

עפ"ג 47301/01/14 - רשות המסים, היחידה המשפטית אזור מרכז ותיקים מיוחדים, פ.מ.מ. בע"מ, מ.א.י.א. בע"מ, אר ואח'... נגד פ.מ.מ. בע"מ, מ.א.י.א. בע"מ, ארנון פרי, רשות המסים, היחידה המשפטית אזור מרכז ותיקים ואח'...

בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו
בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים
עפ"ג 47301-01-14 רשות המסים, היחידה
המשפטית אזור מרכז ותיקים מיוחדים נ' פ.מ.מ. בע"מ
ואח'
לפני כבוד השופטת דרורה ברלינר, נשיאה, אב"ד
כבוד השופט ג'ורג' קרא, סגן נשיאה
כבוד השופטת מרים סוקולוב

רשות המסים, היחידה המשפטית אזור מרכז ותיקים מיוחדים
1. פ.מ.מ. בע"מ
2. מ.א.י.א. בע"מ
3. ארנון פרי

נגד

1. פ.מ.מ. בע"מ
2. מ.א.י.א. בע"מ
3. ארנון פרי

רשות המסים, היחידה המשפטית אזור מרכז ותיקים מיוחדים

פסק דין

הנשיאה דבורה ברלינר, אב"ד

בתאריך 10.12.2013 גזר בית-משפט השלום בת"א את דינו של ארנון פרי (להלן: "המערער" או "פרי") בתיק פלילי 1183/04. על המערער הוטלו העונשים הבאים: מאסר בפועל של 9 חודשים, מאסר על-תנאי של 12 חודשים וכן קנס בסך 75,000 ₪ או 5 חודשי מאסר תמורתו.

על גזר-הדין מונחים בפנינו שני ערעורים:

פרי, מערער על חומרת העונש באשר לרכיב המאסר בפועל. המדינה מערערת אף היא על רכיב המאסר בפועל, כאשר לשיטתה תקופת המאסר אינה נותנת מענה עונשי הולם לחומרת העבירה, בהתאם לקביעותיו של בית-משפט בהכרעת הדין.

האישומים

1. שלושה נאשמים בכתב האישום ושני אישומים. שני הנאשמים הנוספים, פרט למערער, הינן שתי חברות פרטיות שהיו בבעלותו (להלן: "**נאשמות 1 ו-2**", כל 3 הנאשמים יחד יכוננו: "**המערעים**").

שני האישומים מתעדים שני פרקים באותה פרשה שעניינה רישום חשבוניות פיקטיביות בספרי הנהלת החשבונות של נאשמות 1 ו-2 במטרה להתחמק ממס.

האישום הראשון מתייחס לתקופה שבין ספטמבר 2000 ועד דצמבר 2001, שבו רשמו הנאשמים בספרי הנהלת החשבונות חשבוניות של חברות בשם אלנג'אח ואלאמין-אלנסר (להלן: "**החברות**").

החשבוניות, כך על-פי הנטען, לא יצגו עסקאות אמת בין הנאשמים לבין החברות או מי מהן והיו על-כן חשבוניות פיקטיביות. בגין החשבוניות הפיקטיביות ניכר הנאשמים מס תשומות בסכום כולל של כ-750,000 ₪.

2. האישום השני עוסק בתקופה שבין ינואר 2002 למאי 2002, העבירות המתועדות בו זהות כשהפעם נותנת החשבוניות הינה רק חברת אלאמין אלנסר. מס התשומות שנוכה היה כ-850,000 ₪.

בהכרעת הדין של בית-משפט קמא מיום 13.8.2013 הורשעו המערערים כולם בכל העבירות שיוחסו להם: ניכור מס תשומות מבלי שיש לגביו מסמך, עבירה על סעיף 117(ב) לחוק; הכנת פנקסי חשבונות כוזבים, עבירה על סעיף 117(ב) וכן שימוש במרמה ותחבולה כדי להשתמט ממס, עבירות על סעיף 117(ב) (8). סה"כ מדובר ב-59 חשבוניות שהתקבלו מהחברות לאורך כשנה ושמונה חודשים, ובניכוי מס תשומות בסכום כולל של כ-1,600,000 ₪.

ב. השתלשלות דינית

3. לנפתוליו וגלגוליו של הדיון בתיק זה יש חשיבות רבה שעל-כן יובאו הדברים בקצרה כדלקמן:

כתב האישום הוגש בתאריך 8.1.2004. הדיון התנהל בפני כב' השופט ח' אפרתי לאורך כ-7 שנים ארוכות, עד להחלטה, אליה נתייחס להלן, מיום 17.4.2011. נעיר, כבר בשלב זה, כי לא היתה כל הצדקה להתמשכות ההליכים. כתב האישום מנה 12 עדים, לא כולם העידו, וניתן היה להתחיל ולסיים את הדיון בישיבות בודדות בפרק זמן קצר. בדיעבד קבע בית-המשפט כי אין לזקוף את התמשכות ההליכים לחובת הסנגוריה וגם לכך כמובן משקל במאזן הכולל בסופו של תהליך.

בתאריך 17.4.2011 קיבל בית-משפט קמא את טענתה של הסנגוריה כי יש לזכות את המערערים על בסיס טענת הגנה מן הצדק, משום שחומר חקירה מסוים לא הועבר לסנגוריה. על החלטה זו ערערה המדינה בפנינו. בתאריך 14.9.2011 ניתנה החלטתנו בה קיבלנו את ערעור המדינה, ביטלנו את זיכוי של המערער והדיון הוחזר לבית-משפט קמא. משום שהיינו ערים לזמן הארוך שחלף וכן לכך שהמותב שדן בתיק, כב' השופט אפרתי, פרש והתיק ישמע בפני שופט אחר, נעשה מאמץ להביא את הצדדים לכלל הסכמה שתייתר את המשך

הדין.

בשלב מסוים נראה היה כי הדבר אכן עלה בידינו. בישיבת יום 15.6.2011 הוצג מתווה שהיה מוסכם על הצדדים, והיה מביא את התיק לכלל סיום (ראה החלטה מיום זה).

דא עקא, בתאריך 11.7.2011 הודיע לנו המערער כי הוא חוזר בו מהסכמתו "מטעמים רגשיים", שעל-כן יש צורך במתן החלטה. כאמור לעיל, החלטתנו ניתנה ב-14.9.2011 וזיכויו של המערער בוטל.

4. כדי להשלים את התמונה נציין כי על החלטתנו הוגשה בקשה לרשות ערעור פלילי לבית-המשפט העליון. בתאריך 30.11.2011 נדחתה הבקשה והדין חזר לבית-המשפט השלום.

כפי שצוין לעיל, מכורח הנסיבות נותב התיק לשופטת אחרת - כב' השופטת ל' מרגולין-יחידי. נתון זה הכתיב את הצורך בשמיעה חוזרת של חלק מהעדים וממילא התמשכות נוספת של ההליך. בסופו של דבר, ניתנה הכרעת הדין ביום 13.8.2013 וגזר-הדין ביום 10.12.2013.

לפרק ההשתלשלות הדיונית שייכת גם ההתפתחות במהלך הדין בערעורים בפנינו, כדלקמן: על פסק-דין של בית-משפט קמא הוגשו שני ערעורים. המערערים ערערו הן על הכרעת הדין והן על גזר-הדין. המדינה ערערה על קולת העונש.

במהלך הדין בפנינו לאחר שנשמעו הטענות לעניין הכרעת הדין במלואם ובעקבות הערותינו, הודיעה הסנגוריה כי היא חוזרת בה מהערעור לעניין הכרעת הדין. בעקבות הודעת הסנגוריה ניתן פסק-דין חלקי (ר' עמ' 11 לפרוטוקול מיום 24.4.2014). פסק-הדין החלקי דחה את הערעור על הכרעת הדין והותיר בעינה את סוגיית הענישה בלבד.

ג. קביעותיו העיקריות של בית-משפט קמא לעניין גזר-הדין

5. כפי שניתן לצפות, גזר-הדין פוסע עקב בצד אגודל בנתיבי תיקון 113, ובית-משפט קמא סקר והתייחס בהרחבה לכל הקריטריונים שנמנו בו. לעניין הערך המוגן התייחס בית-המשפט למשמעות עבירות המס, לחומרה שבעבירות מס בכלל ובחשבוניות כוזבות בפרט. הקביעה המשמעותית יותר עניינה ההבחנה בין חשבוניות פיקטיביות לחשבוניות זרות. חשבוניות פיקטיביות הן חשבוניות שלא עומדת מאחוריהן כל עסקה זולת עסקת קניית החשבונית עצמה. חשבוניות זרות הן אלה המשקפות עסקה נכונה אולם לא את הצדדים האמיתיים לעסקה. אליבא דבית-משפט קמא יש מקום להבחנה לעניין הענישה בין נאשם: **"שללא שום פעילות עסקית רכש חשבוניות מס פיקטיביות כדי להגדיל באופן פיקטיבי את הוצאותיו בכלל והוצאות המס בפרט... לבין אשמו של מי שעשה שימוש בחשבוניות זרות לקשר לפעילות ממשית שהיתה כרוכה בהוצאות המוצהרות בחשבונית, במיוחד אם ההוצאות כללו גם את עלויות מרכיב המע"מ"**.

קביעה זו אינה מקובלת על התביעה, בלשון המעטה, ועל כן - בהמשך.

בית-משפט קמא קיבל את עמדת ההגנה כי יש לראות בכל המעשים המפורטים בכתב האישום משום אירוע כולל אחד. מדובר בהתנהלות כוללת מול גורם מתווך אחד שסיפק את החשבוניות משתי חברות קש, כשהפעילות היא רציפה, מתמשכת ועוקבת (עמ' 5). חילופי החברות והשימוש בשתי חברות אינה בעלת משמעות מהותית, שעל-כן, כאמור, מדובר באירוע אחד. עם זאת מדובר בפעילות שיטתית, מתוכננת לאורך תקופה של כשנה ו-8 חודשים, שעל-כן אין בקביעה זו כדי להפחית מחומרת העבירות. לכך מצטרף הסכום הכולל של מס התשומות שנוכה, אשר מגיע לכ- 1.6 מיליון ש"ח. סכום זה מבטא את גובה הנזק שנגרם למדינה עקב התשומות שנוכו במרמה. המערער פעל באורח שמצביע על מודעותו לפסול שבמעשה, שעל-כן דאג לקבל "מסמכי כיסוי" שיציגו תמונה כוזבת של התנהלות תקינה מול חברות רשומות כדת וכדין בישראל.

על בסיס כל האמור לעיל קבע בית-משפט קמא, כי המתחם במקרה זה נע בין 14 ל-36 חודשי מאסר.

בדרך לתוצאה זו בחנה כב' השופטת קמא גם את האפשרות להתייחס לחלוף הזמן מאז ביצוע העבירה ועד למתן גזר-הדין כשיקול ליצירת המתחם והורידה את האפשרות מן הפרק. חלוף הזמן הוא נסיבה חיצונית שניתן לשקלל אותה לעניין גזר-הדין ולא לעניין יצירת המתחם. משכך, ועל בסיס הפרמטרים המוגדרים בתיקון 113 נקבע כאמור המנעד שבין 14 ל-36 חודשי מאסר.

בשלב הבא בחן בית-משפט קמא את האפשרות לסטות ממתחם הענישה ולשיטתו קיימת אכן אפשרות שכזו, תוך מתן: **"מרחב תכולה רחב יותר למונחים שיקום ופוטנציאל שיקומי"**.

לעניין זה הפנתה כב' השופטת קמא (בעמ' 6 להכרעת הדין) לדבריה של כב' השופטת ע' ארבל בעניין חמודה (ע"פ 1903/13 חמודה עיאשה נ' מדינת ישראל, (פורסם באר"ש 17.7.13)). באותו עניין ראתה כב' השופטת ארבל בניהול אורח חיים נורמטיבי, קביעה של שירות המבחן כי קיים סיכון נמוך לביצוע עבירות נוספות בעתיד, שיתוף פעולה עם רשויות אכיפת החוק וכן סיכון כי המאסר יגרום להתדרדרות במצבו של נאשם-כמצביעים על סיכוי של ממש להשתקם באופן שיצדיק סטייה ממתחם ענישה.

לכך מתווסף גם חלוף הזמן, שאף לו השפעה על שיקול השיקום, אליבא דבימ"ש קמא - יש הבדל בין חלוף זמן כנסיבה לעניין גזר-הדין המוסדרת בסעיף 40א(10), לבין שיהוי בהקשרה של טענת הגנה מן הצדק.

נפסק כבר בעבר כי שיהוי ממושך בניהול ההליך, הגם שאין בו כדי להצדיק פטור מאחריות פלילית, עשוי להשפיע על העונש. אפשרות זו "תרגמה" כב' השופטת קמא לכלל המסקנה שלפיה: **"שיהוי שכזה, כלפי מי שבמשך כל תקופת השיהוי לא היה מעורב בפעילות פלילית וחזר הלכה למעשה לדרך הישר, יכול להשפיע על היבט השיקום ולהצדיק סטייה ממתחם הענישה"** (עמ' 12).

בהינתן העובדה שלמערער לא נפתחו תיקים חדשים בתקופת השיהוי, אין לו עבר פלילי והתנהלותו ככלל נורמטיבית, ניתן לסטות לקולא ממתחם הענישה שנקבע. לעניין גזירת הדין (בהבדל מהמתחם), הובאו בחשבון

גם שיקולים נוספים: עקרון אחדות הענישה, התהפוכות שעבר תיק, מחדלי חקירה ועוד. כל המכלול הולך בשורה התחתונה למאסר בפועל בן 9 החודשים, ולצדו מאסר על-תנאי וקנס.

הערעורים על העונש

ד.

6. כאמור, על הענישה מערערים שני הצדדים. נתחיל בערעור המדינה:

על ארבע טעויות מרכזיות שנפלו בגזר-הדין מצביעה המדינה.

לשיטתה, כל אחת מהן - ובוודאי המצבור - מחייבים את החמרת הענישה. אלו הדברים:

(א) לעניין מתחם הענישה - המדינה מלינה על ההבחנה שערך בית-משפט קמא בין חשבוניות זרות לחשבוניות פיקטיביות.

הפסיקה באופן עקבי דחתה כל הבחנה נטענת בין סוגי החשבוניות הנ"ל ויצרה מדיניות ענישה אחידה לעניין שני סוגי החשבוניות. אין כל הבחנה בין מניעיו של נאשם שקיבל חשבוניות פיקטיביות מבלי שבוצעה כל עבודה, לבין נאשם שקיבל חשבוניות פיקטיביות כדי לתת כיסוי חשבונאי לעבודה שבוצעה ללא חשבוניות. אלה כמו אלה נועדו להביא להקטנת סכום המע"מ שאותו יש להעביר לרשויות המס. משום שאין מקום להבחין בין מידת האשם של מי שעושה שימוש בחשבוניות שאין מאחוריהן כל עסקה, לבין מי שמתמש בחשבוניות שאינן מייצגות את העסקה שמדובר בה, אין מקום גם להבחנה בעונש והוא צריך להיות זהה.

המדינה מפנה לרע"פ 5718/05 **אוליבר נ' מדינת ישראל** (פורסם באר"ש, 8.8.2005) (להלן: "**פרשת אוליבר**"), שם אישר בית-המשפט העליון פסק-דין של בית-משפט זה (בית-המשפט המחוזי בת"א) ואליבא דהמדינה דחה בצורה ברורה כל טענה שעניינה הקלה בעונש בהתבסס על ההבחנה בין שני סוגי החשבוניות.

מן התקופה האחרונה מצביעה המדינה על רע"פ אופיר זקן (רע"פ 1866/14 **אופיר זקן נ' מדינת ישראל** (פורסם באר"ש, 13.3.14)) המתבסס על פרשת אוליבר. גם שם נדחתה האבחנה בין חשבוניות זרות לפיקטיביות.

(ב) השגיאה הנוספת עליה מצביעה המדינה עניינה נושא חלוף הזמן. כפי שצוין לעיל, בית-משפט קמא הבחין בין שיהוי, לבין חלוף הזמן כעומד בפני עצמו. לשיטתו, שיהוי יכול ויצדיק סטייה מן המתחם.

לטענת המדינה, חלוף זמן הוא חלוף זמן, זוהי נסיבה אליה התייחס המחוקק בסעיף 40א לחוק העונשין, התשל"ז-1977 ואין מקום לפרשנות החורגת מהמתווה הקבוע בחוק. משכך, שגה בית-משפט קמא כאשר התיר לעצמו לסטות מהמתחם שנקבע על-ידו על בסיס ההבחנה שבין שיהוי לחלוף הזמן.

המדינה מפנה לע"פ 8274/11 **ליאוניד אדז'רסקי נ' מדינת ישראל** (פורסם באר"ש 21.1.13) שם

עמוד 5

עשה בית-המשפט העליון שימוש בשני המושגים שיהיו וחלוף זמן, לא הבחין ביניהם, וקבע כי שניהם גם יחד נמנים עם השיקולים בשלב גזר-הדין בהבדל מהמתחם.

ג) השגיאה השלישית עליה מצביעה המדינה עניינה הפירוש שנתן בית-משפט קמא למושג השיקום. אף אם קיים שוני בין המושג שיהיו לבין המושג חלוף הזמן (קביעה עליה כאמור חולקת המדינה), שגה בית-משפט קמא כאשר קבע כי שיקום יכול לכלול מצבי שיהיו משמעותיים במהלכם לא היה מעורב הנאשם במעשים פליליים.

ד) הטענה האחרונה קשורה למסד העובדתי עליו נשען בימ"ש קמא לעניין השיקום (כאמור בסיפא של הפיסקה הקודמת). בית-המשפט סבר, הגם שהדבר לא נטען בפניו, כי במהלך כל שנות השיהוי לא נפתחו תיקים חדשים בעניין הנאשמים. בפועל, קיים תיק משנת 2006 שהתנהל בבית-משפט השלום בתל-אביב והצדדים ממתנים בו מזה זמן רב למתן פסק-הדין. מכל הטעמים הללו גם יחד סבורה המדינה כי יש להחמיר בענישה ולגזור את העונש בתוך המתחם שהוצע על ידה בבימ"ש קמא: 18-36 חודשי מאסר בפועל.

7. ערעורו של המערער-

הציר המרכזי עליו נע ערעור הסנגוריה ענינו התעלמות בימ"ש קמא משיקולים משמעותיים שהיה בהם כדי להטות את הכף במקרה זה לטובתו של המערער.

כפי שניתן לצפות- הנושאים, בחלקם לפחות, הם אותם נושאים אליהם התייחסה המדינה, אלא- שזוית הראייה שונה, ההדגשים שונים וכפועל יוצא מכך המסקנה שונה.

באשר להבחנה שבין חשבוניות זרות פיקטיביות: הפיקטיביות במקרה הנוכחי עפ"י, קביעתו של בימ"ש קמא, מתמקדת במיהות הצדדים בלבד, ולא בשאלת עצם קיומה של עסקת מכר לפיכך לא היה מקום להתייחס אליהן לעניין הענישה, באותה מידת חומרה שזכות לה חשבוניות שאינן מייצגות סחורה ואין מאחוריהן עסקה.

ובאותו הקשר: בימ"ש קמא התעלם מקביעתו הוא (בהכרעת הדין) באשר למניע לעשות שימוש בחשבוניות זרות.

המניע נעוץ בכך שפסולת המתכת שמדובר בה מקורה "בשטחים". המוכרים בשטחים (שאינם אזרחי ישראל) אינם יכולים לתת חשבוניות, והמערער היה זקוק לחשבוניות לצורך החזר מס התשומות.

המערער פעל בזמנו כדי להביא לתיקון בחוק כדי שיפתור את הבעיה, ואכן החוק (התקנות) תוקנו. אין בכך כדי לשנות את המסקנה לעניין אחריותו הפלילית- אולם שגה בימ"ש קמא כאשר לא שיקלל זאת נכונה לעניין העונש.

באשר לנושא השיהוי- הסנגורים שמים את הדגש על השתלשלות הדברים שפורטה כבר לעיל **(ראה פסקה 3 + 4)**. המערערים זוכו כזכור ע"י המותב המקורי. הפער שבין זיכוי לבין מאסר בפועל מאחורי סורג ובריח,

מצדיק בפני עצמו התערבות בענישה.

עוד מפנה הסנגוריה להסרת המחל במלואו. המערער שילם 1.6 מליון ₪ וזאת עוד לפני הטעוניהם לעונש בבימ"ש קמא. גם נושא זה הגם שהוזכר ע"י בימ"ש קמא, לא קיבל את משקלו המלא.

ה. דין והכרעה

8. נקדים מסקנה להנמקה ונאמר בפתח הדברים כי נראה לנו שיש מקום לקבל את ערעורו של המערער, לקצר את תקופת המאסר בפועל ולהעמידה, על שישה חודשים אותה יוכל המערער לרצות בדרך של עבודות שירות.

בימ"ש קמא קבע כזכור כי המתחם נע בין 14 ל- 36 חודשי מאסר. לתוצאה הסופית- מאסר בן 9 חודשים, הגיע בימ"ש קמא משסבר כי ניתן לסטות במקרה זה מהמתחם בשל שיקולי שיקום "מורחבים". המתווה בו הלכנו אנו- שונה.

לשיטתנו, המתחם שקבע בימ"ש קמא אינו משקף נכונה את "**מעשה העבירה בנסיבותיו**" שזהו הנדבך הבסיסי והחשוב ביותר עליו נשען העיקרון המנחה, קרי עקרון ההלימה.

להלן, נבהיר מדוע אנו סבורים כי המתחם שנקבע אינו משקף נכונה את מכלול השיקולים הרלוונטים ואינו עולה בקנה אחד עם ממצאים עובדתיים שנקבעו ע"י בימ"ש קמא בשלב הכרעת הדין.

אולם, עד שאנו עושים זאת- מילים ספורות על המתחם, משמעותו, ומכאן - דרכי קביעתו.

9. על המתחם -

דומה כי לא יכול להיות ספק בכך שהצורך בקביעת מתחם ענישה, הוא החידוש החשוב והמשמעותי ביותר של תיקון 113. הוא ליבו ונשמתו של תיקון קשה ומורכב זה שמציב מכשולים בפני הצדדים וביהמ"ש גם יחד, בדרך לענישה ראויה ומידתית ושמה, התיקון- טעון תיקון.

יצירת המתחם, אמורה להביא ל"האחדת" הענישה, למנוע מצב שבו נורמת הענישה באותן עבירות עצמן, ובנסיבות דומות, תהיה שונה מקצה לקצה במקומות שונים בארץ (וראה לעניין זה ע"פ 512/13 פלוני נ' **מדינת ישראל** (פורסם באר"ש, 4.12.13) (להלן: "**פרשת פלוני**").

בפני עצמו, העיקרון נכון, ראוי ונותן ביטוי לחוסר הנחת שחש כל שופט כאשר עיון בפסיקה מצביע על פערים קיצוניים בענישה. תחושת הצדק מתקוממת כנגד ענישה שמשקפת גם היבט של מקריות שעניינו המקום בו נידון התיק.

יחד עם זאת, השאיפה לענישה אחידה ככל שאפשר, אינה אמורה לבטל מושכלות יסוד בתחום זה, לרבות ובמיוחד עיקרון הענישה האינדבדואלית. הענישה האינדבדואלית היא הביטוי האולטימטיבי לעיקרון ההלימה. הלימה היא גמול (וראה דברי כב' השו' א. רובינשטיין בע"פ 8641/12 **מוחמד סעד נ' מדינת ישראל** (פורסם

באר"ש, 5.8.13) פסקה יד'). לרשע, יש לגמול כרשעתו, לא יותר ואף לא פחות מכך, ולא להצמידו בהכרח לעונשם של אחרים אך ורק משום שהוא חולק עמם מתחם.

אחד הקשיים העיקריים (אם לא העיקרי שבהם) שזכה כבר להתייחסויות רבות בפסיקה (במיוחד הפסיקה של הערכאות הדיוניות) ענינו הנוקשות שבמתחם והעדר כמעט מוחלט של "נתיבי מילוט". במילים אחרות, משקבע בית-משפט את המתחם, שוב אין הוא בן חורין לסטות ממנו אלא אם ניתן יהיה ולו במאמץ (לעיתים מאמץ יצירתי), לראות בעובדות כאלה ואחרות כמצביעות על שיקום. או אז תיפתח הדלת לסטייה מן המתחם.

גזר הדין בתיק הנוכחי, הוא דוגמא נוספת למאמץ להשתחרר מאותה מיטת סדום, קרי המתחם. אנו נוטים לקבל את טענתה של התביעה כי לא ניתן לדבר במקרה זה על שיקום. אין כל סממני שיקום בתיק הנוכחי. המערער שבפנינו אינו שונה בהקשר השיקום מעברייני מס אחרים שהם ככלל אנשים נורמטיביים ואפילו מצטיינים וראויים לשבח בתחומי חייהם האחרים, למעט עבירות המס שביצעו.

10. בחזרה לפן העקרוני:

לצד "מתיחת" השיקום הוצעו גם "דרכי מילוט" אחרות: יצירת מתחמי ענישה רחבים שיוכלו להכיל מגוון אפשרויות, פנייה לחוש הצדק, סמכות טבועה ועוד (ר' מאמרו של יובל ליבדרו"חריגה ממתחם העונש ההולם מטעמי צדק" **הסינוור** 8-197 4 (2013)).

איננו רואים להרחיב בנושא זה משום שלשיטתנו לא זו הדרך. מן הראוי כי הסטייה מהמתחם תוכל להיעשות בדרך המלך, ולא בנתיב עקלקלות. הקריאה היא למחוקק שיסדיר נושא זה ויאפשר לבית המשפט לסטות מן המתחם מנימוקים מיוחדים שיפורטו על ידו. כ"מודל" אפשרי לעניין זה אנו מפנים לסעיף 35א(א) לחוק, המאפשר סטייה מעונש חובה: **"הורשע אדם בעבירה נעברה בנסיבות מקלות מיוחדות שיפורשו בגזר הדין".** כך נהג המחוקק גם בעבירות מסוימות שלהן נקבע עונש מזערי (סעיף 355 לחוק). במצב הנוכחי, ועד אשר תשמע, ואולי תענה הקריאה לתיקון, נראה לנו כי מוטלת על בימ"ש חובת זהירות כפולה ומכופלת ביצירת המתחם. המתחם- אינו ישום של נוסחה סטרילית שבה יש להציב רק את המשתנים המנויים בסעיף 40ג(א) לחוק. בית המשפט חייב לראות לנגד עיניו, ולחזור ולהזכיר לעצמו את העקרון המנחה קרי יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו, המימד הפרטני והאינדיבידואלי של נסיבות ביצוע העבירה (בהבדל ממיהות העברייני) אמור להיות מרכיב נכבד ודומיננטי ביצירת המתחם, בין אם מדובר בממצאים שנקבעו ע"י ביהמ"ש בהכרעת דין לאחר שמיעת ראיות ובין אם מדובר בעובדות המפורטות בכתב אישום בו הודה נאשם. העובדות הרלוונטיות המתעדות את ביצוע העבירה, ובלשון החוק- "מעשה העבירה בנסיבותיו" חייבות לקבל את מלוא משקלן, ובדיוק המירבי האפשרי. העדר נתיב מילוט מהמתחם, מעצים את הזהירות שבה יש לנקוט בשלב זה.

נוסיף ונאמר בנושא זה כדלקמן: ההקפדה על יצירת המתחם ההולם את מעשה העבירה בנסיבותיו, עולה בקנה אחד גם עם החלטתו של המחוקק שלא לאמץ את עיקרון עונשי המוצא. כידוע- הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה, תשס"ז-2006) שהוותה את הבסיס לתיקון 113, כללה הצעה לעונשי מוצא (ראה סעיפים 40ח' ו- 40 י' להצעה). עונשי מוצא (כתחליף למתחם) היו מצמצמים את שיקול

דעתו של ביהמ"ש עד למקסימום ומאיינים כמעט לחלוטין את האפשרות לבטא את הנסיבות הקונקרטיות של ביצוע העבירה, ושמה משום כך נרתע המחוקק ברגע האחרון מאימוצם.

אנו רואים לשוב ולהדגיש:

האמור לעיל אינו מהווה קריאה למתחמי ענישה רחבים, כדי לאפשר תימרון רב יותר בשלב גזר הדין. מתחמי ענישה רחבים- כשיטה- מרוקנים במידה רבה את רעיון המתחם ממשמעותו ומאיינים את האידיאולוגיה, האמירה הערכית שמאחוריו.

מתחם כשמו כן הוא- הוא בא לתחום את שיקול דעתו של בית המשפט בשלב גזר הדין, יש בו אמירה כי העבירה ונסיבותיה יוצרים את המסגרת ורק בתוך מסגרת זו יוכל העבריין לתפוס את מקומו, לחומרא או לקולא. אולם, כדי שבסופו של יום העבריין אכן יענש כמידת רשעתו- המתחם האמור צריך לשקלל כל נסיבה עניינית. להלן נתייחס לנסיבות האמורות להכתיב את המתחם על-פי השקפתנו. נבהיר בפתח הדברים כי בית-משפט קמא הזכיר את הנסיבות שתפורטנה, אלא שלשיטתנו לא נתן להן את המשקל ההולם לצורך יצירת המתחם.

11. חשבוניות זרות או פיקטיביות

כזכור- בימ"ש קמא סבר כי לעניין הענישה יש מקום לאבחנה בין חשבוניות פיקטיביות, שאין מאחוריהן כל עסקה, לבין חשבוניות המיצגות עסקה, וכוללות גם את רכיב המע"מ (ששולם ע"י רוכש הסחורה) אלא שהצדדים אינם הצדדים האמיתיים לעסקה. על קביעה זו מתרעמת התביעה ולשיטתה- אלה כאלה פסולות, אלה כאלה מצויות באותו מדרג חומרה.

דעתנו היא כי לעניין העונש אכן יש משמעות להבחנה שבין חשבוניות זרות לחשבוניות פיקטיביות, ובדין ראה בית-משפט קמא לייחס לכך משקל. ההלכה המצוטטת בנושא זה, שאותה הזכיר גם בית-משפט קמא, היא בפרשת אוליבר (שאומצה מאוחר יותר בפרשת זקן). הדיון שם התמקד בעיקרו בנושא האחריות הפלילית בהבדל מהענישה. לעניין האחריות הפלילית אין אמנם מקום להבחין בין שני סוגי החשבוניות. חשבונית זרה אינה משקפת נכונה את העסקה שאותה לכאורה היא מתעדת, שעל-כן היא משתייכת למשפחת החשבוניות הפיקטיביות. בפרשת אוליבר אמר בית-המשפט העליון: **"טענתו זו של המבקש משמעה הכשרה של חשבוניות זרות... טענה זו לא ניתן לקבל. שיטת החשבוניות משמעה ניכוי מס תמורת מס ששולם, וניתוק החשבונית מן העסקה אליה היא שייכת פוגע בשיטה זו מיסודה"**. אכן כך, הניתוק של החשבונית מן העסקה שאליה היא שייכת מעקר מתוכנה את שיטת המע"מ, ולעניינו חשוב במיוחד ניכוי מס התשומות. פלוני יכול ורשאי לנכות מס תשומות משום ששילם את המע"מ הכלול בחשבונית שהמציא לו ספק הסחורה. ספק הסחורה אמור להעביר את המע"מ לרשויות המס, וכך באות רשויות המס על סיפוקן: המס נגבה, שולם והגיע ליעדו. כאשר החשבונית מנותקת מן העסקה, לא ניתן לעקוב כמובן אחר המע"מ ולברר אם אכן הגיע לידי רשויות המס, שלא לדבר על כך שעצם הניתוק מעמיד מלכתחילה בסימן שאלה את הכוונה להעביר את המע"מ ליעדו. משום כך בפן העקרוני של האחריות הפלילית אין כל ספק שהחשבוניות הזרות והפיקטיביות גם יחד פסולות מכול וכול. אין להכשיר חשבוניות זרות, וזאת חרף העמדה המובעת בספרו של גיורא עמיר, לפיה ייתכן שניתן להכשיר חשבוניות אלה.

12. לא כך באשר לענישה. נזכור כי המערער שלפנינו במקרה זה הוא קונה הסחורה. הוא קיבל חשבונית, בחשבונית היה כלול רכיב המע"מ והמערער שילם אותו. אין כל טענה אחרת. מבחינתו, הוא לא זכה לכל הנחה במחיר הסחורה. בית-משפט קמא קבע (פסקה 66, עמ' 37 להכרעת הדין) ממצא עובדתי חד וברור בנושא זה, כדלקמן:

"לאור המפורט לא הונחה תשתית ראייתית מפורטת המצביעה על הנחה במחירי הסחורות שנרכשו מהשטחים ולא התרשמתי כי מה שהניע את הנאשמים במעשיהם היה הרצון לרכוש את הסחורה בזול יותר, ללא מרכיב המע"מ, אלא עצם העובדה שעיקר הפסולת מקורה בשטחים, והצורך לקבל חשבונית לצורך הכרה בהוצאות והחזר מס תשומות".

בית-המשפט בחן את האפשרות שמא גולם מרכיב המע"מ במחיר הסחורה אותה, שעל-כן כאמור מסקנתו שהמערער לא זכה להנחה במחיר הסחורה. קביעה עובדתית זו מהווה נדבך חשוב, לשיטתנו, לעניין הענישה. אינו דומה אדם שרצה לחסוך לעצמו את מחיר המע"מ - אם באופן ישיר ובוטה, בכך שיקנה סחורה ללא מע"מ, ואם אגב העמדת פנים שאכן שולם מע"מ, אלא שמראש ניתנה לו הנחה על מחיר הסחורה בידיעה שמנפיק החשבונית לא יעביר את המע"מ לשלטונות המס - לאדם ששילם את שווייה הֶאֱלִי של הסחורה כערכה בשוק (ובכלל זה המע"מ), ללא כל הנחה, והיה זכאי לנכות את מס התשומות לו עבד עם חברות "כשרות" ולא עם חברות פיקטיביות, כפי שהיה במקרה הנוכחי.

הגם שקבע מה שקבע בשלב הכרעת-הדין, לעניין גזר-הדין סבר בית-משפט קמא כי אין מקום להתחשב בכך מפני ש"קופת המדינה, שהיא הנפגע העיקרי, ניזוקה מן המעשים בגובה סכומי מס התשומות שנוכו במרמה, שכן כספים אלה לא הועברו לרשות המס...". בנושא זה דעתנו שונה. נראה לנו כי היה מקום לתת משקל נוסף לממצא העובדתי שלפיו המערער לא הרוויח מכך שסכום המע"מ לא הועבר לרשויות המס.

בכך אנו חוזרים לעיקרון המנחה בתיקון 113. כפי שחזרנו וציינו, העיקרון הוא "קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו..." (סעיף 40ב לחוק העונשין). מידת אשמו של הנאשם היא מרכיב חשוב בעקרון ההלימה. ההלימה המחייבת התייחסות ממשית לממצא שמצא ביטוי גם בגזר-הדין, דהיינו כי לא הוכח שהנאשם נהנה באופן ישיר מכספי ניכוי מס התשומות (עמ' 6). אכן רשויות המס ניזוקו, שכן בסופו של דבר ניכה המערער את מס התשומות, והמע"מ - ככל הנראה לא הועבר. ברם מידת אשמו חייבת, במידה מסוימת לפחות, להיגזר גם מהרווח שצמח לו-עצמו מן המעשה. הקביעה העובדתית כי המערער שילם את מלוא רכיב המע"מ והיה יכול לנכות סכום זה כמס תשומות אילו דובר בחברות כשרות, היא חלק מנסיבות ביצוע העבירה האמורות להכתיב את המתחם.

13. נושא זה מוליך אותנו במישרין אל הסיבות שהביאו את המערער לעבור את העבירה. בית-משפט קמא קבע כממצא עובדתי כי עיקר פסולת המתכת בתקופה הרלוונטית מקורה בשטחים. במקרים רבים לא היה ניתן לקבל חשבוניות מהסוחרים שאינם אזרחי ישראל (פסקה 66 להכרעת-הדין). מציאות זו - היא

המניע לביצוע העבירה. המניע לעבירה, כידוע, איננו רכיב רלוונטי לעניין קביעת אחריותו הפלילית של מבצע העברה. עם זאת למניע יש השלכה על הענישה, וליתר דיוק - לקביעת המתחם על-פי התיקון. העובדה שלא הייתה עליה מחלוקת היא כי המערער ניסה בשלב מסוים להביא לפתרון הבעיה, ולצורך כך פנה לעורך-דין (ראה נ/59) כדי שיפעל לשנות את החוק באופן שקונה הסחורה יוכל לשלם את המע"מ (הכוונה היא לתיקון בתקנות מס ערך מוסף באופן שהעוסקים בתחום זה יהיו פטורים מתשלום המע"מ או כל פתרון אחר עליו יחשוב המחוקק). ניסיונותיו של המערער לטפל בשורש הבעיה הן מאוחרים לחשיפת העבירות. עדיין האמור בפניותיו משקף בעיה אמיתית שהייתה משותפת לו ולסוחרים אחרים בענף זה בתקופה הרלוונטית. בשלב הטיעון לעונש הוגשו המסמכים נ/58-60/נ, שמתעדים את מאמציו ואת ההתכתבות בנושא זה. הדעת נותנת כי פעילותו של המערער בפני עצמה (במיוחד לאחר שהעבירות התגלו) לא היתה משליכה על מתחם הענישה. אולם - מסקנה זו משתנה בהינתן העובדה שהמחוקק הכיר בכך שאכן מדובר בבעיה של ממש, והחוק תוקן. כוונתנו למה שבא לידי ביטוי בנ/60, התיקון בתקנות מס ערך מוסף מיום 20.11.05, שבו נקבע כי במכירת טובין מסווגים שהם פסולת ומתכת "**יהיה הקונה, אם הוא עוסק, חייב בתשלום המס...**" - פתרון פשוט ומעשי שאכן נותן מענה לבעיה.

14. לבל נובן שלא כראוי, אנו רואים לשוב ולהדגיש: מקובלת עלינו לחלוטין קביעתה של כב' השופטת קמא בגזר-הדין כי אין ב"נתונים אלה כדי להוות הצדקה או סיבה שיש בה כדי להקל מחומרת המעשים בנסיבותיהם". מקובל עלינו גם המשך הקביעה, שלפיו היה "**ברור לנאשם כי מעשיו בקבלו חשבוניות שלא מן הגורם מולו בוצעה העסקה מהווים עבירה על החוק**". עדיין, לעניין נסיבות ביצוע העבירה האמורות להשפיע על קביעת המתחם, יש בכך להשקפתנו חשיבות. כפי שאמרנו, התיקון של תקנות מס ערך מוסף הוא הכרה בקיומה של הבעיה. בין הנסיבות אותן מנה המחוקק בסעיף 40ט לעניין קביעת המתחם מצויה גם הנסיבה שעניינה "**הנסיבות שהביאו את הנאשם לעבור את העבירה**". נסיבה זו יכולה לפעול הן לחומרה הן לקולא (שהרי היא מנויה בסעיף 40ט(א)(5) לחוק העונשין). לענייננו, נראה לנו כי היה מקום לתת לה משקל לקולא. זוהי נסיבה ייחודית שבית-המשפט אינו נתקל בה מעשה שגרה. נדירות הפעמים שבהם המחוקק נענה "לזעקה" מן השטח ומתקן את החוק. עפ"י ממצאיו של בית-משפט קמא - אותה מציאות שתוקנה הייתה מרכיב דומיננטי ומרכזי בהחלטה לעבור את העבירה. בתקופה הרלוונטית היה המערער נתון בין הפטיש ובין הסדן: מחד גיסא, היה לו ברור לחלוטין (שעל-כן המלצנו כאמור לפני הסנגור לחזור בו מן הערעור על הכרעת-הדין) כי הוא עובר עבירה ומקבל חשבוניות זרות מחברה שאיננה רשאית להנפיקן, ובכך הוא נותן יד לאי-העברת המע"מ לרשויות המס. מאידך גיסא, הוא לא היה יכול לנהל פעילות עסקית שוטפת ולנכות מס תשומות במצב הקיים. המערער בחר באפשרות הרעה והבלתי חוקית ועליו לתת את הדין על כך - עדיין גזירת הדין צריכה להיעשות בצורה מידתית.

סיכום ביניים בנקודה זו - דעתנו היא כי יש מקום לתת משקל נוסף מעבר למה שנתן בית-משפט קמא לסיבות שהובילו אותו לעבור את העבירה, וכך אנו עושים.

15. אנו רואים להעיר הערה נוספת. כפי שציינו, בית-משפט קמא סבר כי יש משמעות לחלוף הזמן, במובן

של שיהוי, לעניין האפשרות לסטות מן המתחם. איננו מקבלים קביעה זו, ולא נראה לנו כי חלוף הזמן יכול בפני עצמו להיות נדבך המצביע על שיקום באופן שיאפשר לבית-המשפט לחרוג מהמתחם. אולם - המועד אשר בו נעברה העבירה יכול להיות לעתים חלק מנסיבותיה, ככל שהוא מוליך למסקנה שהעבירה נעברה על רקע המציאות בתקופה הרלוונטית. לא בכדי מוזכר תאריך ביצוע העבירה כעניין שבשגרה כמעט בכל כתב אישום, כנתון עובדתי רלוונטי.

לענייננו, מועד ביצוע העבירות משמעותי, כאשר נותנים משקל לכך שמדובר בתקופה בה התקשו המערער והדומים לו לפעול כמו כל סוחר מן המניין, המקבל חשבונות, משלם את המע"מ וזכאי בעקבות זאת לנכות מס תשומות. איננו סבורים כי קביעה זו עומדת בסתירה לסעיף 40יא לחוק העונשין, המתייחס לחלוף הזמן כאחד השיקולים לעניין גזר-הדין, להבדיל מקביעת המתחם. ההתייחסות למועד הביצוע בהיבט דלעיל - יכול להצטרף לחלוף הזמן כשיקול לעניין גזר-הדין ואולי אף להקנות לו משנה תוקף.

נראה לנו שמסקנתנו באשר למשמעות המועד שבו נעברה העבירה, על רקע התקופה, ומאוחר יותר תיקון התקנות, עולה בקנה אחד גם עם סעיף 40יב לחוק העונשין. סעיף זה קובע כי: "**אין בהוראות סעיפים 40ט ו-40יא כדי לגרוע מסמכות בית המשפט לשיקול נסיבות נוספות הקשורות בביצוע העבירה לשם קביעת מתחם העונש ההולם...**". הוא מרחיב את שיקול דעתו של בית-המשפט וקובע חד-משמעית כי רשימת הנסיבות המפורטות לעניין קביעת המתחם אינה סגורה, שעל-כן אין מניעה להתחשב גם בעובדות, ובעקבותיהן - בשיקולים שפירטנו לעיל, כנסיבות לעניין קביעת המתחם.

16. ולו מן הטעמים שפורטו לעיל, דעתנו היא כי היה מקום לקבוע מתחם ענישה שונה מזה שקבע בית-משפט קמא. בכך לא נסתיימה הנמקתנו. אחד הפרמטרים החשובים לעניין קביעת המתחם הוא מדיניות הענישה הנהוגה (סעיף 40ג(א)), לא נחדש מאום אם נאמר כי בתי-המשפט מייחסים ככלל לרכיב זה חשיבות רבה בקביעת המתחם, החלק הארי של לא מעט מפסקי-הדין מוקדש לסקירת הפסיקה הקיימת כדי להגיע לכלל מסקנה מהי מדיניות הענישה הנהוגת. מתחם הענישה איננו הענישה הנהוגת - כך עולה מלשון החוק, ואם היה צורך בהבהרה נוספת, היא מצויה בדברי כב' השופטת ארבל בע"פ 1323/13 חסן נ' **מדינת ישראל** (פורסם באר"ש, 5.6.2013) (להלן: "**פרשת חסן**"):

"... אין לטעות ולזהות בין מתחם העונש ההולם לבין טווח הענישה הנהוג. מדובר ב"יצורים" שונים. מתחם העונש ההולם מגלם... הכרעה ערכית המבוססת על שיקולים שונים... מדיניות הענישה הנהוגה בעבירה הנדונה הוא רק אחד מהם..."

(פסקה 9; ההדגשה במקור)

דברים כדורבנות שאינם טעונים פרשנות. מתחם הוא מתחם - ענישה נהוגת היא ענישה נהוגת. אין בכך כדי להפחית מחשיבותה של זו האחרונה כאחד הפרמטרים לקביעת המתחם, להבדיל ממתחת סימן משווה בינה לבין המתחם.

הסנגוריה טענה בבית-משפט קמא, וגם לפנינו, כי הענישה שנהגה בתקופת העבירה הייתה שונה וקלה יותר מהענישה הנוהגת בימינו. להוכחת טענתה הגישה אסופה של פסקי-דין, המשקפים לשיטתה את הענישה המקובלת באותה תקופה. בית-משפט קמא לא קיבל טענה זו, לא משום שסבר כי אין בה ממש בפן העקרוני, כי אם מפני ש"בניגוד לנטען, לא שוכנעתי שחל שינוי ברמת הענישה בתחום המס בשנים האחרונות...".

סתרם בית-משפט קמא ולא פירש על מה אמירתו זו מתבססת. דעתנו היא כי ספק אם היה מקום לאמירה חדה ונחרצת כל-כך בנושא זה. עיון בפסיקה אינו נותן תשובה ברורה וחד משמעית האם אומנם מדובר בקפיצת מדרגה בהתייחס לענישה בעבירות מס. יחד עם זאת, הרושם הוא כי הטיעון בדבר נורמת ענישה קלה יותר בשנים הרלוונטיות אינו מופרך. הסנגור הציג לעיוננו אסופת פסקי-דין שבהם הוטלו עונשים קלים יותר. גם אם ניתן למצוא פסקי-דין מאותה תקופה ובהם ענישה מחמירה יותר, לא ניתן לשלול כליל את הטענה כי נורמת הענישה הנוהגת בתקופה הרלוונטית הייתה שונה.

בפרשת **חסן** ציטטה הכב' השופטת ארבל מהצעת החוק, שבה נאמר כי ככל שהמדיניות הנוהגת משקפת את עיקרון ההלימות היא מהווה אינדיקציה לקביעת העונש ההולם, ואילו כאשר יש פער בינה לבין המדיניות הראויה, תועדף המדיניות הראויה. איננו חולקים על אמירה זו, מקובל עלינו לחלוטין כי יש לברר ולהעדיף את המדיניות הראויה. אולם בגדר ההתייחסות לענישה הנוהגת יש מקום לשים לב ולשקלל גם את הענישה שנהגה בזמן ביצוע העבירה.

17. שיקול נוסף המתקשר לעניין הענישה הנוהגת עניינו גזרי-הדין שהוטלו על מעורבים אחרים באותה פרשה עצמה. בית-משפט קמא התייחס לנושא זה (ראה עמ' 14, הפסקה השנייה), אלא שלשיטתנו לא נתן לכך את המשקל המתאים. בית-המשפט ציין כי מדובר בפרשה שהניבה עוד שלושה כתבי אישום. באחד מהם (ת"פ (י-ם) 5199/03 **מדינת ישראל נ' כהן** (פורסם באר"ש, 6.3.08)) דובר במס תשומות שעמד על סכום של כמיליון ש"ח, ועל הנאשם שם הוטלו שישה חודשי מאסר לריצוי בעבודות שירות. בע"פ 2630/08 ו-2628/08 **כהן נ' מדינת ישראל** (25.1.09) (מחוזי ירושלים) הוחמר העונש בהסכמה ל-9 חודשים. מקריאת פרוטוקול הדיון עולה כי הנאשם דשם לא הסיר את המחדל ומלוא הסכום נותר כחוב לרשויות המס.

בית-המשפט שם לא התייחס כלל לשאלת המתחם (כיוון שאימץ את הסדר הטיעון) והדעת נותנת כי הסדר הטיעון הושפע במידה לא מבוטלת מאי הסרת המחדל.

בשני כתבי האישום הנוספים (ת"פ (י-ם) 5198/03 **מדינת ישראל נ' גוד מאן מתכות בע"מ**) סכום המס עמד על יותר ממיליון ₪. במסגרת הסדר טיעון נדון הנאשם שם למאסר בן 7 חודשים ואילו (בת"פ (שלום אשדוד) 1736/03 **מדינת ישראל נ' אלמור מתכות 1999**) סכום המס עמד שם על כ-1,350,000 ₪ ובמסגרת של הסדר טיעון, לאחר הסרת המחדלים, הוסכם על עונש של 5 חודשי מאסר לריצוי בדרך של עבודות שירות וכך נגזר.

18. נושא נוסף שיש להתייחס אליו לשיטתנו באשר לקביעת המתחם הינו הסכמתה של המדינה בשלב הערעור בפנינו בגלגולו הראשון, להסתפק בענישה של 6 חודשי מאסר בפועל (ר' פסקה ב.3. לעיל

באשר להשתלשלות הדיונית).

בית-המשפט קמא (בגזר דינו מיום 10.12.13 בעמ' 14) סבר כי להסכמתה של המדינה אין כל נפקות: **"משלא הניבו אותן הצעות הסכמה, אין להן נפקות או מעמד שונה מכל מו"מ אחר להסדר טיעון שלא צלח, ואין מקום לטענה של כבילת המאשימה או לטענה של דיבור בשני קולות או לטענה שיש במתואר לעיל כדי להצדיק התחשבות בענישה"**.

גם בנושא זה דעתנו שונה, לפחות באשר לחלק מהקביעות של בית-משפט קמא כמצוטט לעיל.

מקובל עלינו כי המדינה אינה כבולה להסכמתה בגלגול הראשון לעניין העונש שיוטל על המערער. עוד אנו מוכנים לקבל כי בהינתן השלבים השונים של ההליך המשפטי, לא ניתן לראות בכך דיבור בשני קולות. מה שהתאים לאותו שלב שוב אינו משקף את המצב בסיום ההליך המשפטי ובשלב הערעור החוזר.

עדיין אנו סבורים כי הסכמתה של המדינה בשלב הראשון יש בה אמירה ערכית כלשהי לעניין הענישה הראויה. חזקה על המדינה כי לא היתה מסכימה ל- 6 חודשי מאסר אילו סברה, כפי שהיא טוענת בפנינו היום, כי ענישה זו היא בבחינת "לא יעלה על הדעת" וגם ענישה של מאסר בפועל לתקופה של 9 חודשים מחייבת את התערבותה של ערכאת הערעור.

אנו רואים להמשיך ולציין כדלקמן:

הסכמתה של המדינה באותו שלב ניתנה בידיעת הנתונים כולם על בוריים. כתב האישום לא השתנה, הנפשות הפועלות לא השתנו והמדינה גם היתה מודעת באותו שלב לקיומו של התיק הפתוח הנוסף נגד המערער.

במילים אחרות, הסכמתה של המדינה לעונש שהוצע על-ידינו שיקללה גם את קיומו של התיק הפתוח. (נזכיר שוב כי ההסכמה ניתנה בשלב האחרון של שמיעת הראיות בבית-משפט קמא (בפני כב' השופט אפרתי).

גם אם תאמר כי המדינה באותו שלב העדיפה "לקנות סיכון", דהיינו החלטתה של ערכאת הערעור בעקבות הזיכוי בשלב הראשון טרם ניתנה, עדיין גלומה בכך גם התייחסות לנסיבות התיק הנוכחי והענישה המתחייבת ממנו. הדעת נותנת כי המדינה לא היתה נותנת הסכמתה לעונש של חצי שנה מאסר בעבודות שירות אלמלא העונשים שהוטלו בתיקים הנוספים באותה פרשה, כפי שפורט לעיל. עוד נשוב ונזכיר, כי מי שחזר מן ההסכמה להסדר הטיעון היתה הסנגוריה ולא התביעה.

כפי שנפסק במספר פסקי-דין (ר' לעניין **פרשת פלוני** לעיל) הסדר טיעון איננו מהווה תחליף לקביעת מתחם ענישה ואיננו מכתוב גם את היחס ביניהם (בין הסדר הטיעון לבין מתחם הענישה): **"כידוע, התיקון אינו מתייחס לשאלת היחס בין מתחם העונש שיקבע על-ידי בית המשפט לבין טווח ענישה עליו הסכימו הצדדים במסגרת הסדר טיעון (נושא זה עתיד להיות מוסדר בחוק שיעסוק בהסדרי טיעון אשר בימים אלה מצוי בהליך חקיקה..."** (ע"פ 3856/13 **שי גוני נ' מדינת ישראל**, פורסם באר"ש, 3.2.14). מקובל

עלינו לחלוטין כי הסדר הטיעון בשלב הראשוני איננו תחליף למתחם ואיננו מכתוב את המתחם, זאת מחד גיסא. מאידך גיסא, בנסיבות התיק הנוכחי נראה לנו כי לא היה מקום להתעלם לחלוטין מקיומו של ההסדר בשלב הראשון כפי שנהג בית-משפט קמא. הסכמתה של המדינה היתה צריכה להילקח בחשבון במיוחד כך לאור האמור על-ידינו לעיל, באשר לשיקולים שככל הנראה עמדו בבסיס החלטתה להסכים להסדר הטיעון.

סיכום ביניים בנושא המתחם -

על סמך כל האמור לעיל, מתחם הענישה של מעשה העבירה בנסיבות הספציפיות של תיק זה, צריך להעמוד לשיטתנו על התקופה שבין 6 ל- 24 חודשי מאסר.

מכאן לשלב השני -

19. כזכור, בית-משפט קמא הטיל על המערער 9 חודשי מאסר תוך סטייה ממתחם הענישה שנקבע על-ידיו בשל שיקולי שיקום במובנו הרחב.

דחינו את הטענה כי מדובר בשיקום שמצדיק סטייה ממתחם הענישה, יחד עם זאת השיקולים שמנתה כב' השופטת קמא ואשר הביאו אותה למסקנה כי ניתן לסטות ממתחם הענישה, רלוונטיים לעניין גזירת הדין.

עד שאנו מגיעים לדיון לגופו אנו רואים להסיר מן הפרק את נושא התיק הנוסף התלוי ועומד נגד המשיב ומשמעותו לעניין הענישה. המדינה ייחסה לנושא זה חשיבות רבה ולשיטתה, מדובר בשגגה בולטת שיש בה בפני עצמה כדי להטות את הכף.

נחזור על הנתונים הרלוונטיים. פעמיים בגזר-הדין התייחסה כב' השופטת קמא לכך שזו הסתבכותו היחידה של המערער: **"שיהוי שכזה כלפי מי שבמשך כל תקופת השיהוי לא היה מעורב בפעילות פלילית וחזר הלכה למעשה לדרך הישר..."** ובהמשך: **"בהתחשב בעובדה שבמהלך כל שנות השיהוי בניהול ההליך לא נפתחו תיקים חדשים בענין הנאשמים, אני רואה... משום ביטוי לשיקום בפרשנותו הרחבה, המצדיק התחשבות בתקופת המאסר אף מתחת לרף התחתון של מתחם הענישה"** (עמ' 12 לגזה"ד).

בדיעבד אין מחלוקת כי נגד המערער תלוי ועומד תיק נוסף שבו ממתינים הצדדים להכרעת דינו של בית-משפט קמא מזה זמן רב.

לטענת המדינה, לו היה בית-משפט קמא יודע על קיומו של אותו תיק, הדעת נותנת כי היתה לכך השפעה לכיוון החמרת הענישה.

שקלנו את הטענה ואיננו סבורים כי יש לייחס לה משקל ממשי בנסיבות התיק הנוכחי.

נתחיל במובן מאליו, מדובר בתיק שהוא עדיין בבחינת תלוי ועומד ולמערער עומדת חזקת החפות. נמשיך בכך

שמדובר בתיק שנפתח בשנת 2006 באשר לעבירות שבוצעו קודם לכן. לפיכך יש ממש בטענתו של הסנגור כי לאורך מרבית השנים אליהן התייחס בית-משפט קמא כשנים שבהן לא היתה למערער כל פעילות פלילית - הקביעה נכונה.

בנוסף, עיון בגזר-הדין מצביע על כך כי השיקול דלעיל תפס נפח קטן מאוד בשיקוליה של כב' השופטת קמא ולא היווה נדבך חשוב ומרכזי בהחלטתה.

ועל כל אלה, כפי שצינו חזור וציין, לא קיבלנו את עמדתה של כב' השופטת קמא כי מדובר בשיקום. השיקול דלעיל, ככל ששימש נדבך בהחלטתה של כב' השופטת קמא, תפס מקום לעניין השיקום לצורך הסטייה ממתחם הענישה. הקביעה כי מדובר בשיקום, כזכור, איננה מקובלת עלינו ומשכך החשיבות בקיומו של תיק נוסף תלוי ועומד מתגמדת.

20. והגענו לסוף הדרך - גזירת הדין בתוך המתחם

שיקול מרכזי ודומיננטי, עניינו הסרת המחדל. המערער הסיר את המחדל במלואו, שילם סכום של כ- 1,600,000 ₪ לרשויות המס וזאת עוד בשלב הטיעונים לעונש בבית-משפט קמא.

הסרת המחדל הינה הביטוי האולטימטיבי ללקיחת אחריות והכרה בחטא, לצד הפן האופרטיבי והמעשי שיש בה, דהיינו השבת הנזק באופן שהקופה הציבורית קיבלה חזרה את שנגרע ממנה. בתי-משפט מאז ומעולם התחשבו בנימוק זה לעניין ההקלה בעונש. אין בכך כמובן כדי למעט מחומרתה של העבירה, אולם יש בכך כדי להשליך על הענישה.

תיקון 113 העומד במוקד הדיון הכיר גם הוא בחשיבות הסרת המחדל. אנו מפנים לסעיף 40(יא)(5) המונה בין הנסיבות שבהן רשאי בית-המשפט להתחשב בעניין העונש ואשר אינן קשורות לביצוע העבירה, גם את: "**מאמצי הנאשם לתיקון תוצאות העבירה ולפיצוי על הנזק שנגרם בשלה**". המערער שבפנינו שילם את מלוא מס התשומות שנגרע מהקופה הציבורית מיד לאחר הרשעתו. נראה לנו כי בנסיבות התיק הנוכחי יש לכך משמעות, מעבר למשמעות הרגילה, על רקע קביעתה העובדתית של כב' השופטת קמא שצוטטה לעיל, ולפיה המע"מ שולם על-ידו והוא לא קיבל הנחה במחיר הסחורה בשל גריעתו של המע"מ מהסך הכולל ששילם.

21. הנימוק הנוסף עניינו חלוף הזמן מאז ביצוע העבירה. נושא שבית-משפט קמא התייחס אליו. נושא זה זכה להתייחסות המחוקק בסעיף 40(יא) לתיקון 113. סעיף 40(יא)(10) מונה בין הנסיבות שבית-משפט רשאי להתייחס אליהן את חלוף הזמן מעת ביצוע העבירה. נזכיר כי תחילת הפרשה בתיק זה היא שנת 2000 ואנו מצויים עתה במחציתה של שנת 2014.

תקופה של כ- 15 שנים היא תקופה שכמוה כנצח נצחים בחייו של אדם. לאורך כל אותה תקופה ריחפה מעל ראשו של המערער העננה בדמות ההליכים המשפטיים בתיק זה כחרב המתהפכת.

עיינו בפרוטוקול בית-משפט קמא וקראנו את טיעוניה של אשת המערער לעונש. הדברים שנאמרו שם נותנים ביטוי חד וכואב לאותו פרק זמן ארוך שבו המשפחה כולה יצאה ממסלול חייה וכל חייה מתנהלים בצילו של ההליך הארוך שבפנינו. חלוף הזמן אומנם איננו תעודת חסינות. ידע כל עבריין כי הוא צפוי לענישה גם אם יחלוף זמן רב מאוד, עדיין יש מקום לשקלל נתון זה ובנסיבות התיק הנוכחי לשקלל אותו אף ביתר.

22. בכך אנו מגיעים להיבט נוסף שאף הוא נגזרת מחלוף הזמן וכוונתנו להשתלשלות הפרשה בענייננו.

עיקרי הדברים כבר הובאו לעיל שעל-כן נחזור עליהם בקצרה כדלקמן:

לאורך שנים רבות מדי התנהל התיק בבית-משפט קמא. תיק שצריך היה להתחיל ולהסתיים בפרק זמן מינימלי בהינתן מספר העדים והיקף הבעיות שעמדו על הפרק. בית-משפט קמא קבע כי המערער לא היה אחראי להתמשכות ההליכים בתיק זה, שעל-כן נושא חלוף הזמן צריך להיזקק לזכותו ביתר.

בכך לא סגי. בית-משפט קמא זיכה כאמור את המערער וזיכו זה בוטל על-ידינו. אין בהליך המשפטי הפלילי מפנה דרמטי יותר מאשר המהפך בין זיכו להרשעה. מעטים ונדירים המקרים שבהם מהפך כזה מתבצע. אין צורך בדימיון רב כדי להבין מה עובר על נאשם שבסופה של תקופה ארוכה מוצא עצמו זכאי ולפתע שוב במהפך חד מוצא עצמו מורשע וגם בכך לא סגי. אף זאת כפי שכבר צוין התיק הועבר למותב אחר מכורח הנסיבות (עם פרישתו של השופט אפרתי). חילופי המותב חייבו שמיעה מחודשת של חלק מהעדים והרי לך עינוי דין נוסף שהמערער לא תרם לו במאום.

בית-משפט קמא (כב' השופטת מרגולין-יחידי) עשה כל שביכולתו כדי לקדם את ההליך, אולם הנסיבות האובייקטיביות הביאו לכך שההליך התמשך. עד לשמיעת הערעור עבר פרק זמן נוסף והתאריך דהיום מדבר בעד עצמו. בית-משפט קמא היה ער להשתלשלות זו, לתהפוכות בתיק ונתן לכך משקל, לשיטתנו היה מקום למתן משקל נוסף. לכך מצטרפים כל הגורמים שעליהם עמד בית-משפט קמא הנסיבות האישיות והמשפחתיות, הנורמטיביות שבדרך חיו של המערער, למעט האירועים נושא כתב האישום, השבר המשפחתי, גילו של המערער וכל הנימוקים האישיים הנוספים.

ז. סוף דבר

23. כפי שאנו שבים ומציינים, בית-משפט קמא התייחס למרבית השיקולים שנסקרו על-ידינו ונתן להם משקל. המחלוקת בינינו לבין בית-משפט קמא מתמצה "בתרגום" מעשי של האמור לעיל לכלל ענישה. בית-המשפט סבר כי אין מדובר במצב: **"קיצוני המצדיק תקופת מאסר הניתנת לריצוי בעבודות שירות ולבטח לא הימנעות ממאסר"** דעתנו במקרה זה שונה.

אנו מעמידים את תקופת המאסר בפועל שעל המערער לרצות על 6 חודשים אותה יוכל לרצות בדרך של עבודות שירות. המאסר על תנאי יישאר בעינו.

אנו מוצאים לנכון להחמיר בנושא הקנס. בית-משפט קמא הטיל על המערער קנס בסך 75,000 ש"ח ואנו מכפילים אותו ומעמידים אותו על 150,000 ש"ח או 8 חודשי מאסר תמורתו.

**דבורה ברלינר, נשיאה
אב"ד**

השופט ג'ורג קרא, סגן נשיאה:

אני מסכים.

**השופט ג'ורג קרא, סגן
נשיאה**

השופטת מרים סוקולוב:

אני מסכימה.

מרים סוקולוב, שופטת

אשר על-כן הוחלט כאמור בחוות-דעתה של הנשיאה דבורה ברלינר.

ניתן היום, 16.06.2014, במעמד הצדדים.

מרים סוקולוב, שופטת
דבורה ברלינר, שופטת,
נשיאה
אב"ד
ג'ורג קרא, שופט
סגן נשיאה