67
מדינת ישראל נ' האפרתי, ת"פ (מחוזי ת"א) 40061/06 (פורסם בנבו, 27.3.2006) (84)189
מדינת ישראל נ' חרבוש, ע"פ 8416/09 (פורסם בנבו, 9.6.2010) (13)169
מדינת ישראל נ' כהן, ע"פ 419/92, פ"ד מז(3) 821 (1993) (24)68
מדינת ישראל נ' כהן, דנ"פ 10987/07 (פורסם בנבו, 2.3.2009) 161, (114)141, 141, (75)122, (12)64
מדינת ישראל נ' מזרחי, ת"פ (שלום-ים) 3047/03, פ"מ התשס"ג(3) 769 (2004) (4)166
מדינת ישראל נ' עו"ד רוזנפלד, ע"פ 202/69, פ"ד כג(2) 322 (1969) 96, 90, (8)62, 62
מדינת ישראל נ' עזרא, ת"פ 31579-11-11 (פורסם בנבו, 27.5.2013) (21)171
מדינת ישראל נ' פילוסוף, ת"פ (מחוזי ת"א) 40206/05 (פורסם בנבו, 5.2.2007) (84)189
מדינת ישראל נ' פרץ, דנ"פ 6/75, פ"ד כט(2) 545 (1975) 94, 82, (11)64
מדינת ישראל נ' רובבשי, ע"פ 1478/91, פ"ד מו(1) 829 (1992) (70)119
מדינת ישראל נ' רום, רע"פ 11066/03 (פורסם בנבו, 28.5.2007) (50)77
מימון נ' מדינת ישראל, ע"פ 4086/91, פ"ד מו(2) 868 (1992) (39)72
מירילשוילי נ' מדינת ישראל, ע"פ 861/79, פ"ד לה(4) 163 (1981) (14)64
מכנס נ' מדינת ישראל, ע"פ 2037/05 (פורסם בנבו, 28.11.2007) 154, 97, 90, (48)76, 76
מנוף נ' מדינת ישראל, ע"פ 356/74, פ"ד כט(2) 824 (1975) 96, 90, (74)85, (10)63, 63
מרקדו נ' מדינת ישראל, ע"פ 8710/96, פ"ד נא(5) 481 (1997) (78)123, (33)71
משולם נ' מדינת ישראל, דנ"פ 4603/97, פ"ד נא(3) 160 (1998) (74)122, (16)65
משריקי נ' מדינת ישראל, ע"פ 360/82, פ"ד לז(2) 124 (1983) (20)66, 67-66
154, 140, 96, 94, 90, (74)85, 82, 68, (21)67

(74)85 מתוק (מעתוק) נ' מדינת ישראל, ע"פ 629/78, פ"ד לג (1) 156 (1978)

נ

(39)73, 72 נג'אר נ' מדינת ישראל, ע"פ 7085/93, פ"ד נא (4) 221 (1997)
 נכט נ' היועץ המשפטי לממשלה, ע"פ 132/57, פ"ד יא 1544 (1957)
 (94)134 נרקיס נ' מדינת ישראל, ע"פ 10996/03 (פורסם בנבו, 27.11.2006)
 ,94, 90, 79, 76-75, (46)75
 154-153, 140, 122, 117, 99-96

ס

, (30)-(27)69, (26)68, 68 סוקולובסקי נ' מדינת ישראל, ע"פ 293/89, פ"ד מו (3) 92 (1992)
 157, 154, 125, 99, 97-95, 90, 78

ע

(107)140 עג'מי נ' היועץ המשפטי לממשלה, ע"פ 63/58, פ"ד יג (1) 421 (1959)

פ

, (57)-(54)79 פרי נ' מדינת ישראל, דנ"פ 2334/09 (פורסם בנבו, 23.5.2011; 22.10.2009)
 , 122, 117, 99-95, 90, 82, (62)-(61)81, (59)-(58)80
 (144)160, 158, 156-151, (95)134, 134, (81)124, 124, (78)122
 , 97-96, 93, (53)-(52)78, 78 פרי נ' מדינת ישראל, ע"פ 1784/08 (פורסם בנבו, 5.2.2009)
 154-153, (98)136 פרי נ' מדינת ישראל, מ"ח 10262/09 (פורסם בנבו, 2.11.2010)
 (54)79

צ

94, 90, (37)72, 72 ציוני נ' מדינת ישראל, ע"פ 7318/95, פ"ד נ (3) 793 (1996)

ק

93, 91, 87, 85, 72, (16)-(15)65, 64 קטורזה נ' מדינת ישראל ע"פ 648/78, פ"ד לג (1) 517 (1979)

ר

(32)70 רב"ט דניס נ' התובע הצבאי הראשי, ערעור 8/97 (פורסם בנבו, 30.4.1997)
 , (45)-(44)75, (43)74, 75-74 רויטמן נ' מדינת ישראל, ע"פ 2597/04 (פורסם בנבו, 20.11.2006)
 151, 122, 117, 99-97, 95, 81, 78
 , 96, 90, (49)76, 77-76 רום נ' מדינת ישראל – פרקליטות מחוז ת"א פלילי, ע"פ (מחוזי ת"א) 71103/01 (פורסם בנבו, 22.7.2003)

ש

(22)105 שוורץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 88/10 (פורסם בנבו, 12.7.2010)

פסיקה זרה

Carver v. Pierce, 82 Eng. Rep. 534 (K.B. 1648) 70(31)
 MGM Studios Inc. v. Grokster Ltd., 545 U.S. 913 (2005) 182(61)
 R. v. Feely, [1973] 1 All E.R. 341 85(74)

עברת הגנבה	222
R. v. Hinks, [2001] 2 AC 241	46(22)
R. v. Middleton, (1873) LR 2 CCR 38	29(31)
Rex v. Bazeley, 2 Leach 973 (3d London ed. 1800) (Case Cccxi), 168 Eng. Rep. 517 (Cr. Cas. Res. 1799)	35(52)
Rex v. Pear, 1 Leach 253 (3d London ed. 1800) (Case CV), 168 Eng. Rep. 208 (Cr. Cas. Res. 1779)	27(28)
Sony Corp. v. Universal City Studios, 464 U.S. 417 (1984)	182(57)
The <i>Carrier's Case</i> , Y.B. Pasch. 13 Edw. 4, f. 9, pl. 5 (Ex. Ch. 1473), <i>reprinted in</i> 64 SELDEN SOC'Y 30 (1945)	22(12)
United States v. Czubinski, 106 F.3d 1069 (1st Cir. 1997)	190, 190(89)
United States v. Seidlitz, 589 F.2d 152 (4th Cir. 1978)	190, 190(88)
Velumil (1989) Crim L.R. 299	45(21)

מפתח ספרים

ספרים בעברית

- ג'ודי ברודר סייג זוטי-הדברים (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת בר-אילן, 2001) (4)102
- חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובוועז שנור לשון הרע – הדין המצוי והרצוי (2005) (3)102
- חנוך דגן קניין על פרשת דרכים (2005) (60),(58)115,(53)114,(52)113
- מיגל דויטש עוולות מסחריות וסודות מסחר (2002) (92)191,(91)190,(81)188,(70)185,(43)177
- גבריאל הלוי תורת דיני העונשין כרך ד (2010) (128)147,(110)140,(94)134,(90)89
- אסף הרדוף הפללה תכליתית (טרם פורסם) (59)115(44)111,(69)40
- אסף הרדוף הפשע המקוון (2010) (46)112,(39)109,(22)105,(11),(9)103
- ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך ג (1992) (88)–(87)89
- מרדכי קרמניצר המרמה הפלילית (2008) (93)133,(79)123,(8)103,(3)102,(91)99,(86)89,(85)88
- מרדכי קרמניצר עיקרי מבנה וארגון של העברות הספציפיות (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 1980) (10)168,(135)157,(132)151,(130)149,(124)146,(97)134
- מרדכי קרמניצר וארגון של העברות הספציפיות (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 1980) (73)–(71)84,(70)–(66)83
- מרדכי קרמניצר וחאלד גנאים הסתה, לא המרדה – ההמרדה בדיני העונשין: הדין המצוי והדין הרצוי (1997) (8)103
- יובל קרניאל הפרת אמונים בתאגיד (2001) (10),(8)103,(5)102
- יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין (2008) (89)89
- יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין (מהדורה 2, 2010) (89)89
- גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות – לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי (2009) (34)108

ספרים בלועזית

- A
- ANDREW ASHWORTH, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW (4th ed., 2003) 42(3), 45(20)–(21), 132(90), 158(137)
- ANDREW ASHWORTH, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW (5th ed., 2006) 103(10)
- B
- JEREMY BENTHAM, THEORY OF LEGISLATION (reprinted, 1975) 103(12), 113(50)
- WILLIAM BLACKSTONE, BLACKSTONE'S COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND (1765–1769) 24(23)
- MICHAEL BOHLANDER, PRINCIPLES OF GERMAN CRIMINAL LAW (2009) 54(52)–(53), 55(54)–(58), 56(59)–(62)
- BRACTON, ON THE LAWS AND CUSTOMS OF ENGLAND 144b 33(48)

C

DOUGLAS E. COMER, COMPUTER NETWORKS AND INTERNETS – WITH INTERNET APPLICATIONS (4th ed., 2003) 185(72)

D

JOSHUA DRESSLER, CASES AND MATERIALS ON CRIMINAL LAW (3rd ed., 2003) 21(6), 47(26)

G

GERALD H. GORDON, THE CRIMINAL LAW OF SCOTLAND (2nd ed., 1978) 45(21)

PETER GRABOSKY, RUSSELL G. SMITH & GILLIAN DEMPSY, ELECTRONIC THEFT – UNLAWFUL ACQUISITION IN CYBERSPACE (2001) 166(3)

EDWARD GRIEW, THE THEFT ACTS (7th ed., 1995) 21(8), 42(4), 44(15), 45(20)

HYMAN GROSS, A THEORY OF CRIMINAL JUSTICE (1979) 104(18)–(19)

F

JOEL FEINBERG, THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: HARM TO OTHERS (1984) 103(6), 105(22)

JERRY FITZGERALD, BUSINESS DATA COMMUNICATIONS AND NETWORKING (7th ed., 2002) 185(72)

GEORGE FLETCHER, RETHINKING CRIMINAL LAW (1978) 23(18)

GEORGE P. FLETCHER, THE GRAMMAR OF CRIMINAL LAW: AMERICAN, COMPARATIVE, INTERNATIONAL (2007) 131(87)

CHRISTIAN FUCHS, INTERNET AND SOCIETY – SOCIAL THEORY IN THE INFORMATION AGE (2008) 184(64)

H

JEROME HALL, THEFT, LAW AND SOCIETY (2nd ed., 1952) 22(11)(13), 23(14)–(16)

JONATHAN HERRING, CRIMINAL LAW – TEXT, CASES AND MATERIALS (2004) 43(13)–(14), 44(16)

DOUGLAS HUSAK, OVERCRIMINALIZATION – THE LIMITS OF THE CRIMINAL LAW (2008) 112(46)

EDWARD HYDE EAST, A TREATISE OF THE PLEAS OF THE CROWN (1803) 32(41)

L

NICOLA LACEY & CELIA WELLS, RECONSTRUCTING CRIMINAL LAW – TEXT AND MATERIALS (2nd ed., 1998) 37(61)–(62), 38(63)–(64), 41(1), 116(60)

WAYNE R. LAFAVE, SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW vol. 3 (2nd ed., 2003) 20(4)–(5), 47(25), 48(27)

M

BERNADETTE MCSHERRY & BRONWYN NAYLOR, AUSTRALIAN CRIMINAL LAWS – CRITICAL PERSPECTIVES (2004) 53(47), 124(80)

JOHN STEWART MILL, ON LIBERTY AND THE SUBJECTION OF WOMEN (1879; reprinted in 1996) 102(6)

O

DAVID ORMEROD & DAVID HUW WILLIAMS, SMITH'S LAW OF THEFT (9th ed., 2007) 81(60)

P

HERBERT L. PACKER, THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION (1969) 103(7), (12), 104(17)–(19)

- ROMUALDO PASTOR-SATORRAS & ALESSANDRO VESPIGNANI, EVOLUTION AND STRUCTURE OF THE INTERNET – A STATISTICAL APPROACH (2004) 167(6)
- NINA PERŠAK, CRIMINALISING HARMFUL CONDUCT: THE HARM PRINCIPLE, ITS LIMITS AND CONTINENTAL COUNTERPARTS (2007) 102(1), 103(10)
- S*
- DAVID SALOMON, FOUNDATIONS OF COMPUTER SECURITY (2006) 185(72), 189(83)
- JONATHAN SCHONSHECK, ON CRIMINALIZATION (1994) 104(13)
- ANDREW P. SIMESTER & GORDON R. SULLIVAN, CRIMINAL LAW – THEORY AND DOCTRINE (3rd ed., 2007) 50(36)–(39), 51(40), 113(48), 115(60), 116(61)
- A.T.H. SMITH, PROPERTY OFFENCES (1994) 42(6), 43(9)–(10), (13), 44(17), 113(49), 116(61)–(62), 118(68), 119(69), 166(3), 189(86)
- JOHN CYRIL SMITH, THE LAW OF THEFT (8th ed., 1997) 21(7)
- JOSEPH WILLIAM SINGER, INTRODUCTION TO PROPERTY (2nd ed., 2005) 113(51), 116(60), 120(71)
- JAMES STEPHEN, A HISTORY OF THE CRIMINAL LAW OF ENGLAND (1883) 34(50)
- MICHAEL STRANGELOVE, THE EMPIRE OF MIND – DIGITAL PIRACY AND THE ANTI-CAPITALIST MOVEMENT (2005) 184(65)
- T*
- ANDREW S. TANENBAUM, COMPUTER NETWORKS (4th ed., 2003) 167(6)
- J.W. CECIL TURNER, KENNY'S OUTLINES OF CRIMINAL LAW (1952) 20(3)
- J.W. CECIL TURNER, RUSSEL ON CRIME (vol 2, 12th ed., 1986) 20(2)
- TOM R. TYLER, WHY DO PEOPLE OBEY THE LAW (With a New Afterword by the Author) (2006) 104(17)
- W*
- PETER WESTEN, THE LOGIC OF CONSENT (2004) 132(89)
- CURT M. WHITE, DATA COMMUNICATIONS AND COMPUTER NETWORKS – A BUSINESS USER'S APPROACH (2nd ed., 2002)
- JAMES BOYD WHITE, HERACLES' BOW: ESSAYS ON THE RHETORIC AND POETICS OF THE LAW (1985) 104(20)
- Z*
- BRUCE ZIFF, PRINCIPLES OF PROPERTY LAW (3rd ed., 2000) 113(50), 115(58), 116(60)

מפתח מאמרים

מאמרים בעברית

א

שרון אהרוני-גולדנברג "חדירה למערכות מחשב – היקפה הרצוי והמצוי של העברה" ספר דיויד וינר – על משפט פלילי ואתיקה 429 (דרור ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009) 145(122), 172(22), 187(80), 189(82)
ניבה אלקין-קורן "הסדרה עצמית של זכויות יוצרים בעידן המידע" עלי משפט ב 319 (2002) 174(29), 177(43), 181(52), 182(58)

ב

דן ביין "עברות של הפרת אימון הקשורות בגנבה" הפרקליט לב 346 (1979) 82(65)
מיכאל בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית המשפט העליון בהכרעות ערכיות" מחקרי משפט יט 591 (2003) 103(10)
מיכאל בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" משפט וממשל יא 9 (2007) 199(118)
ג'ודי ברודר "תיחומו של סייג זוטא-הדברים לאור לשונו של סעיף 34 לחוק העונשין" מחקרי משפט כא 495 (2005) 111(43)

ד

חנן דגן "קריאה קניינית: המוסד הקנייני המתחדש של זכות יוצרים" יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים 39 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009) 114(53), 174(29)–(30), 175(31), 176(36)
מיגל דויטש "חוק המחשבים במבחן העתים – זווית המבט של מציע החוק" שערי משפט ד 257 (2006) 172(22)
הדר דנציג-רוזנברג "הסדר הטלת אחריות לעברה נגרת – הרהורים על אשמה, מידתיות ונוסחת איזון אחרת" ספר דיויד וינר – על משפט פלילי ואתיקה 683 (דרור ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009) 102(5)

ה

אסף הרדוף "אינוס מרחוק או רחוק מאינוס? על מחוקק אדיש, על תביעה יצריתית ועל דיני האונס, מטרתם וגבולותיהם" (טרם פורסם) 133(93)
אסף הרדוף "דיני העונשין גולשים באינטרנט: היסוד הפיזי הווירטואלי" הפרקליט נב 67 (2013) 165(1), 172(22), 186(74), 208(4)
אסף הרדוף "פסקת ההפללה: טיעון חוקתי נגד הפללה – על גבולות המשפט הפלילי וגבולות פסקת ההגבלה" משפטים מב 243 (2012) 139(106), 146(123), 161(146), 204(129)

ח

אמיר חורי "קריאה בין-לאומית: החוק ומקורות ההשפעה הזרים" יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים 237 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009) 181(52)

ט

עופר טור-סיני "דיני קניין רוחני – צעידה אל מילניום חדש (מגמות וחדושים במשפט הישראלי)" קריית המשפט ה 177 (2005) 175(31), 182(58)

אברהם טנבוים "על המטאפורות בדיני המחשבים והאינטרנט" שערי משפט ד 359 (2006) 203(124)

ל

שי לביא "צדק מתקן בפלילים – עיון מחודש ביחס שבין דיני עונשין ומשפט חוקתי" מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 511 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010) 106(28)
אליעזר לדרמן "פעילות פסולה המסתייעת במחשבים ודיני העונשין בישראל" עיוני משפט יג 499 (1988) 143(117), 141(113), 88(84), 74(42)

מ

קנת מן "איי-יושר כמרכיב באחריות פלילית" עיוני משפט י 505 (1985) 85(74)

ס

בועז סנג'רו "מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר?" עלי משפט ה 247 (2006) 104(19)
בועז סנג'רו "פרשנות מרחיבה בפלילים?!" עלי משפט ג 165 (2003) 122(76)

פ

ש"ז פלר "לעיתוי ההשלמה של עברת הגנבה (עברה רגעית, עברה נמשכת או עברת שרשרת)" משפטים י 121 (1980) 85(75)–(76), 86(77)
ש"ז פלר "עוד על 'עוד' – לעניין מומנט ההשלמה של עברה פלילית" משפטים כ 119 (1990) 87(83), 139(105)
גיא פסח "הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים" משפטים לא 359 (2000)
גיא פסח "הבסיס העיוני של עיקרון חופש הביטוי ומעמדה המשפטי של העיתונות" משפטים לא 895 (2001) 174(29)–(30), 175(31)–(32), 176(34)–(35)

ק

רות קנאי "הנחיות לקביעת גזר הדין בפסיקת בית המשפט העליון" משפטים כד 97 (1994) 104(18)
רות קנאי "הצעה לתיקון קביעת גזר הדין" מחקרי משפט יג 227 (1996) 104(18)
מרדכי קרמניצר "האם חסרי עברות אנחנו?" משפטים יג 159 (1983) 102(3)
מרדכי קרמניצר "עוד על עיתוי ההשלמה של עברת הגנבה" משפטים יח 487 (1989) 86(78)–(81), 87(82)
מרדכי קרמניצר "פרשת אלבה: 'בירור הלכות הסתה לגזענות'" משפטים ל 105 (1999) 102(3), 103(8)
מרדכי קרמניצר וליאת לבנון מורג "על היסוד של העדר קנטור בהגדרת ה"כוונה תחילה" – בעקבות דנ"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל" ספר דיוד וינר – על משפט פלילי ואתיקה 547 (דרור ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009) 137(101), 144(118)

ר

חיים רבייה "זכויות יוצרים בתוכנות מחשב ו'גנבה' ממחשב – פסיקה חדשה בישראל" (26.7.2003), www.law.co.il/articles/copyright/2003/07/26/219/ (נבדק לאחרונה ביום 14.12.2013) 77(49)

ש

רון שפירא "מבנה היסוד העובדתי של העברה" מגמות בפלילים: עיונים בתורת האחריות הפלילית 113 (אלי לדרמן עורך, 2001) 118(66)

