

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 7399/95

בפני:

כבוד השופט י. קדמי

כבוד השופטת ט. שטרסברג-כהן

כבוד השופטת ד. דורנר

המערערים:

1. נחשתן תעשיות מעליות בע"מ

2. אלי נעמן

3. יואב מגן

נגד

המשיבה:

1. מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים מיום 3.9.95 בת.פ. 238/94 שניתן על ידי כבוד השופט צ. כהן

תאריך הישיבה: כ' בסיוון התשנ"ז (25.6.97)

בשם המערערים: עו"ד ג. אדרת, עו"ד נ. שמחוני

בשם המשיבה: עו"ד משה הכהן

פסק – דין

השופט י. קדמי

1. **פתח דבר**

המערערים הורשעו בבית המשפט המחוזי בירושלים בעבירות שעניינן "הסכמים כובלים" כדלקמן: במסגרת האישום הראשון - הורשע כל אחד מהמערערים מס' 1 ומס' 2 בעבירה על פי הסעיפים 4 ו- 47(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח – 1988 (להלן: "החוק"); ובמסגרת האישום השני - הורשע כל אחד משלושת המערערים בעבירה לפי הסעיפים 4 ו- 47(א)(1) הנ"ל, יחד עם סעיף 32(4) לחוק העונשין.

בשל שתי העבירות שבהן הורשעה, הוטל על המערערת מס' 1 קנס בסך 250,000 ש"ח; ואילו על המערער מס' 2, הוטל בשל שתי העבירות הללו מאסר של 6 חודשים על תנאי וקנס בסך 15,000 ש"ח. על המערער מס' 3 הוטל בשל העבירה שבה הורשע קנס בסך 5,000 ש"ח. הערעור מכוון כנגד ההרשעה; ולחילופין - כנגד חומרת העונשים.

2. **העובדות**

להלן עיקרי העובדות שנקבעו על ידי בית המשפט המחוזי:

א. **האישום הראשון**

(1) בתאריך 10.10.88 נחתם ההסכם תנ"כ, הנושא את הכותרת "הסכם אי תחרות" (להלן: "ההסכם"), בין המערערת מס' 1 (נחשתן תעשיות מעליות בע"מ, להלן: "נחשתן") וחברה בשם

"הכוח מעליות" (להלן: "הכוח"). בשמה של נחושתן חתם על ההסכם המערער מס' 2, אלי נעמן (להלן: "נעמן"), ששימש מנהל סניפי נחושתן בירושלים ובתל-אביב ואחראי על מערך השירות של נחושתן בשני סניפים אלה; ובשמה של חברת הכוח חתם עליו בעל החברה ומנהלה, יוסף שאול (להלן: "שאול"). בנוסף לחתימות אלו נושא ההסכם את חותמות שתי החברות.

(2) החל מתאריך חתימתו של ההסכם - ת"א 3/ - ועד שנת 1990 לפחות, נהגו הצדדים על-פי האמור בו; ונמנעו, פרט למקרים חריגים, מתחרות ביניהן בשוק השרות למעליות.

(3) חתימת ההסכם שימשה בסיס לאישום ולהרשעה של נחושתן בעבירה של "צד להסדר כובל", לפי הסעיפים 4 ו-47(א)(1) לחוק; כאשר נעמן מורשע באותה עבירה כשותף לעבירה.

ב. האישום השני

(1) בשנים 1990-1994 פעלה באזור ירושלים חברת ג.י.מ.א. בע"מ (להלן "גימא"), שהציעה שירותי החזקה למעליות.

(2) בין גימא לבין נחושתן התפתחה תחרות עסקית; ונחושתן הציעה לגימא - באמצעות מנהלה ובעליה, מרדכי אמאר (להלן "אמאר") - לספק לה עבודות בקבלנות משנה, בתמורה להפסקת התחרות עימה. ברם, ההצעה לא התגבשה להסכם.

(3) בתחילת שנת 1994, פנתה נחושתן לאמאר, והציעה לו להסכים ל"תקופת צינון", שבמהלכה תציע לו נחושתן הצעות שונות להפסקת התחרות בין החברות. פנייתה זו של נחושתן נעשתה באמצעות המערער מס' 3, יובל מגן (להלן: "מגן"), אשר שימש כמנהל השירות בסניף נחושתן בירושלים.

(4) אמאר פנה לממונה על ההגבלים העסקיים בתלונה בקשר להצעות אלו. חוקרי הממונה הציעו לאמאר לאסוף ראיות להוכחת תלונתו; וזאת - על ידי הקלטת השיחות שבמסגרתם עולה ההצעה.

אמאר הקליט 3 שיחות שהתנהלו בחודש מרץ 1994: האחת - שיחת טלפון עם נעמן; השנייה - שיחת טלפון עם מגן; והשלישית - שיחה שנערכה בפגישה שהתקיימה במשרדו של נעמן בנוכחותו של מגן.

(5) השיחה הקובעת לעניין האישום השני היא השיחה השלישית, שהתקיימה במשרדו של נעמן בנוכחותו של מגן ואשר במסגרתה דיבר נעמן במפורש על עריכת הסדר כובל. בשיחה זו (להלן: "השיחה השלישית"), העלה נעמן בפני אמאר שתי הצעות חלופיות: האחת - דיברה במפורש בחתימה על הסדר כובל; והשנייה - דיברה ברכישת תיק חוזי השרות של אמאר על ידי נחושתן. שתי האפשרויות הושארו לשיקול דעתו של אמאר; אשר התבקש לבחון אותן ולבחור אחת מהן.

(6) בסופו של דבר, בפגישה שנערכה חמישה ימים לאחר שלוש השיחות האמורות בהשתתפות אמאר, נעמן ומנכ"ל נחושתן באותו מועד, מר עמיקם בן-צבי (להלן "עמיקם"), דחה האחרון מכל וכל את האפשרות שהעלה אמאר בדבר חתימת הסדר כובל; והעלה הצעה אחת בלבד כעומדת על הפרק והיא: רכישת תיק השרות של גימא.

(7) על אף עמדתו האמורה של עמיקם, מצא בית המשפט בעמדה שהציגו נעמן ומגן בפני אמאר בשיחות המוקלטות - ובמיוחד בשיחה השלישית - מאמץ של "ניסיון" מצד נחושתן, באמצעותם של נעמן ומגן, להגיע לכלל הסדר כובל עם אמאר; כאשר, שניהם - נעמן ומגן - נושאים באחריות אישית ל"ניסיון" זה כשותפים לעבירה.

3. הדיון בביהמ"ש המחוזי

להלן, בתמצית, עיקריה של הכרעת הדין:

א. האישום הראשון

(1) בית המשפט קבע, כי בעצם חתימתו של הסכם בדבר "הסדר כובל" ללא קבלת "אישור" - כאמור בסעיף 4 לחוק - יש משום עבירה על פי הסעיפים 4 ו-47(א)(1) לחוק; וזאת - משום שבכך מופר האיסור הקבוע בסעיף 4 הנ"ל. לשיטתו של בית המשפט, ביצועה של העבירה לפי סעיף 4 לחוק אינו מותנה במימושו של הסדר כובל בפועל, כפי שטען בא-כוח המערערים; וזאת - משום שמיושם ההסדר אינו נמנה בין יסודות העבירה לפי הסעיף האמור. מימוש ההסדר - מהווה אך ראייה לקיומו של ההסכם; אך אינו מהווה תנאי לשכלולה של העבירה לפי סעיף 4 לחוק. עם זאת, בנוסף ולמעלה מן הדרוש להרשעה, קבע בית המשפט, כי ההסכם שנחתם בין שאול לבין נחשתן, קיים למעשה בין השנים 1988-1990 לפחות; וזאת בכפוף לחריגות מזדמנות, מצידו של שאול.

(2) הוכחה לכך, שההסכם ת3/ היה הסכם מחייב ולא "טיוטה" בלבד - כפי שטען בא-כוח המערערים - מצא בית המשפט בגורמים הבאים: ראשית - בכך שההסכם נושא את הכותרת "הסכם אי תחרות", מבלי לציין כי מדובר בו ב"טיוטה" בלבד, ומצויות עליו חותמות של התאגידים המתקשרים לצד ובנוסף לחתימות נציגיהם; שנית - בדברים שאמר נעמן לאמאר בשיחה שנערכה ביניהם בשנת 1994, לפיהם קיים "הסכם" אי תחרות בין נחשתן לבין שאול.

(3) לעניין היותה של נחשתן - כתאגיד - "צד" להסכם ת3/ מכוח חתימתו על ידי נעמן בשמה, קבע בית המשפט, כי מעורבותו האישית של מנכ"ל נחשתן דאז, יורם אופז, במשא ומתן שהתקיים בין נעמן לבין שאול, מסירה כל ספק שנעמן חתם על ההסכם כאורגן של נחשתן וחתימתו עליו הינה חתימתה.

ב. האישום השני

(1) את ההרשעה באישום זה - המדבר ב**ניסיון** מצד שלושת המערערים להגיע להסדר כובל בין נחשתן לבין אמאר - ביסס בית המשפט על תוכן של שלוש השיחות שהקליט אמאר (להלן: "השיחות המוקלטות").

(2) אחריותה של נחשתן - כתאגיד - לניסיון, נעוצה בכך שנעמן ומגן פעלו בהקשר זה כאורגנים שלה; כאשר אחריותם של נעמן ומגן הינה אחריות שותפים (כמבצעים בצוותא).

4. הטענות בערעור: האישום הראשון

ב"כ המערערים העלו שורה של טענות כנגד ההרשעה באישום הראשון; ולהלן, בתמצית, הטענות המרכזיות שעל פיהן יחתך גורל הערעור:

א. מימוש ההסכם - תנאי להרשעה

הטענה העניינית של בא-כוח המערערים כנגד ההרשעה באישום הראשון היא: כי בין יסודותיה של העבירה לפי סעיף 4 לחוק נמנה גם מימושו של ההסכם בפועל; ואין די בעצם שכלולו של ההסכם כדי לבסס הרשעה.

עמדה זו מבסס בא-כוח המערערים כדלקמן:

(1) בעת חתימת ההסכם היה בתוקף חוק ההגבלים העסקיים תשי"ט – 1959 (להלן, בהקשר זה: "החוק הישן"). העבירה של הסכם כובל - נושא האישום הראשון - מוגדרת בסעיף 40 לחוק זה; ועל פי הגדרתה היא משתכללת רק עם עשיית דבר בפועל על פי ההסכם - קרי: רק לאחר מימושו - ואין די לעניין זה בעצם חתימתו.

(2) חוק ההגבלים העסקיים תשמ"ח – 1988 (להלן, בהקשר זה: "החוק החדש"), נכנס לתוקף רק לאחר חתימת ההסכם - בתאריך 26.10.88 - ועל כן אינו רלוונטי לעניין ההרשעה. ברם, גם אם תיבחן התנהגותם של נחשתן ונעמן על פי החוק החדש, נגיע לאותה תוצאה משום שהחוק החדש לא התיימר לסטות מן החוק הישן. פרשנות מילולית של סעיף 4 לחוק החדש, לפיה שונו יסודות העבירה על ידי החוק החדש, באופן שלא נדרש מימוש ההסכם כתנאי להרשעה, אינה פרשנות ראויה; וזאת - משום שיש בה כדי להפחית אנשים מיד עם החתימה על ההסכם, כאשר החוק מאפשר להם לפנות אל הממונה ולקבל את אישורו להסכם בדיעבד.

(3) לשיטתו של ב"כ המערערים, משלא הוכחה עשיית מעשה של מימוש ההסכם לאחר ה- 13.3.89 - בהתחשב בכך שכל מעשה שקדם למועד זה כמפורט להלן התיישן - לא היה מקום להרשעה בעבירה לפי האישום הראשון.

ב. התיישנות

(1) לפי קביעתו של בית המשפט השתכללה העבירה נשוא אישום זה, בעת חתימת ההסכם. בין מועד החתימה (10.10.88) לבין מועד הפתיחה בחקירה (13.3.94), חלפו למעלה מ- 5 שנים, שהיא התקופה הקבועה בחוק כתקופת ההתיישנות לעבירה מסוג עוון; והעבירה הנדונה כאן הינה מסוג זה.

טענה זו מבססים ב"כ של המערערים על קביעתו של בית המשפט קמא, לפיה: "מי שהוא צד להסדר כובל שלא מתוך כוונה להכשיר אותו כחוק, השלים בכך את העבירה, אפילו הלכה למעשה לא פעל צד מן הצדדים על-פי ההסדר" (ההדגשה שלי - י.ק.). מקביעה זו לומד ב"כ המערערים, כי המדובר בעבירה המשתכללת ומסתיימת עם חתימתו של הסכם בדבר "הסדר כובל"; ועל כן מתחיל מרוץ התיישנותה ממועד החתימה.

(2) יחד עם זאת, מבהיר ב"כ המערערים, כי גם אם תתקבל טענתם שהעבירה אינה משתכללת על ידי עצם חתימת ההסכם, אלא במקום שנעשה מעשה למימוש - חלפה תקופת ההתיישנות; וזאת - משום שלא הוכח שנעשה מעשה של מימוש ההסכם אחרי ה- 13.3.89 וממועד זה ועד לפתיחה בחקירה חלפו חמש שנים.

ג. נחשתן אינה "צד" להסכם ונעמן אינו אחראי לו

(1) ההסכם ת/3, שנחתם בין נעמן לבין שאול, אינו מחייב את נחשתן, משום שנעמן לא היה מוסמך להתקשר מטעמה בהסכם מסוג זה. נעמן היה מוסמך לחתום על חוזים בנושאי שירות מעליות בלבד; ואף זאת רק בצרף חתימה נוספת, שאינה קיימת בהסכם נושא האישום הראשון.

(2) ומכל מקום, גם אם מחייב ההסכם את נחשתן בשל כך שהושג על רקע מעורבותו של המנכ"ל דאז, אופז, אין מקום להרשעתו של נעמן באישום זה; וזאת - משום שאין הוא בא בגדרו של סעיף 44 לחוק הישן, הקובע אחריות מנהלים.

ד. ההסכם אינו חוזה מחייב

לגישתם של ב"כ המערערים שגה בית המשפט בקבעו, כי הוכח שההסכם ת/3 שוכלל כדי חוזה מחייב. בהקשר זה, העלו הסנגורים שורה של טענות בדבר קבילותו ומשקלן של הראיות העומדות בבסיס קביעתו של בית המשפט בעניין זה.

הראיות שעליהן סמך בית המשפט את קביעתו בעניין זה הן: זיכרון דברים של שיחה שהתקיימה בין החוקר שטרית לבין שאול (להלן "ת/5"); הודעתו של שאול ת/14 ו"התוודותו" של

נעמן בפני אמאר, לפיה יש לו הסכם תקף עם שאול (להלן "11/11"); ולצידם - הקביעה כי גירסתו של נעמן בבית המשפט, לפיה לא היה ההסכם בעל תוקף, הינה עדות כבושה וחסרת משקל. לשיטתם של ב"כ המערערים, אין בראיות האמורות - לרבות בדחיית עדותו של נעמן בעניין זה כנטולת משקל - כדי לבסס את הקביעה שההסכם ת3/ היה לחוזה מחייב.

ה. אישור ההסכם

בהמשך לטענה כי העבירה לפי סעיף 4 לחוק מצריכה מימושו של ההסכם כמפורט לעיל, טוען ב"כ המערערים, כי תנאי לשכלולה של העבירה נושא האישום הראשון הוא שהצדדים להסכם לא התכוונו, בעת החתימה, להביא את ההסכם בפני הרשות לאישור; שהרי אם התכוונו לעשות כן, יש להניח שהיו פועלים על פי החלטתה של הרשות המאשרת.

בית המשפט קבע, כי הוכח שהצדדים להסכם לא התכוונו להביאו לאישור של הממונה ובכך שגה; וזאת - משום שאין לקביעה זו, לשיטתו של ב"כ המערערים, בסיס בחומר הראיות. השמטת הבסיס מתחת לקביעה זו, משמיטה - לשיטתו של ב"כ המערערים - את הבסיס מתחת להרשעה לפי האישום הראשון.

ו. קיום ההסכם בפועל: הוכחתו

לטעמו של ב"כ המערערים, בית המשפט לא בחן כראוי את השאלה - אשר נראתה בעיניו "מעבר לנדרש להרשעה" - אם ההסכם קיים הלכה למעשה באיזה זמן שהוא; ובעיקר - האם קיים כך לאחר חודש מרץ 1989, שאז נפתחה תקופת ההתיישנות. לשיטת ההגנה, קביעה מפורשת ומבוססת כדבעי, כי ההסכם קיים בפועל לאחר המועד הנ"ל - לאמור: לפני חלוף תקופת ההתיישנות - הינה תנאי מוקדם להרשעה באישום הראשון; ובהעדר קביעה כזו - נשטת הבסיס מתחת להרשעה לפי האישום הראשון.

5. הטענות בערעור: האישום השני

א. אמאר "סוכן מדיח" - פטור מחמת הדחה

טענת ב"כ המערערים בעניין זה היא, כי אמאר הוא זה שהניע את המערערים להציע "הסכם כובל" להסדרת התחרות ביניהם; ובהתחשב בכך שאמאר שימש "סוכן מדיח" מטעמה של מחלקת החקירות של הרשות להגבלים עסקיים - אין המערערים נושאים באחריות פלילית להצעה האמורה. על פי עמדת הסנגורים, הגיעה העת לאמץ אצלנו את כלל "המלכוד" הנוהג בארצות הברית, לפיו אין אדם נושא באחריות פלילית לעבירה, אם זו בוצעה על ידו מכוח שידול של "סוכן מדיח" מטעם הרשות.

ב. ההתנהגות המיוחסת למערערים: "הכנה" ולא "ניסיון"

לשיטתו של ב"כ המערערים, חילופי הדברים שהיו בין נעמן ומגן לבין אמאר, כפי שהם משתקפים בשיחות המפלילות, לא הגיעו כדי "ניסיון" מצידם לעריכת הסדר כובל; וניתן לראות בהם, לכל היותר, מעשה של "הכנה".

בסיס לעמדה זו, מוצאים ב"כ המערערים בדבריו של מנכ"ל נחושטן - עמיקם - בפגישה האחרונה עם אמאר, שהתקיימה בתאריך 20.3.97. כזכור עמיקם הבהיר בהזדמנות זו, כי עומדת על הפרק אך ורק האפשרות של רכישת תיק השרות של אמאר; וכל ניסיונותיו של אמאר להעלות לצידה של האפשרות האמורה גם אופציה של עריכת הסדר כובל עם נחושטן - כפי שהציע נעמן בשיחות הקודמות - נדחו על ידי עמיקם מכל וכל.

במצב דברים זה, לא ניתן - לדעת ב"כ המערערים - לראות בהעלאת האפשרות של עריכת הסדר כובל מצידו של נעמן במסגרת השיחות שקדמו לפגישה עם עמיקם, משום "ניסיון" לעבור

עבירה של הסדר כובל. העלאת האפשרות האמורה לצידה של אפשרות אחרת לא הייתה יותר מאשר הצעה בלתי מחייבת כחומר למחשבה, למציאת דרך להסדרת היחסים בין שתי החברות; ובתור שכזו, ניתן לראות בהעלאת האפשרות האמורה מעשה של "הכנה" בלבד.

ג. פטור מעבירת הניסיון, עקב חרטה

לצד האמור לעיל, טוענים ב"כ המערערים, כי גם אם יקבע שיש בדבריהם של נעמן ומגן בשיחות המוקלטות עם אמאר, משום "ניסיון" להניעו לחתום הסכם כובל עם נחשתן, הרי שדבריו של עמיקם ביום 20.3.94 מבטאים "חרטה" כמשמעותה בסעיף 28 לחוק העונשין; וזו, כידוע, פוטרת מאחריות לעבירת ניסיון במקום שהניסיון לא התגבש לעבירה מושלמת.

לדעת ב"כ המערערים, פירושה הראוי של "חרטה" בהקשר זה, אינו מחייב חרטה "מוסרית" דווקא; ואין חשיבות, על כן, מה הם המניעים העומדים בבסיס החרטה ובלבד שהייתה כזו.

ד. אחריותה של נחשתן כתאגיד למעשה הניסיון

ויהיו הדברים כאשר יהיו, לשיטתם של ב"כ המערערים, גם אם עברו נעמן ומגן עבירות של ניסיון לשכלל הסדר כובל עם אמאר כאמור באישום השני, אין לייחס עבירה זו לנחשתן. המנכ"ל של נחשתן, עמיקם, הבהיר בפגישה מיום 20.3.94, כי אינו מוכן לדון כלל בהסדר כובל; וזאת - על אף ניסיונות חוזרים ונשנים מצידו של אמאר להעלות אפשרות זו. תאגיד מבצע עבירה באמצעות אורגן שלו; ולא יהיה זה ראוי לחייב תאגיד באחריות פלילית ל"ניסיון" לעבור עבירה שנעשה על ידי אורגן שלו, במקום שאורגן בכיר יותר שלל את ביצוע העבירה המושלמת מכל וכל - ו"ביטל" בדרך זו את ה"ניסיון" - ברגע שהעניין בא לידיעתו.

עמדתו של האורגן הבכיר יותר, שוללת כל אפשרות של קידום ה"ניסיון" לקראת השלמת ביצועה של העבירה; והרשעת התאגיד בניסיון, שמלכתחילה אין כל סיכוי לשכלולו לעבירה המושלמת, הינה סרת טעם לפחות.

ה. אחריותו של מגן מכוח תפקידו

אחריותו של מגן לעבירת הניסיון שבאישום השני, נעוצה, אליבא דסניגור, בהוראותיו של סעיף 48 לחוק. סעיף זה קובע כי במקום שתאגיד עובר עבירה לפי החוק, ישא באחריות לביצועה גם "מנהל פעיל, שותף - למעט שותף מוגבל - ועובד מינהלי בכיר האחראי לאותו תחום". לטענת ב"כ המערערים, מגן אינו בא בגדר אף אחד מאלה; ודי בכך כדי להשמיט את הבסיס מתחת להרשעתו מכוח הסעיף האמור.

6. ההכרעה בערעור: האיסור להיות "צד להסדר כובל"

א. הערת פתיחה: החוק החל

ימים ספורים לאחר חתימת ההסכם ת3/ בדבר ההסדר הכובל נושא האישום הראשון, הוחלף חוק ההגבלים העסקיים, התשי"ט – 1959 (להלן בפסקה זו: "החוק הישן") בחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988 (להלן, בפסקה זו: "החוק החדש").

האישום הראשון בכתב האישום מייחס למערערים מס' 1 (נחשתן) ומס' 2 (נעמן) את הפרת האיסור להיות "צד להסדר כובל" לפי סעיף 4 לחוק החדש; ואילו האישום השני מייחס לכל אחד משלושת המערערים - ניסיון לעבור עבירה של "צד להסדר כובל" לפי סעיף 4 הנ"ל.

החוק הישן קבע איסור להיות "צד להסדר כובל" בסעיף 40 שבו. ההסכם ת3/, העומד בבסיס ההרשעה באישום הראשון, נחתם שעה שהיה עדיין בתוקף החוק הישן; ולכאורה, האישום הראשון צריך היה להתייחס להפרת הוראותיו של החוק הישן. ברם, לשיטת התביעה - העומדת

בבסיס האישום - העבירה הקובעת את האיסור "להיות צד להסדר כובל" על פי סעיף 4 לחוק החדש, הינה "עבירת סטטוס" נמשכת; ופרט האישום הראשון, מתייחס להפרת האיסור בתקופה שלאחר כניסתו לתוקף של החוק החדש.

פרט האישום השני - מדבר בהתרחשויות שאירעו לאחר כניסתו לתוקף של החוק החדש; ובקשר אליו לא מתעוררת כלל שאלת התחולה של החוק הישן.

במצב דברים זה, נבחנה אחריותם של המערערים לעבירות שבשני האישומים על פי הוראות החוק החדש; כאשר שהוראות החוק הישן משמשות רקע לפרשנות הוראותיו של החוק החדש.

ב. העבירה לפי סעיף 4 לחוק החדש: יסודותיה

האיסור נושא העבירה בשני האישומים קבוע בסעיף 4 לחוק החדש, וזו לשונו, ככל שהדבר דרוש לענייננו:

"לא יהיה אדם צד להסדר כובל, כולו או מקצתו, אלא אם כן

קיבל מאת ביה"ד אישור ... או היתר זמני ... או פטור ...".

למושג "הסדר כובל" מצויה הגדרה בסעיף 2 לחוק החדש; ואילו העונש למורשע בעבירה לפי סעיף 4 הנ"ל, קבוע בסעיף 47(א)(1) לחוק החדש.

על פי לשונו - הפשוטה - קובע סעיף 4 האמור איסור "להיות צד" להסדר כובל; ופשיטא, שצד להסכם הקובע "הסדר כובל", הופך להיות "צד" להסדר הכובל נושא ההסכם.

במקרה דנן, לא יכולה להיות מחלוקת על כך, שההסכם ת3/ קובע "הסדר כובל", כמשמעותו בסעיף 2 לחוק החדש. מכאן, שלכאורה לפחות: נחושתן, החתומה על ההסכם, מהווה "צד" להסדר כובל; כאשר נעמן, שחתם מטעמה של נחושתן על ההסכם, נושא באחריות פלילית לכך מכוח הוראות סעיף 48 לחוק, הקובע אחריות "מנהלים".

טענת ב"כ המערערים היא, כי אין די בחתימת הסכם בדבר הסדר כובל כדי להביא להרשעה בעבירה לפי סעיף 4 הנ"ל; ועל התביעה להוכיח כי ההסדר הכובל יושם הלכה למעשה. ב"כ המערערים ערים לכך, כי לשונו של סעיף 4 אינה כוללת דרישה של "עשיית מעשה יישום" כאמור. ברם, טענתם היא, כי סעיף 4 לחוק החדש החליף את סעיף 40 לחוק הישן, מבלי שהייתה כוונה לסטות מהוראותיו של האחרון; והואיל והעבירה לפי סעיף 40 הנ"ל, לא השתכללה, אלא אם נעשה מעשה של יישום ההסדר הכובל - כך צריך להיות הדין גם לעניין שכלולה של עבירה לפי סעיף 4 לחוק החדש.

עמדה זו מבססת ב"כ המערערים על לשונו של סעיף 40 לחוק הישן, לפיו:

"אדם שהוא צד להסדר כובל לא יעשה דבר שהסכים לעשותו על פי אותו הסדר ... כל

עוד לא ניתנה החלטת המועצה שלא לאסור את המעשה ...".

לשיטת ב"כ המערערים, על פי חוק הישן, הבחין המחוקק בין "איסור יישום" של הסדר כובל לבין עצם "השגתו" של הסכם בדבר הסדר כזה. לשיטה זו: עבירת "היישום" - קבועה בסעיף 40 לחוק הישן; בעוד שעבירת "ההסכם" - קבועה בסעיף 18 שבו.

החוק החדש - לגישתו של ב"כ המערערים - לא בא לשנות את החוק הישן בהקשר זה: סעיף 4 החדש - מחליף את סעיף 40 הישן, וסעיף 7 החדש - מחליף את סעיף 18 הישן; כאשר הסעיפים החדשים, שומרים על משמעותם של הסעיפים שקדמו להם.

גישה זו אינה מקובלת עלי. הסעיפים 4 ו-7 לחוק החדש נוקטים לשון שונה מזו של הסעיפים 40 ו-18 לחוק הישן; ויש לפרש את הוראותיהם של הסעיפים החדשים, בראש ובראשונה, על פי לשונם.

לשונו של סעיף 4 החדש - והוא הסעיף הנדון כאן - מבטאת הוראה אחרת מזו שבאה לכלל ביטוי בשעתו בסעיף 40 הישן; וגם לשונו של סעיף 7 החדש אינה חוזרת על לשונו של סעיף 18 הישן.

סעיף 4 החדש קובע איסור "להיות צד להסדר כובל", מבלי להוסיף דרישה לעשיית מעשה ליישומו של ההסדר הכובל; להבדיל מסעיף 40 הישן, שקבע דרישה מפורשת - בלשון הסעיף - של "עשיית מעשה" על פי ההסדר הכובל.

אכן, גם בחוק החדש קיימת זיקה בין סעיף 4 לבין סעיף 7 שבו. ברם, לשיטתי, זיקה זו שונה מזו שהייתה קיימת בשעתו בין הסעיפים 40 ו-18 לחוק הישן. סעיף 4 לחוק החדש קובע איסור "להיות צד להסדר כובל", אלא אם כן - וזו, לשיטתי, טענת הגנה - ניתן לכך היתר (קרי: "אישור", "היתר זמני" או "פטור" כאמור בגוף הסעיף), על פי ההליכים הקבועים בסימן ג' לחוק החדש, שסעיף 7 החדש פותח אותו. מי שמבקש, אפוא, שלא להיכשל בהפרת האיסור הקבוע בסעיף 4 לחוק החדש, צריך לדאוג להשגת "היתר" - במשמעות הנ"ל - בהתאם להוראותיו של סעיף 7 לחוק זה, לפני היותו "צד להסדר כובל".

על מנת להיות "צד" להסדר כובל, די, לשיטתי, בעצם שכלולו של הסכם המבטא "הסדר כובל"; ואין צורך בעשיית מעשה ליישומו של ההסדר הכובל. טענת ב"כ המערערים, שפרשנות זו יוצרת מצב שבו הפנייה לבקשת "היתר" - במשמעות הנ"ל - להסדר כובל, נעשית לאחר שנעברה עבירה לפי סעיף 4 החדש, הינה חסרת בסיס. בהתאם להוראות סעיף 7 לחוק החדש "המבקש לעשות הסדר כובל" פונה לרשות ומבקש אישור להסדר הכובל המיועד, לפני שהסדר זה הופך להסדר מחייב. לכן מדבר סעיף 4 לחוק החדש, במי שהוא כבר "צד" להסדר הכובל; ואילו סעיף 7 החדש מדבר במי ש"מבקש לעשות הסדר כובל".

הינה כי כן, לענייננו, שינה החוק החדש את האיסור: אדם עובר עבירה לפי סעיף 4 שבו, על ידי עצם "היותו לצד להסדר כובל"; ומי שמבקש ל"הכשיר" את ההסדר ולא להיכשל בעבירה כאמור, יביא את ההסדר הכובל "המיועד" בפני הרשות לפני שכלולו להסדר מחייב, וינהג על פי החלטתה.

ולבסוף לא למיותר יהיה להעיר: כי קביעתו של בית המשפט המחוזי כי ההסדר הכובל - שעליו הוסכם ב-ת3/ - יושם הלכה למעשה, אינה צריכה להרשעה; אך יחד עם זאת יש בה - כפי שציין בית המשפט - משום ראייה המסלקת כל ספק בדבר תוקפו המחייב של ההסדר הכובל.

ג. האיסור להיות "צד" - אחריותו של נעמן

כפי שיפורט להלן, בא-כוח המערערים מבקש להפריד בין אחריותה של נחושתן להפרת האיסור "להיות צד להסדר כובל", לבין אחריותו האישית של נעמן להפרתו של אותו איסור; כאשר לשיטתו - הואיל ורק נחושתן הייתה ל"צד" להסדר הכובל הגלום בהסכם ת3/, לא ניתן להרשיע את נעמן בעבירה זו.

עמדה זו אינה מקובלת עלי. כפי שיובהר בהמשך, לשיטתי, נעמן נושא באחריות אישית להתנהגותו כאורגן של נחושתן, על אף העובדה שבסופו של דבר לא הוא אלא נחושתן הופכת לצד להסדר כובל. "תורת האורגנים", המסדירה אצלנו, מכוח ההלכה הפסוקה - ראה: ע"פ 3027/90, מה(4) 366 (פרשת מודיעים) - את אחריותם של תאגידים, מכתיבה באותה עת את אחריותם

האישית של האורגנים לביצועה של אותה עבירה, שבמעשיהם עבר אותה התאגיד; שהדעת אינה סובלת, ש"האדם" שביצע בפועל את מעשה העבירה ימצא פטור מאחריות למעשה, רק בשל כך שהמעשה נעשה תחת ה"כותרת" של התאגיד. אורגן של תאגיד, כמו כל בן אנוש, אחראי למעשיו בפלילים, גם כאשר הוא פועל כ"אדם-תאגיד"; וכפי שיובהר בהמשך, כך הם פני הדברים לא רק כאשר עשיית המעשה על ידו עונה על כל יסודות העבירה, אלא גם - כבמקרה דנא - כאשר שכלול העבירה מותנה ב"מעורבות-רקע" בעלת אופי פורמאלי של התאגיד. במקרה שבפנינו "מעורבות-הרקע" האמורה באה לכלל ביטוי בכך שנחושטן - ולא נעמן - הופכת "צד להסדר כובל". "מעורבות" זו, אינה נוטלת כהוא זה מפליליות התנהגותו של נעמן ואין בכוחה להשמיט את הבסיס מתחת להרשעתו באותה עבירה שבה חייבת נחושטן מכוחה של אותה התנהגות גופה. ה"כותרת" נחושטן היא בעת ובעונה אחת גם הכותרת "נעמן", ככל שמדובר באחריות הפלילית למעשהו של נעמן כאורגן של נחושטן. לנעמן ולנחושטן שתי פנים; ואין האחת מכסה על רעותה.

ד. העבירה לפי סעיף 4 לחוק החדש: התיישנות

כאמור, עמדת המדינה היא, כי על פי לשונה, מהווה העבירה הקבועה בסעיף 4 לחוק החדש עבירת "סטטוס"; והיא "נמשכת" כל עוד ה"סטטוס" עומד בעינו. עמדה זו מקובלת עלי. אפיה זה של העבירה האמורה, משמיט את הבסיס מתחת לטענת ההתיישנות שהעלו ב"כ המערערים. בבסיס הטענה האמורה עמדה ההנחה: שהעבירה טומנת בחובה יסוד של עשיית מעשה ליישום ההסדר הכובל; ושמיים עשיית המעשה האחרון חלפה תקופת ההתיישנות. ברם, משנקבע כי הגדרת העבירה אינה דורשת עשיית מעשה של הסדר כובל ודי לעניינה בעצם היותו של הנאשם "צד" להסדר כובל, אין נפקות לעשיית מעשה של הסדר כובל ולמועד עשייתו.

במצב דברים זה, נחושטן הייתה "צד להסדר כובל" מאז כניסתו לתוקף של החוק החדש, מכוח ההסכם ת3/. מעמדה זה "נמשך" עד לחשיפת ההסדר ובטלות ההסכם ליישומו; כאשר נעמן נושא באחריות לכך מכוח סעיף 48 לחוק. דין טענת ההתיישנות שהעלה בא-כוח המערערים, בהקשר זה, להידחות.

7. ההכרעה בערעור: אישום ראשון - אחריותה של נחושטן מכוח ההסכם ת3/

א. חתימת נעמן ללא סמכות

לשיטתו של ב"כ המערערים, ההסכם ת3/ - הקובע את ההסדר הכובל - אינו מחייב את נחושטן; וזאת - משום שנעמן, שחתם על ההסכם כאורגן של נחושטן, לא היה מוסמך לעשות כן. את טענתו בהקשר זה סומך ב"כ המערערים על הוראותיו של סעיף 105(א) לפקודת החברות; ועמדתו היא כי עקרון החרیגה מהרשאה הגלום בסעיף הנ"ל חל גם לעניין אחריותה הפלילית של החברה, ואינו מצומצם לדיני החיובים בלבד. (ראה: פרופ' יוסף גרוס/חרیגה מהרשאה לאור סעיפים 105-106 לפקודת החברות (נ"ח) תשמ"ג - 1983, עיוני משפט י"א, 281). עמדה זו של ב"כ המערערים אינה מקובלת עלי. אחריותה של נחושטן לעבירות שבהן הורשעה, הינה אחריות פלילית "אישית" של תאגיד ולא אחריות פלילית "שילוחית" שלו למעשי מנהליו; והיא נעוצה בתורת האורגנים, המזהה את האורגן עם התאגיד ורואה את מעשיו כמעשי התאגיד. לעניין זה האורגן הוא "אדם-תאגיד" לאמור: מעשיו ומחשבותיו הן לא רק שלו כבן אנוש אלא גם של התאגיד שאת כסותו הוא לובש.

להבחנה בין האחריות "האישית" של התאגיד לבין אחריות "שילוחית" שלו ראה ע"פ 3027/90, חברת מודיעים, בינוי ופיתוח בע"מ (פ"ד מה(4)366), שם נאמר, בין היתר:

"התאגיד אחראי לפעולה האקטיבית וליסוד הנפשי שנתגבשו אצל האורגן, למרות שבאותן נסיבות עצמן יתכן שהתאגיד אינו אחראי אחריות פלילית שילוחית לעבירה שבוצעה על ידי עובד או שלוח. הטעם להבחנה זו נעוץ באופיו המיוחד של האורגן. הוא אינו אך עובד או שלוח. הוא אדם אשר בגין מעמדו או מהות פעולותיו, הדין מתייחס אל פעולתו כאל פעולת התאגיד עצמו". (עמ' 381).

הגבלת אחריותו האישית של התאגיד למעשים שעושה האורגן שלו בגדר סמכויותו בלבד, נוטלת מתורת האורגנים את נשמת אפה; וזאת - משום שהיא מציבה את האורגן בין "שלוחי התאגיד", כאשר על פי תורת האורגנים האורגן והתאגיד חד הם לעניין אחריותו הפלילית של האחרון.

אכן, לאורגן יישות כפולה: האחת - יישות הפרטית שלו; והשנייה - יישותו כתאגיד. ברם, איש לא טען כי במקרה דנא פעל נעמן כ"אדם פרטי" להבדיל מ"אדם-תאגיד". השאלה היחידה הטעונה הכרעה בהקשר זה היא: האם נעמן נמנה בין האורגנים של נחושתן; ודומה שעל כך לא יכולה להיות מחלוקת, בהתחשב בתפקידו ובמעמדו של נעמן בהירארכיה הארגונית שלה.

כפי שנאמר בע"פ 3027/90 הנ"ל (בעמ' 386):

"... חוג האנשים המהווים אורגן לעניין האחריות הפלילית האישית של התאגיד מוגדר מבחינה ארגונית ופונקציונאלית גם יחד, כלומר, כל אלה שעל פי הדין, על פי מסמכי התאגיד או על פי כל מקור נורמטיבי אחר, מן הראוי הוא לראות בפעולותיהם את פעולות החברה".

הגדרה רחבה ומקיפה זו של "אורגן" - לעניין אחריות פלילית אישית של תאגיד מכוח תורת האורגנים - בודאי תופסת לגבי נעמן, שהיה מנהל סניפי תל-אביב וירושלים של נחושתן ואחראי לתחום השירות באזורים אלה.

ב. ההסכם ת3/ - טיוטה גרידא

טענה זו של בא כוח המערערים נעוצה בכך שלשיטתם ההסכם ת3/ אינו אלא "טיוטת הסכם" שלא השתכללה להסכם מחייב; ומכאן - שהמערערים לא היו "צד" להסדר כובל, כאמור באישום הראשון.

בית המשפט המחוזי דחה טענה זו, בהסתמך על הגורמים הראייתיים הבאים: ראשית - אין על גבי ההסכם ת3/ סימן כלשהו להיותו "טיוטה", והוא חתום על ידי ה"אורגנים" של התאגידים הצדדים לו, כשלצד חתימתו של כל אחד מהם מוטבעת חותמתו של התאגיד; ושנית - עובדת היותו הסכם מאושר להבדיל מטיוטה לאישור מתחייבת מאמרותיהם של נעמן ומגן שהוקלטו מפיהם על ידי אמאר, בהן אמרו כי בין נחושתן לבין שאול קיים ופועל הסדר כובל. עמדה זו של בית המשפט המחוזי בדין יסודה ואנוכי מצטרף אליה.

8. ההכרעה בערעור: אישום ראשון ושני - אחריות אישית של נעמן

שתי השגות מתחייבות מטיעוני ב"כ המערערים, כנגד הרשעתו של נעמן - לצד ובנוסף להרשעתה של נחושתן - בכל אחד משני האישומים: האחת - כי אין הוא נושא באחריות אישית למעשי העבירה, באשר אין לומר שהוא עצמו הפך ל"צד להסדר כובל" כאמור באישום הראשון,

או שניסה להפוך ל"צד" כזה כאמור באישום השני; והשנייה - כי אם תתקבל הטענה שמעשיו של נעמן אינם מקימים אחריות מצידה של נחושתן בשל כך שחרג מסמכותו, הרי שאין לראותו אחראי אישית לעבירות שבשני האישומים מכוח הוראות סעיף 48 לחוק, באשר סעיף זה מדבר באחריות "מנהלים" לעבירה שנעברה על ידי תאגיד, ובשל החריגה מסמכות כאמור, נחושתן לא עברה את העבירה.

דין שתי ההשגות בהקשר זה להידחות: כפי שכבר נאמר, מכוח תורת האורגנים, חייב נעמן במעשיו את נחושתן כאורגן שלה; והיא נושאת מכוח "מעשיו" בתור שכזה באחריות לעבירות נושאי שני האישומים. יחד עם זאת, נעמן אינו חדל מלהיות בן אנוש הנושא באחריות פלילית למעשיו; וכמו כל אדם - ללא קשר להיותו "אורגן" של תאגיד ולכך שהעבירה שביצע נעשתה על ידו במסגרת פעילותו כ"אורגן" - נושא נעמן באחריות פלילית אישית למעשיו. תורת האורגנים, המציגה את האורגן כ"פניו האנושיות" של התאגיד ורואה בשניהם יחד "יישות" "משותפת" אחת, נועדה להעניק לתאגיד תו אופי אנושי המאפשר להטיל עליו - כתאגיד - אחריות אישית בפלילים. ברם, "האנשת" התאגיד באמצעות הטמעת האורגן ב"אישיותו", אינה נוטלת מן האורגן את "אנושיותו"; ועל כן, גם כאשר הוא פועל כ"אורגן" הוא ממשיך להיות "אדם" הנושא באחריות פלילית למעשיו (ראו: מאמרו של פרופ' א. לדרמן "אחריות פלילית של אורגנים ושל נושאי משרה בכירים אחרים בתאגיד, פלילים, ה', 101, והפסיקה המפורטת שם).

אחריותו של נעמן, נעוצה, אפוא, בהתנהגותו שלו; ואין בעובדה שהתנהגות זו מהווה בעת ובעונה אחת גם התנהגות של נחושתן, כדי לפטור אותו אישית מאחריותו שלו. נעמן ונחושתן נושאים, כל אחד בנפרד, באחריות פלילית אישית למעשיו של נעמן כאורגן של נחושתן. אחריותם היא, אישית ועצמאית כאילו היו שניים; כאשר ההתנהגות העומדת בבסיסה היא "משותפת" כאילו היו אחד.

אחריותם של נעמן ושל נחושתן היא, אפוא, אחריות ישירה של "עברייני עיקרי"; כאשר העבירה נעברה על ידי שניהם ב"משותף ולחוד". אכן, כאמור, אחריותו של התאגיד נעוצה במעשהו של האורגן; ולכאורה - רק התאגיד הוא העברייני. שהרי הוא זה שעשה את המעשה "באמצעות" האורגן המשמש לו ראש וידיים; ואין מקום להפרדה בין ה"ראש והידיים" לבין ה"יישות" שהראש והידיים הם ראשה וידיה. ברם, עמדה זו נכונה כאשר מדובר ב"אדם" שהוא בן אנוש, שאז בפנינו "יישות" אחת; ואין היא נכונה כאשר מדובר בגוף פיסית המשרת בעת ובעונה אחת שתי "יישויות" משפטיות נפרדות: שלו ושל התאגיד שבמסגרתו הוא פועל.

כאשר מדובר במעשה עבירה, שהתנהגותו של האורגן לבדו עונה על כל יסודותיה, באופן שניתן להרשיע את האורגן, כשלעצמו, באחריות לביצועה לצד ובנוסף לאחריות התאגיד - הדברים ברורים ופשוטים. ברם, במקום שמדובר במעשה עבירה שעובר ה"תאגיד" לבדו, או במקום שמופר איסור המוטל במישרין על התאגיד בתור שכזה, עשויות להתעורר בעיות בדבר טיבה העצמאי והנפרד של אחריות האורגן. במקרה דנא, טוען ב"כ של נעמן, בסופו של דבר, כי הרשעתו של שולחו היא בעבירה שעבר התאגיד לבדו; שהרי התאגיד הוא שהיה, בניגוד לחוק, לצד להסדר כובל ולא נעמן; ותמיהתו היא - כיצד יורשע נעמן אישית בביצועה של עבירה זו, כאשר הוא אינו הופך צד להסדר כובל ואחריותו של התאגיד הינה אחריות אישית.

תמיהה זו, לשיטתי, לאו תמיהה היא. אכן, אחריותה של נחושתן הינה אחריות אישית למעשה שביצעה "באמצעות" נעמן; ומערכת היחסים בין השניים - נעמן ונחושתן - מאחדת אותם ל"יישות" אחת בהקשר זה. ברם "איחוד" "יישויות" זה, הינו מיוחד במינו: מצד אחד - הוא אכן

יוצר "יישות" משותפת של "תאגיד-אורגן", הפועלת כגוף עצמאי; אך מצד שני - הוא מותיר "יישות" נפרדת לאורגן, שנותר "אדם" גם כאשר הוא פועל כ"תאגיד". העובדה, שבסופו של דבר, העבירה נעברה על ידי נחושתן "לבדה" אינה משנה מאופייה הפלילי - ה"מושלם" - של התנהגותו של נעמן. העובדה שנחושתן היא שהייתה, בסופו של דבר, ל"צד להסכם הכובל", אינה מותירה את מעשהו של נעמן "לוקה בחסר" בכל הקשור לאחריותו האישית להשתכללותה של העבירה; וזאת - משום שהפיכת נחושתן ל"צד" כאמור הינה תולדת "יישותו" כפולת הפנים של נעמן כאורגן, והיא שקולה, לעניין אחריותו, ל"הפיכתו" הוא ל"צד" כאמור. לשון אחר: לעניין אחריותו הפלילית של נעמן להפיכת נחושתן ל"צד" כאמור, רואים אותו "כאילו" הוא עצמו הפך ל"צד"; שהרי לא "מיהותו" הפורמאלית של ה"צד" היא הקובעת בהקשר זה, אלא עובדת קיומו של ה"הסכם הכובל" בין שני צדדים בניגוד לחוק. ה"צד" המשפטי "הפורמאלי" להסכם הכובל, היא אכן נחושתן; אך הנושאים באחריות המשפטית ה"עניינית" להיותה כזאת, הם שניים: נעמן ונחושתן.

תוצאה אחרת תותיר את הדין הפלילי חסר כלים להשלטת הוראותיו. המגשימים את הדין הפלילי - והמפרים אותו - הם בני האנוש; ובלעדיהם אין "חיים" ליצורים המשפטיים שהם יוצרים. כך, למשל, מקום שתאגיד מקבל דבר במרמה: כלום ימצא האורגן, שעשה את מעשה המרמה וגרם לקבלת הדבר בגינו על ידי התאגיד, פטור מאחריות למעשיו, רק משום שהתאגיד הוא ש"קיבל" בפועל את הדבר? לשיטתי, ניתן לראות את האורגן "כאילו" הוא עצמו קיבל את הדבר, ככל שמדובר בשכלול אחריותו למעשה שעשה כדי עבירה. אם מעשיו של האורגן הם מעשיו של התאגיד; גם אחריותו של האורגן זהה לזו של התאגיד. בבסיס האחריות עומד ה"מעשה"; ומשזו קמה לחובתו של התאגיד, הריהי עומדת, בעת ובעונה אחת, גם לחובתו של האורגן. עמדותי זו, הולכת - למיטב הבנתי - בעקבות העמדה שהוצגה על ידי כב' השופטת (כתוארה אז) מרים בן פורת בפסק דינה בע"פ 137/79, לה(3) 746 (פרשת גלנט), שם נאמר, בין היתר, כך:

"... דעת הכול היא, שהאורגן המבצע נושא תמיד באחריות, וכי העובדה, שהשתמש בחברה כמכשיר, לא תעמוד לו כהגנה בפני התביעה ... נניח שמנהל ובעל שליטה בתאגיד משגר מכתב בשמו של התאגיד, המכיל ביודעין טענה כוזבת - "מרמה" כמשמעותה בסעיף 415 לחוק העונשין - וכתוצאה מזה מקבל התאגיד מן הנמען סכום כסף. החתום על המכתב הוא - פורמאלית - התאגיד. אפשר אפוא לטעון ... שרק התאגיד הציג את מצג השווא, ועל כן רובץ האשם לפתחו בלבד (על סמך המעשה והכוונה הפלילית של המנהל, המיוחסים לו). כאמור, אין לטענה זו (בדוגמה וכן בענייננו) על מה שתסמוך" (עמ' 749, 750);

ובהמשך - "מקובלים עלי דבריו של המחבר" שגיא ... ואלה הם:

"אם המדובר במעשה יחיד וביסוד נפשי יחיד, המיוחסים לשני גופים בעלי כשרות משפטית פלילית (הכוונה לאורגן ולחברה

שבשמה פעל) כי אז בגין אותו מעשה ואותו יסוד נפשי יש ליחס

להם אותה עבירה ואותה דרגת ביצוע" (ההדגשות שלי - י.ק.).

אשר לבסיס אשמתו של המנהל, נראים לי דבריו הקולעים של פרופ' א. לדרמן (פלילים ה' 101) לפיהם: "בכל מקרה ישא אותו אדם באחריות שהייתה מנת חלקו, לו פעל מלכתחילה בשמו הוא ולמען עצמו וללא כל קשר למסגרת התאגיד" (עמ' 750) (ההדגשה שלי - י.ק.). ובשולי הדברים, רואה אני להוסיף, שסעיף 48 לחוק - אליו מפנה ב"כ של נעמן - אינו נוגע לעניין: אחריותו של נעמן נעוצה במישרין בהתנהגותו שלו; להבדיל מסעיף 48 לחוק, המדבר באחריות עקיפה לעבירות שבצע אחר (התאגיד).

9. ההכרעה בערעור: הטענות המיוחדות לאישום השני

א. אחריותו של מגן

נגד אחריותו של מגן לעבירה נושא האישום השני מתחייבות מטיעוני ב"כ המערערים, אותן שתי השגות שהועלו כנגד אחריותו של נעמן. גם כאן נטען: כי מגן אינו נושא באחריות אישית לניסיון לעבור עבירה של "צד להסדר כובל" - כאמור באישום השני - מכיוון שהוא לא בקש להיות בעצמו "צד" כאמור; וכי אם תתקבל הטענה שנחושטן לא עברה עבירה של ניסיון כאמור באישום השני, נשטט הבסיס מתחת לאחריותו של מגן, משום שההוראה החקוקה שעליה יכולה היא להיות מבוססת מצויה בהוראות סעיף 48 לחוק, ואלו מדברות אך ורק במצב שבו "נעברה עבירה" על ידי תאגיד.

גם דינן של ההשגות כנגד אחריותו של מגן להידחות: כמפורט לעיל בהרחבה, נחושטן נושאת באחריות לעבירת הניסיון נושא האישום השני מכוח מעשיהם של נעמן ומגן, אשר היו ללא ספק אורגנים שלה; ואילו מגן - כמו נעמן - נושא באחריות אישית לעבירה זו כמי שביצע אותה בפועל, במסגרת תפקודו כאורגן של נחושטן.

כפי שהוסבר לעיל לעניינו של נעמן, השניים - נעמן ומגן - נושאים באחריות אישית למעשים שעשו כאורגנים של נחושטן, על אף העובדה שמעשים אלה הם העומדים בבסיס אחריותה של נחושטן לעבירות נושא כתב האישום. אחריותם של נעמן ומגן מוכתבת על ידי תורת האורגנים; ואין היא נעוצה, כפי שאפשר היה להבין מן הטיעון שהוצג בפנינו, בדיני השליחות או השותפות. בהקשר הנדון כאן, נעמן ומגן אינם "מבצעים בצוותא" לצידה של נחושטן; אלא, כל אחד מהם, באופן אישי ועצמאי, הינו ה"מבצע" של העבירות, שנחושטן אחראית לה - על פי תורת האורגנים - מכוח מעשיו כאורגן שלה. אכן, על פי תורת האורגנים מעשי האורגן הם מעשיו של התאגיד; ועל כן - פורמאלית - בפנינו עבריין "מאוחד" אחד שביצע את העבירה והוא התאגיד. ברם, כאמור, הדין הפלילי אינו ממיר את האחריות האנושית באחריות מלאכותית של גוף משפטי; והאדם נותר אחראי, בנוסף לאחריות הגולם המשפטי שאותו הוא מפעיל. האחריות הבסיסית, היא אחריותו של האדם; כאשר האחריות הנלווית - היא של היצור המשפטי המופעל על ידו. אחריותם של השניים נעוצה במעשיו של האדם ויונקת ממנה את חיותה; ועל כן שניהם נושאים בה במקביל.

סיכומם של דברים, מעשה הניסיון שעשו נעמן ומגן - וכפי שיפורט להלן, אין ספק שעשו כזה - מקים בעת ובעונה אחת אחריות פלילית של כל אחד מהם ושל נחושטן; כאשר אחריותו של כל אחד מהשלושה, הינה אחריות אישית ועצמאית.

ב. שידול על ידי "סוכן מדיח"

כאמור, לשיטתו של בא כוח המערערים: אמאר היה למעשה "סוכן מדיח", אשר שידל את נעמן ומגן - ומכוחם, כאורגנים, גם את נחושתן - לעבור את עבירת הניסיון נושא האישום השני; ועל כן - על פי כלל "המלכוד" הנוהג בארה"ב - אין הם נושאים באחריות לעבירה זו. טענה זו נדונה לדחייה מלכתחילה. אמאר לא "שידל" את נעמן ומגן לנסות ולהגיע עימו להסדר כובל; אלא - הם שפנו אליו מיוזמתם "בדרך העסקים הרגילה" ועשו מאמץ "כן" מצידם לשכנעו להגיע עימם להסדר כובל כאמור.

"איסוף ראיות" לבקשת הרשות, על ידי הקלטת השיחות שקיים אמאר עם נעמן ומגן, אינו הופך אותו ל"סוכן מדיח" במשמעות האמורה.

ג. "ניסיון" או "הכנה" בלבד

כאמור, לשיטתו של בא כוח המערערים, לא חרגו הצעותיהם של נעמן ומגן לאמאר, לקבוע "הסדר כובל" בינם - קרי: בין נחושתן - לבינו, מגדר מעשי "הכנה" גרידא; ועל כן - אין להרשיע את המערערים בהקשר זה בעבירה של "ניסיון".

עמדה זו אינה מקובלת עלי. נעמן ומגן לא הסתפקו בהעלאת הצעות בעניין זה - מעשה שגם בו יש, לשיטתי, משום ניסיון - אלא שהוסיפו דברי שידול, פיתוי ואיום מוסווה ולבסוף העמידו בפני אמאר בחירה בין שתי אפשרויות, שאחת מהן הייתה עריכת הסדר כובל. אכן, ללא הסכמתו של אמאר לא היה מתגבש הסדר כובל; ואמאר גילה את דעתו שלא להסכים, בכך שפנה וחשף את העניין בפני הרשות. אין בכך, כדי ליטול מן המאמצים, שעשו נעמן ומגן להשפיע על אמאר להיכנס עימם להסדר כובל, את אופיים כמעשה של ניסיון.

הגדרת הניסיון בסעיף 25 לחוק העונשין - לאחר תיקון מס' 39 לחוק זה - מדברת בעשיית "מעשה שאין בו הכנה בלבד" (במטרה לבצע עבירה והעבירה לא הושלמה); ואין החוק מגדיר "הכנה" מהי. בהנחה - המקובלת עלי - שהמחוקק לא התכוון בתיקון מס' 39 לחוק העונשין לסטות מהגדרת הניסיון המסורתית, ניתן לפנות בהקשר זה אל ההלכה הפסוקה שקדמה לתיקון. על פי ההלכה הפסוקה - שבבסיסה ההגדרה שהייתה בשעתו, לפני תיקון מס' 39, בסעיף 33 לחוק העונשין - די לעניין זה בעשיית מעשה "המבטא את תחילת תהליך הביצוע של העבירה המושלמת, ובלבד שיש בכך כדי לגלות בצורה חד משמעית את כוונת העבריין" (מתוך ע"פ 355/88, מג(3) 264, לוי).

במקרה דנן פתחו נעמן ומגן במשא ומתן עם אמאר במטרה להניע אותו להסכים לעשיית הסדר כובל עימם, קרי: עם נחושתן; וקיימו עמו שורת שיחות, שבמהלכן עשו מאמץ נכבד לשכנעו בפיתויים ובאימים מרומזים לקבל את הצעתם. מצידם, עשו נעמן ומגן כל שהיה בידם לעשות, על מנת להגשים את המטרה האמורה; והתנהגות כזו בוודאי חלפה את שלב ההכנה. הסכמתו של אמאר להסדר כובל הייתה משכללת את העבירה המושלמת.

כאשר מדובר בעבירה דו-צדדית, שהשלמתה מצריכה שיתוף פעולה מצידו של אדם נוסף ההופך גם הוא לעבריין, יש במאמץ לשכנע אדם כאמור לשיתוף פעולה, כדי להוות "ניסיון" לעבור את העבירה המושלמת. כך, למשל, מהווה מאמץ לשדל אדם להצטרף ל"קשר" - ניסיון לעבור עבירה של קשירת קשר; וזאת על אף שהשלמת העבירה מצריכה הסכמה מצידו של המשודל, ההופך אף הוא לעבריין עם השלמת העבירה.

ד. פְּטוֹר מֵעֲבִירַת הַנִּסְיוֹן עֲקֵב חֲרָטָה

כאמור, בפגישה האחרונה שהתקיימה עם אמאר במסגרת הפרשה נושא האישום השני, שלל מנכ"ל נחושתן - עמיקם - את האופציה של הסכמה לעריכת הסדר כובל. לשיטת בא כוח

המערערים, שקולים דבריו של עמיקם בהקשר זה כנגד "חרטה", כמשמעותה בסעיף 28 לחוק העונשין; ומצדיקים בתור שכאלה, מתן פטור מאחריות לניסיון לעבור עבירה לפי סעיף 4 לחוק. "חרטה" בהקשר זה - כך טוען ב"כ המערערים - אינה חייבת להיות חרטה "מוסרית" הנעוצה בשינוי ערכי, שחל אצל המתחרט; ודי בכך, שהמנסה חוזר בו מכוונתו לבצע את העבירה, גם אם הטעם לכך נעוץ בסיבות כלכליות חברתיות או אחרות ולא דווקא "מוסריות-ערכיות". עמדת ב"כ המערערים היא, כי חרטת נחושתן - מכוח התנהגותו של עמיקם - מהנה מן הפטור גם את נעמן ומגן.

עמדתו של בא כוח המערערים בהקשר זה מקובלת עלי בקשר לנחושתן אך אינה מקובלת עלי בקשר לנעמן ולמגן.

מקובל עלי, שחזרתו של עמיקם - מנכ"ל נחושתן - מן הניסיון שעשו נעמן ומגן לגבש הסדר כובל עם אמאר כאורגנים של נחושתן, שקול כנגד "חרטה" מצד נחושתן; ומן הדיון, על כן, ליהנות הימנה את נחושתן. השאלה הקשה יותר היא, אם חרטתה של נחושתן פועלת גם לזכותם של נעמן ומגן. אחריותם של השניים היא, כאמור לעיל, אחריות אישית ועצמאית ואינה "נגזרת" מאחריותה של נחושתן; ובהתחשב בכך, שחרטה הינה על פי טיבה "אישית" - רשאי ליהנות ממנה רק מי שהתחרט "אישית". במצב דברים זה, בחנתי אם ניתן לראות את ה"חרטה", שבאה לכל ביטוי בעמדה שנקט עמיקם, כ"חרטה" אישית גם מצידם של נעמן ומגן; והמסקנה שאליה הגעתי היא שלא ניתן לעשות כן. עמיקם דחה, כמנכ"ל נחושתן, את המאמץ שעשו נעמן ומגן והודיע על כך לאמאר; ובכך - יצאה נחושתן מתמונת הניסיון בעוד מועד. אין בחומר הראיות כדי לקבוע, שגם נעמן ומגן ניחמו על כוונתם וחזרו בהם; ואחריותם של נעמן ומגן למעשה הניסיון שעשו הינה, כאמור, אחריות אישית ועצמאית.

במצב דברים זה, תיהנה מהחרטה הגלומה בעמדה שהציג עמיקם נחושתן לבדה; ואילו נעמן ומגן ישאו באחריות למעשה הניסיון הנעוץ בהתנהגותם.

10. ההכרעה בערעור: סיכום

לאור כל האמור לעיל:

- א. נחושתן תזוכה מעבירת הניסיון נושא האישום השני; ובעקבות זיכוי יוקטן הקנס שהוטל עליה ויועמד על סך 175.000 ש"ח בלבד.
- ב. לגבי נעמן ומגן, ידחה הערעור על כל חלקיו.

שופט

השופט ט. שטרסברג-כהן: אני מסכימה.

השופט ד. דורנר: אני מסכימה.

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י. קדמי.
ניתן היום, כ"א בניסן תשנ"ח (19.4.1998).

שופט

שופט

שופט