

**עוד על עיתוי ההשלמה של עבירת הגניבה — האם השלמת
העבירה היא תמיד גם "סוף הסופות" שלה? במה מתבטא
ומתי נשלם היסוד ההתנהגותי שבעבירת הגניבה?**

מאת

מרדכי קרמניצר

חלק א

עיתוי השלמת העבירה — נקודת-סיום אחת או השלמה פורמלית ואחרת
סיום מהותי

א. הדעות השונות; 1. עמדת בית-המשפט; 2. גישת פרופ' פלר; 3. דעה נוספת; (א) כללי — ההבחנה בין השלמה פורמלית לבין סיום מהותי וענישות השלב שביניהם; (ב) מתי נזקקים להבחנה בין השלמה פורמלית לבין סיום מהותי? (ג) הנפקויות המשפטיות של ההבחנה וענישות השלב המסיים את העבירה; (ד) בעיות בהבחנה בין השלמה פורמלית לבין סיום מהותי.

חלק ב

היסוד ההתנהגותי בעבירת הגניבה

א. שורות אחדות על ההחזקה ועל הנטילה; ב. במקום סיכום.

הצגת הנושא: הסוגיא של עיתוי ההשלמה של עבירת הגניבה נדונה לפני שנים אחדות בפסיקה¹ ובספרות המשפטית שלנו². כדי להעניק לדיון מימד של המחשה, נביא בקיצור את מערכת העובדות אשר הולידה את הדיון המשפטי: המערער שירת כקצין-מכונות בחברת "צים" הפליג בחודש דצמבר 1977 על אוניית-מכולות של החברה אשר הובילה מיפן לארצות-הברית מכולה ובה ציוד צילום, מסרטות ומקרנות. בלב ים פרצו המערער ואחרים מכולה ובמשך לילות מספר הוציאו מתוכה ציוד בשווי של כמאה אלף דולר. תחילה הוסתר הציוד בחדר באונייה. ב-18 בינואר 1978 הגיעה

1 ע"פ 648/78 גרין נ' מדינת ישראל (ביחד עם ע"פ 535/78 קמורזה ואח' נ' מדינת ישראל); וע"פ 571/78 בייטון נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(1) 517 (להלן: הכפס). ראה גם ע"פ 85/80 קמאשוזילי נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 57.
2 ש"ז פלר, "לעיתוי ההשלמה של עבירת הגניבה (עבירה רגעית, עבירה נמשכת או עבירת שרשרת)" משפטים י (תש"מ) 121 (להלן: המאמר).

האונייה לחיפה ושם עלה בידיהם של המערער ושותפיו להברית ארצה את הטובין שנגנבו. רק ב-15 בינואר 1978 הועברה האונייה לדגל ישראלי ונרשמה במרשם הישראלי.

לפני-כן היתה האונייה רשומה בקרצום הליבריי. השאלה שנדונה היתה האם חלו על מעשיו של המערער הנורמות העונשיות של דיני ישראל. משום שכתב-האישום לא הוגש בידי היועץ המשפטי לממשלה או בהסכמתו, סבר בית-המשפט כי לא ניתן להיזקק לסעיף 6 לחוק העונשין³. הוסיף היחידה שנותרה היא הוסיקה הטריטוריאלית, וגורלו של הערער הותלה בשאלה אם הושלמה עבירתו של המערער בלב ים — שאז לא חלו עליה דיני ישראל, או בעת הורדת הטובין מן האונייה אל חוף-הים בישראל, שאז געשתה מקצתה בתחום השיפוט של המדינה ודיני ישראל חלים על כולה מכוח הוראת סעיף 3 לחוק העונשין.

ההערה תדון בשתי סוגיות: בחלק א — בסוגיא הכללית של עיתוי השלמת העבירה; ובחלק ב — בסוגיא המיוחדת של היסוד ההתנהגותי של עבירת הגניבה: מהותו ועיתוי השלמתו.

חלק א

עיתוי השלמת העבירה — נקודת-סיום אחת או השלמה פורמלית ואחריה סיום מהותי

א. הדעות השונות

1. עמדת בית-המשפט

בית-המשפט העליון קבע, כי העבירה הושלמה רק בעת פריקת השלל בחיפה ולכן חלו עליה דיני העונשין של ישראל.

בית-המשפט הבחין בין שני מצבים: מצב אחד, הוא המצב שבו העשייה העבריינית מורכבת מפעולות של כמה עבריינים נפרדים אשר צירפו את מעשיהם בשלבים שונים זה לזה כדי להגיע לתוצאה אחת⁴. במצב זה ניתן, לפי הנסיבות, לראות "בעבירת הגניבה עבירה ההולכת ונמשכת, גם אחרי שהנטילה הראשונית בוצעה הושלמה כבר ולמרות שלאור אקטוס זה ניתן היה כבר להאשים את מי שביצע את הנטילה הראשונית בעבירת גניבה מושלמת"⁵. לפיכך ניתן לראות את פלוני כשותף לגניבה, אם כי חלקו במעשה הפלילי בוצע אחרי שמשותף אחר באותה גניבה כבר נחשב כמי שהשלים את ביצוע העבירה⁶.

3 ראה דעתו השונה בעניין זה של פרופ' פלר במאמר (לעיל, הערה 2), 123.

4 הפסק (לעיל, הערה 1), 528, בראש העמוד.

5 הפסק, עמ' 528, מול האות ד.

6 הפסק, עמ' 525, מול האות ב; וראה גם קאמיניצ'וילי (לעיל, הערה 1), 64, מול האותיות ב-ה.

במצב השני מדובר במשימה עבריינית המתבצעת כולה על-ידי עבריין אחד או כמה עבריינים שקשרו קשר מלכתחילה כדי לבצעה, כאשר על-פי מהותה ניתן לעשותה רק בצורה הדרגתית ובשלבים⁷, כגון נטילת רכוש מן המקום בו הושאר על-ידי הבעלים והחבאתו בתוך אותו בית או אותה אונייה ואחריה העברת הרכוש פעמים מספר ממקום למקום בתוך התחום שהוא בשליטת הבעלים⁸. הכול – במגמה להוציא את הרכוש מתחום אותם חצרים, וכאשר כבר הנטילה הראשונה מהווה ביצוע ההשלמה של היסוד ההתנהגותי בגניבה⁹. על מצב זה נאמר, כי מדובר ב"שרשרת של נטילות המתבצעות כל אימת והרכוש מוזז ממחבוא למחבוא, אך עדין נמצא בחצרים (במקור כתוב בטעות – "החצרים" – הערה שלי – מ"ק)... בתוכם הונו לראשונה ממקומו המקורי. לו היו מפרקים את הארוע לגורמיו, היתה נוצרת סדרה של עבירות גניבה נפרדות ומשלמות המבוצעות כל פעם על ידי אותו אדם או על ידי שותפיו"¹⁰. שכן כל עוד לא הוצא הרכוש מן החצרים, לא תמה לחלוטין ההחזקה של הבעלים בו. שרשרת זו של גניבות ניתן לראות כעבירה נמשכת אחת¹¹.

2. גישת פרופ' פלר

פרופ' פלר הסתייג במאמרו מעמדת בית-המשפט, ולהלן גביא את עיקרי גישתו: פרופ' פלר גרס, כי העבירה איננה יכולה להיחשב מושלמת ביחס לאחד המשתתפים בה ועדיין בשלב ההתגבשות ביחס לצד אחר שלה¹². אין שותפות לעבירה ללא תרומה לעצם ביצועה ולכן היא יכולה לבוא מבחינת העיתוי רק עד לשלב שבו ניתן ליחס את העבירה המושלמת למפעע העיקרי. פעולה מאוחרת יותר, שלא על-פי הסכם מוקדם, איננה כלל בגדר תרומה לביצוע העבירה, ולכן אין בבחינת שותפות לעבירה¹³. נדבך נוסף במאמרו של פרופ' פלר הוא, שעבירת הגניבה היא עבירה רגעית ובתור שכזו היא מאופיינת בכך שעם השלמת האלמנט ההתנהגותי שבה היא מתמצה, ואין עוד אחריה ולא כלום¹⁴. "מן הרגע הראשון של השלמת האלמנט ההתנהגותי האופייני לעבירה – הוצאת החפץ משליטת הבעלים – היא נשלמת גם סופית"¹⁵. אם מתברר את שני הגדבכים, יוצא כי פעולה של "שותף" הנעשית לאחר הרגע הזה, שלא על-פי הסכם מוקדם, איננה בגדר שותפות לגניבה¹⁶.

פרופ' פלר דחה גם את הרעיון של תפישת הגניבה המתבצעת בשלבים (המצב השני בפסק) כשרשרת של נטילות, וזאת משני טעמים: הן משום שעבירת השרשרת מורכבת

7 הפסק, עמ' 528, שורות 3 ו-5, מראש העמוד.

8 הפסק, עמ' 528, מול האותיות א ו-ב.

9 הפסק, עמ' 528, שורות 5 ו-6, מראש העמוד ומול האות ו.

10 הפסק, עמ' 528, מול האות ו.

11 הפסק, עמ' 529, סוף העמוד; ועמ' 530, כראש העמוד.

12 המאמר, עמ' 126.

13 המאמר, עמ' 131.

14 המאמר, עמ' 136.

15 המאמר, עמ' 136, בתחילת הקטע האחרון, בפסקה 18.

16 במקרה של הסכם מוקדם, בעצם ההבטחה לסייע לאחר השלמת הביצוע יש משום סיוע

לביצוע. ראה המאמר, עמ' 125 ו-126.

מסדרת חוליות העשויות להוות, כל אחת, עבירה מאותו סוג, אֶלמלא היו חוליותיה של עבירת שרשרת אחת¹⁷; ובביצוע הגניבה בשלבים לא ניתן לראות כל שלב כגניבה מושלמת, משום ש"אין אדם גונב מעצמו הפץ שנמצא בשליטתו, אף אם החפץ הושג במקור, על ידי אותו אדם בגניבה"¹⁸; והן משום שלא מתקיים כאן מאפיין אחר של עבירת השרשרת, שלפיו "כל חוליה שבעבירת השרשרת מוסיפה מימד כמותי לעבירה"¹⁹, שכן בהעברת אותם טובין ממקום למקום בתחום חצרים אחד אין משום גדול כמותי של עבירה.

לבסוף הטיל פרופ' פלר ספק ברעיון של "מעין החזקה כפולה" בנכס — של הבעלים ושל הגנב — המתקיימת לפי עמדת בית-המשפט העליון אחרי שנעשתה בנכס נטילה, אך בטרם הוצא מתחום חצרו של המחזיק. הוא שואל: "האם ניתן לגרוס כי השולט על שטח שבו נמצא איזה הפץ שולט בכך שליטה כאמור גם בחפץ?"²⁰ ועל הפרשה שנדונה, הוא מקשה: "כיצד ניתן אף לדבר על שליטת הבעלים, כמלוא הגימה, על החפצים שנגנבו מתוך המכולה, כאשר לא זו בלבד שלא נתפשו בשעת הימצאותם באונייה, אלא גם הורדו משם בידי הגנב תוך שליטה מוחלטת עליהם, ואף לא נתגלו לאחר-מכן, הגם שהעבירה נתגלתה. היכן ההחזקה הכפולה עם או בלי התוספת "מעין"²¹."

3. דעה נוספת

(א) כללי — ההבחנה בין השלמה פורמלית לבין סיום מהותי וענישות השלב שביניהם

תיתכן גם דעה אחרת, המבוססת על המשפט הפלילי הגרמני, שלפיה מתבקשת לעתים הבחנה בין ההשלמה הפורמלית (Vollendung) לבין הסוף או הסיום המהותי שלה (Beendigung)²². ההשלמה הפורמלית מתקיימת כאשר מתמלאים לראשונה כל יסודות

17 המאמר, עמ' 138, בתחילת הקטע האחרון, עמ' 140, קטע שני.

18 המאמר, עמ' 140, בסוף קטע שני.

19 המאמר, עמ' 141, פסקה 23, קטע שני.

20 המאמר, עמ' 142.

21 המאמר, עמ' 143. פרופ' פלר חיווה גם את דעתו כי מקום שדרושה הסכמת היועץ המשפטי לממשלה, יכול גם שההסכמה תינתן לאחר הגשת כתב-האישום. עמדה זו נדונה ולא נתקבלה בע"פ 6/80 הספלה נ' מ.י., פ"ד לד (4) 725, 726, 727.

22 H. H. Jescheck, "Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat" *Festschrift für H. Welzel* (Berlin, 1974) 683; G. Winkler, *Vollendung und Beendigung des vorsätzlichen Verbrechens* (München, 1965); H. J. Scheufele, *Formelle Vollendung und tatsächliche Beendigung von Straftaten* (Tübingen, 1971); H. Hau, *Die Beendigung der Straftat und ihre wirkliche Wirkungen* (Freiburg, 1973); H. Isenbeck, "Beendigung der Tat bei Raub und Diebstahl" *NJW* (1965), 2326-2329; H. J. Hruscka, "Die Dogmatik der Dauerstraftaten und das Problem der Tatbeendigung" *GA* (1968), 193; K. Kühl, "Grundfälle zur Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung" *Jus* (1982) 110-113; K. Kühl, *Die Beendigung des vorsätzlichen, Begehungsdelikte* (Berlin, 1974)

העבירה וניתן לייחס לעושה את העבירה במלואה.²³ העבירה מגיעה לסיום המהותי שלה כאשר מגיעה לשיאה הפגיעה בערך המוגן על-ידי איסור העבירה. הבחנה זו מתבקשת כאשר המחוקק מקדים את נקודת-ההשלמה הפורמלית של העבירה באופן כזה שהגדרת העבירה עד לאותה נקודה אינה מכסה את מלוא הפגיעה באינטרס החברתי המוגן על-ידי איסור העבירה, אלא את חלקה – מקצתה או תחילתה בלבד. ניתן היה לחשוב – ומחשבה זו מעוגנת בתודעה החברתית – שנקודת-ההשלמה הפורמלית של עבירה מבטאת גם את הדרגה הגבוהה ביותר או את שיא הפגיעה בערך המוגן.²⁴ אבל המציאות הנורמטיבית המגוונת מוכיחה כי לעתים אין הדבר כך וכי יש שהמתכונת הפורמלית של העבירה המושלמת איננה משקפת צורה עבריינית המושלמת מבחינה מהותית. במקרים מעין אלה, פרשנות רציונלית של העבירה, המתבססת על אובייקט העבירה ועל מטרת האיסור, מחייבת לראות גם בשלב שבין ההשלמה הפורמלית לבין הסיום המהותי של עברייני עניש, שובל של העבירה (Nachzone), המכוסה גם הוא על-ידי הנורמה האוסרת. כיצד ניתן שלא להתחשב בפגיעה הסופית או בשיא הפגיעה בערך המוגן, על משמעותה השלילית, האנטי-חברתית, כאשר את הפגיעה הנו גועד איסור העבירה למגוע היא, לכן, עצם ההצדקה לאיסור העבירה? טול, למשל, את העבירה של הקער המוגדרת במקומות אחדים כשילוח אש בנכס (Inbrandsetzen, Feuerbrunst verursacht), שמשמעותה יצירת מצב של התלקחות הנכס באש.²⁵ האם יעלה על הדעת כי פעולות נוספות של העושה או של אחר, כגון ליבוי האש על-ידי שפיכת בנוזל על המבנה וכדו', הן נטולות משמעות פלילית ואינן חלק אינטגרלי של עבירת ההבער?

המשמעות של נקודת-ההשלמה הפורמלית במקרים אלה היא נקודת-ציון בהערכת המחוקק (Werturteil), שלפיה כבר בשלב זה ראוי העושה לעונש המלא ותו לא, או במלים אחרות: נקודת-ההשלמה הפורמלית קובעת רק את המתכונת המושלמת המינימלית של העבירה ומשמעותה מצטמצמת לנקודת-גבול כלפי מטה (ביחס לניסיון לביצוע העבירה), אך לא כלפי מעלה – לא כמיצוי סופי שלה. גישה זו עולה בקנה אחד לא רק עם פרשנות טלאולוגית, אלא גם עם התפישה הטבעית של העבירה בתודעה החברתית (ה"natürliche Auffassung"), שלפיה העבירה מסתיימת כשהיא מסתיימת ממש וסופית. העובדה שהמשפט האנגלי, ובעקבותיו המשפט הישראלי, פיתחו אינטר-איטיבית, ולא מתוך גישה מושגית, את עמדתם על התמשכותה של עבירת הגניבה, תומכת בעובדת קיומה של תודעה חברתית כזו.²⁶ ניתן לראות במבחן של שיא הפגיעה

23 אנו משתמשים בביטוי "במלואה", ולא בביטוי "כולה" או "המושלמת", כדי להבהיר שהכוונה היא גם לאותן עבירות ספציפיות שהן במהותן נסיונות.

24 ואפשר שתפישה זו היתה גר לרגליו של פרופ' פלר במאמרו.

25 ראה בקודקס הפלילי הגרמני, סעיפים 306 ו-309 דברי פרשנות ב-Eser in Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar* (München, 21. Auflage, 1982) § 22, 272.

בקודקס הפלילי האוסטרי, סעיף 169, שם מוגדרת ההתנהגות כגרימת אש, ודברי פרשנות ב-Leukauf-Steininger, *Kommentar zum Strafgesetzbuch* (Eisenstadt, 2. Auflage, 1979) 1120.

ראה גם Hau (לעיל, הערה 22), 95.

26 באותה רוח יש לראות את דבריו של פרופ' ש"ז פלר על האופי המיוחד של הגניבה, על השלמת הגניבה וכן התייחסותו למעשי סיוע מאוחרים לביצוע, שהם מימוש הבטחה שקדמה

בערך המוגן קריטריון מוגדר יותר לאותה תפישה, שהיא כשלעצמה איננה מספקת קריטריון כזה.²⁷ דוגמא מובהקת—לפי המשפט הגרמני—לעבירה מסוג זה היא הגניבה (עבירה רגעית במהותה), ובה עניש גם השלב שבין ההשלמה הפורמלית לבין הסיום המהותי.²⁸ לפי גישה זו, תיתכן, למשל, שותפות לגניבה בשלב שלאחר השלמתה הפורמלית, אך זאת לא בגלל תפישה מיוחדת לדיני השותפות ולא על-יסוד הבחנה בין שותף למשנהו, אלא משום שהגניבה טרם הסתיימה סופית. לפיכך גם פעולות נוספות של המבצע העיקרי הנעשות בשלב זה נחשבות כחלק מן הגניבה הענישה ואין צורך להיזקק לקונסטרוקציה מלאכותית ובלתי-מדויקת מבחינה מושגית של סדרת גניבות או שרשרת גניבות הנחשבות לעבירה אחת, כפי שנוסקה הפסיקה אצלנו. במבנה עבירת הגניבה עוד ידובר, אך כבר כאן ניתן לשאול: אם גורסים כי עושה הנמצא בדירה זרה, המכניס חפץ השייך לבעליה לתיקו, השלים את עבירת הגניבה עם הכנסת החפץ לתיקו ועוד לפני שעזב עם תיקו את הדירה,²⁹ האין זה מתחייב לראות גם בהוצאת התיק מתחום הדירה חלק מאותה מסכת עבריינית? האם התנגדות של הבעלים להוצאת החפץ מדירתו אינה חוסה תחת כנפי ההגנה הפרטית מפני הגניבה שאמנם הושלמה, אך טרם הסתיימה? האם מעשה של סיוע להוצאת החפץ מהדירה, ללא הבטחה מראש (הצבעה על דרך יציאה בטוחה מן הדירה, לאחר שהחפץ הוכנס לתיק) איננו סיוע לגניבה, שטרם הגיעה ל"סוף הסופות" שלה?³⁰

ההבחנה בין השלמה פורמלית לבין סיום מהותי היתה חסרה עד כה בדיון בסוגיא, משום שכל צד מן המשתתפים בו התייחס רק לנקודת-גמר אחת של העבירה, וכל אחד מן הצדדים למחלוקת—לנקודת-גמר אחרת. בית-המשפט העליון התייחס, בעיקרו של דבר, לנקודת-ההשלמה הפורמלית, והתייחסות זו הביאה אותו לאימוץ הגישה של סדרת עבירות גניבה נפרדות ומושלמות שיש לראותן כעבירה אחת.³¹ פרופ' פלר, לעומת זאת, התייחס לנקודת-הסיום המהותית, ואלה דבריו:

"מתי מסתיים המבצע והמשימה מוגשמת, כדי לדעת לתחום את הביצוע המושלם לעומת הגסיון, זוהי שאלה מקבילה לשאלה מתי מתחיל הביצוע, כדי לדעת

לביצוע כאל פרט לוואי (המאמר, עמ' 126) ולא כאל נתון בלתי-רלבנטי. אפשר שאותה רוח שורה גם על מתכונת עבירת השוד המשתרעת על התנהגות אלימה גם מיד לאחר הגניבה.

27 קריטריון אחר שיש לו תימוכין במשפט הגרמני וניתן לו ביטוי גם במאמרו של פרופ' פלר הוא: הגשמת מטרת העושה. המאמר, עמ' 127 ו-128; וראה גם להלן, הערה 32; וכן Kühl (לעיל, הערה 22), 32-35.

28 Kühl (לעיל, הערה 22), 2, 95, 96 ו-140; G. Winkler (לעיל, הערה 22), 91-93; H. H. Jescheck (לעיל, הערה 22), 686; Kühl במאמרו (לעיל, הערה 22), 111; Hruschka (לעיל, הערה 22), 204; Hau (לעיל, הערה 22), 103-105; Scheufele (לעיל, הערה 22), 35-39; Eser (לעיל, הערה 22).

29 ראה המאמר, עמ' 142; והשווה המאמר, עמ' 127, 128, 137 ו-140. גם מי שמפקפק אם יש לראות בהכנסת החפץ לתיק, בנסיבות האמורות, השלמה של גניבה, יסכים—כך נדמה לנו—כי בליעת אבן יקרה, בנסיבות דומות, תהווה גניבה מושלמת.

30 ראה ש"ז פלר, יסודות דיני עונשין (ירושלים, תשמ"ז) ב, 106-116.

31 הפס, עמ' 528-530.

לאבחן את ההכנה לעומת הנסיון; והתשובה לשאלה השניה עשויה לשמש מודל לתשובה לשאלה הראשונה—כשם שתחילת הביצוע היא באותה חוליה התנהגותית אקטיבית או פסיבית, שבשרשרת החוליות ההתנהגותיות הרצופות והנחוצות שהיו מוליכות להשלמת העבירה אלמלי נכשלה, כך גם—מסתיים הביצוע העיקרי באותה חוליה התנהגותית שבשרשרת זו, שבה הכבצע הוכתר בתצלחה והמשימה הוגשמה (הדגש שלי—מ"ק)³².

מצד אחר, בעצם ההבחנה אין כל רבותא, לפחות מבחינת שיטתו של פרוף פלר, שכן בעבירה הנמשכת³³, חובק איטור העבירה לא רק את יצירת המצב האנטי-חברתי עד כדי פליליות כמו בעבירה הרגעית, אלא גם את המשכתו³⁴. נקודת-ההשלמה הראשונה של עבירה נמשכת עם חלוף הזמן ההתחלתי המינימלי להתהוותה ולאחר נקודת-זמן זו "היא עשויה—אך איננה צריכה—להמשך מבלי להצמיח בכך עבירה נוספת או עבירות נוספות... עם הפסקת המצב, מושלמת סופית הכליאה"³⁵ או כל עבירה נמשכת אחרת.

לדוגמא זו של הבחנה בין השלמה ראשונה, "מינימלית", לבין סיום סופי בעבירה שהיא עבירה נמשכת מכוח הגדרת העבירה, ניתן להוסיף דוגמאות נוספות ובהן העבירה הנמשכת מכוח אופן הביצוע של העבירה, כגון גרימת חבלה שאיננה עבירה נמשכת מכוח הגדרתה, אך עשויה ללוש מתכונת מתמשכת כאשר לאחר שנגרמת לאדם חבלה מתפתח תהליך מתמשך של החמרת החבלה, והחובל עצמו אינו עושה דבר להפסקתו, אף כי הוא מחויב לעשות כן כיוצר המצב המסוכן או שאדם אחר שמוטלת עליו חובה, על-פי דין או חוזה, להפסיק את ההליך החבלתי אינו פועל להפסקתו. דוגמא נוספת היא תקיפה העשויה להתבטא בכבילת אדם באופן המיסב לו כאבים ואי-נוחות מתמשכים.

ההבחנה בין השלמה פורמלית לבין סיום מטריאלי אינה נחלתו הבלעדית של המשפט הפלילי המערב-גרמני. היא מצויה גם במשפט הפלילי של מזרח-גרמניה³⁶, שווייץ³⁷,

32 המאמר, סוף עמ' 127 וראש עמ' 128; וראה גם לפני-כן, בעמ' 127:

כי יתכן שבגלל נסיבות שונות, וביניהן גם של זמן או מקום, המבצע או המשימה עדיין לא יהיו בסוף הגשמתם. אך זאת לא רק לגבי האחרים... אלא גם ואולי בעיקר בשביל המבצע העיקרי עצמו שעדיין אינו יכול לברך על המוגמר, ולו גם מבחינה מינימלית. אם יעצר באותו שלב הוא, בוודאי, יגיד, ובצדק, ניסיתי אך לא הצלחתי...

33 ניתן לראות בעבירה הנמשכת אחד המקרים שבהם באה לידי ביטוי ההבחנה בין השלמה פורמלית לבין סיום מהותי, אך ניתן גם בשל אופייה המיוחד לראות בה קטיגוריה בפני עצמה.

34 זו ההבחנה המקובלת במשפט הגרמני בין עבירה נמשכת—Dauerdelikte—לבין עבירה רגעית—Zustanddelikte. ראה, למשל Hau (לעיל, הערה 22), 72—70; Hruschka (לעיל, הערה 22).

35 המאמר, עמ' 132.

36 *Strafrecht der DDR-Kommentar* (Berlin, 1979) 100; J. Lekschas, J. Renneberg, *Strafrecht-Allgemeiner Teil* (Berlin, 1978) 389, 401.

37 J. Rehberg, *Strafrecht-Delikte gegen der Einzelnen* (Zürich, 1978); 34; P. Noll, *Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil* (Zürich, 1983) I, 132—136.

פולין^{37*}, שבדיה^{37**}, אוסטריה^{37***} ויוון^{37****}.
מעניין לציין, כי גם במשפט הצרפתי, שאיננו מכיר באפשרות התמשכותה של העבירה הרגעית, אנו מוצאים סימוכין לגישה שלפיה עשויה הגניבה, לפי הנסיבות, להיות עבירה נמשכת. הדוגמא המובאת שם של גניבת עדר, הנמשכת עד להבאתו למקום מבטחים, אינה מקובלת עלינו³⁸.

(ב) מתי נזקקים להבחנה בין השלמה פורמלית לבין סיום מהותי?

ניתן להבחין בין מקרים שבהם ההבחנה מתבקשת על-פי טיבה של העבירה, כפי שהיא מוגדרת בחוק, לבין מקרים שבהם ההבחנה היא פועל יוצא של אופן הביצוע של העבירה. העבירות הנמנות עם הקטיגוריה הראשונה נמנות עם שני סוגים עיקריים, אף כי לא תמיד מתקיימת ביניהם הבחנה ברורה:

1. נסיונות בעבירות ספציפיות

הסוג הראשון הוא העבירות המושלמות שהן במהותן נסיונות (או נסיונות במת-כונת של עבירות מושלמות) שבהן מושווה דין הניסיון לדין העבירה המושלמת³⁹. לסוג זה נודעת חשיבות מיוחדת במשפטנו, משום נפוצותו הרבה⁴⁰. ריבוי זה אינו מוצדק ואינו רצוי, אך לכמה עבירות נתונה מתכונת זו באופן אוניברסלי או כמעט אוניברסלי; והדוגמא המובהקת ביותר היא העבירה של ניסיון לשנות בדרכים בלתי-חוקיות את החוקה ואת המשטר — דוגמא המוגדרת באופן זה בשל רתיעתו של כל משטר מהכרזה פורמלית כי השלמת העבירה אפשרית, דהיינו: כי הוא ניתן למיגור ומשום שכאשר ניסיון זה מסתיים בהצלחה מלאה, דהיינו: בחילופי שלטון, מאבדת ההתנגדות, בדרך-כלל מבחינה מעשית, את אופיה העברייני (למעט מקרים שבהם המשטר הקודם חוזר לשלטון)⁴¹. האם ניתן לחלוק על כך, כי תחילת הביצוע של

A. Spotowski, *Erscheinungsformen der Straftat im deutschen und pol-nischen Recht* (Baden-Baden, 1979) 157 — פולין *37

Beckmann, *Brottsbalken Kommentar Bd. II* (Stockholm, 4 Auflage, — שבדיה **37) 597 (1978). תורגם על-ידי ד"ר קורנילס ממכון מקס פלנק למשפט פלילי בפרייבורג, גרמניה.

O. Triffterer, *Die österreichische Beteiligungslehre* (Wien, 1983) — אוסטריה ***37) 21-27

N. Livos, *Grundlagen der Strafbarkeit wegen Hochverrats* (Freiburg, — יוון ****37) 258 (1984).

A. Tsarpalos, *Le Moment et la durée des Infractions Pénales* (Paris, 1967) 175, 176 — ראה אמנם בשפה רפה, ראה

Unternehmendelikte, ראה סעיף 6(1)11 לקודקס הפלילי הגרמני ודברי הסבר ב-Eser (לעיל, הערה 25), 95.

N. Livos, *Grundlagen der Strafbarkeit wegen Hochverrats* (Freiburg, ראה גם) 193-204 (1984).

ראה, למשל, סעיפים 244, 255, 294 (א) ו(ב), 456 ו-460 לחוק העונשין, תשל"ז-1977.

ראה מ' קרמניצר, עיקרי מבנה וארגון של העבירות ההצאיפיות (עבודת דוקטוראט, ירושלים, תשמ"מ), 78-79.

הפיכה צבאית היא נקודת-ההשלמה הפורמלית של העבירה וניתן כבר לייחס לעושה את העבירה במלואה, אולם ההתנהגות העבריינית נמשכת גם אחריה עד לסיום המהותי? והוא-הדין בעבירת השוחד שלנו, המושלמת פורמלית עם בקשת השוחד או הצעתו⁴², אך מסתיימת סופית רק בקבלתו על-ידי עובד-הציבור או בעבירה של זילות בית-המשפט, המושלמת פורמלית עם כתיבת דבר על שופט לעניין כהונתו בכוונה לפגוע במעמדו, אך מושלמת מהותית רק כשהדברים מגיעים לידיעת אחרים⁴³. אמרנו כי ריבוי העבירות מסוג זה במשפטנו איננו מוצדק ואיננו רצוי – העבירה של זילות בית-המשפט תוכיח – אולם ברור כי לא ניתן להתעלם ממנו כל עוד הוא חלק מהמציאות המשפטית שלנו.

2. עבירות מטרה

הסוג האחר הוא עבירות מטרה, שבהן אין חפיפה מלאה בין היסוד העובדתי לבין היסוד הנפשי שבעבירה, והאחרון איננו מוגשם בשלימותו על-ידי הראשון⁴⁴. על סוג זה נמנות עבירות במשפטנו כדוגמת העבירה של קיצוץ מטבע מעולה, לפי סעיף 474 לחוק העונשין; גניבה, לפי סעיף 384 לחוק העונשין; ועבירה של זיוף מסמך במתכונתה במשפט הגרמני, כאשר עצם התהוותה מותנה בכוונת שימוש במסמך המזויף⁴⁵. ניתן לתאר עבירות אלה כבעלות שני מרכיבי-כובד, וברור כי המשך החתירה אל היעד איננו מחוץ לתחומה של העבירה (לפחות, ככל שמדובר בהשגת יעד הפוגע באותו אינטרס חברתי המוגן על-ידי איסור העבירה), אלא שהמחוקק מסתפק לשם הטלת עונש מלא על העושה בהגעה אל מרכיב-הכובד הראשון תוך חתירה אל האחר, כאשר מבנה העבירה עצמו מצביע על החשיבות שהמחוקק מייחס גם למרכיב-הכובד האחר, שהוא השיא הסופי המכריע של העבירה.

מבנה זה של העבירה הוא לעתים ביטוי להיקלעותו של המחוקק לדילמה בין שתי נקודות-מבט, שהן רלבנטיות למתכונת העבירה: העבירה מבחינת העושה כחטיבה אחת עד להשגת מטרתו; והעבירה מבחינת האינטרס החברתי המוגן, שההגנה עליו עשויה לחייב לראות את העבירה כמושלמת עוד לפני שהעושה השיג את מטרתו. הפתרון עשוי להימצא במתכונת של עבירת מטרה, תוך מתן עדיפות להגנה הראויה על הערך החברתי הטעון הגנה כזו, אך מבלי לזנוח כליל את מטרת העושה בתור יסוד נפשי

42 ראה סעיף 294(א) ו(ב) לחוק העונשין. דרישת השוחד והצעתו הם מעין מעשי הכנה. כוונת המחוקק היא לתפוש בגדר האיסור את כל הפעילות העבריינית – מן השורש ועד-הצמרת. כאשר עוברים משלב מוקדם לשלב מתקדם יותר, נבלע השלב המוקדם בתוך השלב המאוחר.

43 סעיף 255 לחוק העונשין. ניתוח דומה מתבקש בעבירות של דרישת נכס באיזמים, לפי סעיף 404 לחוק העונשין; איום לשרוף או להרוס, לפי סעיף 460 לחוק העונשין; ניסיון להרוס נכס בחומר-נפץ, לפי סעיף 456 לחוק העונשין.

44 במשפט הגרמני Absichtdelikte, ולעיתים inkongruente Tatbestände. ראה Hau (לעיל, הערה 22), 97. יש המבדילים בין kupierten Erfolgdelikte, שבהן עתידה התוצאה להתרחש ללא התנהגות נוספת של העושה, לבין zweiaktigen Delikte, שבהן מותנית השגת היעד שאליו חותר העושה בהתנהגות נוספת שלו. ראה Hau (לעיל, הערה 22).

45 סעיף 267 בקודקס הפלילי הגרמני; והשווה עבירת הזיוף אצלנו (סעיף 418 לחוק העונשין, תשל"ז–1977), שאיננה מותנית במטרה להזנות.

של העבירה, כביטוי של התפישה הטבעית של העבירה, בתודעה החברתית. דוגמא לעבירה כזו היא הגניבה, ותחילה נעמוד בקצרה על יסודותיה: מבחינת היסוד ההתנהגותי, ניתן להסכים עם פרופ' פלר כי הדרישה להזות החפץ ב"שבריר האינטש" אינה מוצדקת ויש לראות בה ביטוי לגישה ארכאית ואנכרוניסטית⁴⁶. עדיין נשאלת השאלה כיצד לאפיין את הרכיב הזה של העבירה. בשאלה זו מתחבטות שיטות-המשפט השונות זה דורות רבים, שבמהלכם פותחו ארבע תיאוריות המנסות להשיב על השאלה, ולהלן נציגן בסדר עולה מבחינת מידת ההתנהגות הנדרשת: (א) *Kontrektationstheorie*, המגדירה את ההתנהגות הנדרשת כנגיעה; (ב) *Apprehensionstheorie*, המתארת את ההתנהגות הנדרשת כתפילה החוקה בנכס (*ergreifen*); (ג) *Ablationstheorie*, שלפיה נדרשת הוצאת החפץ מתחום החצרים של המחזיק (*wegschaffen*); (ד) *Illations*-*theorie*, הרואה את הגניבה כמושלמת רק כאשר העושה מביא את הנכס למקום מבטחים (*In sicherheit bringen*)⁴⁷. אילו היתה התיאוריה הרביעית מאומצת, היתה הגניבה יוצאת מתחום דיונו, ואולם ברוב שיטות-המשפט אומצה ה-*Apprehensions*-*theorie*, או גישה קרובה לה, שלפיה נדרשת שבירת החוקתו של המחזיק תוך יצירת החוקה של העושה בנכס. אין נדרשת הבאת הנכס למקום-מבטחים, אלא לכל היותר שינוי, כאמור, בהחוקה הנכס, היוצר אפשרות להוצאתו מתחום החצרים של המחזיק⁴⁸. גם פרופ' פלר אינו שולל גישה זו, שכן עולה מדבריו כי אין הוא מסתייג מגישה הרואה בהכנסת חפץ זר לתיקו של העושה כמשלימה את הגניבה, גם כאשר העושה והתיק מצויים עדיין בדירתו של הבעלים של החפץ⁴⁹; וייתכן שגם הסתרת הנכס בתחום החצרים של המחזיק משלימה — לפי גישה זו — את הגניבה⁵⁰.

אשר ליסוד הנפשי — גם אם מסתייגים מהגדרת היסוד הנפשי הדרוש, כפי שהיא מופיעה בהגדרת הגניבה שלנו⁵⁰, מתבקש לראות במטרת העושה להביא את החפץ

46 המאמר, עמ' 127.

47 H. Wirtz, *Versuch und Vollendung beim einfachen Diebstahl in Rechtsprechung und Dogmatik der Partikularrechte* (Kiel, 1976) 142-165; R. Charles, *Introduction a L'Étude du Vol en Droit Belge et en Droit Français* (Bruxelles, 1961) 109-110; R. Merle, A. Vitu, *Traité de Droit Criminel Droit Pénal Spécial* (Paris, 1982), 1828; R. Hiller, "Der Diebstahle begriff" (Zürich, 1915) 32-33; D. Kienapfel, *Grundriss des Österreichischen Strafrecht — Besonderer Teil* (Wien, 1980) II 45-50; Leukauf-Steininger, *Kommentar zum strafgestzbruch* (Eisenstadt, 2 Auflage, 1979) 853; P. M. A. Hunt, *Rehberg ; south African Criminal Law* (Juta, 1970) II 568 (לעיל, הערה 25), 1437, 1438.

48 המאמר, עמ' 142. על הכנסת חפץ זר לתיק של העושה בתחום חצריו של המחזיק כמשלימה את הגניבה, ראה Charles (לעיל, הערה 47), 109, 110; Kienapfel (לעיל, הערה 47), 47; B. Schüerhoff, *Der strafrechtliche Gewahrsamsbegriff* (Hamburg, 1976) 209, 210 (לעיל, הערה 47), 568.

49 Leukauf-Steininger (לעיל, הערה 47), 853; Wirtz (לעיל, הערה 47), 161-165; G. H. Gordon, *Criminal Law* (Edinburgh, 2nd ed., 1978) 462.

50 מטרת העושה מתייחסת מבחינה עובדתית-תיאורית גרידא ליהס שבינו לבין הנכס ולא ליהס שבין קורבן הגניבה לבין הנכס. אין הצדקה להתנות את הגניבה במטרה של שלילת קבע, שכן זכותו של הבעלים להשתמש בנכסיו ולממשם לכשירצה, שהיא מיסודותיה המובהקים

למקום מבטחים, לשם השגת שליטה בטוחה בו, יסוד בפשי מינימלי של העושה⁵¹. אם כך, מצטיירת הגניבה כעבירה שבה קיים פער בין המטרה הטיפוסית והמאפיינת של העושה לבין מה שמחייבת התגנה על האינטרס החברתי המוגן; שכן אינטרס זה – החזקה כאחד מהיבטיה המרכזיים של הבעלות או הבעלות בהיבט החזקה שלה – נפגע פגיעה קשה וחמורה, גם בטרם הגשים העושה את מטרתו במלואה. כבר בשלב זה נשברה שליטתו של הבעלים: במקרה של הסתרה, אם יחפש את החפץ, הוא עלול שלא למוצאו; ובמקרה של הכנסת החפץ לכיס או לתיק של העושה, יהיה עליו להתגבר על שליטת העושה בנכס. בשני המצבים האלה ניתן לומר, תוך שימוש בלשונו של פרופ' פלר, כי המבצע "עדיין אינו יכול לברך על המוגמר, ולו גם מבחינת מינימליות. אם יעצר באותו שלב הוא, בוודאי, יגיד, ובצדק, ניסיתי אך לא הצלחתי...".⁵² טיבה וחומרתה של הפגיעה בחזקה כבר בשלב זה עשוי להביא את המחוקק – והוא אכן מביא אותו – להקדים את נקודת-ההשלמה הפורמלית של העבירה לרגע שבו העושה מייסד את החזקה שלו על נכס, גם כאשר החזקה זו איננה עדיין בבחינת שליטה בטוחה. עם זאת, אין המחוקק מסיר את התעניינותו ואין הוא מוציא אל מחוץ לאיסור את הפעולות של העושה או של אחרים שתכליתן לבסס ולהבטיח את שליטתו בנכס. דוגמא מובהקת לפעולות כאלה היא הוצאת החפץ מתחום החצרים של המחזיק, העשויה להיות לעתים השלב הקשה והמסוכן ביותר בעשייה העבריינית⁵³, ובפרשת גרין – הורדת הסחורה מן האונייה⁵⁴. נשאלת השאלה: האם לאור הגדרת הגניבה אצלנו לא מתבקש, ואף ביתר שאת, ליחס למחוקק את הרעיון שהיסוד העובדתי משקף את ההשלמה הפורמלית בלבד, וזאת מבלי לפגוע בענישות המתחייבת של החלק המסיים את העבירה? יובהר כי אין אנו גורסים שהסיום המהותי של הגניבה מתבטא בהגשמת המטרה של שלילת קבע. קביעת הסיום המהותי איננה עניין פשוט, ומבחינה זו היא מזכירה את ההבחנה בין "הכנה" לבין "תחילת ביצוע". כל שנוכל לתרום בעניין

של הבעלות, נפגעת גם כאשר אין מדובר בפגיעה המלווה ב"מטרת נצח". גם פגיעה זמנית, כמו נטילה זמנית של מכונית-ייצור או כינור מכנר לפני קונצרט, עלולה להיות חמורה מאוד, ולעתים אף חמורה כפגיעה נצחית, כמו הפגיעה שנפגע מי שבידיו זכות עיכובן על נכס למשך 24 שעות עקב נטילת הנכס מידיו.

51 במשפט הפלילי הצרפתי מסתפקים בכוונה לנהוג בנכס מגנה בעלים, אפילו במשך זמן קצר: Charles; 248, 247 Lambert (לעיל, הערה 47), 54, 65. במשפט הגרמני נדרשת כוונה של Zueignung השתלטות על הנכס, שרכיבה העיקרי הוא Aneignung: הכוונה לממש את הערך הספיציפי של הנכס או להשתמש בו לצרכיו או להשיג עמדת שליטה בנכס שמבחינה מעשית היא כמו של הבעלים; ורכיבה המשני הוא Enteignung: מודעותו של הנוטל לכך שתוצאת-ליוואי ודאית או אשורית של שימוש בנכס היא אובדנו המוחלט או הממושך לבעליו. ראה עוד מ' קרמינצר (לעיל, הערה 41), 286, הערה 3.

52 לעיל, הערה 32.

53 למשל: כאשר העושה חייב עדיין להתגבר על מכשולים פיזיים – דלת נעולה, גדרות, פיקוח אלקטרוני, או אנושיים – ביקורת או שמירה. וראה ברוח דומה ע"פ 569/73, 91/74 אלבו ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(1) 407, 413.

54 אשר לשלב המאוחר יותר – הבאת החפץ, לאחר שהוצא מתחום החצרים של המחזיק למקום מבטחים – חלוקת הדעות במשפט הגרמני אם הוא משהיך עדיין לשובל העניש של הגניבה, אם לא: Kühl (לעיל, הערה 22), 140–143; Hau (לעיל, הערה 22), עמ' 104–105.

זה על דרך ההכללה הוא, שנקודת הסיום המהותי מבטאת קפיצה איכותית בפגיעה בערך המוגן לעומת ההשלמה הפורמלית, מבלי שהעושה ממצה בה, בהכרח, את מלוא תאוותו, כלומר: מבלי שהוא מגשים בהכרח את יעדו הסופי.

דוגמא נוספת היא המתכונת הקונטיננטלית של עבירות הקרמה והסחיסה המותנות בנוק לקורבן, אך לא בהשגת טובת-ההנאה על-ידי העושה (או בקבלתה על-ידו) כיסוד עובדתי, אלא רק כיעד של מטרת העושה⁵⁵. מטרת האיסור היא למנוע נזק לרכוש הזולת, ולכן התהוות נזק לרכוש משלימה את העבירה; ואילו המטרה האופיינית של העושה — הפקת טובת-ההנאה — מתבטאת בהגדרת העבירה כיסוד גפשי בלבד. גם כאן ניתן למצוא בהלכה הפסוקה הגרמנית סימוכין להשקפה שלפיה העבירות מגיעות לסיומן המהותי רק עם קבלת טובת-ההנאה על-ידי העושה⁵⁶, וניתן להסכים לכך לפחות באותם מקרים שבהם הקבלה על-ידי העושה גם מחמירה או מחריפה את הנזק לקורבן. למשל: כאשר עד הקבלה יכול היה הקורבן להחזיר לעצמו ללא קושי את הדבר, ועם הקבלה — נעלמה האפשרות הזו⁵⁷.

3. סיום מהותי נבדל בשל אופן הביצוע

על הקטגוריה השנייה, שבה התבחנה בין השלמה פורמלית לבין הסיום המהותי היא פועל יוצא של אופן הביצוע של העבירה ולא של הגדרתה, נמנות — כפי שכבר הזכרנו — העבירות הנמשכות מכוח צורת הביצוע. גם הקרמה במתכונת הקונטיננטלית עשויה להימנות עם קטיגוריה זו, וזאת כאשר הנזק לקורבן נגרם בשיעורים, כגון גמלה, שהעושה אינו זכאי לה, המשולמת לו מדי חודש עקב מצג-שווא שעשה ואשר הטעה את הרשות המשלמת. ההשלמה הפורמלית של העבירה מתקיימת עם התשלום הראשון, שכן כבר אז ניזוק הקורבן, אבל היא מסתיימת מהותית רק עם התשלום האחרון⁵⁸. דוגמא אחרת: עבירת שרשרת שבה נקודת-ההשלמה הפורמלית של העבירה היא בחוליה הראשונה בשרשרת וסיומה מתרחש עם הסיום המהותי של החוליה האחרונה בשרשרת; ודוגמא אחרונה, ללא כל כוונה של מיצוי "האחדות הטבעית"⁵⁹, המתקיימת

55 ראה, למשל, סעיפים 253 ו-263 בקודקס הפלילי הגרמני; סעיפים 144 ו-146 בקודקס הפלילי האוסטרי; סעיף 148 בקודקס הפלילי השווייצרי.

56 Kühl (לעיל, הערה 22), 101-103; Hau (לעיל, הערה 22), 106-112, 693; Jescheck (לעיל, הערה 22), 693.

57 Kühl (לעיל, הערה 22), 103. ראה גם הגדרת עבירת השוד בסעיף 139 בקודקס הפלילי השווייצרי שאיננה מותנית בנטילת הנכס על-ידי השודד; וכן העבירה לפי סעיף 316 בקודקס הפלילי הגרמני.

58 Kühl (לעיל, הערה 22), 73. ראה גם Tsarpalos (לעיל, הערה 22), 128. על-פי גישה זו אין צורך להוכיח התקיימות כל יסודות העבירה, ובכללם היסוד הנפשי, ביחס לקבלת כל תשלום ותשלום. לפיה אפשר שיהיה מקום לדחות את טענת ההתיישנות שנתקבלה על-ידי בית-המשפט העליון בע"פ 281/82 אבו הצירא נ' מדינת ישראל פ"ד לז(3), 673. לכאורה ניתן לראות במסכת כזו עבירת שרשרת, ובלבד שמדי הודש העושה חוזר על מצג-השווא שלו. אם זהו אכן המצב העובדתי, אין כל פגם בהתייחסות זו; ואולם לא תמיד זהו המצב ואין הצדקה לקבוע התקיימותם של יסודות שבפועל אינם מתקיימים.

59 Kühl: natürliche Handlungseinheit (לעיל, הערה 22), 177-180; Jescheck (לעיל, הערה 22), 689; Eser (לעיל, הערה 25), 273.

כאשר מתוך יסוד נפשי אחד העושה מבצע כמה מעשי עבירה מאותו סוג, בסמיכות כזו מבחינת המקום והזמן, שהם מהווים — לפי התפישה הרגילה הטבעית של הדברים — יחידה אחת, כגון תקיפה המתבטאת בכמה סטירות המוטחות בקורבן בזו אחר זו או גניבה של פריטים אחדים "במכה אחת"⁶⁰. ההשלמה הפורמלית היא עם הסטירה הראשונה או עם גניבת הפריט הראשון, ואילו הסיום המהותי הוא עם הסטירה האחרונה או גניבת הפריט האחרון.

(ג) הנפקויות המשפטיות של ההבחנה וענישות השלב המסיים את העבירה

פסק-הדין בפרשת גרין ממחיש את חשיבותה של ההכרה בשלב המסיים של העבירה — לאחר נקודת-ההשלמה הפורמלית שלה ועד לסיום המהותי שלה, וזאת מבחינת תחולתה של הנורמה העונשית מבחינת המקום. לאור הכרה זו, גם החלק המסיים של העבירה עשוי להיחשב כ"מקצת עבירה" מבחינת סעיף 3 לחוק העונשין. ראויות לאזכור גם כמה השלכות נוספות: ניתן להדוף את העשייה העבריינית גם בשלב זה במסגרת ההגנה הפרטית⁶¹; עד לנקודת-הסיום המהותי תיתכן שותפות לדבר עבירה: הן ביצוע בצוותא הן סיוע, בהתקיים כל תנאיהם, כמובן; וזאת, כפועל יוצא של ראיית החלק המסיים כחלק אינטגרלי של ביצוע העבירה⁶²; אם מתקיימת באותו שלב נסיבה מחמירה, מתקיימת הצורה המוחמרת של אותה עבירה⁶³; לצורכי התיישנות וחגיגה כללית הזמן הקובע הוא נקודת-הסיום המהותית⁶⁴; ייתכן ריבוי עבירות בין החלק המשלים לבין עבירה אחרת⁶⁵; מקום שבו כלים ששימשו לעשיית העבירה טעונים חילוט, טעונים חילוט גם כלים ששימשו את העושה בחלק המסיים; העבירה של אי-מניעת פשע (סעיף 262 לחוק העונשין) משתרעת מבחינת העיתוי הבא בחשבון ומבחינת המשך עד לסיום המהותי של הפשע המתבצע.

(ד) בעיות בהבחנה בין השלמה פורמלית לבין סיום מהותי

יש להודות, כי הקריטריון של שיא הפגיעה בערך המוגן איננו מוגדר בבירור ואיננו קל ליישום. אם בדוגמת ההבער, שהבאנו לעיל, הפעלתו פשוטה ומביאה לתוצאה

60 דוגמאות נוספות: זיוף או הפצה של שטרות מזויפים בעסקה אחת; כמה התבטאויות, שכל אחת מהן היא לשון-הרע, המושמעות בהודמנות אחת; כמה מעשים מגוונים הנעשים בזה אחר זה.

61 Kühl (לעיל, הערה 22), 151—152.

62 Jescheck (לעיל, הערה 22), 698—696; Eser (לעיל, הערה 25), 273. יושם אל לב, כי בשיטת-המשפט שלנו, סיוע המושט לעבריין לשם הבטחת שלל העבירה (להבדיל מהבטחה לסיוע כזה, הניתנת בעת הביצוע או לפניו), שאינו כרוך בקבלת השליטה על הרכוש ושאיננו בבחינת מתן מקלט לעבריין גופו — איננו נתפס בגדר איסור מיוחד.

63 Jescheck (לעיל, הערה 22), 698; Eser (לעיל, הערה 25), 273.

64 Jescheck (לעיל, הערה 22), 699; Eser (לעיל, הערה 25), 273; Kühl (לעיל, הערה 22), 163—168, 173; וראה גם לעיל, הערה 58.

65 Jescheck (לעיל, הערה 22), 698, 699; Kühl (לעיל, הערה 22), 189—194.

מתבקשת, אין הדבר כה פשוט במקרים אחרים, כמו הגניבה והקרמה. לשם התרת הקושי יש תחילה לאתר, ובצורה מדויקת וקונקרטית ככל האפשר, את הערך המוגן על-ידי האיסור; ולאחר-מכן — לקבוע את הנקודה או השלב שבהם מגיעה הפגיעה באותו ערך מוגן לשיא. יוזכר כי גם לפי שיטתו של פרופ' פלר, העבירה מסתיימת רק עם סיומה המהותי, כלומר: מעבר להשלמתה הפורמלית, אלא שלשיטתו, נקודת-הסיום היא אחת ויחידה (נקודת הסיום המהותי) והמבחן לאיתורה הוא, בעיקרו, מבחן ההצלחה והגשמת המשימה מבחינת העושה. לדעתנו, עדיף קריטריון בעל אופי אובייקטיבי, שלפיו עשויה העבירה להסתיים לפני הגשמת המשימה מבחינת העושה. הגניבה, למשל, מסתיימת כאשר למחזיק המקורי אובדת באופן מלא השליטה בנכס (אובדת, להבדיל מנשברת או מנפגעת), ומצב זה עשוי להתהוות לפני שהעושה מביא את הנכס למקום מבטחים (מבחינתו). איגני יודע עד כמה יש בכך כדי לנחם, אולם בולט הדמיון בין סוגיא זו של סיום העבירה לבין הנושא של תחילתה (שאלת המידה שבניסיון), שגם היא איננה ניתנת להכנעה על-ידי הפעלה מיכנית של מבחן פשוט; ומכל-מקום, אין בידינו להציע מבחן אחר.

בעיה זו, וכן עצם הרחבת התחום העניש מעבר למה שעולה מלשונו הפשוטה של החוק, מעוררים — ובצורה חריפה — את בעיית התיישבותה של גישה זו עם עקרון החוקיות וכלל הפרשנות המצמצמת בפלילים. במישור הפורמלי טענתנו היא, כי הפירוש האחר — שלפיו, אין "חיים עברניים" אחרי ההשלמה הפורמלית — הוא פירוש בלתי מתקבל על הדעת באופן מובהק, אבסורד ממש ולכן אין הוא נכנס כלל לתחרות עם הפירוש האחר (תחרות שבה מעדיפים, על-פי כלל הפרשנות המצמצמת, את הפירוש שלפיו תחום האיסור הוא קטן יותר). זאת ועוד: לאור מה שמתחייב מן ההיגיון, לא יכול להיות ספק בעיני איש בדבר האופי האנטי-חברתי והאסור של השלב שבין ההשלמה הפורמלית לבין הסיום המהותי. לכן מתקיימת כאן תודעה בדבר אי-חוקיות מהותית (להבדיל מזו הפורמלית, המתבטאת במודעות לאיסור עבירה, כפי שהוא מוגדר בחוק). הטיעון "לא ידעתי שמדובר בהתנהגות אסורה" אינו יכול להיות טיעון בתום-לב. הוא עשוי להיות מושמע רק על-ידי יודע דת ודין מתחכם, וגם אז — שלא בתום-לב. העובדה ששיטות-המשפט השונות וגם תפישות תיאורטיות שונות מגיעות בענין זה לתוצאות זהות, מבטאת ומשקפת תודעה חברתית-משפטית אוניברסלית ומבוססת בתחום זה.

חלק ב

היסוד ההתנהגותי בעבירת הגניבה

א. שורות אחדות על החזקה ועל הנטילה

כוכור, הסתייג פרופ' פלר מן הרעיון של "מעין החזקה כפולה", שהועלה על-ידי בית-המשפט, כשהוא שואל-מקשה: "האם ניתן לגרום כי השולט על השטח שבו נמצא איזה חפץ שולט בכך שליטה כאמור גם בחפץ?"⁶⁶ והביע את הדעה כי בפרשת גריץ לא היתה לבעלים שליטה כלשהי על החפצים שנגנבו מתוך המכולה.⁶⁷ לדבריו, "מאפיין חיוני של החזקה בחפץ הוא ה-corporus, כלומר היכולת הפיזית לשלוט בחפץ ולעשות בו פעולות מטריאליות"⁶⁸. לעניות דעתנו, ניתן לגרום כי בדרך-כלל השולט על שטח שבו נמצא איזה חפץ, שולט בכך גם בחפץ, וספק אם מוצדקת הביקורת על פסק-הדין בנקודה זו במלוא היקפה.

אשר למהות המושג החזקה, אין ספק שהיכולת הפיזית לשלוט בחפץ ולעשות בו פעולות מטריאליות עומדת במרכז הגדרת המושג והיא מתבטאת בכך שהמחזיק יכול להפעיל את רצון הפעולה שלו באופן בלתי-אמצעי על הנכס מבלי שיעמדו מכשולים בדרכו.⁶⁹ אולם תיאור זה אינו ממצה את מהות המושג. בהקשר של עבירת הגניבה מתבקש לשאול: כאשר המבקש לגנוב מגיע לקרבת החפץ, מושא שאיפתו, בהיעדרו של הבעלים, ואין מכשול בינו לבין החפץ—האם הגיע כבר החפץ להתזקתו עקב יכולתו הפיזית לעשות בחפץ פעולות מטריאליות? האם כאשר המבקש לגנוב קרוב יותר לחפץ מאשר הבעלים (למשל: ניגש לרכב זר כשבידו מפתח תואם, ואולי אף חוסם בגופו את דרכו של הבעלים אל החפץ; או מתיישב בין הבעלים של עיתון לבין עיתונו, שאותו הגיח לפני-כן במרחק-מה ממנו על ספסל ציבורי) עבר החפץ מהחזקת הבעלים להחזקתו-שלו? לפי דעה אחת, נדרשים תיקון או התאמה של ההגדרה לפי התפישה הטבעית של החיים היומיומיים. לאור התאמה זו, מתקיימת החזקה בנכס גם כאשר יש ריחוק מקום בין המחזיק לבין הנכס המוחזק או שנדרש זמן כדי שהמחזיק יוכל להפעיל את רצונו על הנכס: אדם מחזיק במכונית גם כאשר היא חונה במגרש-חניה ציבורי והוא נמצא במקום אחר; והוא-הדין בהחזקת הבעלים—בכורות או בחומרי-בניה שלו המונחים ברשות הרבים; בכלבו העושה לבדו את טיול-הלילה שלו; בנכסי האיכר שדרכם להימצא בשדה הנמצאים בשדה, כאשר הוא ישן בלילה בביתו המרוחק; בסחורה שהונחה מוקדם בבוקר ליד דלת החנות, מחוץ לחנות, ולפני שהבעלים הגיע למקום; בבגד של חנות-בגדים, גם כשהוא מצוי על גופו של קונה פוטנציאלי לשם מדידה; במחבט-טניס הנמסר על-ידי המחזיק בו לאחר על-מנת שהאחרון יתבונן בו ויחזירו לידי; המחזיק בדירה מחזיק בדירתו על כל אשר בה, כולל גכסים

66 המאמר, עמ' 142.

67 המאמר, עמ' 143.

68 המאמר, עמ' 142.

69 לעניין מושג ה"חזקה", ראה ע"פ 250/84 ה"כשטט נ' מ"י, פ"ד מ(1), 813, 820, 824—826.

המוכנסים לדירה בהיעדרו, וללא ידיעתו, גם כאשר הוא מנוע, לזמן קצר או ארוך, מלהיכנס לדירה, אם משום שהוא נמצא במרחקים, אם משום שאיבד את המפתח לדירתו או משום שהוא מוטל מחוסר-הכרה ומשותק במקום אחר. המחזיק בבית-עסק או בכל מרחב הנתון בכללותו לשליטתו — *generell beherrschten Raum* — מחזיק בכל הפריטים המצויים בבית-העסק או באותו מרחב. השליטה במקום יוצרת שליטה בנכסים שבו, גם בהעדר מודעות ספציפית לאותם נכסים: המחזיק בתיבת-דואר מחזיק בתכולתה — במכתב שהגיע או בפריט אחר שהושם בה — גם בטרם גודע לו עליו, ותוא-הדין בדייג ובמנה שהעלה רשתו. המחזיק בדירה מחזיק בפריט שבה גם כאשר אין הוא זוכר את מקומו בה, שהניח אותו ברשלנות שלא במקומו או אף שאבד לו בתוך הדירה.

לעומת זאת, וכפי שעולה מן האמור לעיל, יש מקרים שבהם קיומה של שליטה בפועל איננו מקנה החזקה. כך, למשל, עובדי משק-בית או עובדים במפעל אינם נחשבים כמחזיקים בנכס של הבית או של המפעל, גם כשהוא בכיסיהם או בבגדיהם. מי שמקבל חפץ מאחר (בול, מחבט-טניס) לשם התבוננות קצרה בו, אינו הופך למחזיק בו, ותוא-הדין בקונה פוטנציאלי הלוכש בגד לשם מדידתו בחנות-בגדים, בתוך החנות.

על-פי גישה אחרת, מושג "החזקה" הוא מושג חברתי, הנקבע על-פי ההשקפה החברתית. לפי גישה זו, מיוחסים לאדם נכסים ורואים אותם כמחזיקים על-ידו, כאשר הפרעה ליכולת השליטה שלו באותם נכסים על-ידי אחר נחשבת על-פי המושגים החברתיים המקובלים לתדירה או לפלישה לתחום שהוא בבחינת "טאבו". דירת-מגורים של אדם, בית-עסק או מרחב אחר הנשלט על-ידו, הבגדים שעל גופו, דברים שהוא נושא עמו (תיק, ארנק), הם תחומי טאבו כאלה, ולכן גם תחומים של החזקה. גישה זו אינה רק גישה סוציולוגית. היא מבטאת גם תפישה חוקתית, שכן היא קשורה בזכות לפרטיות במובן הרחב של המושג וגבולותיה נקבעים לפי היקף המרחב הנחוץ לפרט לפתח את אישיותו ולממש את עצמו ללא הפרעה ובאין מחריד. מרחב זה מוגן, ככלל, מפני רשויות-המדינה (ניתן לתדור אליו רק בהתקיים טעם טוב לכך, המעוגן בחוק) ומפני אחרים. היכולת של הפרט למימוש עצמי מותנית גם בקיום תחומי שליטה בלתי-מופרעת על נכסים.

בעלי גישה זו רואים בשליטה המעשית של אדם בנכס אחד הקריטריונים הנבדקים, בצד קריטריונים אחרים, כדי לקבוע אם מתקיים תחום "טאבו" או תחום של החזקה. ההכרעה במקרים של התנגשות תחומים שונים של החזקה נעשית לפי הגישה החברתית הרווחת. לפי גישה זו, שומר האדם על מרחב הטאבו של גופו, גם כאשר הוא מצוי במרחב שליטה של אחר — בדירתו או בבית-העסק שלו. אדם הנוטל חפץ בדירתו של אחר ומכניסו לכיסו, הופך להיות מחזיק בו. דומה כי על-פי שתי הגישות, יש לאדם, ככלל, החזקה בנכסים המצויים בתחום או במרחב הנתון לשליטתו. מכאן האפשרות לראות ב"צים" כמחזיקה של הטובין שנלקחו על-ידי המערער בפרשת גריה, כל עוד היו הטובין על האוגייה מכוח שליטתה באוגייה כולה, על כל אשר בה ואשר איננו בתחום הטאבו הפרטי של המפליגים עליה. אם היתה נערכת ביקורת מטעם החברה ובמהלך הביקורת היתה מתגלה הסחורה שהוצאה מן המכולה, האם הפעלת שליטה עליה מטעם נציגי החברה היתה בבחינת פלישה לתחום שהוא "טאבו"? האם האפשרות לראות את הגניבה כמושלמת רק עם הורדת הפריטים מן האוגייה, שגם פרופ' פלך

אינו מתכחש לה, איננה הכרה בקיום החזקה של חברת "צים" בפריטים, גם אחרי שהוצאו מן המכולה הוסתרו?

אשר למהות הנטילה — אנו מציעים לאמץ, בעקבות המשפט הגרמני, את המשמעות הבאה למושג הנטילה: שבירת ההחזקה של המחזיק המקורי ויסוד החזקה על-ידי העושה. לרוב, מושגים שני השינויים האמורים על-ידי מעשה אחד. אולם לעתים אין הדבר כן. לא כל שבירה של החזקה כרוכה בהכרח בהיווצרות החזקה חדשה. כאשר העושה גורם להוצאת נכס מתחום שליטה של המחזיק המקורי — למשל, על-ידי כך שהוא משליך אותו אל מחוץ לתחום החצרים שבו הוא מצוי או גורם לבעל-חיים לצאת מתחום החצרים של המחזיק בו — נדרשת בנוסף פעולה של השתלטות מצדו על הנכס, כדי שיתקיים גם היסוד של יסוד ההחזקה החדשה. ביטוי אחר לכך ניתן למצוא בנטילה של חפצים גדולים וכבדים, שבהם תידרש הבאתם לתחום של הנוטל, למשל: למכוניתו. את השינוי האמור במצב ההחזקה ניתן לתאר תוך הזיקקות להגדרת החזקה: העושה נטל נכס כאשר הוא יכול להפעיל את רצון הפעולה שלו על הנכס באופן בלתי-אמצעי, מבלי שיעמדו מכשולים בדרכו, כלומר: ללא מניעה או הפרעה מטעם המחזיק המקורי, ואילו המחזיק המקורי יהיה מסוגל להפעיל את כוח-הרצון הבלתי-אמצעי שלו על הנכס רק לאחר שיסלק את שליטת העושה בנכס; או בטרימינולוגיה של ההשקפה החברתית על מושג "ההחזקה", כאשר הנכס הוכנס לתחום מוגן חדש (שונה מזה שבו היה מצוי לפני-כן). דווקא משום התרחבות מושג ההחזקה מעבר לשליטה בנכס במובן הצר, לא תמיד קל להכריע בשאלה האם התחולל כבר שינוי במצב ההחזקה. כך, למשל, חלוקת הדעות במשפט הגרמני בשאלות: האם הסתרה של נכס בתחום חצרים של המחזיק המקורי, כך שהמחזיק המקורי לא יכול למוצאו והמסתיר יכול בקלות להוציאו מאותו תחום מבלי שיהיה חשוף לסכנה שהדבר ימנע בעדו (כגון שהוא אורח או עובד באותו תחום) מהווה נטילה; האם נטילת נכס בתחום חצריו של אחר והכנסתו לתחומו הפרטי של הנוטל (בגדיו או תיקו) מהווה נטילה בכל הנסיבות או שמא יש להבחין בין נטילה כזו בנסיבות שבהן נתונה לעושה יציאה חופשית מאותו תחום חצרים (שאו זו נטילה) לבין נטילה בנסיבות שבהן לא מובטחת יציאה "חלקה" (קיימת אפשרות חוקית של עריכת חיפוש או שהמקום נתון לבקרה אלקטרונית); היש להבחין בין נטילה שהמחזיק המקורי אינו מבחין בה (שהיא "נטילה") לבין נטילה המובחנת על-ידי המחזיק (שאינה "נטילה") ועוד כיוצא באלה הבחנות.

ב. במקום סיכום

במקום סיכום נשוב אל עובדות פרשת גרין. קשה להשיב על השאלה מתי הושלמה פורמלית הגניבה על-ידי המערער: בעת שהוסתרו הטובין אחרי שהוצאו מן המכולה או בעת שהורדו מן האונייה אל החוף. ניתן לגרוס, כאמור, כי עד להורדת הסחורה מן האונייה לא נשברה החזקה של חברת "צים" בה, שכן לא נוצר תחום החזקה או תחום טאבו של המערער. נציגי החברה היו יכולים להפעיל על הסחורה — לאחר שהיתה מתגלה בחיפוש — את רצון הפעולה שלהם, וזאת מבלי שיהיה עליהם לסלק שליטה

זרה בסחורה. העובדה שהסחורה לא היתה במקומה המקורי איננה גורעת מהחזקתה של חברת "צים", שכן החזקתו של מחזיק החפצים המצויים במרחב הנתון לשליטתו מתקיימת גם בחפצים שאין הוא זוכר את מקום הימצאותם, שהוגחו בטעות שלא במקומם או אף שאבדו בתוככי אותו מרחב. ראינו גם כי ההחזקה מתקיימת גם כאשר נדרשים זמן ועשייה (למשל: תנועה לעבר הנכס) כדי שהמחזיק יוכל להפעיל את רצונו על הנכס. קיימת גם אפשרות אחרת שלפיה הושלמה הנטילה כבר בעת הסתרת הפריטים באונייה. אפשר שיש לכלול את חברת "צים" בין אותם גופים גדולים, כמו צבא או מדינה, ששליטתה בנכס – במובחן משליטתו של אדם פרטי בנכסיו – מותנית בהימצא אות הנכס במקומו המיועד. לכן עשויה להיחשב כשבירת החזקה בנכס גם העברת הנכס ממקומו או לפחות העברה כזו, שמשמעותה המעשית היא אובדן היכולת של המחזיק המקורי להפעיל את רצונו על הנכס (בין משום שאותו גוף אינו עורך חיפושים ובין משום שהסיכויים למציאת הנכס בחיפוש הם קלושים). לפי גישה זו, האם נשברה החזקתה של חברת "צים" בפרשת גרין? התשובה תלויה בנתונים שאינם כלולים בעובדות שהובאו בפסק. שאלה אחרת היא, האם בעצם ההסתרה נוצרה החזקה של המערער בנכס. גם כאן תלויה התשובה, כנראה, ביכולתו של המערער להוריד את הטובין אל התוף מבלי שיהיה חשוף לסכנה שהדבר יימנע בעדו. העובדה שבפועל עלה הדבר בידו איננה עדות מכרעת לכך שאלה היו פני הדברים. בחינת השאלה מחייבת מעל לכל מידע האם ערכה החברה ביקורת או נקטה אמצעים אחרים שעשויים היו למנוע את הורדת הסחורה לחוף? ואולם, וזהו עיקר רשימתנו, גם אם רואים בהסתרת הטובין על האונייה השלמה פורמלית של הגניבה, סיומה המהותי לא התרחש לפני הורדתם מן האונייה. עד הסיום המהותי, העבירה היא עדיין *en marche*, על כל ההיבטים לכוח והמשימעויות שיש לכך, ובכללן התחולה מבחינת המקום. ראיית השלב המסיים את עבירת הגניבה כעניש מביאה לתוצאה שאליה הגיע בית המשפט העליון בדרך משלו. באופן כללי, כאשר מבקשים לדעת מתי הסתיימה העבירה (ועל חשיבות השאלה עמדנו כאשר סקרנו את הנפקויות המשפטיות של ההבחנה בין השלמה פורמלית לבין סיום מהותי), מן הראוי לבחון אם העבירה נמנית – בין מבחינת הגדרתה ובין מבחינת אופן הביצוע – עם העבירות שבהן ההשלמה הפורמלית איננה גם סיום מהותי של העבירה. כאשר העבירה נמנית עם קטיגוריה זו ויש לקבוע את עיתוי סיומה, נעשית הקביעה לפי הסיום המהותי ולא לפי ההשלמה הפורמלית.