



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 2455/21

ע"פ 2637/21

כבוד השופט י' אלרון
כבוד השופט א' שטיין
כבוד השופט י' כשר

לפני:

המערערת בע"פ 2455/21
והמשיבה בע"פ 2637/21 :
מדינת ישראל

נ ג ד

המשיב בע"פ 2455/21
והמערער בע"פ 2637/21 :
אמיר ברמלי

ערעורים על פסק דינה של המחלקה הכלכלית בבית
המשפט המחוזי תל אביב-יפו (השופט ח' כבוב) אשר ניתן
ביום 13.10.2020 (הכרעת הדין) וביום 25.2.2021 (גזר
הדין), בת"פ 52446-06-16

תאריך הישיבה :
ו' בכסלו התשפ"ג (30.11.2022)

בשם המערערת בע"פ 2455/21
והמשיבה בע"פ 2637/21 :
עו"ד רוני זלושינסקי ; עו"ד חנה קורין

בשם המשיב בע"פ 2455/21
והמערער בע"פ 2637/21 :
עו"ד צבי קלנג ; עו"ד יעל פטובי

פסק-דין

השופט א' שטיין:

הערעורים

1. לפנינו ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי (המחלקה הכלכלית) תל אביב-יפו (השופט ח' כבוב) אשר ניתן ביום 13.10.2020 (הכרעת הדין)

וביום 25.2.2021 (גזר הדין), בת"פ 52446-06-16 (להלן: הכרעת הדין וגזר הדין, בהתאמה). בגדרו של פסק דין זה הורשע מר אמיר ברמלי, המערער בע"פ 2637/21 והמשיב בע"פ 2455/21 (להלן: המערער), בעבירות הבאות: גניבה בידי מורשה, עבירה לפי סעיף 393 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין או החוק) (ריבוי עבירות); הלבנת הון, עבירה לפי סעיף 3(א) לחוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000 (להלן: חוק איסור הלבנת הון) (ריבוי עבירות); הלבנת הון, עבירה לפי סעיף 3(ב) לחוק איסור הלבנת הון (שתי עבירות); עשיית פעולה ברכוש אסור, עבירה לפי סעיף 4 לחוק איסור הלבנת הון (ריבוי עבירות); אי-קיום הוראת סעיף 15 לחוק ניירות ערך כדי להטעות משקיע סביר, עבירה לפי סעיף 53(א)(1) לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק ניירות ערך) (שלוש עבירות); ניסיון לקבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות, עבירה לפי סעיף 415 לחוק העונשין, בצירוף סעיף 25 לחוק; זיוף בכוונה לקבל דבר בנסיבות מחמירות, עבירה לפי סעיף 418 לחוק העונשין; מרמה והפרת אמונים בתאגיד, עבירה לפי סעיף 425 לחוק העונשין; פגיעה ביכולת התאגיד לקיים את התחייבויותיו, עבירה לפי סעיף 424(1) לחוק העונשין; וכן אי קיום הוראת סעיף 36 לחוק ניירות ערך כדי להטעות משקיע סביר, עבירה לפי סעיף 53(א)(4) לחוק ניירות ערך (שלוש עבירות).

2. בבסיס הרשעה זו עומדים ארבעה אירועים אשר פורטו בפרטי אישום נפרדים ואשר בגינם השית בית משפט קמא על המערער את העונשים הבאים: 10 שנות מאסר לריצוי בפועל בגין האישום הראשון; 12 חודשי מאסר לריצוי בפועל בגין האישומים השני והשלישי; וכן 12 חודשי מאסר לריצוי בפועל בגין האישום הרביעי. עוד נפסק כי עונשי המאסר בגין האישומים השני, השלישי והרביעי ירוצו בחופף לעונש המאסר שהוטל על המערער בגין האישום הראשון – כך שהמערער ירצה 10 שנות מאסר בין כותלי הכלא כתקופה כוללת. עוד נגזרו על המערער 18 חודשי מאסר על-תנאי למשך 3 שנים, לבל יעבור עבירה בה הורשע או כל עבירה מסוג פשע, וכן נקבע כי הלה ישלם קנס כספי בסך של 400,000 ש"ח.

3. לאחר עיון בכתובים שהוגשו על ידי בעלי הדין ושמיעת טענותיהם בדיון אשר התקיים ביום 30.11.2022, המלצנו למדינה להסכים לזיכוי המערער מהרשעתו בעבירות זיוף בכוונה לקבל דבר בנסיבות מחמירות – עבירה לפי סעיף 418 לחוק העונשין – במסגרת פרט האישום השלישי. לאחר דין ודברים, הודיעה המדינה לבית המשפט, ביום 6.12.2022, כי היא אינה עומדת על הרשעת המערער בעבירה זו. המערער מזוכה אפוא בזאת מעבירת הזיוף.

4. בין השנים 2012-2015 שימש המערער כמנהל דה-פקטו וכבעל סמכויות דומיננטי בחברות שונות, שעיקר עיסוקן היה גיוס כספים לצרכי השקעות ומתן הלוואות. כפי שיתואר להלן, בפועלו באמצעות אותן חברות, ביצע המערער, בערמה ובתחכום רב, שורה ארוכה של עבירות פליליות אשר גרמו נזקים משמעותיים לאין-ספור נפגעים.

5. כתב האישום מתמקד בפעילותן של ארבע חברות:

- רוביקון ביזנס גרופ בע"מ (להלן: רוביקון) – חברה פרטית בבעלות רעיית המערער אשר עסקה במגוון פעילויות, לרבות מימון, השקעות ופיתוח עסקי. רוביקון השקיעה כספים ביותר מ-20 חברות, אשר היו בבעלות מלאה או חלקית שלה.
- קרן קלע לעידוד יזמות בישראל בע"מ (להלן: קלע יזמות) – חברה פרטית בבעלות רעייתו של המערער, שעיקר עיסוקה היה גיוס כספים באמצעות הנפקת ניירות ערך.
- קרן קלע בטוחות והשלמות הון בע"מ (להלן: קלע בטוחות) – חברה פרטית בהחזקה מלאה של רוביקון, שעסקה בגיוס כספים.
- קלע להשקעות בע"מ (להלן: קלע השקעות) – חברה ציבורית שמניותיה נסחרות בבורסה לניירות ערך בתל אביב, אשר נשלטה על ידי רוביקון. בתקופה הרלבנטית לפרט האישום הרביעי, שימש המערער כיו"ר הדירקטוריון של קלע השקעות.

6. כתב האישום מגולל מסכת ארוכה של מעשי מרמה וגניבה אשר בוצעו על-ידי המערער במסגרת הונאת ענק – מן הגדולות ביותר שנראו אי-פעם במחוזותינו – של ציבור המשקיעים בקרנות אשר נוהלו על ידי המערער. הפסדים אשר נגרמו למשקיעים על ידי הונאה זו מגיעים כדי 340,000,000 ש"ח.

7. לפי פרט האישום הראשון, למן שנת 2012 ועד שנת 2015, גייס המערער כספים לקלע יזמות וקלע בטוחות (להלן: קרנות קלע) על יסוד מצגי שווא שנועדו למשוך משקיעים פוטנציאליים. במסגרת זאת, המערער התחייב בפני לקוחות קלע יזמות, בעצמו או באמצעות מגייסים שעבדו בחברה, להשקיע את כספי ההשקעות ב"השלמות הון לטווח קצר" בלבד. הווה אומר: הכספים יינתנו כהלוואה לטווח קצר, כ-72 שעות, לחברות עסקיות אשר אין לאל ידן להעמיד הון עצמי בתהליך קבלת אשראי מהבנק. ההלוואה אמורה הייתה לשמש ביטחון לצורך קבלת האשראי עבור אותן חברות, ובחלוף 72 שעות – על פי רוב, זהו פרק הזמן שנדרש לקבלת סכום ההלוואה מהבנק – אמור היה סכום ההלוואה לחזור לקלע יזמות בתוספת עמלה. החל משנת 2014 המערער החל לגייס כספים גם לקלע בטוחות. תפריט ההשקעות שהוצע ללקוחותיהן של קרנות קלע התרחב: לצד אפשרות ההשקעה בהשלמות הון לטווח קצר, נוספו שני אפיקי השקעה אחרים – השלמות הון לטווח בינוני ועסקאות מימון כנגד בטוחות בישראל ובחו"ל.

8. באמצעות התחייבויות לאפיקי השקעה בהשלמות הון לטווח קצר, כמו גם הבטחות לשיעורי תשואה גבוהים, לרמת סיכון נמוכה, ולנזילות גבוהה של סכום הקרן – רכש המערער את אמון המשקיעים ועלה בידו לגייס לא פחות מ-340,000,000 ש"ח. לדאבון המשקיעים, ההבטחות שניתנו להם כאמור היו הבטחות שווא. למעשה, המערער השתמש בכספים שגייס מהמשקיעים למטרות שהיו שונות בתכלית מאלו שהיוו בסיס להסכמות בין הצדדים (השקעת הכספים בהשלמות הון לטווח קצר, ברוב המקרים). בפועל, הכספים הועברו מחשבונות קרנות קלע לחשבון רוביקון, שם המערער ניצל את הכספים לרכישת חברות, להלוואות ולהשקעות שונות כראות עיניו. בעשותו כן, המערער העמיד בסיכון ניכר את כספי המשקיעים; ובסופו של יום, פעילות רוביקון אכן נחלה הפסדים כבדים. המערער הסתיר מהמשקיעים הפסדים אלו, ואף מסר להם נתונים ודו"חות כוזבים אשר הציגו תשואות גבוהות מהכספים שאלה השקיעו. על רקע הפסד כספי המשקיעים במהלך תקופת ההונאה, המערער השיב ללקוחות קרנות קלע את הריבית החודשית, ובחלק מהמקרים, את הקרן, באמצעות כספים של לקוחות אחרים. שיטה זו אינה אלא שיטת ההונאה הידועה לשמצה, המוכרת בשם "הונאת פונזי" (Ponzi Scheme). במסגרת הונאה זו, המשקיעים מקבלים רווחים פיקטיביים אשר מבוססים על כספי הקרן של לקוחות אחרים. כפועל יוצא מכך, המשקיעים טועים לחשוב שהשקעתם מניבה פירות (ראו: KATHY BAZOIAN PHELPS & STEVEN RHODES, THE PONZI BOOK: A LEGAL RESOURCE FOR UNRAVELING PONZI SCHEMES § 1:02 (2012) ("A Ponzi scheme is an investment fraud that involves the payment of purported returns to existing investors from funds contributed by new investors. Ponzi scheme organizers often solicit new investors by promising to invest funds in

”opportunities claimed to generate high returns with little or no risk”; וכן השוו: ע”א 2394/18 פלונים נ’ משטרת ישראל, פסקה 1 לפסק דיני (10.4.2019)). המשקיעים בקרנות קלע לא יודעו אודות השימוש האמיתי בכספם, ולא נשמרה כל הפרדה בין כספי המשקיעים בחברות השונות. לא זו אף זו: המערער רשם את רעייתו כבעלת המניות היחידה בקלע יזמות וברוביקון – רישום אשר נעשה למראית עין בלבד, שכן המערער, הוא ולא אחר, שלט בחברות הללו לבדו, ביד רמה, ושימש כנהנה דה-פקטו בחשבונות הבנק שלהן. ואם בכל אלו אין די – במסגרת אישום זה נטען כי המערער גם שלח ידו בסכום של 19,000,000 ש”ח מתוך כספי המשקיעים, אותו העביר לחשבונות הפרטיים שלו ושל קרוביו ולחברות שהיו בבעלותו.

9. לפי פרט האישום השני, קרנות קלע הציעו ניירות ערך למספר בלתי-מוגבל של אנשים ומכרו ניירות ערך עבור למעלה מ-550 משקיעים – כל זאת, בניגוד למגבלה הקבועה בחוק ניירות ערך ובתקנותיו, אשר קובעת כי הצעה או מכירה של ניירות ערך למספר משקיעים העולה על 35 תוגדר כ”הצעה לציבור” או כ”מכירה לציבור”, בהתאמה (ראו: תקנה 2 לתקנות ניירות ערך (פרטים לעניין סעיפים 15א עד 15ג לחוק), התש”ס-2000), אשר טעונה תשקיף מאושר על-ידי הרשות לניירות ערך (להלן: הרשות לניירות ערך או הרשות). בעשותו כן, המערער הפר את חובות הגילוי אשר חלות על תאגיד מדווח – מעשה שהקל במידה רבה על ביצוע העבירות המתוארות בפרט האישום הראשון.

10. בפרט האישום השלישי נטען כי בשנת 2013 פנתה הרשות לניירות ערך לקלע יזמות ודרשה לקבל נתונים אודות מספר המשקיעים המדויק בקרן והיקף השקעתם. במענה לדרישה זו, הצהיר המערער כי מספר המשקיעים אינו חורג מן המותר על פי דין – 35 משקיעים – בודעו כי מדובר בנתון כוזב. המערער אף גיבה מענה שקרי זה במסמך המפרט את תשלומי הריבית החודשית ששולמו ללקוחות קרנות קלע. המסמך כלל רק חלק קטן מהלקוחות ויצר מצג כוזב בפני הרשות לפיו מספרם הכולל של המשקיעים שגויסו אינו עולה על 35.

11. לפי פרט האישום הרביעי, בעקבות הוראתו של המערער, בוצעו שתי העברות כספים שוות, בסך של 1,370,000 ש”ח כל אחת, מחשבון קלע השקעות אל חשבון רוביקון. כמתואר בכתב האישום, העברות כספים אלו עולות כדי עסקאות חריגות בין קלע השקעות – חברה ציבורית – לבין רוביקון, בעלת השליטה בקלע השקעות. המערער הסתיר את ביצוע המשיכות הללו מהגורמים הרלבנטיים ונמנע מפרסום דו”חות בעניינן.

12. במענה לכתב האישום, כפר המערער במעשים הפליליים שיוחסו לו. המשפט עבר אפוא לשלב ההוכחות. מארג הראיות להוכחת אשמתו של המערער היה רחב היקף. הוא כלל עדויות של עובדי רוביקון וקרנות קלע אשר סיפרו על אופי השימוש בכספי המשקיעים, ובכלל זאת: עדויותיהם של מגייסי הכספים בקרנות קלע; עדויות אנשי הכספים והכלכלה ברוביקון; עדויות הכלכלניות האישיות של המערער; ועדויות היועצות המשפטיות של רוביקון. מלבד האמור, נגבו גם עדויות משקיעים, שנמסרו הן בעל-פה והן כמענה לשאלונים אשר הוגשו לבית משפט קמא בהסכמת הצדדים. כמו כן, כללו הראיות מסמכים רבים, וביניהם: חוזי ההשקעה; פרסומים פומביים של קלע יזמות באינטרנט; סרטונים שיווקיים של קרנות קלע; תכתובות פנימיות בין עובדי הקרן; הודעות מטעם קרנות קלע למשקיעים; הודעות דוא"ל מטעם המערער למשקיעים; חוות דעת משפטיות אשר נערכו על בסיס מצגי השווא הנטענים; מכתב מטעם המערער לרשות לניירות ערך; וכן מאמרים שכתב המערער.

13. בתום פרשת ההוכחות והסיכומים, מצא בית משפט קמא כי המערער ביצע את המעשים הפליליים המיוחסים לו בכתב האישום. בתוך כך, החליט בית המשפט לזכות את המערער מעבירה של קבלת דבר במרמה, אשר קבועה בסעיף 415 לחוק העונשין – וזאת, נוכח החפיפה לעבירת גניבה בידי מורשה, אשר קבועה בסעיף 393 לחוק, בה הורשע המערער.

14. בהכרעתו, דחה בית משפט קמא את עדות המערער מכל וכל. צוין כי עדות המערער, שמסירתה נמשכה עשרות שעות, הייתה אמנם שוטפת, אולם גם רווית סתירות פנימיות. חלקים מגרסת המערער נטענו לראשונה רק בשלב מאוחר ללא כל הסבר סביר לכך. כמו כן, נקבע כי המערער הציג גרסה מתפתחת ששינתה את פניה מעת לעת, בהתאם לראיות עמן התבקש המערער להתעמת. כך, למשל: גרסת המערער בסוגיית מספר המשקיעים בקרנות קלע החלה באמירה לפיה אין הרשות לניירות ערך משיתה הגבלה על מספר המשקיעים; נמשכה בטענה כי אין הגיון בהטלת חובה אשר אוסרת על גיוס מספר גדול של משקיעים; עברה לטענה כי פעילות קרנות קלע עמדה בהנחיות הרשות; והסתיימה בהודאה כי בקרנות קלע היו למעלה מ-200 משקיעים – מספר אשר עולה באופן ניכר על מספר המשקיעים המותר בדין (35). מדובר בדוגמא אחת מני רבות. לאור כל האמור, בית משפט קמא פסק כי לא ניתן לתת אמון בגרסאות המערער. בקבעו כך, הדגיש בית המשפט כי המערער הוא אדם שנון, בעל יכולת שכנוע מרשימה, אשר התחמק באופן מניפולטיבי ממתן תשובות ענייניות לשאלות שהוצגו בפניו במהלך עדותו. מול

עדותו הבלתי-אמינה של המערער ניצבו עדויות שמסרו עדים שונים מטעם המדינה, אשר היו קוהרנטיות ואחידות, ונמצאו על ידי בית משפט קמא אמינות מעבר לספק סביר.

15. בית משפט קמא קבע, בהתבסס על הראיות והעדויות שהונחו לפניו, כי כבר למן הרגע הראשון פעל המערער לתחזוק מצגי השווא שהוצגו למשקיעים אשר השקיעו את מיטב כספם בקרנות קלע. ביחס לעניין זה, ציין בית המשפט כי בין ההבטחות שהוצגו לבין הנעשה בפועל – היה מרחק רב. כך, למשל: ביסוד המצגים שהוצגו, עמדה הבטחה שניתנה למשקיעים לפיה השקעת הכספים תיעשה במודל עסקי מסוג השלמות הון לטווח קצר. המערער הוא שיצק את התוכן להגדרת המושג "השלמות הון לטווח קצר", וכן הוא שנתן את ההבטחה – בעצמו או באמצעות מגייסים אשר הונחו על ידו – ללקוחות קרנות קלע. דא עקא, נמצא כי מודל זה אינו אלא מודל פיקטיבי – הא ותו לא. קרנות קלע מעולם לא נתנו הלוואות לטווח קצר; עובדי הקרנות לא ידעו כיצד לבצע הלוואות מהסוג האמור; ואף לא הייתה בנמצא תכנית עסקית סדורה לניהול כספי הלקוחות. זאת ועוד: המערער פעל ללא לאות לטשטוש עקבותיו. הוא הסתיר את הנעשה מעובדי החברה על-ידי יצירת מידור בין מגייסי הכספים לבין העובדים אשר היו אמונים על תחום ההשקעות; איש מלבדו לא היה מעורה בכל הפעילויות בחברות; הוא הטעה את הרשות לניירות ערך כדי למנוע או, למצער, כדי לעכב פתיחה בחקירה נגדו; והוא הסתיר העברות כספים מגורמים אשר אישורם נדרש. בסיכומו של דבר, צוין כי המערער נהג בכספי המשקיעים כבשלו, תוך התעלמות בוטה מההבטחות שניתנו למשקיעים ומהסכמי ההשקעה אשר נחתמו עמם. כמו כן, נקבע כי המערער עבר את עבירות הלבנת ההון שיוחסו לו על ידי העברות כספי המשקיעים, שניכס לעצמו במרמה, לחשבונות ששלט בהם. לצד כל זה, נקבע כי המערער עבר את העבירות לפי חוק ניירות ערך אשר יוחסו לו בכתב האישום.

16. בבואו לגזור את עונשו של המערער, קבע בית משפט קמא כי כבר למן הרגע הראשון פעל המערער בתחכום ובמרמה על מנת לגייס מאות מיליוני שקלים ממשקיעים. בעשותו כן, המערער לא פעל תחת השפעות או לחצים חיצוניים. האינטרס שהניע את המערער היה בצע כסף גרידא, וכדי לקדם אינטרס זה היה המערער מוכן לפגוע באי-ספור משקיעים, רובם ככולם בלתי-מתוחכמים, אשר כתוצאה מכך איבדו את רוב חסכוניותיהם. בית המשפט התייחס לאינטרס של הרתעת הרבים בעבירות כלכליות באופן כללי, ובעבירות ניירות ערך בפרט – זאת, לנוכח האפשרות הממשית להרתיע עברייני צווארון לבן פוטנציאליים, אשר על-פי רוב מכלכלים את צעדיהם בדקדוק. כמו כן, הבהיר בית המשפט כי המערער אמנם נעדר עבר פלילי, אולם משקל נסיבה זו מתאיין לנוכח העובדה שהמערער ביצע שורה של עבירות חמורות מאד לאחר תכנון ובמשך פרק זמן ארוך. עוד צוין כי המערער דחה את המיוחס לו בכתב האישום, לא נטל שום אחריות

למעשיו ומן הסתם לא הביע חרטה כנה. מההיבט של נסיבות מקלות, בית משפט קמא הביא במניין שיקוליו את הפגיעה שסבלה משפחת המערער – ובפרט ילדיו הקטינים – משפחה שמתמודדת עם קשיים רבים, כלכליים ונפשיים כאחד, אחרי שנפתח ההליך המשפטי נגדו.

17. לאור כל המקובץ, קבע בית משפט קמא כי מתחם העונש ההולם עומד במקרה דנן על 10-16 שנות מאסר עבור פרט האישום הראשון; 12-24 חודשי מאסר עבור פרטי האישום השני והשלישי; וכן 6-18 חודשי מאסר עבור פרט האישום הרביעי. לבסוף, החליט בית המשפט לגזור את עונשו של המערער, בהתחשב בנסיבות משפחתו, ברף הנמוך של מתחם הענישה, ולהשית עליו 10 שנות מאסר לריצוי בפועל בגין האישום הראשון. לצד זאת, הושתו עליו 12 חודשי מאסר לריצוי בפועל בגין האישומים השני והשלישי, וכן 12 חודשי מאסר לריצוי בפועל בגין האישום הרביעי – מאסרים שירוצו בחופף לעונש המאסר אשר הושת על המערער בגין האישום הראשון. כמו כן גזר בית המשפט על המערער 18 חודשי מאסר על-תנאי ותשלום קנס בסך של 400,000 ש"ח.

18. מכאן הערעורים ההדדיים: זה של המערער, וזה של המדינה.

הערעורים

טענות הצדדים

19. במסגרת ערעורו, משיג המערער הן על הכרעת הדין והן על גזר הדין. ערעורו על הכרעת הדין נסוב אך ורק על הרשעתו בגניבה בידי מורשה ובזיוף בכוונה לקבל דבר בנסיבות מחמירות. המערער אינו מלין על הרשעתו ביתר סעיפי האישום. כאמור לעיל, בתום הדיון שנערך לפנינו, קיבלה המדינה את המלצתנו והסכימה לכך שנוכה את המערער מעבירת הזיוף במסגרת פרט האישום השלישי. אחרי שהחלטנו לזכות את המערער מעבירת זיוף כאמור, אין כל סיבה שנידרש לטענותיו בעניינה. טענות אלה יורדות אפוא מן הפרק.

20. במסגרת ערעורו, מלין המערער גם על קביעת בית משפט קמא באשר להיקף ההשקעות שגייס. המערער טוען כי נפלה טעות אצל בית משפט קמא אשר קבע כי היקף ההשקעות הללו עומד על כ-340,000,000 ש"ח. מתחשיב שערך המערער עולה כי הסכום שגויס על ידו אינו עולה או, למצער, אינו עולה בהרבה על 304,000,000 ש"ח. המערער טוען כי מקור הטעות נמצא בחוות דעתו של רו"ח יואב מרום שהוגשה מטעם המדינה,

ואשר בה נקבע כי היקף ההשקעות שגויסו על-ידי קרנות קלע עמד על סך של כ- 340,000,000 ש"ח. לטענת המערער, לא זו בלבד שקביעה זו אינה מגובה באסמכתאות, אלא שבבסיסה טעות יסודית. רו"ח מרום שקלל במסגרת הסכום הכולל של כספי המשקיעים בקרנות קלע, סכום כסף נוסף אשר הועבר מרוביקון לקלע יזמות. מקורו של סכום כסף זה – כ-36,000,000 ש"ח – איננו כספי המשקיעים, כי אם גיוס כספים עצמאי של רוביקון. לטענת המערער, חוות דעתו של רו"ח מרום אינה אלא עדות מפי שמועה; ומשכך הוא, מן הדין לזכותו מהעבירות הקשורות לקבלת הכספים הללו. כמו כן, מוסיף המערער וטוען כי העברת הכספים מרוביקון לקרנות קלע מחזקת את דבריו לפיהם רוביקון וקרנות קלע חד הן, ולכן העברת כספים בין שתי החברות הללו אינה עולה כדי גניבה.

21. נוסף על כך, מעלה המערער השגות על הרשעתו בעבירת גניבה בידי מורשה. במסגרת זו, טוען המערער כי מן הדין היה להרשיעו בעבירת קבלת דבר במרמה – ואף זאת, בהיקף של כ-62,000,000 ש"ח בלבד. המערער מציין כי עבירה של קבלת דבר במרמה כוללת שלושה רכיבים: ביצוע מרמה; קבלתו של "דבר"; וקיומו של קשר סיבתי בין המרמה לבין קבלת הדבר. המערער טוען כי ביחס לחלק נכבד מהיקף ההשקעות נעדר הקשר הסיבתי הנדרש בין הצגת מצגי השווא, לבין בחירת המשקיעים להשקיע בקרנות קלע.

22. במסגרת טענה זו, מפנה המערער את תשומת לבנו לעדויות המשקיעים אשר הובאו באמצעות שאלונים שנוסחו על-ידי המדינה. בין היתר, הופיעה בשאלון שאלה זו (להלן: השאלה בשאלון):

"אם היית יודע שכספי השקעתך בקרן קלע [קלע יזמות או קלע בטוחות – א.ש.] מועברים לחברות ועסקים הקשורים לברמלי, ולא להשלמות הון ל-72 שעות, היית משנה מהחלטתך להשקיע בקרן קלע?"

המערער טוען שקרוב ל-360 משקיעים, שהשקעותיהם מגיעות כדי 68% מהיקף ההשקעות הכולל, ענו לשאלה זו בשלילה. במילים אחרות: כ-360 משקיעים הצהירו כי היו משקיעים בקלע יזמות או בקלע בטוחות בכל מקרה – קרי: אף אם היו יודעים מלכתחילה כי כספיהם לא יועברו להשלמות הון לטווח קצר, כי אם לחברות ולעסקיו הפרטיים של המערער. הנה כי כן, לשיטתו של המערער, השאלונים מוכיחים כי ניתק הקשר הסיבתי בין הצגת מצגי השווא לבין קבלת הדבר במרמה ביחס לחלק ניכר מכספי המשקיעים – 136,000,000 ש"ח – וכפועל יוצא מכך, לא ניתן להרשיעו בעבירת קבלת

דבר במרמה ביחס לסכום האמור. יתרה מכך: המערער מוסיף וטוען כי ביחס לסכום השקעות של כ-151,000,000 ש"ח, מתוך הסכום הכולל של 304,000,000 ש"ח, לא נגבו עדויות משקיעים; ומשכך הוא, אין זה ברור אם המשקיעים היו בוחרים לסגת מההשקעה בהינתן מודעות לאופי השימוש בכספיהם, ואם לאו. בהעדר עדויות, מבקש המערער כי בית המשפט יניח לטובתו, ולו מחמת ספק, כי המשקיעים לא היו משנים את בחירתם להשקיע אצלו את כספיהם. לטענתו, גם ביחס לסכום זה – 151,000,000 ש"ח – לא מתקיים אפוא הקשר הסיבתי הנדרש לשם התגבשות העבירה. לאור המקובץ, המערער טוען כי ניתן להרשיעו בקבלת דבר במרמה בהיקף של כ-62,000,000 ש"ח בלבד, הואיל ורק ביחס לסכום זה הוכח קשר סיבתי בין מעשי המרמה לבין קבלת הדבר – כפי שעולה מתשובות המשקיעים לשאלה בשאלון.

23. זאת ועוד. לשיטת המערער נפלה טעות בקביעתו של בית משפט קמא כי במסמכי ההתקשרות מסוג הסכמי הלוואה להשקעות, אשר נחתמו עד סוף שנת 2012 (להלן: חוזי ההשקעה המוקדמים), הוסכם כי כספי המשקיעים ישמשו להשלמות הון לטווח קצר בלבד. המערער אינו מכחד כי במהלך המשא ומתן עם המשקיעים הוצג להם מצג כזה, אולם מגבלה כאמור לא הוכנסה לבסוף לחוזי ההשקעה המוקדמים עליהם חתמו המשקיעים. המערער גורס כי רק בשנת 2014 הוכנסה להסכמי ההתקשרות עם המשקיעים הגדרה למונח "השלמות הון". לפני כן, ראוי היה לפרש את המונח כמונח שסתום, אשר מתייחס למגוון של פעילויות עסקיות בתחום ההשקעות וההלוואות. בהתחשב בכל אלו, פרשנות סבירה של חוזי ההשקעה המוקדמים – אשר, כאמור, לא הכילו הוראה המייחדת את השימוש בכספי הלקוחות להשלמות הון לטווח קצר בלבד – מוליכתנו, לטענת המערער, למסקנה כי מסגרות ההפקדות, אשר נקבעו לאור מטרותיהן, לא נפרצו. המערער מדגיש כי הסכמי ההתקשרות עם המשקיעים נוסחו באופן רחב – דבר אשר מחזק את טענתו כי המשקיעים היו אדישים לשאלה באיזה אופן הלה ישקיע את כספם. כמו כן, ביחס להעברת הכספים מקרנות קלע לרוביקון, מטעים המערער כי בחוזי ההשקעה המוקדמים צוין באופן מפורש כי רוביקון הינה צד להסכם; ומכאן עולה כי רוביקון היתה רשאית לנהל את כספי המשקיעים מבלי שהדבר יפר את תנאי ההפקדה. המערער סבור כי טעויות אלו – שלדבריו נפלו בקביעתו של בית משפט קמא כי המערער הפר את תנאי ההפקדה – הן שעמדו בבסיס החלטת בית המשפט להרשיעו בעבירה של גניבה בידי מורשה, ולא בקבלת דבר במרמה, אם בכלל.

24. לחלופין, מבקש מאתנו המערער כי נקל באופן משמעותי בעונשו. לטענתו, שגה בית משפט קמא משקבע כי מדובר בשלושה אירועים נפרדים. לטענת המערער, מבחן הקשר ההדוק מצביע על כך שמדובר בשלושה אירועים אשר נכרכים זה בזה ואינם ניתנים

להפרדה. המערער מוסיף וטוען כי ראוי להוריד את מתחם הענישה אשר נקבע ביחס לפרט האישום הראשון. עוד הוא טוען כי במסגרת מתחם הענישה ראוי לקחת בחשבון את העובדה שסכום הנזקים שנגרמו לקורבנות עבירותיו היה נמוך משמעותית מסכום המרמה; את הסכומים שהוחזרו זה מכבר למשקיעים במסגרת הונאת פונזי (כ-84,000,000 ש"ח); ואת הסכומים שעוד עתידים לחזור למשקיעים במסגרת הליכי פירוק החברות. ביחס לגובה הקנס שהושת עליו, טוען המערער כי הוא נותר חסר אמצעים ולכן אינו יכול לעמוד בתשלומיו. לזאת מוסיף המערער וטוען, כי אורך המאסר חלף הקנס שנקבע בעניינו, אשר הועמד על 24 חודשי מאסר, אינו שקול לגובה הקנס (400,000 ש"ח).

25. מנגד, המדינה מבקשת כי נדחה את הערעור תוך שהיא סומכת את ידיה על האמור בהכרעת הדין. לטענת המדינה, אין מקום להתערבותנו בקביעותיו של בית משפט קמא ביחס לסכום הכספים שגויסו מהמשקיעים ולמספר המשקיעים שהשיבו בשלילה לשאלה בשאלון – זאת, משום שמדובר בקביעות עובדתיות מובהקות בהן לא נוהגת ערכאת ערעור להתערב. למעלה מן הצורך, מדגישה המדינה וטוענת כי הקביעה לפיה המערער גייס מציבור המשקיעים סכום כולל של כ-340,000,000 ש"ח נשענת על יסודות איתנים, אשר כוללים דו"חות כספיים שערכו קרנות קלע בעצמן. עוד נטען כי בניגוד לטענת המערער, חוות דעתו של רו"ח מרום לוקחת בחשבון כספים שהועברו מרוביקון לקרנות קלע. באשר לתשובות לשאלונים, המדינה טוענת כי הנתונים שהובאו על-ידי המערער אינם מדויקים. מבדיקה שערכה המדינה, נמצא כי לכל היותר 69 משקיעים, שסכום השקעתם הכוללת עומד על כ-40,000,000 ש"ח, השיבו בשלילה לשאלה בשאלון.

26. לשיטת המדינה, טענת המערער כי יש להרשיעו בקבלת דבר במרמה, חלף עבירת גניבה בידי מורשה, נעדרת בסיס משפטי. המדינה מדגישה וטוענת כי עבירת גניבה בידי מורשה אינה מכילה בין רכיביה קשר סיבתי. משנקבע אפוא כי המערער שלח יד בכספי המשקיעים כאשר החזיק בכספים אלו כדין – פשיטא הוא כי עבירת גניבה בידי מורשה התגבשה; ושאלת הקשר הסיבתי כלל אינה מתעוררת.

27. למעלה מן הצורך, מוסיפה המדינה וטוענת כי טענת המערער בדבר היעדר הקשר הסיבתי בין הצגת המצגים שהציג לבין חיסרון הכיס של המשקיעים – דינה להידחות. לטענתה, המערער מנסה להיבנות מהשאלה שבשאלון, אולם אין בכוחם של השאלונים לספק תשובות לשאלות משפטיות מובהקות, כדוגמת שאלת הקשר הסיבתי. השאלון נוסח באופן כללי, מבלי שסיפק למשקיעים נתונים מדויקים אשר אפשרו להם לתת

תשובה מלאה או מורכבת; כמו כן, המשקיעים ענו על השאלון בשלב מוקדם של ההליך, עוד בטרם היו מודעים באופן מלא להתנהלות המערער. המדינה מוסיפה וטוענת כי בית משפט זה קבע לא אחת שלצרכי הוכחתה של קבלת דבר במרמה אין צורך להוכיח כי אילולא התרמית הדבר שקיבל הנאשם לא היה מתקבל; בכגון דא, ניתן להסתפק בהוכחתה של השפעה ניכרת על המרומה. בענייננו, המצג היחיד שהוצג למשקיעים הוא השקעת הכספים בהלוואות הון לטווח קצר; ומשכך הוא, אין ספק כי אותו מצג כוזב השפיע השפעה ניכרת על החלטת המשקיעים להשקיע את כספם בקרנות קלע.

28. באשר לגזר הדין – לגישת המדינה, עונש המאסר שהוטל על המערער חורג לקולא מהענישה הראויה. המדינה סבורה כי עונש זה אינו עולה בקנה אחד עם הצורך החברתי למצות את הדין עם נאשמים שביצעו עבירות כלכליות חמורות, ורוקנו אנשים תמימים מחסכונותיהם. המדינה טוענת אפוא, במסגרת ערעורה, כי בית משפט קמא טעה בקבעו מתחם ענישה מקל בגין האישום הראשון; טעה טעות נוספת בהחליטו לגזור את עונשו של המערער ברף התחתון של מתחם הענישה המקל; וכן טעה בכך שמצא לנכון לחפוף את עונשי המאסר שהשית על המערער בגין שלושה אירועים פליליים נפרדים. לטענת המדינה, העונש שהושת על המערער אינו משקף את הפגיעה במאות הקורבנות אשר בטחו ונתנו אמון בו ומסרו לידיו את חסכונותיהם, וכן את היקפה הכספי העצום של הפגיעה ואת סכום הכסף הגדול ששלשל המערער לכיסו הפרטי. בדיון שנערך לפנינו, טענה המדינה כי במקרה דנן העונש ההולם עומד על 14 שנות מאסר לריצוי בפועל. המדינה טוענת כי מן הדין להחמיר גם את רכיב הקנס אשר הושת על המערער, שכן שיעור הקנס הנמוך אינו הולם את הנזק הכספי העצום אשר נגרם על ידי המערער, שכאמור עומד על מאות מיליוני שקלים. המדינה מבקשת, על כן, כי נחמיר את עונשו של המערער במידה ניכרת – הן ברכיב המאסר שיהא עליו לרצות מאחורי סורג וברית, והן ברכיב הקנס שיהא עליו לשלם.

דיון והכרעה

29. אחרי ששקלתי את כלל הטענות אשר הועלו לפנינו בעל-פה ובכתובים, הגעתי למסקנות הבאות:

א. דין ערעורו של המערער, על שני חלקיו, להידחות, בכפוף לזיכויו המוסכם מעבירת זיוף כמצוין לעיל.

ב. דין ערעורה של המדינה על גזר הדין להתקבל. סבורני כי עלינו להחמיר את עונשו של המערער ולהעמיד את תקופת מאסרו הכוללת על 14 שנים וכן להעלות את סכום הקנס, אשר הושת עליו כאמור, לסך של 600,000 ש"ח או 36 חודשי מאסר תמורתו.

כך אציע לחבריי לעשות מהטעמים שאפרט להלן.

ערעור על ההרשעה

טענת המערער ביחס להיקף ההשקעות הכולל שגייס

30. המערער תוקף את קביעתו של בית משפט קמא לפיה היקף ההשקעות שגייס עומד על 340,000,000 ש"ח – קביעה אשר מבוססת על חוות דעתו של רו"ח מרום. עלינו לדחות את טענות המערער שמבקשות להטיל דופי בחוות הדעת. הלכה היא עמנו כי בית משפט זה, בפועלו כבית משפט לערעורים פליליים, אינו מתערב, ככלל, בממצאי עובדה ומהימנות אשר נקבעו על-ידי הערכאה הדיונית. ערכאה דיונית, להבדיל מערכאת ערעור, מבססת את קביעותיה העובדתיות על התרשמות בלתי-אמצעית מעדים, וכן על ניתוח כוללני של הראיות אשר הובאו לפניה. התערבותנו בכגון דא שמורה למקרים חריגים בלבד (ראו, למשל: ע"פ 662/20 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 11 והאסמכתאות שם (6.4.2021); ע"פ 6277/20 היילי נ' מדינת ישראל, פסקה 21 והאסמכתאות שם (24.3.2021); ע"פ 4707/20 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (7.2.2022); ע"פ 1935/20 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 18 (31.3.2021); ע"פ 6826/19 שרגאי נ' מדינת ישראל, פסקה 29 (14.2.2022); ע"פ 9040/05 אוחיון נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (7.12.2006); ע"פ 6020/07 גואטה נ' מדינת ישראל, פסקה 25 (30.11.2009); וכן ע"פ 3914/05 אלאחרד נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (10.11.2008)). המקרה שבו קא-עסקינן אינו נופל בגדר אותם מקרים חריגים אשר מצדיקים התערבות כאמור, ודי בכך כדי לדחות את טענות המערער בעניין זה (ראו והשוו: ע"פ 8642/19 הייב נ' מדינת ישראל, פסקה 36 (13.10.2021)).

31. למעלה מן הנדרש, אוסיף ואציין כי בית משפט קמא ניתח את חוות דעתו של רו"ח מרום תוך שהוא מדגיש כי היא נסמכת על הדו"חות הכספיים שערכו קרנות קלע עצמן. הדו"חות הכספיים הללו מהווים מקור המידע המרכזי אשר מאפשר ללמוד על מצבן הכספי של קרנות קלע בזמן אמת. לצדו של נתון חשוב זה ניצב נתון נוסף, חשוב לא פחות: עדותו של המערער נמצאה על ידי בית משפט קמא מניפולטיבית ובלתי-אמינה לחלוטין. אשר על כן, אין אני מוצא כל עילה מבוררת להתערב בקביעתו של בית משפט

קמא לפיה מדובר בחוות דעת אמינה מעבר לספק סביר. אמור מעתה: היקף ההשקעות שגייס המערער באמצעות מצגים שקריים, ואשר ברובן ירדו לטמיון, הגיע לכדי 340,000,000 ש"ח.

האם נכון להרשיע את המערער בגניבה בידי מורשה או, שמא, בקבלת דבר במרמה?

32. הוכח מעבר לספק סביר כי המערער הסיט את השקעותיהם של לקוחות קרנות קלע לאפיקים שהוסתרו מהלקוחות מלכתחילה, ושכללו את שימושיו האישיים. כמו כן, הוכח מעבר לספק סביר כי מעשי הונאה אלה תוכננו מראש. ממצאים חד-משמעיים אלה של בית משפט קמא עומדים על מסד ראיתי איתן.

33. מכאן עולה השאלה הבאה: מהי העבירה שעבר המערער כאשר הוא הונה כל לקוח ולקוחה של קרנות קלע? האם מדובר בקבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות, בגניבה בידי מורשה, או שמא בשתי העבירות הללו יחדיו?

34. המערער טוען כי אין להרשיעו בעבירת גניבה בידי מורשה לפי סעיף 393(1) לחוק העונשין. חלף זאת, הוא טוען כי מן הדין להרשיעו בעבירה של קבלת דבר במרמה לפי סעיף 415 לחוק. במסגרת טענה זאת, מציין המערער כי רכיב הקשר הסיבתי, אשר דרוש להתגבשותה של קבלת דבר במרמה, אינו מתקיים ביחס לכל הכספים שגויסו; ומשכך הוא, נכון יהיה להרשיעו בקבלת דבר במרמה בהיקף כספי מצומצם יותר של 62,000,000 ש"ח, לכל היותר.

35. כפי שכבר צוין על ידי, במסגרת הכרעת הדין בית משפט קמא בחן את התקיימות העבירות וקבע ממצאים כדלהלן:

- ביחס לקבלת דבר במרמה, נקבע כי שלושת רכיבי העבירה – מצג כוזב; קבלת דבר; והקשר הסיבתי בין המצג הכוזב לקבלת הדבר (ראו: ע"פ 8573/96 מרקדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 481, 537-539 (1997) (להלן: עניין מרקדו)) – הוכחו כדבעי. נפסק כי המערער הציג בפני המשקיעים גרסאות שקריות; כי המשקיעים העבירו לקרנות קלע כספים שסכומם הגיע לכדי 340,000,000 ש"ח; וכי אלמלא המצג כאמור, המשקיעים לא היו בוחרים להשקיע את כספיהם בקרנות קלע.

• כמו כן נקבע כי יסודותיה של גניבה בידי מורשה מתקיימים גם הם. להתהוות העבירה כאמור, המדינה נדרשת להוכיח, מעבר לספק סביר, כי הנאשם קיבל לידי נכס כלשהו, לצד ייפוי-כוח לעשות שימושים מוגדרים באותו נכס, ואחר כך גנב את הנכס – קרי: ניכס אותו לעצמו ונהג בו כאילו היה שלו (ראו: דנ"פ 2334/09 פרי נ' מדינת ישראל, פ"ד סד(3) 502, 41-38 (2011) (להלן: עניין פרי)). נפסק כי המערער היה אמון על כספי המשקיעים, ועל כן היה בידי ייפוי-כוח לבצע בכספים אלו פעולות מורשות. כחלק מבחינת יסודותיה של גניבה בידי מורשה, ובשים לב לזיקה האינהרנטית בין עבירה זו לבין העבירה הכללית של גניבה לפי סעיף 383(א)(2) לחוק העונשין (ראו: ע"פ 2103/07 הורוביץ נ' מדינת ישראל, פסקה 127 (31.12.2018) (להלן: עניין הורוביץ); ע"פ 51/88 דון נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(1) 144, 147 (1990); וכן עניין מרקדו, בעמ' 504) – בית המשפט נדרש לוודא את התקיימות העובדות הבאות בטרם ירשיע את הנאשם: הנאשם החזיק כדין בנכס כלשהו; אותו נכס ניתן לגניבה; הנכס הוחזק על ידי הנאשם בפיקדון, בנאמנות או בבעלות חלקית; הנאשם שלח יד באותו נכס; שליחת היד נעשתה במרמה לשימוש של הנאשם או של אדם אחר שאיננו הבעלים של הנכס (ראו: עניין פרי, פסקה 46).

• בית משפט קמא קבע כי רכיבים אלה של גניבה בידי מורשה מתקיימים במקרה דנן במלואם, ללא יוצא מן הכלל. נקבע כי המערער החזיק כדין בכספי המשקיעים בהיותו המנהל ובעל הסמכות הבכירה ביותר בקרנות קלע; כספי המשקיעים הם בגדר "דבר" הניתן להיגנב אשר הוחזק בפיקדון בקרנות קלע; המערער שלח יד בכספים הללו כאשר עשה בהם שימוש בלתי מורשה לצרכיו הפרטיים – וכל זה נעשה על ידי המערער במהלכים שתוכננו על ידו מראש, כאשר הוא מסתיר מהמשקיעים את מעשיו בכספיהם, ומציג בפניהם מצגים כוזבים באשר להשקעות הכספים.

36. בית משפט קמא פסק אפוא כי המדינה הוכיחה מעבר לספק סביר שהמערער ביצע את שתי העבירות הללו. קביעה עובדתית זו מבוססת כדבעי ואינה קוראת להתערבותנו כערכאת הערעור. לנוכח החפיפה בין הממצאים העובדתיים אשר מבססים את הרשעת המערער בשתי העבירות, החליט בית המשפט להרשיעו אך ורק בעבירת גניבה בידי מורשה. המערער טוען, כאמור, כי בית משפט קמא שגה במסקנה משפטית זו. לדברי המערער, ניתן היה להרשיעו, לכל היותר, בעבירה של קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות.

37. טענה זו תלויה על בלימה. השאלה המשפטית שמציג המערער בטענתו זו הוכרעה זה מכבר בפסק הדין התקדימי שניתן על ידי בית משפט זה: ע"פ 6350/93 מדינת ישראל נ' גולדין, פ"ד מט(4) 1 (1995) (להלן: עניין גולדין). אצטט מדבריו של השופט א' גולדברג, שכתב את פסק הדין:

"[...] העיתוי להתגבשות ההחלטה של מקבל הנכס לנהוג בו מנהג בעלים הוא שתוחם את היקף עבירת הגניבה לפי סעיף 383(א)(2) ביחס להיקף עבירת המירמה. אם התגבשה הכוונה לנהוג בנכס מנהג בעלים לאחר שהושגה החזקה בו, כי אז תהיה גניבה לפי סעיף 383(א)(2), אם לא יהיה ספק בדבר חוקיות החזקה בנכס. פשיטא, כי במקרה כזה גם לא נעברה עבירה של קבלת דבר במרמה; שכן, אם בעת קבלת החזקה בנכס טרם גמלה בלב עושה העבירה ההחלטה לנהוג בו מנהג בעלים, הרי שאין לומר כי מסירת הנכס אליו נעשתה על יסוד מצג שווא. מקרה הפוך, שבו התגבשה הכוונה לנהוג בנכס מנהג בעלים עובר לקבלת החזקה בנכס, אינו יכול לבוא, כאמור לעיל, בגדרו של סעיף 383(א)(2), המותנה בחוקיות החזקה [...] המסקנה העולה מן האמור היא כי אם מדובר בנפגע אחד, אין עבירת המירמה, העומדת ביסוד מסירת הנכס, דרה בכפיפה אחת עם עבירת הגניבה המנויה בסעיף 383(א)(2). [...] החפיפה בין עבירת המירמה לעבירת הגניבה תהיה קיימת כאשר אדם נפרד מחזקתו בנכס על יסוד הצהרה כוזבת המסתירה את כוונתו הסמויה של המצהיר לשלול את הנכס מבעליו שלילת קבע. במקרה כזה מגלמת עבירת הגניבה גם את ההגנה על האינטרס החברתי שעבירת המירמה באה להגן עליו, ולפיכך אין מקום וצורך לפרוש על עבירת הגניבה גם את יריעתה של עבירת המירמה" (ראו: עניין גולדין, פסקאות 47-48; ההדגשה בסוף הציטוט הוספה – א.ש.).

38. במקרה שלפנינו, המשקיעים נפרדו מהכסף בו החזיקו על יסוד הצהרות כוזבות אשר באו מפיו ומטעמו של המערער, ואשר הסתירו את כוונתו הסמויה לנכס לעצמו את הכספים, שכאמור הופקדו על ידי המשקיעים בקרנות קלע. אשר על כן, המערער נטל ונשא דבר הניתן להיגנב – כספי המשקיעים (ראו: עניין גולדין, פסקאות 59-62) – וזאת, במרמה ובלי תביעת זכות בתום לב, כאשר הוא מתכוון כבר בשעת הנטילה לשלול את הכספים הללו מבעליהם שלילת קבע. מעשים כאמור הם בגדר "גניבה", כמשמעה בסעיף 383(א)(1) לחוק העונשין; ומאחר שהמערער עשה את אשר עשה בכסף "שקיבל עם יפוי כוח לעשייה בו" (ראו: סעיף 393(1) לחוק העונשין) – ברי הוא כי מעשיו עולים כדי גניבה בידי מורשה במובנו של סעיף 393(1) לחוק. מעבר לנדרש, אוסיף כי המערער

ביצע גניבה בידי מורשה גם במובנו של סעיף 393(2) לחוק העונשין, מאחר שהוא גנב כסף "שהופקד אצלו [...] על מנת [ש]ישתמש בו [...] למטרה פלונית".

39. מעשי המרמה החמורים אשר בוצעו על ידי המערער כחלק מתכנית הגניבה בידי מורשה מאפשרים את הרשעתו גם בקבלת דבר במרמה, אולם, כפי שהוסבר על ידי השופט גולדברג בעניין גולדין, עבירה זו נבלעת בתוך העבירה של גניבה בידי מורשה. היבלעות זו נובעת מכך שרכיביה של קבלת דבר במרמה – (א) קבלת כספים; (ב) במרמה – חופפים את רכיביה של עבירת הגניבה בידי מורשה, כהגדרתם בסעיפים 383(א)(1) ו-393(1) לחוק העונשין: (א) קבלת כספים; (ב) במרמה; (ג) עם ייפוי כוח לעשייה בהם; (ד) מתוך כוונה לשלול את הכספים מבעליהם שלילת קבע; (ה) אשר מתגבשת בזמן נטילת הכסף. נוכח חפיפה זו, ניתן היה להרשיע את המערער בכל אחת מבין שתי העבירות הללו – קבלת דבר במרמה או גניבה בידי מורשה – אך לא בשתייהן יחדיו (ראו: ש"ז פלר "הכלל א' = א' + ב' והיקף חלותו" הפרקליט כג 427 (התשכ"ז); וכן: ע"פ 132/57 נכט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יא 1544 (1957); ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 221, 293-295 והאסמכתאות שם (1993)).

40. מעשיו החמורים של המערער הגיעו כדי גניבה בידי מורשה – עבירה חמורה יותר מקבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות. העבירה של גניבה בידי מורשה אשר בוצעה על ידי המערער בולעת בתוכה "קבלת דבר במרמה" (עם נסיבות מחמירות או בלעדיות). אשר על כן, נכון עשה בית משפט קמא כאשר החליט להרשיע את המערער בעבירת גניבה בידי מורשה, ולא בעבירת קבלת דבר במרמה.

41. בית משפט קמא הגיע למסקנה זו מנימוקים משפטיים שונים מאלו שהצגתי זה עתה. לשיטתו, הגניבה הבסיסית – שנהפכה לגניבה בידי מורשה בשל התקיימות הנסיבות האמורות בסעיף 393(1) לחוק העונשין – בוצעה על ידי המערער בדרך של הפרת האיסור הקבוע בסעיף 383(א)(2) לחוק (חלף האיסור שכאמור נקבע בסעיף 383(א)(1) לחוק). בית המשפט קבע, כאמור, כי "בהיותו מחזיק כדין דבר הניתן להיגנב" – כסף של המשקיעים – "בפקדון" אשר הופקד בידיו, המערער "שלח" יד בו במרמה לשימוש שלו או של אחר שאינו בעל הדבר" (ראו: פסקאות 416-420 להכרעת הדין). קביעה זו אינה תואמת את דבריו של השופט גולדברג בעניין גולדין, אשר צוטטו לעיל, לפיהם "מקרה [...] שבו התגבשה הכוונה לנהוג בנכס מנהג בעלים עובר לקבלת החזקה בנכס, אינו יכול לבוא [...] בגדרו של סעיף 383(א)(2), המותנה בחוקיות החזקה".

42. האם בית משפט קמא טעה ביישום ההלכה הפסוקה? לא ולא. כפי שצוין על ידו בהכרעת הדין, בית משפט זה פירש את צמד המילים "מחזיק כדין" – אשר מופיע בתחילתו של סעיף 383(א)(2) לחוק העונשין – כ"מתפרש [...] גם על מצבים שבהם מלכתחילה לא היה הסכם בין המפקיד לנפקד, ובהם נמסר הנכס לנפקד בעקבות מעשי תרמית שזה ביצע כלפי הבעלים" – זאת, לנוכח "הערך המוגן העומד ביסוד העבירה [...] – יחסי האמון שבין המפקיד ובין הנפקד" (ראו: פסקה 420 להכרעת הדין). דברים אלה הינם נכונים לחלוטין, שכן כך בדיוק נקבע בע"פ 3506/13 ה'ב' נ' מדינת ישראל, פסקאות 346-344 (12.1.2016) (להלן: עניין ה'ב') ובעניין פ'רי (ראו: שם, פסקאות 85-92; כמו כן, ראו והשוו: ע"פ 4985/13 ח'בר נ' מדינת ישראל, פסקה 112 (20.8.2014)). דברים אלה הוסברו באופן מיטבי בע"פ 2597/04 ר'ויטמן נ' מדינת ישראל (20.11.2006):

"המושג 'מחזיק כדין' במשמעות הניתנת לו במשפט האזרחי מתפרש לא רק על מצב שבו הנפקד קיבל את החזקה בנכס בחוזה תקף וללא פגם, אלא גם מקום שהחזקה נקנתה בידי הנפקד בדרך פסולה, תוך הפעלת אמצעים פסולים על הבעלים כדי שיעביר לידי את הנכס. הדין האזרחי מכיר בנפקותו של קשר משפטי קיים, המועיל להעביר זכות לחזקה בנכס, גם מקום שההסכם, המהווה המקור המשפטי לחזקה, נגוע בפגם. חוזה להעברת החזקה בנכס שנפגם בפגם של תרמית, הטעייה, כפייה או עושק, שנגרמו בידי הנפקד כלפי הבעלים, נתון לביטול על ידי הבעלים הנפגע. אולם כל עוד לא בוטל החוזה, הוא עומד בעינו, וזכות חזקה בנכס שהועברה מכוחו לנפקד הינה בת תוקף, ומהווה 'חזקה כדין'" (ראו: שם, פסקה 9).

יצוין כי השופט גולדברג עצמו הוסיף וכתב בפסק דינו בעניין גולדין את הדברים

הבאים:

"השלוח ייחשב למחזיק כדין בנכס גם אם הוא קיבל את החזקה בו מן השולח עצמו על יסוד טענות שווא, שלפיהן הוא מתעתד לבצע בו פעולה משפטית בעבור שולחו, בעוד שבלבו גמלה ההחלטה לנהוג בנכס זה מנהג בעלים. משנוצרה שליחות [...] ייחשב השלוח ככל מקרה כמחזיק בנכס כדין, וסעיף זה אינו מבחין בין מצב שבו הגיע הנכס לידי השלוח מידי צד שלישי לבין מקרה שבו הגיע הנכס לידי מהשולח. לפיכך, נוכח הוראת סעיף 10(א) לחוק השליחות ייחשב השלוח, לצורך סעיף 383(א)(2), למחזיק כדין, על-אף המירמה שביסוד מסירת החזקה" (ראו: שם, פסקה 57; ההדגשה הוספה – א.ש.).

43. פרשנות מרחיבה זו של הביטוי "מחזיק כדין" הופכת את החלופה של גניבה באמצעות מרמה, שכאמור נקבעה בסעיף 383(א)(1) לחוק העונשין לכמעט מיותרת, אם לא למיותרת לחלוטין. פרשנות זו אינה תואמת אפוא את הכלל נגד מיותרות (the anti-redundancy canon), אשר קובע, בהקשרו של הדין הפלילי, חזקה שהמחוקק אינו יוצר עבירות מיותרות – חזקה שהזדמן לי להסבירה וליישמה, בהסכמת חבריי למותב, בע"פ 4802/18 פלוני נ' מדינת ישראל (29.1.2019) (ראו: שם, פסקאות 27-28 לפסק דיני). ברם, הפרשנות המרחיבה, שכאמור ניתנה בפסיקתנו לביטוי "מחזיק כדין", היא בגדר הלכה מושרשת. הלכה זו אינה רואה כל סיבה להעמיד לבחינה מחדש; ובוודאי שאין כל סיבה לסטות ממנה במקרה דנן, אחרי שידענו כי מעשיו הפוגעניים של המערער עולים כדי גניבה לפי כל אחד מסעיפי-המשנה של סעיף 383(א) לחוק העונשין. אוסיף בקצרה כי ההבדל בין הגדרותיה השונות של עבירת הגניבה הבסיסית אינו משליך על הרשעת המערער בעבירות של הלבנת הון (ראו: פרט (9) לתוספת הראשונה לחוק איסור הלבנת הון).

44. טענת המערער בדבר היעדר הקשר הסיבתי בין מעשי המרמה שעשה לבין החלטותיהם של חלק מהמשקיעים להשקיע את כספיהם בקרנות קלע, אף היא נדונה לכישלון. פשיטא הוא, שהחלטות המשקיעים אשר בחרו להשקיע את כספיהם בקרנות קלע הושפעו מהמצגים הכוזבים באשר לאפיקי ההשקעה שהוצגו בפניהם על ידי המערער והמגייסים שפעלו מטעמו. השפעה כאמור, היא כשלעצמה מוכיחה את התקיימותו של קשר סיבתי בין מעשי המרמה שביצעו המערער והפועלים מטעמו לבין קבלת כספי המשקיעים.

45. המערער מצביע על כך שחלק מהמשקיעים ציינו, אחרי המעשה, שהיו משקיעים אצלו את כספיהם גם אילו ידעו את העובדות לאשורן. אמירות אלה אינן עוזרות למערער. ראשית, אמירות אלה אינן בגדר אשרור של מעשי הגניבה שביצע המערער כאשר שלח את ידו בכספי המשקיעים. שנית, וזה העיקר: כמו כל נאשם אחר, המערער נותן את הדין על מעשיו ותוצאותיהם כפי שהתרחשו במציאות – להבדיל מעולם אלטרנטיבי של תרחישים היפותטיים אשר לא התממשו. במציאות, איש מהמשקיעים לא נתן את הסכמתו לכך שהמערער יסיט את כספו לאפיקים בלתי מוסכמים וייעשה בכסף זה כרצונו. הסכמה היפותטית של המשקיעים לתרחיש היפותטי אשר הוצג בפניהם אחרי המעשה – לאו הסכמה היא. ל"הסכמה" כזאת אין כוח נורמטיבי של הסכמת בעלים אמיתית, ועל כן היא אינה יכולה לנקות את מעשי המערער מפליליותם (ראו והשוו: Nails v. S&R, INC., (639 A.2d 660, 668-669 (Md. 1994)).

תובנה בסיסית זו הוסברה היטב על ידי פרופ' דוד אנוך במאמר שנסוב על הסכמות היפותטיות. אצטט מדבריו:

"Consent has normative force. It can render impermissible things permissible (like [...] your using my property). [...] Giving consent is exercising a normative power. But in these respects, a hypothetical consent just won't do the trick at all. If you complain about my using your property, and I note that you've consented (under the suitable conditions, etc.), then that is the end of the matter – a part of the bundle of rights that your property rights include are precisely the power, by your consent, to make it the case that it's permissible for me to use it. If you haven't consented, though, you haven't exercised that power of yours. How does it matter, then, that you would have, under some hypothetical conditions? *It is of the very nature of normative powers – indeed, of powers more generally – that in order to have their standard (normative) effect, they must be exercised. A hypothetical consent, we may conclude, is not a pale form of an actual consent; it is no consent at all*".

David Enoch, *Hypothetical Consent and the Value(s) of Autonomy*, 128 ETHICS 6, 8-9 (2017).

(ההדגשה הוספה – א.ש.).

46. השאלה שעלינו לשאול אפוא היא האם מעשה התרמית שביצע המערער היה בגדר סיבה אפקטיבית או יעילה – אפקטיבית, יעילה, ולא דווקא סיבה-שאינן-בלתה (*causa sine qua non*) – לפגיעה ברצונו החופשי של המרומה. נקודה חשובה זו הטיב להסביר השופט א' א' לוי בע"פ 1784/08 פרי נ' מדינת ישראל (2009):

"קבלת דבר במרמה היא עבירה תוצאתית המחייבת קשר סיבתי בין המרמה לבין קבלת הדבר. המרמה צריכה להיות ה'סיבה היעילה' לקבלתו של הדבר [...], אולם יתכנו מצבים בהם יהיה קיים ספק לגבי בלעדיותם של מצגי השווא בהעברת הדבר מהמרומה למרמה, אך לא יהיה בכך כדי לשלול את הרשעת האחרון בעבירה, ובלבד שלמצגים הנ"ל היה תפקיד ניכר בהערכת המצב של המרומה" (ראו: שם, פסקה 41; (ההדגשות הוספו – א.ש.); ראו גם: ע"פ 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל, פסקאות 33-35 לפסק

דינו של השופט נ' הנדל והאסמכתאות שם (1.3.2017)
(להלן: עניין גוטסדינר)).

הנה כי כן, די בכך שמעשי המרמה השפיעו השפעה ניכרת ואפקטיבית על החלטותיהם של המשקיעים להשקיע בקרנות קלע – כפי שאכן קרה בענייננו-שלנו – כדי לקיים את דרישת הקשר הסיבתי.

47. ער אני לדברים שנאמרו על ידי השופט ד' לוין בע"פ 281/82 אבו-חצירה נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(3) 673, 693-הז (1983). מדברים אלה עולה כי אישורו של נפגע העבירה, אשר ניתן לאחר מעשה המרמה שהנאשם ביצע כלפיו, לפיו הנפגע היה "שוקל בחיוב" את השקעת כספו אצל הנאשם גם אילו לא המרמה, שולל את התקיימות הקשר הסיבתי בין מעשה המרמה לבין קבלת "הדבר". דברים אלה אינם תואמים את ההלכה הפסוקה בת-זמננו – שכאמור אימצה את מבחן "הסיבה האפקטיבית" (ראו: עניין גוטסדינר, פסקה 34 לפסק דינו של השופט הנדל) – ולטעמי שלי, הם אינם נכונים גם לגופם. כפי שכבר הבהרתי, נאשם צריך לתת את דינו על יסוד האירועים שהתקיימו במציאות, להבדיל מתרחישים היפותטיים.

48. מטעמים אלה אציע לחבריי לדחות את הערעור על ההרשעה.

ערעורים על גזר הדין

האם מדובר באירוע אחד או בשלושה אירועים נפרדים?

49. בבואו לגזור את עונשו של נאשם שנמצא אשם בעבירות המיוחסות לו, בית משפט נדרש לעיתים לבחון האם העבירות בהן הורשע הנאשם מהוות אירוע אחד או שמה מספר אירועים נבדלים ונפרדים – זאת, בהתאם להוראת סעיף 40ג(א) לחוק העונשין. בכגון דא, נקוט בדינו מבחן הקשר ההדוק. כאשר בין העבירות שנעברו על ידי הנאשם קיים קשר הדוק, על בית המשפט לקבוע מתחם אחד של עונש הולם ולאחר מכן לגזור על הנאשם עונש כולל בגין כל העבירות יחדיו – בגדרו של אותו מתחם. כאשר הקשר בין העבירות אינו הדוק, על בית המשפט לקבוע מתחם ענישה נפרד עבור כל עבירה ועבירה באופן אשר ייתן משקל ראוי לכל אירוע עברייני ואשר ישקף את החומרה היתרה בפגיעתו הרעה של הנאשם במספר אינטרסים חברתיים מוגנים. במסגרת מבחן הקשר ההדוק, שומה על בית המשפט לבחון האם העבירות שעבר הנאשם מהוות חלק מתכנית עבריינית אחת; האם הייתה סמיכות זמנים בין העבירות; האם העבירות בוצעו באותו מקום; האם הנאשם תכנן את העבירות; האם ביצוע העבירות התאפיין בשיטתיות;

האם ביצועה של עבירה אחת סייע לביצועה של עבירה אחרת; וכיוצא באלה (ראו: ע"פ 1261/15 מדינת ישראל נ' דלאל, פסקאות 24-21 (3.9.2015); ע"פ 9308/12 עיטא נ' מדינת ישראל, פסקאות 98, 100 (30.7.2015); ע"פ 2012/17 קטימובה נ' מדינת ישראל, פסקאות 34-35 (31.7.2018)).

50. בעניינינו-שלנו, לא מצאתי כי נפל פגם כלשהו באופן בו יישם בית משפט קמא את מבחן הקשר ההדוק. כזכור, בית המשפט בחר לכרוך את עבירות האישום הראשון לכדי אירוע אחד; את עבירות האישום השני והשלישי לכדי אירוע נוסף; ואת עבירות האישום הרביעי לכדי אירוע שלישי. בחינת האירועים הללו מלמדת כי לא קיים ביניהם קשר הדוק. בבסיסו של כל אחד משלושת האירועים עומדת תכנית עבריינית עצמאית שמימושה פגע באינטרס חברתי מוגן עצמאי ונפרד. עבירות האישום הראשון נוגעות להונאת המשקיעים, ולשימוש בכספיהם באופן שחרג מהמטרה שלשמה כספים אלה ניתנו. עבירות אלה תוכננו היטב, חזרו על עצמן בשיטתיות ופגעו באופן דומה במספר רב של משקיעים. אין כל ספק כי עבירות אלה הן בגדר אירוע אחד. לעומת זאת, עבירות האישום השני והשלישי שונות במהותן מעבירות האישום הראשון, שכן הן פגעו בכלל הציבור ובאינטרס המדינה לקיים פיקוח אפקטיבי על גיוסי כספים מהציבור ועל טוהר המידות בשוק ההון. לאור האמור, סבורני כי צדק בית משפט קמא בהחליטו לסווג את עבירות האישום השני והשלישי כאירוע אחד נוסף. עבירות האישום הרביעי – ביצוע עסקאות חריגות עם בעל שליטה, אשר דיללו את קופת החברה שמניויתיה נסחרות בבורסה לניירות ערך – אף הן מהוות אירוע אחד, מופרד ונבדל משני האירועים האחרים. בית משפט קמא צדק אפוא בהחליטו לסווג את עבירות האישום הרביעי כאירוע עברייני עצמאי.

מהו העונש הראוי?

51. לעבירות כלכליות מן הסוג שבו קא-עסקינן יש מאפיינים ייחודיים משל עצמן. עבירות אלה מבוצעות, על-פי רוב, על-ידי אנשים שמנהלים אורח חיים נורמטיבי בעולם הגלוי לעין, להבדיל מהעולם שאינו נראה, בו הם מבצעים – בסתר ובתחכום רב – עבירות כלכליות במטרה להתעשר על חשבונם של אנשים תמימים או על חשבון הציבור בכללותו. עבריינים כלכליים כדוגמת המערער דכאן לא הידרדרו לפשיעה על רקע של מצוקה כלכלית וחברתית. לרוב, אלה הם אנשים שדרכם צלחה. מעשיהם מונעים, על-פי רוב, על ידי הרצון להתעשר באמצעות ניצול בוטה של עמדת כוח, ידע ותחכום (ראו: עניין הורוביץ, פסקה 339). עבריינים אלה מבצעים עבירות מתוחכמות וקשות לגילוי, אשר בהרבה מקרים נמשכות זמן רב ומשאירות אחריהן ניזוקים רבים. עבירות כאמור

מסכות פגיעה קשה לציבור כולו. פגיעתן בשכבות האוכלוסייה המוחלשות – אנשים קשיי יום או קשישים שמאבדים את חסכוניותיהם – היא רעה במיוחד. שלא כמו בעבירות רכוש שגרתיות, הנזק הכלכלי שעבירות אלה גורמות לקורבנותיהן נאמד בסכומי עתק (ראו: ע"פ 9788/03 טופז נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 245, 250 (2004) (להלן: עניין טופז)). עבירות אלה מסכות, לעתים קרובות, נזק רב-ממדי לשוק ההון כולו ופוגעות בצמיחת המשק הלאומי. עבירות אלה פוגעות באמון הציבור בשוק ההון, וכפועל יוצא מכך מדללות את התמריץ להשקיע בשוק ומבריחות ממנו משקיעים פוטנציאליים (ראו: ע"פ 4603/17 אדרי נ' מדינת ישראל, פסקה 7 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (16.7.2019)).

52. כל זה מחייבנו להחמיר בעונשיהם של עבריינים כלכליים. עונשים שראוי להטיל על עבריינים אלה חייבים לבטא את שאט הנפש של החברה ממעשים פליליים שבבסיסם ניצול של מעמד, כוח ושררה – מעשים אשר מונעים על ידי רדיפת בצע וחתימה להתעשרות בכל מחיר. עונשים כאמור חייבים גם לבטא את הצורך החברתי בהרתעת הרבים. כפועל יוצא מכך, בתי המשפט צריכים לקבוע עונשים אלה בהתחשב בגודל הפיתוי לבצע עבירות כלכליות ובקושי לגלותן (ראו: ע"פ 677/14 דנקנר נ' מדינת ישראל, פסקאות לח-לט לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (17.7.2014); וכן ע"פ 7014/06 מדינת ישראל נ' לימור, פסקה 73 (2007)).

לעניין זה, יפים הם דבריה של השופטת ט' שטרסברג-כהן בע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 353 (1996):

"כאשר ניצבים אנו אל מול מעשים של פגיעה בגוף או ברכוש, הכול מסכימים שיש לראות בהם עבירות שענישה בצדן, באשר אין חברה אנושית מתוקנת יכולה להתקיים בלי לנקוט סנקציות עונשיות כנגד אלה הפוגעים בציבור הנפש של תפיסתנו הערכית והמוסרית ומסכנים את שלומנו ואת ביטחוננו האישי. [...] גם מעשים מתוחכמים, הנעשים על-ידי הפרט בתחומי חברה וכלכלה, פגיעתם עלולה להיות קשה למשק ולאדם הפרטי. ככל שהמעשים מתוחכמים יותר, מקצועיים יותר ונעשים בידי אנשים או גופים בעלי כוח ושליטה, כך גם אמצעי הריסון, המניעה וההרתעה על-ידי החוק צריכים להיות מתוחכמים ורגישים יותר לאינטרסים של הפרט והחברה הראויים להגנה. עם מעשים אלה נמנות העבירות הכלכליות למיניהן" (ראו: שם, בעמ' 473-474; כמו כן ראו: עניין הבי, פסקה 638; עניין טופז, בעמ' 250-251).

כמו כן נזכור בהקשר זה את דבריו של השופט א' ברק:

"ידעו נא עברייני הצווארון הלבן, כי צווארוננו של עושה העבירה הזו אינו 'לבן', והריהו כצווארוננו של כל פורץ ושוודד, שהאחד שודד את קופתה של המדינה, והאחד שודד את קופתו של הפרט" (ראו: ע"פ 624/80 חברת וייס ארנסט בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 211, 219-218 (1981); (הציטוט הפנימי הושמט – א.ש.)).

53. זאת ועוד. מלחמתנו בפשיעה כלכלית מחייבת השתת קנסות כבדים לצד עונשי מאסר ממושכים על עבריינים. כאמור, בבסיסן של עבירות כלכליות עומד המניע של בצע כסף. הסנקציה הפלילית שראוי להטיל על העבריין חייבת אפוא להכות קשה גם בכיסו. עמד על כך השופט נ' סולברג ברע"ב 1049/15 נזרי נ' שירות בתי הסוהר (18.6.2015):

"עניינו של הקנס בגמול, ובמיוחד בהשגת הרתעה כלכלית, למנוע מן העבריין להפיק רווח מביצוע עבירה [...] חשיבות מיוחדת נודעת לקנס בעבירות שבהן קמה למבצע טובת הנאה חומרית, ובעבירות שבעטיין נגרם נזק ממוני לזולת. הקנס מבקש לאיין טובת הנאה זו ואף להסב הפסד ממוני ניכר לעבריין, עד פי ארבעה מאותה טובת הנאה [...] הקנס נועד להתריע על שער בת רבים כי הפשע אינו משתלם. הציפייה היא לכך שהקנס יועיל למניעת רצידיביזם אצל העבריין, ולהרתעת אחרים שכמותו מלילך בעקבותיו" (ראו: שם, פסקה 29; כמו כן ראו: עניין גוטסדינר, פסקה 83 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז; עניין הורוביץ, פסקה 342).

54. לנוכח האמור לעיל, סבורני כי עלינו לקבל את ערעור המדינה על קולת העונש שהושת על המערער – וכפועל יוצא מכך, לדחות את ערעורו של המערער אשר מלין, ללא כל הצדקה, על חומרת עונשו.

55. ככלל, ערכאת ערעור אינה אמורה להתערב בגזר הדין שניתן על ידי הערכאה הדיונית. התערבות כאמור שמורה למקרים חריגים בהם נפלה טעות מהותית בגזר הדין או כאשר העונש שהושת על הנאשם, שנמצא חייב בדינו, חורג במידה קיצונית מרף הענישה הנהוג והמקובל (ראו: ע"פ 3091/08 טרייגר נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (29.1.2009); ע"פ 322/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (9.10.2016); ע"פ 5944/13 (2009.1.29) סלמאן נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (18.2.2014); ע"פ 1945/13 אחמד נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (5.10.2014)).

56. המקרה שלפנינו נופל בגדרם של אותם מקרים חריגים אשר מצדיקים את התערבותנו – זאת, לנוכח קולתו המפליגה של העונש אשר נגזר על המערער. הנני סבור כי עונש זה אינו הולם את חומרת העבירות בהן הורשע המערער ואת הנזק הכלכלי העצום שעבירות אלה הותירו אחריהן. צאו וראו את פסק הדין שניתן בע"פ 7075/03 אלון נ' מדינת ישראל (2.8.2006) – במסגרתו דחה בית משפט זה את ערעוריהם של אתי אלון ועופר מקסימוב אשר הורשעו במעשי מרמה וגניבה בהיקף של 254,000,000 ש"ח. זאת, אחרי שעל אתי אלון נגזרו 17 שנות מאסר לריצוי בפועל וקנס בסך של 5,000,000 ש"ח; ואילו על עופר מקסימוב נגזרו, לאחר קבלת ערעור המדינה, 17 שנות מאסר לריצוי בפועל וקנס בסך של 3,000,000 ש"ח. כמו כן, ראו ע"פ 5668/13 מזרחי נ' מדינת ישראל (17.3.2016) – בעניין זה הורשע הנאשם בעבירות הונאה וגניבה בהיקף של כ- 300,000 ש"ח. עם תום משפטו נגזרו עליו 12 שנות מאסר, קנס בסך של 300,000 ש"ח ופיצוי בסך של 258,000 ש"ח לכל אחד מנפגעי העבירה.

57. המערער דכאן הורשע בעבירות כלכליות מן החמורות ביותר שבוצעו במדינתנו. עבירות אלה בוצעו בשיטתיות, בתחכום רב ואחרי תכנון מוקדם. המערער דרס ברגל גסה את האמון שהמשקיעים תלו בו. הוא נהג בכספי המשקיעים כבשלו כדי להביא להתעשרותו על חשבונם. הסכום הכולל שהמערער הצליח לגייס מהמשקיעים בעזרת מצגים שקריים הגיע, כאמור, לכדי 340,000,000 ש"ח. מתוך סכום זה, המערער העביר לכיסו הפרטי כ-19,000,000 ש"ח; ואחרי שנחשפו מעשיו, המערער לא לקח על עצמו שום אחריות ובחר להתייחס בביטול לכל ההאשמות שהוטחו בפניו.

58. מעשיו של המערער הסבו נזק עצום לציבור המשקיעים אשר השקיעו את מיטב כספם בחברות שבשליטתו. חלקו הארי של ציבור המשקיעים מורכב מאזרחים ותיקים ופנסיונרים – אנשים אשר חסכו כספים שהרוויחו בעמל רב במשך שנים ארוכות עובר להשקעתם בקרנות קלע. כספים אלו – אשר היוו עבור רבים מהמשקיעים משענת יחידה לעת זקנה והועדו לסיפוק צרכיהם הבסיסיים כמו בריאות, דיור ורווחה – נעלמו כלא היו. כפי שעלה מהעדויות אשר נשמעו בבית משפט קמא, המערער המיט חורבן על קורבנות עבירותיו ועל משפחותיהם. משפחות אלה נדרשות כעת לכלכל את צעדיהן מחדש כדי לקום על רגליהן ולהתאושש מהמשבר הכלכלי העמוק שפקד אותם. כפי שצוין באחד מתצהירי נפגעי העבירה:

"פעולותיו של הנ"ל [המערער – א.ש.] נעשו בזמן ולאחר המחאה החברתית ב-2011 והוא 'רכב' על גל המחאה והציג עצמו כמושיע של השכבות ממע[מ]ד הביניים והחלש, שיכניס אותם לעולם קרנות ההשקעה השמורות

רק לשכבות החזקות שבעם, והוא ייצר להם הון לרווחתם ולרווחת משפחתם. ההון שגייס היה אמור לתמוך בפעילות הכלכלית של המשק ולתגמל את ציבור המשקיעים בצורה ישרה וראויה. המעשים הנפשעים שעשה הנ"ל הם לא אחר מפיגוע טרור כלכלי. הורדה לתהום של הון עתק שציבור המשקיעים חסך בזיעת אפו ויועד לשמש את המשקיע עצמו כמו גם את ילדיו וצאצאיו לדורות, למטרות בריאות, השכלה, דיור, לעת זקנה ועוד" (ההדגשה הוספה – א.ש.).

59. נפגעי העבירה תיארו בתצהיריהם תחושות עמוקות של צער, כעס ועוגמת נפש. הנזק שנגרם להם אינו ניתן לכימות – הפגיעה בהם היא מעבר לפגיעה כלכלית גרידא. רבים מנפגעי העבירה חווים בעיות בריאותיות ונפשיות, ומתארים תחושות של חרדה ודיכאון. בבואנו לגזור את עונשו של המערער, שומה עלינו אפוא ליתן ביטוי הולם לפגיעה הקשה בנפגעי העבירה ובמשפחותיהם.

60. לא נעלמו מעיניי נסיבותיו האישיות של המערער. הקשיים היומיומיים שחווים משפחתו וילדיו הקטינים, בעקבות מאסרו, עומדים לנגד עיניי ואיני מקל בהם ראש. אולם, אין בנסיבות הללו כדי להצדיק את ההקלה בעונש שניתנה למערער על ידי בית משפט קמא. הקלה זו אינה תואמת את מדיניות הענישה אשר נקוטה בידינו ביחס לעבירות כלכליות בעלות חומרה מפליגה, כדוגמת אלו אשר בוצעו על ידי המערער בהיותו מונע על ידי רדיפת בצע-כסף. הקלה זו באה על חשבון ההלימה בענישה והרתעת הרבים. החזר הכספים החלקי לנפגעי העבירה, אשר בוצע על-ידי המערער, אינו מצדיק הקלה בעונשו. סכום הכסף שהוחזר על ידו לחלק מהמשקיעים מתגמד בעמדו מול היקף הגניבה. המערער גנב את כספי המשקיעים אחרי שמעל באמון שאלה תלו בו – ולכן יהא זה אך סביר שיפעל להחזרת הכספים (ראו והשוו: עניין 1910, בעמ' 252). לזאת אוסיף כי בכל הקשור למכלול הכספים שנעלמו כלא היו – רב הנסתר על הגלוי.

61. עוד אציין כי זיכוי של המערער מעבירת הזיוף אינו מעלה ואינו מוריד לעניין העונש שראוי להשית עליו בגין מכלול מעשיו. זאת, מאחר שמדובר בזיכוי מעבירה שולית בהשוואה לעבירות בהן נמצא המערער אשם, וכן מאחר שעונשי המאסר בגין האישומים השני, השלישי והרביעי ממילא ירוצו בחופף לעונש אשר הוטל על המערער בגין האישום הראשון והעיקרי.

62. אשר על כן, מן הדין הוא שנחמיר את עונשו של המערער בשני רכיביו – מאסר וקנס – באופן משמעותי, אך זאת מבלי לחרוג מהכלל לפיו ערכאת ערעור אינה ממצה את הדין עם הנאשם כאשר היא מקבלת את ערעור המדינה על קולת העונש (ראו: ע"פ

1258/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 625, 644 (2004); ע"פ 4623/07 מדינת ישראל נ' אזרי, פסקה 17 (31.10.2007).

63. מכל הטעמים שמניתי, הנני מציע לחבריי שנקבל את עמדת המדינה ונעמיד את עונשו של המערער על 14 שנות מאסר לריצוי בפועל. כמו כן, מציע אני כי נעמיד את הקנס שעל המערער לשלם על סך של 600,000 ש"ח או 36 חודשי מאסר תמורתו. יתר רכיבי גזר הדין קמא יוותרו על כנם.

התייחסות לחוות דעתו של חברי, השופט י' כשר

64. אחרי ששקלתי בכובד ראש את האמור בחוות דעתו של חברי, השופט י' כשר, נשארתי איתן בדעתי-שלי. אין בידי לקבל את עמדת חברי בנוגע לכל אחד מאלה:

- ההלכה הפסוקה והמחייבת באשר למבחן הסיבתיות לעניין העבירה של קבלת דבר במרמה – מבחן אשר קובע את מהות הזיקה בין "מרמה" לבין "קבלת דבר" מידי המרומה.
- האופן שבו יש ליישם את מבחן הסיבתיות הצר יותר, הקרוי "תנאי-שאינן-בלתי", במשפטים פליליים (שכאמור אין לו תחולה במקרה שלפנינו, ועל כן התייחסותי אליו מובאת מעבר לנדרש).

