

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

[15.6.78, 31.5.78]

לפני השופטים אשר, אלון, לוין

ע"פ 566/77

ע"פ 575/77

1. אורינט קולור מעבדה לצלום צבעוני בע"מ

2. מרסל בן יוסף שמואלי

נגד

מדינת ישראל

ע"פ 566/77

1. ש' גטר (צרכי צלום) בע"מ

2. פסח הגר

3. צנטרוקולור בע"מ

4. זביגנוב בן צבי קלינובסקי

5. שלמה חדי בע"מ

6. אברהם בן שלמה חדי

נגד

מדינת ישראל

ע"פ 575/77

פסק-דין

השופט אשר: המערערים הואשמו בבית-משפט השלום בתל-אביב-יפו בעבירה על סעיפים 18 ו-43 לחוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט – 1959, בכך שהתקשרו ביניהם ב"הסדר כובל" ולא רשמו אותו במרשם הסדרים כובלים המנוהל על-ידי הממונה על הגבלים עסקיים, ולא הגישו למועצת ההגבלים העסקיים בקשה למתן החלטה על ההסדר שלהם. המערערים הכחישו בטיעונם את כל פרטי כתב-האישום, ובתוכם הטענה שלא רשמו את ההסדר הכובל ולא הגישו בקשה למועצה שתחליט עליו. התביעה הכללית עמלה רבות כדי להוכיח את עצם ההתקשרות בין המערערים ואת אופיו הכובל של ההסדר אשר הונהג על-פי התקשרותם, והיא גם הצליחה במשימה זו. דא עקא שהיא לא הביאה ראיות להוכחת הטענה שהמערערים לא רשמו את ההסדר אצל הממונה ולא ביקשו מהמועצה להחליט עליו. בהעדר הוכחה לעניין זה החליט שופט השלום המלומד לזכות את המערערים וכך אמר:

"העבירה לפי סעיף 18 של חוק ההגבלים העסקיים,

תשי"ט – 1959, היא עבירה של אי-רישום. בכתב-האישום

נטען כי הנאשמים לא רשמו את ההסדר הכובל. הנאשמים

כפרו בכל העובדות אשר בכתב-האישום ועל-כן נחשבת

כמוכחשת אף הטענה של העדר רישום..."

ולמטה מזה הוסיף :

"אין ספק שיש הבדל בחובת הראיה כאשר מדובר בהוכחתה של עובדה בעלת אופי שלילי או עובדה המצויה בגדר ידיעתו המיוחדת של אחד הצדדים, אולם למרות זאת נשמר תמיד העיקרון כי נטל השכנוע רובץ על בעל הדין הטוען טענה המהווה חלק מעילתו, בין שזו עובדה בעלת אופי חיובי ובין בעלת אופי שלילי (ראה בקשר לכך ספרו של הרנון על דיני ראיות, חלק 1, ע' 234)..."

התוצאה היא שלא הוכח לפני אחד מיסודות העבירה ורק מסיבה זו יש לזכות את הנאשמים".

התביעה הכללית ערערה על הזיכוי לפני בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו ושם נהפכה הקערה על פיה. השופטים המלומדים החליטו לקבל את הערעור ולהרשיע את המערערים בעבירה שפורטה בכתב-האישום, ואת טעמיהם לכך הסבירו כדלקמן :

"נקודה זו (דהיינו שלא היה רישום של הסדר כובל - ש'א') לא עמדה במרכז הדיון וברור שהתביעה לא הייתה יכולה להיות מוכנה לה אחרי שהמשיבים בהודעותיהם בפני החוקרים לא העלו טענה זו כלל אלא טענו דברים אחרים לגמרי כגון זו שעיסוקם אינו מהווה קרטל, או שחל עליהם החריג של סעיף 6 משום שיש להם פטנט או זכות קניינית אחרת. אפילו כשהמשיבים טענו בתום ראיות התביעה, שאין להם למה להשיב, לא העלו נקודה זו. אנו סוברים שעובדת רישום זו טענה אשר בדרך כלל המשיבים צריכים להוכיחה ומה גם בנסיבות עניין זה."

המערערים ביקשו רשות לערער על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי ואכן קיבלו רשות מוגבלת לשם בירור שאלה אחת בלבד : "אם צדק בית-המשפט המחוזי בקביעתו שהחובה להוכיח את הרישום חלה על הנאשמים, או שמא היה על המדינה להוכיח אי רישום ההסדר הכובל".

כלל הוא במשפט פלילי - להוציא מקרים שלגביהם נקבע אחרת בחוק חרות - שעל התביעה הכללית להוכיח את כל היסודות של העבירה שבכתב-האישום, בין אם הם יסודות חיוביים ובין אם הם יסודות שליליים. כלל זה מבוסס על חזקת חפותו של נאשם כל עוד לא הוכחה אשמתו. ב-ע"פ 28/49 (עניין זרקא), (1), התייחס בית-המשפט העליון, בין היתר, להוכחתם של יסודות שליליים של העבירה וכך סוכמה שם ההלכה (בע' 529) :

"מבחינת חובת הראיה (אותה אנו נוהגים לכנות כעת נטל השכנוע' ש'א') המוטלת עד הוסף על הקטגוריה, הרי ברור - וכבר אמרנו וחזרנו ואמרנו זאת - כי עליה להוכיח במידה הנעלה מכל ספק המתקבל על הדעת את קיום כל היסודות המהווים את העבירה הנדונה, לרבות אפוא כל אלמנט שלילי הכרוך בה. משום כך, בשלב הראשון חייבת

היא לפתוח בפרשת ההוכחות ולהביא עדות המספיקה לכאורה - על פי המבחן שהוגדר על ידינו - כדי הוכחת קיום העובדה השלילית הנדונה. ברם, בבואנו למדוד את כמות העדות הנחוצה כדי להוות "הוכחה לכאורה", אזי תהא השפעה לעובדה, שהיסוד הנדון הוא בעל אופי נגטיבי ושמציאותו או אי מציאותו נתונה בידיעה המיוחדת של הנאשם. רצוננו לומר: במסיבות כגון אלה תהא כמות העדות הנדרשת, לשם קיום חובת ההוכחה הטפלה (מס' 2) (חובה זו אנו נוהגים לכנות כעת נטל הבאת הראיות - ש'א') המוטלת על הקטגוריה בשלב הראשון של הדיון, פחותה ממידת החומר העובדתי אשר היא חייבת להמציא אז לגבי יסודות בעלי תכונות, חיוביות".

עורך-הדין י' הורביץ, נציגו המלומד של היועץ המשפטי שהופיע לפנינו בערערו זה, לא חלק על כך שנטל השכנוע בשאלת "אי-רישום ההסדר הכובל" ו"אי-הגשת בקשה לאישורה של המועצה" היה מוטל על התביעה הכללית, ואנו מסכימים לדעתו. בכך אנו עונים על השאלה שהועמדה לדיון בהחלטה אשר העניקה למערערים רשות ערעור, כאמור לעיל. אך בכך לא סגי. עורך-הדין הורביץ מצא לנכון לתמוך בפסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בטענה כי התביעה הכללית אכן הרימה את נטל הבאת הראיות שהיה מונח עליה. לדבריו כמות הראיות שנדרשה במקרה דנן מהתביעה הכללית הייתה מזערית והוכחות בכמות כזאת הובאו לפני בית-המשפט.

אכן נכון שמשנדרשה התביעה הכללית להוכיח עובדה בעלת אופי שלילי שידועה במיוחד לנאשם, אזי כמות ההוכחה הנדרשת ממנה היא פחותה מן הרגיל, אם כי קשה להסכים לכינוי "מזערי" - שבו השתמש עורך-הדין הורביץ. בספרו של הפרופסור הרנון, דיני ראיות, חלק ראשון, בע' 203 נאמר לעניין זה:

"עובדה בעלת אופי שלילי אינה מעבירה..... את הנטל העיקרי, נטל השכנוע, אך יש לה השפעה על הרמת הנטל המשני, נטל הבאת הראיות. הנושא בנטל השכנוע צריך לפתוח בהבאת ראיות לכאורה. אולם בגלל היות העובדה בעלת אופי שלילי - ולכן קשה להוכחה - יסתפק בית המשפט בכמות פחותה של ראיות להרמת נטל הבאת הראיות והעברתו אל הצד שכנגד. בדרך כלל, קל יותר לצד שכנגד להוכיח עובדה זו, היינו את האספקט החיובי שבטענה."

ועוד:

"עובדה אשר מנקודת מבטו של צד אחד היא בעלת אופי שלילי, נמצאת לרוב בידיעתו המיוחדת של הצד שכנגד."

עינינו הרואות שההצדקה להפחתת כמות הראיות להוכחת עובדה שלילית היא בשניים אלה: א. שהעובדה היא בתחום ידיעתו המיוחדת של הנאשם ו-ב. שמבחינה אובייקטיבית קשה לתביעה הכללית להוכיח את העובדה. בצדק טוען בא-כוח המערערים, ד"ר א' גולדנברג, ששני הטעמים האלה אינם קיימים במקרה דנן. מדובר כאן ברישומו של הסדר כובל ועובדת רישומו או אי-רישומו ידועה במידה שווה למערערים ולתביעה הכללית: - למערערים מפני שהחובה לרשום את ההסדר הייתה מוטלת עליהם והם בוודאי יודעים אם עשו את הדרוש כדי לרשמו, ולתביעה הכללית מפני שהרישום נעשה אצל "הממונה", שהוא פקיד ממשלתי, ואין כל קושי למצוא בפנקסיו אם נרשם הסדר כובל מסוים אם לאו. אילו הייתה התביעה הכללית ערה לחובתה יכלה, ללא כל קושי, להעיד את הממונה או את עובד ממשלתי האחראי על הרישומים כדי להוכיח אי-קיומו של רישום, ואותו דבר חל גם על הפניה, או העדר הפניה, אל המועצה.

(באמרת אגב הפנה עורך-הדין הורביץ את תשומת לבנו לכך שהפסיקה האנגלית נוטה להטיל על הנאשם את נטל שכנוע בשאלה אם יש לו רישיון, או אישור המתירים לו לעסוק בעיסוקו. הוא רמז בדבריו שרצוי כי גם אנו נפסוק כך, אך אנו דוחים רמז זה. ההלכה האנגלית לא נתקבלה בארץ והיא אף נדחתה במפורש ב-ע"פ 52/63, (2). שם נאמר מפי השופט ח' כהן (בע' 1088):

**"כבר נזדמן לו לבית-משפט זה מפי מ"מ הנשיא
השופט אגרנט, להסתייג מפסיקה אנגלית זו, ע"פ 156/58,
פד"י כרך יג, ע' 651, 662 (3), וכשלעצמי אין אני מוכן ללכת
בעקבותיה. יש והחוק מטיל חובת הראיה בכגון דא על
הנאשם.... אבל מקום והעדר רישיון, או העדר סיבה
מספקת, או אי-קיום תנאי מוקדם כלשהו, הם מיסודות
העבירה, והחוק אינו מטיל על הנאשם את חובת הראיה על
קיומם - הרי בלעדי הוכחתם על-ידי התביעה הכללית לא
הוכח מעשה העבירה (actus reus), והנאשם זכאי בדינו
(ראה גם ע"פ 132/57, פד"י, כרך יא, ע' 1544, 1550, (4))."**

טוען עורך-הדין הורביץ שבמקרה שלפנינו הובאו על-ידי התביעה הכללית ראיות מספיקות שמתוכן יכול היה בית-המשפט להסיק כי ההסדר הכובל הנדון לא נרשם, ואף בקשה למועצה לאישורו של ההסדר לא הוגשה. הכיצד? אומר ה' הורביץ שהמערערים נחקרו לפני המשפט על ידי חוקרים מטעם הממונה והם גם העידו במהלך המשפט, ובכל ההזדמנויות האלה לא העלו אף פעם את הטענה שההסדר הכובל נרשם על ידם כדרוש ושהגישו בקשה מתאימה למועצה לצורך אישורו. מהתנהגותם זו יכול היה בית-המשפט להסיק כי המערערים לא רשמו את ההסדר ולא ביקשו לאשרו - משמע שהיה לפני שופט השלום חומר ראיה מספיק ובכך יצאה התביעה הכללית ידי חובתה. יתירה מזו - כך נאמר לנו - משנרשם הסדר כובל חייב הממונה לפרסם הודעה על כך, והודעות כאלה אכן מפרסמות מדי פעם בילקוט הפרסומים; חזקה על הממונה שהוא ממלא את תפקידו כהלכה ולכן ניתן לבדוק את ההודעות שהופיעו בילקוט הפרסומים, ומהעדרו של פרסום מותר לשופט להסיק שההסדר לא נרשם.

יתכן ששופט השלום יכול היה לקבוע שהתנהגות המערערים הייתה ברורה וחד-משמעית עד כדי כך שאין להתחשב בהכחשתם ולראותם כמי שהודו באי-רישום ההסדר הכובל ובאי-הגשת

בקשה לאישורו, אך אין לומר שהוא חייב היה לנהוג כך. הערכת התנהגותו של נאשם והסקת מסקנות מהתנהגות זאת נתונה בראש וראשונה בידי הערכאה הראשונה שלפניה מופיע אותו נאשם, וערכאת הערעור תתערב במלאכתו רק לעתים רחוקות ביותר ובמקרים יוצאים מן הכלל. במקרה זה לא הסיק שופט השלום המלומד מהתנהגות המערערים מסקנה כפי שמבקשת על ידי ה' הורביץ ואין אנו מוכנים לומר שבכך הוא טעה. אשר לטענתו האחרת של ה' הורביץ המתייחסת להודעות המתפרסמות בילקוט הפרסומים, אפשר היה לדון בה אילו הוגשו לשופט השלום קבצי רשימות מתאימים, ואילו הופנתה תשומת לבו לפרסומים, או להעדר פרסומים הנוגדים להתקשרות המערערים. בפסק-דינו של שופט השלום המלומד אנו מוצאים הד לעניין זה כשהוא אומר:

"לא הופנתה תשומת לבי לפרסום או אי פרסום

ברשומות בעניין זה, ואת עצם הגשת הבקשה לרישום או

למתן החלטה לא אוכל לדעת ללא ראיות מתאימות."

טוען ה' הורביץ שהמודעות המופיעות בילקוט הפרסומים מהוות חלק מידיעתו השיפוטית של השופט, ולכן חייב היה שופט השלום להשתמש בידיעה זו ולקבוע על פיה את העובדה שההסדר נשוא הערעור לא נרשם. אנו דוחים טענה זו. המודעות המתפרסמות על-ידי הממונה אינן בגדר דין ובית-המשפט אינו חייב לדעת אותן. אילו עיין שופט השלום בילקוט הפרסומים, יכול היה להיווכח אם פורסמה הודעה מסויימת מטעם הממונה, אך אין לומר שהוא חייב היה לנהוג כך מיזמתו ומבלי שנתבקש לעשות דבר שכזה. יתירה מזו - ספק בלבנו אם צריך שופט, הדן במשפט פלילי, ליצור ולהוסיף מיזמתו ראיה הנחוצה לצורך הרשעתו של נאשם ולא הוגשה על ידי הקטגוריה. די בכך כדי לדחות טענתו של ה' הורביץ ולכן לא ניכנס דיון בשאלה אם יש בהעדר הודעה בילקוט הפרסומים כדי להודות שהסדר כובל מסוים לא נרשם.

לבסוף ניסה ה' הורביץ לשכנענו שאנו בערכאת הערעור נמלא את החסר בראיות התביעה הכללית ונקבע על פי העיון בילקוטי הפרסומים משנת תש"ל ותשל"א כי קיימת הוכחה לכאורה שההסדר הכובל הנדון לא נרשם כדרוש. זוהי פניה מוזרה כשהיא באה בשלב זה של ההליכים, ואנו החלטנו לדחותה.

התוצאה מכל האמור שיש לקבל את ערעורם של המערערים על פסק דינו של בית-המשפט המחוזי ולהחזיר לתקפו את פסק דינו של בית משפט השלום.

השופט אלון: אני מסכים.

השופט לוי: אני מסכים, בכפוף להערה אחת:

השאלה אם הפרסום ברשומות הוא בחינת "דין", שהוא מן המפורסמות שאינן צריכות ראיה, לעניין אמיתות תכנו, התעוררה ב-ע"א 135/63, (5), ולא הוכרעה; אך בענייננו אין צורך להכריע בה מן הטעמים הבאים: ראשית, העובדה שלא היה פרסום כאמור בסעיף 23 לחוק אינה מלמדת בהכרח שהמערערים לא רשמו את ההסדר במרשם, כמצוות סעיף 18(א); חזקת הכשרות למעשי המינהל, לה טען פרקליט המשיבה, כבודה במקומה מונח, אך היא מתייחסת למעשה שנעשה ולא למעשה שלא נעשה; לא ידעתי על קיום חזקה הקובעת שפעולת המינהל שלא נעשתה חזקה עליה שלא הייתה

צריכה להיעשות; שנית, השאלה אם היה או לא היה פרסום ברשומות בדבר הסדר כובל לא התעוררה בבתי-המשפט שקדמו לנו, ומכוח שיקול-הדעת המוקנה לנו, לא ראיתי להיזקק לה בערעור שני.

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט אשר.

ניתן היום, י' בסיון תשל"ח (15.6.1978).

\