



ע"פ 394/20 - יוסף חן נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 394/20

לפני:
כבוד המשנה לנשיאה נ' הנדל
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט י' אלרון

המערער: יוסף חן

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על הכרעת דינו וגזר דינו של בית המשפט
המחוזי מרכז-לוד מיום 18.7.2019 ומיום 7.1.2020
(כב' השופט ע' קובו) ב-ת"פ 59362-11-16

תאריך הישיבה: י"ט באב התשפ"א (28.7.2021)

בשם המערער: עו"ד יצחק במ

בשם המשיבה: עו"ד עודד ציון

פסק-דין

השופט י' אלרון:

1. לפנינו ערעור על הכרעת-דינו וגזר-דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (השופט ע' קובו) בת"פ 59362-11-16, מיום 18.7.2019 ומיום 7.1.2020, בהתאמה, בגדרם המערער הורשע בעבירות אשר יוחסו לו בכתב האישום, והושת עליו עונש של 9 חודשי מאסר אשר ירוצו בעבודות שירות ו-12 חודשי מאסר על תנאי, בצירוף תשלום קנס כספי בסך של 25,000 ש"ח (או 150 ימי מאסר תמורתו) ופיצוי בסך 25,000 ש"ח.

עמוד 1



2. כתב האישום נגד המערער כלל תחילה גם את הגברת מרי חן, כנאשמת 2 (להלן: הנאשמת) לה יוחסו אותן עבירות, למעט עבירות לפי פקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], תש"ם-1980 (להלן: פקודתפשיטת הרגל). ואולם, הכרעת הדין התייחסה למערער בלבד מאחר ועניינה פוצל בשלב פרשת ההגנה, ונקבע כי ימשיך להתברר לאחר מתן הכרעת הדין בעניינו של המערער. יוער, כי בסופו של יום המשיבה חזרה בה מכתב האישום נגד הנאשמת והוא בוטל מכוח סעיף 94(ב) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי).

עיקרי עובדות כתב האישום כמתואר בהכרעת הדין של בית המשפט המחוזי

3. בזמן הרלבנטי לכתב האישום הציגו המערער והנאשמת את עצמם כזוג נשוי. באותה עת, המערער היה בהליכי פשיטת רגל בתיק פש"ר 1593/02 אשר התנהל בבית המשפט המחוזי בתל-אביב, במסגרתם מונה עו"ד יניב אינסול כמנהל המיוחד (להלן: המנהל המיוחד). ביום 16.1.2011, ניתן למערער הפטר מותנה, לפיו אם ישלם סכום של 170,000 ש"ח יקבל הפטר מחובותיו.

4. עוד צוין, כי המערער והנאשמת הם בעלי מלוא הזכויות בדירה ברחוב כחלית ההרים 12, במודיעין (להלן: הדירה), וכי כדי לשלם את סכום ההפטר המותנה, התכוון המנהל המיוחד לממש את הדירה, כך שעם מכירת הדירה מחצית משווייה יועבר לנושיו של המערער. כפועל יוצא מהאמור, חל איסור על המערער למכור את הדירה ללא אישורו של המנהל המיוחד. הנאשמת הייתה מודעת להליך פשיטת הרגל בו היה מצוי המערער.

במהלך חודש מרץ 2014 או בסמוך לכך, בעקבות הצעת השניים למכור את הדירה, הגיעו בני הזוג שושנה ואברהם גז (להלן: הרוכשים) לדירה, כדי לראותה במטרה לרוכשה. המערער והנאשמת לא הביאו לידיעת הרוכשים את דבר הימצאו של המערער בהליך פשיטת הרגל, וכי נאסר עליו למכור את הדירה ללא אישור המנהל המיוחד. במעמד זה, ומבלי ליידע את המנהל המיוחד, סיכמו הצדדים על מכירת הדירה לרוכשים תמורת סך של 1,200,000 ש"ח.

5. ביום 24.4.2014 הגיעו הרוכשים לדירה, וחתמו על זיכרון דברים עם המערער והנאשמת 2 (להלן: זיכרון הדברים). בזיכרון הדברים לא הוזכר כלל הליך פשיטת הרגל והאיסור על מכירת הדירה. באותה העת, מסרו הרוכשים לבקשת המערער והנאשמת צ'ק בסך של 18,000 ש"ח כ-"דמי רצינות" (להלן: הצ'ק) וסוכם כי עם חתימת ההסכם לרכישת הדירה הצ'ק יוחזר לרוכשים. מספר ימים לאחר מכן, פדו השניים את הצ'ק.

6. ביום 8.5.2014 הגיעו המערער והרוכשים למשרדו של עו"ד אילן שם טוב, אשר ייצג באותה העת את המערער (להלן: עו"ד שם טוב), וחתמו על הסכם מכר לרכישת הדירה על ידי הרוכשים (להלן: הסכם המכר), וזאת מבלי לקבל את אישור המנהל המיוחד, ומבלי שנכללת בהסכם כל התייחסות המכר להיות המערער תחת צו פשיטת רגל. במעמד זה, מסרו הרוכשים לעורך הדין שם טוב צ'ק על סך 500,000 ש"ח כמקדמה לרכישת הדירה (להלן: המקדמה). משגילה האחרון עת ביקש לרשום הערת אזהרה לטובת הרוכשים כי המערער מצוי בהליך פשיטת רגל, הודיע לרוכשים כי העסקה מבוטלת, וכי עליו לפנות ולקבל את הוראות הרשויות בעניין החזרת כספי המקדמה. בתגובה לכך, הרוכשים הגישו ביום 28.5.2014 לבית המשפט המרצת פתיחה במטרה לאכוף את הסכם המכר, וזאת לנוכח תשלום כספי המקדמה (להלן: המרצת הפתיחה).



7. בהמשך, זייפו המערער והנאשמת, או מי מטעמם, את זיכרון הדברים, כך שהוסיפו לו הערה לפיה המערער נמצא בהליכי פשיטת רגל (להלן: זיכרון הדברים המזויף). בתאריך 15.7.2014, או בסמוך לכך, הוגשה על ידי הנאשמת תגובה להמרצת הפתיחה, בה טענה כי היא הבעלים היחיד של הדירה מתוקף הסכם גירושין בינה לבין המערער משנת 1995, וכי המערער היה צד להסכם המכר רק באופן פורמאלי מאחר שהיה רשום ב-"טאבו" כבעלי הדירה. כמו כן, הנאשמת טענה בתגובתה כי הרוכשים ידעו שהמערער הוא פושט רגל, וצירפה לה את זיכרון הדברים המזויף.

8. בסכמו את המתואר בכתב האישום, ציין בית המשפט המחוזי כי במעשיהם המתוארים קיבלו השניים 18,000 ₪ במרמה, ואף ניסו לקבל את כספם של הרוכשים במרמה, וכי המערער והנאשמת, או מי מטעמם, זייפו את זיכרון הדברים והשתמשו בו כדי לבדות ראייה בכוונה להטעות רשות שיפוטית. המערער, נמנע במזיד למסור נכסים הניתנים לחלוקה בין נושיו, העלים חלק מנכסיו לאחר שהוגשה בקשה לפשיטת רגל, והשמיט דבר בעל חשיבות בעניינו.

9. בגין מעשים אלו, יוחסו למערער ולנאשמת עבירות של ניסיון לקבלת דבר במרמה, לפי סעיף 415 סיפא לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק); קבלת דבר במרמה, לפי סעיף 415 רישא לחוק; זיוף בכוונה לקבל באמצעותו דבר בנסיבות מחמירות, לפי סעיף 418 סיפא לחוק; שימוש במסמך מזויף, לפי סעיפים 420 ו-418 סיפא לחוק; ובידוי ראייה, לפי סעיף 238 לחוק.

בנוסף, יוחסו למערער עבירות נוספות של הימנעות לעזור בגילוי נכסיו, לפי סעיף 214 לפקודת פשיטת הרגל; והעלמת נכסים והשמטה, לפי סעיפים 216(4) ו-(6) לפקודה זו.

תמצית טענות המערער בבית המשפט המחוזי והכרעת בית המשפט המחוזי

10. המערער כפר בעובדות כתב האישום כמיוחס לו ולנאשמת. בכלל זה, בטענה כי לא הובאה לידיעת הרוכשים עובדת היותו בהליך פשיטת רגל והאיסור בדבר מכירת הדירה ללא אישור המנהל המיוחד. כמו כן טען - כי לא היה עליו לדווח למנהל המיוחד על אודות הסיכום עם הרוכשים; הצ'ק כלל לא נפדה על ידו והוא אינו מחזיק בחשבון בנק; עורך הדין שם טוב ידע על מצבו המשפטי; כפר בזיוף זיכרון הדברים; וכי התגרש מהנאשמת בשנת 1995 אך הגירושין לא עודכנו במרשם האוכלוסין.

11. בית המשפט המחוזי הרשיע את המערער בתום שמיעת ראיות בכל העבירות שיוחסו לו בכתב האישום, תוך שהוא נותן אמון בעדויותיהם של המנהל המיוחד, עורך הדין שם טוב, אשר נטל חלק כאמור בהליך מכירת הדירה, ועורך דינם של הרוכשים. כמו כן, ציין כי עדויות בני משפחת הרוכשים עשו רושם מהימן מאוד.

12. המערער בחר שלא להעיד בבית המשפט, ובהתאם לסעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי, הימנעותו מלהעיד שימשה חיזוק למשקל ראיות התביעה וסיוע לראיות התביעה במקום שדרוש להן סיוע.

13. בית המשפט הוסיף וקבע, כי המשיבה הוכיחה מעבר לספק סביר שהמערער ביצע מרמה כלפי הרוכשים בכך שהסתיר מהם את דבר היותו פושט רגל, הפקיד את השיק שנמסר לו כ-"דמי רצינות", וניסה לקבל מהרוכשים את סכום



העסקה כולה.

14. עוד קבע בית המשפט, כי זיכרון הדברים שצורף לתגובת הנאשמת להמרצת הפתיחה הוא מזויף, והוא כולל שתי שורות שהוספו בהן נכתב כי המערער פושט רגל. הודגש, כי מתוך מכלול הנסיבות עולה מסקנה חד משמעית לפיה המערער נושא באחריותלזיוף זיכרון הדברים. בית המשפט דחה טענות נוספות של המערער, וביניהן, טענה "להגנה מן הצדק".

15. בגזר הדין, בית המשפט המחוזי נתן ביטוי לנסיבותיו האישיות של המערער, ובכלל זה גילו ומצבו הרפואי, ולצד זאת, התחשב בכך שהמערער לא נטל אחריות למעשיו, לא עשה כל מאמץ לתקן את תוצאות העבירה, ולא השיב את סכום הצ'ק לרוכשים. בית המשפט נתן דעתו גם לעברו הפלילי של המערער ולשיקולים נוספים, וקבע כי באיזון בין כלל השיקולים, יש לגזור על המערערעונש של 9 חודשי מאסר אשר ירוצו בעבודות שירות ו-12 חודשי מאסר על תנאי, בצירוף תשלום קנס כספי בסך של 25,000 ש"ח (או 150 ימי מאסר תמורתו) ופיצוי בסך 25,000 ש"ח.

תמצית טענות הצדדים והדין בערעור

16. לטענת המערער, בית המשפט המחוזי שגה בקביעתו כי הייתה מוטלת עליו חובה לגלות לרוכשים כי הוא מצוי בהליכי פשיטת רגל, מאחר שלנוכח ההפטר המותנה, עובדה זו אינה רלבנטית. לשיטתו, בית המשפט המחוזי שגה גם כאשר קבע כי קיים קשר סיבתי בין הימנעותו מלגלות על הליכים אלו לבין החלטת הרוכשים לרכוש את הדירה, בין היתר לאור הגשת המרצת הפתיחה בה התבקש כאמור סעד של אכיפת הסכם המכר.

המערער הוסיף, כי בית המשפט המחוזי שגה בקביעה כי קיבל דבר במרמה כאשר הפקיד את הצ'ק, ובייחסו למערער עבירת מרמה בנסיבות מחמירות, מאחר שלדבריו התכוון לקיים את העסקה ולהעביר את הזכויות בדירה לידי הרוכשים, ובכך לתת "ערך תמורת ערך". עוד טען, כי קיימת "בעייתיות" בהרשעתו הן בעבירה "מוגמרת" ביחס לחלק מן ה-"עסקה"(קבלת סכום הצ'ק), והן בניסיון לביצוע העבירה, בגין אותם המעשים.

המערער טען עוד, כי בית המשפט המחוזישגה בהרשעתו בעבירות זיוף, שימוש במסמך מזויף ובידוי ראיות, מאחר שלשיטתו הרשעה זונסמכה על ראיות נסיבתיות אשר אינן מספקותעל מנת להביא להרשעתו. בהתייחס לעבירות בהן הורשע לפי פקודת פשיטת הרגל, המערער טען כי יש לדון בעניינולפי הקבוע בחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, תשע"ח-2018 (להלן: חוק חדלות פירעון).

לבסוף, המערער טען נגד חומרת גזר דינו. נטען כי בית המשפט המחוזי שגה כאשר קבע כי חלקו של המערער בביצוע העבירות היה "בלעדי", וכן בכך שהשית על המערער קנס בסכום של 25,000 ש"ח, מבלי לקבוע את מתחם הקנס התואם את יכולותיו הכלכליות של המערער. צוין עוד, כי בסופו של יום הליכי פשיטת הרגל הסתיימו בהפטר, והמערער לא הרוויח דבר מביצוע העבירות.

17. מנגד, המשיבה טענה כי קביעת בית המשפט המחוזי לפיה המערער היה חייב להודיע לרוכשים על הליכי



פשיטת הרגל בהם הוא מצוי, בדין יסודה, וכי התקיים קשר סיבתי בין אי הגילוי לבין החלטת הרוכשים להתקשר בהסכם המכר. הוסבר, כי אמנם הרוכשים עצמם לא העידו בבית המשפט, בשל פטירתם גז בטרם עת תוך כדי ההליך המשפטי, ומאחר שהמשיבה ויתרה על עדותה של גב' גז, אולם תחת זאת העידוקרובי משפחתם שניהלו את הליך המשא ומתן לרכישת הדירה. עוד נטען, כי הגשת המרצת הפתיחה אינה מנתקת את הקשר הסיבתי, משהוכח כי אילו הרוכשים היו יודעים על אודות הליך פשיטת הרגל, לא היו חותמים על הסכם המכר.

המשיבה הוסיפה, כי מאחר שמדובר במעשה מתמשך, אין כל קושי בהרשעת המערער בעבירה המושלמת של קבלת דבר במרמה, ובנוסף להרשיעו בעבירה של ניסיון לקבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות.

המשיבה הסכימה כי קביעת בית המשפט המחוזי שהמערער הוא שזייף את זיכרון הדברים אשר צורף לתגובת הנאשמת להמרצת הפתיחה, נסמכת על ראיות נסיבתיות. אולם לשיטתה, בית המשפט המחוזי צדק בקביעתו כי על רקע בחינת מכלול העדויות בתיק, אין תרחיש חלופי הגיוני. באשר לנסיבות המחמירות – נטען דבר קיומן בענייננו בין היתר מאחר שמדובר במרמה המתייחסת למכר דירה, ולאור זאת שעבירות המרמה בוצעו כלפי שלל גורמים, וביניהם המנהל המיוחד.

18. יוער, כי לאחר שמיעת הערעור הגיש המערער בקשה "לפיטורי" סנגורו ולהוספת ראיות וטענות חדשות. בקשת המערער לפיטורי סנגורו נמחקה, ובקשתו להוספת ראיות וטענות חדשות, נדחתה. בהמשך, המערער הגיש, שלא באמצעות סנגורו, מספר בקשות נוספות להגשת ראיות חדשות, אשר נדחו אף הן.

דיון והכרעה

19. הלכה היא, כי לא בנקל יתערב בית המשפט שלערעור בקביעות מהימנות ובמצאי עובדה שנקבעו על-ידי הערכאה הדיונית, ובפרט כאשר אלה מתבססות על הערכת עדויות שנשמעו בפניו(ע"פ 6295/05 וקנין נ' מדינת ישראל, פסקאות 40-36 (25.1.2007); ע"פ 2127/17 עלוש נ' מדינת ישראל, פסקה 32 (28.2.2018); ע"פ 4454/19 פלוני נ' מדינת ישראל (30.7.2020)).

20. בענייננו, בבסיס הרשעת המערער קביעות מהימנות ועובדה לרוב.

21. לנוכח השגותיו של המערער כעולה מנימוקי הערעור ובדין שבפנינו, נבחן טענותיו אלה על פי סדרן, ותחילה, אפנה להרשעתו בעבירות של קבלת דבר במרמה וניסיון לקבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות:

22. סעיף 414 לחוק מגדיר את יסוד ה-"מרמה" הנכלל בעבירת "קבלת דבר במרמה":

"טענת עובדה בענין שבעבר, בהווה או בעתיד, הנטענת בכתב, בעל פה או בהתנהגות, ואשר הטוען אותה יודע שאינה אמת או שאינו מאמין שהיא אמת; ו"לרמות" - להביא אדם במרמה לידי מעשה או מחדל";



23. נקבע זה מכבר, כי: "... יכולה מרמה להיעשות גם על-ידי התנהגות ולא דווקא על-ידי מצג פוזיטיבי במלה או בכתב, ודי בהתנהגות, שממנה ניתן להסיק על קיומו של מצב דברים מסוים, וגם העלמת עובדה יכול שתעלה כדי מירמה." [ההדגשה אינה במקור - י' א'] (ע"פ 593/81 מנדלבאום נ' מדינת ישראל, פסקה 3, לו(2) 505 (1982); וראו גם בע"פ 223/88 לארי נ' מדינת ישראל, פסקה 2 לחוות דעתו של השופט בייסקי, מג(3) 011 (1989)).
24. איני סבור כי יש ממש בטענת המערער כי לא הייתה מוטלת עליו חובת גילוי כלפי הרוכשים את דבר הליכי פשיטת הרגל בעניינו, וכי בהעדר חובה שכזו, אין מדובר במצג שווא.
25. כפי שנקבע בהכרעת הדין, בחודש מרץ 2014 ביקש המנהל המיוחד מבית המשפט הדן בהליך פשיטת הרגל בעניינו של המערער, אישור לממש את דירת המערער והנאשמת. בסמוך לאחר מכן, נחתם זיכרון הדברים. כל זאת, זמן רב לאחר ההכרזה על הקניית נכסי המערער למנהל המיוחד (סעיף 42 לפקודת פשיטת הרגל).
26. על כן, איני רואה כל קושי לקבוע כי בנסיבות המקרה דן, כאשר המערער התקשר בזיכרון דברים ולאחר מכן בהסכם המכר, תוך שהוא יודע כי בקשת המנהל המיוחד למימוש הדירה מונחת בפני בית המשפט בהליך פשיטת הרגל, העלמת עובדות אלו עולה כדי מרמה.
27. כמו כן, המערער טען בחקירתו במשטרה כי עדכן את הרוכשים ואת עורך הדין שם טוב על היותו פושט רגל, ואולם, טענה זו נמצאה כשקרית. אשר על כן, בצדק קבע בית המשפט המחוזי כי התנהלות זו מלמדת על קיומו של היסוד הנפשי הנדרש לצרכי ההרשעה בעבירה זו.
28. רכיב אחר מבין יסודות העבירה עליומשיג המערער, הוא רכיב הקשר הסיבתי. המערער טען לפנינו כי ממצאיו העובדתיים של בית המשפט המחוזי בהקשר זה שגויים, וכי הגשת המרצת הפתיחה על ידי הרוכשים, לצורכי אכיפת הסכם המכר, ולא ביטולו, היא כלשוננו - "...ראיה מוחצת לכך, שהרוכשים חפצו בעסקה ודבקו בה גם כאשר נודע להם מצבו של המערער".
29. אף טיעונים אלו איני רואה לקבל.
30. בית המשפט המחוזי קבע קביעות חמורות, חדות ונחרצות באשר לאי מהימנות המערער וגרסתו. בעוד המערער נמצא כמי שלא אמר אמת פעמים רבות, עדי המשיבה נמצאו מהימנים, ועדויותיהם אומצו במלואן. בהינתן זאת, איני רואה להתערב בקביעת בית המשפט המחוזי כי אילו הרוכשים היו יודעים על אודות מצבו המשפטי של המערער, הם לא היו מתקשרים עמו ועם הנאשמת בזיכרון הדברים או בהסכם המכר.
31. עוד יש להזכיר, כי לצורכי גיבוש קשר סיבתי בעבירת קבלת דבר במרמה, כל שנדרש להראות הוא כי למצגי השווא היה תפקיד ניכר בהערכת המצב של המרומה, ואין דרישה כי הן היו הסיבה הבלעדית בהעברת ה-"דבר" (ע"פ 1784/08 פרי נ' מדינת ישראל, פסקה 41 (5.2.2009); ע"פ 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל, פסקה 34 לחוות דעתו של חברי, המשנה לנשיאה הנדל(1.3.2017)(להלן: עניין גוטסדינר)).



אף איני רואה ממש בטענת המערער כי הגשת המרצת הפתיחה לאכיפת הסכם המכר שוללת את קיומו של הקשר הסיבתי. השאלה שאנו נדרשים לבחון, אינה האם לאחר חתימת זיכרון הדברים, הפקדת הצ'ק והעברת צ'ק נוסף בגין המקדמה, הרוכשים היו חפצים בהשלמת העסקה או בביטולה. חלף זאת, יש לבחון האם הרוכשים היו מתקשרים מלכתחילה בזיכרון הדברים והסכם המכר ומוסרים את הצ'ק והמקדמה, אילו המערער היה חושף בפניהם את מלוא העובדות, ובין היתר את היותו פושט רגל ופעולות המנהל המיוחד למימוש הדירה.

יוצא אפוא, כי טיעונו זה של המערער מופנה פעם נוספת לטיעון אל מול ממצאי העובדתיים של בית המשפט המחוזי, בהם איני רואה להתערב כאמור.

32. טיעון אחר בפי המערער, הוא כי לא היה מקום להרשיעו הן בעבירה המושלמת של קבלת דבר במרמה, והן בניסיון לקבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות. לשיטתו, קיימת "בעייתיות" בהרשעה בעבירה "מוגמרת" ביחס לחלק מן ה-"עסקה", ובעבירת הניסיון "ביחס לחלקים שונים של אותה התרחשות".

33. אני סבור כי גם דינו של טיעון זה, להידחות. המערער קיבל לידיו את השיק עם חתימת זיכרון הדברים ביום 24.4.2014, והוא נפדה מספר ימים לאחר מכן. בכך ביצע המערער עבירה מושלמת של קבלת דבר במרמה (על אודות המבנה הייחודי של הרכיב התוצאתי בעבירה זו, ראו בפסקה 6 לחוות דעתו של השופט אלון ברע"פ 849/07 זוהר בן-אשר נ' מדינת ישראל (21.1.2008)).

מספר שבועות לאחר מכן, ביום 8.5.2014, התקיימה פגישה במשרדו של עורך דין שם טוב בה נחתם הסכם המכר, תוך שהמערער לא מגלה לרוכשים את מצבו המשפטי. בפגישה זו הרוכשים מסרו לעורך הדין שם טוב את המקדמה בגין רכישת הדירה.

34. עולה בבירור, אפוא, כי בנסיבות העניין ניתן להפריד בין ההתרחשויות העובדתיות, ואין מדובר במצב בו בגין אותם המעשים, המערער מורשע הן בעבירה המושלמת, והן בעבירת הניסיון.

35. למעלה מהנדרש, אף לו הייתי נכון לאמץ את טענת המערער כי יש לבחון את הדברים כחלק מהתרחשות עובדתית אחת, בפסק הדין בעניין גוטסדינר, עליו ביקש המערער להסתמך, נחלקו הנמקות השופטים. השופט הנדל, סבר כי "... ניתן, מבחינה עיונית, להרשיע בגין מעשה מרמה אחד, גם בעבירה המושלמת של קבלת דבר במרמה וגם בעבירת הניסיון" (שם, פסקה 36), אך כי בנסיבות אותומקרה לא נכון להותיר על כנה את ההרשעה בעבירת הניסיון. זאת בשם לב לכך שמדובר היה בהרשעה ב-1,352 מקרים של קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות, לצד הרשעה ב-1,352 עבירות של ניסיון לקבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות, ובשל הנסיבות הדיוניות של אותו המקרה. לצד זאת, הבהיר השופט הנדל, כי ממילא אין בקביעתו בכדי להצדיק הקלה בעונשו של הנאשם. השופט י' עמית הביע עמדה לפיה ככלל, אין מקום להוסיף על ההרשעה בעבירה המושלמת גם הרשעה "מלאכותית" בעבירת ניסיון (פסקה 33 לחוות דעתו), ואילו, השופט ד' ברק-ארזהותירה את הסוגיה בגדר צריך עיון.

36. בנסיבות ענייננו – דומה כי חומרתה של הרשעה בעבירה המושלמת של קבלת 18,000 ש"ח במרמה, פחותה באופן ניכר מן הניסיון לקבל במרמה 1.2 מיליון ₪ (מחיר הדירה לפי הסכם המכר). על כן, הרשעת המערער רק



בביצוע העבירה המושלמת, כאשר הוכח כי מתקיימים היסודות בדין להרשעתו גם בעבירת הניסיון, תקל עמו ללא הצדקה.

37. עם זאת, כאמור לעיל, אני סבור כי נסיבות עניינינו מחייבות הכרעה בסוגיה זו, בשים לב לכך שאין מדובר במצב דברים בו המערער הורשע בגין אותו המעשה הן בעבירה המושלמת והן בעבירת ניסיון.

38. כמו כן, אני דוחה את טענת המערער כי לא מתקיימות בעניינינו "נסיבות מחמירות". כפי שנקבע: "לצורך ההבחנה בין הרישא לבין הסיפא של הסעיף 415 האמור עשויים להשפיע הצורה בה מבוצעת המירמה, השיטה, התכנון, התחכום, ההיקף וכדומה גורמים. יש שגם גורם אחד מאלה, כגון ההיקף הגדול, בא ללמד על החומרה של המעשה, המכניסו לגדר נסיבות מחמירות של הסיפא" (ע"פ 399/88 בלאס נ' מדינת ישראל, פסקה 18 לחוות דעתו של השופט בייסקי, מד(4) 705 (1990); ראו גם ע"פ 8573/96 מרקדו נ' מדינת ישראל, פסקה 78, נא(5) 481 (1997)).

39. המערער פעל באופן מתוכנן ומחושב במאמציו לקבל לידי מהרוכשים סכומי כסף נכבדים ביותר במסגרת עסקת רכישת דירה. טיעונו כי התכוון למסור בתמורה את הבעלות בדירה נותר בגדר השערה חסרת בסיס, בשים לב להעדר היתכנותה של אותה עסקה בשל הליכי פשיטת הרגל בהם המערער היה מצוי, וממילא אין בטיעון זה כדי לגרוע מחומרת נסיבות העבירה. על כן אני מאמץ, גם בהקשר זה, את קביעות בית המשפט המחוזי כי לאור מכלול הנסיבות והיקף העסקה מדובר בניסיון לקבל דבר בנסיבות מחמירות.

40. אפנה עתה לדון בהרשעת המערער בעבירה של זיוף בכוונה לקבל באמצעותו דבר בנסיבות מחמירות, שימוש במסמך מזויף ובידוי ראייה. אקדים ואציין, כי אני סבור שיש לזכות את המערער מעבירות אלו. וכך אציע לחבריי לעשות.

41. אחד החריגים לכלל אי-התערבותה של ערכאת הערעור, מתקיים כאשר ממצאים אלו מתבססים על שיקולים שבהגיון או מסקנות משפטיות שגויות, להבדיל מהערכת מהימנות ברורה וחד משמעית של העדים (ע"פ 229/19 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 15 (30.12.2019)).

42. על רקע זה, כפי שארחיב כעת, אני סבור כי קביעת בית המשפט המחוזי לפיה המערער הוא שזייף את זיכרון הדברים ופעל להגשתו במסגרת הליך המרצת הפתיחה, מצדיקה, בנסיבות העניין, את התערבותו.

43. הצדדים מסכימים כי קביעת בית המשפט המחוזי לפיה המערער זייף את זיכרון הדברים ופעל לצירופו לתגובת הנאשמת להמרצת הפתיחה, מבוססת על ראיות נסיבתיות.

44. ראייה נסיבתית, בניגוד לראיה ישירה, אינה מוכיחה במישרין עובדה הטעונה הוכחה, אלא מבססת נסיבה מסוימת, ממנה ניתן להסיק את דבר התקיימותה של העובדה (ע"פ 2697/14 חדאד נ' מדינת ישראל, פסקה 71 לחוות דעתו של השופט ג'ובראן (6.9.2016) (להלן: עניין חדאד)). עוד נקבע בעניין חדאד:

"מכאן, שתהליך קביעת הממצאים העובדתיים בהסתמך על ראיות נסיבתיות נעשה בדרך של הסקת מסקנות הגיוניות



מהנסיבות אשר הוכחו ... בשל מאפיין זה של הראיה הנסיבתית, מקובל לומר כי נלווה אליה קושי אינהרנטי מיוחד, שאינו מנת חלקה של הראיה הישירה, והוא קיומה האפשרי של טעות בעת הסקת המסקנות העובדתיות מהנסיבות אשר הוכחו..." (שם).

45. כידוע, כוחן של ראיות נסיבתיות הוא כשל ראיות ישירות, וניתן לבסס באמצעותן את הרשעת הנאשם, אולם: "... יש הכרח כי המסקנה המפלילה תהיה המסקנה ההגיונית היחידה העולה ממכלול הראיות הנסיבתיות" (ע"פ 517/19 אבו עמאר נ' מדינת ישראל, פסקה 26 (6.7.2020)).

46. לצורך הרשעה על בסיס ראיות נסיבתיות, מקובל לבחון ראיות אלו במבחן תלת-שלבי (ע"פ 8422/14 מוגאהד נ' מדינת ישראל, פסקאות 30-32 (10.5.2015)), אשר תמציתו:

בשלב הראשון, נבחנת כל ראיה נסיבתית בפני עצמה, ועל בית המשפט להכריעהם ניתן לקבוע על בסיסה ממצא עובדתי; בשלב השני, נבחנת מסכת הראיות כולה לצורך קביעה האם היא מסבכת את הנאשם בביצוע העבירה; ובשלב שלישימועבר הנטל אל הנאשם להציע הסבר העשוי לשלול את ההנחה המפלילה העומדת נגדו (לגישה חלופית של בחינה דו שלבית, ראו חוות דעתו של חברי, המשנה לנשיאה, נ' הנדלבע"פ 6392/13 מדינת ישראל נ' קריאף (21.1.2015)).

47. מאחר שהרשעה על יסוד ראיות נסיבתיות מבוססת על הסקת מסקנות לוגיות, נקבע כי: "...עובדה זו מקלה על ערכאת הערעור לבחון ולהתערב בהליך הסקת המסקנות של הערכאה הדיונית..." (ע"פ 9710/10 הילל נ' מדינת ישראל, פסקה 54 (7.11.2012)).

48. מן האמור נגזר, כי בבחינת ערכאת הערעור את יישומו של המבחן התלת-שלבי על ידי הערכאה הדיונית, ככל שהדברים מתייחסים לשלב הראשון של הבחינה, קרי, שלב קביעת הממצאים העובדתיים, ערכאת הערעור לא תיטה להתערב בממצאי עובדה ומהימנות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית, אלא במצבים חריגים. לעומת זאת, נטיית בית המשפט בערכאת הערעור להתערב בממצאים הנוגעים לשלב השני ולשלב השלישי תהיה מקלה יותר, בהיעדר יתרון לערכאה הדיונית (עניין חדאד, פסקה 76 לחוות דעתו של השופטס' ג'ובראן).

49. בית המשפט המחוזי קבע, כי ממכלול הנסיבות עולה מסקנה חד משמעית שהמערער הוא שזייף את זיכרון הדברים, וכי הוא פעל, באמצעות הנאשמת, להגשתו לבית המשפט בהליך המרצת הפתיחה. בית המשפט המחוזי ציין מספר חיזוקים למסקנתו: חיזוק ראשון – עדותה של גב' עלווה גז, לפיה זיכרון הדברים המקורי נותר אצל המערער; חיזוק שני – הודעתו של המערער במשטרהבה נקט בקו דומה לזה אשר מופיע בזיכרון הדברים המזויף וגרסתו התבררה כשקרית; חיזוק שלישי – תשובת המערער לכתב האישום ובה כפירה בטענה כי יחד עם הנאשמת לא הביאו לידיעת הרוכשים את עובדת היותו בהליך פשיטת רגל, ואשר בה נטען כי זיכרון הדברים נכרת תוך שנושא מעמדו המשפטי הוזכר והיה ידוע, אך גם טענה זו התבררה כלא נכונה.

50. כמו כן, בית המשפט המחוזי זקף לחובת המערער את העובדה שלא זימן לעדות את עו"ד גלעד ברמן, החתום על תגובת הנאשמת להמרצת הפתיחה, כאשר זימונו עשוי היה להבהיר האם זיכרון הדברים המזויף הוגש לבית



המשפט והאם הוגש בידיעתו או על דעתו של המערער.

51. לגישתי, חומר הראיות כפי שהובא בפנינו, אינו מאפשר לקבוע בהתאם לרף הראייתי הנדרש בהליך הפלילי כי המערער הוא שזייף את זיכרון הדברים, וכי הוא שפעל להגשתו לבית המשפט בהליך המרצת הפתיחה.

52. אבהיר – אני רואה מקום להתערב בקביעותי העובדתיות של בית המשפט המחוזי לפיהן זיכרון הדברים המקורי היה בידו של המערער לאחר חתימתו, וכי טענת המערער שמעמדו המשפטי היה ידוע, בין היתר, לרוכשים, אינן אמת. אני נכון אף להניח, כי בחינת הראיות הנסיבתיות בענייננו צולחת את השלב הראשון השני במסגרת המבחן התלת שלבי האמור.

53. עם זאת, במסגרת בחינת השלב השלישי, עלה בידי המערער להצביע על הסבר העשוי לשלול את ההנחה המפלילה כנגדו, לפיו הנאשמת היא זו שזייפה את זיכרון הדברים ופעלה להגשתו לבית המשפט.

54. על פני הדברים, גם לנאשמתהיה "תמריץ" לייצר מצג לפיו נעשה גילוי נאות על ידי המערער טרם חתימת זיכרון הדברים. אכן, זיכרון הדברים המקורי נותר לאחר חתימתו בידי המערער, אך לתגובת הנאשמת להמרצת הפתיחה צורף זיכרון הדברים המזויף, כך שקיים קושי לקבוע באיזה שלב זויף, ועל ידי מי. בעוד טענות אלו עמדו במוקד הערעור שלפנינו, לא עלה בידי המשיבה להשיב להן באופן משכנע.

55. יוצא אפוא, כי המשיבה לא הצליחה להוכיח ברף הראייתי הנדרש בהליך הפלילי את אשמת המערער בעבירות אלו, ונותר "ספק סביר". כפי שנזדמן לי לכתוב בעניין אחר:

"הספק הסביר הוא למעשה נקודת האיזון של נטל השכנוע: אם שוכנע בית המשפט כי תמונת הראיות כולה מתיישבת עם גרסת התביעה, עליו להרשיע את הנאשם העומד לדין, אך אם הציג הנאשם גרסה אפשרית לחפזו – אף אם אין גרסה זו משכנעת יותר או מתקבלת על הדעת יותר מזו שהציגה התביעה – על בית המשפט לזכותו מחמת הספק. לשון אחר, לצורך זיכוי של נאשם מחמת הספק, די לו להציג גרסה עובדתית אשר אינה מתיישבת עם יסודות האישום. ה"ספק" שעל הנאשם לעורר נדרש להיות "סביר" במובן זה שיש לגרסתו אחיזה גיונית במציאות; היא מעוגנת בחומר הראיות שהוצג לבית המשפט; וביכולתה להעלות סימני שאלה באשר לאמיתות הגרסה שהציגה התביעה." (ע"פ 229/19 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 20 (30.12.2019)).

56. אני סבור אפוא, כילא ניתן לקבוע כי המסקנה המפלילה את המערער היא המסקנה ההגיונית היחידה העולה ממכלול הראיות הנסיבתיות, וכן כי הגרסה העובדתית החלופית אשר הוצגה על ידו לפיה הנאשמת היא שזייפה את זיכרון הדברים, אינה אפשרית או חסרת אחיזה גיונית במציאות.

57. אם כך, המערער הצליח לעורר "ספק סביר" באשר לאשמתו בביצוע עבירות הזיוף, שימוש במסמך מזויף ובידוי ראיות, אשר יוחסו לו בכתב האישום, והשתכנעתי כי יש לקבל את הערעור בחלקו זה.

58. לגישתי, יש טעם גם בטענת המערער כי בית המשפט המחוזי ייחס לו התנהלות חמורה מזו אשר יוחסה לו על



ידי המשיבה. בכתב האישום נטען, כי "הנאשמים, או מי מטעמם" זייפו את זיכרון הדברים והשתמשו בו על מנת לבדות ראייה בכוונה להטעות רשות שיפוטית (סעיף 14 לכתב האישום).

59. בסיכומיה, טענה המשיבה כי הגשת תצהירה של הנאשמת בצירוף זיכרון הדברים המזויף, אינה מיוחסת למערער, אלא לנאשמת (ראו פרוטוקול הדיון מיום 3.6.2019, עמ' 291, ש' 10-16):

"חברי מתייחס לסעיף 12 לעובדות כתב האישום, כשקוראים את הסעיף, זה לא מיוחס בשום שלב הגשת התצהיר, התגובה להמרצת הפתיחה, היא לא מיוחסת לנאשם 1 [המערער - י' א'] רשום בפורש [כך במקור - י' א'] נאשמת 2 [הנאשמת - י' א'] לאורך כל הסעיף. ... סעיף 12 העובדה בו, הפעולה האקטיבית היא של נאשמת 2, אנו טוענים שנאשם 1 היה מודע מאחר והוא היה צד להליך. אני לא אומרת שהוא כתב על המרצת הפתיחה או חתם על התצהיר, אבל כן היה מודע להליך." [ההדגשה הוספה - י' א'].

60. ואולם, בהכרעת הדין נכתב:

"... מכאן, ששוכנעתי כי הנאשם [המערער - י' א'] אחראי לזיוף זיכרון הדברים וכי פעל - באמצעות הנאשמת - להגשת זיכרון הדברים המזויף לבית המשפט בהליך המרצת הפתיחה. בכך ביצע הנאשם עבירות של זיוף, שימוש במסמך מזויף ובידוי ראיות". [ההדגשות הוספו - י' א'] (עמ' 28 להכרעת הדין).

61. דומה כי קביעות אלו בהכרעת הדין חורגות אף מטענות המשיבה, וגם בשל כך הן לא הוכחו ברף הראייתי הנדרש. קיים הבדל של ממש בין טענות המשיבה לפיהן המערער היה מודעלצירופו של זיכרון הדברים המזויף, לבין קביעת בית המשפט המחוזי כי הוא פעל - קרי, באופן אקטיבי - להגשתו לבית המשפט בהליך המרצת הפתיחה.

62. אכן, בית המשפט רשאי להרשיע נאשם בעבירה אשר העובדות בבסיסה לא נכללו בכתב האישום. כך מורה סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי:

"בית המשפט רשאי להרשיע נאשם בעבירה שאשמתו בה נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו, אף אם עובדות אלה לא נטענו בכתב האישום, ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן".

63. בהקשר זה נקבע בפסיקה, כי המבחן לבחינת קיומה של הזדמנות סבירה להתגונן, או העדרה, הוא מבחן כפול:

"ראשיתו בבחינה טכנית-פרוצדוראלית, שעיקרה בשאלה האם ניתנה לנאשם הזדמנות סבירה לחקור עדים, להביא ראיות מטעמו וכדומה, וסופו בבחינה מהותית, שעיקרה בשאלה אם ניתנה לנאשם הזדמנות סבירה לגבש ולהציג קו הגנה ביחס לעבירה שעובדותיה לא נטענו בכתב האישום." (ע"פ 9256/04 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 11 לחוות דעתו של השופט א' לוי (10.8.2005)).

64. בענייננו - המשיבה טענה כאמור, אף בסיכומיה, כי היא אינה מייחסת למערער כי פעל להגשת התצהיר, אלא



רק כי היה מודע לכך. על כן ניכר, כי הן מבחינה טכנית-פרוצדוראלית והן מבחינה מהותית, אכן נפגמה, במידה מסוימת, יכולתו של המערער לגבש ולהציג קו הגנה מובהק יותר ביחס לעבירה זו.

65. במידה רבה, בחינה זו בדבר התקיימות הוראות סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי נעשית בגדר למעלה מן הנדרש, מאחר שבית המשפט המחוזי לא ראה בהרשעת המערער ככזו הנסמכת על עובדות אשר לא נטענו, ובשל כך שקביעותיו חורגות מטענות המשיבה אף בסופו של ההליך.

66. גם מטעם זה, אציע לזכות את המערער מעבירות של שימוש במסמך מזויף ובידוי ראיות, בהן הורשע על ידי בית המשפט המחוזי.

אבחן עתה את הרשעת המערער בעבירות לפי פקודת פשיטת הרגל.

67. בנימוקי הערעור, טען המערער, כי היות ולאחר הכרעת הדין נכנס לתוקפו חוק חדלות פירעון, יש לדון בעניינו על פי חוק זה, ולא על פי פקודת פשיטת הרגל, כך שלשיתטו: "לכל היותר, ניתן להרשיע את המערער בעבירה לפי סעיף 346(א)(ג) לחוק[צ"ל 346(א)(3) לחוק חדלות פירעון -י' א' משלא דיווח בזמן על קיום העסקה עם הרוכשים" (סעיף 107 לנימוקי הערעור).

68. במעמד הדיון, ביקשה המשיבה להחליף את הרשעת המערער בעבירות לפי פקודת פשיטת הרגל, להרשעה לפי הסעיף המקביל בחוק חדלות פירעון. לטענתה, מדובר בדין המקל עם המערער מאחר שהעונש המרבי בגין עבירה זו הוא שלוש שנות מאסר, לעומת עונש מרבי של ארבע שנות מאסר עבור העבירות בהן הורשע המערער לפי פקודת פשיטת הרגל. בא-כוח המערער השיב כי עליו לשקול זאת, אולם לבסוף לא נמסרה עמדת המערער.

69. בנסיבות ענייננו, לאור עמדות הצדדים, ומשהמשיבה טענה לפנינו כי מדובר בדין המקל עם הנאשם, יש להורות כי חלף הרשעת המערער בעבירות לפי סעיפים 214 ו-216(4) ו-(6) לפקודת פשיטת הרגל, המערער יורשע בעבירה לפי סעיף 346(א)(3) לחוק חדלות פירעון.

באשר לגזר הדין:

70. כעולה מן העדויות אשר נשמעו על ידי בית המשפט המחוזי, מעשיו החמורים של המערער גבו מחיר כבד מקורבנות העבירה, החורג בהרבה מהנזק הכספי ממנו סבלו. על רקע זה, אני סבור כי גזר דינו של בית המחוזי מאזן כראוי בין השיקולים השונים, ובוודאי שאין לומר כי הוא חמור יתר על המידה.

71. עם זאת, לאור זיכוי המערער מחלק מהעבירות בהן הורשע והחלפת הרשעת המערער בעבירות לפי פקודת פשיטת הרגל להרשעתו לפי סעיף 346(א)(3) לחוק חדלות פירעון, הייתי מציע לחברי לקבוע כי רכיב עונש המאסר בפועל אשר הוטל על המערער יופחת ל-6 חודשי מאסר בפועל, חלף 9 חודשי מאסר אשר נגזרו בבית המשפט



המחוזי, אשר אף הן ירוצו במסגרת עבודות שירות. יתר רכיבי עונשו של המערער, כקבוע בגזר דינו של בית המשפט המחוזי, יוותרו על כנם.

72. אציין, כי העבירות מושא כתב האישום בוצעו באמצע שנת 2014. כתב האישום הוגש בשלהי שנת 2016, והכרעת הדין התקבלה ביום 18.7.2019. מכך עולה, כי אף שמדובר בכתב אישום שעניינו מסכת עובדתית מתוחמת ופשוטה, חלף זמן רב מאוד ממועד ביצוע העבירות, ועד להרשעת המערער ומתן גזר הדין. כפי שהערתי לא אחת, יש לעשות כל מאמץ על מנת למנוע מצב שכזה, שכן, בהתמשכות ההליכים שלא לצורך נגרם עינוי דין חמור.

אולם, בשים לב לכך שבית המשפט המחוזי התחשב בחלופי הזמן המשמעותי מאז ביצוע העבירות במסגרת גזר הדין, איני סבור כי יש בנתון זה כדי להצדיק התערבות נוספת בחומרת העונש מעבר לקיצורו, נוכח זיכויו החלקי של המערער.

סוף דבר

73. אשר על כן, אציע לחברי לקבל את הערעור באופן חלקי כך שהמערער יזוכה מעבירות הזיוף, שימוש במסמך מזויף ובידוי ראייה, הרשעתו בעבירות לפי פקודת פשיטת הרגל תוחלף להרשעה לפי סעיף 346(א)(3) לחוק חדלות פירעון, ורכיב המאסר בפועל אשר הוטל עליו יופחת ל-6 חודשי מאסר שירוצו בעבודות שירות על פי חוות דעת הממונה שניתנה בעניינו.

יתר רכיבי עונשו של המערער, כקבוע בגזר הדין של בית המשפט המחוזי, יוותרו על כנם.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה נ' הנדל:

אני מסכים.

ש ו פ ט



השופט נ' סולברג:

אני מסכים.

ש ו פ ט

על המערער להתייצב לתחילת ביצוע עבודות השירות ביום 15.12.2021, בשעה 08:30.

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' אלרון.

ניתן היום, כ"ז בחשון התשפ"ב (2.11.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה