

ע"פ 1276/09/17 - מדינת ישראל נגד עבד אלכרים אבו עואד

בית המשפט המחוזי בנצרת בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 1276-09-17 מדינת ישראל נ' אבו עואד
23 ינואר 2018
לפני כבוד הסגנית נשיא, השופטת אסתר הלמן - אב"ד כבוד השופטת יפעת שיטרית כבוד
השופט סאאב דבור
המערערת
מדינת ישראל

נגד
המשיב
עבד אלכרים אבו עואד

ערעור על הכרעת הדין של בית משפט השלום בטבריה (כב' השופט מישורי לב טוב) מיום 20/7/17 בת"פ
26462-09-13

נוכחים :

בשם המערערת - עו"ד אבנר דידי

בשם המשיב - עו"ד סאלם סמיח

המשיב - בעצמו

[פרוטוקול הושמט]

פסק דין

השופט סאאב דבור

1. בפנינו ערעור המדינה על הכרעת דינו של בית משפט השלום בטבריה (כב' השופט ניר מישורי לב טוב) מיום 20.07.17 בת"פ 26462-09-13, לפיה, זוכה המשיב מהעבירות אשר יוחסו לו בכתב האישום, וזאת מחמת הספק.

עובדות כתב האישום והעבירות אשר יוחסו למשיב

2. כנגד המשיב הוגש בתאריך 16/9/13 כתב אישום המייחס לו ביצוע עבירות אלה:
עמוד 1

הכין ניהל או הרשה לאחר לנהל פנקסי חשבונות כוזבים, עבירה על סעיף 117(ב)(6) לחוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975 (להלן: "חוק המע"מ");

מסר ידיעה כוזבת או מסר דו"ח הכולל ידיעה כאמור, (7 עבירות) לפי סעיף 117 (ב)(1) לחוק המע"מ;

ניכה מס תשומות מבלי שיש לו לגביו מסמך כאמור בסעיף 38 לחוק המע"מ - 7 עבירות לפי סעיף 117 (ב)(5) לחוק המע"מ;

השתמש בכל מרמה או תחבולה או הרשה לאחר להשתמש בהן או עשה מעשה אחר, עבירה לפי סעיף 117 (ב)(8) לחוק המע"מ.

3. מהחלק הכללי של כתב האישום עולה, כי בתקופה שבין חודש ינואר 2010 ועד לחודש פברואר 2011 (להלן: "התקופה הרלבנטית"), שימש המשיב כבעליו של עסק בשם "אבו עואד עבד אלכרים" בתחום של עבודות שיפוץ מבנים ועבודות בניין והיה רשום כעוסק מורשה שמספרו 040523896, כהגדרתו בחוק המע"מ.

בהתאם להוראות חוק מע"מ והתקנות שהותקנו מכוחו, היה המשיב חייב להגיש למנהל המכס והמע"מ דוחות תקופתיים במועד ובדרך כפי שנקבעו בחוק מע"מ ובתקנות על פיו.

4. בתקופה הרלבנטית לכתב האישום, ניהל המשיב ספרי הנהלת חשבונות כוזבים, רשם בספריו תשלומים בגין שבע חשבוניות מס שלא כדיון, מבלי שהייתה עסקה כלל בין בעל החשבוניות החוקי לבין המשיב (להלן: "החשבוניות הפיקטיביות"). סכום העסקאות בנוגע לחשבוניות הנ"ל הינו - 2,330,788 ש"ח והמס בגינן הינו - 321,528 ₪; הכל כפי המפורט בטבלה שלהלן:

מס'	מס' חשבונית	תאריך חשבונית	עוסק/ ספק	סכום כולל מע"מ בש"ח	מע"מ בש"ח
1	55	30.4.10	יגאל ג'רבי בע"מ	326,424	45,024
2	62	30.6.10	יגאל ג'רבי בע"מ	421,256	58,104
3	67	31.8.10	יגאל ג'רבי בע"מ	531,560	73,360
4	74	30.10.10	יגאל ג'רבי בע"מ	472,842	65,219
5	80	31.12.10	יגאל ג'רבי בע"מ	140,673	19,403
6	82	30.1.11	יגאל ג'רבי בע"מ	53,186	7,336



53,082	384,847	יגאל גרבי בע"מ	28.2.11	84	7
321,528	2,330,788				סה"כ

5. המשיב הגיש דוחות תקופתיים כוזבים לרשויות מע"מ, ובמרמה ובתחבולה כלל בהם את חשבוניות המס הפיקטיביות כמפורט לעיל, ניכה מס תשומות בגין בסך של 321,000 ש"ח בלי שיש לו לגביו מסמך כאמור בסעיף 38 לחוק המע"מ, וזאת במטרה להתחמק ו/או להשתמט מתשלום מס כמפורט לעיל.

6. המשיב, אשר פעל באופן שיטתי במטרה להקטין את חבות המס והתשלומים אותם היה חייב לשלם במועד לרשויות מע"מ, דיווח בכזב וברמייה במסגרת הדו"חות התקופתיים אשר הגיש למנהל מע"מ, על מס תשומות גבוה מתוך בצע כסף ובלא שהיו לו תשומות כלל.

7. בעשותו כאמור, ניהל המשיב ספרי הנהלת חשבונות כוזבים, במטרה להתחמק מתשלום מס. כן, מסר המשיב דו"חות תקופתיים כוזבים, במטרה להתחמק מתשלום מס; ניכה מס תשומות מבלי שהיה לו מסמך כאמור בסעיף 38 לחוק מע"מ, במטרה להתחמק מתשלום מס והשתמש בכל מרמה ותחבולה במטרה להתחמק מתשלום מס.

הכפירה וטענת ההגנה

8. המשיב כפר באחריותו לביצוע מעשי עבירה, כפי המיוחס לו וטען להגנתו, כי החשבוניות מושא כתב האישום אינן פיקטיביות; נהפוך הוא, אלו נרשמו עבור עבודה **שביצע**. אין מחלוקת באשר לסכומים הנקובים בחשבוניות. עוד; אין מחלוקת, כי החשבוניות דווחו כחלק מדוחות תקופתיים, וכי נוכח מס תשומות בגין.

הכרעת הדין ונימוקה

9. בהכרעת דין מנומקת אשר באה לאחר התרשמות ישירה מהעדים, ולאחר שהוגשו סיכומי טענות הצדדים, אשר כללו התייחסות גם לטענות בדבר מחדלי חקירה, בא בית המשפט קמא לכלל מסקנה, כי יש לזכות את המשיב מן המיוחס לו, מחמת הספק; וכך עשה.

10. במסגרת הכרעת הדין; תחילה סקר בית המשפט קמא את טענות הצדדים. לאחר מכן, בחן את המסגרת הנורמטיבית תוך התייחסות לכללים, כפי שאלה נקבעו בפסיקה, באשר לנטלים הראייתיים החלים על הצדדים ובאשר לשאלת דיות הראיות וכוחן להביא להרשעת הנאשם או זיכויו, בהתאם להלכות הקיימות כפי פסיקת בית המשפט העליון. בהקשר זה, הפנה בית המשפט קמא לפסק דינו של

בית משפט השלום ברמלה בת"פ 45449-09-13 מ"י נ' מורבייב ואח' (פורסם במאגרים משפטיים) (7.6.17), המסכם את ההלכה ואשר לפיו, ניתן לחלק את הכללים הנהוגים במקרים כגון דא העומד בפתחנו, לשישה שלבים כרונולוגיים (ראה סעיף 7 להכרעת הדין).

11. על רקע הכללים הנ"ל, בחן בית המשפט קמא את מכלול הראיות, כפי שהונחו על שולחנו, תוך שהוא פוסע באותו מתווה מדורג, כך שתחילה, בדק את "דיות הראיות" שהובאו ע"י המערערת, קרי - האם הוכיחה היא, במסגרת נטל הבאת הראיות הראשוני, מעבר לספק סביר, כי המשיב לא קיבל שירותי עבודה תמורת החשבוניות (ת/4). בהמשך, לאחר שבית המשפט קמא הסיק, כי המערערת הצליחה לצלוח גם את השלב של "דיות הראיות", ונוכח הכלל הנהוג לפיו - המידע בנוגע לאמיתות העסקאות מושא החשבוניות ת/4 מצוי בידי המשיב ולא המערערת, נטל הבאת הראיות עבר למשיב, כדי לעורר ספק סביר לטובתו. לאחר שהנטל עבר למשיב, יש לתת מענה לשאלה, האם די בראיות שהביא כדי לעורר "ספק סביר" באשר לאשמתו.

12. מחלוקת ניטשה בין הצדדים באשר לשאלה, האם הוכיחה המערערת מעבר לכל ספק סביר, כי החשבוניות מושא כתב האישום (ת/4) הינן פיקטיביות, באופן שניתנו למשיב וקוזז מס בגינן ללא שהוא קיבל שירותי עבודה בהתאם מחברת ג'רבי בע"מ ושילם תמורתם, או שמא עלה בידי המשיב ללמד, כי אלו משקפות נאמנה שירותים שקיבל מחברת ג'רבי, או לכל הפחות, נותר בידי בית המשפט ספק סביר שמא כך הדבר.

13. בבחינת ראיות המערערת, מצא בית המשפט קמא, כי התביעה עמדה בנטל הבאת הראיות בשלב הראשון ואף הוכיחה, כי די בראיות הקיימות ללמד, כי המשיב בצע את העבירות מעבר לספק סביר (ראה סעיף 10 רישא להכרעת הדין) ומשכך נטל הבאת הראיות עבר אליו במטרה לסדוק, ולו ברמה של ספק סביר, את הרובד הראייתי המלמד על אשמתו. בתוך כך, הסתמך בית המשפט על ראיות אלה:

א. החשבוניות (ת/4) אינן מפורטות כלל כפי הנדרש מכללי רישום תקין של חשבוניות המוגשות על פי דין לצורך קיזוז מס, שעה שהרישום הקיים במרביתן הינו לאקוני ואינו כולל פירוט באשר למספר הפועלים, תעריף עבודה, שעות עבודה וכו'. אף מנהל החשבונות עצמו, מר עאטף שמש ציין בעדותו, כי החשבוניות הנ"ל לוקות בחסר.

ב. אין מחלוקת, כי המשיב פעל באופן תמוה, שעה שהתנהלותו העסקית הייתה באמצעות תשלומים במזומן בלבד; עובדה שמחזקת את מארג הראיות נגד המשיב, כאשר לא הפקיד סכום כסף כלשהו בחשבון בנק. למותר לציין גם, כי טענת המשיב לפיה - הגבלת חשבונו בבנק, היא זו שהעמידה אותו בפני שוקת שבורה ואילצה אותו לנהוג בצורה שכזו (קרי - באמצעות כסף מזומן) התבררה כטענה רעועה וחלשה. הראיות כנגד המשיב קיבלו חיזוק אף מן העובדה, כי גם הלקוחות (כדוגמת מר פרח אבו עואד) לא הקפידו על ניהול כספי באמצעות חשבון בנק. מכאן, לא הובאה כל ראיה ממשית או חפצית באשר לקבלת התקבולים הנטענים מהלקוחות.

ג. המשיב לא הציג כל ראיה בגין התחשבות שביצע מול חברת ג'רבי בע"מ ואף לא מול שאר לקוחותיו.

ד. המשיב לא הציג רשימת עובדים שעבדו, כפי טענתו, מטעם חברת ג'רבי בע"מ עבורו. תחילה טען, כי ברשותו רשימת עובדים ובהמשך, ציין, כי לא מצא בביתו את הרשימה הנ"ל.

ה. מלבד זאת, המערערת הפנתה לסתירה הקיימת בין מוצג ת/3, המלמד, כביכול, על מועד גיבוש ההסכם בין המשיב לחברת ג'רבי בע"מ (הנושא תאריך 13.03.10) לבין המועד בו נחתם (ת/7) המהווה פרוטוקול ישיבת בעלי המניות בחברת ג'רבי, מכוחו התמנה העד הייב כמנהל החברה וכמורשה חתימה מטעמה. ת/7 נחתם ביום 01.04.10 והתקבל ברשות התאגידים ביום 06.04.10. מכאן, אין מחלוקת, כי מועד חתימת ת/3 מוקדם למועד בו נחתם מוצג ת/7.

ו. המשיב לא מסר פרטים אודות הגורם, שכביכול פעל כנציג חברת ג'רבי בע"מ והיה בקשר עסקי עם המשיב. מלבד שמו של איש הקשר הנ"ל "ג'מאל או ג'מיל" (עמ' 95 לפרוטוקול הדיון, שורה 8 ; עמ' 97 לפרוטוקול שורות 25-27)) לא נידב המשיב כל פרט בנוגע אליו. יתרה מזו, המשיב לא ידע לציין את מספר הטלפון של איש הקשר הנ"ל, זאת למרות שהמשיב היה בקשר טלפוני עמו (כך על-פי טענת המשיב עצמו) בתדירות של "פעם ביומיים שלושה" (סוף עמ' 99 לפרוטוקול) , ולמרות שאיש הקשר הנ"ל סיפק למשיב (כפי טענת המשיב) עובדים, תמורתם שילם המשיב סכומי כסף, כמפורט בחשבוניות ת/4. מלבד זאת, המשיב לא ידע למסור פרטים בנוגע ל"מוחמד" ששימש, על-פי הטענה, כנהג והתלווה לסמי היב וג'מאל, לפגישה שנערכה בכפר מסעדה.

14. בשלב הבא, משקבע בית המשפט קמא, כי נטל הבאת הראיות עבר לכתפי המשיב, הרי לאחר שמיעת פרשת ההגנה, לרבות בחינת מחדלי החקירה הנטענים והנזק הראייתי והממשי שנגרם למשיב כתוצאה מאותם מחדלים, מצא בית המשפט קמא, כי המשיב הצליח לעורר ספק סביר בגרסת המערערת.

15. ואלה הם הנימוקים אשר עמדו בבסיס קביעתו הנ"ל של בית המשפט קמא:

א. עדותו של עד התביעה הייב; כפי שנקבע על ידי בית המשפט קמא, ליבת עדותו של עד זה מהימנה. העד שימש כ "איש קש" מטעם האחים עראמין מהשטחים ופעל בשמם, לא סיפק עובדים ולא מודע לכל הספקה שכזו.

לצד התרשמות זו, מצא בית המשפט קמא, כי יש לתת משקל נמוך לגרסתו של העד ככל שזו סותרת את גרסת המשיב. עדותו של עד זה הייתה רצופה בסתירות רבות שלא ניתן להן הסבר המניח את הדעת. בית המשפט קמא הפנה למספר סתירות המקשות על מתן אמון מלא בגרסתו.



לא זו אף זו, כפי קביעותיו של בית המשפט קמא, עדות העד הייב תואמת במידה מסוימת את טענות המשיב. כך לדוגמה, מאחורי העד הייב עמדו אנשי עסקים שאכן סיפקו לו עובדים בתמורה. כן, העד הייב מסר על אודות האחים עראמין הן בפתח הודעתו הראשונה שמסר לחוקריו והן בעדותו בבית המשפט, דבר שתואם את גרסת המשיב לפיה - העד הייב לא סיפק לו עובדים.

ב. עדותו של עד התביעה מר פרח אבו עואד; כפי תיאוריו של בית המשפט קמא, עדותו של עד זה היתה רצופה תמיהות רבות אשר עלו מתוכן עדותו, לרבות דפוסי התנהלות עסקית באמצעות כסף מזומן ושיטת התחשבות תמוהה. יחד עם זאת, לא ניתן לקבוע, כי העד אינו דובר אמת, עת ציין, כי המשיב סיפק לו עובדים לצורך בניית ממ"דים ועבודת חקלאות. כמו כן, לא הוכח מטעם המערערת, כי המשיב לא הגביר את קצב עבודתו בבניית ממ"דים ולא נטען על ידי המערערת, כי לא בוצעה עבודה על ידי עד התביעה פרח עבור חברת א. אופיר או עסקים נוספים שביחס אליהם נטען כי המשיב סיפק בעקיפין עובדים מחברת ג'רבי בע"מ. (יש לציין כי פרח הינו בן דודו של המשיב).

ג. עדותו של עד ההגנה, פריד אבו עואד; עד זה הינו בן דודו של המשיב וגם לו סיפק המשיב, על-פי הנטען, עובדים לביצוע עבודות שונות. העד פריד תיאר את אקט ההתחשבות בינו לבין המשיב, בצינון, כי אף הוא עבד באמצעות כסף מזומן. בית המשפט קמא ציין, כי מדובר בעד שהינו בן דודו של המשיב, אשר לא טרח להציג ראיות חפציות שיתמכו בגרסתו. על אף האמור, לשיטת בית המשפט קמא, עדותו של עד זה תמכה בגרסת המשיב אשר גם לפיה - נעשה שימוש בשיטת התחשבות של כסף-מזומן ותוך הסתייעות בעובדים (מתוכם תושבי שטחים רבים) שנסעו במיניבוס. יתר על כן, עדות זו לא הופרכה בראיה כלשהי מטעם התביעה.

ד. עדותו של עד התביעה מר עאטף שמס, ואשר שימש כמנהל החשבונות של המשיב. בית המשפט קמא, התרשם כי העד עשה מאמץ להגן על המשיב, אך זאת בעיקר על מנת למזער את חלקו שלו עצמו בפרשה. בית המשפט התרשם, כי העד התרשל בביצוע תפקידו, לא דרש מהמשיב פירוט כדון בחשבוניות ת/4, לא הקפיד על בדיקות העברת הכספים כנדרש, לא ביקש כי המשיב ימציא לו מסמכים ו/או אישורים מתאימים ולא בדק את מצבה של חברת ג'רבי בע"מ לאורך תקופת ההתקשרות.

גם כאן, על-אף האמור לעיל, בית המשפט קמא הסיק, כי עדותו של העד, על כל המשתמע ממנה, מחזקת את גרסת המשיב, לפיה - מנהל החשבונות לא התריע בפניו בדבר פועלו המנוגד לדין בקבלת חשבוניות שלא כללו פירוט כנדרש או בניהול עסקיו באמצעות שימוש בכסף מזומן בלבד.

ה. בהמשך, הפנה בית המשפט קמא לעדותו של עד ההגנה עו"ד ויליאם אבו עואד. לגישת בית המשפט קמא, הגם שקיימת סיבה להאמין, כי העד הנ"ל לא ערך כלל את הבדיקות הנחוצות לצורך בירור מעמדו וכשרו של העד הייב ו/או מהותה של חברת ג'רבי בע"מ, וזאת טרם חתימת ההסכם ת/3, לא מצא, כי העד חשד בדבר קיומה של עסקה בלתי חוקית. כן, אין בראיות כדי ללמד על כך שהעד שיתף פעולה בעריכת המסמך ת/3 בכוונה לקדם ביצוע העבירות בידי המשיב. בית המשפט קמא קבע, כי לא

מצא כל אינטרס אישי לעד בעריכת הסכם פיקטיבי בידעו, כי הינו כזה.

מטעם עד זה נמסר, כי במעמד עריכת ההסכם נכחו, המשיב עצמו, העד הייב ומלווה אחד או שניים מטעמו; וזאת באופן התואם את עדויותיהם, הן של המשיב עצמו והן של העד הייב.

ועוד, העד אישר כי ת/7 לא היה בפניו במועד חתימת ההסכם ת/3 וכי היה בפניו מסמך אחר ממנו ניתן לדלות כי העד הייב מורשה חתימה.

בית המשפט קמא לא פסח על הראיות מהן עולה, כי בעוד שהחשבוניות נשוא ת/4 נוגעות לחודשים אפריל 2010 ועד פברואר 2011, הרי שמהמסמך ת/12 עולה, כי בתאריך 21.7.10 הועברו מניות חברת ג'רבי בע"מ לגורם אחר (שאינו העד הייב) ובתאריך 12.8.10 שינתה החברה את שמה (ת/28) וכי ביום 27.4.11 מונה מר ואיל כריים כמנהל (ת/27). עם זאת, לא מצא בית המשפט קמא, כי המשיב היה מודע לשינויים הנ"ל, מקום בו לא היה ביכולתו לדעת אודות כך, זאת מאחר והוא המשיך לעבוד מול אותו ג'מאל ולא פגש שוב את ג'רבי. מכאן, כפי קביעתו של בית המשפט קמא לא הוכח, כי המשיב ידע או כי עצם את עיניו מלדעת אודות שינויים שהתחוללו בחברת ג'רבי. לזאת יש להוסיף את עצם היותו חסר השכלה משפטית או חשבונאית בסיסית.

1. בית המשפט קמא סקר עדויות נוספות שנשמעו ואשר לדידו, לא שפכו אור על זירת המחלוקת הקיימת בין הצדדים. בהקשר זה, בית המשפט קמא התייחס לעדותו של העד ואיל כריים וגם לעדותו של העד עו"ד ג'רבי שמעון.

16. בהמשך, פירט בית המשפט קמא את שלל הסתירות והתמיהות אשר צצו מתוך עדותו של המשיב. בית המשפט קמא היה ער לאותן סתירות ועל אף זאת, הגיע לכלל מסקנה, כי חרף ראיות התביעה, קיים ספק סביר באשמתו של המשיב. כך לדוגמה, הפנה לטענת המערערת לפיה, כעולה מהראיות, רואה החשבון (העד שמס) מסר למשיב מידע בדבר האיסור הקיים בהתנהלות עסקית באמצעות שימוש בכסף מזומן. יתרה מזו, דברי המשיב באשר להיכרותו עם העד הייב, האם סבר באמת ובתמים כי הייב הוא עצמו מר ג'רבי הבעלים של החברה וכן הסבריו (של המשיב) באשר לאי המצאת רשימת העובדים; כל אלה - לא זכו להסבר ברור דיו. אולם, לא היה בכך, כדי לשנות ממסקנותיו של בית המשפט קמא, באשר לספק בנוגע לאשמת המשיב.

17. בית המשפט קמא נדרש גם לסוגיית מחדל-חקירה. לאחר שסקר בהרחבה את המסגרת הנורמטיבית הנוגעת לסוגיה הנ"ל, ניגש ליישום הכללים הנהוגים על המקרה דכאן תוך שהוא דוחה חלק מהטענות ומנגד, מאמץ אל חיקו את חלקן האחר. באשר לטענה בדבר העדר איסוף כל המסמכים מתיק המע"מ ביחס לחברת ג'רבי בע"מ, לא ראה בכך משום מחדל חקירתי. כך גם בקשר לאי רישום תוכנו של קלסר הנהלת החשבונות בעניינו של המשיב אשר נתפס כמוצג. כן, הוא דחה טענות נוספות אחרות.

18. מנגד, באשר למחדלי החקירה הנטענים, שעניינם, אי חקירת האחים עראמין והמלווה של העד הייב בבית חולים, הגיע בית המשפט קמא למסקנה שונה תוך שהוא קובע, כי המערערת התרשלה בחקירה. לא הוצג בפני בית המשפט קמא ולו בדל של ראיה המלמד, כי נעשה מאמץ לאיתור וחקירת האחים עראמין. בנסיבות המקרה, היה על המערערת לעשות למען קבלת גרסתם של האחים עראמין תוך התייחסות אליהם כאל חשודים לכל דבר וענין. במחדלה זה, מנעה המערערת מן המשיב את האפשרות להציג ראיות בגין מעורבות האחים עראמין בהתקשרות העסקית עם חברת ג'רבי.

בכך לא סגי, הוסיף בית המשפט קמא וקבע, כי מחדלה של המערערת מקבל ביטוי לא רק נוכח טענתה, שנדחתה, בגין קושי באיתור תושבי שטחים כדוגמת האחים עראמין אלא אף נוכח העדר כל פעולת חקירה לביסוס מעורבותם הפלילית בפרשה. המערערת אף לא מצאה לנכון לחקור את המלווה של העד הייב אשר פרטיו נמסרו לחוקרים ואשר תיווך לכאורה בין העד לבין האחים עראמין ולא בוצעו פעולות על מנת לנסות לאמת או להפריך את גרסת המשיב.

19. בבחינת מעלה מן הצורך, הוסיף בית המשפט קמא וציין, כי ככל ובית המשפט היה מגיע לתוצאה אחרת, " שומה היה על בית המשפט לבחון בכובד ראש, האם במקרה שכזה קמה לנאשם טענת הגנה מן הצדק על דרך של אכיפה ברגנית, כאשר צד לעבירה שחלקו אף גדול באופן משמעותי מחלקו של המשיב, כלל לא נחקר ולא נעשה ניסיון לחקרו ... במצב הדברים שהוצג בפני, לפיו האחים עראמין ומלווה העד הייב בבית החולים לא נחקרו ולא נעשו כל פעולות חקירה מינימליות ונדרשות לחוקרם, הרי שקיים לכאורה יסוד סביר לקביעה כי "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". כן הוסיף בית המשפט קמא בציינו, בזו הלשון: " עם זאת ונוכח קביעותי לעיל בגין קיומו של ספק סביר העומד לזכותו של הנאשם בהליך פלילי ואשר המחדלים החקירתיים הינם נדבך בקיומו של ספק זה ואי העלאת הטענה להגנה מן הצדק בידי הנאשם לא מצאתי צורך לדון בסוגיה זו לגופה".

הטענות בערעור

20. שגה בית המשפט קמא משזיכה את המשיב מחמת הספק. המערערת סבורה, כי מכלול הראיות, היה בו די כדי להוביל למסקנה בדבר אשמתו של המשיב; זאת שעה שהמשיב נמנע מלהציג להגנתו ראיה כשלהי המפריכה את הראיות המלמדות על אשמו.

21. המערערת ערה להלכה לפיה, אין דרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאים עובדתיים מלבד מקרים חריגים. לדידה, במקרה המונח אל פתחנו, אין עניין לנו בערעור כנגד קביעות עובדתיות, כי אם בהודעת ערעור ביחס לאופן ניתוח הממצאים העובדתיים וכפועל יוצא כנגד המסקנות השגויות אליהן הגיע בית המשפט קמא על בסיס אותו מסד עובדתי מוכח.

22. המערערת הפנתה לשמונה אדנים, המבוססים היטב בקביעותיו העובדתיות של בית המשפט קמא ובחומר הראיות, המצדיקים דווקא את הרשעת המשיב בדין והם;

1. שימוש בחשבוניות שאינן מפורטות ובניגוד לדין - בית המשפט הפנה ל- שבע חשבוניות שהוגשו (ת/4) תוך קביעה, כי אינן מפורטות כלל. אמנם, בית המשפט מנה עובדה זו כראיה לחובתו של המשיב, אך טעה באשר למשמעות המשפטית של עובדה זו שכן, על פי הפסיקה, הדרישה לפירוט אינה טכנית בלבד, אלא מהותית.

2. העדר תשתית אמינה להוכחת תמורה - בית המשפט קמא עצמו ציין, כי המשיב שילם לכאורה, לקבלן משנה, סכומים בסך של 2,330,788 ₪ במזומן ואף קבע, כי בגרסה זו קיימים קשיים ותמיהות. בית המשפט אף ציין, כי הטענה למתן תמורה באמצעות כסף מזומן בניגוד להוראת החוק, מחזקת את מארג הראיות כנגד המשיב כאשר זה האחרון לא הפקיד סכום כלשהו בחשבון הבנק. כן, בית המשפט קמא שגה עת מנה עובדה זו לחובתו של המשיב, בצינו כי היא מלמדת אך על התנהלות לקויה. אולם, נמנע מלהגיע למסקנה המתבקשת, לפיה - עובדה זו זועקת "דרשני" ומחזקת את הטענה, כי מדובר בחשבוניות פיקטיביות. יתר על כן, המשיב לא הציג ולו קבלה אחת אודות תשלום לחברת ג'רבי, חרף העובדה שמדובר במיליוני שקלים.

3. פעילות עסקית בתחום כח-אדם בהעדר מסמכי תחשיב; לטענת המערערת, טעה בית המשפט קמא עת קבע, מחד, כי לא הוצגה כל ראיה ביחס להתחשבות שביצע המשיב אל מול חברת ג'רבי ואף לא אל מול לקוחותיו {לכך יש להוסיף את כל הסתירות בנוגע לשיטות ההתחשבות, לדוגמא - בין העד פרח אבו עואד (שהיה אחד מלקוחותיו של המשיב) לבין המשיב, שעה שטען מר פרח, כי התחשבן מול חברת א. אופיר (הקבלן הראשי לו סיפק עבודה) על פי התקדמות הבנייה ואילו, אל מול קבלני המשנה, לרבות המשיב, החישוב נעשה על פי שעות עבודה} בהדגישו, כי מדובר בגרסה המעלה תמיהה לאור העדר היגיון כלכלי. יחד עם זאת, בית המשפט קמא נמנע מלהגיע למסקנה המשפטית המתבקשת לפיה - העדר מסמך כאמור, מוכיח, כי מדובר בחשבוניות פיקטיביות.

4. פעילות עם חברת כח אדם בהעדר רשימת עובדים; גם כאן טעה בית המשפט קמא עת הדגיש לחובתו של המשיב את העובדה, כי לא הצביע על רשימת עובדים. אולם, באותה נשימה, נמנע מלהגיע למסקנה המשפטית המתבקשת לפיה - העדר קיומה של רשימת עובדים (עת מדובר בפעילות עסקית אל מול חברת כח אדם) מובילה למסקנה הגיונית, כי לא היו כלל עובדים; ומשכך ענין לנו בחשבוניות פיקטיביות.

5. הצגת חוזה ההתקשרות - פיקציה. המערערת הפנתה להסכם שסומן ת/3 ולמסמך נשוא ת/7, כאשר לדידה, מועד עריכתו לכאורה של הסכם ת/3 מלמד, כביכול, על היותו מוקדם מבחינה כרונולוגית למועד בו התמנה העד הייב כמנהל החברה וכמורשה חתימה מטעמה. בית המשפט

קמא שגה עת נמנע מלקבוע כי ממכלול הראיות עולה, כי העד הייב חתם כביכול על ההסכם בשם חברת ג'רבי שעה שלא היה רשאי לעשות כן, ומכאן עולה המסקנה, כי ענין לנו בהסכם פיקטיבי חסר ערך משפטי שנועד להציג מצג שווא.

6. אי מתן שירות בגין החשבוניות על ידי העד הייב. בית המשפט קמא הופנה לראיות המוכיחות, כי העד הייב החתום על ההסכם עם המשיב, לא סיפק עובדים. בית המשפט קמא קבע, כי הראיות מוכיחות שהמשיב משקר במצח נחושה בפרט מהותי בדבר זהות מוציא החשבוניות, וקבע שהעד הייב לא חתום עליהם. יחד עם זאת, הוא העדיף את גרסת המשיב המתפתלת על פני עובדה מוכחת.

7. הימנעות המשיב ממסירת פרטים מזהים אודות איש הקשר (לכאורה) של חברת ג'רבי; טעות נוספת מנת חלקו של בית המשפט קמא נוגעת להשלכות הקיימות להימנעות זו על אשמו של המשיב. בית המשפט קיבל את גרסתו של המשיב לפיה - האדם מולו עבד כנציג של חברת ג'רבי עונה לשם ג'מאל. אך, התעלם מסירובו של המשיב למסור פרטים מזהים אודותיו, אם לחוקרי רשות המע"מ ואם במהלך הדיונים בבית המשפט קמא. בית המשפט נמנע מלהגיע למסקנה הגיונית המתחייבת, לפיה- אי מסירת מידע ופרטים מזהים, נעשתה במתכוון, על מנת שלא לחשוף את העובדה, כי מדובר בחשבוניות פיקטיביות.

8. חילוף דירקטורים ושמה של חברת ג'רבי בע"מ במרשם רשם החברות. בית המשפט שגה במסקנותיו גם נוכח הראיות שהונחו לפתחו המוכיחות, כי מדובר בחשבוניות פיקטיביות. בית המשפט קמא קבע בעצמו, כי קיימת בעייתיות בהמשך קבלת חשבוניות שעה ששם החברה שונה. אולם, כאמור, נמנע מלקבוע מסקנה מפלילה אודות התנהלות המשיב.

23. לטענת המערערת, הראיות הישירות והנסיבתיות אשר עמדו לנגד עיני בית המשפט קמא, לא נבחנו כמכלול ומכאן, טעותו של בית המשפט קמא עת לא הסיק את המסקנה המפלילה המתבקשת על בסיס אותו מסד עובדתי כולל.

24. שגה בית המשפט קמא עת העדיף את גרסת המשיב (שעה שתשובותיו היו נטולות אחיזה עובדתית ואף עומדות בסתירה לראיות, חסרות כל היגיון עסקי ושכל ישר) וחרף קביעת בית המשפט קמא כי "לא נעלמו מעיני סתירות ותמיהות בעדותו של הנאשם"; (עמ' 27 להכרעת הדין) - סתירות ותמיהות הרלבנטיות לראיות בטבורו של האישום, מצא כי הסבריו אלו, על רקע הראיות הקיימות, מעוררים ספק סביר.

עינינו הרואות, התנהלותו העסקית תוך שימוש בכסף מזומן והסבריו הרעועים לכך; הבקשה לרישום קבלן רשום והסתירה בתאריכים בין פרוטוקול מינוי העד הייב למנהל חברת ג'רבי (ת/7) לבין ההסכם

(3/ת) שחתם המשיב עמו; העובדה כי החתימה על החשבוניות (4/ת) אינה זהה לחתימת העד הייב על ההסכם (3/ת); אי המצאת רשימת עובדים; המניע להתקשרות עם חברת ג'רבי בע"מ; חשבוניות שאינן מפורטות ועוד ראיות; כל אלה יחד מובילים למסקנה אחת, לפיה - המשיב ביצע את מעשי העבירות כפי המיוחס לו בעובדות כתב האישום.

25. אף אם נניח לרגע קט, כי בנוגע להתרחשות העובדתית מושא ההליכים כאן, לא עלה, סופו של יום, בידי בית המשפט קמא לבנות תצרף שלם עד אחרון הפרטים מתוך המסכת הראייתית הפרושה בפניו, הרי, בכך בלבד אין די כדי להצדיק את זיכויו של המשיב.

26. המערערת הפנתה לעדים אשר העידו בפני בית המשפט קמא; עדותו של העד הייב, העד פרח אבו עואד, העד פריד אבו עוואד, העד עאטף שמס, עד ההגנה עו"ד אבו עואד והפנתה עוד לשינוי שמה של חברת ג'רבי בע"מ לחברת א.ל.פ. נדלן בע"מ.

כאמור לעיל, מסקנותיו של בית המשפט קמא שגויות מיסודן, ועומדות בסתירה להיגיון ולשכל הישר. ישאל השואל, האם קיזוז חשבוניות עם שם של חברה לא נכונה לא מעיד כאלף עדים כי מדובר בחשבוניות פיקטיביות?!

27. מחדלי חקירה; לטענת המערערת, המשיב לא הצביע על מחדל חקירה שיש בכוחו להביא לזיכויו. היה מקום לבחון את השפעתם של מחדלי החקירה על גורלו של ההליך הפלילי. הטענה בדבר מחדל הנעוץ בהעדר איתורם ואי חקירתם של האחים עראמין, אין בה כדי להצביע על מחדל חקירה שמנע מהמשיב את יכולתו להתגונן. ככל שהמשיב סבור היה, כי היה בעדותם של עדים אלה כדי להפריך את טענות המדינה, היה באפשרותו לזמנם לעדות מטעמו שכן הם נמצאים בשליטתה של ההגנה.

עוד טעה בית המשפט קמא עת לא זקף לחובת המשיב את העובדה כי נמנע מלמסור פרטים אודות "ג'מאל" ובאותה נשימה מצא לזקוף לחובת המדינה את העובדה, כי האחים עראמין מאזור חברון לא נחקרו.

28. ראיות נסיבתיות; הראיות הקיימות מובילות למסקנה המרשיעה.

המערערת טוענת כי הציגה מסכת מהימנה של ראיות נסיבתיות, המשתלבות זו עם זו על פי מבחני ההיגיון, הסבירות, השכל הישר וניסיון החיים, שהצטברותן יחד מובילה למסקנה מרשיעה, היות והמשיב לא הוכיח קיומו של הסבר חלופי, שיש בו כדי להקים ולו ספק סביר. הגנת המשיב התבססה על אמירות כלליות שנטענו בעלמא, וזאת בהעדר בסיס ובאופן המנוגד לראיות המוכחות. ברי, כי לא די באמירותיו אלו של המשיב כדי לבסס תשתית לטענה בדבר אמיתות העסקאות, או אף כדי לעורר ספק סביר. כאן המקום לציין, כי לא הוצגו ראיות חפציות, כגון מסמכים או פרטים בנוגע לפעילות השוטפת ולהתחשבות בין המשיב לבין קבלן המשנה, לא הובאו עדים להוכחת התמורה, היקף הפעילות, ועוד;

זאת כאשר חזקה על המשיב, כי אילו היה באמתחתו ראיות כאלו, היכולות לסייע בידו, הוא היה חיש מהר מציגן.

29. לטענת המערערת, מכלול הראיות מבסס, במידה הנחוצה במשפט פלילי את היסוד הנפשי של העבירות הנדונות.

30. בהתאם להלכה הנוהגת, בכדי שבית המשפט יגיע למסקנה כי מן הדין לזכות את המשיב ולו מחמת הספק בשל קיומו של תרחיש חלופי תמים, יש צורך להראות, כי תרחיש כזה הינו מבוסס וסביר דיו. בעניינו, לא הוצג כל תרחיש כזה. נהפוך הוא, פרשת ההגנה אך חיזקה את הראיות נגד המשיב.

31. בדיון בפנינו, חזרה המערערת על הטענות אותן העלתה בהודעת הערעור בהדגישה, כי מדובר בטעות משפטית העומדת בבסיס הכרעת הדין. ברי, כי החשבוניות הוצאו שלא כדין. בית המשפט קמא קבע, כי מי שהוציא את החשבוניות הוא אדם עלום כלשהו אבל בוודאות לא מדובר באותו הייב אשר חתם על ההסכם. זו קביעת בית המשפט קמא. נקודה חשובה זו נעדרת התייחסות בהכרעת הדין.

עוד ביקשה המערערת ללמדנו, כי המשיב לא הצליח להרים את הנטל שהועבר אליו. לדידי המערערת, דברי המשיב הינם בבחינת אמירות סתמיות, מתפתלות, שאין בהן די כדי לעורר את הספק הסביר. המשיב טען, כי קיבל את החשבוניות מג'מיל או ג'מאל או מוחמד; הפרטים והזהות של אותו איש אליו התייחס המשיב, נותרו לוטים בערפל כך שהוא לא ידע למסור שם משפחה, מספר טלפון, תיאור מהלך ו/או שיטת ההתחשבות ו/או את הצורה והדרך בה שולמו לו את הכספים ועוד. לדידי המערערת, טעה בית המשפט קמא עת קבע שהמערערת לא יכולה למלא את ה"יש" באין כאשר אותו בית משפט בחן את שלל הראיות לכאורה וקבע בשלב הראשון שהמערערת הצליחה להביא להעברת נטל הבאת הראיות למשיב, אשר דבריו היוו עוד נדבך ראייתי ולבטח לא היה בהם כדי לספק תרחיש חלופי סביר או הגיוני ו/או לעורר ספק סביר בראיות התביעה. בית המשפט התעלם מכך שכל הראיות האלה הן בבחינת "יש" אחד ראייתי.

בית משפט קמא טעה גם, עת התייחס לעדותו של העד הייב אותו הגדיר כ"איש קש", כמי שהיה מעורב במספר עסקאות בהם המתכונת הייתה, חתימה על הסכם ומיד מתן שתי חשבוניות ואילו במקרה הספציפי בו עסקינן, מאחר ולא ניתנו באותו מעמד של החתימה על ההסכם חשבוניות מס, הגיע בית המשפט למסקנה שמדובר במקרה שונה!.

עוד, לשיטת המערערת, בית המשפט קמא לא קבע שום ממצא פוזיטיבי לגבי ההסכם; האם עניין לנו בהסכם אותנטי כדין בעל ערך, או שמא המדובר הוא בפיקציה.

מלבד זאת, הפנתה המערערת לשקריו של המשיב וכן לעדים, בני דודיו של המשיב, מר פרח אבו

עואד ומר פריד אבו עואד, כאשר בהתאם להתנהלות העסקית הנטענת, כפי גרסתם של עדים אלה, אין רשימת עובדים, ומקום בו גם למשיב אין רשימה כזו ברי, כי לא ניתן להתחקות אחר מספר העובדים, זהותם, שכרם ועוד פרטים מהותיים וחשובים. גם כאן, כפי הטענה התמוהה, ההתנהלות העסקית בין המשיב לבין עדים אלה הייתה באמצעות כסף מזומן; מכאן, אין כל תיעוד לכך.

המערערת הוסיפה בצינה, כי בית המשפט טעה אף בנוגע למסקנותיו באשר לסוגיית "מחדלי חקירה". לדידה, המשיב הוא זה שלא מסר כל פרט מזהה אודות אותו אדם שנתן לו כביכול את החשבוניות.

לסיכום, עתרה המערערת לקבלת הערעור שאם לא כן, יכול הדבר לשמוט את הקרקע מתחת לרגלי המדינה במקרים דומים ונוספים, כל אימת שנאשמים ממלאים את פיהם מים ולא מוכנים למסור שמות האנשים, שמסרו להם את המסמכים והחשבוניות.

טענות המשיב

32. המשיב משליך את יהבו על הכרעת הדין של בית המשפט קמא ועותר לדחות את הערעור. המשיב העלה את טיעוניו גם על הכתב במסגרת עיקרי טיעון אשר הוגשו מטעמו לתיק בית המשפט. הוא אף ביקש בסוף הדיון להוסיף ולצרף טיעונים בכתב; וכך עשה.

33. לטענת המשיב, מנימוקי הערעור, עולה כי המערערת מבקשת להתערב בממצאי עובדה וההלכה בעניין זה ידועה. לדידו, הכרעת הדין של בית המשפט קמא התבססה על התרשמותו הבלתי אמצעית של בית המשפט מהראיות ומהעדים. מכאן, אין להתערב בקביעותיו ומסקנותיו של בית המשפט קמא.

34. לעניין חוסר פירוט בחשבוניות, סעיף 47(ב)(1) לחוק מע"מ מונה את הפרטים שיש לכלול בחשבונית מס כדין. החשבונית צריכה לכלול, בין היתר, תיאור השירות, הכמות והיחידה לפיה נמדדת הכמות. לא הייתה חובה לכלול פירוט של אתרי העבודה, מספר פועלים ו/או השכר לכל עובד, כנטען בהודעת הערעור.

35. לעניין התשלום במזומן, חזר ב"כ המשיב וציין, כי המשיב עשה שימוש בכסף מזומן בשל הגבלה שהיתה לו בחשבון הבנק. עוד ציין, כי מנהל החשבונות מטעמו אישר לו זאת.

בהקשר זה, בצדק בית המשפט קמא ערך אבחנה נכונה בין המישור הפלילי לבין המישור האזרחי, כאשר פגם כלשהו הקיים בחשבוניות, בין בשל העדר פירוט ובין אם בשל תשלום במזומן, הינו פגם טכני היכול להוביל לאי הכרה במס התשלום שבחשבונית ואינו יכול להגיע לכדי עבירה פלילית.

36. באשר להעדרם של מסמכי ההתחשבות, כך על פי גרסת המשיב; מאחר ולא נערך רישום לתכולת תיק הנהלת החשבונות, ככל הנראה, מסמכים אלה נעלמו מהתיק עת עבר לטיפולם של החוקרים השונים. בהקשר זה, המשיב הפנה גם לקביעתו של בית המשפט קמא לפיה, חוסר התייעוד אינו רלבנטי לשלב הראשון להבאת הראיות שכן, תחילה- על המערערת להביא ראיות שיתמכו בגרסתה, כי מדובר בעסקאות פיקטיביות ורק לאחר מכן, נדרש המשיב להוכיח את אמיתות העסקאות.
37. בנוגע לרשימת העובדים, מאחר והמשיב אינו המעסיק של אותם עובדים ופועלו במישור זה התמקד אך בקבלת שירותי כוח אדם, לא רבצה על שכמו כל חובה לנהל רשימת עובדים.
38. באשר לטענה בדבר תאריך חתימת ההסכם, לשיטת המשיב, הוכח כי לחברת ג'רבי היה חשבון בנק עוד לפני תאריך ההסכם. מסמכי פתיחת חשבון הבנק לא הוצגו ולכן קיימת אפשרות כי מסמכים אלה היו בפני עו"ד אבו עואד עובר לחתימה. עוד צוין, כי לעניין בעלי המניות מה שקובע זה מרשם בעלי המניות בחברה ולא הרישום המתנהל ברשם החברות. בהקשר זה נטען עוד, כי החתימה על ההסכם לפני שהחותם הפך לבעל מניות אינה מובילה מניה וביה למסקנה כי ההסכם פיקטיבי שכן, מר הייב "אושרר" לאחר מכן. הוסף לכך, החשבונית הראשונה הינה מיום 30.04.10, קרי, לאחר ההעברה ברשם החברות.
39. לעניין העד הייב ואספקת עובדים על ידו באופן אישי, הוכח כי עד זה עבד כנאמן עבור אנשים מחברון ובהתאם לחוק החזקת מניות, אין כל מניעה מהחזקת מניות בנאמנות.
40. ב"כ המשיב לא פסח על טענות המערערת באשר לאיש הקשר ג'מאל. נהפוך הוא, לדבריו, הוא עשה ניסיון לזמנו לדיון ואף זימנו במסירה אישית על אף שמדובר בתושבי שטחים. לעומת זאת, המערערת, שהיו בידיה הכלים לחקור את העדים ולהביאם לעדות, קפאה על שמריה.
41. באשר לעובדת חילופי דירקטורים והחלפת השם של חברת ג'רבי, לדידי המשיב, הוא לא ידע מאומה על כך.
42. עוד, לדידי המשיב, בשלב הרביעי עת נדרש בית המשפט לבחון את דיות הראיות של המערערת, הרי שלאור מחדלי החקירה והראיות הרבות שלא הובאו על ידי המערערת, היה מקום לקבוע (כבר בשלב זה) שלא היה די בראיות המערערת.
43. המשיב שב וחייד את ההשלכות של מחדלי החקירה על הכרעת הדין כאשר לדבריו מחדלים אלה היה בהם כדי להצדיק את זיכוי.

44. יתר על כן, לגישת המשיב, העבירות בהן הואשם, הן עבירות מטרה ומשכך, מקום בו לא הוכח כי המשיב ניסה לפעול למען התחמקות ממס באופן אישי הרי שאין מנוס מהקביעה כי לא הוכחו יסודות העבירות, גם מטעם זה.

45. לבסוף, ביקש המשיב לסמוך את ידיו על טענת הגנה מן הצדק, אותה, כידוע, ניתן להעלות בכל שלב במשפט, אף במסגרת הודעת הערעור.

46. בטיעוניו בפניו, חזר המשיב על טיעוניו בכתב ועתר לדחות את הערעור. כך גם במסגרת השלמת טיעוניו אשר הוגשו בכתב לאחר מכן. המשיב חזר על טיעוניו בהדגישו, כי הכרעת הדין מנומקת ומבוססת היטב ואין מקום להתערב בה.

דין והכרעה

47. אפתח ואציין, כי לא נעלמה מעיני ההלכה רבת השנים לפיה - אין דרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאיה העובדתיים של הערכאה הדיונית שעה שזו התרשמה באופן בלתי אמצעי מן העדים. אין חולק, כי לבית המשפט, הרואה ושומע את העדים, יתרון מובהק על פני התרשמותו העקיפה של בית משפט זה, בשבתו כערכאת ערעור.

התערבות מעין זו, במיוחד כאשר פסק הדין בנוי על שיקולי מהימנות, שמורה למקרים חריגים, בהם נפלה טעות מהותית או בולטת לעין בהערכת מהימנות של עד, או כאשר ממצאיה של הערכאה הדיונית מבוססים על שיקולים שבהגיון, או כאשר הערכאה הדיונית התעלמה לחלוטין מראיות או לא שמה לב לפרטים מהותיים בחומר הראיות, או כאשר מדובר במסקנות להבדיל מעובדות וכיו"ב; ע"פ 511/11 מריסאת נ' מדינת ישראל (14.03.12) וכן, ע"פ 8146/09 אבשלום נ' מדינת ישראל (08.09.11).

48. לענייננו, בחינת יסודות הכרעת הדין של בית המשפט קמא, מלמדת, כי זיכוי המשיב אינו מבוסס על קביעות הנוגעות למהימנות עדים והתרשמות ישירה מהם (בהן ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב) כי אם, על אופן ניתוחן של הראיות והסקת מסקנות מתוך מכלול הראיות הנסיבתיות שהונחו בפני בית המשפט קמא; ראיות אשר יצרו מסד עובדתי בו תקע בית המשפט קמא את שורשי פסק דינו.

כמבואר לעיל, בית המשפט קמא, סקר את העדויות, עמד על הסתירות והתהיות הרבות אשר עלו מדברי העדים ומצא, כי יש בכל אלה, לצד מחדלי חקירה נטענים, כדי לעורר ספק סביר באשר לאשמת המשיב. במסגרת הערעור כאן, מבקשת המערערת את התערבותנו במסקנות שהוסקו מתוך קביעותיו העובדתיות של בית המשפט קמא, כאשר לדבריה נפלה שגגה באשר לאופן ניתוח הממצאים העובדתיים וכפועל יוצא במסקנות אליהן הגיע בית המשפט קמא.

מכאן, דומה כי, צודקת המערערת בציינה, כי במקרה עסקינן פתוחה הדרך בפני ערכאת הערעור לבחון את הכרעת הדין, על רקע הממצאים העובדתיים כפי שהוכחו בפני בית המשפט קמא.

49. עד לשלב בו קבע בית המשפט קמא, כי המערערת עמדה בנטל הראשוני הרובץ על שכמה, תמים דעים אני עם מסקנותיו ודרך ניתוח הדברים. אלא שמשלב זה ואילך, אין בידי לקבל את מסקנותיו של בית המשפט קמא ועל אודות זאת אנמק ואעמוד בהמשך.

50. כאמור, המשיב הואשם בכך שהגיש דוחות לשלטונות מע"מ ובהם דיווחים על חשבוניות שהוצאו שלא כדין וניכה מס תשומות שלא כדין בגינן, וזאת בניגוד להוראות סעיף 117(ב) לחוק מע"מ הקובע, כי:

"עשה אדם מעשה מן המפורטים להלן במטרה להתחמק או להשתמט מתשלום מס, דינו - מאסר 5 שנים או כפל הקנס הקבוע בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין, התשל"ז - 1977:

(1) מסר ידיעה כוזבת או מסר דו"ח או מסמך אחר הכוללים ידיעה כאמור;

....

(5) ניכה מס תשומות בלי שיש לו לגביו מסמך כאמור בסעיף 38"

סעיף 38 לחוק המע"מ, אשר אליו מפנה סעיף 117(ב)(5) קובע מתי עוסק זכאי לנכות מס תשומות:

"ניכוי המס ששולם על תשומות:

(א) עוסק זכאי לנכות מהמס שהוא חייב בו את מס התשומות הכלול בחשבונית מס שהוצאה לו כדין או ברשימון יבוא או במסמך אחר שאישר לענין זה המנהל, ובלבד שרשימון היבוא או המסמך האחר נושא את שמו של העוסק כבעל הטובין ושהניכוי ייעשה בתוך ששה חדשים מיום הוצאת החשבונית, הרשימון או המסמך."

51. יוצא כי, ניכוי מס תשומות על ידי עוסק, היינו מס ששולם עבור רכישות או שירותים שקיבל העוסק, הינו מותר מקום בו אותו מס מצוי בחשבונית מס שהוצאה לנישום כדין והמתייחסת לעסקה החייבת במס.

52. באשר למשמעות של היות החשבונית כדין, מונח זה יכול לחול על קשת רחבה של מקרים כאשר המכנה המשותף לכולם הינו בכך שחשבונית שהוצאה שלא כדין אינה משקפת את המציאות כהווייתה ועל כן ניתן לכנותה "חשבונית פיקטיבית". ראה לדוגמה, ע"פ 190/98 שלטים השרון בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל (31.12.98).

פרופ' א' נמדר בספרו "מס ערך מוסף" מתייחס לסעיף 38 לחוק הנ"ל, לרבות באשר לנטל הראיה:

"הדרישה לכתב, שהינה דרישה דווקנית נועדה ליצור מכשיר פיקוח על מנגנון הגבייה העצמית של המס, לפי הוראת הסעיף ניתן לנכות מס תשומות רק אם המסמכים האמורים לעיל הוצאו כדין לעוסק, דהיינו שהעסקה אכן בוצעה, היתה חייבת במע"מ, ושחשבונית המס הוצאה על ידי עוסק מורשה שהיה מוסמך להוציאה..... עפ"י סעיף 38 על העוסק נטל הראיה להוכיח את היסודות האמורים לעיל..... היוצא הוא שעל העוסק לוודא כי מי שמוציא לו את חשבונית המס הינו במעמד של עוסק מורשה וכי חשבונית המס הינה ערוכה כדין והיא נושאת את שמו על גביה..." (א' נמדר "מס ערך מוסף" הוצאת חושן משפט תל-אביב, תשס"א (2000) עמ' 539-540).

יוצא, כי על העוסק לוודא זאת ולא אחרת.

53. סעיף 132 לחוק המע"מ מורה כדלקמן: "**הטוען ששילם מס או שהגיש דו"ח, או שהמס נוכה ע"פ חשבונית מס - עליו הראיה**"; סעיף זה נותן ביטוי לכלל לפיו, אדם חייב להוכיח עובדות המצויות בידיעתו האישית. עולה, כי הנטל להוכחת הבסיס לניכוי מס תשומות מוטל על העוסק שכן, המדובר בעובדות המצויות בידיעתו האישית ובחזקתו של העוסק עצמו. יחד עם זאת, הנטל להוכחת היסוד העובדתי, היינו ניכוי מס שלא כדין והיסוד הנפשי, שהינו המודעות לכך והכל במטרה להתחמק או להשתמט מתשלום מס, מוטל על המדינה/המערערת. משמע, מקום בו המשיב טען כי ניכוי המס היה על-פי חשבוניות המשקפות פעילות עסקית אמיתית, חוקית ונכונה (שפרטיה מצויים בידיעתו ובאמתחתו שלו עצמו), עליו נטל הבאת הראיה/העובדות והמסמכים, שיש בהם כדי לתאר ולהציג את פעילותו העסקית, שלדבריו הצדיקה ניכוי מס תשומות. אמנם, בסוף הסופים, נטל השכנוע רובץ על שכם המערערת. אולם, אין בכך, כדי לפטור את העוסק מנטל הוכחות הבסיס לניכוי מס תשומות.

בהקשר זה, ניתן להפנות גם לפסק הדין בע"פ 5783/12 גלם נ' מדינת ישראל (11.09.14) פסקה 96, שם, כפי פסק דינו של כב' השופט שוהם, הנטל להראות כי חשבוניות המס שבהם החזיק העוסק ואשר שימשו בסיס לניכוי מס תשומות "הוצאו לו כדין", רובץ על שכמו של העוסק.

54. כפי שאף נקבע בהכרעת הדין, המערערת עמדה בנטל הבאת הראיות בשלב הראשון, מעבר לכל ספק סביר.

55. עיון בחשבוניות המס מראה, כי מדובר בחשבוניות "שותקות" (מוצג ת/4) שמלבד המילים אספקת עובדים, אין בהן ולו פירוט מינימלי ביחס למספר הפועלים, תעריף שעה, מספר שעות עבודה, מקום עבודה וכו'.

בית המשפט קמא, סקר את הראיות בנוגע להוכחת אשמת המשיב בשלב הראשוני ואין מקום לחזור

עליהן. בין היתר, הוא מנה בין שלל הראיות הנ"ל את העובדה, כי ההתנהלות העסקית של המשיב היתה דרך כסף מזומן וכן את העובדה, כי לא הוצגה כל ראיה בגין התחשבנות שביצע אל מול חברת ג'רבי בע"מ ואף לא מול מי מלקוחותיו, לא הוצגה רשימת עובדים, וזאת מלבד הסתירות אשר עלו בין תאריך חתימת ההסכם ת/3 לבין התאריך הנקוב ב ת/7 (פרוטוקול ישיבת בעלי המניות לפיו העד הייב התמנה כמנהל החברה ושימש כמורשה חתימה), אי מסירת פרטיו של ג'מאל או מוחמד לרבות אמצעי קשר למרות הטענה כי המשיב עבד עימו באופן קבוע ומולו התחשבן.

עוד, בהקשר של ההסכם נשוא ת/3, מלבד הסתירה הקיימת בינו לבין המוצג ת/7 והספק באשר למעמדו של אותו הייב באותה נקודת זמן וסמכותו לחתום על הסכם מעין זה, הרי החתימה על גביו בוצעה מבלי שקדם לה בירור ולו מינימלי באשר למהות החברה, מי הבעלים שלה, מי המנהלים שלה, מצבה, מי עומד מאחוריה וכו'. לא זו אף זו, עיון בהסכם (מוצג ת/3) מראה, כי מדובר בהסכם סטנדרטי שהוכן מראש. הוסף לכך, הוא נעדר פרטים ביחס לתקופת ההסכם, מועד תחילתו, מועד סיומו, מקום ביצוע העבודה (שלא הוגדר לא באופן כללי ולא באופן ספציפי) שיטת ההתחשבנות, דרך התשלום וכו'. ניכר על פניו, כי עניין לנו בהסכם כללי הנעדר מסוימות המתחייבת מהיקף עבודה, כפי הנטען שהיה בפועל.

56. דומה, כי הערפל הסמיך האופף את "חברת ג'רבי בע"מ" פועל לרעתו של המשיב. המשיב הוא זה אשר פעל מול החברה הנ"ל וכל הפרטים בנוגע אליה אמורים להיות בידיעתו האישית. הוא זה אשר היה מצוי עם החברה הנ"ל בקשר עסקי כל אותה תקופה, וממנה שאב וקיבל את החשבונות תמורת קבלת הפועלים, לטענתו. למרות זאת, הוא לא ידע למסור פרט מזהה כלשהו בנוגע לפועלים הנ"ל ואף לא פעל ו/או טרח להביא מי מהם למתן עדות. מדוע לא עשה כן? עם המשיב הפתרוני. עצם העובדה שהוא פעל למען זימונם והם לא התייצבו לדיון, אין בה כדי לסתום את הפרצות הרבות והתהיות אודות פועלו של המשיב אל מול חברה זו.

אל נא לשכוח, כי המדובר בפעילות עסקית שנמשכה כמעט שנה, במהלכה שילם המשיב סכומי כסף גבוהים במזומן. הטענה בדבר תשלום סכומי כסף במזומן לגוף כזה או אחר, יחסי עבודה שהתנהלו על פני תקופה ללא כל מסמך ו/או תיעוד ו/או פרט מזהה כלשהו, באשר להתחשבנות, או מספר פועלים, או מספר שעות ועוד, זועקת "דרשני".

57. כאן המקום לציין, כי מעדותו של המשיב בפני בית המשפט קמא עולות תהיות רבות וצצות שאלות שאין להן מענה. כך למשל:

בפרוטוקול הדיון (עמ' 92) ענה המשיב לשאלות שהופנו אליו, בצינו זו הלשון:

**" ש. מתי התחלת להיות עצמאי?
ת. כמעט 2010 חשבתי לעשות את זה**

ש. למה החלטת להיות עצמאי?
ת. אני הייתי שכיר כל הזמן ולמדתי ... ולהיות קבלן רשום אמור לעשות ניסיון של 5 שנים בתור קבלן עבודות בניין אז התחלתי כקבלן כדי שיהיה לי מספר רשום".

ובהמשך דבריו, באותו עמ' הוא ציין, כי;

"ת. התחלתי אצל קבלן בעבודות קטנות אצל ספאדי נסיב וסלים. התחלתי לעשות אצלו עבודות קטנות. לא בהרבה כסף... ואז חשבתי להרחיב את עבודתי ועברתי לשדרות
ש. מה הכוונה שלך להרחיב את העסק שלך?
ת. לקבל ניסיון ושם להיות קבלן רק בגלל שיהיה רשום. ולקבל את המספר רשום אצל רשם הקבלנים".

ובהמשך דבריו, בעמ' 93 לפרוטוקול הוא ציין;

" ש. איזה עבודות עשית בשביל עוואד?
ת. הספקת עובדים
ש. לכל אחד ובאיזה תחום? תדייק.
ת. לעסקים בכפר, הספקת עובדים בעבודות בניין וגם לאבו עוואד פריד גם הספקת עובדים וחקלאות גם.
ש. באיזה מקומות זה היה?
ת. היה לנו עסקים בכפר, הייתה עבודה בדרום, בשדרות, וגם באזור עבודות חקלאות
ש. מה זאת אומרת?
ת. באזור רמת הגולן, ואבו עוואד פריד נתן לנו עבודה בבית ליד.
ש. איפה זה?
ת. ליד נתניה
ש. מה עשיתם שם?
ת. שיפוץ למטבח של צבא. רמת הגולן עם אבו עוואד פריד, קדמת צבי, אלוני הבשן
ש. שמות קיבוצים?
ת. כן
ש. מאיפה היו לך העובדים שסיפקת ללקוחות?
ת. היו מהשטחים כמובן, גם מרמת הגולן וגם מהדרום. במיוחד כשהיינו עובדים בדרום היו מהשטחים בדואים.
ש. מי סיפק את העובדים?
ת. כוח אדם.
ש. מי סיפק את העובדים?

ת. כוח אדם
ש. איך קוראים לו?
ת. סמי ג'רבי "

מהמקובץ לעיל עולה, כי המשיב הגדיר את עצמו כקבלן, אולם בפועל, עסק בהספקת כוח אדם. כלומר, תפקידו היה לקבל כוח אדם מחברה אלמונית ולהעביר אותו לגורם שלישי. התנהלותו זו הינה נטולת הסבר עסקי, מקום בו, משך תקופה זו (עת עסק בהספקת כוח אדם) הוא לא שימש כקבלן בפועל ומשכך, בפועל תחת כובע זה, ובניגוד להסבריו, הוא לא תרם לצבירת תקופת ניסיון בת 5 שנים; תקופה הנחוצה לצורך קבלת אישור בדבר היותו קבלן רשום. יתרה מזו, המשיב לא הציג מסמכים ו/או ראיות המלמדים על התחשבות חוקית ותקינה שנעשתה מול אלה שמהם קיבל כוח אדם ו/או מול אלה שלהם העביר את כוח האדם.

בפרוטוקול הדיון עמ' 95 שורה 28 ואילך, ממשיך המשיב ועונה לשאלות המופנות אליו :

"ש. מי חתם על החשבוניות שקיבלת מג'רבי?
ת. היו חתומות. מה שהייתי מקבל זה היה מוכן מג'מאל זה שמינה אותו
ש. מה היה מצורף לחשבונית?
ת. השעות של העובדים והרישום שלהם
ש. איפה הפירוט הזה?
ת. היה אצלי בבית והייתי לפעמים נותן למנהל החשבונות שלי ואני עברתי דירה, וגם את תעודת הקבלן שלי לא מצאתי כי עברתי דירה. איבדתי אותם גם את השעות והרישומים."

בהמשך, בעמ' 99 שורות 26 ואילך:

"ש. מה התדירות של הקשר שהייתה לך עם אדון ג'מאל בזמן שלא באת?
ת. מדברים לפעמים פעמים ביומיים שלושה.
ש. מישהו שהיית איתו בקשר רציף
ת. כן
ש. נכון שלא נתת לחוקר את מספר הטלפון שלו?
ת. לא היה לי אותו
ש. למרות שהיית מתקשר אליו בתדירות קבועה?
ת. הייתי מתקשר אבל לא היה לי את הטלפון שלו באותו זמן."

בהמשך, בעמ' 100, שורות 26 ואילך:

**"ש. אתה לא נמצא באתר נכון? אותו בחור שאחראי הוא מביא לך את ההתחשבות נכון?
ת. כן. הוא רושם כל סוף יום, חותם לעובד את היומית שלו ואני גם חותם, גם לעסקים בכפר יש אחראי מטעמם וגם הוא מאשר.
ש. עכשיו אתה מספר לנו שעל כל עובד שהיה לך מי שהיה חותם לו את היומית זה נציג של עסקים בכפר?
ת. כן
ש. תגיד לי למה את הפרט החשוב הזה אתה מוסר רק עכשיו?"**

הנה כי כן, התנהלות המשיב בניהול עסקיו הייתה תמוהה ותחת לספק הסבר סביר באשר לדרך התנהלותו, הוא נמנע מלהמציא מסמכים או פרטים אודות כך. לדידו, הוא לא נכח בשטח בו עבדו הפועלים מרבית הזמן, היו לו אנשי קשר עליהם סמך ואלה ביצעו תרשומות של העובדים. כן, הוא טען כי נהג לבצע התחשבות באמצעות כספים במזומן ולא הוציא קבלות, כאשר לא ידע לספק הסבר המניח את הדעת באשר לטענתו ביחס להגבלה בחשבון הבנק שלו; סיבה (שאינן לה עיגון ראייתי) אשר לדבריו, עמדה בבסיס התנהלותו העסקית באמצעות כסף מזומן. הוסף לכך, המשיב לא הסביר איך התנהל בכסף מזומן, בסכומים כה גדולים, כשהוא מוגבל בבנק.

המשיב לא הביא ולו בדל ראיה על מנת להוכיח את טענתו שיש מאחורי ההסכם הנטען נשוא ת/3 עסקת אמת. הוא לא הציג ראיה כלשהי לפיה - אכן בוצע תשלום בפועל על ידו. בנוסף, לא הציג ראיה המלמדת (ולו ברמה של ספק סביר) כי היו בנמצא חוזי עבודה עם קבלני-משנה איתם ניהל המשיב עסקים, וזאת על אף כי ענין לנו בעבודות בהיקפים גדולים, לאור הסכומים המשמעותיים שפורטו בחשבוניות. המשיב לא הביא עדים שהיה בכוחם לחזק את טענתו בדבר אספקת העובדים ולא הביא מסמך כלשהו שיש בו כדי להצביע על שיטת ההתחשבות, מספר העובדים, כמה שעות וכמה ימים עבדו. הדברים נכונים בפרט, כאשר המשיב העיד כי התקשרותו, לפחות בחלק מן המקרים, אם לא ברובם, עם קבלני המשנה הייתה לצורך אספקת כוח האדם לאותם קבלנים (עמ' 93 לפרוטוקול). המשיב אף אישר (בשורה 14 בעמ' 99 לפרוטוקול), כי הוא שימש למעשה "כחברת כוח אדם". יוצא שההתחשבות מול אותם מקבלי שירות ממנו, צריכה הייתה אף היא לכלול פרטים מלאים לגבי כמות כוח האדם שסיפק המשיב, ואולי אף רשימה שמית ומקום אתר העבודה, בו הועסקו. במקום זאת, כל טענותיו של המשיב נטענו בעלמא בציינו, כי היו עסקאות והייתה ניירת. יחד עם זאת, המשיב לא טרח להגיש מסמכים לתיק בית המשפט, זאת באמתלות שונות.

על פניו, מתוכן עדותו של המשיב בבית משפט קמא, ניתן להסיק, כי הנסתר בה רב על הגלוי. הוא ניסה לדמות שיטת עבודה ודרך התחשבות תקינה אבל הערפל הכבד סביב החשבוניות הנטענות, מתוכו נדף ריח של התנהלות לא תקינה, נותר בעינו ואף נעשה סמך יותר, מבלי יכולת להפיגו.

58. כאן המקום להפנות לעדותו של העד הייב, עמ' 28 לפרוטוקול שורות 9-17:



ש. כמה הסכמים חתמת ?

ת. אולי 4,5.

ש. במה היה שונה ההסכם בבוקעתא משאר ההסכמים.

ת. של בוקעתא חתמתי כשביקשו חשבוניות הבעלים אמרו לי לא לתת ולמחרת

התבטל. שאר ההסכמים שחתמתי עליהם הסכם וחשבונית.

ש. הסכם וחשבונית על המקום.

ת. כן, חשבונית מוכנה על המקום.

ש. רק אחרי 4,5 הסכמים כאלה נזכרת שאולי יש זיוף ואתה רוצה לצאת.

ת. נכון".

מעדותו של החוקר שרון שפסה בעמ' 58 לפרוטוקול עמ' 8-12, ניתן להסיק, כי הניסיון ליצור קשר עם האנשים שעמדו מאחורי החברה, לא צלח. כך באו הדברים לידי ביטוי בעדותו;

ת. אני מסתייג מהאמירה של "אנשים שעומדים מאחורי החברה" אני

לא זוכר שאני ביצעתי פעולות אני זוכר שהגעתי לתיק החקירה הייתה

קיימת ולמיטב זכרוני ידוע לי שהטלפונים האלה נבדקו ואין מענה

ש. זאת הפעולה היחידה?

ת. כן . הם מחברון"

59. אם להוסיף את האמור לעיל לקביעותיו של בית המשפט קמא ואל מקבץ הראיות בהן ראה בית המשפט קמא די, כדי להעביר את נטל הבאת הראיות לצד השני, הרי שיש בכך כדי לחזק את מארג הראיות הקיים לביסוס האשמה והטלת נטל כבד יותר על שכמו של המשיב להטלת ספק סביר.

60. בית המשפט קמא מצא, כי המשיב הצליח לעורר את הספק הסביר הנדרש. האמנם? בית המשפט קמא השליך את יהבו על הסתירות והתהיות אשר עלו מעדויות עדי התביעה, בין אם זו עדותו של העד הייב ובין אם זו עדותו של העד פרח אבו עואד. עוד, מצא הוא תמיכה לכך בעדויות נוספות.

61. אכן, סתירות רבות ואי דיוקים עלו בעדותו של העד הייב, אליהן נזקק בית המשפט קמא ואין מקום לחזור עליהן. לצד זאת, מצא בית המשפט קמא לקבוע, כי ליבת עדותו של עד זה מהימנה וכי הוא שימש לתפיסתו "איש קש" מטעם האחים עראמין מהשטחים ופעל בשמם. בהקשר זה של הסתירות, רואה אני לנכון להפנות לדבריו של כב' השופט י' עמית בע"פ 511/11 סאלח מריסאת נ' מדינת ישראל (14.03.12) בפסקה 22 שם:

"כל שופט בערכאה דיונית, מכיר את התופעה של עדים טועים, ואפילו עדים המשקרים במידה זו או אחרת, מבלי שיש בכך כדי לאיין את גרסתם בליבה העיקרית של הדברים. מה מביא עד לשקר



או לומר דברים לא נכונים? הנושא ראוי למחקר בפני עצמו והסיבות לכך רבות ומגוונות ולא אתיימר למצותן: יש שהעד אינו זוכר וטועה בתשובתו; יש שהעד מבקש לרצות את השואל או להוכיח כי הוא יודע את כל התשובות, ולכן הוא מספר גם על דברים שלא ראה במו עיניו; לעיתים מתערבבים הדברים שראה העד עם דברים ששמע מאחרים במועד מאוחר יותר; לעיתים העד משקר כדי להרחיק ממנו חשד שהוא משקר בדברים אחרים, או כדי להרחיק ממנו חשד שתיאם את עדותו עם אחרים או שמקור ידיעתו הוא מאחרים; לעיתים העד משיב באופן לקוני, מבלי לטרוח להבהיר דבריו אם כדי להסתיר דברים שאינם קשורים לנושא המשפט, אם מתוך חשדנות בסיסית ואם מתוך מגמה של "לחסוך במידע"; יש והעד סר פנים וזועף, בשל החקירה המכבידה עליו או שמכעיסה אותו מאחר שמפקפקים ביושרו. קיצורו של דבר - לא כל עד שמשקר או טועה בחלקים מעדותו, יש לקבוע כי אינו דובר אמת בגרסתו המרכזית, ומכאן מלאכתה של הערכאה הדיונית, לבור את התבן מן הבר, ולעיתים, כשיש צורך, אף להשתמש בכלל של "פליגין דיבורא"....."

למען הסדר הטוב אציין, כי בית המשפט קמא הפנה לסתירות בעדות העד הייב ואף מצא לחלק מדבריו תמיכה בגרסת המשיב. הסתירות שבדבריו של העד אינן נוגעות לליבת המחלוקת. ניכר מעדותו, כי טענותיו נטענו בעלמא ללא כל ביסוס אם זה מתוך ניסיון שלא ידבק בו כל רבב ואם זה מתוך אי ידיעה באמת ו/או מתוך ניסיון לחפות על מעשים שלא כדין שהתרחשו בפועל. גם עדותו של עד זה מגלה טפח ומכסה טפחיים ולא ניתן להיבנות מהסתירות אשר עלו ממנה כדי לסדוק את יתר ראיות התביעה. נהפוך הוא, ממארג הראיות, עולה, כי העד הייב ואשר שימש כחוליה המקשרת בין המשיב לבין חברת ג'רבי, אינו טלית שכולה תכלת ואף נטל חלק (במידה כזו או אחרת) בעסקאות שונות, בהן נמסרו חשבוניות פיקטיביות; מכאן, הקביעות באשר לחוסר מהימנותו של עד זה אינן פועלות דווקא לטובת המשיב, אם כי, לדעתי, לחובתו. אף לדברי בית המשפט קמא עצמו (עמ' 18 לפרוטוקול הכרעת הדין), עדותו של העד הייב הייתה רצופה בסתירות רבות כאשר "ניסה לשוות למעשיו מהלך עניינים תמים יחסית למרות שהבין למעשה כי שותף ככלל למעשה תרמית (הוזכרו עסקאות נוספות שערך עם נאשמים אחרים אשר ואשר הוצג בפני העד כי היו פיקטיביות) ..".

כך גם באשר לעדותו של עד התביעה פרח אבו עואד. בית המשפט הפנה, ובצדק, לתהיות ולתמיהות הרבות אשר עלו מעדותו. עד זה הינו קרוב משפחתו של המשיב, כאשר, על-פי הנתען, הוא קיבל



עובדים מהמשיב. אך מעניין שגם התנהלותו הכספית של עד זה נעשתה תוך שימוש בכסף מזומן ולאורך כל עדותו, לא תמך דבריו במסמך כלשהו, לא הצביע על הסכם חתום באשר להיקף העבודות ואף לא הציג דפי התחשבות ולו מסמך אחד כלשהו שיש בו כדי לאשש את הנטען על ידו ו/או על ידי המשיב. גם עדותו של עד זה הינה כוללנית ולא מפורטת ואף שם אחד או אתר עבודה אחד לא הוזכר בה. עד זה (קרוב משפחתו של המשיב, ומטבע הדברים לו אינטרס לסייע בידו של זה האחרון כדי לחלצו מהבוץ של ההליך הפלילי אליו נקלע) לא ידע לספק הסבר, המניח את הדעת, באשר לסכומים הנקובים בחשבוניות (שאינן מפורטות), עבור איזה עבודה ניתנו, לאיזו מטרה ומה הם המקומות בהם הועסקו העובדים. החשבוניות הלוקות בחסר פירוט, התהיות והסתירות שצצו מתוך עדותו של העד, הקרבה המשפחתית והעסקית למשיב, צורת ההתנהלות הלקויה מול המשיב באמצעות כסף מזומן, החסר הקיים בתיעוד וברישום מהות הפעילות העסקית, מקומה, היקפה, מאפייניה ומשכה; כל אלה יחד - מחזקים דווקא את המסקנה, כי ענין לנו בהתנהלות עסקית פגומה שאינה דרה תחת אצטלה חוקית.

כך גם באשר לעדותו של עד ההגנה מר פריד אבו עואד. מפיו של עד זה נמסר על שיטת עבודה והתחשבות דומה; תשלום במזומן, העדר מסמכים ותרשומות, העדרן של רשימות עובדים, מספר עובדים, משך העבודה ועוד.

62. יוצא כי, אין מחלוקת באשר למסד העובדתי כפי שזה הוכח והונח בפני בית המשפט קמא. המחלוקת הינה באשר לתוכן שיש לצקת לחסרים, לסתירות ולאי הבהירות הקיימות וכמבואר לעיל, אינני תמים דעים עם מסקנותיו של בית המשפט קמא.

63. כלל נקוט הוא, כי התביעה נדרשת להוכיח את אשמתו של נאשם מעבר לספק סביר, ולפיכך היא אינה נדרשת להפריך כל ספק, ובוודאי לא כזה שבסיסו בהרהורי לב או בתאוריה שלא הוכחה (ע"פ 29/79 סלמאן נ' מדינת ישראל, בעמ' 123; ע"פ 546/79 סולטן נ' מדינת ישראל, בעמ' 721; ועוד). כפי שנאמר בע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, בעמ' 651:

"בית-משפט זה כבר הטעים מספר פעמים, כי נאשם שהובא נגדו חומר הוכחות מספיק כדי הרשעה, לא די לו, לשם הפרכת הראיות, כי יספר סיפור בעלמא או כי יעלה גירסה סתם, אשר לכאורה אינה מתיישבת עם קיומם של יסודות האישום. מול חומר ראיות לכאורה על הנאשם להציג קו הגנה ממשי, ריאלי, המתקבל על הדעת, אשר אינו פרי הדמיון בלבד. אם בית המשפט הדן בדבר אינו מאמין בנכונות סיפורו של הנאשם ואינו מגלה בחומר הראיות יסוד ושורש לגירסה אשר הוא מעלה, אין הוא חייב להעדיף את הגירסה נטולת השורשים של הנאשם על הגירסה הבנויה על יסודות איתנים שלא נתערערה גם מכוח הספק, רק משום ש'ייתכן' ו'אפשרי הדבר' שהגירסה של הנאשם, התלויה על בלימה, נכונה היא...".

64. המשיב ניסה להראות שמדובר בעסקת אמת, מאחוריה התבצעו עבודות דה פקטו. אולם, דומה כי

הוא לא הצליח לשכנע באמיתות גרסתו. גם הפריכות והסתירות אשר עלו מדברי העדים אין בהן די כדי לעורר את אותו ספק סביר בגרסת המערערת.

65. בהינתן מקבץ הראיות עליו ביסס בית המשפט קמא את השלב הראשוני של הוכחת האשמה, לצד העדויות אשר נשמעו במסגרת פרשת ההגנה, שלא היה בהן די כדי להסיר את הערפל אשר ריחף מעל אותה התרחשות עובדתית וזאת בהעדר כל מוצג מינימלי כלשהו לתמיכה בטענות ההגנה, דומה, כי הצליחה המערערת לבסס את האשמה במידה הדרושה לה בהליך פלילי. אין לומר כי האשמה מבוססת על "האין" וזאת בשל מקבץ של ראיות שכולן מובילות למסקנה הגיונית אחת.

מהראיות הרבות שהביאה המערערת, עולה תמונה ברורה, שאינה מותרת מקום לספק, כי לא מדובר בהסכם אמת, וכי החשבוניות שהוצאו אינן חשבוניות אמיתיות, באופן שמוכיח את קיומו של יסוד הכוונה הפלילית. בין יתר הדברים המאששים זאת, ניתן למנות את ההתחמקות של המשיב ממתן תשובות, תשובותיו התמוהות לחלק מהשאלות אשר הופנו אליו והעדר פרטים (המשיב לא ידעו למסור פרטים על אודות עובדים ו/או אתרי עבודה, מספר שעות עבודה, היקף ביצוע העבודות, וכו') מהותיים ויסודיים המלמדים ולו על ספק סביר בדבר פעילות עסקית אותנטית העומדת בבסיס הדיווח לרשויות המס.

המשיב לא מסר ולו קצה חוט, ביחס לאותם אנשים אשר לדבריו סיפקו לו את העובדים ואף לא הביא איש לעדות בעניין זה. הלכה ידועה היא, כי הימנעות צד מלהביא עדותו של עד רלוונטי יוצרת הנחה כי אילו היה מושמע אותו עד היה בכך כדי לתמוך בגרסת היריב ואי הבאתו נובעת מהחשש של אותו בעל דין שעדותו תשמש לרעתו ומחשש מחשיפתו של העד לחקירה נגדית (ע"פ 8994/08 פלוני נ' מדינת ישראל (01.09.09)).

66. כאמור, מקבץ הראיות הן הישירות והן הנסיבתיות מובילות למסקנה המרשיעה. בהקשר של הראיות הנסיבתיות, כאן המקום להפנות לע"פ 6392/13 מדינת ישראל נ' מאיר קריאף (מיום 6.7.2014) ואשר מלמדנו, כי הפסיקה קבעה מבחן תלת שלבי להסקת מסקנה מפלילה מראיות נסיבתיות; שם נפסק בזו הלשון:

"בשלב ראשון נבחנת כל ראיה נסיבתית בפני עצמה כדי לקבוע אם ניתן להשתית עליה ממצא עובדתי; בשלב שני נבחנת מסכת הראיות כולה לצורך קביעה אם היא מערבת לכאורה את הנאשם בביצוע העבירה, כאשר הסקת המסקנה המפלילה היא תולדה של הערכה מושכלת של הראיות בהתבסס על ניסיון החיים ועל השכל הישר. המסקנה המפלילה עשויה להתקבל גם מצירוף כמה ראיות נסיבתיות; בשלב שלישי מועבר הנטל לנאשם להציע הסבר העשוי לשלול את ההנחה המפלילה כנגדו. הסבר חלופי למערכת הראיות הנסיבתית, העשוי להותיר ספק סביר באשר להנחה המפלילה, די בו כדי לזכותו."

הנה כי כן, בהתאם להלכה המנחה; כדי לצלוח את השלב השני, כדרישת הפסיקה, די בקיומה של מסקנה



לכאורית לפיה המערער אכן ביצע את העבירות שיוחסו לו. בשלב זה יועבר נטל הבאת הראיות לנאשם, על מנת לאפשר לו להציע גרסה שלמה, המתייחסת למכלול הראיות נגדו. מכאן, נפסק, כי אין צורך במסקנה פלילית ברמה של מעבר לספק סביר כדי לחצות את הגבול שקיים בין השלב השני לשלישי. להדגיש, נטל זה בא כדי לאפשר למי שמואשם בפלילים להציג תרחיש חלופי סביר המתיישב עם חומר הראיות העומד במבחני השכל הישר; כל זאת, כאשר נטל ההוכחה (בשונה מנטל הבאת ראיות) תמיד רובץ הוא על שכם התביעה. מכוח האמור, עוצמת הנטל המועבר במסגרת השלב השלישי תושפע מחוזק המסקנה המפלילה שהציעה התביעה בשלב השני. לאחר השלב השלישי על השופט לבחון ולשקול שוב אם האשמה הוכחה מעל לכל ספק סביר. אל לו לבית המשפט להגיע למסקנה מרשיעה, לאחר השלב השלישי, אך על סמך העובדה שהנאשם לא הצליח להציג תרחיש חלופי סביר המתיישב עם חומר הראיות. משמע, חובה היא, אף אם הנאשם לא עמד בנטל הצגת התרחיש החלופי, לבחון ולשקול שוב את מכלול ראיות התביעה (שהביאו להעברת הנטל לנאשם בשלב השני) ואם יש בכוחן לבסס מסקנה הגיונית ויחידה, מעבר לספק סביר; מסקנה שגוברת על כל אפשרות רציונאלית אחרת.

בענייננו, כל ערוצי הראיות אשר הוצגו משמשים כיובלים המתנקזים כולם אל אותה תוצאה מרשיעה. לשם ניקיון הדעת, אציין כי המשיב לא הצליח להצביע על תרחיש חלופי **סביר** המתיישב עם חומר הראיות העומד במבחני השכל הישר. נהפוך הוא, גרסת המשיב (אף כפי מסקנתו של בית המשפט קמא) גם אם אין בה לבדה כדי להביא להרשעה, הרי שהייתה רצופה תהיות, חוסר בהירות וערפל אשר הקיף את הראיות המרשיעות נגדו אבל לא הצליח לסדוק אותן. לטעמי, נוכח מידת מוצקות ראיות התביעה שהצדיקו את המעבר מהשלב השני לשלב השלישי, פרשת ההגנה, התגלתה כחסרת יכולת להציג תרחיש חלופי סביר. נהפוך הוא, היא אך חיזקה, במידת מה, את המסקנה בדבר אשמת המשיב.

67. ישאל השואל, האם הוכח היסוד הנפשי הדרוש לאותן עבירות הלא הוא: כוונה להתחמק מתשלום מס. סעיף 117(ב) לחוק, כולל ביסוד הנפשי של העבירה, "מטרה להתחמק או להשתמט מתשלום מס".

68. יסוד נפשי זה של "מטרה להתחמק או להשתמט מתשלום מס" - אינו אלא "יסוד נפשי של מודעות למעשה ולקיום הנסיבות הגורמות להתחמקות ממס. בית המשפט קבע, כי השימוש במילים 'במטרה להתחמק או להשתמט מתשלום המס', בסעיף 117(ב), כפי שהוא תוקן בתיקון 20 לחוק, אינן דורשות קיומה של כוונה מיוחדת לאפשרות גרימת תוצאות ההשתמטות מהמס" (פרופ' א' נמדר, מס ערך מוסף, ס' 2302, עמ' 747).

ברע"פ 3883/06 **חברת בשיר ר.מ. לבנייה נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו], חזר בית המשפט על ההלכה "כי מי שמפחית מס תשומות מבלי שנערכו בגין כך עיסקאות אמת ... חזקה עליו כי התכוון להשתמט מתשלום מס".

בפסק דין נוסף צוין, כי בעת שנאשם אינו מחזיק מסמכים נאותים או ספרי חשבונות נאותים שראוי היה שהנאשם יקיים, הדבר עשוי במקרים מסוימים ללמד על כוונה להתחמק מתשלום מס (ע"פ 5529/12

אוהב ציון נ' מדינת ישראל (09.11.14)).

על סמך המסד העובדתי כפי המפורט לעיל, ניתן להסיק כי היסוד הנפשי הדרוש להוכחת העבירה הוכח במקרה זה.

הדברים אמורים במיוחד שעה שהמשיב ערך את ההסכם מול חברת ג'רבי, מבלי לבדוק פרטים באשר לאותה חברה, זהות בעלי המניות, זהותם של המנהל ומורשה החתימה וכו'. המשיב לא הצביע על פעולות שעשה לאימות זהות העוסק, זאת לצד הראיות אשר הוכחו לעיל באשר להעדר פירוט הרישומים בחשבוניות, העדרם של מסמכים התומכים בהיקף, אופי, מקום ופרטי העבודה ויתר הראיות מהן ניתן ללמוד כי הייתה למשיב מודעות באשר לתכלית פועלו. המשיב טען כי לא ידע על כך ששם החברה הוחלף במהלך הפעילות מולה וכי בעל המניות בה השתנה, אולם, עובדה זו, שהחברה עימה התקשר כביכול, המשיכה להוציא חשבוניות בשמה הקודם, היא כשלעצמה, מוסיפה להיות, באשר לכשירות העסקה.

לא נעלמו מעיניי שני פסקי דין אליהם הפנה המשיב במסגרתם זוכה הנאשם שם מחמת הספק. יש לציין, כי יש לאבחן אותם מקרים מעניינינו, שם למשל בע"פ (מרכז) 31531-04-14 **קריצ'בסקי נ' מדינת ישראל** (30.11.14), בית המשפט זיכה את הנאשם מאחד האישומים מאחר ולא שוכנע מעבר לספק סביר כי המערער ידע בזמן אמת שהחשבוניות כוזבות או כי התכוון להתחמק מתשלום מס. בית המשפט שם סבור היה, כי נוכח מכלול הראיות שהובאו, המסקנה המרשיעה אינה גוברת "באופן ברור והחלטי" על כל תזה חלופית, וכי אפשרית גם מסקנה סבירה אחרת; לא כך בעניינינו.

כך גם בהקשר של פסק הדין השני אליו ביקש המשיב להפנות הלא הוא, ת"פ (כ"ס) 50963-02-12 **מדינת ישראל נ' אליהו סימן טוב** (26.01.15), גם במסגרתו, סיפק הנאשם הסבר חליפי הגיוני הממוקם באותו רף עם ההסבר שביקשה המאשימה לספק לראיות הנסיבתיות שהביאה.

מחדלי חקירה

69. כאמור לעיל, בית המשפט קמא נדרש לסוגיה זו, דחה חלק ממנה ואימץ אותה בחלקה האחר. כך לדוגמה, באשר לטענה בדבר אי איסוף כל המסמכים מתיק המע"מ של חברת ג'רבי בע"מ וגם ביחס לטענה בדבר חוסר תיעוד תוכנו של קלסר הנהלת החשבונות אשר נתפס בענייניו של המשיב; בית המשפט קמא קבע, ביחס לאלה, כי אין לראות בכך משום מחדל חקירתי.

לצד זאת, ככל שהעניין נוגע לאי חקירתם של האחים עראמין והמלווה של העד הייב בבית החולים, כאן, מצא בית המשפט קמא, כי המערערת התרשלה בחקירתה. בית המשפט קבע, כי, בנסיבות המקרה, היה על המערערת לעשות ככל שאל ידה למען קבלת גרסתם של האחים עראמין תוך

התייחסות אליהם כאל חשודים לכל דבר וענין. במחדלה זה, מנעה המערערת מהמשיב את האפשרות להציג ראיות בגין מעורבות האחים עראמין בהתקשרות הכלכלית עם חברת ג'רבי.

כן, הוסיף בית המשפט קמא וקבע, כי מחדלה של המערערת מקבל משנה תוקף לא רק נוכח טענתה שנדחתה בגין קושי באיתור תושבי שטחים ובכללם האחים עראמין אלא אף בהעדר כל מאמץ לפעולת חקירה במתווה שכזה שיש בו להתחקות אחר חלקם ופועלם של האחים הנ"ל. המערערת לא מצאה לנכון לחקור את המלווה של העד הייב אשר את פרטיו מסר לחוקרים ואשר תיווך לכאורה בין העד לבין המשיב ולא בוצעו פעולות לניסיון איתורם של דמויות אלו על מנת לנסות לאמת או להפריך את גרסת המשיב.

לטענת המערערת, לא עלה בידי המשיב להצביע על מחדל חקירה שיש בכוחו להביא לזיכוי. על בית המשפט היה לבחון את השפעת מחדלי החקירה על גורלו של ההליך הפלילי, ובתוך כך, בית המשפט תר אחר אבני הנגף שנוצרו בדרך של גילוי האמת תולדה של אותו מחדל. הטענה בדבר אי איתורם וחקירתם של האחים עראמין לצורך מתן עדות, אין בה כדי להצביע על מחדלי חקירה שמנעו מהמשיב את יכולתו להתגונן. ככל שהמשיב סבור היה, כי בעדותם של עדים אלה יש כדי להפריך את טענות המדינה, היה באפשרותו לזמנם לעדות שכן הוא היה בקשר עסקי איתם לאורך שנים.

עוד טעה בית המשפט קמא, עת לא זקף לחובת המשיב את העובדה כי נמנע מלמסור פרטים אודות ג'מאל ובמקביל מצא לזקוף לחובת המדינה את העובדה, כי האחים עראמין מאזור חברון לא נחקרו.

70. בהינתן מסד עובדתי זה, דומה כי צודקת המערערת בטעוניה. לטעמי, גם אם נקבע כי אכן מתקיימים מחדלי חקירה כאלה או אחרים, אין בכך כדי להביא לזיכוי המשיב באופן אוטומטי. בהתאם לפסיקה הנוהגת, יש לבחון כיצד השפיעו אותם מחדלים על יכולתו של המשיב להתגונן מפני האישומים נגדו. כפי שנפסק בע"פ 2860/08 אבו סריר נ' מדינת ישראל (27.07.2010):

"אכן, מטרת החקירה המשטרית אינה מציאת ראיות להרשעתו של חשוד, אלא מציאת ראיות לחשיפת האמת, בין אם אמת זו עשויה להוביל לזיכוי של חשוד, ובין אם היא עשויה להוביל להרשעתו (ע"פ 721/80 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2) 466, 472 (1981)). עם זאת, עובדת קיומם של מחדלי חקירה אין בה, כשלעצמה להביא לזיכוי של נאשם. אלא, בית המשפט ייתן דעתו לשאלה האם חרף קיומם של מחדלי החקירה, הונחה תשתית ראייתית מספקת להוכחת אשמתו של הנאשם בעבירות שיוחסו לו (ע"פ 2694/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 11 לפסק הדין [פורסם בנבו] (23.6.2010); ע"פ 2404/09 אלחמידי נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו], (1.9.2009)). בענייננו המחדלים להם טוען המערער הינם מינורים לעומת התשתית הראייתית העומדת לחובתו. אומנם, עדיף שלא היו מתרחשים מחדלים אלו כלל, אך אין בהם כדי לפטור את המערער מהאחריות למעשים אשר הוכח מעל לספק סביר כי ביצע."

71. עינינו הרואות, המערערת הציגה ראיות במידה הדרושה לה במשפט פלילי להוכחת האשמה. המערערת אינה חייבת להביא את כל הראיות אלא די לה בראיות המוכיחות את האשמה במידה הדרושה. גם אם נאמר שהמערערת התרשלה בביצוע תפקידה, עדיין, יש מקום לבחון את מידת ההשפעה של מחדלי המדינה על הגנת המשיב.

בהקשר זה אף מוצא אני לנכון להפנות לעדותו של החוקר שרון שפסה בעמ' 58 לפרוטוקול עמ' 8-12, כפי המצוטט לעיל, מהם עולה, כי היה ניסיון ליצור קשר עם האנשים והדמויות שעמדו מאחורי החברה. אולם, ניסיון זה לא צלח.

72. לו זו אף זו, ככל שההגנה סבורה הייתה כי היה בעדותם של עדים אלו כדי להפריך את טענות התביעה ו/או לסייע בידי ההגנה, היה באפשרותה לזמנם למתן עדות. שוב, מדובר בעדים שהיו בקשר עסקי כלשהו עם המשיב לאורך תקופה ארוכה. האם די בעובדה כי הוא שיגר להם הזמנות לדין כדי לסתום את הגולל? התשובה לכך שלילית היא. המשיב יכול היה לדאוג לזימונים ולוודא הגעתם לדין ככל וראה בכך צורך כדי לטעת ספק באשמתו.

מעבר לכך, וכמבואר לעיל, אם היה קושי לספק את תיעוד של הנהלת החשבונות מול חברת ג'רבי, לא הייתה כל מניעה לזמן את כל הקבלנים, להם סיפק המשיב כח אדם, במטרה לקבל מהם את מסמכי הנהלת החשבונות שלהם, ולהוכיח באמצעותם, את העובדה שהמשיב אכן סיפק להם כוח אדם.

טענת "הגנה מן הצדק"

73. עיון בהכרעת הדין מלמד, כי בית המשפט קמא העלה בסוף דבריו את הסוגיה של "הגנה מן הצדק" מיוזמתו הוא וכפועל יוצא, המשיב העלה אותה טענה, כעת, בפנינו בשלב הערעור.

בסיפא של הכרעת הדין, סעיף יב' שם, קבע בית המשפט קמא כך:

"בהערת אגב ולאור העובדה כי ב"כ הנאשם לא טענו בפני לזיכוי הנאשם מטעמי הגנה מן הצדק מסוג אכיפה בררנית אעיר כי משקבעתי כי המאשימה פעלה תוך מחדל חקירה ממשי וחמור כאמור בסעיף ט' לעיל ואשר פגע פגיעה חמורה בהגנת הנאשם הרי שגם אם הייתי מוצא מעבר לכל ספק סביר כי הנאשם ביצע העבירות המיוחסות לו בכתב האישום, שומה היה על בית המשפט לבחון בכובד ראש האם במקרה שכזה קמה לנאשם טענת הגנה מן הצדק על דרך של אכיפה בררנית, כאשר צד לעבירה שחלקו אף גדול באופן משמעותי מחלקו של הנאשם כלל לא נחקר ולא נעשה ניסיון לחוקרו (זאת שעה שנשמע במהלך המשפט כי חברת ג'רבי בע"מ פעלה מטעם האחים עראמין באמצעות העד הייב בביצוע מעשי מירמה רחבי היקף בהספקת חשבוניות פיקטיביות לעסקים אחרים). במצב הדברים שהוצג בפני לפיו האחים עראמין ומלווה העד הייב בבית החולים לא



נחקרו ולא נעשו כל פעולות חקירה מינימליות ונדרשות לחוקרם הרי שקיים לכאורה יסוד סביר לקביעה כי "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית".....

74. ברי, כי טענה זו שעניינה הגנה מן הצדק, ניתן להעלותה בכל שלב משלבי הדיון ואף בשלב הערעור.

75. עוד, בטענה לביטול כתב אישום בשל אכיפה בררנית או בלתי שוויונית, נפסק כי:

"החלטת רשויות התביעה להעמיד לדין פלוני ולהימנע מהגשת כתב אישום נגד אלמוני, החשוד במעורבות באותה פרשה, אינה מלמדת, בהכרח, על קיומה של אכיפה בררנית. על הטוען לכך להראות כי ההבחנה בין החשודים המעורבים באותו אירוע מבוססת על שיקולים זרים, גישה שרירותית, מטרה פסולה, וכיוצא באלה דברים" (ע"פ 7659/15 הרוש נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (20.04.2016)).

76. במסגרת ע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פולדי פרץ (10.09.2013), נפסק באשר לנטל ההוכחה בטענה לסטייה ממדיניות האכיפה כך (שם בסעיף 38):

"כידוע, לרשות המינהלית עומדת חזקת התקינות המינהלית, שלפיה מוחזקת היא כמי שפעלה כדין - כל עוד לא הוכח אחרת..... על-מנת להפריך חזקה זו, על הנאשם הטוען לאכיפה בררנית לנסות לסותרה ולהוכיח כי בוצעה לכאורה הבחנה לא ראויה בין מי שנתוניהם הרלוונטיים שווים. משעה שהוצג בסיס ראיתי כאמור, מתערערת חזקת התקינות והנטל יעבור אל כתפי הרשות המינהלית, אשר תתבקש להוכיח כי האכיפה - אף שהיא נחזית בררנית על-פני הדברים - התבססה על שיקולים עניינים בלבד, שיש להם משקל מספיק כדי לבסס עליהם את החלטתה (עניין זקין, בעמ' 308; עניין פלוני, פסקה 37). להשקפתי, בשלב זה של העברת הנטל, די יהא בהצבעה על מקרים ספורים - ואני נכון להניח לטובת המשיבים ולצורך הדיון כי במקרים מסוימים, אף על מקרה אחד - לצורך העברת הנטל לשכמה של הרשות. טעם הדבר הוא כי הרשות היא שנהנית מנגישות עדיפה למידע הרלוונטי, ולה - להבדיל מן הנאשם - נגישות לעובדותיהם של מקרים דומים שאירעו בעבר (ע"פ (מחוזי י-ם) 30636/06 מדינת ישראל נ' מטר, [פורסם בנבו], פסקה 16 (19.7.2007); נקדימון, בעמ' 412). משכך, אם נמצא לכאורה יסוד בראיות לטענה של אכיפה בררנית - ובשלב זה אין להכביד בדרישה - יועבר הנטל לסתור את טענת האכיפה הבררנית אל כתפי הרשות."

77. עוד נפסק, כי גם אם עלה בידי המבקש להוכיח את הטענה, הרי שהסעד של ביטול כתב האישום, שמור למקרים חריגים, בהם לא ניתן לרפא את הפגם באמצעים חריפים פחות, כגון תיקון כתב

האישום, או הקלה במידת העונש. ראה לדוגמה בע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פולדי פרץ הנ"ל נפסק כי: **"בחלק מן המקרים תהא המסקנה כי אף שנפל פגם במעשה הרשות, הפגיעה בנאשם מצויה ברף הנמוך ובשולי האינטרסים המוגנים על ידי טענת האכיפה הבררנית. להשקפתי, במצב כזה, אין להורות על ביטול כתב האישום. הסעד אותו ניתן לשקול להושיט לנאשם - אם בכלל - יתבטא בהקלה מסוימת בעונש (ראו והשוו: עניין בורוביץ, בעמ' 816; עניין תורג'מן, בעמ' 456"**

78. כאמור לעיל, טענה זו לא הועלתה על ידי המשיב בבית המשפט קמא ולא ניתנה למערערת כל הזדמנות להגיב עליה. משכך דומני, כי הקרקע הראייתית ממנה ניזונים שורשי טענה זו נותרה דלילה וחלשה מכדי להצמיח את פרות עץ ההגנה מן הצדק. להדגיש, בית המשפט קמא העלה את הטענה מיוזמתו הוא בשולי הכרעת הדין ובהערת אגב (שם, סעיף יב' להכרעת הדין).

ראשית, כמפורט לעיל, אינני סבור כי ניתן לומר שהמערערת **"פעלה תוך מחדל חקירה ממשי וחמור"**, בכך שלא פעלה לאיתור האחים עראמין, מעבר לניסיון ליצור עימם קשר טלפוני שלא צלח, בפרט כאשר המשיב נמנע מלמסור פרטים מלאים יותר של האנשים, עימם היה בקשר, אף שלכאורה, פרטים כאלה צריכים להימצא ברשותו, וכך גם נמנע מלזמן לעדות מי מאנשי חברת ג'רבי בע"מ.

שנית, בכל הנוגע לטענה לאכיפה בררנית, לא הונחה בפני בית המשפט קמא תשתית עובדתית, ממנה ניתן היה ללמוד על קיומו של פגם בהתנהלות המערערת, המקים הגנה מן הצדק. לחוקר מר קאסם אבו רעד הוצגו שאלות לגבי הנסיבות, שהעלו את החשד כנגד המשיב. בהקשר זה ציין כי היו חברות נוספות שקיבלו חשבונות של חברת ג'רבי, והחל בירור לגביהן. מדבריו, (בעמ' 35 לפרוטוקול הדין, שורות 19-26), ניתן ללמוד כי נפתחה חקירה גם ביחס לחברות אחרות, אך לא הייתה בפיו תשובה ברורה האם הוגשו כתבי אישום נוספים בפרשה והוא לא נתבקש לבדוק את הסוגיה או להמציא לבית המשפט פרטים מלאים לגבי חשודים אחרים. ממילא, המשיב לא הוכיח כי ישנם חברות/נישומים נוספים, שבעניינם הוכחו נסיבות דומות למקרה שבפנינו וקיימות די ראיות להגשת כתבי אישום כנגדם, ולמרות זאת לא הוגשו כתבי אישום ממניע פסול.

כמפורט לעיל, השאלות הוצגו לעד במעמד הדין, מבלי שהועלתה בפני בית המשפט קמא כל טענה לאכיפה בררנית ומבלי שהמערערת נדרשה להשיב או להביא ראיות על מנת להדוף אותה.

על פי הפסיקה, היה על המשיב להראות לא רק כי מתקיים דמיון בינו לבין מקרים אחרים, בהם לא הוגשו כתבו אישום, אלא כי ההחלטה להעמידו לדין, בניגוד לאותם מקרים דומים, הייתה נגועה בפגם. **"הנטל להוכיח את שני הרכיבים הללו ולסתור את חזקת התקינות, ממנה נהנית המשיבה - רובץ, כידוע, ככלל, על כתפיהם של המערערים"**. (ע"פ 6237/12 ג'ולאני נ' מדינת ישראל (06.09.2016)). במקרה זה, לא הוכח כי היו מקרים דומים דיים למקרה שלפנינו, שאי הגשת כתב אישום כנגדם מבססת חשש לאכיפה בררנית, ואף לא הוכח האם הוגשו כתבי אישום וכנגד מי מהחשודים האחרים.

ביחס למר הייב, העיד החוקר כי הנ"ל נחקר תחת אזהרה ולא ידוע לו האם הוגש כתב אישום כנגדו, כך שגם

בעניין זה לא הורם המשיב את הנטל להראות כי נפל פגם בהתנהלות המערערת.

79. יש לומר כי גם לו הוכחה אכיפה בררנית, על בית המשפט לשקול מהו הסעד הראוי. לטענה של הגנה מן הצדק אפשר ליתן ביטוי גם במישור הענישה, ולא דווקא במישור הכרעת הדין. (ראה ע"פ 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל (01.03.2017)). במקרה שלפנינו, גם לו עמד המשיב בנטל להוכיח כי קמה לו הגנה מן הצדק, נכון היה לתת לה ביטוי בעת גזירת דינו ולא במישור הכרעת הדין, וזאת בזיקה למהות המעשים שביצע המשיב, העבירות הקמות מכוחם, היקפם והפגיעה באינטרס הציבורי הגלומה באלה.

80. אשר על כן, לו דעתי תישמע, הייתי מציע לחברותי לקבל את הערעור, להרשיע את המשיב בעבירות המיוחסות לו בכתב האישום ולהחזיר את הדיון לבית המשפט קמא לשלב הטיעונים לעונש.

סאב דבור, שופט

ס. הנשיא השופט אסתר הלמן

מסכימה.

השופטת יפעת שיטרית

מסכימה.

הוחלט, אפוא, פה אחד, כאמור בפסק דינו של השופט ס. דבור.

ניתן והודע היום ז' שבט תשע"ח, 23/01/2018 במעמד הנוכחים.

סאאב דבור, שופט

יפעת שיטרית, שופטת

אסתר הלמן, שופטת
ס. נשיא

הוקלדעלידיזיוהשימעון