מאמרים בלועזית

B

- Aaron M. Bailey, *A Nation of Felons?: Napster, the Net Act, and the Criminal Prosecution of File-Sharing*, 50 AM. U.L. REV. 473 (2000) 174(26), 176(37),(39), 177(44), 180(52), 181(53), 182(57),(58)
- John Perry Barlow, *The Next Economy of Ideas*, WIRED 8.10 (October 2000) 177(42)
- Joseph H. Beale Jr., *The Borderland of Larceny*, 6. HARV. L. REV. 224 (1892) 21(9)–(10)
- Sara Sun Beale, *Federalizing Hate Crimes: Symbolic Politics, Expressive Law, or Tool for Criminal Enforcement?*, 80 B.U.L. REV. 1227 (2000) 104(13)
- Hugo Adam Bedau, *Feinberg's Liberal Theory of Punishment*, 5 BUFF. CRIM. L. REV. 103 (2001) 104(14)
- Yochai Benkler, *Siren Songs and Amish Children: Autonomy, Information, and Law*, 76 NYU. L. REV. 23 (2001) 175(31)
- Yochai Benkler, *The Law and Economics of Intellectual Property Rights: An Unhurried View of Private Ordering in Information Transactions*, 53 VAND. L. REV. 2063 (2000) 176(34), 180(52)
- Yochai Benkler, *The Public Domain: Through the Looking Glass: Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain*, 66 LAW & CONTEMP. PROB. 173 (2003) 174(28)–(29), 176(37), 181(55), 184(66)
- Hossein Bigdoli, *Data Communications Basics*, in THE HANDBOOK OF COMPUTER NETWORKS – KEY CONCEPTS, DATA TRANSMISSION, AND DIGITAL AND OPTICAL NETWORKS 19 (Hossein Bigdoli editor-in-chief, vol. 1, 2008) 178(46)
- Benjamin Böck, *Social Engineering*, in THE HANDBOOK OF COMPUTER NETWORKS – KEY CONCEPTS, DATA TRANSMISSION, AND DIGITAL AND OPTICAL NETWORKS 384 (Hossein Bigdoli editor-in-chief, vol. 3, 2008) 193(100)
- Susan W. Brenner, *Distributed Security: Moving Away from Reactive Law Enforcement*, 9 INT'L J. COMM. L. & POL'Y 11 (2005) 167(7)
- Darryl Brown, *History's Challenge to Criminal Law Theory*, 3 CRIM. L. & PHIL. 271 (2009) 103(7)

C

- Stephen L. Carter, *Does It Matter Whether Intellectual Property Is Property?*, 68 CHI.-KENT L. REV. 715 (1993) 113(50), 180(51)
- Ronald V. Clarke, *Introduction*, in SITUATIONAL CRIME PREVENTION – SUCCESSFUL CASE STUDIES 3 (Ronald V. Clarke ed., 1992) 109(38), 171(20)
- C.M.V. Clarkson, *Theft and Fair Labeling*, 56 MOD. L. REV. 554 (1993) 157(136), 160(143)
- Ann Coale, *Fair Use: Considerations in the Emerging World of E-Books*, 16 ST. JOHN'S J.L. COMM. 727 (2002) 173(25), 174(29), 176(38), 182(57)
- John C. Coffee, Jr., *Does "Unlawful" Mean "Criminal"?: Reflections on the Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law*, 71 B.U. L. REV. 193 (1991) 106(24)–(27)

D

- Robert Ditzion, Elizabeth Geddes & Mary Rhodes, *Computer Crimes*, 40 AM. CRIM. L. REV. 285 (2003) 166(5)

- Markus D. Dubber, *Criminal Law between Public and Private Law*, in THE BOUNDARIES OF THE CRIMINAL LAW 191 (R.A. Duff et al. eds., 2010) 108(33)
- R.A. Duff et al., *The Boundaries of the Criminal Law*, in THE BOUNDARIES OF THE CRIMINAL LAW 1 (R.A. Duff et al. eds., 2010) 103(7)
- R.A. Duff, *Violations and Wrongoings*, in CRIMINAL LAW THEORY: DOCTRINES OF THE GENERAL PART 47 (Stephen Shute & Andrew P. Simester eds., 2002) 104(13)

E

- Robert C. Ellickson, *Law and Economics Discovers Social Norms*, 27 J. LEGAL STUD. 537 (1998) 108(36)
- Robert C. Ellickson, *The Evolution of Social Norms: A Perspective from the Legal Academy*, in SOCIAL NORMS 35, 36 (Michael Hechter & Karl-Dieter Opp eds., 2001) 108(35)

F

- Lindsay Farmer, *Criminal Wrongs in Historical Perspective*, in THE BOUNDARIES OF THE CRIMINAL LAW 214 (R.A. Duff et al. eds., 2010) 103(7)
- Claire Finkelstein, *Is Risk a Harm?*, 151 U. PA. L. REV. 963 (2003) 123(79)
- George P. Fletcher, *Manifest Criminality, Criminal Intent and the Metamorphosis of Lloyd Weinreb*, 90 YALE L.J. 319 (1980) 31(39), 32(40), (42)–(43)
- George P. Fletcher, *The Metamorphosis of Larceny*, 89 HARV. L. REV. 469 (1976) 23(17), 24(19)–(23), 25(24)–(25), 26(26), 27(27), 28(29), 29(30)(32), 30(33)–(34), 116(64), 122(77), 124(80), 125(82), 126(83)
- David Friedman, *Beyond the Tort/Crime Distinction*, 76 B.U. L. REV. 103 (1996) 107(29)
- A. Michael Fromkin, *A New Legal Paradigm? The Death of Privacy?*, 52 STAN. L. REV. 1461 (2000) 171(20)

G

- Alex Geisinger, *A Belief Change Theory of Expressive Law*, 88 IOWA L. REV. 35 (2002) 109(37)
- Daniel J. Gervais, *The Price of Social Norms: Towards a Liability Regime for File-Sharing*, 12 J. INTELL. PROP. L. 39 (2004) 176(38), 180(52)
- Marianne Giles & Steve Uglow, *Appropriation and Manifest Criminality in Theft*, 56 J. CRIM. L. 179 (1992) 44(14), 105(21), 159(140)
- Marc D. Goodman, *Why the Police don't Care about Computer Crime*, 10 HARV. J. L. & TEC. 465 (1997) 167(7)
- Stuart P. Green & Matthew B. Kugler, *Community Perceptions of Theft Seriousness: A Challenge to Model Penal Code and English Theft Act Consolidation*, 7 JELS 511 (2010) 48(28), 49(34), 50(35), 158(137), 159(141)
- Stuart P. Green, *Offenses and Defenses: Consent and the Grammar of Theft Law*, 28 CARDOZO L. REV. 2505 (2007) 131(86), 131(88), 132(90)–(91)
- Stuart P. Green, *Plagiarism, Norms, and the Limits of Theft Law: Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Intellectual Property Rights*, 54 HASTINGS L.J. 167 (2002) 49(32)–(33), 174(26), 175(33), 180(50), 181(53), 182(59), 184(67)–(68), 196(103)–(104), 197(106)–(108), (110), 198(111)–(117), 200(119), 201(121), 204(126)

- Stuart P. Green, *Thieving and Receiving: Overcriminalizing the Possession of Stolen Property*, 14 NCLR 35 48(28)
- John R. Grimm, Stephen F. Guzzi & Kathleen Elizabeth Rupp, *Intellectual Property Crimes*, 47 AM. CRIM. L. REV. 741 (2010) 174(26),(27), 182(60), 183(61), 186(76), 191(93)

H

- Jessica Habib, *Cyber Crime and Punishment: Filtering Out Internet Felons*, 14 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 1051 (2004) 167(7)
- Bernard E. Harcourt, *Criminal Law: the Collapse of the Harm Principle*, 90 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 109 (1999) 103(6)
- Michael C. Harper, *Comment on the Tort/Crime Distinction: A Generation Later*, 76 B.U. L. REV. 23 (1996) 106(28)
- Henry M. Hart, Jr., *The Aims of the Criminal Law*, 23 L. & CONTEMP. PROBS. 401 (1958) 104(17), 106(27)
- Oliver Wendell Holmes Jr., *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 456 (1897) 205(1)
- Anthony M. Honore, *Ownership*, in PHILOSOPHY OF LAW 902 (Joel Feinberg & Jules Coleman eds., 8th ed., 2008) 114(54), 115(56)–(57), 118(67)
- Chris Jay Hoofnagle, *Internalizing Identity Theft*, 2010 UCLA J.L. & TECH. 1 (2010) 195(102)
- Dan Hunter, *Cyberspace as Place and the Tragedy of the Digital Anticommons*, 91 CAL. L. REV. 439 (2003) 203(123)–(124)
- Douglas Husak, *Crimes outside the Core*, 39 TULSA L. REV. 755 (2004) 110(41)

J

- Nils Jareborg, *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*, 2 OHIO ST. J. CRIM. L. 521 (2005) 105(23)

K

- Dan M. Kahan, *Between Economics and Sociology: The New Path of Deterrence*, 95 MICH. L. REV. 2477 (1997) 104(17)
- Neal Kumar Katyal, *Architecture as Crime Control*, 111 YALE L.J. 1039 (2002) 171(20)
- Neal Kumar Katyal, *Criminal Law in Cyberspace*, 149 U. PA. L. REV. 1003 (2001) 170(19), 177(42), 192(95)
- Neal Kumar Katyal, *Deterrence's Difficulty*, 95 MICH. L. REV. 2385 (1997) 104(15),(17)
- Neal Katyal, *The Economics of Self-Help and Self-Defense in Cyberspace: Community Self-Help*, 1 J.L. ECON. & POL'Y 33 (2005) 171(20)
- Orin S. Kerr, *Cybercrime's Scope: Interpreting "Access" and "Authorization" in Computer Misuse Statutes*, 78 NYU. L. REV. 1596 (2003) 170(19), 186(74), 189(85)–(86), 190(87),(90), 204(125)
- Orin S. Kerr, *Vagueness Challenges to the Computer Fraud and Abuse Act*, 94 MINN. L. REV. 1561 (2010) 172(22)
- Orin S. Kerr, *Virtual Crime, Virtual Deterrence: A Skeptical View of Self-Help, Architecture, and Civil Liability*, 1 J.L. ECON. & POL'Y 197 (2005) 171(20)
- Nimrod Kozlovski, *A Paradigm Shift in Online Policing – Designing Accountable Policing* (JSD Dissertation, submitted to Yale Law School, June 2005) 166(5)

L

- Lawrence Lessig, *The Regulation of Social Meaning*, 62 U. CHI. L. REV. 943 (1995) 206(2)
- Lydia Pallas Loren, *Digitization, Commodification, Criminalization: The Evolution of Criminal Copyright Infringement and the Importance of the Willfulness Requirement*, 77 WASH. U. L. Q. 835 (1999) 174(26)
- Erik Luna, *Principled Enforcement of Penal Codes*, 4 BUFF. CRIM. L. REV. 515 (2000) 104(13)

M

- Karl Marx, *Debates on the Law of Thefts of Wood* 1 K. MARX & F. ENGELS, COLLECTED WORKS 224 (1975) 36(59)
- Richard H. McAdams, *A Focal Point Theory of Expressive Law*, 86 VA. L. REV. 1649 (2000) 104(13), (17)
- Richard H. McAdams, *An Attitudinal Theory of Expressive Law*, 79 OR. L. REV. 339 (2000) 103(13)
- Richard H. McAdams, *The Origin, Development, and Regulation of Norms*, 96 MICH. L. REV. 338 (1997) 103(13), 108(35)

N

- Peng Ning, *Intrusion-Detection Systems*, in THE HANDBOOK OF COMPUTER NETWORKS – KEY CONCEPTS, DATA TRANSMISSION, AND DIGITAL AND OPTICAL NETWORKS 403, 403 (Hossein Bigdoli editor-in-chief, vol. 3, 2008) 166(4)
- Kimmo Nuotio, *Theories of Criminalization and the Limits of Criminal Law: A Legal Cultural Approach*, in THE BOUNDARIES OF THE CRIMINAL LAW 238 (R.A. Duff et al. eds., 2010) 105(23)

O

- Michael Edmund O'Neill, *Old Crimes in New Bottles: Sanctioning Cybercrime*, 9 GEO. MASON L. REV. 237 (2000) 167(7)

P

- Michael W. Perl, *It's not Always about the Money: Why the State Identity Theft Law Fail to Adequately Address Criminal Record Identity Theft*, 94 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 169 (2003) 192(95), 193(97), 195(102)
- Thomas L. Pigg, *Conducted Communications Media*, in THE HANDBOOK OF COMPUTER NETWORKS – KEY CONCEPTS, DATA TRANSMISSION, AND DIGITAL AND OPTICAL NETWORKS 320 (Hossein Bigdoli editor-in-chief, vol. 1, 2008) 183(64)
- Eric A. Posner, *Law and Social Norms: The Case of Tax Compliance*, 86 VA. L. REV. 1781 (2000) 108(35)
- Richard A. Posner, *An Economic Theory of the Criminal Law*, 85 COLUM. L. REV. 1193 (1985) 117(65)

R

- Hisham M. Ramadan, *Larceny Offences in Islamic Law*, MICH. ST. L. REV. 1609 (2006) 38(65), 39(66)–(68), 133(92), 162(149)
- Jeremy L. Rasmussen, *Password Authentication*, in THE HANDBOOK OF COMPUTER NETWORKS – KEY CONCEPTS, DATA TRANSMISSION, AND DIGITAL AND OPTICAL NETWORKS 581 (Hossein Bigdoli editor-in-chief, vol. 3, 2008) 185(71)

- Paul H. Robinson, *The Criminal-Civil Distinction and the Utility of Desert*,
76 B.U. L. REV. 201 (1996) 107(30)–(31), 108(32)
- Paul H. Robinson & John M. Darley, *The Utility of Desert*, 91 NW.
U.L. REV. 453 (1997) 104(17)–(19), 159(139)
- Paul H. Robinson, *Why does the Criminal Law Care what the Layperson Thinks is Just? Coercive
versus Normative Crime Control*, 86 VA. L. REV. 1839 (2000) 104(15), 159(139), 181(56)
- S
- Frederick Schauer, *Exceptions*, 58 U. CHI. L. REV. 871 (1991) 206(3)
- Louis B. Schwartz & Dan M. Kahan, *Theft*, 4 ENCYCLOPEDIA OF CRIME AND JUSTICE 1556
(Joshua Dressler ed., 2nd ed. 2002) 201(120)
- Robert E. Scott, *The Limits of Behavioral Theories of Law and Social Norms*,
86 VA. L. REV. 1603 (2000) 108(36)
- Daniel S. Shamah, *Password Theft: Rethinking an Old Crime in a New Era*, 12 MICH. TELECOMM.
TECH. L. REV. 335 (2006) 185(73), 186(77)–(78), 187(79)
- Andrew P. Simester & A.T.H. Smith, *Criminalization and the Role of Theory*, in HARM AND
CULPABILITY 1 (Andrew P. Simester & A.T.H. Smith eds., 1996) 104(16), 105(22)
- Andrew P. Simester & Gordon R. Sullivan, *On the Nature and Rationale of Property Offences*,
in DEFINING CRIMES: ESSAYS ON THE SPECIAL PART OF CRIMINAL LAW 168
(R.A. Duff & Stuart Green eds., 2005) 162(151)
- Robert Slade, *Computer Viruses and Worms*, in THE HANDBOOK OF COMPUTER NETWORKS –
KEY CONCEPTS, DATA TRANSMISSION, AND DIGITAL AND OPTICAL NETWORKS KS 440
(Hossein Bigdoli editor-in-chief, vol. 3, 2008) 189(83)
- Min Song, *Routers*, in THE HANDBOOK OF COMPUTER NETWORKS – KEY CONCEPTS, DATA
TRANSMISSION, AND DIGITAL AND OPTICAL NETWORKS 364 (Hossein Bigdoli
editor-in-chief, vol. 1, 2008) 178(47)
- Alex Steel, *Problematic and Unnecessary? Issues with the Use of the Theft Offence to Protect
Intangible Property*, 30 SYDNEY L. REV. 575 (2008) 44(18), 45(19),
46(22)–(23), 47(24), 53(47)–(48), 54(50)–(51), 144(120),
147(126), 167(9), 168(11)–(12), 172(23), 179(48)–(49),
181(55), 183(63), 184(69), 202(122)
- Alex Steel, *Taking Possession: The Defining Element of Theft?* 32 MELBOURNE
U. L. REV. 1030 (2008) 30(34), 42(3), 46(22)–(23), 53(47), 124(80), 145(121),
147(127), 151(131), 160(142), 162(150)
- Alex Steel, *The Harms and Wrongs of Stealing: The Harm Principle and Dishonesty
in Theft*, 31 UNSW L.J. 712 (2008) 15(1), 46(23), 145(121), 147(127), 160(142),
163(151)–(152), 172(23)
- Alex Steel, *The Meanings of Dishonesty in Theft*, 38 CLWR 103 (2009) 42(5), 45(20),
54(49), 137(99), 138(104)
- Alex Steel, *The True Identity of Identity Crime: A Measured Response or an Unjustified Status
Offence?*, 33 UNSW L.J. 503 (2010) 192(95)–(96), 195(101)
- Michael Ashley Stein, *An Initial Expressive Law Analysis of the ADA*, 90 VA.
L. REV. 1151 (2004) 109(37)
- Hamish Stewart, *The Limits of the Harm Principle*, CRIM. L. & PHIL. 17 (2010) 116(63)

- William J. Stuntz, *Self-Defeating Crimes*, 86 VA. L. REV. 1871 (2000) 209(6)
- William J. Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, 100 MICH. L. REV. 505 (2001) 110(42), 157(136), 209(6)
- Lauren L. Sullins, "Phishing" for a Solution: Domestic and International Approaches to Decreasing Online Identity Theft, 20 EMORY INT'L L. REV. 397 (2006) 192(96), 193(99)–(100)
- Cass R. Sunstein, *On the Expressive Function of Law*, 144 U. PA. L. REV. 2021 (1996) 108(36)

T

- Victor Tadros, *Criminalization and Regulation*, in THE BOUNDARIES OF THE CRIMINAL LAW 163 (R.A. Duff et al. eds., 2010) 108(33)
- Michael E. Tigar, *The Right of Property and the Law of Theft*, 62 TEX. L. REV. 1443 (1984) 32(44), 33(45)–(47),(49), 34(50), 35(51),(54),(57), 36(59), 70(31), 141(112)

V

- Eugene Volokh, *Cheap Speech and What It Will Do*, 104 YALE L.J. 1805 (1995) 196(105)

W

- David S. Wall & Matthew Williams, *Policing Diversity in the Digital Age: Maintaining Order in Virtual Communities*, 7 CRIMINOLOGY AND CRIMINAL JUSTICE 391 (2007) 171(20)
- Shlomit Wallerstein, *Criminalising Remote Harm and the case of Anti-democratic Activity*, 28 CARDOZO L. REV. 2697 (2007) 103(7)
- Lloyd L. Weinreb, *Manifest Criminality, Criminal Intent, and the "Metamorphosis of Larceny"*, 90 YALE L.J. 294 (1980) 30(35), 31(36)–(38)
- Nils Weinrich, *German Cures for English Ailments? Appropriation versus Taking Away- Significance and Consequences of Conceptual Differences between the English and the German Law of Theft*, 69 J.C.L 427, 427 (2005) 41(2), 43(12), 55(56)–(58)
- Glanville Williams, *The Definition of Crime*, 8 CLP 107 (1955) 110(40)
- Chad Woodford, *Trusted Computing or the Big Brother? Putting the Rights Back in Digital Rights Management*, 75 U. COLO. L. REV. 253 (2004) 173(25), 174(29), 176(40), 177(45), 180(52), 181(54), 182(60), 183(62)

Z

- Qinqing Zhang & Qi Bi, *Packet Switching*, in THE HANDBOOK OF COMPUTER NETWORKS – KEY CONCEPTS, DATA TRANSMISSION, AND DIGITAL AND OPTICAL NETWORKS 136 (Hossein Bigdoli editor-in-chief, vol. 2, 2008) 178(47)

שונות

(127)204	בראשית לא 26
(127)204	בראשית מ 15
13	דברים ה 17
(127)204	ירמיהו כג 30
(127)204	שמואל ב, טו 6
13	שמות כ 13
House of Commons, Criminal Law Revision Committee (CLRC), Eighth Report: Theft and Related Offences (Cmnd 2977, 1966) 42(7)	
Inst. Gaius 3.189-3.190	33(47)
Inst. Just. 4.1.6-8, 4.1.19	34(50)
Law Reform Commission of Canada, Theft and Fraud (report 12, 1979)	51(41)-(43), 52(44)-(46)
Nat'l Inst. of Justice, U.S. Dep't of Just., <i>Computer Crime: Criminal Just. Resource Manual</i> (1989)	166(5)
Table VIII, Q i6, in 2 ANCIENT ROMAN STATUTES II (Paul Robinson, Coleman-Norton, Frank Card Bourne & Allan Johnson eds., 1961)	25(24)