

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 5023/99

ע"פ 5344/99

בפני:

כבוד הנשיא א' ברק
כבוד השופט ת' אור
כבוד השופט א' מצא
כבוד השופט י' טירקל
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה

המערערים בע"פ 5023/99
והמשיבים בע"פ 5344/99:

1. יוסף חכמי
2. חכמי נדל"ן בע"מ

נגד

המשיבה בע"פ 5023/99
והמערערת בע"פ 5344/99:

מדינת ישראל

ערעור וערעור שכנגד על גזר דין בית המשפט
המחוזי בתל אביב-יפו בת"פ 331/92 שניתן
ביום 25.7.99 על ידי כבוד השופט ע' מודריק

בשם המערערים בע"פ 5023/99
והמשיבים בע"פ 5344/99:

עו"ד יעקב רובין; עו"ד משה ישראל

בשם המשיבה בע"פ 5023/99
והמערערת בע"פ 5344/99:

עו"ד יעל פרסמן

פסק-דין

השופט י' טירקל:

תמצית העובדות והשתלשלות ההליכים

1. המערער מס' 1 בע"פ 5023/99 (להלן - "חכמי") ביקש להקים מפעל לייצור תרופות בבית שאן ולזכות במענקים על השקעתו לפי החוק לעידוד השקעות הון, תשי"ט1959- (להלן - "חוק ההשקעות"). לשם כך הקים את המערערת מס' 2 (להלן - "חכמי-נדל"ן"), שהיא חברה בשליטתו. המפעל המתוכנן אושר על-ידי מרכז ההשקעות כ"מפעל מאושר" כמשמעו בחוק ההשקעות. על פי כתב האישום כוונתו של חכמי היתה לזכות

במענקים שסכומיהם כעלות הקמתו של המפעל, למרות שעל פי חוק ההשקעות היה זכאי למענקים בשיעור של חלק מהשקעתו בלבד. לשם כך, הגיש חכמי למרכז ההשקעות - המוסמך על-פי חוק ההשקעות לאשר את המענקים - דו"חות ביצוע "הכוללים חשבוניות פיקטיביות וחשבוניות מנופחות" (להלן - "פרשת בית שאן").

במהלך עבודות הבנייה של המפעל בבית שאן, יזם חכמי את הקמתו של פרוייקט נוסף - בית מלון מפואר בטבריה - בכוונה שאף זה יוכר כ"מפעל מאושר" ויזכה אותו במענקים לפי חוק ההשקעות (להלן - "פרשת טבריה"). גם כאן היתה כוונתו לזכות במענקים שסכומיהם כעלות הקמתו של המלון, כדרכו בפרשת בית שאן. בקשתו של חכמי אושרה עקרונית על-ידי מינהלת מרכז ההשקעות, אך סמוך לאחר מכן, נחשפה כוונתו והתכנית לא יצאה אל הפועל.

לשם ביצוע תכניותיו שכר חכמי את שירותיו של אלי זילבר (להלן - "זילבר"), ששימש כזרוע הביצוע שלו וייצג אותו כלפי מרכז ההשקעות. מלבד המעשים שעשה זילבר על-פי הנחיותיו של חכמי, עשה גם מעשי זיוף ומרמה בלי שחכמי ידע על כך ושילשל לכיסו סכומי כסף גדולים. זילבר זכה במעמד של עד מדינה ולא הועמד לדין בשל מעשי העבירה שעשה עם חכמי או בשליחותו; אולם הועמד לדין בהליך נפרד, בשל מעשי העבירה שביצע מאחורי גבו של חכמי. זילבר הורשע בעבירות שיוחסו לו ונדון למאסר לתקופה של שתי שנים.

2. בית המשפט המחוזי הרשיע את חכמי ואת חכמי-נדל"ן באישומים שעניינם פרשת בית שאן: בקשירת קשר לביצוע פשע, קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות וניסיון לקבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות. בית המשפט זיכה אותם מן האישום של ניהול עסק במרמה, שיוחס להם באותה פרשה. כמו כן, הרשיע בית המשפט את חכמי לבדו בעבירה של מתן שוחד בפרשה אחרת. בית המשפט זיכה את חכמי מאישומים נוספים של מתן שוחד בפרשות אחרות וכן מאישום שעניינו פרשת טבריה לפיו הואשם בקשירת קשר לביצוע פשע וניסיון לקבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות. בשל העבירות שבהן הורשע, גזר בית המשפט על חכמי מאסר לתקופות המסתכמות בשש שנים וכן הטיל עליו קנס בסכום של שלושה מיליון ש"ח בשל עבירה אחת וקנס בסכום של 50,000 ש"ח בשל עבירה אחרת. על חכמי-נדל"ן הוטל קנס בסכום של שני מיליון ש"ח. חכמי, חכמי-נדל"ן והמדינה ערערו על הכרעת הדין ועל גזר הדין.

3. בפסק דינו בע"פ 7068/98 ובע"פ 7260/98 הותיר בית משפט זה על כנה את ההרשעה באישומים שעניינם פרשת בית שאן וזיכה את חכמי מן ההרשעה בעבירה של מתן שוחד בפרשה אחרת. כמו כן, הרשיע אותו בעבירה של קשירת קשר לביצוע פשע, באישום שעניינו פרשת טבריה. לפיכך ביטל את גזר דינו של בית המשפט המחוזי והחזיר את הדיון אליו לשם שמיעת טענותיהם של בעלי הדין לעניין העונש וגזירת הדין מחדש.

4. בגזר הדין החדש גזר בית המשפט המחוזי על חכמי את העונשים הבאים: בשל פרשת בית שאן - מאסר לתקופה של חמש שנים, מתוכן שלוש וחצי שנים לריצוי בפועל והיתרה על תנאי, וקנס בסך שלושה מליון ש"ח או שנתיים וחצי מאסר "תמורתו"; בשל פרשת טבריה - מאסר לתקופה של שתי שנים לריצוי בפועל, "במצטבר" לעונש שגזר עליו בשל פרשת בית שאן. בשל שתי הפרשות יחד נגזר, אפוא, על חכמי מאסר לתקופה של חמש וחצי שנים לריצוי בפועל ומאסר על תנאי לתקופה של שנה וחצי בצירוף קנס כאמור לעיל. על חכמי-נדל"ן הטיל קנס בסכום של שני מליון ש"ח, כמו בגזר הדין הראשון. חכמי, חכמי-נדל"ן והמדינה ערערו על גזר הדין.

עיקר השגות בעלי-הדין

5. בכתב הערעור שהגישו המערערים בע"פ 5023/99 טוען חכמי, כי משבטל גזר דינו הראשון של בית המשפט המחוזי, היה על בית המשפט להתיר לו לטעון לעונש "מבראשית" - לאמור, לחזור על כל טענותיו - ולא להגביל את הטיעונים לפגמים שמצא בית משפט זה בגזר הדין הראשון ולשינויים שחלו מאז ניתן. לגופו של עניין טוען הוא, כי אין דרכם של בתי המשפט לגזור מאסר בפועל - אף לא לתקופה קצרה - על מי שהורשע בעבירות מסוג זה, אחרי שחלפה תקופה כה ארוכה מאז נעברו, ולפיכך ראוי היה שלא לגזור עליו עונש של מאסר בפועל; כי שגה בית המשפט בהטילו, מלבד עונש המאסר הממושך, קנס כבד מאוד שיש להפחיתו; כי התוצאה של צירוף תקופת המאסר-במקום-קנס לתקופת המאסר היא תקופת מאסר כוללת הארוכה מתקופת המאסר המירבית הקבועה בחוק לעבירות הנדונות; כי לא היה מקום להטיל עונשים נפרדים בגין כל אחת משתי הפרשות ומכל מקום, לא היה מקום להורות על ריצוי עונשי המאסר בזה אחר זה ("באופן מצטבר"). עוד משיג חכמי על כך שבית המשפט ראה בעונשו של זילבר אמת מידה ובסיס לעונש שגזר עליו. לדעתו, גם שגה בית המשפט בהערכת מצבו האישי והרפואי בתקופה שחלפה מן היום שנעברו העבירות ועד תום ההליכים. עוד קובל הוא על כך שבית המשפט לא ראה בהחזרת מבנה מפעל התרופות בבית שאן למדינה משום הטבת הנזק שנגרם לה, שהיא נסיבה מקלה.

יודגש, כי בכתב הערעור לא נכללו השגות מטעמה של חכמי-נדל"ן, וכל שנאמר שם לעניינה הוא, כי הוטל עליה קנס כבד שיש להפחיתו, כמו שיש להפחית את הקנס שהוטל על חכמי.

6. בערעורה טוענת המדינה, כי אין להקל בעונשים שנגזרו על חכמי בשל פרשת בית שאן וכי יש להביא בחשבון לחומרה שמדובר בפרשת מרמה רבת שנים שהסתעפה למעשי מרמה נוספים. לפיכך, היה על בית

המשפט המחוזי לגזור על חכמי את העונש המירבי הקבוע בחוק לעבירות הנדונות. גם לגבי פרשת טבריה, סבורה היא, כי שגה בית המשפט בכך שראה לנכון לגזור פחות ממחצית העונש שרשאי היה לגזור, אף על פי שמצא כי פרשת טבריה תוכננה להיות "קפיצת מדרגה", מבחינת היקף המרמה, דרכיה ואמצעיה, ומשקבע כי היא מלמדת על "נחישות התכנון והמחשבה הפלילית של הנאשם". לטענת המדינה, אין העונש שגזר בית המשפט המחוזי על חכמי הולם את חומרת מעשיו ולא די בו כדי להרתיע עבריינים בכוח. מטעמים אלה, לא היתה הצדקה לכך שיביא בחשבון לקולא את חרטתו; לטענתה, חכמי "לא הודה ולא עזב" ולפיכך אין סיבה כי "ירוחם". עוד טוענת המדינה, כי משחזר בית המשפט והטיל על חכמי קנס בסכום שהטיל בגזר הדין הראשון, היה עליו לעדכן משום שאי העדכון מפחית, למעשה, את הסכום.

הדין בהשגות

הגבלת הטיעון

7. בפתח הדברים אומר, כי רשאי היה בית המשפט המחוזי להסתפק בטענות לעניין "תיקון גזר הדין, לקולא או לחומרה, לנוכח גריעה והוספה של עבירות מהכרעת הדין וכן תיקונו לנוכח המשגים הטכניים שבית המשפט העליון מצא בגזר הדין הראשון --- [נ]בדבר נסיבות שהשתנו בזמן שחלף למן גזר הדין הראשון ועד הנה", כפי שהינחה את בעלי הדין. יש לזכור, כי בית המשפט שמע בהרחבה את טיעוני בעלי הדין לעניין העונש, לפני שנתן את גזר הדין הראשון, ולא היה טעם שיחזור וישמע טיעונים אלה במלואם. כך או כך, לא הראו המערערים מהו "עיוות הדין החמור", כלשונם, שנגרם להם עקב הגבלת הטיעונים. לפיכך, דין הטענה להידחות.

המאסר שבמקום הקנס

8. סעיף 71(א) לחוק העונשין, תשל"ז 1977 - (להלן - "חוק העונשין") עניינו הטלת מאסר-במקום-קנס:

(א) בית המשפט הדין 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;...."

71".

**מאסר
במקום
קנס**

סעיף זה מגביל את תקופת המאסר-במקום-קנס בשניים: שלוש שנים; אך לא יותר מתקופת המאסר הקבועה לעבירה שבשלה הוטל הקנס. הסעיף אינו מפרש מה הדין במקרה שעל הנאשם הוטלו מאסר, קנס ומאסר-במקום-קנס בשל עבירה אחת והאם הגבלת תקופת המאסר חלה רק על תקופת המאסר-במקום-קנס או שהיא חלה על התקופה הכוללת של המאסר והמאסר-במקום-קנס. במילים אחרות, האם תקופת המאסר הכוללת - זאת שהוטלה בגין העבירה, בצירוף זאת שהוטלה במקום הקנס - לא תעלה על תקופת המאסר הקבועה לעבירה שבשלה הוטלו המאסר והקנס; או שתקופת המאסר-במקום-קנס לבדה לא תעלה על תקופת המאסר הקבועה לעבירה, ויכול שתקופת המאסר הכוללת תעלה על התקופה הקבועה לעבירה.

9. המערערים תומכים יתדותיהם בדרך הפרשנות הראשונה, לאמור, כי משגזר בית המשפט המחוזי את עונש המאסר המירבי, מיצה, כביכול, את "כוח המאסר" שלו ואין בכוחו להוסיף ולהטיל מאסר על דרך של מאסר-במקום-קנס. דין הטענה להתקבל.

נקודת המוצא שלי היא, שיש לראות את המאסר-במקום-קנס כאחד מן העונשים המוטלים על הנאשם בגין העבירה ואין לראות אותו כ"אמצעי לגביית הקנס" גרידא. כשם שהקנס הוא אחד מן העונשים, כך המאסר שבא במקומו כחלופה, הוא אחד מן העונשים, וכאשר מדובר במאסר - בין שהוטל "במישרין" ובין שהוטל "בעקיפין", במקום קנס - אין הוא משנה את טיבו. מאסר הוא מאסר. חירותו של האדם שהורשע נשללת, גם כאשר מוטל עליו מאסר-במקום-קנס. (דומה שבאותה רוח פסק השופט א' גולדברג בע"פ 8573/96 מרקדו ואח' נ' מדינת ישראל פ"ד נא(5) 481, בעמ' 587 מול האותיות ד'-ה'). הואיל ושני עונשי המאסר הוטלו בשל עבירה אחת, הרי שחל עליהם הכלל הקבוע בסעיף 35(א) לחוק העונשין, לפיו "בית המשפט שהרשיע אדם בשל עבירה, רשאי להטיל עליו כל עונש אשר אינו עולה על העונש שנקבע בדין לאותה עבירה". מכאן, שאין להטיל מאסר-במקום-קנס, אם התוצאה של צירופו לעונש המאסר שהוטל בשל העבירה, היא תקופת מאסר העולה על התקופה הקבועה בחוק לאותה עבירה. מסקנה זאת מתיישבת עם הכלל לפיו "תקופת המאסר כולה - זו שבפועל וזו המותנה - חייבת להיות: בתחום תקופת המאסר המירבית שמוסמך בית המשפט לגזור בשל העבירה או העבירות שבהן הורשע הנאשם" (י' קדמי על סדר הדין בפלילים (תשנ"ח), חלק שני, ספר שני) 1040). כשם שמאסר מותנה אינו מאסר ממש אלא "מאסר בכוח", שיתממש רק בקרות אירוע מסוים - עבירה נוספת - ואף על פי כן בא הוא בגדר הכלל, כך בא בגדר הכלל מאסר-במקום-קנס שאף הוא אינו מאסר ממש אלא "מאסר בכוח" שיתממש רק בקרות אירוע מסוים - אי תשלום הקנס. מכל מקום, אפילו ניתנת הוראת סעיף 71(א) לחוק העונשין לשני פירושים, הרי מש"נית דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, ויכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין" (סעיף 34כא לחוק העונשין). גם מטעם זה יש לפרש את הסעיף כך.

10. כאמור, גזר בית המשפט המחוזי על חכמי בגין פרשת בית שאן מאסר לתקופה של חמש שנים. זה העונש המירבי שרשאי היה לגזור בגין העבירות שבהן הורשע (סעיף 415 סיפא לחוק העונשין). בכך, מיצה את כוחו לגזור עונש של מאסר. משהוסיף עליו מאסר-במקום-קנס חרג מסמכותו, שכן התקופה הכוללת של שתי תקופות המאסר עולה על תקופת המאסר המירבית הקבועה לעבירה.

עונש המאסר-במקום-קנס - שהוטל כאמור בלי סמכות - הוא יחידה עונשית העומדת בפני עצמה ונפרדת מרכיביו האחרים של העונש, המאסר והקנס, שהוטלו בגדר הסמכות. רכיבים אלה כשלעצמם משקפים את תפיסתו של בית המשפט בדבר העונש הראוי, אם כי לא את מלוא רצונו. לפיכך, בטל רק עונש המאסר-במקום-קנס מחמת חוסר הסמכות (ראו דברי השופט (כתוארו אז) א' ברק בבג"ץ 243/80 **מדז'ינסקי נ' בית הדין הצבאי לערעורים ואח'**, פ"ד לה(1) 67, 70-71; וכן עיינו בע"פ 564/88 **אדרי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מד(1) 304). לא למותר לציין, כי ביטול עונש המאסר-במקום-קנס אינו מונע את גבייתו של הקנס שאם לא ישולם במועדו, ניתן יהיה לגבותו, כאמור בסעיף 70 לחוק העונשין, כדרך שגובים מס, לפי פקודת המסים (גביה) (ראו, בין היתר, י' בזק **הענישה הפלילית** (תשמ"א) 165).

הטלת עונשים נפרדים בגין כל אחת משתי הפרשות

11. השגה נוספת בפי חכמי, כי לא היה מקום להטיל עליו עונשים נפרדים בגין כל אחת משתי הפרשות. לטענתו, עומדת לו הוראת סעיף 186 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב 1982- (להלן - "חוק סדר הדין הפלילי"), לפיה "בית המשפט רשאי להרשיע נאשם בשל כל אחת מן העבירות שאשמתו בהן נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו, **אך לא יענישנו יותר מפעם אחת בשל אותו מעשה**" [ההדגשה שלי - י.ט.]. לדעתו, לאור הנסיבות שתוארו, יש לראות את שתי הפרשות "מבחינה מהותית" כשני חלקים של "אותו מעשה"; לפיכך, ראוי היה שיוטל עליו עונש אחד ולא עונשים נפרדים. אין בידי לקבל את הטענה.

בפסיקה נקבעו שני מבחנים עיקריים לבחינת השאלה מתי רואים אירועים נפרדים כ"אותו מעשה" כאמור בסעיף 186 לחוק סדר הדין הפלילי. מבחן אחד הוא עובדתי והשני - מהותי (ע"פ 104/89 **דרורי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מד(1) 843, 849-853). נאמר, בין היתר, כי "המבחן העובדתי עונה לשאלה האם מדובר בפעולות נפרדות עוקבות אשר ניתן לפצל ביניהן למרות שבוצעו ברצף ואילו המבחן המהותי מתייחס למהות האינטרס הנפגע של קורבן העבירה עליו באה החברה להגן" (דברי השופט ט' שטרסברג-כהן בע"פ 7147/96 **אזואלוס נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(2) 412, 415; וראו גם ע"פ 1742/91 **עמי פופר נ' מדינת ישראל**, פ"ד

נא(5) 289, 301-302). לצורך המבחן העובדתי ניתן להשתמש במבחני עזר כמו: האם ניתן להפריד בין התקופות שבמהלכן נעברה כל אחת מן העבירות? האם היו העבירות כרוכות אשה ברעותה, לבלי היפרד, או שהיה בידי העבריין לכוון את התנהגותו כך שיבצע רק חלק מן העבירות וימנע מן השאר? האם הוכחו כל העבירות באותן ראיות או שכל אחת מהן הוכחה בראיות נפרדות? (השוו ע"פ 104/89 הנ"ל).

12. המסקנה העולה מתוך בחינתן של פרשת בית שאן ופרשת טבריה, לאור מבחנים אלה - העובדתי, על מבחני העזר שלו, והמהותי - היא, שיש לראות בכל אחת מהן, פרשה נפרדת ואין הן בבחינת "אותו מעשה" כאמור בסעיף 186 לחוק סדר הדין הפלילי. מן הבחינה העובדתית, מסגרות הזמן והמקום של שתי הפרשות שונות הן; הפרשות אינן כרוכות זו בזו וניתנות להפרדה ואחרי פרשת בית שאן יכול היה חכמי להימנע מפרשת טבריה; העבירות שבשתי הפרשות הוכחו במערכות ראיות שונות ונפרדות. גם מן הבחינה המהותית נראה, כי מעשי העבירה שבפרשת טבריה נפרדים ממעשי העבירה שבפרשת בית שאן. כפי שקבע בית המשפט המחוזי "אכן, הרעיון הפלילי שהדריך אותה [את פרשת טבריה - י.ט.] הוא אותו רעיון שמאחורי העבירות בפרשת בית שאן --- גם אם אחד הגורמים שהמריצו את חכמי ליזום את מיזם טבריה ולבוא בקשר פלילי עם זילבר, הוא הרצון לכסות פערים ולהסתיר ערוות דברים הקשורים במפעל בבית שאן, אין ב^{זיקת ההנעה} הזאת כדי ליצור רצף של קשר בין הפרשיות עד שהן הופכות למסכת עבריינית אחת" (הטיית האותיות במקור - י.ט.); וכבר נפסק, כי "המניע אינו המבחן לקביעת מספר המעשים שבוצעו" (ע"פ 7147/96 הנ"ל בעמ' 416). אכן, תכלית מעשיו הפסולים של חכמי בשתי הפרשות היתה לזכות במענקים שלא היה זכאי להם ממרכז ההשקעות. לכאורה, מניע אחד ומטרה אחת. אולם, זהות לכאורית זאת אינה עושה את המעשים הנפרדים למעשה אחד. קבלת מענקים במרמה בפרשת בית שאן וקשירת קשר לקבלם בפרשת טבריה הם פגיעה שונה ונפרדת באינטרס הציבורי על ידי כל אחת מן העבירות. לפיכך, יש לקבוע שמדובר במעשים שונים שניתן לגזור בגינם עונשים שונים, כפי שעשה בית המשפט המחוזי.

עונשי מאסר חופפים או מצטברים?

13. סעיף 45(א) לחוק העונשין עניינו מאסר חופף:

(א) מי שנידון במשפט אחד לענשי מאסר בשל עבירות שונות, ולא הורה בית המשפט שישאם, כולם או מקצתם, בזה אחר זה, לא ישא אלא את עונש המאסר של התקופה הארוכה ביותר."

"45.

**מאסר
חופף**

כאמור, הורה בית המשפט המחוזי, כי על חכמי לרצות את עונשי המאסר בזה אחר זה. טעמיו העיקריים היו שמדובר בפרשות נפרדות, שכל אחת מהן חמורה מבחינת תכנונה, היקפה, דרכיה ואמצעיה. לפיכך אין להבליע עונש אחד במשנהו ויש למנוע "שהמרבח חטא יוצא נשכר". האם צדק בהוראתו?

14. לפי הפרשנות הנקוטה בידינו, קובע הסעיף כלל שבצידו חריג לכלל. על פי הכלל, מרצה הנידון את עונשי המאסר שהוטלו עליו במשפט אחד באופן חופף; לפי החריג לכלל - אם הורה בית המשפט אחרת - מרצה הוא אותם בזה אחר זה. (ראו ע"פ 269/78 **חליוואה נ' מדינת ישראל**, פ"ד לד(1) 396, 401; ע"פ 237/80 **מדינת ישראל נ' קורטאם ואח'**, פ"ד לד(4) 576; וכן, ר' קנאי "הנחיות לקביעת גזר-הדין בפסיקת בית המשפט העליון" **משפטים** כד (תשנ"ד) 97, 126). כך גם פורש סעיף 45(ב) לחוק העונשין שעניינו חפיפתם או הצטברותם של עונשים שנגזרו על נאשם בהליכים נפרדים, בטרם נשא את מלוא עונשו בגין אחד מהם (ראו ע"פ 597/88 **שמעיה אנג'ל נ' מדינת ישראל**, פ"ד מו(5) 221, 253-254; השוו ע"פ 5443/98 **מדינת ישראל נ' יוסף מנשרוב** (לא פורסם) וכן ע"פ 5567/99 **מדינת ישראל נ' עומר גיוסי** (לא פורסם), שנסיונותיהם היו שונות ומיוחדות).

תוצאתה של פרשנות זאת, הלכה למעשה, היא כי בדרך כלל נושא הנידון את עונש המאסר של התקופה הארוכה ביותר, באופן שעונשי המאסר לתקופות הקצרות יותר נבלעים בתוכו. יש מקום לומר כי בכך התכוון המחוקק לאחוז במידת החסד של "קים ליה בדרכה מיניה" שבמשפט העברי (תלמוד בבלי, גיטין, נג, א), לאמור, הטל עליו את החמור שבעונשים בלבד (ראו ח' כהן **המשפט** (תשנ"ב) 679-680). כמו שנאמר, "רצה המחוקק לאפשר לו [לנאשם - י.ט.] בדרך כלל לכפר על עוונותיו על ידי ריצוי עונש אחד ויחיד" (ע"פ 237/80 **הנ"ל**, בע' 577). רק בנסיבות מיוחדות, כגון במקרה שהעבירות נעברו "תוך חתירה תחת אשיות המשפט" (ע"פ 670/80 **אבו חצירה**, פ"ד לה(3) 681, 695), הורה בית המשפט כי עונשי המאסר ירצו בזה אחר זה (עיינו גם בע"פ 389/89 **מדינת ישראל נ' זלום**, פ"ד מו(2) 187).

עם זאת, תתכן גם גישה אחרת שאינה רואה את סעיף 45(א) לחוק העונשין כקובע כלל **לענין ריצוי העונש** שבצידו חריג לכלל, אלא כהוראת פרשנות **הבאה להשלים את החסר** בגזר הדין, כאשר הטיל בית המשפט יותר מעונש מאסר אחד, אך שתק ולא הורה דבר בענין חפיפתם או צבירתם של העונשים. במלים אחרות, אין כאן הוראה **המעדיפה** את הריצוי החופף על פני המצטבר, אלא מעין הוראת ביצוע "טכנית" שהיא **אדישה** לשאלת החפיפה או ההצטברות.

כך או כך, ותהא אשר תהא גישתנו בדבר פרשנותו הראויה של הסעיף, נראה לי כי לאור הטעמים שהביא בית המשפט המחוזי, כאמור לעיל, אין מקום להתערב בהוראתו לפיה על חכמי לשאת את עונשי המאסר בזה אחר זה.

האם העונש ראוי?

15. תיארונו למעלה בקצרה את מעשיו של חכמי בשתי הפרשות, שחומרתם עולה מתוכם ולמותר להרבות בדברים על כך. במעשיו בא חכמי להתעשר על חשבון הציבור ולזכות בסכומי עתק שלא היה זכאי להם. כמוהו ככל אדם הבא לשלוח יד בכספי אדם אחר. בשל כך יש לנהוג בו במידת הדין. מאידך גיסא, עומדים לו לקולא מספר נימוקים: העינוי שבהתמשכותם של הליכי החקירה והמשפט - משנת 1990 ועד היום; "מעצר הבית" הממושך בו היה נתון מאז גזר דינו הראשון; וכן נכונותו לתקן מקצת המעוות שעוות במעשי העבירה על ידי העברת מפעל התרופות בבית שאן למדינה (ראו דברי השופט ח' כהן בע"פ 395/75 צור נ' מדינת ישראל פ"ד ל(2) 589, 599). עוד יש לציין את דברי בית המשפט המחוזי בגזר דינו, כי "בפרק הזמן שלמן הכרעת הדין ועד הנה --- הנאשם נראה באמת כמי שחרב עליו עולמו, כאדם מיוסר ונענה". מלבד כל אלה, אין לשכוח, כי על חכמי ועל חכמי-נדל"ן הוטלו קנסות כבדים.

סבורני, כי כל אחד מעונשי המאסר והקנס שנגזרו על חכמי ועל חכמי-נדל"ן בשל כל אחת מן הפרשות מאזן אל נכון בין השיקולים השונים. אכן, עונש המאסר המצטבר לתקופה של חמש וחצי שנים לריצוי בפועל הוא עונש חמור, אולם אין הוא חמור במידה המצדיקה התערבות של בית משפט זה. לא מצאתי להתערב בסכומי הקנסות שהוטלו על חכמי וחכמי-נדל"ן, המשקפים את חומרתן של העבירות מבחינת התועלת הכלכלית שביקש חכמי להפיק מהן וגם מבחינת הפגיעה בציבור.

16. יצוין, כי בין השיקולים לעונש, שקל בית המשפט המחוזי גם את עונשו של זילבר - מאסר לתקופה של שתי שנים - לצורך גזירת עונשו של חכמי. עונשו של שותף לעבירה הוא אחד מן השיקולים שעליהם נוהג בית המשפט לתת את דעתו בבואו לגזור את עונשו של נאשם. לענין זה בוחן בית המשפט את חלקיהם היחסיים של השותפים. כך עשה בית המשפט במקרה דנן ולא מצאתי כי שגגה יצאה מתחת ידיו. היקף מעשי המרמה שעשה חכמי גדול בהרבה מהיקף המעשים שעשה זילבר. כמו כן, שימש זילבר רק כזרוע הביצוע והיה כפוף למרותו של חכמי, שהיה "המוח המתכנן, האינטרסנט והנהנה הראשי" כלשונו של בית המשפט המחוזי. השוואה זאת מצדיקה החמרה בעונשו של חכמי לעומת עונשו של זילבר.

סוף דבר

17. העולה מן המקובץ הוא שעומדים בעינם עונשי המאסר לריצוי בפועל שנגזרו על חכמי, ויהיה עליו לשאת את שני עונשי המאסר בזה אחר זה. כמו כן יעמדו בעינם עונש המאסר המותנה והקנס, אולם יבוטל המאסר-במקום-קנס שהוטל. פסק דינו של בית המשפט המחוזי יתוקן לפי האמור. הקנס שהוטל על חכמי-נדל"ן יעמוד בעינו.

התוצאה היא שעל חכמי לרצות בפועל עונש מאסר לתקופה של חמש וחצי שנים ולשלם קנס בסך שלושה מליון ש"ח. על חכמי נדל"ן לשלם קנס בסך שני מליון ש"ח.

ש ו פ ט**השופטת א' פרוקצ'יה:**

(1) אני מסכימה ומצטרפת למסקנותיו של חברי השופט טירקל בסעיף 17 לפסק דינו לפיהן יש להשאיר בעינם את עונשי המאסר בפועל שנגזרו על חכמי, וכי עליו יהא לשאתם במצטבר בזה אחר זה, וכן כי יש להותיר על כנם את עונשי המאסר על תנאי והקנס שהוטלו עליו כמו גם את הקנס שהוטל על חכמי-נדל"ן. עם זאת, יקשה עלי להצטרף למסקנתו לפיה יש לבטל את המאסר במקום קנס שהוטל על חכמי, וזאת מן הטעם שמאסר זה הוטל בלא סמכות מאחר שמוצה כוחו של בית המשפט לגזור עונש מאסר לאחר שהטיל על חכמי מאסר בפועל ומאסר מותנה לתקופה כוללת של 5 שנים, שהוא עונש המאסר המירבי בגין העבירה בניגוד לסעיף 415 לחוק העונשין שבגינה הוטל הקנס. על פי גישה זו, ההגבלה האמורה בסעיף 71 לחוק לפיה "תקופת המאסר במקום קנס לא תעלה על תקופת המאסר הקבועה לעבירה שבשלה הוטל הקנס" משמעה כי התקופה הכוללת של המאסר והמאסר במקום קנס לא תעלה על תקופת המאסר הקבועה לעבירה שבשלה הוטל המאסר והקנס.

אציע לאמץ פרשנות אחרת לפיה משמעות ההוראה האמורה היא כי המאסר במקום קנס הינו אמצעי עונשי נפרד מהמאסר הרגיל (מאסר בפועל ומאסר על תנאי) ולפיכך חישוב התקופה המירבית לגביו צריך שייעשה בנפרד ובמנותק מזה של המאסר הרגיל. רוצה לומר, תקופת המאסר במקום קנס, כשהיא עומדת לעצמה, לא תעלה על תקופת המאסר המירבית הקבועה לצד העבירה שבשלה הוטל הקנס, ובחישוב תקופה זו לא תבוא במנין תקופת המאסר הרגיל שנגזרה על הנאשם בגין אותה עבירה.

(2) עקרון יסוד בחוק העונשין הוא כי בית משפט שהרשיע אדם בשל עבירה, רשאי להטיל עליו כל עונש אשר אינו עולה על העונש שנקבע בדיון לאותה עבירה. (סעיף 35(א) לחוק). על פי סעיף 36, אם נקבע לעבירה עונש מאסר בלבד בחוק, רשאי בית המשפט להטיל מאסר או קנס או שניהם כאחד. בצידה של העבירה על סעיף 415 לחוק בה הורשע הנאשם נקבע עונש מאסר בלבד, וניתן, על כן, לגזור עליו עונש מאסר וקנס כאחד.

על פי סעיף 71(א) לחוק מוסמך בית המשפט הדין אדם לקנס להטיל עליו מאסר במקום קנס שלא יעלה על שלוש שנים ובלבד שתקופת המאסר במקום קנס לא תעלה על "תקופת המאסר הקבועה לעבירה שבשלה הוטל הקנס". על פי הפרשנות המוצעת, עונש המאסר במקום קנס הינו אמצעי ענישה בעל אופי מיוחד העומד לעצמו כקטגוריה נפרדת, ואין לכלול אותו בגדר עונש המאסר הרגיל שהוטל על נאשם לצורך חישוב תקופת המאסר המירבית הקבועה לצד העבירה. הקביעה בסעיף 71 כי המאסר במקום קנס לא יעלה על 3 שנים ובכל מקרה לא יעלה על תקופת המאסר הקבועה לעבירה שבשלה הוטל הקנס, עניינה בהגדרת הרף העליון שעד אליו ניתן לקבוע את תקופת המאסר במקום קנס ואין הכוונה ליצור הגבלה נוספת על משך תקופה זו בדרך של הכללת תקופת המאסר הרגיל שנגזר על נאשם במסגרת חישוב תקופת המאסר המירבית הקבועה לצד העבירה שבשלה הוטל הקנס.

(3) לדיון שבפנינו מספר היבטים: האחד - היקף סמכות בית המשפט להטיל מאסר במקום קנס; השני - המדיניות הראויה להפעלת אמצעי עונשי זה. ולבסוף - תחולת הכללים הללו על המקרה שלפנינו.

(4) היקף סמכות בית המשפט להטיל מאסר במקום קנס

יש לבחון את היקף סמכותו של בית המשפט להטיל מאסר במקום קנס מבחינת התקופה המירבית, על פי שני אלה:

(א) תכלית חוק העונשין באימוצו את אמצעי המאסר במקום קנס והמטרות שביקש להשיג בכך.

(ב) מבנה ותוכן הוראות חוק העונשין, ככל שהן משקפות את התכלית האמורה.

נבחן היבטים אלה אחד לאחד.

(5) תכליתו של אמצעי ה"מאסר במקום קנס"

סעיף 71(א) לחוק העונשין קובע לאמור:

"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; נקבע לעבירה עונש קנס בלבד, או היתה העבירה עבירה של אחריות קפידה כאמור בסעיף 22(א) סיפא, לא תעלה תקופת המאסר במקום קנס על שנה; לא הוטל מאסר כאמור, רשאי בית המשפט להטילו בצו מיוחד על פי בקשת היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו שהוגשה לאחר שהקנס לא שולם במועדו; הוראות סימן ג' לא יחולו על מאסר לפי סעיף זה".

המחוקק קבע מסגרת של זמן למאסר במקום קנס במגמה להגביל את משך תקופת המאסר מסוג זה, כאשר לענין זה נקבעו שני רפים עליונים: לעבירות שעונש המאסר בצידן הוא שלוש שנים ומעלה - הגבול העליון עומד על שלוש שנים. אשר לעבירות שעונש המאסר בצידן נמוך משלוש שנים - הגבול העליון עומד על תקופת המאסר המירבית הקבועה לעבירה בגינה הוטל הקנס. מקום שהקנס מוטל בגין עבירה שלא נקבע לה עונש מאסר כלל, הרף העליון למאסר במקום קנס עומד על שנה אחת.

נראה כי החוק התכוון לקבוע רף עליון למשך המאסר במקום קנס ולא להתחשב במסגרת רף זה במאסר הרגיל שנגזר על הנאשם בגין אותה עבירה. בחינת תכלית החקיקה מצביעה על כוונה להגדיר את מסגרת התקופה המירבית להפעלת מאסר במקום קנס במנותק מתקופת המאסר הרגיל וזאת ניתן להסיק מהדברים הבאים:

(א) ההיסטוריה החקיקתית אשר הביאה לשילובו של המאסר-במקום-קנס אל דין הענישה מלמדת כי אמצעי זה נועד להגשים תכלית שעיקרה הגברת אמצעי האכיפה של תשלום קנסות פליליים שאכיפתם עד אותה עת נתקלה בקשיים מרובים. עד לשילובו של המאסר במקום קנס בחקיקת העונשין, חלה על גביית קנסות פליליים פקודת המסים (גבייה) בלבד. האמצעים שניתנו במסגרת פקודה זו, לרבות האפשרות להטיל מאסר עד גבול של חודש ימים על חייב שאינו משלם את החוב, נמצאו בלתי יעילים, ורשויות האכיפה נתקלו בקושי לממש את הענישה הפלילית בתחום הקנסות. לאור זאת, שולב לראשונה האמצעי של מאסר במקום קנס בסעיף 22 לחוק לתיקון דיני העונשין (דרכי ענישה) תשי"ד-1954, ונקבע בו כי בית המשפט הדן אדם לקנס רשאי להטיל עליו מאסר עד שישה חודשים למקרה שהקנס כולו או מקצתו לא ישולם במועדו. בהצעת החוק שקדמה לתיקון זה (הצ"ח 179 תשי"ד, עמ' 6) הוסבר הרציונל לשילובו של אמצעי זה בכך כי עד לאותה עת נחשב הקנס כחוב אזרחי של העבריין לאוצר המדינה וצריך היה לגבותו כאילו היה פסק דין במשפט אזרחי. פרוצדורה זו הוגדרה כ"פרוצדורה ממושכת שברוב המקרים לא הביאה לידי תוצאות" (שם, עמ' 11). לאור זאת נקבע כי ניתן יהיה

להמשיך ולגבות את הקנס על פי פקודת המיסים (גבייה) אולם אפשר יהיה גם לצוות על מאסר הנאשם באם לא שילם את הקנס, כדי להגביר את אמצעי אכיפת התשלום. נקבע לצורך משך תקופת המאסר רף עליון של ששה חודשים בלי שים לב כלל לעונש המאסר המירבי הקבוע לצד העבירה בגינה הוטל הקנס. מכאן, שכבר בתחילת הדברים הוגדר המאסר במקום קנס כאמצעי עצמאי ונפרד מעונש המאסר הרגיל שניתן להטיל בגין העבירה, ולא נקבעה קורלציה מחייבת כלשהי בין תקופות מאסר אלה לצורך חישוב תקופת המאסר במקום קנס במקרה נתון. הדעת נותנת כי גישה זו נגזרה מההנחה כי מאסר במקום קנס אינו אלא חלופה לקנס ולנאשם נתונה האפשרות למנוע את ריצויו אם יעמוד בתשלום הקנס כדין. מכאן, נחזה מאסר זה באור שונה מהמאסר הרגיל ולכן גם משך התקופה להטלתו נקבע בלא קשר מחייב למאסר הרגיל שהוטל.

בשנת תשכ"ג תוקן החוק והעלה את הרף העליון למשך המאסר במקום קנס מחצי שנה לשנה (ס"ח תשכ"ג עמ' 83), וב-1979- הוגשה הצעת חוק העונשין (מס' 10) תשל"ט-1979- ובה הוצע לתקן את סעיף 71 לחוק העונשין הדין בנושא זה ולהגדיל מאסר זה משנה לשלוש שנים. השינוי הוסבר על הרקע הבא:

"לאור שיעורי הקנסות המוטלים כיום, וביחוד לאור שיעורי הקנסות שמוסמך בית המשפט להטיל לאור קבלת החוק המוצע - נראה שמאסר עד שנה אחת אינו סנקציה מספקת להניע אדם לשלם קנסות גבוהים. עלול להיווצר מצב שבו בשל הסכום הגבוה של הקנס יעדיפו החייבים לפדותו במאסר. מוצע לכן להעלות את תקרת המאסר לשלוש שנים." (הצ"ח 1414, תשל"ט, עמ' 269).

תוכנה של הצעת החוק שיקף את שני אלה:

ראשית, נמצא צורך להעלות את הרף העליון של משך המאסר משנה לשלוש שנים כדי לייעל עוד יותר את מנגנון האכיפה של הקנסות. שנית, גם על פי הצעה זו לא הוצע לקשור בדרך כלשהי בין תקופת המאסר הרגיל למאסר במקום קנס לענין חישוב התקופה המירבית שבגידרה ניתן להטיל מאסר כזה. אלא שבוועדת החוקה של הכנסת, בדיוניה בהצעה ביום 17.12.79, העלה חה"כ האוזנר את הטענה כי מתבקש שיתקיים יחס סביר כלשהו בין הרף העליון שנקבע למשך המאסר במקום קנס לבין עונש המאסר המירבי אשר נקבע בחוק לצד העבירה, וזאת כדי למנוע מצב של דיספרופורציה בלתי סבירה בין המאסר הרגיל לבין המאסר במקום קנס בגין אותה עבירה באותם מקרים בהם המאסר הרגיל המירבי שניתן לגזור בגין העבירה נמוך באופן ניכר מהרף העליון שנקבע למאסר במקום קנס שהוצע להעמידו על שלוש שנים. כדי למנוע חוסר איזון כזה, הוחלט לשלב הוראה בחוק לפיה בנוסף לקביעה כי משך המאסר במקום קנס יגיע לרף עליון של 3 שנים ייאמר גם כי בכל מקרה לא יעלה המאסר במקום קנס על עונש המאסר המירבי הקבוע לצד העבירה. בכך שולבה לראשונה ההוראה האמורה בחוק העונשין (תיקון מס' 9) תש"ם-1980- (ס"ח 959, תש"ם, עמ' 60 בסעיף 11 לתיקון החוק). וכך, תיקון החוק ב-1980- אשר שילב אל תוך החוק רף עליון נוסף לצורך קביעת משך המאסר במקום

קנס בהתייחס לתקופת המאסר המירבית הצמודה לעבירה נעשה לצורך קביעת אמת מידה מגבילה בלבד כדי להבטיח קיומו של יחס סביר בין חומרת עונש המאסר שנקבע בחוק לצד העבירה לבין חומרת המאסר במקום קנס המוטל כאמצעי נוסף בגין אותה עבירה.

מסקנה אחרת היתה עומדת בסתירה למטרה הבסיסית שכיוונה את החקיקה על תיקוניה, אשר שמה לה למטרה ישירה להגביר את אמצעי האכיפה האפקטיביים של הקנסות הפליליים בדרך של העלאה, מעת לעת, של הרף העליון של תקופת המאסר במקום קנס בד בבד עם העלאת שיעורי הקנסות. ברי, כי אילו נצטווה בית המשפט להגביל את משך המאסר במקום קנס רק ליתרת התקופה המירבית שלא מוצתה על ידי המאסר הרגיל שנגזר על הנאשם כי אז השוליים שהיו נותרים לתקופת מאסר כזו היו צרים ביותר, ולעיתים לא היו נותרים כלל, ונמצא כי מטרת החוק על תיקוניה היתה מסוכלת, מיניה וביה.

ניתן לומר, איפוא, כי תכלית החקיקה על שלביה השונים העוסקת במאסר במקום קנס אינה מתיישבת עם פרשנות המבקשת לשלב מגבלה נוספת להפעלת אמצעי זה בדרך של הכללת עונש המאסר הרגיל שנגזר על הנאשם במסגרת חישוב תקופת המאסר המירבית שניתן לגזור בגין אי תשלום הקנס. פירוש כזה אינו עולה בקנה אחד עם התפישה והמדיניות העומדים ברקע החקיקה.

(ב) אכן, יישומה המעשי של הפרשנות המבקשת לצמצם את היקף המאסר במקום קנס בדרך של התחשבות במאסר הרגיל שנגזר לצורך חישוב התקופה המירבית שבמסגרתה ניתן להטילו עלולה להביא, לא אחת, למצב שבו דוקא בעבירות כלכליות חמורות בהן נגזר על הנאשם עונש מאסר רגיל, עשוי עונש זה ל"בלוע" את מלוא תקופת המאסר המירבית הקבועה בחוק באופן שלא תיוותר יתרה כלשהי, או תיוותר תקופה קצרה זניחה בלבד שבמסגרתה ניתן יהיה להטיל מאסר במקום קנס. מצב זה עלול להתרחש גם במצבים בהם הקנס מהווה אמצעי ענישה עיקרי ואילו המאסר הרגיל מהווה אמצעי נילוה ועל אף זאת לא נותר מירווח תקופה כלשהו להטלת מאסר במקום קנס. בנסיבות אלה כל שנותר עומד לרשות מערכת אכיפת החוק הוא אמצעי הגבייה על פי פקודת המיסים (גבייה) ועל חוסר התאמתו לענין גביית קנסות פליליים גדולים כבר ייחדנו דברים לעיל. פרשנות כזו עשויה היתה להחזיר אותנו למצב שקדם לתיקוני החקיקה בנושא זה והתכלית העיקרית שלשמה שולב המאסר במקום קנס בין אמצעי הענישה עלולה היתה להימצא מסוכלת.

רבות הדוגמאות לחקיקה הדנה בעבירות כלכליות בהן תקופת המאסר הרגיל המירבית אינה ארוכה, ואילו הקנסות שניתן להטיל מהווים אמצעי הענישה העיקרי. כך למשל, חוק נירות ערך, תשכ"ח-1968, אשר בפרק העונשין שבו נמנות עבירות שונות שצמוד להן עונש מאסר מירבי לא גדול, בצד קנסות המגיעים עד כדי פי ארבעה מן הקנסות האמורים בסעיף 61(א)(3) לחוק העונשין. הוא הדין בפרק העונשין של חוק ההגבלים

העסקיים, התשמ"ח 1988-, בו נקבע בסעיף 47(א) לגבי שורת עבירות עונש מאסר של שלוש שנים או קנס פי עשרה מהקנס האמור בסעיף 61(א) (4) לחוק העונשין וקנס נוסף שהוא פי עשרה מן הקנס האמור בסעיף 61(ג) לחוק העונשין לכל יום בו נמשכת העבירה. בסעיף 47(ב) הוצמד לעבירות אחרות עונש מאסר של שנה או קנס פי עשרה מהקנס כאמור, וקנס נוסף לכל יום בו נמשכת העבירה. בכלל זה מצוי גם פרק העונשין בפקודת מס הכנסה (נוסח חדש) (סעיף 215 ואילך), וכן חוק השקעות משותפות בנאמנות, תשנ"ד 1994-, הקובע בסעיף 124 עונש מאסר של שנה וקנס פי 6 מהקנס הקבוע בסעיף 61(א) (4) לחוק העונשין; חוק מכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה 1974, מכוחו ניתן להטיל על מי שעבר על הוראת החוק מאסר של שישה חודשים או קנס 100,000 לירות (בעידכונים המתחייבים). כן ראה גם את חוק הבזק, התשמ"ב 1982- בסעיף 6 לז, הקובע לעובר עבירות על פיו מאסר שלוש שנים או קנס העולה על 6 מיליון ש"ח, והדוגמאות עוד רבות. עוד יש לציין את קיומה של סמכות כללית הנתונה לבית המשפט לקנס נאשם על פי שווי הנזק שהתכוון לגרום או טובת ההנאה שביקש להפיק על פי סעיף 63 לחוק העונשין. מכח הוראה זו, ניתן להטיל קנס שהוא פי ארבעה משווי הנזק שנגרם או שווי טובת ההנאה שהושגה על ידי העבירה, או את הקנס שנקבע בחיקוק, על פי הגבוה ביניהם.

אילו ננקטה הפרשנות המצמצמת לחישוב תקופת המאסר במקום קנס באופן שתילקח במנין גם תקופת המאסר הרגיל, עשוי היה הדבר להביא למצב בו מקום שהוטל על נאשם מאסר רגיל לתקופה מירבית לא היה נותר מרחב תקופה כלשהו להטלת מאסר במקום קנס, והוא - גם מקום שמדובר בקנס המוטל כסנקציה עיקרית. קשה להניח כי זו היתה הכוונה. ואכן על פי פרשנות מצמצמת כאמור, במקרה שלפנינו נגזר על המערער חכמי מאסר רגיל של 5 שנים (מאסר ומאסר על תנאי) "הבולע" את מלוא התקופה המירבית הקבועה לעבירה בה הורשע ואשר בגינה הוטל הקנס. יוצא איפוא, כי על פי פרשנות זו לא נותר מירווח כלשהו להטלת מאסר במקום קנס, אף שהקנס שהוטל מגיע כדי 3 מיליון ש"ח, ועל פי גישה זו, נותרים בעינם רק האמצעים העומדים בידי הרשות לגבות את הקנס מכח פקודת המיסים (גבייה). קשה להלום תוצאה כזו עם תכלית החקיקה כפי שתוארה לעיל.

(6) מבנה החוק ותוכן הוראותיו

על תכלית החקיקה המבקשת להתייחס למאסר במקום קנס כאמצעי עונשי נפרד מעונש המאסר הרגיל שנגזר לצורך חישוב התקופה המירבית ניתן ללמוד גם ממבנה החוק וממקבץ הוראות עונשיות המשליכות במשקלן המצטבר על פרשנות זו:

(א) סעיף 36 לחוק העונשין מבהיר כי מקום שנקבע בחוק מאסר בלבד או נקבע מאסר או קנס לחלופין, רשאי בית המשפט להטיל מאסר או קנס או שניהם כאחד; הוראה זו מבהירה כי מאסר וקנס הם

עונשים נפרדים המשמשים ביחד או לחוד בהתאם לנסיבות הענין. המאסר במקום קנס הוא חלופה לקנס וככזה טיבו שונה ונבדל מן המאסר הרגיל. לנאשם נתונה הברירה להשתחרר מריצויו עם תשלום הקנס או לרצותו ומכאן שמדובר באמצעי אופציונלי העומד לעצמו.

(ב) יתר על כן, המחוקק גילה דעתו כי במושג עונש מאסר המוטל על אדם נכללים מאסר בפועל ומאסר על תנאי ולא נאמר כך לגבי מאסר במקום קנס. זאת ניתן ללמוד מסעיף 52 לחוק, הקובע כי משהטיל בית המשפט עונש מאסר רשאי הוא להורות בגזר הדין שהעונש כולו או מקצתו, יהיה על תנאי. הדעת נותנת כי אילו נחזה המאסר במקום קנס כחלק מעונש המאסר הכולל לצורך מנין תקופת המאסר המירבית היה הדבר נאמר במפורש, אולם לא היא, וזאת אף שלמאסר על תנאי ולמאסר במקום קנס קו משותף בהיות שניהם "מאסרים בכוח" המותנים בהתרחשות מאוחרת.

(ג) עונש המאסר במקום קנס מצוי בפרק נפרד העוסק בקנס, ואינו כלול בפרק הדין במאסר ויש בכך כדי לשקף את טיבו המיוחד.

(ד) סעיף 71(א) לחוק קובע, בין היתר, כי אם נקבע בחוק בצד עבירה עונש קנס בלבד בלא מאסר כלל, כי אז מאסר במקום קנס לא יעלה על שנה. הדבר מלמד כי גם בעבירות שנקבע לצידן עונש קנס בלבד אף כי לא ניתן להטיל מאסר רגיל בגינן, ניתן להטיל מאסר עד שנה תמורת הקנס. אמצעי זה נושא אופי נפרד ומנותק מעונש המאסר הרגיל. (השווה קדמי, שם, עמ' 1057).

(ה) עיתי אפשרי להטיל מאסר במקום קנס גם הוא עשוי ללמד על היותו נפרד ומנותק מעונש המאסר הרגיל. בסעיף 71(א) לחוק נקבע כי אם לא הוטל מאסר במקום קנס בגזר הדין, עדיין רשאי בית המשפט להטיל מאסר כזה בצו מיוחד על פי בקשת היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה לאחר מתן גזר הדין ולאחר שהקנס לא שולם במועדו. העיתי המאוחר האפשרי של הפעלת אמצעי זה לאחר שכל הליכי גזר הדין הושלמו גם הוא מעיד על היותו אמצעי נפרד ושונה מהמאסר הרגיל אותו יש לגזור, דרך כלל, בשלב מתן גזר הדין.

(ו) על פי הסיפא לסעיף 71(א) לא ניתן להטיל מאסר במקום קנס בדרך של מאסר על תנאי כפי שניתן לעשות בעונש מאסר רגיל הקבוע לעבירה. הוראה זו גם היא מבטאת את ייחודו של אמצעי זה.

(ז) מאסר במקום קנס לא יוטל בחופף למאסר אחר, בין שהמאסר הוטל באותו משפט ובין שהוטל במשפט אחר, זולת אם הורה בית המשפט אחרת.
וכך קובע סעיף 71(ה) לענין זה:

"מי שהוטל עליו מאסר בשל אי תשלום קנס, ישא אותו בנוסף לכל מאסר אחר, לרבות מאסר בשל אי תשלום קנס אחר, בין שהמאסר האחר הוטל באותו משפט ובין שהוטל במשפט אחר, זולת אם הורה בית המשפט הוראה אחרת" (הדגשה לא במקור).

הוראה זו שונה במהותה מהגישה הנוהגת דרך כלל, לגבי מאסרים רגילים אשר משהוטלו על נאשם בשל עבירות שונות, ולא הורה בית המשפט שישאם בזה אחר זה, ישא אותם הנאשם בחופף (סעיף 45 לחוק). בעניינו, נוכח אופיו של המאסר במקום קנס כאמצעי אכיפתי בעיקרו, אין רואים אותו כמאסר רגיל המוטל, דרך כלל, בחופף למאסר האחר שנגזר על הנאשם..

(ח) על פי סעיף 46 לחוק לענין סדר נשיאת המאסר פלילי, לעולם ישא נאשם תחילה את עונש המאסר במקום קנס לפני כל מאסר פלילי אחר, ואם היה נתון במאסר פלילי בעת שהוטל עליו מאסר בשל אי תשלום קנס, יופסק ריצוי המאסר הפלילי הרגיל לשם נשיאת המאסר בשל אי תשלום הקנס קודם לכן.

(ט) יתר על כן, אם ריצה נאשם מאסר במקום קנס ואחר כך שולם הקנס, לא יימנה המאסר שריצה כך במנין תקופת המאסר הרגיל שנגזר עליו לרצות. (ראה בענין זה בג"צ 60/83 שעת נ' שירות בתי הסוהר, פד"י לז(1) 754 וכן קדמי, סדר הדין הפלילי, ספר שני (חלק שני) עמ' 1056).

(י) המאסר במקום קנס נושא אופי אכיפתי ועונשי כאחד. שילובו בין אמצעי הענישה נועד בראש ובראשונה ליצור תמריץ לנאשם לשלם את הקנס שהוטל עליו ולייעל בכך את הליך האכיפה של התשלום. מכאן ההוראה בדבר הקדמת ריצוי של המאסר במקום קנס למאסר הרגיל, העדר החפיפה ביניהם, ואפשרות הטלתו במועד מאוחר. לעומת זאת, מתלווה לו גם אופי עונשי במובן זה שהוא משליך במישרין על גובה הקנס שהנאשם חוייב לשלמו ומהווה תחליף ישיר לקנס זה. הכוונה לכך כי ריצוי המאסר משחרר את הנאשם מתשלום הקנס במלואו או בחלקו על פי היחס בין תקופת ריצוי המאסר לגודל הקנס. ואמנם, על פי סעיף 71(ג) לחוק, אם ריצה אדם מאסר כזה במלואו יופטר מתשלום מלוא הקנס ואם נשא רק בחלק מתקופת המאסר, יופטר מתשלום החלק היחסי של הקנס ביחס לתקופה שריצה. במובן זה שונה המאסר במקום קנס בפלילים מהמאסר האזרחי על אי תשלום חוב שכל כולו אמצעי אכיפה של תשלום החוב ואין לריצוי השלכה כלשהי על גובהו.

הוראה זו מדגישה את הקשר ההדוק בין המאסר לתשלום הקנס ומותירה, למעשה, את "מפתחות הכלא" בידי של הנאשם. רוצה - משלם את הקנס ויוצא פטור ממאסר. מסרב לפרוע - יאסר לתקופה המייצגת את היקף הקנס שלא שולם - בין כולו ובין בחלקו. מאסר זה על פי טיבו אינו דומה למאסר הרגיל והוא נתון לכללים מיוחדים ונועד להשיג מטרות שונות מן המאסר הרגיל.

ממבנה החוק על מכלול הוראותיו, ניתן ללמוד כי לא היתה כונה לקשור את עונש המאסר במקום קנס עם עונש המאסר הרגיל ולכרוך אותם זה בזה, אלא מהבחינה המושגית מדובר באמצעים נפרדים. הדבר מחזק את התפישה הפרשנית לפיה יש לראות אמצעי זה בבחינת קטגוריה נפרדת גם לענין חישוב התקופה המירבית שבתחומה ניתן להטיל מאסר במקום קנס כמשמעותה על פי סעיף 71(א) לחוק.

(7) לשלמות הדברים ראוי להוסיף:

במספר ענינים מדמה חוק העונשין את המאסר במקום קנס למאסר פלילי רגיל. כך למשל ניתן לנכות שליש מתקופת מאסר שמרצה נאשם עקב אי תשלום קנס נוכח התנהגותו הטובה (ראה סעיפים 71(ד) ו-49 לחוק). לצורך ענין זה משווה הדין את המאסר הרגיל למאסר במקום קנס מתוך ראייה של קידום טובתו ורווחתו של האסיר. כמו כן, מאסר במקום קנס ניתן להטיל גם על דרך עבודות שירות (ע"פ 1100/91 מדינת ישראל נ' ג'עפרי, פד"י מז(1) 418). ועוד - לצורך הסדרת סדר נשיאת מאסר אזרחי בהתאם לסעיף 47 לחוק, רואים את המאסר במקום קנס כמאסר פלילי באופן שהמאסר האזרחי ירוצה תמיד לפניו. הסדר זה ברור נוכח העובדה כי מאסר אזרחי הוא לעולם מאסר אכיפתי בלבד ואילו למאסר במקום קנס נילוה לא רק היבט אכיפתי אלא גם אופי עונשי. עם זאת, ביחס למאסר הפלילי הרגיל, מודגש אופיו האכיפתי של המאסר במקום קנס ולפיכך באשר לסדר נשיאת המאסרים הפליליים יקדם תמיד ריצוי המאסר במקום קנס למאסר הפלילי הרגיל (סעיף 46 לחוק). חרף אלה, אין בהוראות האמורות כדי לשנות מן המסקנה כי מאסר במקום קנס הינו אמצעי נפרד מעונש המאסר הרגיל ולבית המשפט קנויה סמכות לקבוע את אורך תקופת המאסר בהתאם לגדרות העליונים שנקבעו בסעיף 71(א) לחוק בלא לקחת במנין את תקופת המאסר הרגיל שנגזרה.

(8) המדיניות הראויה להפעלת המאסר במקום קנס

לאחר שהבהרנו את היקף סמכותו של בית המשפט להטיל מאסר במקום קנס, עולה השאלה מהי המדיניות הראויה להפעלתה של סמכות זו ומה גבולות שיקול הדעת השיפוטי ליישומה. האם ראוי להטיל מאסר במקום קנס באורח שגרתי כל אימת שמוטל על נאשם עונש קנס או שמא דוקא מאחר שניתן להטיל מאסר במקומו לתקופה מירבית (שאינה תלויה בתקופת המאסר הרגיל) יש להגביל את הטלתו רק לנאשמים בעלי יכולת

לשלם את הקנס ולהימנע מהטלתו על חסרי אמצעים שידם אינה משגת לשלמו. לשאלות אלה פן חוקתי והן נוגעות בעקרון השוויון בפני החוק שתכליתו למנוע אפליה בין אדם לאדם, בין היתר, על רקע מצב כלכלי. בענין זה ישנן גישות שונות, ולא אחת נשמעה הדעה כי אין זה ראוי לפגוע בחירותו האישית של אדם רק מן הטעם שאין הוא עומד בתשלום קנס פלילי למדינה. (השווה דין וחשבון הוועדה לבחינת דרכי ההבנייה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין, אוקטובר 1997, דעת רוב בעמ' 29 ודעת מיעוט בעמ' 71). (להלן - "דו"ח הוועדה").

התפישה השלטת בחקיקה נכון לעת זו היא כי אמצעי המאסר במקום קנס הינו בבחינת רע הכרחי כאשר מדובר באדם שהוא בעל יכולת כלכלית ומתחמק מתשלום הקנס או מבריח את נכסיו כדי שלא ניתן יהיה לגבות מהם את המגיע. תפישה זו שלטת לא רק במשפט הפלילי אלא גם בדין האזרחי במסגרת הליכי ההוצאה לפועל על פיהם נועד המאסר האזרחי לדרבן את החייב בעל היכולת לפרוע את חובו לנושה. (השווה בג"צ 5304/92 פר"ח 1992 נ' שר המשפטים, פד"י מז(4) עמ' 715; וכן תיקון מס' 15 לחוק ההוצאה לפועל תשכ"ז-1967). בעוד המאסר האזרחי של החייב נועד אך להמריץ את בעל היכולת לשלם, ואין הוא משפיע על גובה החוב, ניצב המאסר במקום קנס פלילי כאמצעי אכיפתי ועונשי גם יחד: הוא נועד להמריץ את החייב בקנס לשלמו, אך משמש בעת ובעונה אחת גם כריצוי עונש השקול כתשלום הקנס, ומביא להפחתתו ההדרגתית והיחסית בהתאם לאורך תקופת ריצויו של המאסר.

גם בהינתן אופיו זה של המאסר במקום קנס, ראוי כי תימצא קורלציה מתאימה בין גובה הקנס והמאסר הנגזר במקומו לבין יכולתו הכלכלית האמיתית של הנאשם לעמוד בתשלום הקנס, לבל יהווה המאסר שבמקומו תוספת עקיפה לתקופת המאסר הרגיל, אלא אמצעי שנועד בעיקרו להמריץ את הנאשם לשלם את הקנס שהוטל עליו. בית משפט המטיל קנס שם דגש על אמצעי עונשי זה בעוד המאסר הנגזר במקומו מהווה לכך אך חלופה מישנית. נדרשת, על כן, עוד בשלב הטלת הקנס הערכה של יכולתו הכלכלית של הנאשם לצורך קביעת גובה הקנס שיוטל, ונחוצה אבחנה בין נאשם בעל יכולת כלכלית המסוגל לעמוד בתשלום קנס (ובכלל זה מי שהבריח את נכסיו כדי לחמוק מתשלום), לבין מי שאין ידו משגת באופן אמיתי לעמוד בתשלום. על היקף המאסר במקום הקנס שיוטל - באם יוטל - להיגזר באורח ישיר מההערכה האמורה. בדרך זו תוגשם, מצד אחד, מדיניות ראויה של ענישה פלילית ובכללה אמצעי אכיפה יעילים, ומצד שני תימנע פגיעה בעקרון השוויון בין נאשם בעל אמצעים המסוגל לשלם את הקנס ואם לא ישלמו ייכלא מאחורי סורג וברית, לבין מי שאין ידו משגת לשלם, אשר עליו לא תוטל סנקציה כזו. (השווה פרשת ג'עפרי, שם בעמ' 439; בזק, ענישה פלילית, 1981, עמ' 166-7).

גישה זו באה לביטוייה בע"פ 8573/98 מרקדו נ' מדינת ישראל (פד"י נא(5) 481, 587) בו הדגיש בית משפט זה (מפי השופט א. גולדברג) את הצורך לקבוע את שיעור הקנס בהתחשב ביכולת הנאשם לשלמו, במיוחד כאשר משמעות אי התשלום הוא תוספת מאסר על מאסר.

אלה דבריו שם:

"בנוסף למאסר, גזר בית משפט קמא על כל אחד מהמערערים קנס בגובה כפל טובת ההנאה שנצמחה לו מן העבירות וזאת מכח סמכותו שבסעיף 63(א) לחוק...
אכן, ראוי סעיף זה שיוחל במיוחד בעבירות כלכליות בנוסף לשלילת חירותו של הנאשם. זאת, כדי שחוטא לא יצא נשכר משללו והעבירה תהפך לבלתי משתלמת גם בהיבט הכלכלי. אולם על אף שיקול זה, על בית המשפט לקבוע את שיעור הקנס בהנחה כי בידי הנאשם לשלמו, כשמשמעות אי תשלום הקנס היא תוספת מאסר על המאסר. והרי לא בא הקנס להגדיל בעקיפין את תקופת המאסר. כיון שנתעורר ספק בעיני אם בידי...לשלם את הקנס ... יש מקום להפחית את הקנסות לגבי מערערים אלה".

ראה גישה דומה גם בדו"ח הועדה בעמ' 19 בו מציע רוב הועדה להטיל קנס בהתחשב בשווי נכסיו והכנסתו הממוצעת של הנאשם. על פי ההצעה, לשם קביעת גובה הקנס או פרישת התשלומים יהיה רשאי בית המשפט לדרוש נתונים מנאשם ומכל אדם או מוסד ובהעדר נתונים מספיקים ייקבע שיעור הקנס על פי הערכת בית המשפט. לצורך בהערכת יכולת כזו שותפים גם בעלי דעת המיעוט בועדה (עמ' 69). בחינה זו נחוצה במיוחד כאשר בית המשפט שוקל להטיל בנוסף לקנס גם מאסר במקום קנס, ויש בה כדי לקדם את המגמה להבטיח כי המאסר יוטל, באם יוטל, בהיקף ראוי ורק בנסיבות המתאימות לכך, וכי לא תיפגע חירותו האישית של אדם רק בשל היותו דל-אמצעים.

יוצא איפוא: בצד הקביעה כי התקופה המירבית שבמסגרתה ניתן להטיל מאסר במקום קנס אינה מושפעת מאורכה של תקופת המאסר הרגיל שנגזר על הנאשם בגין אותה עבירה, ראוי לבחון בנסיבות כל מקרה את היקפו של הקנס ההולם בהתחשב ביכולתו הכלכלית של הנאשם, וממילא לשקול האם ראוי להטיל מאסר במקום קנס ובאיזה היקף. הערכת יכולת זו נועדה להבטיח כי הקנס יוטל בשיעור סביר בהתאם להישג ידו של הנאשם וכי המאסר במקומו ימנע התחמקות מקיום חובת התשלום. כך מושגת מטרה כפולה: מצד אחד, ניתן בידי בית המשפט מכשיר יעיל לאכופ על נאשמים בעלי יכולת כלכלית לשלם קנסות שהוטלו עליהם ולמנוע הברחת נכסיהם, ומצד שני על אמצעי זה להיות מופעל באורח ראוי, תוך אבחנה בין נאשם בעל יכולת למי שהוא חסר אמצעים, ונמצא בכך איזון ראוי בין אינטרס הציבור לעניינו של הפרט.

(9) נכונים הם דבריו של חברי השופט טירקל לפיהם המאסר במקום קנס הינו בבחינת עונש בין שהוטל "במישרין" על העבריין ובין שהוטל "בעקיפין" במקום קנס וכי "מאסר הוא מאסר: חירותו של האדם שהורשע נשללת גם כאשר מוטל עליו מאסר במקום קנס". אולם טיבו של המאסר במקום קנס שונה מטיבו של המאסר הרגיל ולו מן הטעם שאין הוא אלא תחליף לקנס וככזה נתון ל"בחירתו" של הנאשם: רוצה - מרצה אותו כתחליף לקנס. רוצה - יוצא פטור ממנו - בין בשלמותו ובין בחלקו, בשלמו את הקנס שהוטל עליו. שוני זה מסביר את ייחודו של המאסר במקום קנס בתורת אמצעי העומד לעצמו כחלופה לקנס, והוא העומד ברקע הפרשנות כי אין לצרפו למאסר הרגיל שהוטל בגין העבירה לצורך חישוב התקופה המירבית להתפרשותו.

(10) ומן הכלל אל הפרט:

בעניינו, התקופה המירבית לצורך הטלת המאסר במקום קנס היא בת 3 שנים וזאת מאחר שעונש המאסר הקבוע לצידה של העבירה הרלבנטית בה הורשע הנאשם - מרמה בנסיבות מחמירות - הוא 5 שנים. על פי הפרשנות המוצעת כאן אין לכלול את עונש המאסר הרגיל שהוטל על הנאשם בהיקף של 5 שנים במסגרת חישוב התקופה שבמסגרתה ניתן להטיל מאסר במקום קנס.

מעבר לכך: גובה הקנס שנקבע לחכמי בשיעור 3 מליון ש"ח אינו בלתי סביר בנסיבות הענין על רקע חומרת מעשיו ונוכח הערכת בית המשפט בדבר יכולתו הכלכלית. אשר למצבו הבריאותי, במידה וייטען כי אינו מתיישב עם עונש מאסר ממושך, יוכל הדבר להישקל על ידי ועדת השחרורים. בנסיבות אלה, אין להתערב בשיעור הקנס שהוטל על חכמי, כמו גם בהיקף המאסר של שנתיים וחצי שנגזר עליו תמורת הקנס. לאור האמור, נראה לי כי אין מקום להתערב גם במרכיב זה של הענישה כפי שנקבע על ידי בית משפט קמא.

לו נשמעה דעתי, היינו משאירים גם קביעה זו של בית משפט קמא בעינה.

ש ו פ ט ת

הנשיא א' ברק:

אני מסכים למסקנותיו של חברי, השופט י' טירקל, כאמור בסעיף 17 לפסק דינו, לעניין עונשי המאסר בפועל שנגזרו על חכמי, לעניין נשיאתם במצטבר וכן למסקנותיו והנמקתו של חברי בכל הקשור לעונשי המאסר על תנאי והקנס שהושתו על חכמי נדל". בה בעת, במחלוקת שנפלה בין חברי השופט טירקל וחברתי, השופטת פרוקצ'ה, דעתי היא, כדעתה של השופטת פרוקצ'ה, כי יש לחשב את תקופת המאסר במקום קנס בנפרד ובמנותק מתקופת המאסר המירבית שלצד העבירה שבגינה הוטל הקנס. לפיכך, מקובל עלי כי יש להשאיר את קביעתו של בית המשפט המחוזי בעניין זה, בעינה.

הנשיא

השופט ת' אור:

אני מסכים לפסק-דינו של השופט טירקל בהסתייגות אחת והיא, שבשאלה שבמחלוקת בינו לבין השופטת פרוקצ'יה, מקובלת עלי דעת השופטת פרוקצ'יה מנמוקיה.

שופט

השופט א' מצא:

במחלוקת שנפלה בין חברי הנכבדים, השופט טירקל והשופטת פרוקצ'יה, דעתי כדעת חברתי השופטת פרוקצ'יה. בנתון לכך אני מסכים לפסק דינו של חברי השופט טירקל.

שופט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט טירקל בכפוף להסתייגויות באשר לסוגיית המאסר - במקום - קנס כאמור בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. מכאן, שהערעור נדחה.

ניתן היום, כ' באדר תשס"א (15.3.01).

הנשיא שופט שופט שופט שופטת

העתק מתאים למקור
נוסח זה כפוף לשינויי עריכה טרם פרסומו בקובץ
פסקי הדין של בית המשפט העליון בישראל.
שמריהו כהן - מזכיר ראשי
M12.99050230