



ע"פ 8934/02/19 - משה דן נגד פרקליטות מחוז תל אביב מיסוי וכלכלה

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 8934-02-19 דן נ' פרקליטות מחוז תל אביב מיסוי וכלכלה

לפני	כבוד השופט א' הימן-אב"ד
	כבוד השופט י' טופף
	כבוד השופט ע' מאור
המערער	משה דן
נגד	
המשיבה	פרקליטות מחוז תל אביב מיסוי וכלכלה

פסק דין

השופט א' הימן, אב"ד:

לפנינו ערעור על הכרעת דין מיום 15.7.18 ועל גזר דין מיום 23.12.18 שניתנו על ידי בית משפט השלום בתל אביב (בית משפט קמא - כב' השופטת נ' תבור), בת"פ 52875-09-16, בגין הרשעתו של המערער בעבירות לפי חוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), תשכ"ג-1963 (להלן: "**חוק מיסוי מקרקעין**") והעמדת עונשו על 6 חודשי מאסר לריצוי בעבודות שירות לצד עונשים נלווים.

כללי

פסק דין זה ניתן לאחר שפסק דינו הקודם שניתן ביום 6.9.20 (להלן: "**פסק הדין הקודם**") בוטל על פי פסק דינו של בית המשפט העליון מיום 11.11.21, והתיק הוחזר אלינו לדיון מחדש על מנת שנדון בערעורו של המערער (רע"פ 8589/20). לפי שמדובר בדיון מחדש, ממילא מצאנו כי מן הראוי לפרט את העובדות שבבסיס פסק הדין.

כמוזכר בפתח הדברים, המערער הורשע בבית משפט קמא, בעבירות של **שימוש במרמה, ערמה או תחבולה במטרה להתחמק ממס** לפי סעיף 98(ג2)(4) לחוק מיסוי מקרקעין ובעבירה של **עזרה לאחר להתחמק ממס** לפי סעיף 98(ג2)(1) לחוק מיסוי מקרקעין.

על המערער נגזרו 6 חודשי מאסר לריצוי בעבודות שירות; 8 חודשי מאסר על תנאי לתקופה של שלוש שנים והתנאי הוא שלא יעבור עבירת מס מסוג פשע; 5 חודשי מאסר על תנאי לתקופה של שלוש שנים והתנאי הוא שלא יעבור עבירת מס

עמוד 1



שאינה פשע; קנס בסך 15,000 ₪.

יחד עם המערער הואשמה גם חמותו, אם אשתו, גב' שרית קופל (להלן: "**שרית**"). שרית זוכתה מחמת הספק מהעבירות שיוחסו לה במסגרת האישום הראשון: עבירה של מסירת אמרה או תרשומת כוזבת במטרה להתחמק ממס לפי סעיף 98(ג2)(1) לחוק מיסוי מקרקעין ועבירה של שימוש במרמה ערמה או תחבולה במטרה להתחמק ממס לפי סעיף 98(ג2)(4) לחוק מיסוי מקרקעין. שרית הורשעה בעבירות שיוחסו לה במסגרת האישום השני: עבירה של שימוש במרמה ערמה או תחבולה בכוונה להתחמק ממס לפי סעיף 220(5) לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש) התשכ"א-1961 (להלן: "**פקודת מס הכנסה**") ובעבירה של השמטת הכנסה מתוך דו"ח בכוונה להתחמק ממס לפי סעיף 220(1) לפקודת מס הכנסה.

על פי עובדות האישום הראשון, המערער הוא עורך דין אשר בתקופה הרלוונטית לכתב האישום עסק בתחום המסחרי ובתחום הנדל"ן. כתב האישום מצוין כי הנאשמת 2, שרית, הינה אמה של אשתו. המערער טיפל בעניינים המשפטיים הקשורים למשפחה ובכלל זאת בנכסי המקרקעין השייכים לשרית.

ביום 14.10.10 מכרה שרית דירת מגורים בחולון (להלן: "**הדירה בחולון**"), בתמורה לסך של 1,835,000 ₪. המערער טיפל עבודה במכירת הדירה, מילא עבודה את הדיווח לרשויות המס והגיש בשמה בקשה לפטור ממס שבח.

ביום 6.6.12 (כעבור שנה ושמונה חודשים), מכרה שרית את בית מגוריה, בית צמוד קרקע בסביון (להלן: "**הנכס בסביון**"), בתמורה לסך של 6,750,000 ₪. גם בעסקה זו יוצגה על ידי המערער, אשר דיווח בשמה על העסקה לרשויות המס.

ביום 17.6.12 הגיש המערער עבור שרית הצהרה לרשות המסים בגין מכירת הנכס בסביון. הדיווח נעשה על גבי טופס מס שבח מס' 7000 שצבעו ורוד (להלן: "**הטופס הוורוד**"). טופס זה משמש להצהרה על נכס מגורים בפטור ממס שבח, מבלי שהנכס כולל זכויות בניה בלתי מנוצלות. על הטופס חתמה שרית, ובתוך כך, המערער אימת את חתימתה לאחר שהזהירה כי עליה להצהיר אמת.

בדיעבד, אין מחלוקת כי הטופס הוורוד הכיל שתי אמרות כוזבות: האחת, שלא נמכר נכס בפטור ממס שבח בארבע השנים שקדמו למכירת הבית בסביון; והשנייה, שהנכס בסביון אינו כולל זכויות בניה.

ביום 25.6.12 הודיעה גב' שרה אריאלי ממיסוי מקרקעין כי מכיוון שמדובר בנכס חד משפחתי יש להגיש את הדיווח למס שבח על גבי טופס 7002 שצבעו כחול (להלן: "**הטופס הכחול**").

ביום 8.7.12 הגיש המערער טופס שני - הטופס הכחול, בו דיווח על העסקה כפטורה ממס שבח ואילו צירף את הצהרת שרית לצורך בקשת פטור ממס שבח. על הטופס הופיעה חתימת המערער ללא חתימתה של שרית.

מאחר ששרית מכרה דירת מגורים פחות מארבע שנים בפטור ממס שבח, ממילא לא הייתה זכאית לפטור ממס שבח בגין מכירת הנכס בסביון.

עד כאן העובדות המהוות את הפרשה.



הרקע לדיון מחדש

המערער הורשע, כאמור, בבית משפט קמא ונגזר דינו. המערער לא השלים עם פסק דינו ולפיכך מצא להגיש ערעור לבית משפט זה. ההליכים בערעור זה נשמעו תחילה לפני הרכב בראשות כב' השופטת העמיתה ד' ברלינר. הואיל והמערער ביקש לייצג עצמו בהליך זה, הדיון נדחה על מנת שהמערער ישקול ייצוגו על ידי סניגור. בשני דיונים שהתקיימו לאחר מכן יוצג המערער על ידי עו"ד אהוד ברזילי. בתום הדיון הוצע לבחון את המשך ההליכים בערעור לנוכח קיום הליך אזרחי מקביל, באותו עניין, בבית משפט המחוזי מרכז. סופו של דבר, משום שינוי בסדרי עבודת בית המשפט, לפי שנבצר מכב' השופטת ד' ברלינר להמשיך ולדון בערעור, הדיון הנדחה התקיים בבית המשפט לפני הרכב השופטים הנוכחי (אב"ד השופט א' הימן, השופט י' טופף והשופט ע' מאור).

ביום 9.7.20 שמענו את טיעוני הצדדים. יצוין כי המערער הודיע שאין באפשרותו להיות מיוצג על ידי סניגור ולפיכך, טען לעצמו. בתום הדיון החלטנו לדחות את הדיון לצורך עיון וכתובת פסק הדין. בהמשך לכך, קבענו בהחלטה כי פסק הדין יינתן ויושמע ביום 6.9.20.

ביום 6.9.20 התקיים הדיון אשר תכליתו הייתה, כאמור, שימוע פסק הדין בלבד, בפני הרכב אשר כלל את אב בית הדין הנוכחי השופט א' הימן, השופט ע' מאור והשופטת ל' ביבי. כפי שצוין לעיל כמו גם בפסק דינו, השופטת ל' ביבי לא הייתה חברה בהרכב המקורי. השופטת ל' ביבי נקראה כחברה להרכב, עקב היעדרותו של השופט י' טופף באותו היום, בהתאם להנחיות הבידוד שהיו נהוגות בשל מגפת הקורונה. בפתח הדיון נרשמה הערת בית המשפט לפיה "**הערעור נדון לפני הרכב שופטים אחר של בית משפט זה והוא מושמע מפי ההרכב הנוכחי**". פסק הדין אשר הושמע באותו יום, נחתם בשגגה בחתימה אלקטרונית גם על ידי כב' השופטת ל' ביבי במקום השופט י' טופף, אשר נוכחותה בהרכב הייתה לשם השמעת פסק הדין בלבד. נשוב ונבהיר - פסק הדין נכתב בצוותא חדא על ידי שלושת חברי ההרכב, בעוד כב' השופטת ל' ביבי כלל לא הייתה שותפה למלאכת גיבושו וכתובתו.

על פסק הדין הקודם, הגיש המערער בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון. המערער טען, בין היתר, כי פסק הדין הקודם ניתן בחוסר סמכות ודינו להתבטל, כל כך משום שהשופטת ל' ביבי, החתומה על פסק הדין, לא ישבה בדיון בעניינו ולא שמעה את טענותיו בדיון שהתקיים ביום 9.7.20. בדיון שהתקיים בבית המשפט העליון ביום 11.11.21, ולנוכח הסכמת המשיבה, הוחלט לדון בבקשה כבערעור וכן הוחלט על קבלת הערעור, באופן שפסק הדין הקודם יבוטל והתיק יוחזר לדיון מחדש לבית משפט זה.

בהחלטה מיום 21.11.21 קבענו כי דיון בערעור יתקיים לפנינו ביום 3.2.22.

ביום 17.1.22 הגיש המערער, באמצעות באי כוחו, בקשה להגיש נימוקי ערעור משלימים ועדכניים. בהחלטתנו מיום 18.1.22 דחינו את הבקשה. עם זאת, ציינו כי נאפשר לבא כוח המערער להשלים טיעוניו בעל פה בכפוף למסגרת הדיונית שהייתה לפני בית המשפט העליון.

באי כוח הצדדים התייצבו לפנינו ביום 3.2.22 ושמענו את טיעוניהם בעל פה.

בפתח טיעוניו מסר בא כוח המערער כי למרות שכתב הערעור כולל טענות כנגד הממצאים העובדתיים שקבע בית משפט קמא, אין הוא עומד כיום על אלה, אלא ממקד טענותיו בטענות משפטיות בשני עניינים: הגנה מן הצדק באשר להכרעת הדין; ובאשר לגזר הדין, טען בא כוח המערער כנגד עצם ההרשעה ועתר להימנע מהרשעת המערער.



יוער כי טענות אלה נדונו, זה מכבר, בבית משפט קמא אשר דחה אותן כמו גם על ידינו כערכאת הערעור. אף על פי כן, התרנו לבא כוח המערער לטעון בשנית שתי טענות אלה.

הדין החוזר לפנינו נסב, אפוא, על הכרעת הדין באשר להחלטת בית משפט קמא שלא לקבל טענות להגנה מן הצדק ועל גזר הדין באשר להחלטת בית משפט קמא שלא לקבל את הבקשה לביטול ההרשעה.

עיקרי הכרעת הדין שנתן בית משפט קמא

לשם שלימות תמונת הרקע העובדתי בפסק הדין הנוכחי, מצאנו לחזור על עיקרי הכרעת הדין של בית משפט קמא. המחלוקת העיקרית בין הצדדים אשר עמדה להכרעת בית משפט קמא נגעה לשאלת היסוד הנפשי של המערער בקשר לעבירות שיוחסו לו בכתב האישום. כך משום שלא הייתה מחלוקת שהדיווח שדיווח המערער לרשויות המס - בעניין אי מכירת דירת מגורים בארבע השנים שקדמו למכירת הנכס בסביון ובעניין זכויות הבניה בנכס בסביון - היה דיווח שגוי. כאמור, המערער אישר זאת, אך טען כי מדובר בטעות בתום לב וכי לא הייתה לו כוונה להתחמק מתשלום מס. הטעות, כך לטענת המערער, נגרמה בשל לחץ נפשי שהופעל עליו על ידי שרית ושתי בנותיה. לחץ אשר שיבש את שיקול דעתו והביאו לטעות בתום לב, מבלי שבדק את הדיווח שהוגש ביחס לדירה בחולון. בית משפט קמא קבע כי לאחר שמיעת העדויות ועיון בראיות שוכנע כי למערער הייתה כוונה להתחמק ממס וכי אין מדובר בטעות בתום לב. הקביעות ברובן נשענות על ממצאי מהימנות, שנבחנו גם לפי מבחני הגיון וסבירות. בהקשר זה נקבע כי אין בגרסת המערער כדי להרים את הנטל ולספק הסבר חלופי לנסיבות שהוכחו. בית משפט קמא קבע כי לא נתן אמון בגרסת המערער.

בית משפט קמא התייחס גם למחדלים ולפגמים בהליך, ובתוך כך לגובה סכום ההונאה ולטענות הגנה מן הצדק.

באשר לסכום המעילה, קבע בית משפט קמא כי הוכח שסכום מס השבח שצוין בכתב האישום בסך 1.5 מיליון ₪ אינו נכון וכי סכום המס נמוך יותר.

באשר להתנהלות הרשות בקביעת שומה שגויה, קבע בית משפט קמא כי מדובר במחדל. עם זאת, לא קיבל בית משפט קמא את עמדת ההגנה לפיה תוצאת המחדל היא ביטול כתב האישום. בית משפט קמא קבע כי בנסיבות שהוכחו לפניו לרבות העובדה שהמערער הינו עורך דין, אשר ייצג קרובת משפחה, בעסקה בעלת פוטנציאל לרווח אישי, היה מקום להגשת כתב האישום גם אם סכום ההונאה נמוך יותר ואפילו היה נמוך עד לשיעור לו טוענת ההגנה. בית משפט קמא קבע כי המקום הנכון ליתן ביטוי למחדל האמור הוא בשלב גזירת הדין. עוד ציין בית משפט קמא כי נושא ההשגה על השומה עלה רק לאחר פתיחת החקירה בעניין המערער וכי זה לא הגיש השגה על השומה בזמן אמת. בית משפט קמא דחה את טענת ההגנה כי יש להקיש מהטעות שעשתה עובדת רשות המיסים באשר לגובה השומה לבין הטעות שעשה המערער וקבע כי אין כל בסיס להשוואה מקום בו המעשה שעשה המערער נעשה בכוונה להונות. כמו כן קבע בית משפט קמא כי לא הונח בסיס ראייתי אשר ניתן להסיק ממנו את המסקנה כי לו היה ידוע מראש שסכום המס שהועלם הוא 300,000 ₪- לא היה מוגש כתב האישום, וכי על פניו הגשת כתב האישום בגין הונאת מס בשווי של 300,000 ₪ אינה בלתי מתקבלת על הדעת ואינה פוגעת בתחושת הצדק וההגינות.

באשר לאכיפה בררנית, ציין בית משפט קמא כי הטענה לפיה במקרים דומים הסתפקה הרשות בהליך של כופר, עלתה לראשונה בסיכומי ההגנה. בית משפט קמא קבע כי לא הוצג בסיס ראייתי אודות מקרים דומים, כי משקלה של רשימה שהוצגה בה תמצית החלטות כופר שפורסמה על ידי רשות המיסים מוגבל היות והנסיבות וההנחות אשר עמדו בפני



הרשות אינם בהירים וכי במקרים אליהם הפנה הסניגור בסיכומיו לא התקיים קשר אישי בין עורך הדין המייצג לבין הלקוח ולא הוצגה ראייה לרווח אישי כתוצאה מטעות בדיווח שעשה עורך הדין בשם לקוחו. בית משפט קמא הפנה להחלטה בת"פ (ת"א) 52860-12-11 **מדינת ישראל נ' בכר** (18.12.16) ולעפ"ג 69680-01-17 באותו עניין וציין כי באותו מקרה לא מצא בית המשפט די בראיות על דמיון בין שני מקרים והתייחסות שונה של רשות המיסים. על כן, דחה את הטענה.

עיקרי גזר הדין שנתן בית משפט קמא

בית משפט קמא קבע כי מתחם העונש ההולם את העבירות בהן הורשע המערער נע בין 6-18 חודשי מאסר וכי העונש המתאים למערער הוא ברף התחתון. בית משפט קמא גזר על המערער 6 חודשי מאסר לריצוי בעבודות שירות לצד עונשים נלווים. בית משפט קמא קבע כי **"אלמלא התנהגות הרשות והנתונים שהתבררו במהלך שמיעת הראיות היה מקום לקבוע את עונשו של הנאשם בשליש התחתון של המתחם אך לא בתחתיתו ממש. חומרת העבירה, ביצועה על ידי עורך דין, הסכום והעדר קבלת אחריות היו מובילים לכך שעונשו של הנאשם היה נגזר לריצוי מאסר בפועל. במקרה דנן, נתוני הזכות ובעיקר מחדלי הרשות הם שמביאים לגזירת העונש בתחתית המתחם"**.

בית משפט קמא בחן במסגרת גזר הדין את טענת המערער כי לולא הטעות של רשות המס בעריכת השומה, היה סכום המס שהועלם עומד על 300,000 ₪ ובכך היה נמנע ההליך הפלילי ונמנעת הרשעתו של המערער. בית משפט קמא עיין בהחלטות בעניין כופר ומצא כי פרט להחלטה אחת, כל יתר ההחלטות שהוצגו התייחסו להעלמת מס בסכומים נמוכים באופן משמעותי מסכום העלמת המס במקרה הנדון. בית משפט קמא אבחן בין המקרה היחיד אותו מצא כניתן להשוואה לבין עניינו של המערער ועמד על ההבדלים ביניהם. בין היתר צוין כי למרות שלמערער מיוחסת עבירה של סיוע, היה הוא המבצע העיקרי והדומיננטי, כאשר חמותו, המרוויחה העיקרית, לא הייתה בעלת יכולת להבין את אשר נעשה בשמה. בית משפט קמא עמד על שילוב הנסיבות הייחודיות בעניינו של המערער שאינו דומה למקרים שהסתיימו בהחלטות כופר. בתוך כך, צוינה העובדה שהמערער הינו עורך דין אשר ככזה **"מוחזק כזכאי לאמון המערכת ומעילה באמון זה חמורה יותר ממקבילתה שנעברת על ידי אזרח מן השורה"** (פסקה 23 לגזר הדין), וכן העובדה כי בין המערער לבין הנישומה קיים קשר אישי וכי למערער קיימת זיקת הנאה אישית מפירות העבירה. בית משפט קמא קיבל את ההנחה כי גובה המס שהועלם כפי שנטען בכתב האישום היה שיקול בעת דחיית בקשת הכופר, אולם קבע כי אין בכך ללמד על כך שהיה שיקול יחיד וכי אין בנתונים שהציגה ההגנה לבסס את הטענה כי סכום של 300,000 ₪ היה משנה את ההחלטה. בית משפט קמא קבע כי מחדלי הרשות בקביעת גובה השומה הוא אמנם נתון רב משמעות, אולם אין מדובר בפגם, לגביו לא הובאה ראייה כי נעשה בזדון, המצדיק את סיום ההליך ללא הרשעה.

לאחר כל זאת, בחן בית משפט קמא את הבקשה לביטול הרשעה לפי ההלכה שנקבעה בפסיקה ומצא כי עניינו של המערער אינו מצדיק את ביטול ההרשעה. בתוך כך נדרש בית משפט קמא לחומרת העבירות בהן הורשע המערער ומצא נסיבות מחמירות שאינן תומכות בסיום ההליך ללא הרשעה. בין אלה ציין בית משפט קמא כי המערער הורשע בעבירות מסוג כוונה אשר בוצעו במטרה להתחמק מתשלום מס, במסגרת עיסוקו כעורך דין, כשהוא פועל עבור קרובת משפחה כאשר צפויה לו טובת הנאה הן כספית והן אחרת, תוך הפרת האמון הן של הציבור והן של רשויות אכיפת החוק כלפי עורכי דין. בית משפט קמא קבע כי גם התנאי הנוסף אינו מתקיים במערער. בית משפט קמא ציין כי אמנם הרשעת עורך דין כרוכה בנזק, אולם המערער עוסק בשנים האחרונות בניהול חברת נדל"ן ומעסיקו, אשר העיד לטובתו, מודע



להרשעה והוא אינו סבור שיש במעשי המערער להשליך על המשך עבודתו. בית משפט קמא הוסיף כי גם אם ישלל רישיון עריכת הדין של המערער בעקבות ההרשעה, דבר שהוא אינו וודאי, ספק אם יהא בכך לגדוע את מטה לחמו ומקור פרנסתו, ולפיכך ספק אם הותרת ההרשעה על כנה תגרום למערער נזק מוחשי שיפגע בשיקומו.

טיעוני הצדדים

ואלה טיעוני הצדדים לפנינו בדיון המחודש בערעור.

טיעוני בא כוח המערער:

בא כוח המערער, כמצוין לעיל, צמצם ומיקד טענותיו לשתיים. באחת, טען כי יש לקבל את הערעור על הכרעת הדין שנתן בית משפט קמא ולהורות על זיכוי המערער משום טענת "הגנה מן הצדק", ולחלופין להורות על ביטול ההרשעה ועל סיום ההליך באי הרשעה ובחיוב בשירות לתועלת הציבור (של"צ).

בא כוח המערער טען כי טעה בית משפט קמא כאשר דחה את הטענה לביטול כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק, אשר בבסיסה שני נדבכים. האחד, התנהלות שערורייתית מצדה של הרשות והשני, אכיפה בררנית פסולה.

באשר להתנהלות הרשות, נטען כי בית משפט קמא קבע כי סכום מס השבח הנכון נמוך יותר מסכום מס השבח על פי עובדות כתב האישום, העומד על סך של כ- 1.5 מיליון ₪, אולם טעה כאשר סבר כי אין תוצאת המחדל, גם אם סכום שהועלם עומד על סך של 300,000 ₪, כטענת ההגנה, מובילה לביטול האישום וזיכוי המערער וכן טעה כשקבע כי מקומו של עניין זה להישקל הוא בשלב קביעת העונש. עוד נטען כי מצב דברים זה מבסס התנהלות בלתי ראויה באופן קיצוני מצדה של המשיבה, באופן המצדיק את ביטול כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק וזיכוי המערער. בא כוח המערער הדגיש כי טענה זו מקבלת משנה תוקף במיוחד כאשר מאז שניתנה הכרעת הדין ועד היום חלה התפתחות דרמטית בהליך האזרחי, במסגרתו עד כה החזירה רשות המיסים לשרית מעל 1.1 מיליון ₪ בתוספת הפרשי הצמדה וריבית, כך שסכום השומה עומד כעת על הסך של 487,000 ₪ וכאשר תלוי ועומד ערר נוסף במטרה להפחיתו עד לסך של 300,000 ₪. בא כוח המערער טען כי אילו רשות המיסים הייתה שמה לנגד עיניה חבות במס שבח בסכום של 300,000 ₪, הרי שעניינו של המערער היה במסלול של כופר. לפי טענה זו, אין העלמת מס בסכום של 1 מיליון ₪ כהעלמת מס בסכום של 300,000 ₪.

באשר לאכיפה הבררנית, הפנה בא כוח המערער לטבלה שהגיש לבית משפט קמא ובה סקירת מקרים בהם ענייני העלמות מס על ידי עורכי דין הסתיימו בכופר, גם כאשר סכומי המס שהועלמו היו גבוהים יותר מסכום המס בעניינו של המערער. בא כוח המערער טען כי טעה בית משפט קמא כאשר דחה את הטענה לביטול כתב האישום מחמת אכיפה בררנית פסולה וקבע כי אין בנתונים שהוצגו להניח בסיס ראייתי להשוואה בין בקשת הכופר שהגיש המערער אשר נדחתה לבין בקשות אחרות שהסתיימו בהחלטות כופר של הרשות, בנימוק לפיו אין בהם להבהיר את כל הנסיבות והנתונים שעמדו בפני הרשות. בא כוח המערער טען כי החלטת בית משפט קמא היא בבחינת "מלכוד" הואיל ובית משפט קמא מנע את האפשרות לעיין בתיקי כופר אחרים משום פגיעה בפרטיות ויחד עם זאת סירב לקבל את סקירת המקרים בנימוק כי אין בהם ללמד על העובדות. כמו כן טען כי בתי המשפט נוהגים לקבל סיכום של מקרים כראיה לטענת אכיפה בררנית. בהקשר זה הפנה בא כוח המערער לגזר הדין שניתן בבית משפט השלום בירושלים, ביום



1.2.22, בת"פ 56231-12-21, בעניינו של אריה דרעי, אשר הודה, במסגרת הסדר טיעון, בעבירות של סיוע לעריכת הצהרה כוזבת, הגשת דו"ח וידיעות לא נכונות ואי הגשת דיווח לרשות המס, בו הוצג לבית המשפט מקבץ החלטות של ועדת הכופר של רשות המיסים בעבירות דומות.

באשר לביטול ההרשעה, טען בא כוח המערער כי המדובר בטענה חלופית שיש להידרש לה ככזו במסגרת הערעור. על פי טענה זו, טעה בית משפט קמא כאשר מצא שלא לבטל את הרשעתו של המערער ולהעמיד עונשו על של"צ בלבד. בא כוח המערער טען כי יש להתחשב בכך שההליכים מתקיימים מזה עשר שנים כאשר במהלכם שולם מס השבח והוסר המחדל על בסיס שומה שגויה שבעטיה לא אושר מסלול של כופר, בכך שמדובר באירוע יחיד במהלך חייו של המערער ואין לו עבר פלילי ובכך שסכום ההונאה לא זרם לכיסו של המערער והמתנה שקיבל מחמותו ניתנה לאחר שהמס שולם במלואו. כמו כן נטען כי הרשעתו של המערער, הנושא דרגת סגן אלוף בצה"ל, מנעה קידומו בדרגתו הצבאית במילואים מאז תחילת ההליכים ובנוסף עלולה להעמיד בסיכון את רישיון הטייס האזרחי שהוא זכאי לו ואת רישיון עריכת הדין. בא כוח המערער טען כי המערער הוא עורך דין פעיל, בעל וותק של עשרים שנים, המשרת במילואים והרשעתו, הנושאת קלון, תפגע פגיעה קונקרטית בעיסוקיו אלה.

טיעוני באת כוח המשיבה:

באת הכוח המשיבה טענה כי דין הערעור להידחות וכי לא נפל כל פגם בפסק דינו של בית משפט קמא.

באת כוח המשיבה הצהירה בפתיח טיעוניה כי סכום מס השבח, לשיטת המדינה, עומד על סך של 487,000 ₪. באת כוח המשיבה הפנתה לפסקה 35 בע"פ 5529/12 **אוהב ציון נ' מדינת ישראל** (9.11.14) ולקביעה כי עבירות המס אינן עבירות תוצאתיות במובן זה שאין צורך כי המנסה להתחמק או להשתמט ממס אכן ישיג את מטרתו, ולצורך התקיימותן די בביצועה של ההתנהגות האסורה בצירוף יסוד הכוונה המיוחדת הנדרש. באת כוח המשיבה טענה כי העבירות שביצע המערער הושלמו בעת הגשת ההצהרות הכוזבות לרשות מיסוי מקרקעין ללא קשר לגובה המס וכי לפיכך אין באירועים המאוחרים, לרבות שינוי סכום השומה בהליך האזרחי, להפחית מחומרת מעשי העבירה. כמו כן טענה כי בית משפט קמא ביסס קביעותיו גם על ההנחה כי סכום ההונאה מופחת.

באשר להתנהלות הרשות, טענה באת כוח המשיבה כי שומת המס הראשונית בסך של 1.5 מיליון ₪ הייתה "שומת פשרה" על פי מיטב השפיטה, כפי סמכותה, וכי כך צוין במסמך ת/49 שהוצג לבית משפט קמא. עוד טענה, בעניין זה, כי הפחתת סכום השומה שנעשתה לאחר מכן לא מהווה פגם בהתנהלות הרשות וגם אם מדובר בטעות עדיין אין מדובר בהתנהלות שערורייתית של הרשות אשר גרמה למערער נזק חמור, עד כדי ביטול כתב האישום. עוד טענה באת כוח המשיבה, כי השיקול המנחה לחומרת העבירה הוא סכום ההכנסה שהושמט להבדיל מסכום המס לתשלום, ובעניין דנן מדובר בעסקה בסך של 6.5 מיליון ₪. בהקשר זה הפנתה באת כוח המשיבה לעפ"ג 6918-12-18 **אורן נ' פרקליטות מחוז תל אביב מיסוי וכלכלה** (4.3.19) וטענה כי באותו מקרה התייחס בית המשפט לסכום העסקה כסכום העבירה להבדיל מרכיב מס השבח.

באשר לאכיפה בררנית, טענה באת כוח המשיבה כי הועלתה רק בשלב הסיכומים ולמרות זאת נדרש בית משפט קמא לגופה של הטענה וקבע בצדק כי לא ניתן לבסס את הטענה על סכומי העבירות במקרים אחרים בהם התקבלו בקשות לכופר. באת כוח המשיבה טענה כי סכום העבירה אינו השיקול הבלעדי והמשמעותי ביותר המנחה את ועדת הכופר. כמו כן טענה כי עניינו של המערער שונה מהמקרים שהובאו על ידו כראיה, הן משום שהעבירות שיוחסו לו כוללות יסוד של



כוונה בעוד שבמקרים שהציג מדובר בעבירות ללא הצדק סביר, הן משום שביצע את העבירות במסגרת תפקידו כעורך דין כשחלקו בביצוע היה דומיננטי ובמקרים שהציג אין מדובר במי שחב בחובת נאמנות והן משום היחסים המשפחתיים המיוחדים שהתקיימו בינו לבין לקוחתו. כמו כן טענה כי השיקולים המנחים לעניין כופר הם מגוונים, תוך שהשיקול של סכום ההונאה הוא רק אחד מהם. על כן טענה כי אין כל בסיס להניח כי אילו סכום ההונאה היה 300,000 ₪ כשיטת ההגנה, היה בכך לקבל את בקשתו לכופר.

באשר לביטול ההרשעה, טענה באת כוח המשיבה כי צדק בית משפט קמא כאשר מצא כי לא התקיימו התנאים לכך. באת כוח המשיבה טענה כי בית משפט קמא התייחס בגזר הדין לעובדה שהמערער אינו עובד כיום כעורך דין אלא בתחום הנדל"ן וכי מעסיקו באותו תחום העיד בשלב הראיות לעונש ולא טען שהרשעתו של המערער תהווה מכשול להמשך העסקתו. כמו כן טענה כי שיקולי שיקום בקשר לעברייני צווארון לבן זוכים למשקל מופחת בפסיקה נוכח ההכרח בהרתעת הרבים.

דין והכרעה

האם שגה בית משפט קמא כאשר לא מצא להורות על ביטול כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק והאם שגה בית משפט קמא כאשר גם לא מצא להורות על ביטול ההרשעה.

אלו הן שתי השאלות אליהן הגביל עצמו בא כוח המערער ולכן ממילא איננו נדרשים ליתר הטענות שפורטו בערעור. שאלות אלה עומדות במוקד הדיון גם בפסק דין זה.

אקדים ואציין כי לאחר שעיינתי בנימוקי הערעור ובנספחים, שמעתי את טיעוני באי כוח הצדדים ועיינתי בפסיקה שהציג כל אחד מהם, הגעתי למסקנה כי דין הערעור הן על הכרעת הדין והן על עצם ההרשעה - להידחות - גם זו הפעם.

המערער, יליד 1965, עורך דין במקצועו, הורשע בעבירה של מרמה במטרה להתחמק מתשלום מס ובעבירה של עזרה לאחר להתחמק מתשלום מס.

לא הייתה מחלוקת על כך שהמערער הגיש לרשויות המס, בשמה של חמותו, וכעורך דין שייצגה בעסקת מכירת הנכס שהיה בבעלותה בסביון, דיווחים כוזבים בשתי הזדמנויות. בפעם הראשונה הגיש המערער לרשות המס דיווח על גבי הטופס הוורוד לפיו לא נמכר נכס בפטור ממס שבח בארבע השנים שקדמו למכירת הבית בסביון וכי לא קיימות זכויות בנייה בנכס. בפעם השנייה, כשלושה שבועות לאחר מכן ובעקבות פניית רשות המס למערער להגיש דיווח על גבי הטופס הכחול המיועד לנכס חד משפחתי, הגיש המערער את הטופס הכחול, בו שב ודיווח כי העסקה פטורה ממס שבח.

הגנת המערער אל מול כתב האישום התמקדה בטענה להעדר יסוד נפשי. המערער טען כי פעל בתום לב ולא מתוך כוונה פלילית. כאמור, בית משפט קמא דחה טענה זו וקבע כי אינה ראויה לאמון ואינה הולמת נסיבות מוכחות.

בהכרעת הדין דחה בית משפט קמא גם את טענות המערער לביטול כתב האישום משום הגנה מן הצדק.

בגזר הדין דחה בית משפט קמא את בקשת המערער לבטל את ההרשעה.



הטענה להגנה מן הצדק

בא כוח המערער טוען להגנה מן הצדק, טענה הנשענת על שני אדנים: האחד, משום התנהלות שערורייתית של הרשות באשר לגובה שומת המס, והשני, משום אכיפה בדרנית פסולה.

דוקטרינת ההגנה מן הצדק מעוגנת בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: **"חוק סדר הדין הפלילי"**) הקובע כי בית משפט רשאי לבטל את כתב האישום אם **"הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגנות משפטית"**.

הגנה זו מתייחסת, בדרך הכלל, להתנהלותה של רשות התביעה, הן בעצם ההחלטה להגיש כתב אישום והן מהמשך ניהולו של משפט. תכלית הדוקטרינה היא להבטיח את תקינות ההליך הפלילי ולמנוע מקרים בהם יוגש כתב אישום או יתקיים הליך פלילי בנסיבות בלתי נסבלות שיש בהן משום פגיעה ממשית בעקרונות של צדק והגנות. בית המשפט העליון שירטט בפסיקתו לאורך השנים עד חקיקתו של סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי את אמות המידה להפעלתה של סמכות בית המשפט לביטול כתב אישום במסגרת דוקטרינת ההגנה מן הצדק. וכך נקבע בע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ** [פורסם בבנו] (31.3.05) (להלן: **"עניין בורוביץ"**):

"ההכרעה בשאלה אם המקרה שלפני בית-המשפט מצדיק את החלטה של הגנה מן הצדק, אמורה לשקף איזון נאות בין מכלול הערכים, העקרונות והאינטרסים השונים הכרוכים בקיומו של ההליך הפלילי. מן העבר האחד ניצבים האינטרסים התומכים בהמשך קיומו של ההליך, ובהם העמדת עבריינים לדין ומיצוי הדין עמהם; הוצאת האמת לאור; קיומם של מנגנוני גמול, הרתעה וענישה; שמירה על ביטחון הציבור; הגנה על זכויותיו של הקורבן הנפגע. ומן העבר האחר ניצבים האינטרסים השוללים, במקרה הקונקרטי, את המשך קיומו של ההליך, ובהם הגנה על זכויות היסוד של הנאשם; פסילת מהלכים הנפסדים של הרשות והרתעתה מפני נקיטת מהלכים דומים בעתיד; שמירה על טוהר ההליך השיפוטי; שמירת אמון הציבור בבית-המשפט. שאלת החלטה של הגנה מן הצדק על מקרה נתון טעונה בחינה בת שלושה שלבים: בשלב הראשון על בית-המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים שננקטו בעניינו של הנאשם ולעמוד על עוצמתם במנותק משאלת אשמתו או חפותו. בשלב השני על בית-המשפט לבחון אם בקיומו של ההליך הפלילי חרף הפגמים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגנות. בשלב זה נדרש בית-המשפט לאזן בין האינטרסים השונים, שהעיקריים שבהם פורטו לעיל, תוך שהוא נותן דעתו על נסיבותיו הקונקרטיות של ההליך שבפניו. בתוך כך עשוי בית-המשפט לייחס משקל, בין היתר, לחומרת העבירה המיוחסת לנאשם; לעוצמת הראיות (הלכאוריות או המוכחות) המבססות את אשמתו; לנסיבותיהם האישיות של הנאשם ושל קורבן העבירה; למידת הפגיעה ביכולתו של הנאשם להתגונן; לחומרת הפגיעה בזכויות הנאשם ולנסיבות שהביאו לגרימתה; למידת האשם הרובץ על כתפי הרשות שפגעה בהליך או בנאשם וכן לשאלה אם הרשות פעלה בזדון או בתום-לב. ברי כי בגיבוש האיזון בין השיקולים הנגדיים ייחס בית-המשפט לכל אחד מהשיקולים את המשקל היחסי הראוי לו בנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה הנתון. כך למשל ככל שמעשה העבירה חמור יותר, יגבר משקלו של האינטרס הציבורי שבהעמדה לדין, וככל שמעשה הרשות שערורייתי יותר, ופגיעתו בנאשם ובזכויותיו חמורה יותר, יגבר משקלו של האינטרס הציבורי



שבשמירת זכויותיו של הנאשם ובריסון כוחה של הרשות. בשלב השלישי, מששוכנע בית-המשפט כי קיומו של ההליך אכן כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, עליו לבחון אם לא ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעים מתונים ומידתיים יותר מאשר ביטולו של כתב-האישום. בין היתר, עשוי בית-המשפט לקבוע כי הפגיעה שנגרמה לנאשם, אף שאינה מצדיקה את ביטול כתב-האישום שהוגש נגדו, מצדיקה היא את ביטולם של אישומים ספציפיים, או תהא ראויה להישקל לטובתו בקביעת עונשו, אם יורשע. כן עשוי בית-המשפט לקבוע כי תיקון הפגיעה יכול שייעשה במסגרת בירורו של המשפט, כגון בבירור שאלת קבילותה של ראיה שהושגה תוך שימוש באמצעים פסולים".

המבחן "המשולש" שנקבע בעניין בורוביץ אומץ בפסיקה גם לאחר חקיקתו של סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי ובהקשר זה ולהרחבה בעניין הרקע לדוקטרינת ההגנה מן הצדק עד לעיגונה בחוק ולאחר מכן ראוי-דנ"פ 5387/20 רותם מ' מדינת ישראל (15.12.21) פסקאות 72-75 לפסק דינו של כב' השופט ע' פוגלמן, ע"פ 8994/08 פלוני נ' מדינת ישראל (1.9.09), פסקה 23 לפסק דינו של השופט י' דנציגר.

בית משפט קמא קבע, כאמור, כי רשות המס טעתה בקביעת גובה השומה המהווה את גובה ההונאה, כך בעוד שבכתב האישום נטען שמס השבח עומד על סך של כ- 1.5 מיליון ₪, הוברר, במהלך חקירתה הנגדית של מפקחת ברשות המס אשר ערכה את השומה, כי סכום זה נמוך יותר. עם זאת קבע בית משפט קמא כי אין מדובר במחדל המצדיק את ביטול כתב האישום משום ההנחה כי אילו סכום המס היה נקבע מראש על סכום נמוך, אשר לשיטת ההגנה מגיע לסך של 300,000 ₪, לא היה מוגש כתב האישום.

בדין לפנינו, ועל פי הצהרות באי כוח שני הצדדים, הוברר כי עד כה ובמסגרת ההליך האזרחי החזירה רשות המס לחמותו של המערער הנישומה מתוך סכום המס בסך של 1.5 מיליון ₪ ששילמה, סכום של למעלה מ- 1 מיליון ₪, כך שכיום סכום המס עומד, לשיטת המשיבה, על סך של 487,000 ₪. בא כוח המערער ציין כי תלויה ועומדת השגה גם על סכום השומה המתוקן היות ולשיטתו סכום המס צריך לעמוד על סך של 300,000 ₪ בלבד.

אין ספק כי הטעות בקביעת גובה השומה אינה עניין של מה בכך. בכתב האישום נטען כי גובה השומה- שהוא גובה הכספים שהועלמו במרמה- מגיע כדי 1.5 מיליון ₪, כאשר בפועל, כיום, גובה השומה מגיע כדי שליש מסכום זה. יש להתחשב גם בעובדה כי הטעות בקביעת גובה השומה התבררה במהלך חקירתה הנגדית של העדה המרכזית מטעם המשיבה. משקל פחות יש לייחס לעובדה שהמערער לא הגיש השגה על גובה השומה מיד לאחר שניתנה. מכל מקום, מקובלת עלי קביעת בית משפט קמא כי מדובר במחדל בעל משמעות, אך גם מקובלת עלי קביעתו כי מחדל זה- על אף משמעותו- אינו מגיע כדי פגם חמור המצדיק את ביטול כתב האישום. לא הוכח כי מדובר במחדל שמקורו בזדון מצדה של הרשות ואין מדובר בפגם אשר פגע ביכולתו של המערער להתגונן. גובה השומה שהוא בבחינת סכום המרמה אינו שיקול בלעדי ומכריע בהחלטת הרשות על הגשת כתב אישום ודחיית בקשה להליך של כופר, כך שאין לקבל את ההנחה - עליה משליך הסניגור את יהבו - כי סכום מרמה של כשליש מסכום המרמה הנקוב בכתב האישום היה מוביל את המערער באופן וודאי או כמעט וודאי להליך של כופר. יתר על כן, סכום השומה המתוקן כשלעצמו נותר עודנו גבוה לכל הדעות.

אני סבור, אפוא, כי הגשת כתב האישום וניהול ההליך הפלילי חרף הפגם, בהתחשב בחומרת העבירות ובנסיבות ביצוען המחמירות, כפי שעמד עליהן בית משפט קמא, אינו עומד בניגוד לתחושת הצדק וההגינות ואינו מפר את האיזון בין הדין



לבין הצדק.

הערעור נסוב, כאמור, גם על טענה לביטול כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק שעניינה באכיפה בררנית פסולה. טענה לאכיפה בררנית פסולה מוכרת כנגזרת של הגנה מן הצדק. באשר לטיבה של הטענה ומהותה יפים דברים אלה:

"בית משפט זה הכיר בפסיקותיו באכיפה בררנית כעילה להגנה מן הצדק, שעה שזו מבחינה "בין בני אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא" ובכך פוגעת בשוויון ... הודגש כי "הפליה בהעמדה לדין פלילי היא מצב עניינים בו פעולות ומחדלי רשויות האכיפה הביאו לכך כי רק חלק מהמעורבים במעשה הפלילי הועמדו לדין, וזאת על אף שזהות נסיבותיהם ומעשיהם של כל המעורבים מצדיקים הגשת כתב אישום נגד כולם". ... בעניין ורדי נקבע כי אין הכרח בקיומו של מניע פסול או כוונת זדון וגם רשלנות או טעות בשיקול דעתה של הרשות, עשויה לבסס הפליה פסולה בהעמדה לדין ולהביא לבחינת הטענה לאורו של המבחן התלת-שלבי שנקבע בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ', פ"ד נט(6) 776 (2005) (להלן: עניין בורוביץ'). יחד עם זאת, מקום בו הרשות פעלה בתום-לב תוכר טענה של הגנה מן הצדק בשל אכיפה פסולה במקרים נדירים וחריגים בלבד (שם, פסקה 99)" (ע"פ 7391/19 כהן נ' מדינת ישראל (25.8.20)).

גם לעניין טענה זו שעניינה אכיפה בררנית, מקובלות עלי קביעות בית משפט קמא ולא מצאתי כי יש בהן טעות. בית משפט קמא נדרש לבחינת הטענה, הגם כי עלתה לראשונה בשלב הסיכומים, ומצא כי הרשימה של החלטות כופר שהוצגה כבסיס לטענה הייתה תמציתית וחסרת נתונים ההופכים אותה כתשתית ראייתית משכנעת לטענה של הפליה בין שווים. טבלה עם רשימת מקרים אחרים בהם התקבלו בקשות לכופר הוצגה לפנינו ועיינתי בה היטב. אף אני, כמו בית משפט קמא, סבור כי משקלה הראייתית, כמו גם מהות התיקים המפורטים בה, אין בהם כדי לבסס טענה של אכיפה בררנית פסולה.

עצם העובדה שקיימים מקרים אחרים המקיימים דמיון לעניינו של המערער בנתונים מסוימים אינו מוביל באופן אוטומטי או ישיר למסקנה כי מתקיימת הפליה וכי הפליה זו פסולה. עניינו של המערער מקיים נסיבות מחמירות ומיוחדות שלא מצאתי בין נתוני המקרים האחרים שהציגה ההגנה, אשר עיקרן בעובדת הקשר האישי המשפחתי בינו לבין הנישומה, ברווח אישי ממעשה המרמה וביסוד הנפשי המיוחד. בית משפט קמא ביסס קביעתו גם על נתון זה ובצדק עשה כן.

ועוד עניין חשוב באשר לטענת האכיפה הבררנית בהשוואה לאחרים. המערער מעולם לא הודה בביצוע העבירות, ובחר לנהל משפטו על כל תו ותג שנזכר בכתב האישום. בעניין זה, ראוי להדגיש כי העבירות בהן הורשע המערער אינן תוצאתיות אלא התנהגותיות, דהיינו עצם המעשה הוא המוביל והקובע באשר לביצוע העבירות ולא דווקא סכום המס. לפיכך, אם רצה המערער לעתור לסיום ההליכים בכופר, ממילא היה עליו לשאת באחריות למעשיו, להבדיל מתוצאות מעשיו.

ביטול ההרשעה

סיום הליך פלילי ללא הרשעה לאחר שהוכחה אשמה טעון התקיימותם של שני תנאים מצטברים, כפי ההלכה שנקבעה בע"פ 2083/96 **כתב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(3) 337, 341 (1997) ואלה הם: התנאי האחד, על ההרשעה לפגוע



פגיעה חמורה בשיקום הנאשם; התנאי השני, סוג העבירה מאפשר לוותר בנסיבות המקרה המסוים על ההרשעה בלי לפגוע באופן מהותי בשיקולי הענישה האחרים.

בית משפט קמא בחן התקיימותם של שני התנאים בעניינו ומצא כי אלה אינם מתקיימים. כך כאשר קבע כי חומרת העבירות בהן הורשע המערער ונסיבותיהן המחמירות אינן מאפשרות וויתור על ההרשעה וכך כאשר קבע כי לא הוכח שההרשעה תגרום למערער לנזק קונקרטי בלתי סביר לעומת הנזק לאינטרס הציבורי אם תבוטל ההרשעה.

בית משפט קמא בחן באופן יסודי את נסיבות ביצוע העבירות בהן הורשע המערער ומצא כי מדובר בנסיבות מחמירות. במיוחד עמד בית משפט קמא על העובדה שהמערער ביצע את העבירות במסגרת תפקידו כעורך דין, בכוונת מרמה ורווח אישי, כשהוא מפר את האמון הניתן לו כעורך דין ואת חובת הנאמנות המוגברת החלה עליו כעורך דין הפועל מול רשות שלטונית.

כפי העולה מהאמור לעיל, שמענו בשנית את טענותיו של המערער בעניין זה. בחנתי ושקלתי את הטענות שנשמעו מפיו, לפנינו, ולא מצאתי לקבלם. מקובלים עלי קביעות בית משפט קמא בהיבט זה של חומרת העבירות ואני מצטרף אליהן וסבור אף אני כי נסיבות ביצוע העבירות חמורות במידה שאינה יכולה להלום אי הרשעה.

הוא הדין באשר לתנאי המצטבר השני - הפגיעה הקונקרטית והבלתי מידתית שבהרשעה. ראוי לשוב ולציין את המובן והידוע, כל הרשעה בפלילים יש בה מניה וביה פגיעה במי שביצע העבירה, גם במקרה זה שלפנינו. המערער הינו עורך דין ומי שמשרת בשירות מילואים. בא כוחו טען כי הותרת ההרשעה על כנה תפגע ביכולתו לקבל דרגה צבאית גבוהה יותר בסולם הדרגות, וכן ברישיון הטיס וברישיון לעסוק בעריכת דין. אלא שלטענה בדבר פגיעה בקידום הצבאי וברישיון הטיס לא הובאו כלל ראיות בבית משפט קמא ואין לאפשר "מקצה שיפורים" בהליך הערעור. כמו כן ובזה העיקר, הטענה לפגיעה בעיסוק בעריכת דין עומדת בניגוד לממצא עובדתי שנקבע בבית משפט קמא ואשר לפיו עיסוקו של המערער בשנים האחרונות הוא בניהול חברת נדל"ן כאשר מעסיקו, אשר התייצב כעד אופי מטעמו, לא טען כי הרשעת המערער תפגע בהמשך העסקתו. על יסוד ממצא עובדתי זה, קבע בית משפט קמא ובצדק כי גם אם יינקטו נגד המערער הליכים משמעותיים בלשכת עורכי הדין, לא יפגע הדבר במקור לחמו ופרנסתו.

טענת בא כוח המערער כי יש מקום להתחשב בחלוף הזמן כאשר מדובר בעבירות שבוצעו לפני כעשר שנים אינה רלוונטית לביטול ההרשעה. טענה זו רלוונטית לקביעת העונש וממילא התחשב בה בית משפט קמא כשיקול בין שיקוליו לגזר הדין, אשר לא החמיר עם המערער.

כאמור, גם לאחר ששקלתי בשנית עניין זה על פי טענותיו של בא כוח המערער לפנינו, אני סבור כי אין כל מקום להתערב בהחלטת בית משפט קמא הדוחה את הבקשה לביטול הרשעה. החלטת בית משפט קמא מבוססת על הדין ועל ממצאי עובדה שהוכחו לפניו, ולטעמי מוצדקת ונכונה.

אציע, אפוא, לחבריי לדחות את הערעור על כל רכיביו.

השופט י' טופף:

אני מסכים לפסק דינו של אב"ד השופט א' הימן ומצטרף לכל קביעותיו.



השופט ע' מאור:

מסכים אני לחוות דעתו של חברי אב"ד השופט א' הימן. בטרם אבוא למקצת דברים לענין טענת ההגנה מן הצדק, אדרש בתמצית לטענות המערער לענין זה.

המערער צמצם טענותיו בערעור לשתי טענות מרכזיות; האחת, הגנה מן הצדק והשנייה לביטול הרשעתו.

את הערותי הנוספות לאמור בחוות דעתו של חברי, אבקש לייחד להגנה מן הצדק.

טענות המערער בענין הן כי התנהלותה השערורייתית של הרשות בעת קביעת גובה שומת המס, וקיומה של אכיפה בררנית, מהוות פגמים המצדיקים ביטולו של כתב האישום.

כאמור בפסק דינו של בית משפט קמא, הגם שקיימים פגמים מוכחים בניהול החקירה ובקביעת גובה השומה, אין הם עולים לכדי פגמים בדרגת חומרה כזו המצדיקה את ביטול כתב האישום, מאחר שלא גרמו לעיוות דין או השפיעו על יכולתו של המערער להתגונן כראוי.

גם לטעמי, איזן בית משפט קמא בין הפגמים שהתגלו לבין האינטרס הציבורי. מחדלי הרשות הטו את הכף לטובת ענישה מקלה, העונש שהוטל על המערער נקבע בתחתית מתחם הענישה, וכפי שציין בית משפט קמא בפסקה 44 לגזר הדין:

"אלמלא התנהגות הרשות והנתונים שהתבררו במהלך שמיעת הראיות, היה מקום לקבוע את עונשו של הנאשם בשליש התחתון של מתחם אך לא בתחתיתו ממש. חומרת העבירה ביצועה על ידי עורך הדין, הסכום והעדר קבלת אחריות היו מובילים לכך שעונשו של הנאשם היה נגזר לריצוי מאסר בפועל. במקרה דנן נתוני הזכות ובעיקר מחדלי הרשות הם שמביאים לגזירת עונש בתחתית המתחם".

לענין האכיפה הבררנית, דחה בית משפט קמא את טענות המערער, וכך גם עושה בית משפט זה, כאשר נקבע ששילוב הנסיבות הייחודי בתיק זה אין בו דמיון לתיקים אחרים שהוצגו על ידי המערער, ואין בהם כדי ללמד כי תיק זה נשקל באופן שונה על ידי הרשות בדרך המצביעה על אכיפה בררנית. הנמקת בית משפט קמא בגזר הדין נכונה וכאמור, לא מצאנו להתערב בה.

עיינו ברשימה אותה צירף המערער וגם אנחנו לא מצאנו מקרים שיש בהם כדי להצביע על נסיבות דומות שעשויות להוביל למסקנה שהמדובר באפליה פסולה. גם אם בחלק מהמקרים ישנו דמיון הנסיבות בעניינו חמורות יותר, כפי שציין חברי בחוות דעתו.

אם כך, אין לקבל את טענת ההגנה מן הצדק שמעלה המערער, וטענתו נדחית.

השאלה לדיון

על אף שהדבר אינו דרוש, סברתי שיש מקום להציב תהייה המתעוררת לאור טענות המערער, וזאת מקום שנאשם מעלה טענה בדבר פגמים ומחדלים שונים של רשויות החקירה והתביעה, כשכל פגם בפני עצמו לא מצדיק את קבלת



הסעד של הגנה מן הצדק, היש מקום לבחון את הצטברותם של הפגמים כמכלול, שעשויים להוביל למסקנה "שהגיעו מים עד נפש ומחדלים עד זעקה" (כלשונו של השופט רובינשטיין ברע"פ 7953/11 **חברת פ.מ.מ מתכות בע"מ נ' רשות המסים בישראל** (נבו 30.11.2011)), ויהיה בהם כדי להטות את כפות המאזניים לטובת קבלתה של הטענה.

לא אחד; לא נעלם מעיני הקושי הרעיוני בקבלת ההגנה מן הצדק כאשר האינטרס הציבורי להביא עבריינים לדין הוא רב, וכשלמעשה בית המשפט לא בוחן את התנהגותו של הנאשם, אלא דווקא את התנהגות הרשות. קבלת הטענה במקרים כאלו, תגרור מצבים בהם אדם שאינו חף מפשע ייצא לחופשי אך ורק בשל מחדלי הרשות.

תשובה לכך יכולה להימצא באיזון בין האינטרסים השונים. במקרים בהם נמצאו פגמים כה מקוממים בהתנהלות הרשות, האינטרס הציבורי של הבאת נאשם לדין נסוג בפני אינטרס ציבורי אחר, הוא האינטרס שהרשות תפעל בתום לב ובהגנות כלפי הפרט.

ככל שהרשות תקפיד על חובת אמון זו יצטמצמו המקרים בהם ניתן להעלות את הטענה בשל מחדליה של הרשות, וכך יישמר האיזון בין אינטרסים ציבוריים אלו.

טענת ההגנה מן הצדק

חברי נדרש לדיון לעניין סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב - 1982 ולמקורותיו הפסיקטיים, ובעיקר לאמות המידה הנדרשות להפעלת הסמכות. אבקש להתייחס בקצרה למהותה של ההגנה.

בראשית הדרך, בע"פ 2910/94 **ארנסט יפת נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 370, 221 (1996), נקבע שאם מצא בית המשפט כי הוגש כנגד נאשם כתב האישום הנגוע ב"התנהגות שערורייתית [של הרשות] שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם ... במקרים בהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלית נפגעת, דבר שבית-המשפט עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לסובלו" יוכל בית המשפט לעכב את ההליך כנגד נאשם. בעניין בורוביץ' אליו הפנה חברי, הורחבה ההלכה ונפסק שההגנה מן הצדק עשויה לחול בכל מקרה בו קיומו של הליך פלילי פוגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגנות, גם אם אין המדובר בהתנהגות שערורייתית של הרשות.

בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי אימץ המחוקק את דוקטרינת ההגנה מן הצדק ואף הרחיב אותה והוראות החוק קובעות שבית משפט יוכל לבטל כתב אישום כנגד נאשם כאשר העמדתו לדין או ניהול ההליך כנגדו עומד בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגנות משפטית.

במצבים אלה - הגם שעבר הנאשם את העבירה המיוחסת לו בכתב האישום, רשאי בית המשפט לבטל את כתב האישום כנגדו, מבלי שירשיע את הנאשם.

הזכות להליך הוגן

הזכות להליך משפטי הוגן היא זכות טבעית הקמה לכל אדם ברגע היוולדו ועומדת לו עד יום מותו. הזכות הוכרה עוד לפני למעלה מ-800 שנה, במסגרת המאגנה כרטא, וממנה צמחו זכויות מהותיות נוספות.

אל מול זכות זו של האדם, עומדת חובתה של המדינה להקפדה יתרה על ההתנהלות על פי הדין. יש בחובה זו כדי



להגביל את שרירותיות הרשות בהליכים שקדמו להגשת כתב האישום, ולהבטיח את השמירה על זכותו וחירותו של הפרט - מקום בו הוא עלול לעמוד בפני הליך משפטי, לרבות פלילי. היינו, הזכות להליך הוגן מגבילה חוקים והליכים משפטיים על מנת להבטיח הוגנות וצדק בסיסיים.

ב-1992, בעקבות המהפכה החוקתית, הקנה בית המשפט לחוקי היסוד בכלל, ולחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בפרט, פרשנות רחבה, המאפשרת לו לבחון פגיעה גם בזכויות שאינן מנויות במפורש בחוקי היסוד. על אף זאת, המחוקק טרם אימץ הוראה ברורה שתעגן עלי חוק, ולמעשה הזכות להליך הוגן מוגדרת כזכות מעין-חוקתית הנשאבת מהוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כאשר נעדרת הוראה עצמאית לזכות חוקתית זו להליך הוגן. התפיסה הרווחת היא היותה של הזכות להליך הוגן כפועל יוצא הן של הזכות לכבוד והן של הזכות לחירות (ראו: ע"פ 1741/99 סעיד נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 750, פסקה 3 לפסק דינו של השופט טירקל (1999)).

העדרה של הוראה ברורה בחקיקה, כאשר הזכות נגזרת מזכותו לכבוד וחירות של האדם, מחייבת מחשבה, במיוחד במצבים בהם ננקטים כנגד אדם הליכים פליליים, בהם כאשר לא רק חירותו עלולה להיפגע כתוצאה מהם, אלא גם פרנסתו, שמו הטוב, ואף חייו האישיים והמשפחתיים. פגיעה שלא כדין בכל אחת מזכויות אלה - שהיא זכות יסוד משל עצמה - בכוחה לגרום לאי צדק חמור לנאשם עצמו, ועלולה, בהצטברותם של מחדלים, לפגוע גם באינטרס הציבורי.

אכן, המחוקק הישראלי הביא זכות זו לידי ביטוי במסגרת הוראות שונות בחוק סדר הדין הפלילי, ביניהן ההוראות הנוגעות לטענות מקדמיות שיכול לטעון להם נאשם - טענת הגנה מן הצדק (סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי); הוראות בדבר משך הליכי החקירה וההעמדה לדין (סעיף 57 לחוק סדר הדין הפלילי); זכות העיון בחומר חקירה (סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי); הזכות לנוכחות הנאשם בדיונים בעניינו (סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי); והזכות לערוך חקירה נגדית (סעיף 174 לחוק סדר הדין הפלילי). הסדרים נוספים המבטאים היבטים של הזכות להליך הוגן מצויים גם במסגרת פקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971 ובכללים ראייתיים שגובשו, דוגמת הסמכות לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין (ראו: ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461, פסקה 66 לפסק דינה של השופטת בייניש (כתוארה אז) (2006); הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (פסילת ראיה) התשפ"ב-2021, ה"ח 1453).

אולם עדיין הדבר מהווה חסר בחקיקה, ונדמה שטיטת תזכיר חוק יסוד: זכויות בחקירה ובמשפט הפלילי תשפ"ב-2022 שהפיץ לאחרונה משרד המשפטים, תוכל למלאו, עת סעיף 3 לטיטת האמורה יעגן את זכותו של אדם להליך הוגן. מצאתי להזכיר שהזכות להליך הוגן באה לידי ביטוי גם במשפט העברי. בתורה נקבעו הוראות המחייבות את השופטים לערוך הליך משפטי הוגן. משה רבנו מציין בנאומו האחרון: "וְאַצְוָה אֶת שְׁפִטֶיכֶם בְּעֵת הָהוּא לֵאמֹר שְׁמַע בֵּין אֲחִיכֶם וּשְׁפִטָתָם צֶדֶק בֵּין אִישׁ וּבֵין אֶחָיו וּבֵין גֵּרוֹ" (דברים א, טז). אף מודגשת בתורה חובת השופטים לדרוש ולחקור היטב בטרם הוצאת פסק דין: "וְדָרַשְׁתָּ הֵיטֵב וְהָיָה אִמְתָּ נֶכֶן הַדָּבָר" (דברים יז, ד). הליך הוגן כולל את זכותו של הנאשם להתגונן ולהשמיע את טענותיו, כפי שנאמר בתלמוד הבבלי (סנהדרין, ז, ע"ב) "שמע בין אחיכם ושפטתם" - אמר רבי חנינא: אזהרה לבית דין שלא ישמע דברי בעל דין קודם שיבא בעל דין חברו, ואזהרה לבעל דין שלא יטעים דבריו לדין קודם שיבא בעל דין; זכות זו של הליך הוגן מוצאת את ביטוייה גם בהצהרת האמונים של שופט לפני נשיא המדינה עת הוא מצהיר "לשפוט משפט צדק, לא להטות משפט ולא להכיר פנים" (כמתחייב מהוראת סעיף 6 לחוק יסוד: השפיטה).

עינינו הרואות; לא ניתן להפריז בחשיבותה של הזכות להליך הוגן, בין כנגזרת מזכותו של אדם לכבוד ולחירות, ובין כזכות עצמאית העומדת כחי על שתי רגליו.



הזכות כוללת גם את החובה לנהוג בשוויון בין הצדדים, כיוון שפערי הכוחות בין התביעה לבין הנאשם משמעותיים, כאשר אפריו, לתביעה קיים יתרון מובנה במערך איסוף ראיות והליך החקירה, וכשיש בידה את הכלים הרבים הקיימים בדי המדינה. על כן, הקפדה על השוויון הכרחית להבטחת זכותו של אדם להליך הוגן. כך למשל, העיקרון עלול להיפגע אם נאשם לא יקבל גישה למידע הכרחי על מנת להיערך להגנתו; אם תישלל מהנאשם גישה להביא עדים; או אם ההליך יתנהל בהעדו, ובנוכחות התביעה בלבד. מקום שקיימים מחדלים ופגמים בהליך החקירה ואיסוף הראיות, וככל שעוצמתם רבה יותר, הזכות עלולה להיפגע באופן משמעותי יותר.

תורת הצבירה

אם כך תיארתי את הדברים בכלליות, ואבקש כעת למקד את הדיון בשאלה לפיה, ככל שהנאשם מצביע על פגמים שונים בהתנהלות רשויות החקירה, האם יש לבחון כל פגם ופגם במנותק מהתמונה הכוללת, או האם ישנו גם מקום לבחון את הצטברותם הכוללת של המחדלים, שעוצמתם יחד יש בה כדי להטות את הכף לטובת קבלת טענת ההגנה מן הצדק.

ודוק; כוונתי למצב בו כל אחד מהפגמים אינו אלא מחדל בזעיר אנפין, שכשלעצמו אינו פוגע בהגנת הנאשם, לא גורם לעיוות דין ולא משפיע על יכולתו להתגונן כראוי (ראו: ע"פ 10179/01 **ג'אברין נ' מדינת ישראל**, פסקה 14 (נבו 12.03.2007)). אולם הצטברותם של **כלל הפגמים כולם**, כמוהן כטיפות המים החוצבות בסלע זכותו החוקתית של הנאשם ועולות לכדי "סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגנות משפטית" (סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי).

במילים אחרות; האם השלם עשוי להיות גדול מסך חלקיו; האם הפגיעה הכוללת שנוצרת מהצטברות של כמה פגיעות (מחדלים) עולה על סך הפגיעה שנוצרת מכל פגיעה (מחדל) בנפרד, כי אז ההצטברות מובילה ל"הגעת מים עד נפש ומחדלים עד זעקה" (עניין **חברת פ.מ.מ מתכות בע"מ**, לעיל).

המדובר בגישה לפיה נדרשת הסתכלות כוללת, להבדיל מפירוק ההתנהלות לרכיבים וניתוח כל רכיב כשלעצמו בנפרד.

תורת הצבירה מוצאת את ביטוייה בענפי משפט שונים. כך למשל, במישור דיני העבודה מוכרות פגיעות זעירות, שכל אחת מהן אינה עולה כדי "תאונת עבודה", אולם במצבור כולל ייחשבו ככאלה במסגרת תורת המיקרוטראומה (ראו: בג"ץ 4690/97 **המוסד לביטוח לאומי נ' בית-הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נג(2) 529, פסקה 14 (1999)); בדיני החוזים נקבע כי הפרות חוזה שאינן יסודיות מצדיקות אפשרות לתיקון. עם זאת, כאשר התמונה הכוללת עשויה ללמד כי הצטברותן של ההפרות שאינן יסודיות גדולה ועולה לכדי הפרה יסודית, הן אכן יביאו לביטולו של החוזה (ראו: ע"א 262/86 **רוט נ' Deak and Co. Inc.**, פ"ד מ"ה(2) 353, 371-בג(1991)); במשפט החוקתי נקבע בפסיקה שמקום בו נפגעו זכויות חוקתיות, בכמה אופנים שונים, כאשר כל פגיעה כשלעצמה לא הייתה מובילה לביטולו של החוק בהתאם למבחני הביקורת השיפוטית, האפקט המצטבר של כל הפגיעות יחדיו יש בו בכדי לחצות את הרף החוקתי (ראו: בש"פ 8823/07 **פלוני נ' מדינת ישראל** (נבו 11.2.2010)).

תורת הצבירה מצאה ביטוי גם במשפט הפלילי ברע"פ 6477/20 **שחם נ' מדינת ישראל**, (נבו 15.11.21) (להלן: "**עניין שחם**"), בהקשר של הפרת אמונים, שם הורשע הנאשם בביצוע עבירה שכללה מעשים שונים, כשכל אחד מהם לא חצה את הרף הפלילי ולא גיבש עבירה עצמאית, אולם הצטברותם יחדיו של המעשים הפכה למצבור חוצה את הרף הפלילי.



בשים לב להלכות שיצאו מלפני בית המשפט העליון נדמה לי שההתפתחות הטבעית של הפסיקה והשמירה על האינטרס הציבורי בכללותו, מובילות לדעתי למסקנה לפיה ראוי לאמץ את תורת הצבירה גם במקרה של טענות הגנה מן הצדק אותן מעלה נאשם בשל מספר מחדלים של הרשויות בעניינו. ייתכן שנכון הוא שבית המשפט יבחן את מכלול השיקולים ולא יזדקק להיתלות בפגם אחד, חמור ומשמעותי ככל שיהיה.

לא נעלמה מעיני האמירה כי החידוש ההלכתי לעניין תורת הצבירה בהקשר הפלילי מגודר ומצומצם לעבירת הפרת אמונים, ואינו קובע מסמרות ביחס לעבירות אחרות (ראו: דנ"פ 8227/21 שחם נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (16.01.2022)) עם זאת, כאן עסקינן בצידה השני של המשוואה, תמונת ראי של העניין;

אם בהרשעת נאשם בעבירת הפרת אמונים העבירה נבחנת לאור מצבור מעשים, שכל אחד מהם אינו חוצה את הרף הפלילי, אך כל המעשים יחדיו מהווים מצבור החוצה את הרף הפלילי, עת נקודת המבט היא האינטרס הציבורי לשמור על טוהר המידות של עובדי הציבור.

הרי מנגד - ביטול כתב אישום כנגד נאשם ייבחן לאור מצבור מחדלים של הרשויות כשכל מחדל כשלעצמו אינו חוצה את רף הפגיעה בעקרון הצדק וההגנות, אך כל מחדלים יחדיו מהווים מצבור החוצה את הפגיעה המהותית בעקרון הצדק, והרי במצב זה נקודת המבט היא האינטרס הציבורי לשמור על טוהר המידות של הרשות עצמה.

מן הכלל אל הפרט

כאמור, וכפי שציינתי לעיל, דינה של טענת ההגנה מן הצדק להידחות במקרה שלפנינו.

יוסר ספק מאל לב - כל אחד מהמחדלים עליהם מצביע המערער, כל אחד לחוד וכולם יחד, אינם עולים לכדי התנהלות בלתי סבירה ואף שערורייתית של הרשות, שיש בה משום רדיפה.

המדובר במחדלים - שאף אם בעיני הסובייקטיביות של הנאשם הם חמורים - אינם כאלה המצדיקים קבלת הטענה, ומכל מקום, על פי מבחן המידתיות המתחייב ניתן להם ביטוי של ממש במסגרת העונש שהוטל על הנאשם על ידי בית משפט קמא.

לסיכום כל האמור, אני מסכים ומצטרף לחוות דעתו של אב"ד השופט א' הימן על כלל חלקיה.

סוף דבר

הוחלט כאמור בפסק דינו של אב"ד השופט א' הימן.

אנו מורים על דחיית הערעור.

חוות הדעת מאת הממונה על עבודות שירות שהתקבלו עד היום בבית משפט קמא ובבית משפט זה כבר אינן



עדכניות. הממונה יכין ויגיש חוות דעת עדכנית, והמערער יהיה חייב לפעול על פי חוות הדעת.

ככל שהממונה יבקש לקיים דיון נוסף בעניין זה, אזי ייקבע דיון בהתאם.

אנו קובעים מועד לתזכורת פנימית למעקב אחר חוות דעת הממונה ליום 8.5.22.

עותק מפסק דין זה יועבר לממונה על עבודות שירות בשב"ס.

ניתן היום, ה' ניסן תשפ"ב, 06 אפריל 2022, בהעדר הצדדים.

עודד מאור, שופט

יוסי טופף, שופט

אברהם הימן, שופט - אב"ד