



## ת"פ 2940/99 - מדינת ישראל, פרקליטות מחוז מרכז מיסוי וכלכלה נגד משה חטב

בית משפט השלום ברמלה

30 יוני 2016

ת"פ 2940-99 מדינת ישראל ואח' נ' חטב

בפני      כב' השופט ד"ר עמי קובו, סגן הנשיאה  
מאשימה      1. מדינת ישראל  
2. פרקליטות מחוז מרכז מיסוי וכלכלה  
נגד  
נאשמים      משה חטב

ב"כ המאשימה: גב' רונית ישראלי, מתמחה

ב"כ הנאשם: עו"ד ליזי שובל

### החלטה

1. **הליך השגה על פקודת מאסר שהוצאה בגין אי-תשלום קנס, כאשר ימי המאסר אשר נקבעו חלף הקנס חרגו מגבול סמכות בית-המשפט. מה דינו של מאסר חלף אי-תשלום קנס אשר חורג מגבול סמכותו של בית-המשפט?**

### רקע

2. ביום 19.5.02 נגזר דינו של הנאשם על ידי מותב אחר, בין היתר, לעונש של קנס בסך 100,000 ₪ אשר ישולם ב- 100 תשלומים שווים ורצופים בסך 1,000 ₪ כל אחד או 45 ימי מאסר כנגד כל תשלום ותשלום (קרי: 4,500 ימים או כ-12.5 שנים).
3. ביום 13.11.13 הגיש המרכז לגביית קנסות ואגרות בקשת הבהרה מאחר שעל פניו נראה כי מספר ימי המאסר הכוללים אשר נגזרו על הנאשם חלף אי תשלום קנס הינו 4,500 ימים, וזאת בניגוד לסעיף 71(א) לחוק העונשין, תשל"ז - 1977, אשר קובע כי "בית המשפט הדן אדם לקנס, רשאי להטיל עליו מאסר עד שלוש שנים למקרה שהקנס כולו או מקצתו לא ישולם במועדו, ובלבד שתקופת המאסר במקום קנס לא תעלה על תקופת המאסר הקבועה לעבירה שבשלה הוטל הקנס".
4. לפיכך, התקיים דיון בנוכחות הצדדים, בהמשכו הגישו הצדדים השלמת טיעונים בכתב.

### טיעוני הצדדים

5. לטענת ב"כ המדינה, עו"ד נועה יניב, אין מחלוקת שימי המאסר חלף הקנס חורגים מסמכות



בית-המשפט הקבועה בחוק. עם זאת מדובר בפגם טכני ביישום הדין ואין המדובר בטעות מהותית ועל כן הפגם בר ריפוי. לפיכך עתרה המאשימה לקצר את ימי המאסר חלף הקנס למאסר המרבי על פי החוק, דהיינו שלוש שנים.

להלן עיקר טיעוני ב"כ המדינה:

א. **תקינות הליך על ידי המדינה** - הנאשם נידון לשלוש שנות מאסר אשר הופחתו בערעורו על ידי בית המשפט המחוזי ל- 18 חודשי מאסר בפועל. בגזר דינו השית בית המשפט על הנאשם בין היתר קנס וכן קבע מאסר חלף הקנס. משלא שילם הנאשם את הקנס כנדרש, הפך הקנס לחוב. ביום 29.11.04 וכן ביום 6.3.08 נשלחו לנאשם דרישות תשלום אשר נמסרו כדין. בתאריך 12.11.06 הוגשה על ידי הנאשם בקשה להפחתת פיגורים ובתאריך 17.12.06 הופחתו חלקית הפיגורים ויתרת החוב נפרסה לתשלומים. אולם ההסדר בוטל משום שהנאשם לא עמד בהחלטה. מאז עשה הנאשם דין לעצמו והתעלם מקיומו של הקנס.

ב. **סוג הפגם ואופן ריפוי** - המדובר בליקוי טכני של אופן קביעת העונש הקבוע בחוק, במה שנראה על פניו טעות חישוב ועל כן אין כל מניעה לבצע תיקון זה. הדברים יפים בייחוד כאשר התיקון המתבקש הינו לטובת הנאשם תוך הפחתת עונש המאסר שצפוי לעמוד בפניו. לאור המצב המשפטי המתהווה בעשורים האחרונים, לפיו ישנו מעבר מכלל של בטלות מוחלטת אל עבר בטלות יחסית אשר יושם בשורה ארוכה של מקרים, כאשר המדובר בפגם קל אשר לא הביא לעיוות דין, התוצאה הראויה תהיה ריפוי הפגם ולא בטלות מוחלטת. בנוסף, משפנתה המדינה לבית המשפט וביקשה הבהרה טרם יושמה פקודת המאסר שבה נפל הפגם, הרי שהלכה למעשה לא ריצה הנאשם ולו יום מאסר אחד בגין עונש הקנס שהוטל עליו והתיקון המבוקש הוא לטובתו. בנסיבות אלו ראוי להחיל את דוקטרינת הבטלות היחסית ולתקן את עונש המאסר חלף הקנס לשלוש שנות מאסר.

ג. **נסיבותיו האישיות של הנאשם** - בית המשפט אשר השית על הנאשם את גזר הדין לקח בחשבון את נסיבותיו האישיות של הנאשם לרבות מצבו הכלכלי והבריאותי טרם גזר עליו את הדין. טענות אלו עמדו אף לנגד ערכאת הערעור שדנה בעניינו ובסופו של יום נדחו הטיעונים כטעם לאי השתת מאסר ואף כטעם לאי השתת מאסר חלף הקנס. לפיכך ככל שלחייב אין משאבים לשלם את הקנס הפלילי שהוטל עליו הרי שעליו לרצות את ימי המאסר תמורתו. באשר להליך פשיטת הרגל שבו נמצא הנאשם, הרי שהנאשם פעל בחוסר תום לב שכן אין המדובר במי שהוכרז כפושט רגל אלא במי שנקט בהליכים לצורך הכרזתו ככזה לאחר הפקת פקודת המאסר נגדו. מדובר בניסיון לחמוק מתשלום קנס שאינו רק חסר תום לב אלא אף שגוי מבחינה משפטית, כפי שנקבע בברע"א 4098 סבאח מ' כנ"ר חיפה (27.6.13) שם דחה בית המשפט בקשה לעיכובו של עונש פלילי בשל צו כינוס שניתן לנאשם.

ד. **הסרת המחדל** - הנאשם אמנם הסיר את המחדל של אי-תשלום המס בגין העבירה שבה הורשע, אך הסרת המחדל הינה מילוי חובה שהייתה קיימת ממילא על פי דיני המיסים ואין המדובר במעשה חסד שעושה הנישום אלא בפירעון של חוב.

6. **לטענת ב"כ הנאשם**, עו"ד ליזי שובל, לא ניתן לתקן את רכיב המאסר חלף קנס שנקבע בגזר הדין המקורי. רכיב זה הינו פסול וחסר תוקף ולא ניתן לתקנו מבחינה חוקית ובפרט נוכח הזמן הרב



שחלף. בקשת המדינה לתקן רכיב זה מנוגדת לדרך תיקון טעות בהכרעה שיפוטית וכן מנוגדת לכללי הבטלות היחסית, ובנסיבות תיק זה אף מנוגדת לעקרון הצדק הבסיסי. לפיכך עתרה ב"כ הנאשם לבטל את רכיב המאסר חלף הקנס.

להלן עיקר טיעוני ב"כ הנאשם:

א. **תקינות ההליך על ידי המדינה** - במתן גזר הדין נפלה טעות בקביעת ימי המאסר חלף הקנס. טעות זו לא התגלתה על ידי מי מהצדדים או על ידי ערכאת הערעור שדנה בתיק. הנאשם ריצה את מלוא עונש המאסר בפועל שהוטל עליו. ברם, בכל הנוגע להטלת הקנס, מאז הטלתו בשנת 2002 ועד היום נהגה המדינה בשיהוי ניכר ועל כן התגלתה הטעות רק כעבור שנים רבות. אמנם הוגשו מספר דרישות תשלום על ידי המדינה, ואולם אלו נעשו בהפרש של שנים זו מזו. הדרישה הראשונה הוגשה בשנת 2004. בשנת 2006 הוגשה בקשה להפחתת קנסות בגין מצבו של הנאשם. לאחר מכן הוגשה דרישת תשלום נוספת ב - 2008 ולאחריה ב- 2012. דרישה לגביית החוב כ- 14 שנים לאחר שהוטל פוגעת בהגינות ההליך ובזכותו של הנאשם.

ב. **סוג הפגם ואופן ריפוי** - על-פי סעיף 81 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב] התשמ"ד - 1984 (להלן: "חוק בתי המשפט") רשאי בית המשפט לתקן פסק דין תוך 21 ימים מיום נתינתו בהחלטה מנומקת, כאשר הסעיף מתייחס לטעות לשון, טעות חישוב, וכו'. לפיכך רשאי בית המשפט לתקן טעויות טכניות בלבד וזאת תוך 21 יום. בתיק דנן מדובר בטעות מהותית, פגם היורד לשורש הזכות לחירות ואין המדובר בפגם טכני.

גם כלל הבטלות היחסית לפיו החלטה שניתנה על ידי ערכאה שיפוטית בחוסר סמכות לא בהכרח תבוטל, אינו מצדיק קבלת בקשת המדינה. שכן על פי הפסיקה (רע"פ 2413/99 **גיספן נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(4) 673 (2001) (להלן: "**הלכת גיספן**") לא ניתן לתקן כל תיקון ובכל עת, אלא יש לברר את מהות וחומרת הפגם כמו גם את חלוף הזמן ולהתאים את הסעד לפגם ולנסיבות המקרה. ב"כ הנאשם אבחנה את הלכת גיספן וטענה כי במקרה דנן מדובר בפגם מהותי חמור ובנסיבות אשר אינן מצדיקות את החלת הדוקטרינה באופן שיתוקן הרכיב הפגום. בנוסף הפנתה לבג"צ 243/80 **מדז'ינסקי נ' בית הדין הצבאי לערעורים**, פ"ד לה(1) 67 (1980) שם נדחתה האפשרות לעשות שימוש בכלל הבטלות היחסית. כמו כן בניגוד לטענת המאשימה, אין המדובר בהקלה בעונשו של הנאשם, אלא בהטלת עונש מאסר אשר יהיה כפול מעונש המאסר שנקבע לנאשם בתיק. כמו כן שליחת הנאשם לעונש מאסר לאחר 14 שנה תגרום לנאשם עיוות דין ללא ספק.

ג. **נסיבותיו האישיות של הנאשם** - בשנת 1999 עבר הנאשם תאונת דרכים קשה בה נפצע קשה. בעקבות התאונה אושפז הנאשם במשך למעלה משנה עם פגיעות גוף שמלוות אותו עד היום, ונזקק להליך שיקומי ארוך. הנאשם אף נפגע בראשו והיה מאושפז בבית חולים פסיכיאטרי ונקבעה לו נכות לתקופה ארוכה. הנאשם קיבל מחברות הביטוח סכום כסף משמעותי המגלם את אובדן כושר ההשתכרות שלו. בעקבות מצבו לא עבד הנאשם במשך 10 שנים. הדבר גרם לנאשם לקשיים כלכליים ולהסתבכות בהלוואות. בעקבות אלו פתח הנאשם בהליכי פשיטת רגל ומצבו הכלכלי קשה. כמו כן טענה ב"כ הנאשם כי ביטול רכיב המאסר חלף הקנס אינו מבטל בהכרח את הקנס עצמו.

ג. **הסרת המחדל** - בעקבות ההליך הפלילי, הוצאה שומה אזרחית בהיקף של 536,200 ₪. הנאשם עשה שימוש בכספים שקיבל מחברת הביטוח, בעקבות התאונה בה היה מעורב, שילם



חובו למדינה והסיר את המחדל במלואו. זו אינה התנהגות של מי שמעוניין להתחמק מחובותיו.

## המסגרת הדיונית

7. המסגרת הדיונית הינה הליך השגה על פקודת מאסר בגין אי-תשלום קנס, על-פי ההלכה אשר נקבעה ברע"פ 837/12 **מדינת ישראל נ' גוסקוב** (20.11.12) (להלן: "**הלכת גוסקוב**"). בהלכת גוסקוב קבע בית-המשפט העליון אפשרות להשגה שיפוטית כלפי הפעלת עונש מאסר חלף קנס. באותה פרשה קבע כב' השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין את הדברים הבאים:

"אך הוגן הוא, שתהא לאדם אפשרות לטעון טענותיו בטרם יבוצע צו מאסר נגדו ותישלל חרותו, ובפרט אמורים הדברים מקום שהפעלת המאסר באה פרק זמן משמעותי לאחר מתן גזר הדין, וראוי לאפשר התחקות אחר הקורות של החייב".

בעניינו של הנאשם ניתן גזר דין אשר כולל רכיב של קנס ומאסר חלף הקנס, הוצאה ונחתמה פקודת מאסר, ובטרם ביצועה, הגיש המרכז לגביית קנסות בקשת הבהרה לבית-המשפט, ובהמשך לכך ניתנה לנאשם הזדמנות להשגה על פקודת המאסר. הצדדים הציגו את טענותיהם, בעל-פה ובכתב, וזאת בשים לב לכך שימי המאסר חלף הקנס ניתנו תוך חריגה מהרף המרבי הקבוע בחוק של מאסר חלף קנס. ההגנה עתרה, בגדר תקיפה עקיפה של גזר הדין, לקבוע כי ימי המאסר חלף קנס נגזרו בחוסר סמכות, ויש להורות על ביטולם. המדינה עתרה לקבוע, במסגרת דוקטרינת הבטלות היחסית, את ימי המאסר חלף הקנס בשיעור תקרת הסמכות, קרי: שלוש שנות מאסר. מוסכם על שני הצדדים כי אין מקום למתן פקודת מאסר על פי לשונו של גזר הדין, אשר קובע, הלכה למעשה, כ-12.5 שנות מאסר (4,500 ימים) חלף הקנס. בנסיבות אלה, יש לקבוע האם וכיצד תינתן פקודת המאסר.

8. יודגש בזאת כי אין המדובר בהליך של תיקון גזר הדין, בין אם לפי סעיף 81 לחוק בתי-המשפט [נוסח חדש], תשמ"ד-1984, ובין אם בדרך אחרת, ולא ניתן לקבל את טענת המדינה לפיה יש לראות בהליך זה כבקשה לתיקון טעות בגזר הדין. המועד לתיקון טעות בגזר הדין, שהינו 21 ימים לפי סעיף 81 לעיל, חלף עבר לו, גזר הדין אף עמד בבחינת ערכאת הערעור, אשר לא נתנה דעתה לסוגיה זו, והוא חלוט מזה שנים רבות. הדין בתיק זה מתמקד, אפוא, אך ורק במתן פקודת המאסר, ולא בתיקון גזר הדין. במסגרת הדין בהשגה על פקודת המאסר, יש לבחון, בגדר תקיפה עקיפה, האם נפל פגם בגזר הדין, וככל שנפל פגם, מה הנפקות המשפטיות של הפגם, ותוצאותיו.

9. כאמור לעיל, אין חולק כי בגזר דינו של הנאשם נפל פגם ברכיב המאסר חלף הקנס, וכי תקופת המאסר חלף הקנס חרגה מסמכותו של בית המשפט באופן שעולה על התקופה המקסימלית הקבועה בחוק לפי סעיף 71 (א) שהינה שלוש שנים.

## תוצאות הפגם - בטלות המאסר חלף הקנס או תיקונו?

10. בעבר שלטה בכיפה הגישה לפיה חריגה מסמכות של פסק-דין או של החלטה מנהלית דינה בטלות מעיקרא (ראו ע"פ 866/95 **סוסן נ' מדינת ישראל** פ"ד נ(1) 793 (27.03.96); ע"פ 5937/12 **טובול נ' מדינת ישראל** (21.10.13)). בחלופה השנים איבדה גישה זו מעוצמתה ותחתיה הלכה וקנתה אחיזה דוקטרינת הבטלות היחסית, אשר רואה בפעולת הרשות כ"בת-ביטול" (ראו רע"פ 4398/99 **הראל נ' מדינת ישראל** פ"ד נד(3) (2000)). דוקטרינה זו יצרה מציאות בה רק פגם שבית המשפט יתרשם שהוא פגם מהותי יביא לבטלות ההחלטה. יתרונה של דוקטרינת הבטלות היחסית, נעוץ בגמישות



שהיא מאפשרת, בהיותה מותאמת למורכבות המציאות ולמכלול גווניה, להתאים את הסעד לא רק לפגם, אלא גם לנסיבות המקרה. כיום שלוחות זרועותיה של דוקטרינה זו אל כל ענפי המשפט וגם אל ההליך הפלילי, על הרגישות והייחוד הטבועים בו. חריגה מגבול העונש המרבי שבית-המשפט היה מוסמך להטיל, שאירעה בהליך פלילי תיבחן אף היא על-פי אמות המידה של תורת הבטלות היחסית. עם זאת, אין באמור כדי לגרוע מהזהירות היתרה והריסון העצמי שיש לנקוט כאשר המדובר במטריה פלילית שבה חירותו של אדם מוטלת על הכף.

11. על-פי ההלכה הפסוקה מקום שבגזר הדין מצויים רכיבים שניתנו בסמכות ורכיבים אחרים שניתנו בחריגה מסמכות, ניתן להכיר בתוקפם של הראשונים, ולקבוע את בטלותם של האחרונים, וכך יוגשם אותו חלק מגזר הדין אשר מצוי בתחום הסמכות (ע"פ 6143/03 **פורטל נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(2) 614 (2004), פסקה 5 לחוות דעתה של כב' השופטת א' פרוקצ'יה, וכן יעקב קדמי, **על סדר הדין בפלילים** עמ' 1663 (חלק שני, ב') (2009)). כאשר עונש מסוים שהוטל על הנאשם מהווה יחידה עונשית אחת, שחלק ממנה חורג מהסכמות וחלק אחר מצוי בתחום הסמכות, כל העונש כולו בטל. כך למשל, הבחין כב' השופט (כתוארו אז) א' ברק בבג"צ 243/80 **מדז'ינסקי נ' בית הדין הצבאי לערעורים**, פ"ד לה (1) 67 (1980), בין הטלת עונש מאסר של חמש שנים במקרה שבו בית-המשפט היה מוסמך להטיל שלוש שנים בלבד, ואז בטל העונש כולו, לבין מצב שבו בית-המשפט הטיל עונש של שלוש שנות מאסר, והפעיל בחוסר סמכות מאסר על תנאי של שנתיים נוספות, שאז בטלה הפעלת המאסר על תנאי, והעונש בן השלוש שנים נותר על כנו. במקרה שבו עונש המאסר שהוטל חורג מסמכות בית-המשפט, אין אנו רשאים לפצלו בין חלק תופס לבין חלק בטל, שכן החלק התופס אינו משקף הכרעה עונשית שבית המשפט נתן דעתו עליה וקבע אותה כראויה.

סבורני כי כשם שבמקרה שבו בית-המשפט השית על נאשם עונש מאסר של חמש שנים, במקום שבו היה מוסמך להטיל שלוש שנות מאסר בלבד, שאז עונש המאסר בפועל בטל כולו, ולא ניתן לתקנו לשלוש שנים, כך גם במקרה דנן, לא ניתן לתקן את עונש המאסר חלק הקנס באופן שיפחת עד לגבול סמכות בית-המשפט.

12. לשיטת המדינה יש לקבוע כי גזר הדין בטל בחלקו באופן שהחלק המתייחס לימי המאסר חלק הקנס יתוקן לתקופה המרבית בחוק. כתמיכה בטענתה הפנתה המדינה לרע"פ 2413/99 **גיספן נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד נה(4) 673 (2001) שם דן בית-המשפט העליון בסוגיית נפקות גזר דין של בית דין צבאי שהשית על נאשם עונש מאסר על תנאי למשך תקופה של שלוש שנים, מקום שבו מגביל הדין את משך תקופת התנאי המותרת לשנתיים בלבד. באותו מקרה נקבע על-דעת הרוב (כב' השופטים י' זמיר וד' ביניש) כי בעובדה שבית-הדין טעה בגזר הדין אין כדי לומר שהחלטתו חורגת מהסמכות ויש להבדיל בין עצם הפגם לבין תוצאות הפגם וכן לבדוק את נסיבות המקרה ולהתאים את הסעד לנסיבות.

לאחר שבחנתי את טיעוני הצדדים, סבורני כי לא ניתן למצוא בהלכת גיספן יסוד לקבלת עתירת המדינה. הגם שישנם מקרים שבהם ניתן יהיה לתקן טעות בגזר הדין כמתואר לעיל, הרי שכדי לעשות כן על בית המשפט לבחון בראש ובראשונה את חומרת הפגם וכן את מידת העוול או עיוות הדין שיגרמו לנאשם בתיקונו. בפרשת גיספן נקבע כי הטעות של בית הדין הצבאי נפלה בחלק קטן ולא מרכזי של העונש, הואיל והמערער ביצע את העבירה הנוספת מספר שבועות לאחר מתן גזר הדין, ואורך המאסר התנאי לא חרג מן הסמכות (במובחן ממשך התנאי), ומכאן שאין לומר כי הטעות גרמה לו עיוות דין, ומשכך מדובר בפגם קל שניתן לתקנו:

"הפגם שנפל בגזר הדין אינו חמור, שכן בית הדין דן את המערער במסגרת סמכותו, והעונש שהטיל



עליו היה מסוג העונשים שבסמכות בית־הדין. הטעות של בית־הדין נפלה בחלק קטן ולא מרכזי של העונש: לא במאסר בפועל וגם לא באורך המאסר על־תנאי, אלא רק במשך התנאי... המבחן הנכון צריך להיות מהותי ולא פורמאלי. מבחינה מהותית יש הבדל, לפי תורת התוצאה היחסית, בין מקרה שבו בית־משפט שלום מרשיע אדם בעבירה שאינה בתחום סמכותו או מטיל עליו מאסר לתקופה של עשרים שנה לבין מקרה שבו בית־משפט שלום מרשיע אדם בעבירה הנמצאת בתחום סמכותו וגוזר עליו מאסר על־תנאי לתקופה של שישה חודשים, אך טועה בנוגע למשך התנאי. ההבדל עשוי להשתקף בתוצאה. התוצאה היא יחסית לחומרת הפגם ולנסיבות אחרות של המקרה".

13. במקרה דנן אין המדובר בפגם במשך תקופת התנאי אלא בפגם באורך המאסר, ובטעות אשר תיקונה מתבקש כ- 14 שנים לאחר ביצועה. בעניין זה ראוי להדגיש כי גם בפרשת גיספן קבע בית המשפט (כבוד השופט (כתוארה אז) ביניש):

"אילו הטיל בית־הדין עונש מאסר שאורכו אינו בגדר סמכותו, לא היה ניתן להפריד את העונש המרבי המותר מן העונש שנגזר תוך חריגה מסמכות. אולם אורך המאסר על תנאי שנגזר על המערער הוטל כדין והעניין שלפנינו הוא בשאלה הנפרדת הנוגעת למשך תקופת התנאי."

כלומר, כאשר הטעות הינה באורך תקופת המאסר שייאלץ הנאשם לרצות, הרי שלא קיימת סמכות לתיקון הטעות, אף בגדר דוקטרינת הבטלות היחסית, ולא ניתן לתקן את העונש לעונש המרבי שבית-המשפט היה מוסמך להטיל.

בהקשר זה לא ניתן לקבל את טענת המדינה לפיה מדובר בטעות טכנית ביישום הדין או בטעות חישוב, שאינה טעות מהותית, וכי תיקון הטעות הינו לטובת הנאשם. סבורני כי מדובר בפגם מהותי של חריגה מגבול הסמכות להטיל עונש מאסר חלף קנס שהוענק לבית-המשפט בחוק. זהו פגם אשר פגיעתו בחירותו של הפרט הינה רבה, ומכאן שזהו פגם מהותי. תיקון הפגם לעונש של שלוש שנות מאסר בפועל, כעתירת המדינה, אינו יכול להיחשב כתיקון אשר מיטיב עם הנאשם.

14. זאת ועוד, קבלת עמדת המדינה לפיה יש להטיל על הנאשם עונש של שלוש שנות מאסר חלף הקנס, תגרום לעיוות דין לנאשם. מדיניות הענישה הנוהגת בכל הנוגע להטלת עונשי מאסר חלף קנס קובעת, ככלל, עונשים קצרים יותר משלוש שנות מאסר בפועל חלף קנס בשיעור של 100,000 ₪. בהקשר זה יש לציין כי אף בענישה של מאסר חלף אי-תשלום קנס חל עקרון המידתיות (ראו למשל ע"פ 7925/15 אטובראן נ' מדינת ישראל (20.4.16); ע"פ 785/15 פואקה נ' מדינת ישראל (6.12.15)). לפיכך, תיקון גזר הדין למאסר של שלוש שנים חלף קנס בסך 100,000 ₪ יפגע בנאשם באופן בלתי מידתי ובלתי הוגן. זאת בפרט כאשר עסקינן בענישה אשר בשל מחדלי המדינה והשיהוי בפעולתה, מתבקשת הפעלתה כ- 14 שנים לאחר מתן גזר הדין המקורי, ולאחר שהנאשם כבר הסיר את המחדלים בגין ביצוע העבירה, ושילם את חוב המס, ובהתחשב ביתר נסיבותיו האישיות של הנאשם.

15. בהקשר זה ניתן היה לבחון אם ניתן לקבוע את פקודת המאסר חלף קנס על שיעור כלשהו שהינו נמוך משלוש שנות מאסר, כגון עונש מאסר של שישה חודשים או עשרה חודשים. ברם, בהעדר הסכמת הצדדים, סבורני כי לא קיימת סמכות להגיע לתוצאה כאמור. זאת משום שיש בכך משום שינוי גזר הדין והפעלה מחדש של שיקול הדעת אשר היה מסור לבית-המשפט שגזר את הדין, ללא כל סמכות בחוק.



שקילה מחדש של העונש הראוי, משמעותה החלפת שיקול דעת בית-המשפט שגזר את הדין והחלפת שיקול דעת ערכאת הערעור אשר כאמור לעיל דנה בתיק אך לא נתנה דעתה לעניין זה. כפי שקבע כב' השופט ברק בעניין מדז'ינסקי לעיל, השאלה אינה מה העונש שבית המשפט צריך היה להטיל ולא הטיל, אלא השאלה היא מהו העונש שבית המשפט הטיל. בשלב של השגה על פקודת מאסר לפי הלכת גוסקוב, סבורני כי אין הדבר מצוי בגדר סמכות בית-המשפט.

16. בע"פ 4190/13 סמואל נ' מדינת ישראל (18.11.14) קבעה כב' השופטת דפנה ברק-ארז כי בית-המשפט יהיה רשאי לתקן טעות שנפלה בהכרעת דין מרשיעה מקום בו טרם ניתן גזר דין בהסתמך על שלושה שיקולים מרכזיים: מהות הטעות, פרק הזמן שחלף מאז ניתנה ההחלטה וכן השלכות התיקון על הגינות ההליך. יישום המבחנים האמורים למקרה דנן, מעלה, כי מדובר בטעות מהותית ובעלת השלכות כבדות משקל על חירותו של הנאשם, חלוף הזמן של למעלה מ-14 שנים הינו רב מאוד ורובץ בעיקרו לפתחה של המדינה (הגם שלא קיימת התיישנות העונש בשל משלוח הודעות לנאשם אחת למספר שנים), והגינות ההליך אינה מצדיקה בשלב זה את כליאתו של הנאשם לתקופה ממושכת, בהתחשב בנסיבותיו האישיות, בהסרת מחדל המס במלואו, במצבו הכלכלי והבריאותי, ועוד. בנסיבות אלה, לא ניתן בשלב זה לרפא את הפגם שנפל בהליך.

17. לפיכך, סבורני כי לא ניתן לתקן את הפגם על דרך של תיקון גזר הדין לעונש של שלוש שנות מאסר חלף הקנס, כעתירת המדינה, או לעונש מאסר בפועל אחר חלף הקנס. בנסיבות אלה, אין מנוס אלא לבטל את פקודת המאסר.

18. סבורני כי אין בתוצאה זו כדי לגרום לפגיעה משמעותית באינטרס הציבורי, וזאת בשים לב לכך שאין בהחלטה זו כדי לשנות מעונש הקנס אשר הוטל על הנאשם. הקנס נותר על כנו, לא בוטל, ולא חלה התיישנות על אפשרות גבייתו (לאור פעולות שביצעה המדינה לאורך השנים). ביכולתה של המדינה להמשיך ולפעול לגביית הקנס, לרבות ריבית הפיגורים שצבר, באמצעים האחרים אשר עומדים לרשותה. בהקשר זה מן הראוי להפנות לסעיף 70 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 אשר קובע כי "קנס שלא שולם במועדו, יחולו על גבייתו הוראות פקודת המסים (גביה) כאילו היה מס כמשמעותו באותה פקודה". כלומר, יש בידי המדינה אמצעים חלופיים, מידתיים, לגביית הקנס, ואין בהחלטה זו כדי למנוע מהמדינה לפעול בהתאם לסמכויותיה האחרות לגביית הקנס.

## סוף דבר

19. אשר על-כן, אני מורה על ביטול פקודת המאסר. הקנס נותר על כנו והמדינה יכולה לגבות אותו באמצעים החלופיים העומדים לרשותה.

ניתנה היום, כ"ד סיוון תשע"ו, 30 יוני 2016, בהעדר הצדדים.