ההלכה הפסוקה באשר למבחן הסיבתיות ב"קבלת דבר במרמה"

65. ההלכה המחייבת בעניין הקשר הסיבתי בין "מרמה" לבין "קבלת דבר" קובעת שהמרמה צריכה להיות סיבה יעילה – יעילה, ותו לא; ולא דווקא סיבה יחידה או סיבה מכרעת – לקבלת הדבר מידי המרומה. כפי שכבר ציינתי, הלכה זאת סוכמה והוסברה היטב על ידי השופט לוי בפסק דינו בעניין פרי, אשר מבהיר באופן שאינו משתמע לשתי פנים כי "יתכנו מצבים בהם יהיה קיים ספק לגבי בלעדיותם של מצגי השווא בהעברת ה'דבר' מהמרומה למרמה, אך לא יהיה בכך כדי לשלול את הרשעת האחרון בעבירה, ובלבד שלמצגים הנ"ל היה תפקיד ניכר בהערכת המצב של המרומה" (ראו: עניין פרי, פסקה 41).

66. בית משפט זה חזר על הלכה זו מספר פעמים (ראו, בין היתר: עניין גוטסדינר, פסקאות 33-35 לפסק דינו של השופט הנדל; ע"פ 1242/06 צור נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(2) 271, 307 מול האות ב' (2007); ע"פ 555/77 רבי נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 762, 774 (1978); ע"פ 281/82 אבו חצירא נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(3) 673, 689-694 (1983)). מדובר בהלכה מושרשת ואיני רואה כל סיבה לשנותה.

67. שורשיה של הלכה זו נטועים במשפט המקובל האנגלי, ממנו שאבנו את פקודת החוק הפלילי, 1936, שחלקים ניכרים ממנה, לרבות עבירות מרמה, מצאו את מקומם בחוק העונשין. ספרם הקלאסי של הארט והונורה (להלן: הארט והונורה) – אשר עוסק בסיבתיות במשפט בכלל ובמשפט המקובל בפרט – אף הוא מצדד במבחן הסיבה היעילה בהקשרה של "קבלת דבר במרמה":

"[T]he false belief must be at least part of – not necessarily the whole – reason for making the payment. If the victim believes the statement but is not influenced by it in making the payment [the] accused has not obtained the money by deception. Whether the deception acted on the mind of the person to whom it was addressed should in the ordinary way be proved by direct evidence, i.e., by asking him his reason for parting with the property" (H.L.A. HART & TONY HONORÉ, CAUSATION IN THE LAW 365 & n. 11 (2d ed., 1985)).

במילים אחרות: כל השפעה משמעותית של המצג הכוזב על החלטת המרומה להפקיד כסף או נכס מנכסיו אצל המרמה או שלוחיו מקיימת את דרישת הקשר הסיבתי בין מעשה המרמה לבין קבלת הדבר.

68. חברי, השופט כשר, מסתמך בחוות דעתו על דבריה של השופטת ברק-ארוך כסמכתא לאימוץ המבחן של "תנאי-שאיין-בלתו" לעניין הסיבתיות הנדרשת להתהוות העבירה של קבלת דבר במרמה. גם אני אסתמך על דברים אלה, ואצטט:

"העבירה של קבלת דבר במרמה נחשבת לעבירה תוצאתית, כאשר הרכיב התוצאתי בה הוא 'קבלה' של הדבר. כמו כן, נדרש קיומו של קשר-סיבתי בין מצג השווא לבין קבלת הדבר [...]. בפסיקה נקבע בעבר כי די בכך שהטענה המטענה תהיה 'הגורם', או אחד הגורמים' שהביאו לקבלתו של הדבר כדי לקיים קשר-סיבתי כאמור [...]. במקרה אחר נקבע שיש צורך בכך שהמרמה תשמש כ'סיבה היעילה לקבלתו של ה'דבר'' [...]. עוד נקבע, כי גם כאשר קיים ספק האם מצגי השווא היו בבחינת הגורם

הבלעדי שהוביל לקבלת ה'דבר', די בכך שהיה להם תפקיד ניכר בהערכת המצב של המרומה [...]. יצוין כי גם בהקשרים אחרים במשפט לא נדרש כי הגורם שלו מיוחסת אחריות על בסיס של קשר סיבתי יהיה הגורם היחיד שגרם לתוצאה המזיקה, להבדיל מגורם בלעדי אין" (ראו: ע"פ 4190/13 סמואל נ' מדינת ישראל, פסקה 78 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (18.11.2014); ההדגשה הוספה וציטוטים פנימיים הוסרו – א.ש.).

כיצד יש ליישם את המבחן "תנאי-שאיין-בלתו" במשפטים פליליים?

69. אודה ולא אכחד: גם אילו אימצנו את דרישת ה"תנאי-שאיין-בלתו" (conditio sine qua non) כבסיס להוכחת קיומו של הקשר הסיבתי בין מעשה המרמה לקבלת הדבר מידי המרומה, לא היה בידי להסכים עם דברי חברי, השופט כשר.

70. כדי להסביר את עמדתי, אפנה לאחד מפסקי הדין האנגליים הקלאסיים שעיצבו את תורת הסיבתיות בפלילים: R. v. White, [1910] 2 K.B. 124 (להלן: פרשת ווייט). פסק דין זה עסק בנאשם ששפך רעל למשקה של אמו כדי להביא למותה ולזכות בירושתה. אמו שתתה חלק מהמשקה וכעבור זמן קצר נפטרה עקב אי-ספיקת הלב מבלי שהרעל תרם לכך. בית המשפט קבע כי הנאשם אשם "רק" בניסיון לרצח, ולא ברצח כעבירה מוגמרת, בקבעו כי נאשמים בפלילים נותנים את הדין, לטוב ולרע, על בסיס מה שאירע במציאות, ולא על בסיס מה שיכול היה לקרות ולא קרה. עמדת חברי, לפיה כל אותם משקיעים אשר העידו על עצמם כמי שהיו משקיעים את כספם אצל המערער בלאו הכי – קרי: גם בלעדי המצג הכוזב שהלה הציג בפניהם – לא מסרו לו את כספם עקב מרמה, אלא מסיבה אחרת, שאינה פלילית, קובעת את אחריותו של המערער על יסוד אירועים שלא התרחשו במציאות, ושהמערער מנע את התרחשותם על ידי מעשה פלילי שבחר לבצע. עמדה זו מערערת את בסיס-הבסיסים של תורת האחריות בפלילים באשר היא קובעת כך: נאשם שיכול היה לבוא על מבוקשו מבלי לרמות את ציבור המרומים, לא יהא אשם בקבלת דבר במרמה למרות שבחר לרמות והצליח. עם תוצאה זו לא אוכל, כמובן, להסכים.

71. סבורני כי בעבור מצבים של סיבתיות חלופית – כדוגמת המצב שלפנינו, שבו שתי סיבות, פלילית ולגיטימית, הוליכו לאותה תוצאה מזיקה – שומה עלינו לאמץ את הכלל הבא: נאשם לא יכול, וממילא לא יהא רשאי, להיבנות ממהלך היפותטי אשר לא התממש במציאות, אם הוא עצמו גרם לאי-התממשותו של אותו מהלך על ידי מעשה פלילי. כלל זה יהא ברור ומובן לחלוטין אם נחזור אל פרשת ווייט ונשנה את עובדותיה באופן

הבא: (1) אמו של ווייט החליטה לשים קץ לחייה על ידי שתיית משקה שהכיל רעל קטלני, ושתתה את המשקה; (2) בהיותה בדקות חייה האחרונות, היא נורתה בראשה על ידי ווייט, שביקש לרצחה, ומתה במקום. ברי הוא, כי בנסיבות אלה ווייט אשם ברצח כעבירה מוגמרת, ולא בניסיון לרצח. זאת, מאחר שהדברים שקרו הלכה למעשה לא היו קורים באותו אופן אלמלא מעשיו הפליליים של ווייט. אלמלא מעשיו אלו של ווייט, אמו היתה מתה תוך דקות ספורות בשל כך שהרעילה את עצמה למוות. בשל מעשיו של ווייט, המנוחה מצאה את מותה בדרך אחרת אשר נכפתה עליה: היא נרצחה, ולא התאבדה. בדומה לכך, במקרה שלפנינו, לקוחותיו של המערער שממילא היו מורידים את כספם לטמיון בהסתמך על המוניטין שלו, מבלי שרומו על ידו, הורידו את כספם לטמיון כקורבנות של מרמה. לקוחות אלה איבדו את כספם עקב כך שהמערער הציג בפניהם, לצד המוניטין שלו, מצג כוזב אשר גרם להם להאמין שהשקעתם בטוחה. עובדה פשוטה זו לא ניתנה למחוק או להעלים באמצעות היפותזה אשר לא התממשה במציאות עקב כך שהמערער מנע את התממשותה על ידי מעשה מרמה.

72. הכלל לפיו נאשם אינו רשאי להיבנות מתרחיש היפותטי, כאשר הוא עצמו מונע את התממשותו על ידי ביצוע מעשה פלילי, מוסבר היטב על ידי ד"ר י' קוגלר בספרו על דיני העונשין.

וכך הוא כותב:

"ראובן ושמעון מחזיקים כל אחד אקדח ברישיון. שניהם היו מוזמנים למסיבה מסוימת. שניהם, בלי כל קשר זה לזה, רצו להיות במהלך המסיבה ללא האקדח עליהם. לפיכך כל אחד מהם, ללא כל קשר לאחר, נכנס לחדר הילדים בבית המשפחה שאירחה את המסיבה והניח את נשקו שם במגירה. כך היו במגירה אחת, זה לצד זה, שני אקדחים טעונים. ילד בן תשע, שזה היה חדרו, לקח את האקדח של ראובן וירה בראש של אחיו, והאח מת מייד. הילד פטור מאחריות פלילית בשל גילו הצעיר. לשמעון אין קשר סיבתי עובדתי למות הקורבן, שהרי אקדחו לא שימש כלל במהלך גרימת המוות. הסיכון שהוא יצר לא התממש. [...]"

כאן מתעוררת השאלה בנוגע לאחריותו של ראובן לעבירה של גרימת המוות. [...] לכאורה, ראובן יכול לטעון שהוא לא גרם למות הקורבן לפי המבחן המקובל, שהרי לולא היה שם את אקדחו במגירה הנדונה, היה נמצא במגירה רק אקדחו של שמעון. יש להניח שבמקרה כזה הילד בן התשע היה לוקח את האקדח הזמין של שמעון והורג את אחיו. נניח שאנו מקבלים שאכן כך היה

קורה. יוצא שלכאורה אין מתקיים המבחן של סיבה בלעדית אין באשר לראובן, משום שגם אם לא היה ראובן מניח את אקדחו במגירה, היה הקורבן מת באותו זמן שבו מת. [...]

הדרך שאומצה לפתרון הקונפליקט שנוצר כאן היא להוסיף למבחן הסיבה בלעדית אין את ההבהרה שבעת הפעלת המבחן הזה עלינו להתעלם ממהלך היפותטי שלא התממש באירוע. במקרה דנן עלינו להתעלם מהאפשרות שהילד היה לוקח את האקדח של שמעון [...] כי אפשרות זו היא מהלך היפותטי שלא התממש באירוע. ואם מתעלמים ממהלך היפותטי זה, אז נכון לומר שאילולא שם ראובן את אקדחו במגירה שבחדר הילדים, לא היה הקורבן מת, כי הילד לא היה יורה" (ראו: יצחק קוגלר תאוריה ומעשה בדיני עונשין 363-364 (2020); ההדגשה הוספה – א.ש.).

בעניינינו-שלנו, המצג הכוזב של המערער כמוהו כראובן אצל ד"ר קוגלר: מצג זה גרם ללקוחות המערער לאבד את כספם כקורבנות מרמה, והוא זה שמנע את התממשותו של התרחיש החלופי עליו משתית חברי, השופט כשר, את חוות דעתו בעניין הסיבתיות.

73. מכאן לעניין אחרון: אם דעתי היא דעה נכונה, מדוע ראתה הפרקליטות לנכון להציג בפני לקוחותיו של המערער את השאלונים? תשובתי לשאלה זו היא שהשאלונים אכן לא נדרשו וממילא לא הועילו לבירור העובדות (למרות שלגישה שדוגלת במשלוח שאלונים כאלה יש אחיזה בספרות משפטית, ראו: הארט והונורה, בעמ' 365).

74. אשר על כן, המסקנה אליה הגעתי בפסק דיני וטעמיה נשארים לעמוד כמות שהם ללא שום שינוי.

ש ו פ ט

השופט י' כשר:

1. באחת הסוגיות שחברי, השופט א' שטיין, דן ומכריע בהן בחוות דעתו, אין אני יכול לצרף את דעתי לדעתו, ובעקבות כך גם התוצאה שהנני מגיע לה שונה, במידת מה, מהתוצאה המוצעת על ידו. אפרט.

2. לפי גישתו של חברי, ביחס לעובדות האישום הראשון בו הואשם המערער יש להרשיעו בעבירה של גניבה בידי מורשה, בהתאם לסעיף 393 לחוק העונשין, תשל"ז – 1977 (להלן: חוק העונשין). חברי מוסיף וקובע כי לשיטתו, בנסיבות המקרה דנן, עבירת הגניבה בידי מורשה "בולעת" בתוכה גם את כל מרכיביה של עבירת קבלת דבר במרמה, הקבועה בסעיף 415 לחוק העונשין בזו הלשון:

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

המונח "מרמה", לעניין ההוראה דלעיל, מוגדר בסעיף 414 לחוק העונשין, כדלקמן:

"מרמה" – טענת עובדה בעניין שבעבר, בהווה או בעתיד, הנטענת בכתב, בעל-פה או בהתנהגות, ואשר הטוען אותה יודע שאינה אמת או שאינו מאמין שהיא אמת; ו'לרמות' – להביא אדם במרמה לידי מעשה או מחדל" (ההדגשה הוספה – 'כ').

3. העבירה של קבלת דבר במרמה הינה עבירה תוצאתית. כך, הלכה פסוקה היא כי: "היסוד העובדתי הנדרש להתגבשות העבירה מורכב משלושה רכיבים: טענה כוזבת, קבלת דבר וקשר סיבתי בין המצג הכוזב לתוצאה..." (ע"פ 6201/18 טובול נ' מדינת ישראל, פסקה 26 לפסק דינו של השופט י' עמית והאסמכתאות שם (28.10.2019); ע"פ 4603/17 אדרי נ' מדינת ישראל, פסקה 99 לפסק דינו של השופט נ' סולברג (16.7.2019)).

4. בעניין דנן, "הדבר" ש-"קבלתו" ב-"מרמה" יוחסה למערער, הייתה השקעה, בסך כולל של כ-340 מיליון ש"ח, שמשקיעים שונים הסכימו להשקיע בתאגידים בשליטתו של המערער. מצג המרמה שיוחס למערער נגע למהות ההשקעות שתבוצענה בכספים, כאשר בפועל הכספים הושקעו בהשקעות בעלות אופי שונה לחלוטין, שירדו לטמיון.

לצורך הוכחת מרכיב הקשר הסיבתי בעניין דנן, הגישה המשיבה בבית המשפט קמא, בין היתר, כראיות מטעמה, מסמכים המכילים את התשובות שניתנו על ידי חלק ניכר מהמשקיעים לשאלון ששוגר להם על ידי המשיבה, וזאת כתחליף לחקירה פרונטאלית מסורתית.

במאמר מוסגר יצוין כי המערער ניהל מאבק משפטי כנגד הלגיטימיות של אותם שאלונים, הן בבית המשפט קמא (ת"פ 52446-06-16 מדינת ישראל נ' ברמלי (14.5.2017)) והן בבית משפט זה (בש"פ 4804/17 ברמלי נ' מדינת ישראל (9.8.2017)).

לאחר אותן החלטות הוגשו השאלונים והתשובות להם, בהסכמה, כראיה בבית המשפט קמא.

5. בערעורו בפנינו טוען המערער, בין היתר, כי התשובות שניתנו על ידי חלק ניכר מהמשקיעים שהשיבו לשאלונים שהוגשו מטעם המשיבה, מעידים כי לא קיים קשר סיבתי בין המצגים המיוחסים לו לבין החלטת אותו חלק מהמשקיעים להשקיע בקרנות קלע שבשליטתו. בפרט מתייחס המערער לתשובה שניתנה על ידי חלק מהמשקיעים לשאלה מס' 16 לשאלוני המשיבה, שזה נוסחה: "אם היית יודע שכספי השקעתך בקרן קלע מועברים לחברות ועסקים הקשורים לברמלי, ולא להשלמת הון ל-72 שעות, היית משנה מהחלטתך להשקיע בקרן קלע?" (להלן: שאלה מס' 16). המערער מצביע על כך שחלק ניכר מהמשיבים השיב בשלילה לשאלה מס' 16 דלעיל, קרי – השיבו שהיו משקיעים בקרנות קלע גם לולא היה מוצג להם מצג השווא שביסוד כתב האישום.

על סמך האמור, טוען המערער כי לא ניתן להרשיעו בקבלת דבר במרמה בכל הנוגע לכל ההשקעות שהושקעו על ידי מי שהשיבו בשלילה לשאלה מס' 16.

6. בפסק דינו מצא חברי השופט שטיין לדחות את טענתו האמורה של המערער. את עמדתו נימק חברי בשני אלה: ראשית, חברי הטעים כי לגישתו תשובות המשקיעים שענו בשלילה על שאלה מס' 16 "אינן בגדר אישור של מעשי הגניבה שביצע המערער", והוסיף כי: "כמו כל נאשם אחר, המערער נותן את הדין על מעשיו ותוצאותיהם כפי שהתרחשו במציאות – להבדיל מעולם אלטרנטיבי של תרחישים היפותטיים אשר לא התממשו".

שנית, חברי ציין כי לגישתו "השאלה שעלינו לשאול אפוא היא האם מעשה התרמית שביצע המערער היה בגדר סיבה אפקטיבית או יעילה [...] ולאו דווקא סיבה-שאינ-בילתה (causa sine que non) – לפגיעה ברצונו החופשי של המרומה" (ההדגשה במקור – "כ"). חברי הוסיף וציין כי לשיטתו, החלפת מבחן "הסיבה-שבלעד-האין" במבחן "הסיבה האפקטיבית", משמעה כי אישורו של נפגע העבירה אשר ניתן לאחר מעשה המרמה לפיו הנפגע היה 'שוקל בחיוב' את השקעת כספו אצל הנאשם גם לולא המרמה, אינו שולל את הקשר הסיבתי בין מעשה המרמה לבין קבלת ה-"דבר".

7. אני מסכים עם חברי כי תשובת המשקיעים שהשיבו בשלילה לשאלה מס' 16, אינה מהווה "אשור" של מעשה המרמה. עוד מסכים אני עם חברי כי התשובה לשאלה מס' 16 אינה יכולה להחליף הסכמה "אמתית".

לעומת זאת, אין בידי להסכים עם עמדתו של חברי לפיה מבחן הסיבה-בלעד-האין אינו עוד המבחן הנוהג והנכון לבחינת התקיימות יסוד הקשר הסיבתי בעבירה של

קבלת דבר במרמה. בתוך כך, אינני מסכים כי בהקשר בו עסקינן, השאלה כיצד היה נוהג נפגע העבירה לולא היה מוצג לו מצג השווא הינה שאלה בלתי רלוונטית.

במיוחד אינני מסכים לכך שכאשר יש בפני בית המשפט ראיה ישירה המלמדת כי נפגע העבירה היה נוהג באותו האופן גם לולא היה מוצג לו מצג השווא על ידי הנאשם, ניתן לראות באותה ראיה כבלתי רלוונטית וחסרת ערך, בשל כך שהיא עוסקת בשאלה "היפותטית". זאת, בפרט כאשר מדובר בראיה שנאספה והוגשה על ידי המאשימה, כפי שהוא בעניינינו.

אבהיר להלן את הנימוקים שביסוד עמדתי.

המבחן להוכחת קשר סיבתי עובדתי בעבירה של קבלת דבר במרמה

8. בפסק הדין בע"פ 281/82 אבו-חצירא נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(3) 673 (1983) (להלן: עניין אבו-חצירא), נדונו עובדות דומות לעובדותיו של המקרה דנן, בהקשרים הרלוונטיים לשאלה בה אנו דנים: המערער, ראש העיר רמלה בעת התרחשות האירועים, שיגר לשר הפנים מכתב המלצה למתן סיוע כספי לקרן גמ"ח, להנצחת שמו של אביו, האדמו"ר יצחק אבו-חצירא זצ"ל. במכתבו תיאר המערער את הפעילות שהקרן קבעה לעצמה ככזו שעניינה בהענקת מלגות והלוואות לסטודנטים ותלמידי ישיבה מהעיר רמלה, בני עדות המזרח. נקבע כי בדברים אלו לא היה אמת ובפועל הקרן שימשה, בעיקר, לצרכיו של המערער, בני משפחתו ומקורביו. הקרן קיבלה ממשרד הפנים סכומי כסף והמערער הואשם, בין היתר, בקבלת אותם כספים במרמה.

בעלי הדין הסכימו כי שר הפנים לא יתבקש להעיד בבית המשפט אלא ישיב על שאלון. במסגרת תשובותיו השיב שר הפנים כי אם היתה מוגשת לו בקשה, מטעם עיריית רמלה, למתן מענק לקרן גמ"ח על שמו של האדמו"ר יצחק אבו-חצירא זצ"ל, היה שוקל בחיוב את אישור הבקשה, וזאת אף בלא המצג לעניין ייעוד הכספים. לאור תשובת שר הפנים, זיכה בית המשפט המחוזי את המערער מעבירה של קבלת דבר במרמה. ערעורה של המדינה בעניין זה נדחה, תוך שבית המשפט עמד על חובתה של המאשימה להוכיח קשר סיבתי בין המרמה לבין קבלת ה-"דבר", וקבע כי תשובתו של שר הפנים משמעה שנוצר ספק בדבר קיומו של הקשר הסיבתי הנדרש להרשעה בקבלת דבר במרמה. וכך קבע בעניין השופט מ' שמגר, אשר הצטרף לשופט ד' לוין שכתב את חוות הדעת העיקרית:

"בית משפט קמא קבע בעניין זה, כי כתיבת המכתב ושליחתו עולות כדי מרמה, אולם למרות זאת הוחלט לזכות את המערער מאחר שנותר ספק, אם הענקת הכספים הייתה תוצאתו (ההדגשה במקור – י.כ.) של מעשה

המירמה, או שמא היו כספים אלה מועברים למערער גם לולא בחר בהעלאתה של טענת עובדה בעניין שבעתיד שאיננה אמת. בהקשר זה למדה הערכאה הראשונה מדברי תשובתו בכתב של שר הפנים, ד"ר יוסף בורג, שהוגשה לבית המשפט המחוזי, כי יש יסוד לסברה, שהמענק היה מתאשר גם במקרה בו הייתה מתבקשת הקיצבה לקרן של גמילות חסדים בלי איזכורן של סטיפנדיות, שישולמו כביכול לסטודנטים ולתלמידי ישיבה. אף דעתי כדעת חברי הנכבד, כי אין להתערב במסקנה זו, כי לפי יסודותיה של העבירה שהוגדרה בסעיף 415 לחוק העונשין, לא די בהוכחת של המירמה אלא יש להוסיף ולהוכיח, כי קבלת הדבר היא תולדה של המרמה. [...] התוצאה הנובעת מכך היא, שנותר ספק, אם הכסף לא היה מוקצב למערער גם אלמלא העלה את טענת המירמה בדבר כינונה של קרן סטיפנדיות, ומספק זה רשאי המערער להינות" (עניין אבו-חצירא, בעמ' 719-720; ההדגשות אינן במקור אלא אם צוין אחרת – י' כ')

9. הנה כי כן, בפסק הדין בעניין אבו-חצירא עמד בית המשפט על כך שהמבחן לקיומו של קשר סיבתי בעבירה של קבלת דבר במרמה, כפי שהוא בכל עבירה תוצאתית אחרת בדיני העונשין (וראו לעניין זה: יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך א' 296-300 (מהדורה שלישית, 2014) (להלן: רבין וואקי); הוא מבחן ה-"סיבה-בלעדית-אין" או ה-"סיבה שאין בלתי" (causa sine qua non). בפסק הדין בעניין אבו-חצירא נקבע כי מקום בו סופקה ראיה פוזיטיבית לכך שהמצג המרמתי לא השפיע על המרומה, כך שלא הווה סיבה-בלעדית-אין לקבלת ה-"דבר", לא מתקיים יסוד הקשר הסיבתי הנדרש לצורך התגבשות העבירה של קבלת דבר במרמה.

10. כפי שניתן לראות, פסק הדין בעניין אבו-חצירא תומך במובהק בטענתו המתוארת לעיל של המערער, עובדה אשר לא נעלמה גם מעיני חברי, השופט שטיין. אף על פי כן, חברי מצא לדחות את טענת המערער בנמקו כי הדברים שנפסקו בעניין אבו-חצירא "אינם תואמים את ההלכה הפסוקה בת-זמננו שכאמור אימצה את מבחן 'הסיבה האפקטיבית'".

כאמור לעיל, חולק אני על מסקנתו של חברי לפיה על פי הפסיקה בת-זמננו מבחן הסיבה-בלעדית-אין איננו עוד המבחן להוכחת הקשר הסיבתי בעבירה של קבלת דבר במרמה, ועוד יותר מכך חולק אני על גישתו של חברי לפיה על פי הפסיקה בת-זמננו ניתן להתעלם מראיה ישירה בדבר אי-קיומו של קשר סיבתי, מסוג הראיה הקיימת בנסיבות דנן.

11. מושכלות יסוד הן כי בדיני העונשין, ככלל, קיומו של קשר סיבתי עובדתי נבחן באמצעות מבחן הסיבה-בלעדית-אין (ראו: רבין וואקי, עמ' 296-300; ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א', פסקאות 551-552 (2000); יצחק קוגלר תאוריה ומעשה בדיני עונשין

– מבוא והיסוד העובדתי, 351-357 (2020); גבריאל הלוי תורת דיני העונשין כרך א', 754-756 (2009) (להלן: הלוי); יעקב קדמי על הדין בפלילים – חוק העונשין, חלק שני – על הפגיעות ברכוש, 1028-1033 (מהדורה חדשה, 2013); יובל לוי ואלני לדרמן עיקרים באחריות פלילית, 316-325 (1981).

12. על רקע זה, העמדה העקבית אשר הובעה בפסיקתו של בית משפט זה הייתה כי לצורך הוכחת יסוד הקשר הסיבתי בעבירה של קבלת דבר במרמה, נדרשת המאשימה להוכיח כי המצג המרמתי היווה סיבה-בלעדית-אין לקבלת ה-"דבר". כך, למשל, בע"פ 5734/91 מדינת ישראל נ' לאומי ושות' בנק להשקעות בע"מ, פ"ד מט(2) 4 (1995), נפסק כי:

"טוען הסניגור המלומד, כי גם אם היתה מירמה, לא הוכח קשר סיבתי בין המירמה כלפי הרשויות לבין מתן ההיתרים, וכי המבחן שיש להציגו במישור הקשר הסיבתי הוא אם היו האישורים מתקבלים אילו ידעו הגורמים המוסמכים את מצב הדברים לאשורו. מבחן זה הוא אכן המבחן המשמש לבחינת הקשר הסיבתי בין המצב הכוזב להתרחשות המזיקה..." (שם, בעמ' 22; ההדגשה הוספה – י"כ).

כמו כן, בע"פ 535/88 מרובקה נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(1) 265 (11.12.1990),

נפסק כי:

"אולם, גם אם הוכחה המירמה, יש להוכיח כי אלמלא המצג לא היה המערער מקבל את מבוקשו" (שם, בעמ' 277; ההדגשה הוספה – י"כ).

כך גם נפסק בפסק הדין בע"פ 2597/04 רויטמן נ' מדינת ישראל (20.11.2006)

(להלן: עניין רויטמן), המוזכר בחוות דעתו של חברי, בו ציין השופט ס' גובראן כי:

"משהוכח, כי אכן המערער אחראי היה ליצירתו של מצג כוזב בפני המפקדים, לפיו לא כרוך כל סיכון בהפקדת הכספים בידיו, יש להידרש לשאלה, האם קיים קשר סיבתי בין המצב ובין הפקדת הכספים, דהיינו, האם אלמלא יצר המערער את המצג האמור, עדיין היו העולים מפקדים בידיו את כספם" (שם, בפסקה 37 לפסק דינו של השופט ס' גובראן; ההדגשה הוספה – י"כ; וראו גם בע"פ 4190/13 סמואל נ' מדינת ישראל (18.11.2014) (להלן: עניין סמואל), עליו אעמוד עליו מיד).

13. כאמור, חברי השופט שטיין סבור כי בעניין זה חל שינוי בפסיקה, וכי כיום המבחן להוכחת קיומו של קשר סיבתי בעבירה הנדונה אינו מבחן הסיבה-בלעדית-אין, כי אם מבחן "הסיבה היעילה". את עמדתו מבסס חברי על דברי השופט א' א' לוי בע"פ 1784/08 פרי נ' מדינת ישראל (5.2.2009) (להלן: ע"פ פרי), אשר ציין כי:

"קבלת דבר במרמה היא עבירה תוצאתית המחייבת קשר סיבתי בין המרמה לבין קבלת ה'דבר'. המרמה צריכה להיות 'הסיבה היעילה' לקבלתו של הדבר (ע"פ 555/77 רבי נגד מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 762, 774 (1978); ע"פ 281/82 אבו חצירא נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(3) 689, 673 פסקה 10 (1983)), אולם, יתכנו מצבים בהם יהיה קיים ספק לגבי בלעדיותם של מצגי השווא בהעברת ה'דבר' מהמרמה למרמה, אך לא יהיה בכך כדי לשלול את הרשעת האחרון בעבירה, ובלבד שלמצגים הנ"ל היה תפקיד ניכר בהערכת המצב של המרמה (ע"פ 1242/06 צור נ' מדינת ישראל, בפסקה 37 (13.6.2007))."

איני סבור כי המובאה לעיל מבטאת את השינוי היסודי בהלכות הקשר הסיבתי בעבירת קבלת הדבר במרמה, שחברי רואה בה: לשיטתי, בדברים האמורים ביקש השופט לוי להדגיש כי לצורך הוכחת הקשר הסיבתי בעבירה זו, אין הכרח כי המרמה תהווה הסיבה היחידה שהובילה את הקורבן למסור את ה-"דבר" לידי המרמה. יסוד הקשר הסיבתי בעבירה האמורה מתמלא גם כאשר מספר גורמים הובילו את הקורבן למסור את ה-"דבר" לידי הנאשם, ובלבד שהמרמה היוותה אחד מאותם הגורמים, שהינו גם בבחינת "הסיבה היעילה" למסירת ה-"דבר".

בתוך כך, לגישתי, אין בדברים שהובאו לעיל תימוכין להשקפה שלפיה המצג המרמתי אינו חייב להיות הסיבה-בלעדית-אין, וקל וחומר שאין בהם תימוכין לגישה המאפשרת התעלמות מראיה ישירה השוללת את קיומו של הקשר הסיבתי, כפי שהוא, לדעתי, המצב בענייננו.

אבקש להפנות את תשומת הלב כי בדבריו שהובאו לעיל, הסתמך השופט לוי על פסק הדין בעניין אבו-חצירא, ולא ביקש להסתייג ממנו, עובדה שמתקשה להתיישב עם המסקנה שכוונתו הייתה להפוך את הקביעה שביסודו.

14. על כוונת הדברים ניתן לדעתי ללמוד גם מהסתמכותו של השופט לוי על פסק הדין בע"פ 1242/06 צור נ' מדינת ישראל (13.6.2007) (להלן: עניין צור). בפסקה אליה מפנה השופט לוי נאמרו הדברים הבאים:

"העולה מן האמור לעיל הוא, כי קיים ספק האם מצגי השווא של המערער היו בבחינת הגורם הבלעדי בהערכת שוויה של צמ"מ וסכום ההשקעה שנגזר מכך. עם זאת, אין בכך כדי למנוע את הרשעת המערער בעבירה של קבלת דבר במרמה. מצגי השווא של המערער הולידו הערכה כלשהי בדבר שוויה של צמ"מ בקרב המשקיעים. על בסיס הערכה זו נכרת הסכם ההשקעה. אין כל ספק כי למצגי השווא היה תפקיד ניכר בהערכת שוויה של

החברה, אף אם יוחס ערך גם ליתרונותיה האחרים של צמ"מ – דוגמת הפונקציונאליות של מוצריה והפוטנציאל המסחרי שלה. בהיבט זה, התקיימה פגיעה בערכים המוגנים על ידי העבירה של קבלת דבר במרמה – חופש הרצון, הפעולה והבחירה של המרומה – שהרי אין ספק כי אילו היו המשקיעים יודעים את העובדות לאשורן, היו פועלים אחרת, ולו רק בהערכת שוויה של צמ"מ כפחות במידה ניכרת" (שם, בפסקה 37 לפסק דינו של השופט מ' חשין; ההדגשות הוספו – י' כ').

נסיבות פסק הדין בעניין צור נסובו על אישום לפיו בעליה של חברה (היא אותה "צמ"מ") הציג למשקיעים מצגי שווא לגבי המוצר הטכנולוגי שביסוד פעילותה, ובעקבות כך הושקעו בה כספים בהיקף משמעותי. טענתו של הנאשם הייתה שהכספים הושקעו בחברה לא רק בשל המוצר הטכנולוגי, אלא גם בשל יתרונות אחרים של החברה.

קריאת האמור בפסק הדין בעניין צור לא מותירה לדעתי כל ספק: אין מדובר בערעור על מבחן הסיבה-בלעדית-אין והחלפתו במבחן אחר. מה שנאמר בעניין צור הינו שהמצג המרמתי אינו חייב להיות הסיבה הבלעדית. יתר על כן, בפסק הדין בעניין צור הדגיש בית המשפט כי למצג המרמתי הייתה השפעה בפועל בנסיבות אותו מקרה, על קבלת ה-"דבר" ("שהרי אין ספק כי אילו היו המשקיעים יודעים את העובדות לאשורן, היו פועלים אחרת, ולו רק בהערכת שוויה של צמ"מ כפחות במידה ניכרת").

15. זאת ועוד: התחקות אחר מקורו של הביטוי "הסיבה היעילה", בפסיקת בית משפט זה מחזקת, לדעתי, את מסקנתי האמורה. מקורו של הביטוי "הסיבה היעילה", בפסיקה העוסקת בעבירה של קבלת דבר במרמה, הינו בפסק הדין בע"פ 555/77 רבי נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 762, (1978) (להלן: עניין רבי). שם, ציין בית המשפט כי: "הלכה פסוקה היא ששומה היה על התביעה הכללית להוכיח את הקשר הסיבתי שבניה לבין קבלת ה'דבר'; [...] לא זו בלבד, אלא שהמרמה צריכה לשמש כ'סיבה היעילה' לקבלתו של ה'דבר'" (שם, בעמ' 774; ההדגשה הוספה – י' כ').

הביטוי "הסיבה היעילה" בפסק הדין בעניין רבי, תורגם מהביטוי "operative inducement" בו עשה שימוש בית המשפט האנגלי לערעורים פליליים ב-R. v. Lavery 54 Cr. App. R. 495 [1970] (להלן: עניין Lavery). בעניין Lavery הורשע הנאשם בעבירת מרמה, לאחר ששינה את לוחיות הרישוי ומספר השלדה של רכב שנמכר על ידו, במטרה להונות את הרוכש בעניין הבעלות המקורית ברכב. הנאשם ערער על הרשעתו בטענה כי לא התקיים קשר סיבתי בין המרמה לבין מכירת הרכב, שכן בעדותו אישר הרוכש כי לא הסתכל על לוחיות הרישוי ומספר השלדה, וכי נתונים אלו היו חסרי חשיבות עבורו. בית המשפט לערעורים קיבל טענה זו וזיכה את הנאשם, תוך שציין כי

לצורך עמידה בדרישת הקשר הסיבתי יש להראות כי: "the alleged false pretence is ..." "the only reason that could be suggested as having been the operative inducement (שם, בעמ' 497; ההדגשה הוספה – י' כ').

16. ואם נותר עוד ספק למשמעות של המונח "הסיבה היעילה" ולכך שאינו בא במקום מבחן הסיבה-בלעדיה-אין, ניתנת לדעתי תשובה חד-משמעית לספקות אלו בדברי השופטת ד' ברק-ארז, בפסק הדין בעניין סמואל, המאוחר לפסק הדין בעניין ע"פ 99. גם במקרה זה דובר באישום של קבלת דבר במרמה בהקשר של הצגת מצג שווה למשקיעים בדבר ההשקעות שתבוצענה בכספם. וכך נקבע שם, לעניין הקשר הסיבתי:

"העבירה של קבלת דבר במרמה נחשבת לעבירה תוצאתית, כאשר הרכיב התוצאתי בה הוא 'קבלה' של הדבר. כמו כן, נדרש קיומו של קשר-סבתי בין מצג השווה לבין קבלת הדבר... בפסיקה נקבע כי די בכך שהטענה המטעה תהיה 'הגורם או אחד הגורמים' שהביאו לקבלתו של הדבר כדי לקיים קשר-סבתי כאמור... במקרה אחר נקבע שיש צורך בכך שהמרמה תשמש כ'סיבה היעילה לקבלתו של ה'דבר'" (ראו: ע"פ 555/77 רבי נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 762, 774 (1978); ע"פ 281/82 אבו חצירא נגד מדינת ישראל, פ"ד לז(3) 673, 690 (1983)). עוד נקבע כי גם כאשר קיים ספק האם מצגי השווה היו בבחינת הגורם הבלעדי שהוביל לקבלת ה'דבר', די בכך שהיה להם תפקיד ניכר בהערכת המצב של המרומה (ראו: עניין צור, בפסקה 37). יצוין כי גם בהקשרים אחרים במשפט לא נדרש כי הגורם שלו מיוחסת אחריות על בסיס של קשר סיבתי יהיה הגורם היחיד שגרם לתוצאה המזיקה, להבדיל מגורם בלעדיו אין" (שם, בפסקה 78 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז; ההדגשה הוספה – י' כ').

דברים אלו, אליהם אני מצטרף בענווה, משקפים לדעתי את המצב המשפטי הנוהג: המצג המרמתי אינו חייב להיות הגורם הבלעדי לקבלת הדבר, אך הוא צריך להיות "הסיבה היעילה" לקבלת הדבר, שהינה גם בבחינת גורם-בלעדיו-אין.

17. פסק דין נוסף שמזכיר חברי, השופט שטיין, בתמיכה לעמדתו, הוא פסק דינו של השופט נ' הנדל בע"פ 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל (1.3.2017) (להלן: עניין גוטסדינר). אכן, בפסק דינו בעניין גוטסדינר קבע השופט הנדל, בהסתמכו על הדברים שהובאו לעיל מפסק הדין בעניין צור, כי: "...אין צורך בהוכחה פוזיטיבית ונחרצת שהתרמית היא שהובילה לקבלת הדבר וכי לולא התרמית הדבר לא היה מתקבל. די בכך שקיים קשר ענייני ומהותי וההשפעה ניכרת בין התרמית לבין קבלת הדבר".

לדידי, גם בדברים אלו אין את מה שחברי מבקש למצוא בהם:

ראשית, סבורני כי דברי השופט הנדל בעניין גוטסדינר לא נועדו לשקף שינוי במהות המבחן להוכחת קשר סיבתי בעבירה של קבלת דבר במרמה (מבחן הסיבה-בלעדיה-אין), אלא לשקף מגמה קיימת בפסיקה, המבקשת להקל את הנטל הראייתי המוטל על המאשימה לצורך הוכחת קיומו של מבחן זה.

הוכחת הקשר הסיבתי בעבירה של קבלת דבר במרמה מחייבת עמידה על הסיבות שעמדו בבסיס הליך קבלת החלטתו של קורבן העבירה. נוכח העובדה שמדובר בדברים המצויים בלבו של אדם, הוכחת הקשר הסיבתי בעבירה האמורה טומנת בחובה קשיים ראייתיים אינהרנטיים, ובפרט כשמדובר בעבירה לה מאות קורבנות, כפי שהוא המצב בענייננו. על רקע זה, הקלה הפסיקה את הנטל הראייתי המוטל על המאשימה בבואה להוכיח את קיומו של יסוד הקשר הסיבתי בעבירה הנדונה. כך, נפסק כי אין הכרח כי הקשר הסיבתי יוסק מהעובדות המוכחות במשפט, אלא שניתן להסיק "מנסיבות העניין והתנהגות הצדדים" (ראו: ע"פ 499/72 אל שעבי נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(1), 602, 697 (1973); עניין צור, בעמ' 307).

לשיטתי, דברי השופט הנדל בעניין גוטסדינר נועדו לשקף את המגמה הנ"ל, ולא להפוך סדרי בראשית בהלכות הקשר הסיבתי בעבירה של קבלת דבר במרמה. עדות לכך אני מוצא בדברי השופט ד' ברק-ארז, אשר ישבה גם היא בהרכב שדן בעניין גוטסדינר, והצטרפה בהסכמה לפסק דינו של השופט הנדל. בחוות דעתה ציינה השופטת ברק-ארז כי: "...כדי להוכיח את יסוד הקשר הסיבתי בעבירה יש להראות כי אלמלא הוצג המצג הכוזב, לא היה המרומה מעניק את הדבר" (שם, בפסקה 22 לחוות דעתה). על רקע דברים אלו, ברי כי אילו סברה השופט ברק-ארז כי קיימת מחלוקת בינה לבין השופט הנדל לעניין חובתה של המאשימה להוכיח כי המרמה היוותה סיבה-בלעדיה-אין לקבלת ה-"דבר", הייתה מציינת זאת ולא מצרפת את דעתה לדעתו.

שנית, אף אם ניתן למצוא בפסק דינו של השופט הנדל בעניין גוטסדינר תמיכה לגישתו של חברי לפיה חל שינוי במהות המבחן להוכחת הקשר הסיבתי בעבירה של קבלת דבר במרמה (ולגישתי, לא כך הוא), ודאי שאין בפסק דינו של השופט הנדל בפסק הדין בעניין גוטסדינר דבר ממנו ניתן להסיק כי ניתן להתעלם מראיה פוזיטיבית על כך שמבחן הסיבה-בלעדיה-אין לא מתקיים בנסיבות העניין. סבורני כי מרחק רב קיים בין אמירה לפיה "אין צורך בהוכחה פוזיטיבית ונחרצת שהתרמית היא שהובילה לקבלת הדבר ולולא התרמית הדבר לא היה מתקבל", לבין קביעה שניתן להתעלם מראיה ישירה ש-"הדבר" היה "מתקבל" גם לולא התרמית.

בהקשר זה תוסב תשומת הלב לכך שבדבריו האמורים, הסתמך השופט הנדל על פסק הדין בעניין צור. כזכור, בבחינת הקשר הסיבתי בפסק הדין העניין צור, נקבע מפורשות שמצג השווא השפיע לכל הפחות על הערכת השווי של החברה, כך שאף אם העסקה הייתה מבוצעת גם לולא המצג, לא היה זה באותו מחיר. כאמור שם: "שהרי אין ספק כי אילו היו המשקיעים יודעים את העובדות לאשורן, היו פועלים אחרת, ולו רק בהערכת שווייה של צמ"מ כפחות במידה ניכרת". ברי כי אילו היה מבקש השופט הנדל לקבוע כי אין עוד צורך להוכיח שהמרומה היה פועל אחרת לולא המרמה, לא היה הוא מסתמך על פסק דין המתבסס על קביעה שהמרומה כן היה פועל אחרת.

ואכן, השופט י' עמית, אשר ישב אף הוא בהרכב הדן בעניין גוטסדינר, ציין בחוות דעתו כי: "...בבחינת הקשר הסיבתי בעבירת המרמה לא בנקל ייוושע פלוני מפלילות מעשיו באמצעות הדרשות לתרחיש היפותטי בו המרומה היה נכון ליתן את הדבר גם בלא מצג השווא" (שם, בפסקה 30 לחוות דעתו). ודוק, "לא בנקל" ציין, אך "לא אפשרי" או "לא רלוונטי" לא ציין.

18. סיכומה של נקודה זו: אף שנכון לומר שחל בפסיקה ריכוך בעניין אופן ההוכחה של יסוד הקשר הסיבתי בעבירה של קבלת דבר במרמה, סבורני כי המבחן להוכחת קיומו של יסוד זה נותר כשהיה – מבחן הסיבה-בלעדיה-אין.

אשר על כן, מקום בו קיימת ראיה פוזיטיבית המוכיחה כי המרומה היה פועל באותו האופן בו פעל גם לולא היה מוצג לו מצג המרמה, מדובר בראיה בעלת חשיבות ממשית אשר יש בה כדי לשלול את קיומו של יסוד הקשר הסיבתי.

19. למען שלמות התמונה, יצוין כי ישנם מקרים בהם הנחת דעתו של המרומה היא ה-"דבר" אשר התקבל במרמה. כך, למשל, בע"פ 6339/18 בלווא נ' מדינת ישראל (15.1.2020), הוגשו מספר כתבי אישום נגד מעורבים בפרשה שכונתה "קרטל הגזם", בעניין מעורבותם בתיאום מכרזי גיזום שפורסמו על ידי רשויות מקומיות. בין האישומים בהם הואשמו המעורבים, נכלל גם אישום בעבירה של קבלת דבר במרמה, בגין כך שהמעורבים היו מגישים הצעות כוזבות במכרזים לאספקת שירותי גיזום, במטרה לגרום לעורכי המכרז לבחור במציע מסוים. בפסק דינו ציין השופט ע' פוגלמן כי: "הדבר שהתקבל במרמה לא היה רק כספי הזכייה במכרז, כי אם הנחת דעתן של ועדות המכרזים השונות לגבי תקינותו של ההליך המכרזי" (שם, בפסקה 35).

אכן, בנסיבות מסוימות ייתכן כי הנחת דעתו של המרומה עשויה לעמוד בפני עצמה, כך שלא נדרש להוכיח שהתקבל כל דבר אחר בידי המרמה עקב מעשה המרמה, פרט להנחת הדעת. עם זאת, לא כך הוא בטיפוס המקרים הקלאסי בעבירה של קבלת דבר

במרמה, בהם נדרש להוכיח כי עקב מעשה המרמה שינה המרמה את התנהגותו בפועל כך שהתקבל "דבר" בידי המרמה, ולא די בשינוי תפיסת המציאות של המרומה. כזה הוא, לדידי, המקרה בו עסקינן.

הוכחת קשר סיבתי באמצעות הידרשות לתרחיש ההיפותטי

20. כאמור לעיל, השגה נוספת שהעלה חברי השופט שטיין ביחס לטענת המערער לפיה תשובת חלק מהמשקיעים לשאלה מס' 16 שוללת את הקשר הסיבתי בנסיבות העניין דנן, הינה כי הסכמה היפותטית שניתנה לאחר מעשה, אינה שקולה כנגד הסכמה תקפה ומראש.

מסכים אני כי בהקשרן של עבירות מסוימות, אשר הסכמה או היעדרה מהווה יסוד מיסודותיהן, הסכמה היפותטית לאו הסכמה היא. לא כך הוא בבחינת קשר סיבתי בעבירה תוצאתית, כפי המצב דנן בו שימשה השאלה ההיפותטית (שאלה מס' 16) לבחינת הקשר הסיבתי בעבירה של קבלת דבר במרמה.

21. לביסוס עמדתו מפנה חברי למאמרו של המלומד דוד אנוך (David Enoch,) (2017) 6 ETHICS 128, *(Hypothetical Consent and the Value(s) of Autonomy)*. במאמרו הנ"ל, העוסק, להבנתי, בשאלה כללית בתחום המוסר והפילוסופיה של המשפט, שואל אנוך האם ומתי נדרש לשם הענקת תוקף נורמטיבי להסכמה, כי תהא זו הסכמה של ממש, ולא הסכמה היפותטית. כך, להמחשת הסוגיה מציג אנוך מצב בו אדם מגיע לחדר טיפול נמרץ, כאשר הוא מצוי במצב בו אין ביכולתו ליתן הסכמה לטיפול הרפואי הנדרש להצלתו. השאלה שמציג אנוך היא האם במצבים מהסוג המתואר, הנחה כי אילו היה נשאל המטופל הוא היה נותן את הסכמתו לטיפול הרפואי, יכולה להחליף הסכמת אמת. דוגמה נוספת המובאת על ידי אנוך היא מצב בו אלמוני מתכוון להלך על גשר מסוכן, ופלוני שאין בידו את הזמן או את האפשרות להזהירו, מונע בכוח את עלייתו של אלמוני על הגשר. השאלה הנשאלת במאמר היא האם, גם ההנחה שאם היה מוצג לאלמוני המידע על הסכנה שבחציית הגשר, הוא היה נמנע מלחצותו, מהווה תחליף להסכמת אמת.

כאמור, סבורני כי הנדון אינו דומה לראייה:

22. אכן, בדרך כלל, מקום בו הסכמה מהווה יסוד קונסטיטוטיבי מיסודותיה של עבירה פלונית, מתן הסכמה היפותטית, לאחר מעשה, אינה יכולה לרפא את היעדר ההסכמה שהקימה את העילה מלכתחילה (במאמר מוסגר אציין כי במובן זה הדוגמה

שמובאת על ידי אנוך כאמור לעיל מתייחסת לתחום הפילוסופיה של המוסר, ולא לתיאור המשפט הפוזיטיבי, שהרי ידוע כי במצב כאמור לעיל, לא נדרשת הסכמתו של המטופל, וראו לעניין זה סעיף 15 לחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996 והפסיקה הדנה בנושא).

כך, למשל, בעבירת הוצאה אל מעבר לגבולות המדינה, המוגדרת בסעיף 370 לחוק העונשין כך: "המוציא אדם אל מעבר לגבולות המדינה שבה שוהה אותו אדם בלי הסכמתו שלו עצמו או של המורשה כחוק להסכים בשבילו" (ההדגשה הוספה – י' כ'), עדותו של ה-"אדם" כי לו היתה מתבקשת הסכמתו היה נותן אותה, אין בה כדי לזכות את הנאשם.

לא כך הדבר לעניין בחינת קשר סיבתי: כאשר העבירה מוגדרת כמתגבשת כאשר הנאשם "...הביא אדם במרמה לידי מעשה או מחדל", השאלה היא האם אכן המרמה המיוחסת לנאשם היא שהביאה את האדם לאותו מעשה או מחדל.

מבחן הסיבה-שבלעדיה-אין אינו אלא "תרגום" של יסוד הקשר הסיבתי הנדרש למבחן שישמש לצורך בחינתן של הנסיבות. כדי לדעת האם מתקיים מבחן הסיבה-בלעדיה-אין אנו שואלים האם התוצאה הייתה משתנה לולא הגורם הנבחן על ידינו. האופי ה-"היפותטי" של מבחן זה, הינו אינהרנטי לבדיקת קיומו של קשר סיבתי. עמדו על הדבר המלומדים הארט ו-הונורה בציינם כי:

"Causal issues often involve a hypothetical inquiry into the question whether compliance with the law by defendant or accused would have averted the harm which occurred" (H.L.A. HART & TONY HONORÉ, CAUSATION IN THE LAW, p. 411 (2nd ed., 1985).

למעשה, בספרות הובעה הדעה כי: "מעצם טיב הגדרתו של הקשר הסיבתי העובדתי באמצעות הסיבה בלעדיה אין, נראה כי מדובר במבחן היפותטי" (הלוי, בעמ' 755; ההדגשה במקור – י' כ'). הוטעם כי: "הדרך לבחון אם ההתנהגות אכן היוותה את הסיבה בלעדיה אין להתרחשות התוצאה באופן בו היא התרחשה מחייבת בחינה היפותטית של המצב העובדתי, לפיו אלמלא התרחשה ההתנהגות, לא היתה מתרחשת התוצאה באופן שבו התרחשה" (שם). וכפי שעמד על הדברים המלומד ש"ז פלר: "הפעלת המבחן נעשית תוך הצגת השאלה הבאה לגבי כל אירוע כאמור: האם בהעדר אירוע זה היתה התוצאה מתרחשת? אם התשובה היא שלילית – לא היתה מתרחשת – האירוע מהווה 'סיבה-בלעדיה-אין'" (פלר, בפסקה 551; ההדגשה במקור – י' כ').

ויובהר: אינני אומר כי תשאל היפותטי לאחר מעשה כפי שנעשה בענייננו הוא הכרחי תמיד לצורך הוכחת קשר סיבתי. כמו כן, בנסיבות מסוימות הוכחת קשר סיבתי תוך הידרשות לתרחיש היפותטי אינה חפה מקשיים, ובמיוחד כאשר מדובר במספר גורמים אשר גרמו לתוצאה אחת (ראו: Wayne E. Thode, *Indefensible Use of the Hypothetical Case to Determine Cause in Fact*, 46 TEX. L. REV. 423 (1968)). עם זאת, ככלל, השימוש בכלי זה הוא מחויב המציאות לבחינת קיומו של קשר סיבתי, ובפרט כאשר הוכחת הקשר הסיבתי הינה מורכבת באופן אינהרנטי, כפי שהדבר בענייננו (וראו: אורן פרז וניר אפשטיין, "שימוש בחקירה ההיפותטית לבדיקת הקשר הסיבתי – מקסם שווא או הכרח המציאות?" פלילים ג' 147 (1994)).

מן הכלל אל הפרט

23. כפי שתיאר חברי בחוות דעתו, בית המשפט קמא קבע, כממצא עובדתי, כי המערער הציג בפני המשקיעים מצג מרמתי לפיו בדעתו להשקיע את הכספים בהלוואות קצרות מועד ונעדרות סיכון. בנסיבות אלו, ייתכן כי ניתן היה להסיק, כמסקנה אובייקטיבית, כי מתקיים קשר סיבתי בין מצג השווא המרמתי לבין קבלת ה-"דבר" – כספם של המשקיעים. זאת, אולי אף מבלי צורך בגביית עדות באמצעות שאלונים ובהגשתם כראיה (לעמדה מעין זו ראו: יוני לבני וגיא רוח "שימוש בשאלונים בחקירת תיקי מרמה המוניים – האם, למה ואיך?" משפט ועסקים כז' 403 (צפוי להתפרסם ב-2023)).

עם זאת, המאשימה היא שבחירה להביא בפני בית המשפט ראיה (וליתר דיוק – מקבץ של ראיות), בדמות שאלון שבמסגרתו נשאלו המשקיעים, בין היתר, בשאלה מס' 16, האם היו משנים את החלטתם להשקיע את כספם אצל הנאשם לולא המצג המרמתי שהוצג להם. חלקם של המשקיעים השיבו לשאלה מס' 16 בחיוב ובכך התגבשה, בהקשרם של אותם משקיעים, ראיה פוזיטיבית בדבר עמידה במבחן הסיבה-בלעדיה-אין לצורך קיומו של הקשר הסיבתי הנדרש לשכלול עבירת קבלת הדבר במרמה. מאידך גיסא, חלק אחר של המשקיעים שהשיבו לשאלון, השיבו בשלילה לשאלה מס' 16. בכך, הונחה בפני בית המשפט ראיה פוזיטיבית, לגבי אותם משקיעים שכך השיבו, כי לא מתקיים מבחן הסיבה-בלעדיה-אין ומכאן שנשלל קיומו של קשר סיבתי בין מצג המרמה לבין קבלת ה-"דבר".

לגישתי, המאשימה אינה יכולה ליזום את השאלונים, לכלול בהם את שאלה מס' 16, ליהנות מהתשובה שניתנה על ידי חלק מהמשקיעים, ולכפור במשמעות המתבקשת מתשובתם של המשקיעים האחרים.

24. על כן, לשיטתי, התוצאה היא שיש לקבוע כי לגבי אותם משקיעים שהשיבו בשלילה לשאלה מס' 16 בשאלון, לא הוכח קשר סיבתי בין מצג המרמה שנעשה על ידי המערער לבין קבלת ה-"דבר" – כספם של אותם משקיעים.

השלכות קביעתי לעניין הקשר הסיבתי על הרשעתו ועונשו של המערער

25. על מנת להבהיר את השלכות קביעתי בחלקה הראשון של חוות דעתי זו על הרשעתו של המערער ועל עונשו, אבקש להבחין בין שלושה מצבים עקרוניים, כדלקמן:

מצב ראשון – ראובן מציג בפני שמעון מצג לפיו אם שמעון ישקיע את כספו באמצעותו, ראובן ישקיע את הכספים בהשקעות סולידיות ביותר. בעשותו כן, ראובן הציג מצג שווא שכן התכוון להשתמש בכסף למטרות אחרות. שמעון, בהסתמך על המצג שהוצג לו, משקיע את כספו באמצעות ראובן. ראובן נעצר בידי רשויות החוק קודם שהיה סיפק בידיו לעשות בכספו של שמעון שימוש כלשהו.

מצב שני – זהה למצב הראשון, אולם ראובן משתמש בכספו של שמעון בניגוד למצג שהציג לו, משקיע אותו בהשקעות מסוכנות ביותר והכסף יורד לטמיון.

מצב שלישי – בדומה למצב הראשון, ראובן מציג בפני שמעון מצג לפיו אם שמעון ישקיע את כספו באמצעותו, ראובן ישקיע את הכספים בהשקעות סולידיות ביותר. בשונה מהמצב הראשון, בעת שראובן מציג את המצג הוא מתכוון, בתום לב, להשקיע את הכספים בדיוק בהתאם למצג שהציג. ברם, לאחר שכספו של שמעון כבר בידיו מתפתה ראובן להשקיע אותו בהשקעות מסוכנות ביותר והכסף יורד לטמיון.

26. במצב הראשון, דומה כי לא יכול להיות ספק שמתגבשת עבירת קבלת דבר במרמה לפי סעיף 415 לחוק. זאת, שכן עבירה זו מתמקדת בשלב הוצאת הדבר מידי המרמה באמצעות הצגת מצג שווא (דנ"פ 2334/09 פרי נ' מדינת ישראל, פסקה 59 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (23.5.2011) (להלן: דנ"פ פרי)). לעומת זאת, נוכח העובדה שבמצב הראשון ראובן נתפס לפני שהיה סיפק בידיו לעשות שימוש בכספים, לא נפגע כל אינטרס רכושי של שמעון, כנדרש לצורך התגבשות עבירת הגניבה (ראו דנ"פ פרי, פסקאות 60-61 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה), וממילא גם לא נעברה עבירה של גניבה בידי מורשה.

27. במצב השלישי, מתגבשת עבירת הגניבה בידי מורשה לפי סעיף 393 לחוק העונשין (לפי כל אחת מהחלופות בסעיף זה), שבבסיסה גניבה בשליחת יד במובנה

בסעיף 383(א)(2) לחוק. במסגרת עבירת הגניבה בשליחת יד, "כבר בנקודת הפתיחה העובדתית נתון רכוש הזולת בחזקתו של הגנב, לאחר שהגיע לידי בהסכמת בעל הפקדון. מעשה שליחת היד מבטא את השתלטותו החז-צדדית של הנפקד על הרכוש, תוך הפרת תנאי ההפקדה שבכפיפות להם הועברה אליו החזקה ברכוש" (דנ"פ פרי, פסקה 54 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה; ההדגשה במקור – י' כ').

לעומת זאת, במצב השלישי לא מתגבשת העבירה של קבלת דבר במרמה. זאת, שכן בשלב קבלת הכספים לא התכוון ראובן לעשות בהם שימוש אחר מזה שהוצג על ידו לשמעון, כך שהכספים לא הושגו במרמה, והכוונה לעשות בכספים שימוש אחר מזה שלשמו הופקדו בידי של ראובן התגבשה רק לאחר קבלתם. על הבדל זה, בין עבירת הגניבה בשליחת יד לעבירה של קבלת דבר במרמה, עמד השופט א' גולדברג בפסק דינו בע"פ 6350/93 מדינת ישראל נ' גולדין, פ"ד מט(4) 1 (1995), בצינו כי:

"...העיתוי להתגבשות ההחלטה של מקבל הנכס לנהוג בו מנהג בעלים הוא שתוחם את היקף עבירת הגניבה לפי סעיף 383(א)(2) ביחס להיקף עבירת המרמה. אם התגבשה הכוונה לנהוג בנכס מנהג בעלים לאחר שהושגה החזקה בו, כי אז תהיה גניבה לפי סעיף 383(א)(2), אם לא יהיה ספק בדבר חוקיות החזקה בנכס. פשיטא, כי במקרה כזה גם לא נעברה עבירה של קבלת דבר במרמה; שכן, אם בעת קבלת החזקה בנכס טרם גמלה בלב עושה העבירה ההחלטה לנהוג בו מנהג בעלים, הרי שאין לומר כי מסירת הנכס אליו נעשתה על יסוד מצג שווא (שם, בעמ' 29).

המצב בו הנאשם הציג מצג שווא אולם לא קיים קשר סיבתי בין המצג לבין קבלת הכספים משתייך לקטגוריה זו, בה מתגבשת עבירה של גניבה בידי מורשה, אך לא מתגבשת עבירה של קבלת דבר במרמה.

28. המצב השני הוא שילוב של שני המצבים האחרים (הראשון והשלישי). בתוך כך, הרי שמצב זה מקיים הן את יסודות העבירה של קבלת דבר במרמה והן את יסודות העבירה של גניבה בידי מורשה.

לעמדת חברי, בדומה למצב השני, גם בנסיבות דנן מתקיימים יסודותיהן של שתי העבירות דנן – קבלת דבר במרמה וגניבה בידי מורשה. ואולם, נוכח סברתו כי בדנן מתקיים קשר סיבתי בין מצגי המערער לבין השקעת הכספים שבוצעה על ידי כלל המשקיעים, גורס חברי כי: "...רכיביה של עבירת קבלת דבר במרמה – (א) קבלת כספים; (ב) במרמה – חופפים את רכיביה של עבירת הגניבה בידי מורשה [...]: (א) קבלת כספים; (ב) במרמה; (ג) עם ייפוי כוח לעשייה בהם; מתוך כוונה לשלול את הכספים מבעליהם שלילת קבע; (ה) אשר מתגבשת בזמן נטילת הכסף" (ההדגשה במקור – י' כ'). לפיכך, סובר חברי

כי העבירה של קבלת דבר במרמה "נבלעת" בעבירה של גניבה בידי מורשה, כך שיש להרשיע את המערער בעבירה של גניבה בידי מורשה בלבד, שכן זו "עבירה חמורה יותר מקבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות".

במאמר מוסגר, אציין כי מסקנתו האמורה של חברי, כי בנסיבות כמתואר לעיל ("המצב השני") העבירה של קבלת דבר במרמה "נבלעת" בעבירה גניבה בידי מורשה, אינה נקייה מספקות בעיניי. בין שתי העבירות הנ"ל ישנם הבדלים לא מועטים, לרבות בעניין היסודות המרכיבים אותן (וראו: עניין גולדין, עמ' 30; דנ"פ פרי, בפסקה 59 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה), ואף הובעה בפסיקה הדעה, בנסיבות דומות לנסיבות דנן, כי שתי העבירות הנ"ל אינן מבוצעות באותה התנהגות (וראו: עניין רויטמן, פסקאות 4-5 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה; עניין אבו חצירא). יחד עם זאת, לא בכך מצויה עיקר המחלוקת ביני לבין חברי, השופט שטיין, כך שלא מצאתי להרחיב בעניין או לקבוע בו מסמרות.

29. החשוב לעניינו כעת הוא כי היוצא מעמדתו של חברי הינו כי ישנם שני טיפוסים מקרים של עבירת הגניבה בידי מורשה: טיפוס ראשון הדומה בנסיבותיו למצב השלישי, במסגרתו תחילה פעל הגנב בתום לב, ורק בשלב מאוחר יותר הפר את תנאי הפיקדון שבהם הופקדו הכספים בידיו ושלח ידו בכספים; ו-טיפוס שני הדומה בנסיבותיו למצב השני, במסגרתו התכוון הגנב למעול באמון שניתן בו מראש, השיג את הכספים במרמה, ולאחר שהיו בידיו הגשים את תכניתו העבריינית ושלח בהם את ידו.

מבלי להפחית מחומרת הטיפול הראשון, ברי כי הטיפול השני, אשר מקיים הן את יסודותיה של עבירת הגניבה בידי מורשה והן את יסודותיה של עבירת קבלת דבר במרמה, הוא הטיפול החמור יותר. זאת, בין היתר, משום שבעוד שבטיפול הראשון נפגעים האינטרסים הרכושיים של נפגעי העבירה ויחסי האמון המיוחדים שהעברייני חב כלפיהם; בטיפול השני נפגעים ערכים מוגנים אלו, ובנוסף לכך נפגע גם הערך המוגן שעניינו חופש הרצון והבחירה של נפגעי העבירה.

30. הנה כי כן, ניתן אפוא לסכם ולומר כי עיקר המחלוקת ביני לבין חברי, השופט שטיין, היא זו: בעוד שחברי סבור כי ביחס לכלל המשקיעים ביצע המערער עבירה של גניבה בידי מורשה המשתייכת לטיפול השני (הוא, כזכור, הטיפול החמור יותר), וגנב בדרך זו סכום של כ-340 מיליון ש"ח; לגיشتי, ביחס לחלק מהמשקיעים, אשר ענו על שאלה מס' 16 בשלילה, ביצע המערער עבירה של גניבה בידי מורשה המשתייכת לטיפול הראשון (החמור פחות, שאינו כולל עבירת קבלת דבר במרמה).

ולעניין זה יובהר: גם מי שהשיבו לשאלה מס' 16 בשלילה הפקידו את כספם בידי המערער בהמשך למצג לפיו ההשקעות שיבוצעו בכספם הינן הלוואות לטווח קצר. המערער היה מחויב למצג שהציג, ומשעשה בכספי המשקיעים שימוש אחר, ביצע עבירה של גניבה בידי מורשה.

יוער בהקשר זה כי גם לעניין הסכום שהושקע על ידי המשקיעים שהשיבו על שאלה מס' 16 בשלילה, ישנה מחלוקת בין המערער לבין המשיבה. איני מוצא לנכון לעמוד על גדריה של מחלוקת זו, וודאי שלא להכריע בה. די לי שאציין כי אפילו אם אניח לטובת המערער את ההנחות המקלות ביותר, כי אז שיש לקבוע כי נגנבו מידי המשקיעים שלא ענו על שאלה מס' 16 בשלילה, ואשר כלפיהם בוצעה גניבה בידי מורשה המשתייכת לטיפול השני (החמור יותר), סכום העומד על יותר מ-100 מיליון ש"ח. אין חולק כי סכום זה הינו סכום פנומנלי כשלעצמו, וכאמור לעיל, אין להקל ראש ביחס לעבירה של גניבה בידי מורשה המשתייכת לטיפול הראשון, אשר בעקבותיה נגנב, לפי הגישה הנוחה למערער דלעיל, סכום של כ-240 מיליון ש"ח.

העונש

31. אילו הייתי מסכים עם חברי כי מתקיים קשר סיבתי בין מצגי המרמה שהציג המערער לבין השקעת הכספים על ידי כל המשקיעים בקרנות קלע, קרי – כי כל 340 מיליון השקלים שהושקעו בקרנות קלע נגנבו על דרך של גניבה בידי מורשה המשתייכת לסוג השני (והחמור יותר) הכולל גם קבלת דבר במרמה לרבות יסוד הקשר הסיבתי, כי אז שהייתי מסכים עם חברי גם לעניין ההחמרה המוצעת על ידו בעונשו של המערער.

ואולם, נוכח עמדתי המפורטת לעיל, לפיה אמנם סכום של למעלה מ-100 מיליון ש"ח, לכל הפחות, נגנב על דרך של גניבה בידי מורשה מהסוג השני, והחמור יותר – היתרה נגנבה על דרך של גניבה בידי מורשה מהסוג החמור פחות, סבורני כי יש להחמיר בעונשו של המערער במידה פחותה מזו המוצעת על ידי חברי, ולהעמיד את עונשו על 12 שנות מאסר בפועל. כמו כן, ובהתאם לאמור לעיל, סבורני כי יש לעמיד את הקנס שהוטל על המערער על סך של 500,000 ש"ח.

סיכומי של דבר, אילו דעתי תשמע, אציע כי נעמיד את עונשו של המערער על 12 שנות מאסר לריצוי בפועל ותשלום קנס של 500,000 ש"ח או 30 חודשי מאסר תמורתו, כאשר יתר רכיבי גזר הדין שפסק בית המשפט קמא יוותרו על כנם.

32. לאחר השלמת חוות דעתי, עיינתי בחוות דעתו של חברי, השופט י' אלרון, וברצוני להוסיף את ההערות הקצרות הבאות: כפי שהדגשתי בחוות דעתי, הייתה זו המשיבה (המאשימה) שבחרה לשגר את השאלונים ולכלול בהם את שאלה מס' 16. עוד ציינתי בחוות דעתי כי הייתה זו המשיבה שהתעקשה להיאבק, בניגוד לעמדת המערער דנן, על הלגיטימיות והקבילות של השאלונים והתשובות להם ולאחר מכן הגישה אותם כראיה לתיק בית המשפט בבית המשפט קמא. כל זאת עשתה המשיבה כדי לעמוד בנטל ההוכחה המוטל עליה, כפי שהיא עצמה הבינה אותו, לעניין יסוד הקשר הסיבתי.

בנסיבות אלו, לדעתי אין המשיבה יכולה להישמע, לגבי אותם שאלונים והתשובות להם, כאשר ניתנו תשובות הנוחות פחות לעניינה, בטענה לפיה לא ניתן ללמוד מהם דבר כנגד קיומו של קשר סיבתי לגבי מי שהשיבו בשלילה לשאלה מס' 16.

כמו כן, דעתי היא שהתשובות של מי שהשיבו בשלילה לשאלה מס' 16 אינן צריכות לגבור על ראיות אחרות וגם לא להיות ראיות "ניצחות ומוחלטות". זאת, הן משום שגם בעניין קיומו או העדרו של קשר סיבתי די לנאשם (ובכלל זה למערער דנן) ביצירת ספק סביר, והן לגבי כל אותם מי שהשיבו בשלילה לשאלה מס' 16 ולא העידו במשפט.

33. חברי מציין כי השאלה כיצד היו נוהגים המשקיעים לולא המצג המרמתי שהוצג להם על ידי המערער, הינה שאלה היפותטית ומשכך גם שאלה אשר להשקפתו של חברי אין בה כדי להשפיע על תוצאות ההליך. אכן, מבחן הסיבה-בלעדיה-אין הינו מבחן הכולל מרכיב בולט של היפותטיות (וראה התייחסותי לעיל). עדיין זהו המבחן הנוהג (ואני מניח שבעניין זה אין ביני לבין חברי מחלוקת), ביתר (ולמצער – במרבית) העבירות התוצאתיות הקבועות בחוק העונשין והינו נוהג גם במשפט האזרחי (בדיני הנזיקין למשל). היפותטיות אינה אפוא מילת גנאי המלמדת, כביכול, על העדר רלוונטיות.

34. בנוסף לאמור לעיל ומעבר לו, לדעתי, אמירתו של חברי לפיה: "העובדה שקורבן עבירה טוען בדיעבד כי מצג המרמה לא היה משפיע על החלטתו אינה ראייה משכנעת", שאינה מגודרת, על פניה, לעניין שאלונים דווקא, עלולה לפגוע באופן מהותי ביכולתו של נאשם בעבירת קבלת דבר במרמה להתגונן בטענה שלא התקיים קשר סיבתי בנסיבות עניינו. בעניין זה, סבורני כי על פני הדברים, עדות קורבן העבירה, בכבודו ובעצמו, אמורה להיות דווקא ראייה בעלת משקל רב.

1. מסכים אני לחוות דעתו של חברי, השופט א' שטיין – על נימוקיה, דרך הילוכה ותוצאתה.

2. בשונה מחברי, השופט י' כשר – אני סבור כי מתגבש בבירור בענייננו קשר סיבתי – עובדתי ומשפטי. מהפסיקה עולה כי לעיתים לא נעשתה הבחנה חדה וברורה בין מבחן הסיבה-בלעדית-אין ומבחן "הסיבה היעילה". עמדתי היא, כפי שקבע השופט א' א' לוי ב-ע"פ 1784/08 פרי נ' מדינת ישראל (5.2.2009):

"מרמה צריכה להיות 'הסיבה היעילה' לקבלתו של הדבר [...] אולם, יתכנו מצבים בהם יהיה קיים ספק לגבי בלעדיותם של מצגי השווא בהעברת ה'דבר' מהמרומה למרמה, אך לא יהיה בכך כדי לשלול את הרשעת האחרון בעבירה, ובלבד שלמצגים הנ"ל היה תפקיד ניכר בהערכת המצב של המרומה" (שם, בפסקה 41).

3. לגישתי, העובדה שקורבן עבירה טוען בדיעבד כי מצג המרמה לא היה משפיע על החלטתו אינה ראייה משכנעת. ובענייננו, האירועים כפי שהוכח שהתרחשו במציאות הם כי הוצג מצג מרמתי ברור שעל בסיסו נמסר כספם של המשקיעים. מצג זה שלל מהמשקיעים את יכולתם לקבל החלטה מושכלת. זה היה הלך המחשבה של המשקיעים בזמן אמת אל מול הלך המחשבה המרמתי של המערער. האם המשקיעים היו בוחרים להשקיע את כספם בתרחיש אחר, שבו המערער היה גלוי עימם לחלוטין? מענה מהימן לשאלה זו לא ניתן לברר, וזאת נוכח פעולותיו של המערער. בעולם המציאות, לפנינו מקרה חד וברור שבו היה מצג מרמתי אשר הוביל לכך שהמשקיעים השקיעו את כספם בידי המערער, בדרך כזו או אחרת. די בכך.

4. כעת אבהיר מדוע אני סבור שהמחלוקת שמציב חברי, השופט י' כשר, משפיעה על תוצאת ההליך שלפנינו. מעבר לכך שעמדת חברי מבוססת על תרחיש היפותטי גרידא; היא מבוססת על תרחיש היפותטי שהוצג בשאלון, אשר בית המשפט המחוזי לא ראה להעניק לו משקל משמעותי בהקשר זה – ולא בכדי.

5. חברי, השופט י' כשר, סבור כאמור כי לא הוכח קשר סיבתי בין מצג המרמה של המערער לבין קבלת כספי המשקיעים שהשיבו בשלילה לשאלה מס' 16 בשאלון, בה נשאלו אם היו משנים את החלטתם להשקיע בקרן קלע לו היו יודעים כי הכסף מועבר לחברות ועסקים הקשורים לברמלי ולא "להשלמות הון ל-72 שעות", כנוסח השאלה.

הנה, בעמדת חברי אותה תשובה בשאלון הופכת לראיה ניצחת ומוחלטת, הגוברת על קביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי; על ראיות אחרות ביחס לאירוע בכללותו; ואף על עדות מפורשת של חלק מהמשקיעים בבית המשפט, שהבהירו כי לא הבינו את השאלה שנשאלו בשאלון או השיבו כפי שהשיבו בשגגה.

6. קבילותם של השאלונים אינה מצויה במחלוקת בשלב זה. אולם – קבילות לחוד ומשקל לחוד. השאלונים אינם בגדר ראיה ניצחת לקיומו או העדרו של קשר סיבתי; הם נבחנו על ידי בית המשפט המחוזי, בדומה לכל ראיה אחרת, כחלק מכלל התשתית הראייתית שהונחה לפניו. בסיכומי של דבר, נקבע על בסיס חומר הראיות כולו כי מתקיים הקשר הסיבתי העובדתי הנדרש.

הלכה היא כי ערכאת ערעור אינה נוהגת להתערב בקביעות עובדתיות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית (ע"פ 8957/21 קרא נ' מדינת ישראל, פסקה 29 (21.5.2023)). יתרה מזאת, רק במקרים נדירים תתערב ערכאת ערעור במשקל הראייתי שניתן לראיה מסוימת. אפנה בהקשר זה לדבריו הנכוחים של הנשיא מ' שמגר:

"לא מן הנמנע הוא, שבידודה של ראיה מסוימת ובחינתה באופן נפרד יובילו למסקנה שונה לחלוטין מאשר בחינתה של אותה ראיה על רקע נסיבותיו של מקרה נתון. ואולם תהא זו טעות לעשות כך, שהרי המשקל שיש לייחס לראיה מסוימת וכפועל יוצא מכך גם המסקנות שיש להסיק ממנה קשורים קשר בל-יינתק להתרשמותו הישירה של בית המשפט מהראיה שלפניו, להקשר הדברים ולמכלול הנסיבות, אף אם כל אלה לא תמיד מוצאים את ביטויים בפסק הדין. משום כך פסקנו לא אחת, כי: 'שאלת מהימנות ראיות והמשקל, שיש לייחס להן, מסורה לערכאה הראשונה. ואין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב בכך, להוציא מקרים נדירים - כשמסתבר כי ראיות מסוימות בשום פנים אין לסמוך עליהן [...] (רע"א 196/88 טומשבסקי נ' אופנהיימר ואח', פ"ד מב(4) 365, 374 (1988))."

בענייננו, קביעת בית המשפט המחוזי כי מתקיים קשר סיבתי עובדתי ומשפטי נסמכה גם על השאלונים – אבל לא רק עליהם. מדובר בראיה אחת מתוך מארג ראייתי רחב. משכך, איני רואה כי יש במקרה דנן טעם לחרוג מן הכלל ולהפוך באופן חריג קביעה עובדתית זו של בית המשפט המחוזי.

7. דומה כי ניתן ללמוד מהמקרה שלפנינו על היתרון שבשימוש בשאלונים, כמו גם על החסרונות שבכך. מחד גיסא, השימוש בשאלונים מאפשר לנהל חקירות ביעילות ובמהירות במקרים שבהם מעורבים גורמים רבים. בענייננו, נשלחו שאלונים למעל 400 משקיעים. מטבע הדברים, לצורך זימון כל אחד ואחד מהמשקיעים וחקירתם במשטרה נדרשים משאבים יוצאי דופן, וייתכן שהדבר אף אינו מעשי.

מאידך גיסא, שלא כבחקירה פרונטלית, הנשאל המשיב על שאלון מקוון יכול להיחשף תחילה לכלל השאלות, לתכנן את מהלכיו, להתייעץ עם עורך דינו או עם נשאלים אחרים, ורק אז להשיב. כמו כן, כאשר מדובר בשאלות מורכבות, מגבלת המקום בשאלון עלולה לפגום באיכות התשובות, כאשר לעיתים המשיבים מוגבלים להשיב בתשובות של כן/לא בלבד (להרחבה ראו: יוני לבני וגיא רווה "שימוש בשאלונים בחקירת תיקי מרמה המוניים – האם, למה ואיך" משפט ועסקים כז' 403, 429 (צפוי להתפרסם ב-2023)). אוסיף, במישור הכללי, קיים קושי לנטרל חשש כי תשובה לשאלון תושפע במידה כזו או אחרת מלחץ או עניין כלשהו העלול להטות את תגובת הנשאל. מדובר אפוא בכלי שאינו חף מקשיים ויש לעשות בו שימוש זהיר ומושכל.

לא זו אף זו: עדות בבית המשפט – בנוכחות המותב, הצדדים ועורכי הדין, שונה בתכלית מהסביבה שבה עד ממלא שאלון, כפי שניתן ללמוד גם במקרה דנן. לפי תחשיב המשיבה, המקובל עליי, כ-86 משקיעים השיבו על שאלה 16 בשלילה. מתוכם, שבעה עשר נשאלים שינו את תשובותיהם בריענון שנערך להם ובעדויותיהם בבית המשפט. ההסברים של חלק מאותם משקיעים בדבר הסיבה לשינוי שחל בתשובתם מאירי עיניים – כך למשל, המשקיע אהוד אילני הסביר בעדותו בבית המשפט כי "[...] כנראה לא הבנתי את השאלה כשנשאלתי" (פרו' דיון מיום 3.6.2018, עמ' 848, ש' 25); והמשקיע יצחק ברגר השיב בעדותו: "[...] כשעברתי על השאלון עכשיו שוב אני הבנתי שטעיתי שם בשאלה אחת שעניתי לא במקום כן מאחר ואני מניח שלא קישרתי בין כל השאלות ועניתי שאלה שאלה" (פרו' דיון מיום 8.5.2018, עמ' 121, ש' 30-32). ביחס למשקיעים אלו, אשר חזרו בהם מהתשובה שמסרו בשאלון, קיים קושי ברור להעדיף כראיה את השאלון על פני עדות בבית המשפט. יתרה מזאת, מבין המשיבים אשר נמנו לפי ספירת המשיבה כמי שהשיבו תשובה שלילית לשאלה מספר 16, נכללו גם משקיעים שהשיבו תשובות מהוססות כגון "כנראה שלא", "ייתכן שלא" ו-"נראה לי שלא".

מכלל האמור נגזר המשקל המוגבל עד מאוד שיש להעניק לשאלונים בהקשר הנדון. איכותם כראיה לעניין זה – מוטלת בספק; והתערבות בקביעתו העובדתית של בית המשפט המחוזי רק על בסיס התשובות לשאלונים – אינה מוצדקת לטעמי.

8. אשלים ואומר, כי עמדה זו מתיישבת היטב עם עקרונות בסיסיים בדיני הראיות, אשר אינם מחייבים אימוץ עדות עד כמקשה אחת ומאפשרים לפצלה ולהתחשב רק בחלקה (ע"פ 7637/05 יוסף נ' מדינת ישראל, פסקה ז(6) (5.7.2007)). באופן דומה, העובדה כי המשיבה היא ששלחה את השאלונים והיא שביקשה להגישם, חרף התנגדות המערער, אין משמעותה כי היא מנועה מלטעון ביחס למשקל שראוי ליתן לתשובה כזו או אחרת במסגרתן.

9. יוצא אפוא, כי אין להסיק באופן אוטומטי על סמך השאלונים כי לא מתקיים קשר סיבתי בין המרמה לקבלת ה'דבר'. מסקנה שכזו אינה מתיישבת עם התשתית הראייתית שלפנינו. לא מן הנמנע שהגורם לערך הראייתי המועט של תשובה שלילית לשאלה 16 נעוץ באופי השאלה – המשיבים נתבקשו להשיב על תרחיש עובדתי היפותטי ועל ההשפעה שתהיה לו על בחירותיהם הסובייקטיביות להשקיע את כספיהם. מדובר בשאלה מורכבת שעלולה בהחלט לעורר קושי להשיב עליה באופן מדויק וממצה במסגרת שאלון, על מגבלותיו של כלי זה כמתואר לעיל.

10. סיכומו של דבר: אני מצרף כאמור את דעתי לעמדת חברי, השופט א' שטיין.

ש ו פ ט

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינו של השופט א' שטיין, כנגד דעתו החולקת של השופט י' כשר.

ניתן היום, י"ז בתמוז התשפ"ג (6.7.2023).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט