

## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 1672/06

בפני :  
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין  
כבוד השופט ס' ג'ובראן  
כבוד השופט ע' פוגלמן

המערערים :  
1. אברהם בלילי  
2. ג'אן מנשה פור

נ ג ד

המשיבה :  
מדינת ישראל - הרשות להגבלים עסקיים

ערעור על הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים  
בת"פ 1126/00 מיום 12.1.06 שניתנה על ידי כבוד השופט י'  
עדיאל

תאריך הישיבה :  
בשם המערערים :  
בשם המשיבה :  
כ"ו בכסלו התשס"ח (6.12.07)  
עו"ד יוסף גבאי  
עו"ד איריס אכמון ; עו"ד אשר גושן

### פסק-דין

השופט ע' פוגלמן:

מבוא

1. בית המשפט המחוזי בירושלים (כבוד השופט י' עדיאל) קבע כי המערערים שלפנינו, אברהם בלילי וז'אן מנשה פור (להלן: "בלילי" ו"פור" בהתאמה, וגם "המערערים") היו צדדים להסדר כובל, ובגין כך הרשיע אותם בעבירה לפי סעיף 47(א)(1) בצירוף סעיפים 4, 2(ב)(1) ו-2(ב)(2) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים"). בד בבד, זוכו המערערים מעבירה נוספת של ניסיון להוות צדדים להסדר כובל לפי סעיפים 47(א)(1), 4, 2(א) ו-2(ב)(4) לחוק ההגבלים העסקיים, בצירוף סעיף 25 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין"). בגין הרשעתם, נגזר על המערערים עונש מאסר בפועל בן שלושה חודשים

לריצוי בדרך של עבודות שירות וכן מאסר מותנה בן שנים-עשר חודשים. מכאן הערעור שלפנינו, הנסב על הכרעת הדין. נפנה, בראשית הדברים, לתיאור ההליך שהתנהל לפני בית משפט קמא.

ההליך לפני בית המשפט קמא

2. בכתב אישום שהוגש לבית המשפט המחוזי בירושלים נטען, כי המערערים ועימם שלושה אחרים, אחמד אבו נג'א, אורי אנסבכר ואמוץ טפרברג (להלן: "אבו נג'א"; "אנסבכר" ו"טפרברג" בהתאמה, וכן "השותפים") – אשר עסקו כולם בתקופה הרלוונטית לכתב האישום בייבוא, מכירה ושיווק של לולבים מסוג "אל עריש" ממצרים לישראל – היו צדדים להסדר כובל בשוק הלולבים שנחתם עובר לחג הסוכות תשנ"ט. על פי כתב האישום, בעקבות הסכמות אליהן הגיעו, חתמו המערערים, אבו נג'א, טפרברג ואנסבכר ביום 17.9.98 על חוזה, בגדרו נקבעו מכסת ייבוא הלולבים הכוללת לקראת החג וכן כמות הלולבים שתיובא על ידי כל אחד מן הצדדים להסכם. כן הוסכם על ייבוא משותף של לולבים לישראל, תוך שימוש בעמילת מכס אחת בלבד; ועל אחסון, מכירה ושיווק משותפים של הלולבים, כך שכל ייבוא שייעשה על ידי מי מהצדדים יועבר למקום אחסון אחד. עוד הוסכם כי השותפות תהא בלעדית, באופן שאיש מן השותפים לא יעסוק בפעילויות מכירה, שיווק, מסירה והעברה של לולבים מחוץ למסגרת השותפות. הסכמה נוספת שעוגנה בחוזה עסקה בחלוקת הרווחים. על פי הסכמה זו, הרווחים ממכירת הלולבים יחולקו בהתאם לחלוקת השוק בין השותפים. בהמשך, כך נטען, הרחיבו השותפים את ההסכם ביניהם והגיעו להסכמות נוספות אשר נסבו על המחיר בו יימכרו הלולבים לסוחרים ועל תנאי התשלום עבורם. עוד הוסכם, כי איש מן השותפים לא ייבא לולבים בכמות גדולה מהמכסה המוסכמת אלא אם קיבל לכך את רשותם של האחרים, וכי השותפים יחלקו ביניהם את ההוצאות הנובעות משיתוף הפעולה. במעשיהם אלה, כך כתב האישום, היו המערערים צד להסדר כובל לעניין המחירים שיידרשו, הרווח שיופק וכמות הנכסים בעסק. כל זאת, מבלי שקיבלו לכך את האישורים הנדרשים על פי דין, או פטור מתאים. בכתב האישום נכלל, כאמור, אישום נוסף, אשר נסב על עבירת ניסיון להוות צד להסכם כובל. נוכח כך שהמערערים זוכו מאישום זה וזיכויים אינו עומד לדיון בפנינו – לא נרחיב עוד בעניין אחרון זה.

3. לפני בית משפט קמא טענו המערערים להגנה מן הצדק העומדת להם על רקע מעורבותו של הרב אברהם רביץ בפרשה (להלן: "הרב רביץ"). בזמנים הרלוונטיים לערעור שימש הרב רביץ כחבר כנסת, וכחבר בוועדת הכספים של הכנסת. המערערים טענו, כי נוכח פרסומים בעיתונות החרדית אודות עליית מחירי הלולבים ערכו פגישה

עם הרב רביץ, בה סוכמו מחירי המינימום והמקסימום ללולבים וכי הסכמה זו היוותה "הכשר" לשותפות. עוד טענו המערערים להגנה מן הצדק העומדת להם בגין אי-העמדתם לדין של יתר המערערים בפרשה, והרב רביץ ביניהם. המערערים הוסיפו וטענו, כי ההסכם אינו מהווה הסדר כובל כהגדרתו בחוק, וכי על ההסכם חלות הוראות פטור שונות מכוחו של חוק ההגבלים העסקיים. בצד האמור, התבסס קו ההגנה של המערערים, בעיקרו, על הטענה לפיה עומדת להם הגנת הטעות בהסתמך על ייעוץ משפטי. על פי הנטען, להסכם נושא הדיון שלפנינו קדם הסכם אחר, אשר נערך בין המערערים ואחרים, ומטרתו היתה להקים שותפות בתחום הלולבים ולהסדיר את פעילותה (להלן: "ההסכם הראשון"). אלא שלטענת המערערים, כאשר הציגו את ההסכם הראשון לעורך דינם, דני עזריאל (להלן: "עורך-הדין"), הודיעם זה כי ההסכם הראשון אינו עולה בקנה אחד עם הוראות חוק ההגבלים העסקיים. לטענתם, על פי עצתו של עורך הדין בוטל ההסכם הראשון ותחתיו נכרת ההסכם שלפנינו. כל זאת, תוך הסתמכות על ייעוץ משפטי של עורך הדין. המערערים הדגישו עוד, כי הם שבו ופנו לעורך הדין על מנת לברר את חוקיות ההסכם סמוך לאחר תחילת פעילותם במסגרת השותפות נוכח התלונות שהגיעו לרב רביץ בנוגע לקרטל בשוק הלולבים. לטענתם, גם בפעם הזו טען בפניהם עורך-הדין כי בהסכם לא דבק כל פגם של אי-חוקיות. על יסוד נתונים אלה, טענו המערערים לפטור מאחריות פלילית על בסיס הסתמכותם על עצתו של עורך הדין. לטענת המערערים, קמה להם הגנה של טעות במצב דברים לפי סעיף 34 לחוק העונשין, ולחלופין קמה להם הגנת טעות במצב משפטי מכוח סעיף 34 לחוק העונשין, שכן טעותם הייתה בלתי נמנעת באורח סביר. בלילי הוסיף וטען, כי היסוד הנפשי הדרוש להרשעה בעבירת ההסדר הכובל אינו מתקיים בו, הואיל והוא לא היה מודע להגבלת התחרות שנוצרה מכוחה של השותפות.

הכרעת הדין

4. הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי היתה מקיפה ומפורטת, וכללה התייחסות לטענה בדבר הגנה מן הצדק, לשאלת התקיימותם של רכיבי העבירה של הסדר כובל, להגנת הטעות בהתבסס על ייעוץ משפטי וליתר טענות הצדדים. נוכח כך שהערעור שלפנינו נסב, בעיקרו, על הקביעות העוסקות בהגנת ההסתמכות על ייעוץ משפטי נתמקד, בעיקר, בקביעותיו של בית המשפט המחוזי בעניין אחרון זה, ונביא להלן את יתר קביעותיו בתמצית.

5. בית המשפט המחוזי הרשיע את המערערים בעבירה של הסדר כובל, לאחר שבחן בפירוט את רכיביה של עבירה זו ואת הטעמים להתקיימותם במערערים. נקבע,

כי המערערים היו בתקופה הרלוונטית "בני אדם המנהלים עסקים", כמשמעות הביטוי בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים (עמ' 3 להכרעת הדין) וכי ההסכמות הקונקרטיות שהושגו בין השותפים – הן במסגרת ההסכם והן לאחריו – כוללות הסדרים המקימים הסדר כובל (עמ' 5 להכרעת הדין). עיקרו של הסכם השותפות, כך נקבע, התבטא בהסכמה לשיווק משותף של הלולבים, אשר כלל תיאום ישיר של רכיבי שיווק שונים, ובגין כך היווה הסדר כובל (עמ' 9-6 להכרעת הדין). הכבילה המרכזית בהסכם נסבה על תיאום מחירי השיווק של הלולבים וכבילה נוספת באה לידי ביטוי בתיאום שנעשה בידי השותפים באשר לתנאי התשלום עבור הלולבים (עמ' 6 להכרעת הדין). טענתו של בלילי, לפיה ההסדר נשוא הדיון אינו בגדר הסדר כובל הואיל והוא נערך בין אנשים שהיו חלק משותפות שהיא ישות כלכלית אחת – נדחתה, על יסוד הכרעתו של בית המשפט המחוזי לפיה במקרה שלפנינו, לא ניתן לראות את היחסים בין השותפים כיחסים שבין רכיביה של אישיות עסקית אחת (עמ' 16 להכרעת הדין). כן נדחתה הטענה לפיה השותפות מהווה, לכל היותר, מעין מיזוג בין יחידים, שאינו בגדר מיזוג חברות כמשמעותו בחוק, ולפיכך אין תחולה למערך ההגבלים העסקיים (עמ' 20 להכרעת הדין). בהמשך, נדחו גם טענותיהם של המערערים בדבר הוראות פטור שונות החלות בעניינם (עמ' 21-23 להכרעת הדין). כמו כן נדחתה טענתו של בלילי בדבר אי-התקיימותו של היסוד הנפשי הדרוש להרשעה בעבירה של הסדר כובל, תוך שנקבע כי טענותיו נסבו על העדר מודעות ל"תוצאות המשפטיות של הנסיבות העובדתיות של המעשים, היינו לכך כי מדובר במעשים אסורים שהם בגדר הסדר כובל לפי החוק, ולא בהיעדר מודעות לרכיבים העובדתיים של העבירה" כנדרש לצורך התקיימות היסוד הנפשי (עמ' 23 להכרעת הדין).

בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע, כי למערערים לא עומדת הגנה מן הצדק. ראשית נקבע, כי מעורבותו של הרב רביץ בפרשה לא היתה יכולה להכשיר את מעשיהם של המערערים, משום שבזמנים הרלוונטיים לאישום היה הרב רביץ "איש הרשות המחוקקת", ולא היתה לו כל סמכות לבחון את חוקיות מעשיהם של המערערים או להכשירם, ואלה אף לא טענו כי ביקשו לקבל "הכשר" כאמור (עמ' 26 להכרעת הדין). עוד נקבע, כי השיחה בין הנאשמים לבין הרב רביץ נסבה על גובה מחיר הלולבים ולא על שאלת חוקיות מעשיהם וכי תיאום המחירים נעשה עוד קודם לפגישה עם הרב רביץ, אשר לא היה, בשום מקרה, צד לשותפות, ולא היה שותף להסכם וליישומו (עמ' 26 להכרעת הדין). גם טענת המערערים בדבר הגנה מן הצדק העומדת להם בגין אכיפה סלקטיבית נדחתה, על יסוד קביעתו של בית המשפט כי המערערים לא הוכיחו שהמשיבה פעלה בעניינם מתוך מניע פסול או על יסוד שיקולים זרים או שרירות לב (עמ' 25 להכרעת הדין).

6. בהמשך קבע בית המשפט המחוזי, כי המסגרת המשפטית הנכונה לבחינת טענת הטעות של המערערים שיסודה בהסתמכות על ייעוץ משפטי היא הגנת הטעות במצב משפטי הקבועה בסעיף 34יט לחוק העונשין, אשר קובע לאמור: "לעניין האחריות הפלילית אין נפקה מינה אם האדם דימה שמעשהו אינו אסור, עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו את האיסור, זולת אם הטעות היתה בלתי נמנעת באורח סביר". הגנה זו, נקבע, רלוונטית הן לכבילות שהוסדרו בהסכם עצמו, הן לעניין תיאום המחירים עליו הוסכם במועד מאוחר לחתימה על ההסכם. זאת, הואיל וההסכם הסדיר את השיווק המשותף של הלולבים וזה כולל, כיסוד מובנה בשיווק המשותף, גם קביעה משותפת של המחיר (עמ' 40 להכרעת הדין). עוד נקבע, כי טענת הגנה זו רלוונטית לשני המערערים גם יחד, חרף העובדה שפור הסתמך על דברים שאמר לו בלילי באשר לחוקיות ההסכם ולא על עצתו של עורך הדין באופן ישיר (עמ' 39 להכרעת הדין). בהמשך נקבע, כי המערערים אכן פנו לעורך הדין על מנת שזה יכין עבורם את הסכם השותפות וכי את סבירותו של הייעוץ המשפטי שניתן להם באשר להסכם זה יש לבחון מנקודת מבטם של המערערים עצמם. בית המשפט המחוזי קבע, כי בנסיבות המקרה שלפנינו ובהתחשב בדלות כישוריהם של המערערים בתחום הרלוונטי, הם לא יכולים היו להעמיד במבחן הביקורת את הייעוץ המשפטי שניתן להם (עמ' 41-42 להכרעת הדין).

בצד האמור ציין בית המשפט, כי הגנת הטעות במצב משפטי דורשת, כתנאי הכרחי, כי "עורך הדין נותן העצה היה מודע לכל העובדות הרלוונטיות" (עמ' 44 להכרעת הדין) כאשר הנטל בעניין זה מוטל על כתפיו של הנאשם הטוען לקיומה של ההגנה. המערערים שלפנינו, כך הכרעת הדין, לא עמדו בנטל זה. על פי האמור בהכרעת הדין, המידע שמסרו המערערים לעורך הדין התייחס "למטרת השותפות, שהיתה בעיקר לצמצם ולחסוך בעלויות. כמו כן נמסר לעורך הדין, מהי מכסת הלולבים שהיה אמור לייבא כל אחד מהשותפים ומהו ההיקף הכולל של השוק" (עמ' 48-49 להכרעת הדין). בצד האמור, לעורך הדין לא נמסר מידע באשר למערכת היחסים ששררה בין המערערים עובר להקמת השותפות:

"על פי הראיות שהוצגו, לעורך הדין עזריאל לא נמסר מידע ביחס למסכת היחסים ששררה בין הנאשמים קודם להקמת השותפות. לא נמסר לו כי בשנה הקודמת הנאשמים התחרו זה בזה באופן אגרסיבי, תוך הורדת מחירים. לא נאמר לו שגם השותפים האחרים (...) אנסבכר וטפרברג) מכרו באותה שנה לולבים במחיר של 4 ש"ח 'ומשכו' כדבריו של בלילי, 'את כל השוק למטה'. כמו כן, לא נמסר לעורך הדין שכתוצאה מתחרות זו סבלו שני הנאשמים בשנה הקודמת הפסדים. בלילי גם

לא גילה לעורך דין עזריאל, שהחלטתו לחבור ל[פור] בשנת '98 נפלה, בין היתר, על רקע העובדות דלעיל, משום שכדבריו 'אכלתי אותה שנה קודם', היינו, כדי למנוע התפתחותה של תחרות שתביא לפגיעה ברווחיו גם בשנת 1998. גם [פור] לא הביא עובדות אלה לידיעתו של עורך הדין, למרות שהוא מודה כי רצה 'לפגוע בהם [בסוחרים]', 'כי... השנה הכנסתם [של הסוחרים] תהיה קטנה מעט', וברור שגם היה מודע להשפעתה של החבירה בין השותפים על התחרות ביניהם ועל יכולתו לפגוע בסוחרים" (עמ' 49 להכרעת הדין).

נתונים אלה, כך נפסק, היו בעלי חשיבות לעניין הייעוץ המשפטי שניתן למערערים על ידי עורך הדין, ואילו נמסרו לו "היה בכך כדי למקד את שימת הלב בהשפעתה האפשרית של החבירה בין [המערערים] והשותפים האחרים על התחרות ועל מחירי הלולבים. בכך גם היה כדי למנוע יצירת מצג מטעה, לפיו השפעתה של החבירה בין [המערערים] והשותפים האחרים מצטמצמת לעניין החיסכון בהוצאות" (עמ' 49 להכרעת הדין). נוכח כל אלה קבע בית המשפט, כי לא ניתן לומר שעורך הדין היה מודע לכל העובדות החשובות לעניין הייעוץ המשפטי שנתן למערערים ולפיכך, לא ניתן גם לומר כי נוכח ההסתמכות על הייעוץ שניתן מטעמו, היתה טעותם של המערערים בלתי נמנעת באורח סביר, כפי שדורש סעיף 34 לחוק העונשין. בית המשפט הוסיף וציין, כי אף אם מניחים לטובת המערערים כי אי-מסירת המידע הרלוונטי נעשתה בתום לב אין בכך כדי להפוך את טעותם לבלתי נמנעת באורח סביר, הואיל ואדם סביר היה מוסר את המידע האמור לעורך הדין ממנו הוא מבקש לקבל ייעוץ משפטי (עמ' 50 להכרעת הדין). סיכומו של דבר, טענת המערערים לפיה עומדת להם הגנת הטעות בשל ייעוץ משפטי שקיבלו – נדחתה, והם הורשעו, כאמור, בעבירה של הסדר כובל לפי סעיפים 47(א)(1), 4, 2(ב)(1) ו-2(ב)(2) לחוק ההגבלים העסקיים.

מכאן הערעור שלפנינו.

טענות הצדדים בערעור

7. הודעת הערעור מתמקדת בהגנת ההסתמכות על ייעוץ מקצועי אשר נדחתה, כאמור, על ידי בית משפט קמא. המערערים טוענים כי נוכח הייעוץ המשפטי שקיבלו, הם לא היו מודעים לכך שהסכם השותפות הינו בגדר "הסדר כובל" ומשכך, היסוד הנפשי הדרוש להרשעה בעבירה זו – הכולל, בין היתר, מודעות לנסיבה בדבר היותו של ההסכם "הסדר כובל" – אינו מתקיים בהם. על יסוד אותו טעם טוענים המערערים, כי עומדת להם ההגנה של טעות במצב דברים, הקבועה בסעיף 34 לחוק העונשין.

להשקפת המערערים, עומדת להם גם הגנת הטעות במצב משפטי. זאת, הואיל ולשיטתם, טעותם באשר לאופיו של הסכם השותפות היתה, כלשונו של סעיף 34 ללחוק העונשין, בלתי נמנעת באורח סביר. המערערים מדגישים, כי השותפות נוסדה ופעלה בהתאם לייעוץ משפטי של עורך הדין, אשר היה בעל ניסיון משפטי בכלל ובתחום ההגבלים העסקיים בפרט, ולא היתה כל מניעה להסתמך על עצתו. עוד מדגישים המערערים, כי הייעוץ שניתן להם נסב, באופן ספציפי, על שאלת התאמתו של ההסכם ללחוק ההגבלים העסקיים. להשקפת המערערים, בנסיבות אלה, כל אדם סביר – שאינו בקיא בדיני ההגבלים העסקיים – היה סומך ידיו על עצתו של עורך הדין, והסתמכותם שלהם על עצה זו נעשתה בתום לב.

המערערים משיגים גם על קביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה הם לא פרשו בפני עורך הדין את התשתית העובדתית במלואה. לטענתם, עורך הדין היה מודע היטב למערכת היחסים ששררה בין השותפים עובר לחתימת ההסכם ולמאפייניו של השוק הרלוונטי. דא עקא, שהמשיבה לא חקרה אותו בעניין זה. בגין כך מבקשים המערערים כי יותר להם להביא ראיות נוספות להוכחת טענתם לפיה המידע בדבר היחסים המוקדמים בין השותפים אכן היה ידוע לעורך הדין. עוד טוענים המערערים, כי בית משפט קמא כלל לא דן בשאלת רלוונטיות העובדות שלא הובאו, כביכול, לידיעתו של עורך הדין לתוכנו של הייעוץ המשפטי ואף נמנע מלדון בשאלה העקרונית מהו המידע הרלוונטי אותו נדרש נאשם להביא בפני עורך-דינו על מנת שיוכל לחסות תחת כנפיה של הגנת ההסתמכות על ייעוץ משפטי. לדידם, מידע רלוונטי לצורך הגנת ההסתמכות הוא כזה אשר היה בו כדי לשנות את תוכנו של הייעוץ המשפטי שניתן, ואין די בכך שהמידע האמור היה מסייע במיקוד תשומת הלב של עורך דין להשפעה האפשרית של החבירה בין השותפים, כפי שקבע בית המשפט המחוזי. לטענתם, בעניינינו תוכנו של הייעוץ המשפטי לא היה משתנה גם אילו היה עורך הדין מודע למערכת היחסים הקודמת ששררה ביניהם. זאת, הואיל וזה העיד מפורשות כי היה ברשותו כל המידע הרלוונטי הדרוש לו לצורך הייעוץ; הואיל וחוות דעתו התבססה על השקפתו לפיה שותפות מלאה בין השותפים אינה יכולה להוות הסדר כובל; והואיל ובמהלך עדותו בבית המשפט החרה החזיק עורך הדין אחר עמדתו בדבר חוקיות ההסכם, וזאת, שעה שהעובדות שלחסרונן טוענת המשיבה כבר היו ידועות לו היטב.

8. המערערים משיגים גם על קביעתו של בית משפט קמא לפיה אדם סביר היה מביא לידיעת עורך דינו את המידע בנוגע ליחסים הקודמים בין השותפים. להשקפתם, במקרה שלפנינו, בו נתבקש עורך הדין להתוות בעצמו את מערכת היחסים המשפטית בין הצדדים היה האדם הסביר מצפה מעורך הדין להידרש בעצמו לכל העובדות

הנחוצות לצורך הייעוץ. בנוסף, להשקפת המערערים, הואיל ומדובר בעבירה פלילית, המבחן הראוי בנסיבות העניין אינו מבחן אובייקטיבי של סבירות אלא מבחן של מודעות בפועל ליסודות העבירה ולכן לא די בכך שאדם סביר בנעליהם היה פועל אחרת. לבסוף, מעלים המערערים שורה של השגות על יתר הקביעות המופיעות בהכרעת הדין, לרבות הקביעה בדבר התקיימות יסודותיה של עבירת ההסדר הכובל והקביעות לעניין אי-התקיימותה של הגנה מן הצדק בעניינם. אומר כבר עתה, כי טענות אלה נטענו באופן גורף וכוללני, בלא הנמקה של ממש. על מנת להמחיש את הדברים אציין כי 30 מתוך 31 עמודי עיקרי טיעון שהגישו המערערים נסבים על טענותיהם בנושא היסוד הנפשי והייעוץ המשפטי שקבלו, בעוד שיתר הטענות מופיעות ברמה של "כותרות" על פני פחות מעמוד אחד.

המשיבה סבורה כי יש לדחות את הערעור ולהותיר את פסק דינו של בית משפט קמא על כנו, מטעמיו.

דיון

היסוד הנפשי של עבירת ההסדר הכובל

9. היסוד הנפשי הדרוש לשכלולה של עבירת הסדר כובל הוא מחשבה פלילית, דהיינו, מודעות לטיבו הפיסי של המעשה ולקיומן של הנסיבות המהוות חלק מהגדרת העבירה (ראו סעיף 19 ו-20 (א) לחוק העונשין אשר הוחלו על עבירת ההסדר הכובל מכוחו של סעיף 34 כג לחוק העונשין. כן ראו: ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, 872 (2005). להלן: עניין בורוביץ). הסדר כובל מוגדר בסעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים כ"הסדר שנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר". סעיף 4 לחוק ההגבלים העסקיים קובע, כי לא יהיה אדם צד להסדר כובל אלא אם כן "קיבל מאת בית הדין אישור לפי סעיף 9 או היתר זמני לפי סעיף 13 או פטור לפי סעיף 14, או שכל הכבילות שבהסדר פטורות בהתאם לפטור סוג שנקבע לפי סעיף 15א..."

מכאן, שלצורך הרשעה בעבירה של הסדר כובל נדרשת מודעות של הנאשם למספר רכיבים עובדתיים מצטברים. הראשון הוא הצטרפות ל"הסדר", אשר יכול שיתגבש בדרכים שונות ומגוונות (ראו סעיף 1 לחוק ההגבלים העסקיים). השני הוא שההסדר נעשה בין "בני אדם המנהלים עסקים". השלישי הוא שמדובר בהסדר "שלפיו אחד



הצדדים לפחות מגביל עצמו", כאשר הגבלה היוצרת הסדר כובל תהא כזו המצמצמת את חופש הפעולה הנתון למי שמנהל את עסקיו באותו תחום. הרכיב הרביעי דורש, כי ההגבלה תעשה "באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים", כאשר רכיב זה בוחן, באופן פונקציונאלי, את השלכותיו של ההסדר הכובל ואת מידת פגיעתו בתחרות (לניתוח מפורט של רכיבים אלה ראו עניין בורוביץ, בעמ' 860-868). הרכיב החמישי והאחרון הוא רכיב שלילי, המורה אותנו כי הסכם בו מתקיימים כל הקריטריונים שלעיל ייחשב כ"הסדר כובל" רק מקום בו לא זכה לגושפנקא חוקית (אישור, היתר זמני או פטור לסוגיו).

10. מן הכלל אל הפרט. בפרק זה של טענותיהם, המערערים אינם כופרים בכך שהם היו מודעים לכל רכיבי ההגדרה דלעיל ובכך שהיו מודעים לתוכנו של ההסכם ולנושא הכבילה, אלא שלטענתם, אי-מודעותם להיותו של ההסכם "הסדר כובל" מהווה אי-מודעות לקיומה של נסיבה המהווה חלק מיסודות העבירה ואי מודעות זו שוללת את התקיימותו של היסוד הנפשי. טענה זו דינה להידחות. חרף הכסות שהיא לובשת, הלכה למעשה טענתם של המערערים אינה מתייחסת להעדר מודעות לנסיבה של עבירת ההסדר הכובל, שכן הקביעה לפיה הסכם מסוים מהווה הסדר כובל אינה מהווה נסיבה של העבירה אלא מסקנה משפטית-נורמטיבית הנובעת מצירופם יחד של הרכיבים העובדתיים עליהם עמדנו לעיל. משכך, הלבוש המשפטי המדויק של טענת המערערים הוא, כי היסוד הנפשי של עבירת ההסדר הכובל אינו מתקיים בהם משום שהם לא היו מודעים, במישור המשפטי, להיותו של ההסכם שרקמו עם שותפיהם משום הסדר כובל. טענה זו לא ניתן לקבל, הואיל והיא מבקשת לקרוא אל תוך היסוד הנפשי של עבירת ההסדר הכובל רכיב שאינו קיים בו: מודעות לרכיב הנורמטיבי של העבירה, דהיינו, מודעות לכך שמעשה מסוים עולה כדי עשיית "הסדר כובל" ומהווה לפיכך, עבירה פלילית. טענה דומה נטענה כבר בעניין בורוביץ ונדחתה, ואין לנו אלא לשוב ולהזכיר את דבריו של בית המשפט שם:

"היסוד הנפשי הנדרש בעבירת ההסדר הכובל הוא מודעות בפועל של עושה העבירה לטיב הפיזי של מעשיו ולקיום הנסיבות שבגדרן נעשו. בהגדרת יסודה הנפשי של העבירה האמורה אין כל דרישה להתייחסות סובייקטיבית-ערכית מצד עושה העבירה, ויסוד זה מתקיים גם כאשר העושה איננו מודע לאופי-האנטי חברתי של התנהגותו, או אף מאמין באמת ובתמים שבמעשיו אין כל פסול. הוספת הדרישה למודעות לקיומו של האיסור הפלילי ... איננה מתיישבת עם הוראת סעיף 34 ל חוק העונשין, אשר ככלל, שוללת את נפקותה של 'טעות במצב המשפטי' לעניין קביעת

האחריות, והיא אף סוטה בבירור מלשוננו של סעיף 20(א) לחוק העונשין" (עניין בורוביץ, בעמ' 876. והשוו: מדינת ישראל נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית: ע"פ 845/02 (טרם פורסם, 10.10.2007) פסקאות 24 ו-29 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. להלן: עניין תנובה).

סיכומו של דבר, טענת המערערים לעניין אי-התקיימותו של היסוד הנפשי של עבירת ההסדר הכובל – נדחית.

הסתמכות על ייעוץ משפטי: האם מקימה הגנת טעות במצב דברים או הגנת טעות במצב משפטי?

11. הטענה לפיה הסתמכותם של המערערים על הייעוץ המשפטי שקיבלו מקימה הגנה של טעות במצב דברים – אף היא אין לה על מה שתסמוך. בית משפט זה קבע לא אחת כי "טעות בהכנת תוכנה של נורמה עונשית שנקבעה בחוק ההגבלים הריהי 'טעות במצב משפטי' כמשמעה בסעיף 34 ל"חוק העונשין" (עניין בורוביץ, בעמ' 931. והשוו: עניין תנובה, פסקה 25 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). הערעור שלפנינו נסב כל כולו על נורמה עונשית כזו, היא עבירת ההסדר הכובל הקבועה בחוק ההגבלים העסקיים. משכך, טעות בשאלה אם הסדר מסוים מהווה הסדר כובל, מהווה טעות במצב משפטי (ראו: עניין טגר, בפסקה 61) וככזו, עליה להיבחן באספקלריה של סעיף 34 לחוק העונשין, ולא באספקלריה של סעיף 34 לחוק העונשין, כנטען מפי המערערים. משאמרנו דברים אלה, השאלה שנותרה לפתחנו היא האם, כטענת המערערים, שגה בית המשפט המחוזי כאשר קבע כי הגנת טעות במצב משפטי לפי סעיף 34 לחוק העונשין אינה עומדת למערערים. לשאלה זו אדרש להלן.

האם עומדת למערערים שלפנינו הגנת הטעות במצב משפטי?

12. למען הבהירות, נביא בשנית את נוסחו של סעיף 34 לחוק העונשין, העומד במוקד הדיון שלפנינו:

לענין האחריות הפלילית אין נפקה מינה אם האדם	"טעות
דימה שמעשהו אינו אסור, עקב טעות בדבר קיומו	במצב
של איסור פלילי או בדבר הבנתו את האיסור, זולת	משפטי
אם הטעות היתה בלתי נמנעת באורח סביר."	

הכלל הידוע והמקובל בדיני העונשין – המשתקף בהוראת סעיף זה – הוא כי אי ידיעת הדין אינה פוטרת נאשם מאחריות פלילית. ביסודו של כלל זה מונחים שני

רציונאליים מרכזיים. האחד, הוא האינטרס החברתי בכך שכל אדם יידע את החוק הפלילי ויציית לו. השני, הוא עקרון החוקיות, ה"מחייב את קיומו של גבול קבוע בחוק – גבול אובייקטיבי ככל הניתן בין המותר לאסור – שיחול באורח שווה על כלל בני החברה. זאת, מתוך תפיסה שהשאלה האם התנהגות מסוימת מהווה עבירה אם לאו, אינה צריכה להיות מוכרעת בהתאם להבנתו, פרשנותו וידיעותיו הסובייקטיביות של פרט כזה או אחר אלא בהתאם להכרעתו של המחוקק ולפרשנותן של הרשויות המוסמכות לכך על-פי חוק" (עניין תנובה, פסקה 27 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. והשוו: מרים גור-אריה "הסתמכות על עצה מוטעית של עורך דין – האם פוטרת מאחריות פלילית" עלי משפט ב, 33, 36 (תשס"ב). להלן: גור-אריה; מרים גור אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992" משפטים כד 9, 61 - 62 (תשנ"ד)). הסיפא של סעיף 34 לחוק העונשין מהווה, אפוא, חריג לכלל האמור, כאשר היא קובעת כי לנאשם תעמוד הגנה של טעות במצב משפטי מקום בו היתה טעותו "בלתי נמנעת באורח סביר". הגנה זו שואפת ליצור איזון בין העיקרון היסודי לפיו אין עבירה בפלילים ללא אשמה לבין הרציונאליים העומדים ביסוד הכלל לפיו טעות במצב המשפטי אינה פוטרת מאחריות בפלילים (ראו: עניין תנובה, פסקאות 30-27 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; עדי אור "אי-ידיעת הדין ועצה רשמית מוטעית במשפט הפלילי" עיוני משפט י 535, 537 (תשמ"ה); בן-ציון להב "אי ידיעת הדין" מחקרי משפט ו 165, 177-183 (תשמ"ח).

מאחר ומדובר בסייג לאחריות פלילית, הנטל לעורר את הטענה בדבר תחולתה של ההגנה וכן הנטל להביא ראיות להוכחתה, מוטלים שניהם על הנאשם. על מנת ליהנות מתחולתה של ההגנה יהא עליו להוכיח, כלשון הסעיף, כי טעותו היתה "בלתי נמנעת באורח סביר". תיבה זו נתפרשה בפסיקה כמורכבת משני רכיבים: האחד, קיומה של "טעות"; השני, היותה של הטעות "בלתי נמנעת באורח סביר". הרכיב הראשון הוא רכיב סובייקטיבי, המבקש לבחון אם אמנם טעה הנאשם טעות בדין הפלילי, כאשר לשם תחולתה של ההגנה נדרש, כי אותה טעות תהיה תמת-לב וכנה. הרכיב השני הוא רכיב אובייקטיבי, ולפיו "רק טעות בלתי נמנעת באורח סביר עשויה לפטור את הנאשם מאחריות בפלילים... הדרישה לכך שהטעות תהיה בלתי נמנעת באורח סביר מצביעה על כך שרק אם לא היה בידי הנאשם למנוע את הטעות למרות שפעל באורח סביר, הוא ייהנה מההגנה של טעות במצב משפטי. אם נקיטת האמצעים לא הייתה אפשרית באורח סביר בהתאם לנסיבות העניין, או אם למרות שאמצעים אלה ננקטו, עדיין הייתה טעותו של הנאשם בלתי נמנעת, תשלול הטעות בדין הפלילי את אחריותו הפלילית של הנאשם" (עניין תנובה, פסקה 31 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. והשוו: ע"פ 389/91 מדינת ישראל נ' ויסמרק, פ"ד מט(5) 705, 727-728 (1996); עניין טגר, פסקה 59; עניין

בורוביץ, בעמ' 934; יעקב קדמי על הדין בפלילים חלק ראשון, בעמ' 571 - 572 (2004).

13. במקרים מסוימים, ההסתמכות על ייעוץ משפטי של עורך דין עשויה להקים לנאשם את הגנת הטעות במצב משפטי, שעל רכיביה עמדנו לעיל (עניין תנובה, בפסקה 34 וההפניות המופיעות שם). בצד האמור, נוכח החשש מפני שימוש לרעה בעצה משפטית, לרבות בדרך של רכישת חוות דעת משפטיות "מוזמנות", נקבע כי על בית המשפט לנהוג הקפדה יתרה בבואו לקבוע כי נאשם יהנה מפטור מאחריות בפלילים בשל הגנת ההסתמכות על ייעוץ פרטי ולהתחשב, בין היתר, באמות המידה שלהלן. ראשית, על מנת שתקום לנאשם הגנה של טעות במצב משפטי – טענת ההסתמכות על הייעוץ, כשלעצמה, צריכה להיות סבירה. כך, "ככל שמדובר בשאלה משפטית מורכבת יותר שהדין לגביה אינו ברור וחד משמעי, כך תהא ההסתמכות על ייעוץ מקצועי לרבות עצת עורך דין בנוגע לאותה שאלה סבירה יותר" (עניין תנובה, בפסקה 36). שנית, ככל שהאדם הפונה לייעוץ הוא בעל עמדה מקצועית בכירה יותר, כך ההסתמכות עיוורת מצידו על ייעוץ משפטי של עורך דין תהיה סבירה פחות. אופייה ומורכבותה של השאלה המשפטית נושא הייעוץ, גם הן רכיב חשוב בהכרעה בדבר סבירותה של טענת ההסתמכות.

בנוסף לכך נדרש – ולרכיב זה חשיבות רבה להמשך הדיון שלפנינו – כי הייעוץ המשפטי שניתן לנאשם יתבסס על התשתית העובדתית הרלוונטית במלואה: "על הנאשם המבקש לקבל חוות דעת משפטית לחשוף בפני הגורם המייעץ את כל העובדות הרלוונטיות למקרה שלגביו מתבקשת חוות הדעת... [הלקוח] נדרש... לחשוף בפני עורך הדין את כל הנסיבות הרלוונטיות ולמסור לו את כל המידע המדויק הדרוש לו לשם מתן העצה" (עניין תנובה, בפסקה 37. והשוו: עניין טגר, בפסקה 74). אמת מידה נוספת המשמשת לבחינת התקיימותה של ההגנה היא היותו של עורך הדין נותן העצה מומחה בתחומו. עוד תיבחן השאלה האם הייעוץ המשפטי הינו, על פניו, רציני ומעמיק, כאשר לייעוץ משפטי המלווה במסמכים כתובים תינתן עדיפות בעת בחינת התקיימותה של ההגנה. אמת מידה נוספת לעניין זה תהא, האם נקט הנאשם בדרך של פנייה לייעוץ פרטי נוכח העדרם של אמצעים מתאימים יותר, כגון פניה לרשות המוסמכת. לבסוף, על מנת שיוכל נאשם ליהנות מהגנת הטעות במצב משפטי, הסתמכותו על עצת עורך הדין צריך שתיעשה בתום לב (לפירוט אמות מידה אלה ראו עניין תנובה, פסקאות 36-37).

14. על פי קביעתו של בית משפט קמא – בה לא נמצאה לי כל עילה להתערב – בנסיבות העניין ובשל אי היכרותם עם תחום ההגבלים העסקיים, לא היה ביכולתם של המערערים להעמיד למבחן את הייעוץ המשפטי שניתן להם. עוד יש לומר, כי תחום ההגבלים העסקיים הוא אכן תחום כלכלי ומשפטי מורכב. בגין אלה דומה, כי עצם פנייתם של המערערים לייעוץ משפטי – היתה סבירה. בנוסף לאלה, מוכן אני להניח כי חוות הדעת שנתבקשה הינה בתחום מומחיותו של עורך הדין. מאחר ועורך הדין הוא שניסח את ההסכם בין השותפים, הרי שהמערערים צלחו גם את המשוכה הראיתית של מתן חוות הדעת בכתב. המשוכה העיקרית הניצבת לפני המערערים הינה קביעתו של בית משפט קמא לפיה הם לא מסרו לעורך הדין את כל הפרטים הרלוונטיים לצורך מתן הייעוץ, והקביעה לפיה הם נמנעו מלחשוף בפני עורך הדין את העובדה כי בשנה שקדמה לעריכת ההסכם שררה בין השותפים תחרות קשה, אשר גרמה להורדת מחירים ולהפסדים ניכרים, ואת העובדה שתחרות זו היא שהייתה המניע העיקרי לעריכת ההסכם.

15. על קביעות אלה משיגים המערערים בערעור שלפנינו, אולם את השגותיהם בעניין זה לא אוכל לקבל. ראשית, מדובר בקביעות מובהקות שבעובדה. הלכה מושרשת היא, כי ערכאת ערעור אינה נוהגת להתערב בקביעות מעין אלה, אלא במקרים חריגים בהם נפלה טעות ברורה בפסק הדין, או כאשר המסכת העובדתית אשר נקבעה על ידי הערכאה הדיונית אינה מתקבלת על הדעת (ראו, למשל, ע"פ 1523/05 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 2.3.2006), פסקה 63 לפסק הדין; ע"פ 3579/04 אפגאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 119, 124 (2004)). לאחר בחינת הכרעת הדין וחומר הראיות, לא מצאתי כי חריגים אלה מתקיימים בענייננו.

למעלה מן הצורך אציין כי בחנתי את השגותיהם העובדתיות של המערערים אף לגופן, ולאחר שעשיתי כן, שוכנעתי כי דינן להידחות. עורך הדין הסביר בעדותו, באופן שאין מפורש ממנו, כי מטרת ההסכם, כפי שהוצגה לו על ידי המערערים ושותפיהם, היתה צמצום הוצאות הייבוא של הלולים לישראל:

"המטרה העיקרית שהוגדרה לי היתה, הסכם בין שותפים על מנת לצמצם את הוצאות הייבוא של הלולים, האחסנה והחזקה של אותם לולים. כי גם מבחינתם רצו לחסוך ולהרוויח כמה שיותר בעניין הזה... הם נתנו לי פרטים, כמו שאמרתי קודם, הם ביקשו לצמצם, זאת היתה המטרה העיקרית לחסוך בעלויות ובכל אותם דברים, והם רוצים לעשות שותפות משותפת. כל אחד יש לו כמות קטנה, הכמות הגדולה מצמצמת את

ההוצאות והם רוצים לצמצם את הדברים האלה" (עמ' 393-395 לפרוטוקול, ההדגשות הוספו, ע' פ')

ובהמשך:

"זאת היתה המטרה [של ההסכם, ע' פ']. לחסוך בעלויות והוצאות של השותפות, וזה כתוב גם בהסכם. וזה היה המוטו של כל השותפות הזאת מלכתחילה, כדי לחסוך ולייעל" (עמ' 418 לפרוטוקול, ההדגשות הוספו, ע' פ').

כאשר נשאל עורך הדין אם ידוע לו על מטרות נוספות, מעבר לצמצום עלויות, אותן נועד ההסכם להשיג – השיב בשלילה (עמ' 394 לפרוטוקול). עורך הדין ציין עוד, כי נושא מחיר הלולבים כלל "לא עלה" בשיחותיו עם השותפים (עמ' 414 לפרוטוקול) וכי המערערים אף ציינו בפניו כי שיתוף הפעולה ביניהם הביא, בפועל, לירידת מחירים (עמ' 418 לפרוטוקול). עדותו של עורך הדין מעלה, אפוא, כי המערערים הציגו בפניו מצג לפיו המטרה בהקמת השותפות הייתה הוזלת מחירי העלויות, וכי שיתוף הפעולה ביניהם מביא להורדת מחירים בשוק הלולבים. כל זאת, שעה שמטרתם האמיתית היתה לנטרל, באמצעות הקמת השותפות, את התחרות החריפה אשר שררה ביניהם בשנים קודמות ולהביא להעלאת מחירים בשוק. עובדת קיומה של תחרות זו עולה בבירור מעדויותיהם של בלילי ומנשה פור בפני בית המשפט המחוזי. כך, ציין בלילי בעדותו כי: "ב-97' ג'אן [הכוונה למנשה פור, ע' פ'] הצליח להביא לולבים על-ידי איש קש ונלחם בי מלחמת חורמה, הוא נלחם בי אבל כל השוק נרגע... הוא חיפש לפגוע בי והוא הצליח" (עמ' 3-4 לת/2). פור מסר דברים דומים אודות המצב ששרר עובר להקמת השותפות: "ב-97' אני ייבאתי לולבים לבד ואבי בלילי שהיה שותף שלי לשעבר ניסה להוציא אותי מהשוק. אם זה יפה או נאה זה לא המקום לבית המשפט, אבל הוא ניסה להוציא אותי מהשוק הזה. אני מכרתי את הלולבים במחירי הפסד רק בשביל להיות בתוך השוק" (עמ' 441 לפרוטוקול). תחרות זו והרצון להעלות את המחירים בשוק הם שעמדו לנגד עיניהם של המערערים בבואם לרקום את הסכם השותפות. וכך מציין בלילי:

"ש. למה חזרתם, אתה וג'אן, להיות שותפים?  
ת. חברים במושב רצו לסיים סכסוך של שנים... זו אחת הסיבות. הסיבה השניה היא ש'אכלתי אותה' שנה קודם.  
שנה שעברה הוא כופף אותי. ואז החלטתי להתחבר אתו  
העונה" (עמ' 5 לת/2).

ופור:

"ש. ...כיצד פעלתם כל אחד מהשותפים בשנים שלפני הקמת השותפות?  
ת. בשנה הקודמת, 1997, אני מכרתי לבד והתחריתי בצורה חריפה ביבואנים הרשומים וביבואנים אחרים. הפסדתי כספים" (עמ' 13 לת/7)

ובהמשך:

"ש. מה היה שונה השנה?  
ת. השנה מכירת הלולב היא ברמה מסוימת, במחירים גבוהים משנה שעברה" (עמ' 4 לת/7).

נוכח האמור, אין לי אלא לקבל את קביעתה של הערכאה הדיונית, לפיה המערערים לא מסרו לעורך הדין את כל המידע אשר היה עליהם למסור, ובעיקר לא יידעו אותו בדבר התחרות האגרסיבית שהתנהלה ביניהם בשנה שקדמה להסכם ואשר הובילה להורדת מחירים תלולה. בכך, די כדי לשלול את התקיימותה של הגנת הטעות במצב המשפטי לה טוענים המערערים, שכן "הסתמכות על עצתו של עורך דין שניתנה בלא שהונחה בפניו התשתית העובדתית ההולמת אינה סבירה" (עניין טגר, בפסקה 74). בית המשפט המחוזי מוכן היה להניח לטובת המערערים, חרף כך שלא שוכנע לחלוטין בעניין זה, כי אי-מסירתו של המידע האמור לעורך הדין נעשתה בתום לב (ראו עמ' 49 להכרעת הדין). הנחתו זו של בית המשפט המחוזי מקלה עם המערערים במידה רבה, שכן, כפי שנפסק, "הסתרת מידע מעורך הדין אינה צועדת יד ביד עם התנהגות בתום לב" (עניין טגר, פסקה 74 לפסק הדין) בפרט כאשר מדובר בנתון העומד בבסיס מהלכי המערערים. בצד האמור, אף אם אלך בדרכו של בית המשפט המחוזי ואניח אף אני, לטובתם של המערערים, כי אי-מסירת המידע נעשתה בכנות ובתום-לב, יש בכך כדי לענות על הרכיב הסובייקטיבי של הגנת הטעות, ועליו בלבד. כפי שציינו לעיל, בכך אין די, שכן על מנת ליהנות מתחולתה של הגנה זו על הטוען לה להוכיח כי טעותו – הכנה ותמת-הלב – היתה, במישור האובייקטיבי, בלתי נמנעת באורח סביר, ובנטל זה לא עמדו המערערים. כבית משפט קמא אף אני סבור, כי אדם סביר היה מוסר לעורך דינו את המידע אותו מנעו המערערים מעורך הדין. על מנת לקבל ייעוץ משפטי הולם, היה אדם סביר פורש בפני עורך דינו את מטרותיו של ההסכם, את המניעים להתקשרות בו ואת הרקע לו, והדברים אמורים ביתר שאת מקום בו מדובר באדם נטול ידע והכשרה מקצועית מתאימים, כמערערים שלפנינו. נוכח כך שעובדות אלה לא נמסרו לעורך הדין, אין לי אלא להצטרף למסקנתו של בית המשפט המחוזי לפיה עורך הדין לא היה מודע לכל העובדות הרלוונטיות לצורך הייעוץ המשפטי שנתן למערערים ולפיכך, לא

היתה טעותם "בלתי נמנעת באורח סביר" כנדרש לצורך התקיימותה של הגנת הטעות במצב משפטי.

16. המערערים מוסיפים וטוענים, כי בפני עורך הדין הונח כל המידע הרלוונטי הדרוש לצורך חוות הדעת, וכי אפילו היו חושפים בפניו את מסכת היחסים ביניהם והמניעים להתקשרותם, לא היה בכך כדי לשנות מעצתו. גם בטענה זו אין כדי להועיל למערערים. אכן, לפי פסיקתו של בית משפט זה נדרש קיומו של קשר סיבתי בין המידע שסופק לעורך הדין לבין הטעות המשפטית אשר נגרמה. השאלה הרלוונטית בהקשר זה הינה האם למידע שלא נחשף בפני עורך הדין היה פוטנציאל השפעה על חוות הדעת. השאלה איזה מידע הוא בעל פוטנציאל השפעה, נגזרת מאמת המידה של סבירות, דהיינו, יש לבחון האם נפרש בפני עורך הדין כל המידע אשר אדם סביר היה רואה בו חשיבות לשם גיבוש דעתו המקצועית של עורך הדין ו"בעניין זה יש להפעיל את מבחן השכל הישר, מתוך מגמה מרחיבה" (עניין טגר, בפסקה 76). המבחן הוא, אפוא, אובייקטיבי, ואין משמעות לשאלה האם עורך הדין שנתן את חוות הדעת אכן היה משנה את דעתו לאור המידע שלא היה ברשותו אם לאו. על כן, "גם אם יעיד עורך הדין שהעניק את הייעוץ המשפטי כי אף אם היה יודע את העובדות שלא הוצגו בפניו לא היתה משתנית חוות דעתו, אין משמעות הדבר בהכרח שהמידע לא היה רלוונטי" (עניין טגר, בפסקה 75). כבית משפט קמא אף לי אין ספק, כי המידע בדבר מערכת היחסים האמיתית בין המערערים והמניעים להתקשרותם היה בעל פוטנציאל השפעה על הייעוץ המשפטי וכי "אילו נמסרו עובדות אלה לעורך דין עזריאל, היה בכך כדי למקד את שימת הלב בהשפעתה האפשרית של החבירה בין הנאשמים והשותפים האחרים על התחרות ועל מחירי הלולבים. בכך גם היה כדי למנוע יצירת מצג מטעה, לפיו השפעתה של החבירה בין הנאשמים והשותפים האחרים מצטמצמת לעניין החסכון בהוצאות" (עמ' 49 להכרעת הדין). לא זו אף זו, להשקפתי, האדם הסביר בנעלי המערערים היה מוסר לעורך הדין את המידע שלעיל, אשר היה בעל זיקה הדוקה ועניינית לליבת הייעוץ המשפטי שניתן להם. נוכח אמת המידה האובייקטיבית כאמור, אך מובן הוא כי עדותו של עורך הדין, לפיה תוכנו של הייעוץ המשפטי שניתן למערערים לא היה משתנה גם לאור המידע החדש – אינה מעלה או מורידה.

17. לבסוף נזכיר, כי במסגרת הערעור שלפנינו ביקשו המערערים כי יותר להם להגיש ראיות נוספות המתייחסות למידע שהיה בידעתו של עורך הדין עובר להסכם. סעיף 211 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 מסמך את ערכאת הערעור לגבות ראיות נוספות או להורות לערכאה הדיונית לגבות ראיות שיורה (ראו, למשל, ע"פ 4898/04 לוי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 11.1.2007), בפסקה 6). הלכה



היא, כי על מנת להתיר הגשת ראיות נוספות בפני ערכאת ערעור נדרש קיומם של שני תנאים מצטברים: הראשון, כי המערער לא היה יכול להביא את הראייה בפני הערכאה הדיונית; השני, כי הראייה הנוספת היא בעלת משקל סגולי כזה העשוי לשנות את תוצאות המשפט (ראו, למשל: ע"פ 86/05 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 14.6.2007) בפסקה 3; ע"פ 10830/02 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נח(3) 823, 844 (2004); יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים חלק שלישי, בעמ' 1366-1365 (2003)). התנאי הראשון אינו מתקיים בענייננו. טענת המשיבה לפיה המערערים לא מסרו לעורך הדין את כל העובדות הרלוונטיות נטענה כבר בפני בית המשפט קמא. לו חפצו המערערים, היה ביכולתם להרחיב את חקירתו של עורך הדין בעניין זה. משבחרו לא לעשות כן בשלב הדיוני, איני רואה טעם טוב להתיר להם לעשות כן בשלב הערעור. בנפרד מן האמור אציין, כי אף התנאי השני אינו מתקיים בענייננו. נוכח עדותו של עורך הדין, אשר פרקים ממנה הובאו לעיל, אין לי אלא לקבל את קביעתו של בית משפט קמא לפיה המערערים לא מסרו לעורך הדין את כל העובדות הרלוונטיות, ובכלל זה, את המניעים האמיתיים להתקשרותם ואת ציפיותיהם מהשותפות. איני מוצא כי חקירה נוספת של עורך הדין עזריאל היתה יכולה לשנות את התמונה האמורה. משכך, בקשתם של המערערים להגשת ראיות נוספות – נדחת.

סיכומי של דבר, טענות המערערים לעניין התקיימותו של היסוד הנפשי של עבירת ההסדר הכובל ולעניין הגנת ההסתמכות – נדחות כולן.

18. גם בטענותיהם הנוספות של המערערים לא מצאתי ממש. כמובהר לעיל, עיקרה של הודעת הערעור נסב על שאלת התקיימותו של היסוד הנפשי של עבירת ההסדר הכובל ועל הטענה בדבר הגנת ההסתמכות על ייעוץ משפטי. יתר טענותיהם של המערערים – אשר עסקו, כזכור, בקביעותו של בית המשפט המחוזי לעניין התגבשותו של הסדר כובל בענייננו ולשאלת התקיימותה של הגנה מן הצדק – היו כוללניות ולא נומקו כלל, ובכך די היה כדי לדחותן. למעלה מן הדרוש אציין, כי גם בחינת הטענות לגופן מעלה כי הכרעתו של בית משפט קמא בסוגיות שהונחו לפניו היתה מבוססת בדבוע, ולא נמצאה לי עילה לשנות ממנה. כבית משפט קמא אף אני סבור כי למערערים לא עומדת הגנה מן הצדק מפני האישומים שיוחסו להם וכי גם טענתם בדבר אכיפה בדרנית של הדין על ידי הרשויות אינה יכולה להתקבל. גם קביעותו של בית משפט קמא לעניין התקיימות רכיביה העובדתיים של עבירת ההסדר הכובל בדין יסודן, ולא מצאתי עילה לשנות מהן.

נוכח כל האמור, אם תשמע דעתי, אציע לחברי לדחות את הערעור. הממונה על עבודות השירות יגיש לבית משפט זה, בתוך 30 ימים, חוות דעת עדכנית בעניינם של המערערים. עם קבלתה של חוות דעת זו, נורה על מועד ההתייצבות ומקום ביצוע עבודות השירות.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ע' פוגלמן.

ניתן היום, ג' באדר ב' התשס"ח (10.3.08).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה