



## מ"ח 4075/17 - זיאד דראגנה נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

מ"ח 4075/17 - ה'

לפני: כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר

המבקש: זיאד דראגנה

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

בקשה למשפט חוזר; תגובת היועץ המשפטי לממשלה  
מתאריך 19.09.2017

בשם המבקש: עו"ד קרן ארבל

בשם המשיבה: עו"ד יוסף (ג'ואי) אש

### החלטה

1. לפני בקשה להורות על משפט חוזר בעניינו של המבקש לפי (א) ל [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: החוק), אשר הורשע בביצוע עבירות מס שונות לפי חוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975 (להלן: חוק מע"מ).

על המבקש הושתו, בהסכמת הצדדים, בערעור בפני בית המשפט המחוזי מרכז-לוד, בין היתר, 10 חודשי מאסר בפועל, בניכוי ימי מעצרו (ראו: ע"פ 16805-05-16).



אביא עתה את הנתונים הדרושים להכרעה בבקשה.

רקע

2. בתאריך 20.03.2014 הוגש נגד המבקש וחברת "דרארגה זיאד ניקיון ואספקת כוח אדם בע"מ" (להלן: החברה) כתב אישום לבית משפט השלום בפתח-תקוה. במסגרת כתב האישום נטען כי החברה עסקה בניקיון ואספקת כוח אדם והייתה רשומה כעוסק מורשה לצורך חוק מע"מ. לפי הנתען, במועדים הרלבנטיים לכתב האישום – המבקש היה הבעלים הרשום ומנהלה הפעיל של החברה.

3. בכתב האישום נטען כי במהלך השנים: 2008-2011 – המבקש והחברה קיבלו 47 מסמכים, הנחזים להיות חשבוניות מס, על שמות עוסקים שונים, מבלי שעשו, או התחייבו לעשות את העסקאות שלגביהן הוצאו מסמכים אלו (להלן: החשבוניות הפיקטיביות). לפי הנתען, המבקש והחברה רשמו את החשבוניות הפיקטיביות בספרי הנהלת החשבונות שניהלו, וניכו שלא כדין את סכומי המס המגולמים בהן בדיווחים התקופתיים לרשויות מע"מ. בכתב האישום נטען כי סכומן הכולל של החשבוניות הפיקטיביות הינו 7,093,036 ש"ח, וסכום המס שנוכה בגין הינו 973,445 ש"ח.

4. במסגרת כתב האישום – המשיבה יחסה למבקש את ביצוען של העבירות הבאות: 47 עבירות של ניכוי מס תשומות, מבלי שיש לגביו מסמך כאמור בסעיף 38 לחוק, במטרה להתחמק, או להשתמט מתשלום מס בנסיבות מחמירות, בניגוד לסעיף 117(ב)(5) בצירוף סעיף 117(ב)(3) לחוק מע"מ, ועבירה של הכנה, ניהול, או הרשאה לאחר להכין, או לנהל פנקסי חשבונות כוזבים במטרה להתחמק או להשתמט מתשלום מס, בניגוד לסעיף 117(ב)(6) לחוק מע"מ.

5. בתאריך 30.12.2015, לאחר שמיעת ראיות, בית משפט השלום הנכבד (כב' השופטת א' דניאלי) הרשיע את המבקש בעשיית 19 חשבוניות פיקטיביות, מתוך 47 החשבוניות הפיקטיביות, שיוחסו לו בכתב האישום. לפיכך, בית משפט השלום הנכבד הרשיע את המבקש ב-19 עבירות של ניכוי מס תשומות, מבלי שיש לגביו מסמך כאמור בסעיף 38 בניגוד לסעיף 117 (ב)(5) בצירוף סעיף 117 (ב)(2)(3) לחוק מע"מ, וכן בהכנת פנקסי חשבונות כוזבים במטרה להתחמק מתשלום מס, בניגוד לסעיף 117 (ב)(6) לחוק מע"מ. יצוין כי 19 החשבוניות הפיקטיביות בהן המבקש הורשע שיקפו ביצוע של עסקאות פיקטיביות בהיקף כולל בסך של 3,166,671 ש"ח, וסכום המס הנדרש בגין עמד על סך של 436,780 ש"ח (ראו: ת"פ 48846-03-14).

6. בתאריך 10.04.2016 בית משפט השלום הנכבד גזר את עונשו של המבקש לעונשים הבאים: 14 חודשי מאסר לריצוי בפועל, 12 חודשי מאסר על תנאי בתנאים שפורטו בגזר הדין, וקנס בסך 30,000 ש"ח, או 4 חודשי מאסר תמורתו.

7. בתאריך 08.05.2016 המבקש הגיש לבית המשפט המחוזי מרכז-לוד ערעור כנגד הרשעתו וגזר הדין. הודעת הערעור הוגשה על ידי עו"ד קרן ארבל, וזאת לאחר שהמבקש יוצג בהליך בפני בית משפט השלום הנכבד על ידי



בא-כוחו דאז - עו"ד אבי גורן (ראו: ע"פ 16805-05-16).

8. בתאריך 20.12.2016 התקיים דיון בערעור בפני בית המשפט המחוזי הנכבד. במסגרת הדיון המבקש יוצג על ידי עו"ד חיים שוורצברג, לאחר שעו"ד קרן ארבל לא התייצבה לדיון בשל סיבות רפואיות.

9. במסגרת הדיון בערעור, לאחר שמיעת טיעוני באי-כוח הצדדים, באי-כוח הצדדים קיבלו את הצעת בית המשפט המחוזי הנכבד להגיע להסכמה. בפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי הנכבד נאמר לעניין זה כך:

"ב"כ המערער [המבקש - ח"מ]: המערער [המבקש - ח"מ] מקבל את המלצת בית המשפט לפיה עונש המאסר שיושת עליו יופחת ל-10 חודשים והקנס ישאר בעינו.  
ב"כ המשיבה: לאור המלצת בית המשפט ולאור הנסיבות הייחודיות של תיק זה, אנו מקבלים את המלצת בית המשפט בתיק זה" (ראו: עמ' 6 לפרוטוקול; ההדגשות שלי - ח"מ).

לאחר מכן, בית המשפט המחוזי הנכבד (כב' השופטים: הנשיא א' טל, ז' בוסתן, ש' בורנשטיין) קיבל את הערעור לפי הסכמת באי-כוח הצדדים בקובעו כדלקמן:

"בהסכמת ב"כ הצדדים והמערער [המבקש - ח"מ], שקיבלו את המלצת בית המשפט, ומבלי שהדבר ישמש תקדים למקרים אחרים, אנו מקבלים את הערעור וקובעים כי המערער [המבקש - ח"מ] ירצה 10 חודשי מאסר, בניכוי ימי מעצרו. יתר חלקי גזר הדין, לרבות הקנס, יעמדו בתוקפם" (ההדגשה שלי - ח"מ).

10. בתאריך 18.05.2017 המבקש, באמצעות באת-כוחו, עו"ד קרן ארבל, הגיש את הבקשה למשפט חוזר שבכותרת, ובה התבקש גם: "עיכוב ביצוע עונש המאסר".

11. בתאריך 14.06.2017 דחיתי את בקשת עיכוב הביצוע, אשר היוותה בפועל בקשה להפסקת ריצוי עונש המאסר. במסגרת החלטתי זו קבעתי, בין היתר, כך:

"המבקש הגיש את הבקשה שבפני רק בתאריך 18.05.2017. זאת ועוד - מתגובת המשיבה לבקשה עולה כי: "על אף שהמועד לתחילת ריצוי העונש חלף זה מכבר, בירור שערכה המשיבה העלה, כי המבקש לא התייצב עד היום לריצוי עונשו" (ראו: פסקה 8 לתגובה). חבל שבאת-כוח המבקש לא ראתה לציון עובדה זו בבקשה.

בנסיבות הנ"ל ומשלא הובאה בפני הצדקה ראויה לבקשה לגופה - הבקשה נדחת. ככל שהמבקש לא עשה כן - עליו להתייצב לריצוי עונש המאסר שנגזר עליו לאלתר".



מכאן הבקשה שבפני.

טענות הצדדים

12. לטענת באת-כוח המבקש, עניינו של המבקש מצדיק עריכת משפט חוזר, וזאת בשל קיומו של חשש ממשי לעיוות דין, הנובע, לשיטתה, מאי הבנתו של המבקש של ההסכמה שנתן במסגרת הערעור, וזאת בשל קשייו הנטענים בהבנת השפה העברית. לטענת באת-כוח המבקש, המבקש לא הבין כי נוכח הסכמתו להצעת בית המשפט המחוזי הנכבד בדיון – הוא לא יוכל להשיג על עונשו בפני בית המשפט העליון. בצד האמור, באת-כוח המבקש מדגישה בבקשתה כך:

"אין מדובר בכשל בייצוג ואין המבקש משיג על כשרונו ומקצועיותו של עו"ד חיים שוורצברג אלא מדובר במקרה בו המבקש לא היה ער למגבלות של העונש המוסכם וזאת בשל קושי של שפה ואי הבנת השפה העברית" (ראו: פסקה 10 לבקשה).

13. בתאריך 11.06.2017 המשיבה הגישה את תגובתה לבקשה, ובמסגרתה היא התנגדה לבקשה. לשיטת המשיבה, המבקש איננו מבסס עילה לקיומו של משפט חוזר, לרבות קיומו של חשש ממשי כי נגרם לו עיוות דין. לשיטת המשיבה, פסק הדין בערעור ניתן בהסכמת באי-כוח הצדדים, ועל דעתו ובהסכמתו של המבקש עצמו. לשיטת המשיבה, טענת המבקש כי הוא אינו בקי דיו בשפה העברית, ומשכך הוא התקשה להבין את הסכמתו בבית המשפט המחוזי הנכבד מועלית בהליך זה לראשונה, וללא כל ביסוס, מה גם שהמבקש היה מיוצג בהליך בפני בית המשפט המחוזי הנכבד בידי עו"ד חיים שוורצברג, ולא צורפה לבקשה עמדתו, כמקובל.

לאחר הצגת טענות באי-כוח הצדדים אפנה עתה לליבון הדברים.

דין והכרעה

14. לאחר שעיינתי בבקשה, בחומר שצורף לה, ובתגובת המדינה, הגעתי לכלל כי דין הבקשה – להידחות. אביא את נימוקיי לכך מיד בסמוך.

15. הסמכות להורות על עריכתו של משפט חוזר מעוגנת בסעיף 31(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, אשר קובע כך:

"31. (א) נשיא בית המשפט העליון או המשנה לנשיא או שופט אחר של בית המשפט העליון שקבע לכך הנשיא רשאי להורות כי בית המשפט העליון או בית משפט מחוזי שיקבע לכך, יקיים משפט חוזר בענין פלילי שנפסק בו סופית, אם ראה כי נתקיים



אחד מאלה:

- (1) בית משפט פסק כי ראיה מהראיות שהובאו באותו ענין יסודה היה בשקר או בזיוף, ויש יסוד להניח כי אילולא ראיה זאת היה בכך כדי לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנידון;
- (2) הוצגו עובדות או ראיות, העשויות, לבדן או ביחד עם החומר שהיה בפני בית המשפט בראשונה, לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנידון;
- (3) אדם אחר הורשע בינתיים בביצוע אותו מעשה העבירה, ומהנסיבות שנתגלו במשפטו של אותו אדם אחר נראה כי מי שהורשע לראשונה בעבירה לא ביצע אותה;
- (4) נתעורר חשש של ממש כי בהרשעה נגרם לנידון עיוות דין" (ההדגשה שלי - ח"מ).

16. בפסיקתנו נקבע כי בבסיס הסמכות לקיומו של משפט חוזר עומדת השאיפה ליצירת איזון בין שני ערכים מרכזיים: מצד אחד, הערך של חשיפת האמת ומניעת הרשעות שווא, מנגד, ניצבים ערכים אחרים ובראשם עקרון סופיות הדיון, אשר בבסיסו ההנחה כי פסק הדין, מושא הבקשה, ניתן כדין ובדין יסודו. עקרון זה מבטא את הצורך בוודאות הפסיקה וביציבותה, ויונק את כוחו מן הערך החינוכי וההרתעתי שביסוד פסק הדין (ראו: מ"ח 5048/04 איזן נ' היועץ המשפטי לממשלה (20.11.2005)). הוראה על קיומו של משפט חוזר איננה ניתנת כדבר שבשגרה, ובקשות לקיים הליך זה, כך נפסק: "מאשרות באופן חריג ובמשורה" (ראו: מ"ח 3378/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 21 (17.07.2014) (להלן: מ"ח 3378/13)). בתוך כך, נפסק גם כי הדיון בבקשה למשפט חוזר אינו "ערעור נוסף", ואין הוא המקום הראוי לדון בטענות אשר נדונו על ידי הערכאות שדנו בתיק (ראו: מ"ח 1632/16 שלום נ' מדינת ישראל (07.09.2017)). עוד נקבע כי על המבקש לקיים משפט חוזר להניח תשתית ראיתית איתנה וממשית בדבר קיומה של אחת העילות המנויות בסעיף 31(א) לחוק בתי המשפט (ראו: מ"ח 779/13 יקותיאל נ' מדינת ישראל (6.6.2013)).

17. בפסיקה נקבע לעניין העלאת טענה של כשל בייצוג כעילה לקיומו של משפט חוזר כי על המבקש להראות כי העדר הייצוג, או הכשל בייצוג, מקימים חשש ממשי לעיוות דין. ב-מ"ח 4811/12 סאלם נ' מדינת ישראל (02.05.2013) נקבע לעניין זה כך:

"במסגרת הדיון בתחולתו של סעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט, נקבע בפסיקה קודמת כי פגמים דיוניים עשויים לכלול, בנסיבות מסוימות, כשל בייצוג... ואולם, העדרו של ייצוג או כשל בייצוג משפטי, אין בו לבדו כדי להביא לקיומו של משפט חוזר. על המבקש להראות כי אי-הייצוג או הכשל בייצוג מקים חשש ממשי לעיוות דין. לשיטתי, כשעסקין במקרה הפרטי של כשל בייצוג, יש מקום לדרוש הוכחה של פוטנציאל לשינוי הכרעת הדין. אין די בכך שנגרם כשל כזה או אחר בהגנה, אלא על המבקש להצביע על כך שהייצוג הכושל השפיע על מהלך המשפט, כי נוצר פגם אשר קיפח את הגנתו בעוצמה כזו, שעשויה הייתה להתקבל תוצאה אחרת המטיבה עימו" (ראו: שם, בפסקה 28; ההדגשה שלי - ח"מ).

18. יישומם של העקרונות האמורים על עניינו של המבקש מוביל למסקנה כי המבקש לא הוכיח כי נגרם לו עיוות דין "מערער את יסודות ההרשעה" בעניינו, ואשר מצדיק את קיומו של משפט חוזר בעניינו (ראו: מ"ח 7724/05 מאיר נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (1.2.2006)). אבהיר את הדברים מייד בסמוך.



19. עיון בפרוטוקול הדיון בפני בית המשפט המחוזי הנכבד מעלה כי פסק דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד בערעור, במסגרתו הוקל עונש המאסר שהושת על המבקש, ניתן לאחר שמיעת טיעוני באי-כוח הצדדים וקבלת תגובתם להצעת בית המשפט, וזאת לאחר קיומה של הפסקה, והכל כשהמבקש מיוצג, וההסכמה ניתנה על דעתו (ראו: עמ' 6 לפרוטוקול). טענתו של המבקש לפיה הוא איננו בקיא בשפה העברית, ומשכך הוא התקשה להבין את הסכמתו בפני בית המשפט המחוזי הנכבד הועלתה לראשונה במסגרת הבקשה שלפני, ולא הובאה לה כל ראייה ממשית התומכת בה.

20. זאת ועוד - אחרת. חרף טענת באת-כוח המבקש, הבקשה למשפט חוזר מבוססת בעיקרה על טענה של כשל בייצוג, המתקבל רק במקרים חריגים בהם הטוען לכשל בייצוג סבל כתוצאה מכך מעיוות דין (ראו: רע"פ 8094/12 אבו טיר נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (07.01.2014)). בפסיקה נקבע כי הטוען לכשל בייצוג נדרש להביא את התייחסותו של הסניגור בהליך הקודם לטענה זו (ראו: ע"פ 4883/11 מרקוביץ' נ' מדינת ישראל (21.03.2013)). בענייננו, באת-כוח המבקש לא פנתה, כמקובל, וכפי שההגינות מחייבת, לעו"ד שוורצברג לצורך קבלת עמדתו לאמור בבקשה, ואף שיקות זה, בנסיבות, תומך בדחיית הבקשה (ראו: מ"ח 3766/16 פלוני נ' מדינת ישראל (13.09.2016)).

21. סיכומם של דברים - המבקש לא הראה כי מתעורר בעניינו חשש ממשי כי בהרשעתו נגרם לו עיוות דין המצדיק קיומו של משפט חוזר.

נוכח כל האמור - הבקשה נדחית.

ניתנה היום, ח' בשבט התשע"ח (24.1.2018).

המשנה לנשיאה