



עפ"א 14091/02/18 - אשר אופנהיימר נגד המועצה האזורית מנשה

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"א 14091-02-18 אופנהיימר נ' המועצה האזורית מנשה
תיק חיצוני:

בפני	כבוד השופט שמואל מנדלבוים
מערער	אשר אופנהיימר
נגד	
משיבה	המועצה האזורית מנשה

פסק דין

פתח דבר:

1. לפני ערעור על הכרעת הדין של בית המשפט השלום בחדרה (כב' השופט אביהו גופמן, שופט בכיר) (להלן-"**הכרעת הדין**"), אשר ניתנה ביום 25.9.17 במסגרת רע"ס 81-12-13, בה נדחתה בקשת המערער להימנע מהרשעתו, והמערער הורשע בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום המתוקן בגין ניהול עסק ללא רישיון. הערעור מופנה גם כנגד גזר הדין שניתן ביום 28.12.17. (להלן-"**גזר הדין**").

רקע:

2. ביום 1.12.13 הגישה המשיבה לבית המשפט קמא כתב אישום כנגד המערער והמייחס לו ביצוע עבירה של ניהול עסק ללא רישיון- עבירה לפי סעיף 14 **לחוק רישוי עסקים**, התשכ"ח-1968 (להלן בהתאמה-"**כתב האישום**" ו-"**החוק**"). העסק נשוא כתב האישום הינו עסק לגידול, אחזקה וטיפול בבעלי חיים (לול עופות)(להלן-"**הלול**"), במושב כפר פינס הנמצא בתחום שיפוטה של המועצה האזורית מנשה (להלן-"**המשיבה**").

3. המבקש הודה בעובדות כתב האישום אך טען שיש לבטל את כתב האישום בשל הגנה מן הצדק, זאת, לטענתו, מאחר שהופעלה כלפיו **אכיפה בררנית** בשל נקמנות אישית של ראש המועצה.

4. בהחלטתו מיום 26.11.15, הורה בית המשפט קמא על ביטול כתב האישום מטעמי **הגנה מן הצדק ואכיפה בררנית** ואולם ערעור שהגישה המשיבה על החלטת בית המשפט קמא מיום 26.11.15 התקבל בפסק דינה של כב' השופטת א' אלון מיום 29.5.16 בעפ"א 51915-12-15 (להלן-"**פסק הדין בערעור**"), והדין הושב לבית המשפט קמא לצורך מתן הכרעת דין, שמיעת טיעונים לעונש ומתן גזר דין, תוך שנקבע כי הטענות שהעלה המערער לביטול כתב האישום, לרבות הטענה בדבר אכיפה בררנית, מקומן בעת מתן גזר הדין ולא בדרך של ביטול כתב האישום שהינה תוצאה קיצונית השמורה למקרים חריגים ונדירים ואין זה המקרה שבפנינו (פיסקה 34 לפסק הדין בערעור).

עמוד 1



5. על פסק הדין בערעור הגיש החייב בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון (רע"פ 5530/169) ובית המשפט העליון, בהחלטתו מיום 13.12.16 דחה את הבקשה וקבע כי דין הבקשה להידחות **נכון לאותו שלב** בו הוגשה מאחר וטרם בשלה העת לדון בבקשה למתן רשות ערעור, כאשר ההליך בבית המשפט קמא טרם הסתיים ויתכן כי יחזור לבית המשפט המחוזי, והבקשה מקדימה את זמנה. לאור האמור, בית המשפט העליון הורה על דחיית הבקשה לרשות ערעור תוך שמירת זכויות וטענות הצדדים ומבלי להביע עמדה לגופו של עניין.

6. לאחר שהתיק הוחזר לבית המשפט קמא, התקיים דיון ביום 30.3.17 ובמהלכו ביקש המערער שלא להרשיע אותו ולהפנות אותו לקבלת תסקיר שירות המבחן לעניין אי הרשעה.

7. בתסקיר שירות המבחן (להלן-"**התסקיר**") נסקרו נסיבותיו של המערער תוך ציון העובדה שאין לו כל הרשעות קודמות וצוין בו כי המערער מוכן לשאת בהשלכות התנהלותו אך בכוונתו להמשיך להפעיל את העסק גם בעתיד. בתסקיר נאמר עוד כי מדובר בנאשם נורמטיבי, בעל יכולת תפקודית גבוהה ואשר התנהלותו בעבירות נשוא כתב האישום אינן משקפות את התנהלותו ואורח חייו וכי בנסיבות העניין להרשעתו עשויה להיות השלכות של פגיעה בדימוי החברתי ובדימוי העצמי כאזרח שומר חוק, אך לנוכח הכוונה להמשיך להפעיל את העסק שירות המבחן לא נתן המלצה חד משמעית לסיום ההליך ללא הרשעה, אך ציין כי אם יחליט בית המשפט להימנע מהרשעה, מומלץ להטיל צו שירות לתועלת הציבור בהיקף של 120 שעות וכן הודגש כי אין מקום ליתן צו מבחן. עוד הוסף בתסקיר כי אם יוחלט להרשיע את המערער, יש להסתפק בהטלת קנס בלבד.

8. המשיבה עמדה בטיעוניה על הרשעת הנאשם בעבירות שהודה כבר בביצוען והדגישה את התנהלותו לאורך השנים והצהרתו שימשיך להפעיל את העסק תוך הפרה של הוראות הדין ועל כן עתרה המשיבה בפני בית המשפט קמא להרשעת הנאשם ולהשתת קנס וצו סגירה.

החלטת בית המשפט קמא נשוא הערעור:

הכרעת הדין:

9. בית המשפט קמא, בהחלטתו מיום 25.9.17, דחה כאמור את בקשת המערער לאי הרשעה; לאחר שעמד על הפסיקה לפיה על מנהל עסק לנקוט בכל אמצעי סביר ושמירת הוראות חוק רישוי עסקים גם אם פירוש הדבר יהיה לסגור את העסק בשל אי השלמת כל הפעולות והתנאים להוצאת רישיון וכן עמד על ההלכה שלפיה משהוכח ביצוע עבירה, ההרשעה היא הכלל ואי הרשעה הינה חריג שיש ליישמו במקרים חריגים וקיצוניים, קבע בית המשפט קמא כי בנסיבות המקרה המערער לא עמד בנטל להוכיח את הנסיבות המצדיקות אי הרשעה. בית המשפט קמא הטעים כי מדובר בעבירה של ניהול עסק ללא רישיון במשך תקופה ארוכה וכי מעבר לכך לא הוכח כי הרשעת המערער תביא לפגיעה חמורה בו. עוד הוטעם כי טענות המערער לפיהן להרשעתו תהיינה השלכות של פגיעה בדימוי החברתי וכי בכוונת המערער לשוב לעשייה הפוליטית, נטענו באופן סתמי ללא הוכחה וללא ביסוס.

10. בית המשפט קמא קבע עוד כי הצהרת המערער לפיה ימשיך להפעיל את העסק בעתיד היא לכשעצמה מצדיקה הרשעת המערער שכן היא מצביעה על דרך התנהגותו הצפויה בעתיד, מה גם ששירות המבחן



נמנע מהמלצה חד משמעית לסיום ההליך באי הרשעה.

11. לאור האמור, בית המשפט קמא הרשיע את הנאשם בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום המתוקן שבהן הודה למעשה המערער.

גזר הדין:

12. המשיבה, בטיעוניה לעונש, ביקשה להטיל קנס שלא יפחת מסך של 50,000 ₪ וכן ליתן צו סגירה לעסק. המשיבה טענה כי מדובר בלול שמופעל ללא רישיון שנים רבות כאשר גם מדובר בלול רחב היקף ובו אלפי עופות ונמצא בסמוך למבני מגורים על כל המפגעים הכרוכים בהפעלתו.

13. מנגד, המערער ביקש להטיל קנס מינימאלי ולהימנע ממתן צו סגירה. המערער טען כי עניין המפגעים לא הוכח וכי אין מדובר בכתב אישום המוגש על ידי המשרד לאיכות הסביבה. בהמשך טען המערער כי מתחם הענישה במקרים דומים נע בין קנס של 2,000 ₪ ל- 3,000 ₪. המערער טען עוד כי הלול פועל כבר כ-40 שנים וזאת עוד לפני הקמת מבני המגורים בסמוך לו וכן לולים רבים פועלים בתחום המשיבה ללא רישיון עסק, והרישיון לא נדרש מהם ואין אכיפה לעניינם של עסקים אלה. המערער הוסיף כי בתחום המשיבה פועלים כ- 100 לולים ללא רישיון עסק ולא הוגש כנגדם כתב אישום, גם נכון למועד הדיון. הנאשם ביקש ענישה מזערית מאחר ולטענתו מדובר בשינוי מדיניות האכיפה רק כלפיו.

14. בית המשפט קמא כי מתחם הענישה בנסיבות המקרה דנן נע בין 10,000 ₪ ל- 30,000 ₪ ועונשים נוספים, יחד עם זאת קבע כי יש ליתן משקל לנסיבותיו המיוחדות של המקרה ובהקשר זה ציין בית המשפט קמא כי אין להתעלם מהעובדה כי העסק פועל שנים רבות ובמשך השנים לא נאכפה ע"י המשיבה חובת קיום רישיון עסק לגבי עסקו של המערער וכנראה גם לעסקים אחרים. בית המשפט קמא קבע עוד כי אין להתעלם מהעובדה כי, כפי שאכן נראה, כי האכיפה במקרה זה והגשת כתב האישום, נעשתה אך ורק לאחר שבמקום נבנו בנייני מגורים, זמן רב לאחר הקמת הלול, והוגשו תלונות נגד הלול בגין המטרד שנגרם על ידי הפעלתו. יחד עם זאת, נקבע, כי יש ליתן משקל לעניין הענישה לעובדה שללול אין רישיון עסק וכי בקשה לקבלת רישיון עסק שהוגשה על ידי המערער בוטלה והוא ממשיך בהפעלתו גם כיום.

15. בית המשפט קמא גזר על המערער את העונשים הבאים: **קנס בסך של 8,000 ₪** אשר ישולם תוך 90 ימים מיום מתן גזר הדין; **צו סגירה וצו איסור שימוש** אשר **יותלה** לתקופה של 3 חודשים מיום מתן גזר הדין וייכנסו לתוקפם מיד עם תום שלושת החודשים, אלא אם יהיה לעסק רישיון כדין וכן המערער חוייב לחתום על התחייבות בסכום של 16,000 ₪ להימנע תוך שנתיים מלעבור עבירה של ניהול עסק ללא רישיון וכי באם ייסרב לחתום, ייאסר המערער ל- 30 יום עד שיחתום על פי המוקדם.

16. לבקשת המערער, בית המשפט קמא עיכב את ביצוע גזר הדין למשך 50 יום מיום מתן גזר הדין.

הערעור:

17. בהודעת הערעור טוען המערער כי בית המשפט קמא שגה בהחלטתו לדחות את הבקשה להימנע מהרשעה אי הרשעה ולטענת המערער, טענת הגנה מן הצדק יפה וטובה גם לשלב שאלת ההרשעה או אי



ההרשעה, כמו גם לשלב מתן גזר הדין, והיה איפוא על בית המשפט קמא לדון ולהכריע בטענה זו, שהינה לב ליבו של ההליך דנן, ומשלא עשה כן, כאשר לאור אותה טענה של הגנה מן הצדק ביטל את כתב האישום בהחלטתו מיום 26.11.15, החלטתו נשוא הערעור דנן מוטעית ומשוללת יסוד.

18. לטענת המערער, בית המשפט קמא שגה בכך שבהחלטתו לדחות את הבקשה להימנע מהרשעה, התייחס ללול שהוקם כדן, בהיתר, ופועל כבר כ- 40 שנה בפיקוח הגורמים האמונים על ענף הלול, בידיעה ברורה ובהסכמה דה פקטו של המועצה (המשיבה) וצין כי על המערער היה לנקוט בכל אמצעי סביר לצורך שמירת החוק גם אם משמעות הדבר סגירת הלול, ולטענת המערער קביעה זו מנותקת מהנסיבות שהוכחו בפניו וממה שנקבע על ידי בית המשפט קמא עצמו. בהקשר זה טוען המערער כי הוכח בפני בית המשפט קמא כי בשטח שיפוט המשיבה פועלים לאורך שנים וגם היום יותר מ-100 לולים נוספים ללא כל רישיון עסק שלא נפתח כנגדם כל הליך אכיפה שכן המשיבה לא אוכפת את חוק רישוי עסקים בענף הלול.

19. המערער טוען עוד כי בית המשפט קמא לא בחן כנדרש את הקריטריונים הנדרשים לאי הרשעת המערער במקרה דנן; לטענת המערער, קביעת בית המשפט קמא שאין מקום להימנע מהרשעת המערער אינה עולה בקנה אחד עם החלטתו הקודמת לבטל את כתב האישום ובהחלטתו להרשיע את המערער על האף האמור, בית המשפט קמא לא התייחס ולא נתן משקל לסוג העבירה ומהותה - שהיא עבירה אסדרתית מסוג אחריות קפידה- לגביה כבר נקבע כי מאפייניה של עבירות אלה ונסיבות ביצוען יילקחו בחשבון במסגרת האיזון הכולל שנקבע בהלכה כאשר ההלכה שנקבעה בע"פ 2083/96 **כתב נ' מ"י**, פ"ד נב(2) 337 (להלן- "**הלכת כתב**") תוחל לגביה בגמישות רבה יותר. בהקשר זה הפנה המערער לרע"פ 3515/12 **מ"י נ' שבתאי ואח'** (10.9.13) (להלן- "**עניין שבתאי**").

20. המערער טוען כי בית המשפט קמא לא התייחס לשאלת חומרת העבירה. בהקשר זה טוען המערער כי ככל מדובר בעבירה שחומרתה פחותה, היה על בית המשפט קמא להקל בתנאים לאי הרשעה וככל שהיתה חמורה אזי מתעצמת טענת ההגנה בדבר ההגנה מן הצדק ואכיפה בדרנית.

21. לטענת המערער, בית המשפט קמא התעלם לחלוטין מהראיות שהונחו בפניו במהלך שמיעת הראיות והעדויות לפיהן כהונתו הציבורית של המערער ששימש ראש המועצה הדתית, נגדעה, עקב כך שבבחירות בשנת 2012 תמך המערער במועמד שכנגד ראש המועצה ובהמשך לגדיעה זו של כהונתו גם החל ההליך הפלילי שבפניו. המערער מוסיף כי בית המשפט קמא עצמו קבע בהחלטתו הקודמת לבטל את כתב האישום כי טענותיו אלו של המערער לא נסתרו.

22. אשר לקביעת בית המשפט קמא כי לא הוכחה פגיעה חמורה במערער, המערער טוען כי הפגיעה בעצם ההרשעה היא פגיעה חמורה שעל בית המשפט קמא היה לקחת בחשבון שכן לשיטתו ככל שחומרת העבירה פחותה, כמו בענייננו, פוחתת מידת הפגיעה במערער הנדרשת לצורך הימנעות מהרשעה וכי חומרת הפגיעה הינה אך מרכיב אחד מבין המרכיבים שיש לשקול לצורך ההחלטה בבקשה להימנעות מהרשעה ובית המשפט קמא לא לקח אותם בחשבון.

23. לטענת המערער, בית המשפט קמא לא נתן את דעתו לשאלת האכיפה, תת האכיפה והאינטרס הציבורי באכיפה לאחר שבית המשפט המחוזי השיב לו את הדיון בתיק מהנימוק כי ביטול כתב האישום יביא לתת



אכיפה, ואילו עשה כן, היה מגיע למסקנה שונה והיא אי הרשעת המערער. שכן, לשיטת המערער, רק הימנעות מהרשעתו יש בה כדי לתרום לאכיפה אם וככל שיש מקום לאכיפה כלשהי בענף הלול שטרם הוסדר.

24. המערער טוען עוד כי בית המשפט קמא התעלם מכך כי למרות חלוף הזמן ולמרות העלאה הטענות בדבר אכיפה בררנית ולמרות ההחלטות שכבר ניתנו בהתייחס לכתב האישום שהוגש כנגד המערער, המשיבה עד היום לא שינתה את דרכה ואינה נוקטת בכל הליך אכיפה על פי חוק רישוי עסקים נגד לולים למעט המקרה הבודד של המערער. לאור האמור, מוסיף המערער, הרשעתו מעצימה את ההפליה הקיצונית והבלתי צודקת כלפיו מצד המשיבה.

25. לטענת המערער, בית המשפט קמא טעה בכך שלא נתן כל משקל לתיאור החיובי בתסקיר ולא שילב בין התסקיר ובין השאלות הנורמטיביות בתיק זה וטענות ההגנה מן הצדק והאכיפה הבררנית.

26. המערער מעלה טענות כנגד קביעות תסקיר המבחן, לרבות קביעות עובדתיות שנרשמו בו וטוען כי לאור קביעות אלו היה על בית המשפט קמא לבקש תסקיר משלים או הסבר לאור הטעויות הגלויות שנפלו בו ואשר אליהן הפנה המערער בפתח הדיון שהתקיים ביום 16.7.17 בבית המשפט קמא; המערער טוען, בין היתר, כי שירות המבחן כלל לא היה מודע לטענת ההגנה מן הצדק והאכיפה הבררנית שהעלה המערער בבית המשפט ואילו הדברים היו מובאים בפני שירות המבחן אין כל ספק כי התסקיר היה שונה לחלוטין.

27. לטענת המערער, האמרה שנרשמה בתסקיר המבחן לפיה הוא הצהיר כי בכוונתו להמשיך להפעיל את העסק, הוצאה מהקשרה ובית המשפט קמא טעה משהתעלם מכל העובדות והשתית את מסקנתו על אמרה זו כפי שנרשמה בתסקיר המבחן; המערער מבקש להבהיר כי הוא אכן הביע את רצונו להמשיך ולהפעיל את הלול, כפי שנהג שנים רבות וכפי שלטענתו נוהגים רבים אחרים באותו מצב, ואולם אין בכך לטענתו כדי להצביע על המשמעות השגויה שבית המשפט קמא נתן לדברים וזכותו של המערער למצות טענותיו וזכויותיו כדי לממש כוונותיו להמשיך להפעיל את העסק בעתיד ואין בכך כדי למנוע את התוצאה של אי הרשעת המערער.

28. לעניין ההרשעה עצמה, המערער טוען כי בית המשפט קמא הרשיע אותו בעבירה אשר יוחסה למערער בכתב האישום המתוקן, שאין לה ביסוס בעובדות המפורטות בכתב האישום, ואשר בכל מקרה לא הוכחו בבית המשפט, ויש בטעות זו כדי לבטל מיסודה את הכרעת הדין.

טענות המערער כנגד גזר הדין:

29. לטענת המערער גם בקביעת גזר הדין בית המשפט קמא התעלם מטיעוני ההגנה וממשקלה ומרכזיותה של טענת ההגנה מן הצדק ואכיפה בררנית.

30. לטענת המערער, בית המשפט קמא טעה בכך שהטיל צו איסור שימוש וחוב חתימה על התחייבות כאשר המשיבה כלל לא עתרה לעונשים אלה.



31. המערער טוען כי "עקרון ההלימה" הקבוע בחוק העונשין התשל"ז-1977 (להלן-"חוק העונשין"), חייב את בית המשפט קמא לקבוע כי במקרה דנן יש להסתפק בקנס מזערי ללא צו סגירה וללא יתר רכיבי העונש שניתנו מבלי שהמשיבה עתרה להם.

32. לטענת המערער, בית המשפט קמא התעלם מהיבט "מדיניות הענישה הנוהגת" בקביעת מתחם העונש ההולם ומרכיביו והיבט זה הנו בעל משמעות מיוחדת בענייננו.

33. בבחינת ההיבט של "הערך החברתי שנפגע" בקביעת מתחם העונש, טוען המערער כי היה על בית המשפט קמא לקבל במלואן את טענות ההגנה ולהסתפק לכל היותר בקנס מינימאלי בלבד. בהקשר זה הוסיף המערער כי במקרה דנן, הרשעת הנאשם והטלת העונשים שהוטלו עליו בנסיבות שהוכחו ובהעדר אכיפה בשוק הלולים, הן בבחינת הפליה ופגיעה בערך השוויון והתחרות החופשית בשוק הלולים והפעלת הלול של המערער לא פגעה באותו ערך מוגן שעה שמדובר בשוק לא מוסדר בחוק רישוי עסקים. המערער מוסיף כי המשרד להגנת הסביבה בדק את הלול נשוא ההליך דנן ולא מצא מקום להליכים כנגד הפעלתו ומכאן מבקש המערער לראות בכך כהודאה של הרשויות שאין בלול כדי להוות מפגע לציבור.

34. לטענת המערער, בית המשפט העליון התעלם מכך כי אכיפה סלקטיבית הינה בעלת משקל משמעותי להקלה משמעותית בעונש ומרכיביו וכן התעלם מכך כי מדובר במקרה יחיד בתחום השיפוט של המשיבה שהינו בבחינת שינוי נורמה מה שמחייב הימנעות ממיצוי הדין לרבות במרכיבי הענישה.

35. המערער טוען כי קביעותיו של בית המשפט קמא במסגרת קביעת מתחם הענישה ההולם סותרות אחת את השנייה וכי פסקי הדין עליהם הסתמך בהקשר זה אינם רלוונטיים לענייננו.

36. לאור כל האמור, המערער מבקש במסגרת הערעור לבטל את הרשעתו, להימנע מהרשעה ולשלוח את המערער לתסקיר שירות מבחן (משלים) ולצורך קביעת היקף שעות של"צ ותכנית המתאימה לנסיבותיו של המקרה דנן. לחילופין, המערער מבקש לבטל את צו הסגירה, צו איסור השימוש ורכיב ההתחייבות והפחתה ראויה של מרכיב הקנס.

טענות המשיבה בדיון שהתקיים בפני ביום 24.4.18 והתייחסות ב"כ המערער:

37. בהתייחס לטענת המערער לפיה המשרד להגנת הסביבה בדק את הלול נשוא ההליך דנן ולא מצא מקום להליכים כנגד הפעלתו, טען ב"כ המשיבה בדיון כי המערער מציג בטיעוניו תמונה חלקית שכן המשרד להגנת הסביבה החליט לסגור את התיק בעניינו של הלול נשוא הערעור בשל "סיכון כפול" כיוון שהמשיבה ניהלה הליך באותו עניין ולא מחוסר אשמה. בעניין זה הפנה ב"כ המשיבה למסמך שהוגש מטעמה לבית המשפט המחוזי במסגרת הליכי הערעור.

38. ב"כ המשיבה טען עוד בדיון כי ברשות המשיבה היום ראיות, שלא עמדו בפני בית המשפט קמא, ואשר לפיהן כמחצית מהלולים בתחום השיפוט של המשיבה מצויים היום בהליכי הסדרה ולטענת המשיבה, חרף אי ידיעתו של בית המשפט קמא על הליכי הסדרה אלו, מצא להרשיע את המערער על אף הטענה לאכיפה בררנית. יודגש כי ב"כ המשיבה מסר בדיון כי המצב היום הוא שונה מאחר והמשיבה פועלת בהליכי הסדרה



כאשר כיום כל הלולים שבתחום השיפוט של המשיבה נמצאים בהליך של הסדרה פרט ללול של המערער נשוא ההליך דנן.

39. לטענת המשיבה גם כיום שהיא פועלת בהליכי הסדרה של הלולים הנמצאים בתחום שיפוט, עדיין יש מקום לסגור את הלול של המערער נשוא ההליך דנן וזאת **כאמצעי נוסף** במקרים של עסקים ללא רישיון **ולא כעונש** והמשיבה מדגישה כי לא ביקשה את הריסת המבנה בו הופעל הלול כך שהמערער יכול להשתמש במבנה, לאחר סגירת העסק של הלול, לצרכים אחרים. בהקשר זה הבהירה המשיבה כי הלול של המערער הוא הלול היחיד התעשייתי מבין הלולים שבתחום שיפוט (ואשר קיבלו כבר אישור מטעם המשרד להגנת הסביבה) שנמצא **בסמוך למבני מגורים** ולאור עובדה זו ככל הנראה המערער לא יכול לקבל רישיון להפעלת הלול לפי חוק רישוי עסקים ולטענת המשיבה ראיה לכך היא העובדה שהמערער לא נקט באמצעי הסדרה מאז הבקשה שהגיש בשנת 2012 ובוטלה על ידו עד היום. ב"כ המשיבה הוסיף כי למיטב ידיעתו, עמדת המשרד להגנת הסביבה כיום היא שיש לסגור את הלול. לאור האמור, המשיבה טוענת כי הפתרון המעשי הוא סגירת הלול, להבדיל כאמור מהריסת המבנה בו מופעל.

40. ב"כ המשיבה מדגישה בטיעוניה את הנזק רב השנים והמתמשך שנגרם לתושבים שגרים בסמיכות ללול ושבינו הוגשו כנגד הפעלת הלול תלונות רבות על ידי התושבים ואשר הוצגו בבית המשפט קמא ועליהן גם עמדה השופטת א' אלון בפסק הדין בערעור.

41. המשיבה תומכת בדחיית הטענה לאכיפה בררנית ומפנה לנימוקי החלטת השופטת א' אלון לפיה טענה זו לא הוכחה כנדרש.

42. בהתייחס לטענת ב"כ המערער שהועלתה בדיון ואשר לפיה לא עמדו בפני בית המשפט קמא ראיות כלשהן למפגעים הסביבתיים הנטענים והמצדיקים את סגירת הלול לטענת המשיבה, ציין ב"כ המשיבה כי בקשה להבאת אותן ראיות בפני בית המשפט קמא נדחתה.

43. ב"כ המערער טען בדיון כי המשיבה לא יכולה להביא היום ראיות אודות פעילות הסדרה של כל הלולים במשיבה, הקיימת כיום, ולא עמדו בפני בית המשפט קמא במועד ההרשעה והדיון בטענת המערער לאכיפה בררנית.

44. ב"כ המערער טען עוד כי ההליך נשוא הערעור דנן עניינו בחוק רישוי עסקים ולכן המערער לא נדרש בבית המשפט קמא לחקור נציג של המשרד להגנת הסביבה ביחס למסמך שהוצג על ידי המשיבה בדיון ביום 24.4.18 ואשר לפיו המשרד להגנת הסביבה בחר שלא לנקוט בהליכים כנגד הפעלת הלול דנן מהנימוק של "סיכון כפול" לאור ההליך בו פתחה המשיבה ולא מהנימוק כי לא נמצא טעם לסגירת הלול.

45. ב"כ המערער טען כי בניגוד למה שמסר ב"כ המשיבה, המערער לא ביקש לבטל את הליך הסדרת הלול בשנת 2012 מיוזמתו הוא אלא נאלץ לעשות כן לאור דחיית הבקשה לרישיון עסק והתנאת הפעלתו בכך שיהיה לול סגור, דבר שלא התאפשר לפי מדיניות ענף הלולים, ומשראה המערער כי כל הלולים בשטח המשיבה לא מוסדרים, החליט לבטל את ההליך.



46. ב"כ המערער טען עוד בדיון כי הלול של המערער אינו הלול היחיד שנמצא בסמוך לבתי מגורים וכי ישנו לול נוסף בשטח המשיבה שצמוד לבית ספר שהוקם לאחר שהלול כבר היה קיים.

47. בנוסף לאמור, ב"כ המערער הפנה לפסיקה אשר קבעה כי אין צורך בהוכחת מניע זר של המאשימה לצורך הוכחת טענה של אכיפה בררנית.

השלמת טיעון מטעם הצדדים:

48. בהחלטתי מתום הדיון התרתי לב"כ המשיבה להגיש השלמת טיעון קצרה וכן בקשה להגשת ראיות נוספות וזאת אך ורק ביחס לנתונים שפירטה המשיבה אודות הליכי הסדרה הקיימים היום בעניין הלולים בשטח המשיבה. עוד הבהרתי באותה החלטה כי ב"כ המשיבה לא יהיה רשאי לצרף את הראיות שמבוקש להגישן אלא רק לאחר שיינתן לכך אישור על ידי בית המשפט.

49. בהשלמת הטיעון מטעמה מסבירה המשיבה כי במחלקת רישוי עסקים במועצה קיימים כיום 30 תיקים של לולים המצויים בתחומי המשיבה כאשר מתוכם ל-14 תיקים כבר יש רישיונות עסק, ואילו שאר 16 התיקים נמצאים בשלבים שונים של קבלת הרישיונות או שאינם פעילים. המשיבה צירפה רשימה של הלולים שכבר קיבלו רישיון לעסק מהמשיבה ושל אלו הנמצאים בשלבי הסדרת רישיון עסק.

50. המשיבה מבקשת עוד להדגיש כי מרבית הלולים שנמצאים בהליכי הסדרה כבר קיבלו אישורים מהמשרד להגנת הסביבה המאשרים כי הלול אינו מהווה מפגע תברואתי או בריאותי, לטענתה, בניגוד ללול של המערער המהווה מפגע מתמשך וחמור לתושבי הסביבה.

51. לאור האמור, המשיבה טוענת כי הטענה בדבר אכיפה בררנית שממילא כבר נדונה והוכרעה על ידי בית המשפט המחוזי בערעור היא טענה שגויה לחלוטין מבחינה עובדתית מאחר שקיימת פעילות הסדרה מקיפה של כל הלולים במשיבה.

52. המערער בתגובתו מיום 6.6.18 מתנגד לצירוף הראיות הנוספות וטוען כי המשיבה לא הביאה נימוק וכלל לא מתקיימים נימוקים המצדיקים הבאת ראיות חדשות אלו לראשונה בשלב הערעור, כאשר אותן ראיות לא הוצגו בפני בית המשפט קמא והמשיבה לא ביקשה להציג אותן בפני בית המשפט קמא.

53. המערער מוסיף בהשלמת הטיעון מטעמו כי לאחר הדיון שהתקיים בפני ביום 24.4.18, פנה המערער למשרד להגנת הסביבה כדי לבחון היכן הדברים עומדים וכי לאחר שהתקיים סיור במקום ועל פי מיטב הבנת המערער לא תהיה מניעה להשלים הליך רישוי עסקים בלול נשוא ההליך דנן וכי לא תהיה דרישה להפעלתו כלול סגור ולאור האמור המערער יקדם את הליך ההסדרה במנותק מההליך דנן.

דיון והכרעה:

המסגרת העובדתית - אישום בניהול עסק ללא רישיון:

54. בטרם אפנה לבחון את טיעוני הצדדים, מן הראוי לתחום את המסגרת העובדתית - משפטית שבה



יבחנו הכרעת הדין וגזר הדין של בית המשפט קמא.

55. ראשית יוקדם ויודגש כי הדיון בבית המשפט קמא, עסק **אך ורק** בשאלת הרשעתו של המערער **בעבירה של ניהול עסק ללא רישיון**, ויש לדחות כל ניסיון המשיבה ליצור מצג כאילו הונחה בפני בית המשפט קמא תשתית עובדתית המבססת את הטענה, שהלול אותו מנהל המערער יוצר מפגעים לסביבתו. (ראה לדוגמא טיעוני המשיבה בסעיפים 24-25 לתגובה לבקשה דחופה לעיכוב ביצוע גזר דין).

56. בעניין זה קבע בית המשפט קמא באופן מפורש בהחלטתו מיום 23.12.2014 כי:

"מובהר לצדדים כי נשוא כתב האישום הינו ניהול עסק ללא רישיון ואי הגשת כתבי אישום נגד אחרים, דבר המהווה אפליה פסולה בנסיבות העניין, אין בימ"ש מכריע בעניין מטרד או העדר מטרד, על כל המשמעויות הנובעות מכך".

(עמ' 24 לפרו' מיום 23.12.14 ש' 6-10).

57. על עמדה ברורה זו חזר בית המשפט קמא בהחלטתו מיום 29.11.17 שם הבהיר כי:

"המדובר בכתב אישום שהוגש בגין ניהול עסק ללא רישיון, באשר לטיעונים לעונש, הרי סבור אני שמאחר ומהות העבירה לא רלוונטי לעניין חוק מניעת מפגעים שכן לא הוגש כתב אישום בגין הפרת חוק למניעת מפגעים. מעבר לכך, השכנים או חלק מהם העידו במשפט לגופו וענין עדותם ילקח בחשבון. אשר על כן, אין אני מתיר עדות השכנים לעניין העונש". (עמ' 62 לפרוט' שורות 3-10).

58. קביעתו זו של בית המשפט קמא נתמכת גם בראיות אשר הוגשו במסגרת ההליך ובין היתר מכתב ההתראה ששלחה המשיבה למערער ביום 15.7.2013 (מוצג נ/8), התייחס **אך ורק לניהול עסק ללא רישיון**, ודו"ח הפיקוח שהוגש בתיק (מוצג ת/1) ציין בסעיף 11 כי בביקורת נתגלו הממצאים הבאים: **"העסק מתנהל ללא רישיון"**, ולא צויין ממצא נוסף כלשהו למרות שיש מקום בדו"ח לציון ליקויים או ממצאים אחרים שנתגלו בביקור (סעיף 13 בדו"ח).

59. בהקשר זה יודגש כי בכתב האישום המתוקן הפנתה המשיבה לתקנה 8, **לתקנות רישוי עסקים (תנאים לרישוי משקי עוף ולולים)** התשמ"א-1981 הקובע כי: **"במשק העופות לא יהיו ריחות רעים ומפגעים אחרים"**, ואולם בפירוט העובדתי בכתב האישום לא נאמר דבר על המפגעים הקיימים לכאורה בלול.



60. אמנם נכון הוא כי הוגשו לבית המשפט קמא מכתבי תלונה ששלחו שכנים של הלול ובהם תלונות על מפגעים שונים (ת/3 - ת/9), ואף נשמעה עדותו של שולח המכתבים. ואולם מנהלת רישוי עסקים מטעם המשיבה -גב' ניצה יעקובי אישרה כי נושא המפגעים שיוצר הלול לא נחקר כלל על ידה וכך בחקירתה העידה:

"ש. את עצמך אני רואה בחומר החקירה ת/1 לא ערכת מזכר על מפגעים נכון?

ת. נכון יש את המשרד לאיכות הסביבה. "

(עמ' 19 לפרוט' מיום 23.12.14 ש' 11-12).

61. זאת ועוד, לא הוגשה ראייה אובייקטיבית מטעם המשיבה אשר תצביע על בדיקה שערכה המשיבה ביחס למפגעים שצוינו במכתבי התלונה, וכאמור העדה מטעם המשיבה הבהירה כי נושא זה לעמדתה מצוי בתחום טיפולו של המשרד לאיכות הסביבה.

62. בנוסף, בדיונים שהתקיימו בבית המשפט קמא בשלב ההרשעה ובשלב הטיעונים לעונש לאחר ההרשעה התברר כי קיים מכתב של המשרד לאיכות הסביבה המאשר את סגירת תיק החקירה שנוהל כנגד המערער מ"חוסר ענין לציבור" (ראה פרוט' דיון מיום 29.11.17 ש' 14-15), וכנגד זה טען ב"כ המשיבה כי עילת הסגירה האמיתית של התיק הייתה לאור טיפולה של המשיבה בנושא ובהליכי הערעור הראשון אף הוצג מכתב של ב"כ המשרד לאיכות הסביבה המבהיר את סיבת הסגירה .

63. לעמדתו, מכתב ההבהרה של ב"כ המשרד לאיכות הסביבה אינו מתיישב עם עדותה של גב' יעקובי אשר טענה כי נושא המפגעים אינו באחריות המשיבה, ויותר מכך במכתב סגירת התיק מיום 21.3.16 שהוצג בפניו אין כל רמז לכך שעילת הסגירה היא החשש מ"סיכון כפול" או טיפול המשיבה בנושא, וכל שצוין במכתב הוא כי **"יש לסגור את תיק החקירה, בשל העדר ענין לציבור בהעמדה לדין"**, ובכל מקרה בהבהרות שניתנו בכתב על ידי המשרד לאיכות הסביבה אין כדי לשנות את העובדה **שבסיכומו של דבר לא התנהל הליך כלשהו כנגד המערער בגין מפגעים לכאורה שיצר הלול.**

64. בנסיבות אלו, יש ליתן למכתבי התלונה שהוצגו את ההקשר העובדתי המתאים, שלפיו יש לראות במכתבים אלו **אך ורק כראיה מטעם המשיבה, אשר נועדה לשמש הצדקה, לכך שרק כנגד המערער ננקטו הליכים פליליים, ולא ניתן לבסס עליהם ממצא עובדתי לפיו בשל פעילות הלול נוצרו מפגעים לשכניו וסביבתו**, ובהתאם הדיון יתמקד בשאלה האם בנסיבות בהן הועמד המערער לדין, **אך ורק** בגין עבירה של ניהול עסק ללא רישיון, **ומבלי שהוכח כי בפועל הלול יוצר מפגע סביבתי**, לא היה מקום להימנע מהרשעת המערער, ולחלופין האם אין מקום להתערב בגזר הדין שנקבע על ידי בית המשפט קמא.



הגשת ראיות נוספות בערעור :

65. בנוסף, ובטרם אבחן את גוף החלטות בית המשפט קמא, יש לדון ולהכריע בבקשות המשיבה לאפשר לה במסגרת טיעוניה, להגיש נתונים ומסמכים ביחס למצב העדכני של הליכים לקבלת רישיונות ללולים הפעילים בתחומי המשיבה, כאשר יצוין כי כבר במסגרת הבקשה, ועוד בטרם ניתנה רשותי להגשת ראיות נוספות, פירטה המשיבה את הנתונים החדשים ואשר לפיהם קיימים כיום 30 תיקים של לולים המצויים בתחומי המועצה, ל 14 ישנו כבר רישיון עסק, ואילו שאר 16 התיקים נמצאים בשלבים שונים של קבלת הרישיונות. ולטענת ב"כ המשיבה ראיות נוספות אלו מלמדות כי אין בסיס לטענת "אכיפה בררנית" שהועלתה בפני בית המשפט קמא.

66. המערער מתנגד להגשת הראיות הנוספות ולטענתו היה צריך להגישן במסגרת פרשת התביעה, כך שניתן היה לחקור עליהן ולהתגונן מפניהן, ואף לגופו של ענין טוען ב"כ המערער כי הנתונים שאותן מבקשת המשיבה להציג מצביעים על כך שהליכי הסדרת רישוי עסקים ללולים הפעילים בתחומי המשיבה התנהלו רק החל משנת 2017, ומכאן שבמועד הגשת כתב האישום בשנת 2013, לא היו הליכי הסדרה כאלו, וכי המשיבה לא קנתה בהליך אכיפה כלשהו כלפי מי מבעלי הלולים למעט המערער.

67. לאחר שעיינתי בטענות הצדדים, **אני דוחה את בקשתה לצירוף ראיות נוספות** וכפי שנקבע לא אחת, על מנת שתתאפשר הגשת ראיה נוספת בשלב הערעור, עליה לעמוד בתנאים שנקבעו בפסיקה **"הכוללים כידוע שני מבחנים מצטברים: הראשון, כי המבקש "לא היה יכול להביא את הראיה בפני הערכאה הדיונית: השני, כי הראיה הנוספת היא בעלת משקל סגולי כזה העשוי לשנות את תוצאות המשפט..."** (רע"פ 3602/17 צבי כהן נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה טייבה (2.8.17), פסקה 12) (להלן: **"ענין צבי כהן"**).

68. במקרה שבפנינו לא הובא נימוק כלשהו, מדוע לא הובאו הנתונים שמבוקש להביאם כיום בפני בית המשפט קמא, בכל אחד משלבי ניהול המשפט, וזאת במיוחד כאשר הטיעונים בשאלת הימנעות מהרשעת המערער נשמעו בשנת 2017, ולפיכך, כבר היו בידי המשיבה אשר בחרה שלא להביאם, וכיום מנסה לשנות את התמונה העובדתית אשר עמדה בפני בית המשפט קמא, ואשר עליה התבסס בית המשפט קמא בהחלטתו, בדרך שאינה עולה בקנה אחד עם כללי ההליך התקין, ועם שמירה כנדרש על זכויות המערער - הנאשם, ובכלל זה הזכות לחקור את מגישי הנתונים החדשים מטעם המשיבה, וזכותו להבאת ראיות נגדיות במהלך המשפט הפלילי שהתנהל.

69. משלא הוצגה הצדקה להימנעות מהגשת הראיות בבית המשפט קמא, אני דוחה את הבקשה גם מבלי צורך לקבוע מסמרות באשר למשקלן של ראיות אלו, ורק אציין כי ספק גדול בעיני אם יש בראיות החדשות בכדי לסייע למשיבה, במיוחד כאשר עולה מהן כי נכון למועד הגשת כתב האישום המתוקן, לא היו רישיונות לאף אחד מהלולים בתחומי המשיבה (למעט אחד), וכנגד כל הלולים אשר לא פעלו



ופועלים ללא רשיון עסק תקף, **לא ננקטו הליכים כלשהם**, ודווקא כלפי המערער הוגש כתב אישום.

70. לפיכך בחינת החלטותיו של בית המשפט קמא תהיה אך ורק על סמך הראיות אשר הוצגו בבית המשפט קמא(כגון: תעודת עובד ציבור - נ/7), ולא על סמך ראיות שביקש ב"כ המשיבה להגיש לערכאת הערעור.

"הגנה מן הצדק" - אכיפה בררנית- עילה להימנעות מהרשעה.

71. כאמור לעיל, המערער טוען כי טעה בית המשפט קמא טעות מהותית כאשר בבחינתו את שאלת הרשעתו של המערער, התעלם מטענתו דבר "אכיפה בררנית/הגנה מן הצדק", ואילו לטענת ב"כ המשיבה, בית המשפט המחוזי בפסק הדין בערעור קבע כי המערער לא הוכיח טענת אכיפה בררנית ולחלופין כי בית המשפט קמא לקח בחשבון את טענת האכיפה הבררנית.

72. מהכרעת הדין עולה כי בניגוד לטיעוני המשיבה, בית המשפט קמא לא דן כלל בטענת האכיפה הבררנית- "הגנה מן הצדק", אותה טענה אשר שימשה כבסיס להחלטתו מיום 26.11.15 לביטול כתב האישום, ונראה כי בית המשפט קמא סבר כי פסק הדין בערעור "סתם את הגולל" על טענה זו, וכי אין להמשיך לדון בה.

73. לעמדתי, היה מקום לכך שבית המשפט קמא במסגרת הדיון בשאלת הימנעות מהרשעה, יתן את המשקל הנדרש לטענת האכיפה הבררנית/הגנה מן הצדק, אשר התקבלה כאמור על ידי בית המשפט עצמו ב"סיבוב ראשון" וזאת ממספר נימוקים.

74. **ראשית**, יודגש כי בניגוד לטענות המשיבה, החלטת בית המשפט המחוזי בערעור, והחלטת בית המשפט העליון, לא סיימו את הדיון בטענת האכיפה הבררנית/הגנה מן הצדק, ובית המשפט המחוזי עצמו בפסק הדין בערעור קבע כי: **"כמובן, שבית המשפט קמא יבחן, במסגרת גזר הדין, את טענות הצדדים, גם לעניין אכיפה בררנית הגנה מן הצדק, שאין בהן כדי להביא לביטול כתב האישום", ואף בית המשפט העליון סירב להתערב בקביעות בית המשפט המחוזי והחזיר את הדיון לבית המשפט קמא.**

75. קביעותיו של בית המשפט המחוזי לפיהן לא הוכחו הנסיבות המצדיקות ביטול של כתב האישום, מבוססת היטב בפסיקתו של בית המשפט העליון אשר חזר והדגיש כי: **"ביטול של הליך פלילי מטעמי הגנה מן הצדק מהווה אפוא מהלך קיצוני שבית - המשפט אינו נזקק לו אלא במקרים חריגים ביותר"** (הציטוט מתוך פסק הדין בעניין "בורוביץ" (ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' צבי איתמר בורוביץ פ"ד נט (6) 776 (2005) (להלן: "עניין בורוביץ" (ראה סעיף 32 לפסק הדין בערעור), ובהתאם קביעותיו של בית המשפט המחוזי בפסק הדין בערעור מסתכמות בכך שהן קובעות כי לא



התקיימו אותן נסיבות חריגות וקיצוניות המצדיקות ביטול כתב אישום, צעד שמשמעותו היא מסר למערער לפיו לא נפל פגם כלשהו בהתנהלותו, ולעמדתו צדק בית המשפט המחוזי כאשר קבע כי הנסיבות שהוכחו בפניו אינן מצדיקות העברת מסר כזה למערער.

76. ואולם, גם אם הנסיבות אינן מצדיקות ביטול של כתב האישום, אין בכך כדי לבטל את הצורך בבחינת השפעתה של שאלת הגנה מן הצדק/אכיפה ברגנית, בשלב הענישה בכלל, ובשאלת ההימנעות מהרשעה בפרט.

77. בענין זה אפנה לדברים שנכתבו בפסק דינו של בית המשפט העליון שניתן בימים אלו ממש ולפיהם:

"בהמשך, רוככה והורחבה הדוקטרינה - בפרשת בורוביץ' - שאז הומרו אמות המידה הצרות לתחולתה, במבחן גמיש ורחב - מבחן "הפגיעה הממשית בתחושת הצדק וההגנות". מעתה, הפכה הדוקטרינה לאמצעי רב עוצמה הנתון בידי בית המשפט, המאפשר לבקר את אופן פעולת רשויות האכיפה ולאזן בין ערכי הצדק, ההגנות וזכויותיו הדיוניות של הנידון בהליך הפלילי, לבין הערכים, השיקולים והאינטרסים העומדים בעצם ניהול ההליך. ההגנה המרחיבה שנקבעה בהלכת בורוביץ' מאפשרת לבית המשפט לערוך את האזון האמור ביחס לכל שלבי ההליך הפלילי - בטרם מעשה העבירה, ועד לגזירת העונש - ואין היא ממוקדת דווקא בשאלת מעשי הרשות ברקע ההליך הפלילי, או להגשת כתב האישום. משכך, עקרון ההגנה מן הצדק איננו משמש עוד בגדר טענה מקדמית גרידא, אלא הוא עשוי לבוא לידי ביטוי בכל שלב משלבי המשפט....

בפרשת בורוביץ' הורחבה הדוקטרינה אף לעניין הסעדים שניתן לתת בעקבות ההפרה. נקבע, כי לרשות בית המשפט, אשר מצא כי נפל פגם המצדיק את החלת העיקרון של הגנה מן הצדק, עומדים שורה של אמצעים לרפא את הפגם - במידתיות - ובתוך כך ניתן להתחשב בקיומם של טעמים מן הצדק בקשר לקביעת העונש; להביא לביטולם של אישומים ספציפיים, לצד האפשרות להביא לביטול כתב האישום כולו (עניין בורוביץ', בעמ' 808; בג"ץ 9131/05 ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' משרד התעשייה המסחר והתעסוקה, בפיסקה 5 (06.02.2006) (להלן: עניין ניר עם)). ואכן, ריבוי הסעדים העומדים לרשות בית המשפט בקובעו כי נידון זכאי להגנה מן הצדק - עד כדי ביטול כתב האישום, משרת ערכים חשובים דוגמת זכותו של אדם לכבוד, לשוויון ולהליך הוגן; הדבר מחזק גם את האינטרס הציבורי של שלטון החוק; ומסייע בגיבושה של מדיניות אכיפה מגובשת, הזוכה לאמון הציבור..." (דגש שלי ש.מ.)

[ראו: רע"פ 1611/16 מדינת ישראל נ' יוסי יוסף ורדי ואח' (31.10.18) בפסקאות 58 ו- 59 לפסק הדין] (להלן - "עניין ורדי"), וראו גם ע"פ 6238/12 מדינת ישראל נ' פולדי פרץ (להלן: "עניין פרץ") (ע"פ 914/17 חכמון אהרון בע"מ ואח' נ' עיריית נתניה (4.6.17, פסקה 6). ע"פ 7659/15 הרוש נ' מ"י (20.4.16, פסקה 36).



79. באופן ספציפי אושרה בפסיקה בחינת שאלה של אכיפה בררנית בהקשר של הימנעות מהרשעה וראו פסק דינה של כבוד השופטת ד. ברק ארז **בענין "ורדי"**, אשר סברה כי כסעד ראוי לטענת אכיפה בררנית שהוכחה, ניתן להימנע מהרשעה. וכן ראו רע"פ 6157/18 **דין צבר נ' מדינת ישראל** (29.8.18, פסקה 4) שם אישר בית המשפט העליון את פסק דינם של הערכאות הקודמות בהם נקבע כי בשל טענות של אכיפה בררנית, יש להימנע מהרשעת נאשם אשר הודה בביצוע עבירות.

80. יותר מכך, טענת הגנה מן הצדק/ אכיפה בררנית משתלבת היטב במסגרת השיקולים אותם ישקול בית המשפט בבואו לדון בשאלת הימנעות מהרשעה, ובענין זה נפרט את העקרונות שנקבעו בפסיקה בשאלת הימנעות מהרשעת נאשם שאשמתו הוכחה.

הימנעות מהרשעת נאשם שהוכחה אשמתו.

81. כפי שנקבע לא אחת, כלל הוא כי מקום שהוכחה אשמתו של אדם בפלילים- יש להרשיעו בדין. כלל זה מעוגן בסעיף 182 **לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]**, התשמ"ב-1982 (להלן-"**החסד"פ**") אך לכלל זה יש חריגים והדין מאפשר לבית המשפט **להימנע מהרשעה או לבטלה**, הגם שנקבע כי הנאשם עבר עבירה, וזאת תוך האפשרות לחייבו בביצוע שירות לציבור או בהטלת צו מבחן הכל לפי סעיף 192א' **לחסד"פ**, סעיף 1(א)(2) **לפקודת המבחן [נוסח חדש]**, התשכ"ט-1969 וסעיף 71א(ב) **לחוק העונשין**. החוק אינו קובע את התנאים להימנעות מהרשעה או ביטולה ולכן שאלה זו מסורה ל**שיקול דעתו הרחב** של בית המשפט, ובאשר לנסיבות בהם יעשה בית המשפט שימוש בשיקול דעתו שנקבע לא אחת בפסיקה כי:

"מקום שבנסיבות מיוחדות וחריגות עלול להיווצר יחס בלתי סביר באורח קיצוני בין חשיבות ההרשעה לאינטרס הציבורי הכללי לבין עוצמת הפגיעה בנאשם הצפויה מההרשעה, עשויה לקום הצדקה לעשות שימוש בסמכות השיפוטית של אי הרשעה. לצורך כך, יש להתחשב, מן הצד האחד, במשמעותה של העבירה שנעברה מבחינת השלכתה על הנורמות החברתיות, והמסר הציבורי המתחייב מהן; יש להתחשב בזהותו של עובר העבירה ובמעמדו בציבור, ולבחון באיזו מידה זהותו משפיעה על עוצמת הפגיעה שנגרמה מהעבירה על המערכת הציבורית; יש לשקול במבט רחב גם את השפעת אי ההרשעה על ההליך הפלילי בכללותו, ואת המסר החברתי שאי הרשעה עלול לאצור בחובו בנסיבות הענין הספציפי.

מנגד, יש לתת את הדעת לנאשם האינדיבידואלי, לנסיבותיו האישיות המיוחדות, ולהשפעת ההרשעה על חייו, ועל סיכויי שיקומו; יש לקחת בחשבון נסיבות אישיות שונות - גיל, עבר פלילי קודם, ונתונים שונים הקשורים למצבו האישי והבריאותי. יש לבחון את השפעת ההרשעה על עיסוקו המקצועי של הנאשם, ועל מצבו הכלכלי והמשפחתי. בסופו של יום, ניצבת השאלה בכל עוצמתה - האם, בנסיבות המיוחדות של הענין, השיקול האינדיבידואלי, על היבטיו השונים, גובר על השיקול הציבורי-מערכתי הכללי, באופן שהגם שהנאשם ביצע את העבירה בה הואשם, סובלת הנורמה החברתית הכללית את אי הרשעתו בדין."

ע"פ 9893/06 **אסנת אלון לאופר נ' מדינת ישראל** (31.12.2007), פסקאות 10 ו-11.



וכן ראו ענין "כתב" וע"פ 619/18 בזיזנסקי נ' מדינת ישראל (1.3.18, פסקה 7).

82. להשלמת התמונה יצוין כי בפסיקת בית המשפט העליון נקבע גם כי כאשר עסקינן בעבירות של אחריות קפידה, שבהן לצורך הרשעת נאשם, אין התביעה נדרשת להוכיח יסוד נפשי של מחשבה פלילית או רשלנות, אלא די בהתקיימות היסוד העובדתי (ראו סעיף 22 (א) לחוק העונשין) יש מקום להגמשת המבחן הנוקשה אשר נקבע "בענין כתב", וכפי שקבע בית המשפט: "עם זאת, נראה כי גם ביישום ההלכה הנוהגת, כפי שנקבעה בעניין כתב ובפסיקה שצעדה בעקבותיו, בית המשפט אינו עוצם את עיניו למאפיינים המיוחדים של העבירות האסדרתיות, ואין מניעה לתת לנתון זה משקל באיזון הכולל. כפי שצוין, חומרת העבירה ונסיבות ביצועה הן שיקול שנלקח בחשבון באיזון שקבעה הפסיקה לבחינת שאלת ההימנעות מהרשעה בפלילים, בין האינטרס הציבורי שבהרשעה לבין נסיבותיו הפרטניות של הנאשם והנזק שייגרם לו כתוצאה מן ההרשעה. ככל שהעבירה שעבר הנאשם ונסיבות ביצועה הן ברך הנמוך, כך פוחת האינטרס הציבורי שבהרשעה. כפועל יוצא, ניתן להקל על הנטל המוטל על כתפי הנאשם להראות את עצמת הפגיעה שתיגרם לו כתוצאה מן ההרשעה כתנאי לאי הרשעתו בדין. בנוסף, צודק בית המשפט המחוזי בהערתו כי בעבירות מעין אלו, שאלת שיקום העבריין - כשיקול מרכזי שעליו עמדה הפסיקה ביחס לנושא ההימנעות מהרשעה - אינה רלוונטית. מכיוון שבמצב הדברים הרגיל מדובר בעבירות הנעברות על-ידי אנשים ללא מעורבות קודמת בפלילים, אין מדובר, ככלל, בסיטואציה של עבריין טעון שיקום. לסיכום - הגם שההלכה הקיימת שלפיה הרשעה בפלילים היא הכלל, והימנעות ממנה היא החריג, עומדת בעינה, ניתן להחיל הלכה זו בגמישות רבה יותר כאשר מדובר בעבירות אסדרתיות של אחריות קפידה." (ענין שבתאי פסקה 39). דגש שלי ש.מ.

וראו גם בע"פ 8971/15 כלבו חצי חינום בע"מ נ' מדינת ישראל המשרד לאיכות הסביבה (27.1.16 פסקה 15)

83. בהקשר זה יצוין, כי נראה כי עבירה על פי סעיף 14 לחוק רישוי עסקים הינה עבירה של אחריות קפידה, שבה כל שנדרש מהמשיבה להוכיח הוא כי המערער מפעיל עסק ללא רישיון, ולא נדרש ממנה להוכיח יסוד נפשי של המערער בעת ביצוע העבירה (ראו ע"פ 26/97 לקס נ' מ"י פ"ד נב (2) 673, (685) 1329/11 מדינת ישראל נ' רימטל החברה הישראלית למתכות (5.11.2012 פסקה 53) עמק (קריות) 1005/04 מדינת ישראל נ' מחצבי אבן בע"מ (19.10.06), (ת"א) 5174-02-05 מ.ר.נ. השקעות בע"מ נ' מדינת ישראל (5.12.16, פסקה 8).

השתלבות טענת אכיפה בררנית/הגנה מן הצדק במבחני הימנעות מהרשעה.

84. כאמור לעיל, בבחינת שאלת הימנעות מהרשעת מי שהוכחה אשמתו, בית המשפט יעמיד זה מול זה



את חשיבות ההרשעה לאינטרס הציבורי הכללי אל מול עצמת הפגיעה בנאשם הצפויה מההרשעה, ולעמדתו בנסיבות בהן מניח הנאשם בפני בית המשפט תשתית עובדתית שיש בה להצביע על אכיפה בררנית, הרי שהאינטרס הציבורי בהרשעת אותו נאשם מתעמעם ונחלש באופן מהותי ויותר מכך אף נוצר אינטרס ציבורי שלא להרשיע את הנאשם, וכפי שקבע בית המשפט בעניין "פרץ" (פסקה 26): **"זאת ואף זאת: הפעלה ראויה של ההליך הפלילי מבוססת על אמון הציבור ברשויות התביעה בפרט, וברשויות השלטון בכלל. הגשת אישומים בדרך מפלה פוגעת באמון זה. כאשר התביעה עושה שימוש מפלה בכוחה, מתערערת ההנחה כי השלטונות אינם נוקטים איפה ואיפה, ונפגע כוחו המרתיע של המשפט הפלילי (ראו: בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 512 (1990) (להלן: עניין גנור)). משכך, קבלת טענת אכיפה בררנית עשויה לסייע לא רק לעשיית צדק אינדיבידואלי עם נאשם קונקרטי; יש בה אף משום הגשמה של האינטרס הציבורי הרחב בפעולה תקינה של רשויות השלטון....."** (דגש שלי ש.מ.) (וראו והשוו לדעת המיעוט של כבוד השופט חשין בע"פ 3520/91 הלנה תורג'מן נ' מדינת ישראל (13.2.93))

85. ההחלשה המהותית באינטרס הציבורי שבהרשעת הנאשם, מובילה מיניה וביה להקלה מהותית בנטל המוטל על הנאשם להוכיח את עוצמת הפגיעה הקונקרטית הקיימת בעניינו בשל ההרשעה, ולעמדתו בנסיבות בהן קיים פגם בהליך הפלילי המתנהל של אכיפה בררנית, ובשים לב לאינטרס הציבורי הקיים במקרים כאלו שלא להרשיע, ניתן להסתפק לצורך הוכחת הנזק והפגיעה הצפויים לנאשם בעובדה שהרשעתו תופיע במרשם הפלילי המתנהל בהתאם **לחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים התשמ"א - 1981**, ובפגיעה הטמונה ברישום כזה וכקביעתו של בית המשפט העליון בעניין ש"שבתאי" (פסקה 16) לפיה **"בפרט, אין חולק כי קיומו של רישום פלילי פוגע בפרט, שכן הוא עלול להגביל אפשרויות תעסוקתיות בעתיד. הדברים עולים בבירור גם מעצם קיומה של האפשרות - שעליה נעמוד עתה של הימנעות מהרשעה"**, וזאת בצירוף לנזק הנגרם לאדם נורמטיבי בעל עבר של פעילות ציבורית, בשל הרשעה פלילית, כפי שצוין גם בתסקיר.

86. כל האמור נכון, כפי שפורט לעיל, במשנה תוקף כאשר עסקינן בעבירת ניהול עסק ללא רישיון, שהינה כאמור במהותה עבירה של אחריות קפידה, שמבחני הלכת "כתב" מוחלים עליה ביתר גמישות.

יישום כל האמור על במקרה שבפנינו

87. לעמדתו, בתשתית העובדתית שהובאה בפני בית המשפט קמא, היה די כדי לבסס טענה של אכיפה בררנית, אשר גם אם לא הצדיקה ביטול של כתב האישום, יש בה כדי לשמש שיקול מהותי בשאלת הימנעות מהרשעת המערער.

88. אין למעשה חולק על כך, כי הוכח בפני בית המשפט קמא כי בתחומי המשיבה פועלים עשרות לולים (כ-100 לגרסת המערער וכ-42 לגרסת נציגת המשיבה), ולמעט 4 מהם, לכל יתר הלולים אין רישיון



עסק ואף לא הוצגה ראייה כלשהי המצביעה על הליכים שמנהלים אותם לולים לצורך קבלת רשיון, ובכל זאת כנגד כל הלולים הפועלים ללא רישיון לא ננקטו הליכים כלשהם, אף לא מכתבי התראה, והמערער הינו היחידי שכנגדו הוגש כתב אישום.

89. **בנסיבות אלו, עמד לעמדת המערער בנטל הראשוני הנדרש בכדי לערער את חזקת התקינות המינהלית ממנה נהנית פעילות האכיפה של המשיבה, ועבר למשיבה הנטל להצביע על שוני רלוונטי בעניינו של המערער המצדיק את היותו היחיד כנגדו הוגש כתב אישום. (וראו ענין "פרץ" פסקה 38).**

90. בית המשפט המחוזי בערער, מצא שוני רלוונטי בעובדת הגשת התלונות כנגד הלול, ובקירבתו לבתי מגורים, אשר יש בו כדי להשמיט את הבסיס מטענת האכיפה הבררנית, ומקובלת עלי קביעתה של כבד השופטת אלון, שלפיה עובדות אלו יכולות לשמש כנימוק ענייני לכך שננקט הליך פלילי אך ורק כנגד המערער.

91. **ואולם עובדות אלו, יכולות להמשיך ולשמש כנימוק ענייני אשר יצדיק הרשעה רק של המערער, רק אם הרשעת המערער מתבססת על עובדות אלו והן משמשות נדבך בהרשעתו, וכפי שפורט לעיל, המשיבה במקרה זה בחרה שלא להעלות כלל ולא לבסס טיעון עובדתי לפיו הלול יוצר מפגעים או כי קרבתו לבתים מהווה מטרד או מפגע, ובהתאם הוכחה אשמתו של המערער אך ורק בניהול עסק ללא רשיון, מבלי שהוכח כי אכן קיים שוני רלוונטי בין נתוני הלול של המערער לנתוני יתר הלולים אשר יש בו להצדיק את העובדה שרק המערער, מורשע בניהול עסק ללא רשיון כאשר כל בעלי הלולים האחרים אינם חשופים כלל לסיכון כזה.**

על האמור יש להוסיף את העובדה כי הוכח שישנם לכל הפחות שני לולים נוספים שפועלים בצמוד או בסמוך לבית מגורים ובית ספר, ולא נטען כלפיהם כי הם יוצרים מטרד, המשיבה עצמה, לא ערכה בדיקה כלשהי האם יש ממש בתלונות התושבים ולא נקטה הליכים מנהליים או שיפוטיים להפסקת פעילות הלול, ואף המשרד לאיכות הסביבה בחר לסגור את תיק החקירה ולבטל את ההליכים שננקטו כנגד המערער, ומכלול עובדות אלו אף הוא מפריך את טיעון המשיבה בדבר השוני בנתוני הלול שיש בו כדי להצדיק הרשעה רק של המערער.

92. בנוסף לכל האמור, יש לציין כי פסק הדין בערער התבסס גם על הקביעה בדבר חובת המערער להוכיח כי "בבסיס ההבחנה ניצב מניע פסול", ועל הקביעה כי המערער לא עמד בנטל זה, אלא שבענין זה קבע בית המשפט בימים אלו בענין "ורדי" כי אין צורך בהוכחת "מניע זר" לצורך ביסוס טענת אכיפה בררנית וכדבריו:



"ובחזרה לענייננו, מן המקובץ לעיל עולה כי הטענה להפליה פסולה בהעמדה לדין בעילה של הגנה מן הצדק, חולשת גם על מקרים שבהם טוען הנידון כי נפל פגם בהעמדתו לדין, או בניהול ההליך הפלילי נגדו, ולו משום חדלונה של הרשות, בטעות שנפלה על ידה בתום לב, או בגין מחדלים מצידה (זאת לצד מקרים בהם פעלה הרשות בשרירות מכוונת, בחוסר תום לב, ומתוך שיקולים זרים)" (פסקה 99 בפסק דינו של כבד המשנה לנשיאה ח.מלצר), וגם לאור קביעתו החדשה והברורה של בית המשפט העליון, יש מקום לבחינה מעמיקה מחודשת של טענת האכיפה הבררנית במקרה זה בהקשר של הימנעות מהרשעה.

93. כנגד כל האמור, עומדת לחובתו של המערער התנהלותו בשאלת רישוי הלול, ובענין זה נתנה כבוד השופטת אלון ובצדק לעמדתו, משקל לכך שהמערער הוא שבחר בעצמו לבטל את הליכי הרישוי בהם החל (מוצג ת/20), וגם אם נקבל את טענת המערער לפיה הוא נדרש כי הלול יהיה לול סגור, וכי לא ניתן לקבל דרישה זו, עדיין אין בכך כדי לבטל את הפגם הנורמטיבי שנפל בהתנהלותו של המערער אשר ממשיך לנהל את עסקו ללא רשיון ובניגוד להוראות החוק המחייב השגת רשיון.

94. לעמדתו מכלול הנסיבות והשיקולים שפורטו לעיל, מצביע על כך כי הוכחה טענת אכיפה בררנית, ברמת הוכחה המצמיחה אינטרס ציבורי שלא להרשע את המערער, ובכל מקרה וגם אם קיים אינטרס ציבורי בהרשעתו מכח הצורך להעביר מסר של חשיבות השמירה על הוראות חוק רישוי עסקים, הרי שבנסיבות שהוכחו אינטרס זה הינו ברמה הנמוכה, בשל מציאות אי האכיפה הגורפת ואי ההקפדה על הוראות החוק על ידי המשיבה, ולפיכך די בנזק הצפוי למערער מעצם קיומו של רישום פלילי לחובתו ומעצם הרשעתו, כדי להוות משקל נגד לאינטרס הציבורי הקיים אם קיים בהרשעת המערער.

95. בית המשפט קמא, בחר כאמור שלא לדון כלל בטענת האכיפה הבררנית בשאלת ההימנעות מהרשעה, ובכך לעמדתו נפלה טעות מהותית בפסק הדין המצדיקה את התערבות ערכאת הערעור בדרך של ביטול הרשעתו המערער.

96. עם זאת המערער אינו זכאי ל"ציון לשבח" על התנהלותו, והעבירה אשר עבר על חוק רישוי עסקים במשך תקופה ארוכה אף היא מצדיקה ענישה, ולעמדתו האיזון הראוי במקרה זה מצוי בקביעה לפיה הוכחה אשמתו של המערער בניהול עסק ללא רשיון תוך הימנעות מהרשעת המערער בעבירה זו מחד, ומאידך בחיוב המערער בשירות לתועלת הציבור בהתאם להוראות סעיף 71א לחוק העונשין, ובחיובו במתן התחייבות משמעותית בהתאם להוראות סעיף 72 (ב) לחוק העונשין.

97. לפיכך אני מורה על ביטול הכרעת הדין בה הורשע המערער, ועל ביטול גזר הדין, ובמקומו אני קובע כי המערער ביצע עבירה של ניהול עסק ללא רשיון בניגוד להוראות סעיפים 14-15 לחוק רישוי עסקים, אך בנסיבות אני נמנע מהרשעת המערער ומחייבו לעשות שירות לתועלת הציבור בהיקף עליו הומלץ בתסקיר של 120 שעות, וכמו כן אני מחייב את המערער לחתום על התחייבות בסכום אשר נקבע על ידי בית המשפט קמא של 16,000 ₪ להימנע מעבירה של



ניהול עסק ללא רשיון , בתוך שנה מהיום , ובאם יסרב לחתום יאסר לתקופה של 30 יום או עד שיחתום על פי המוקדם .

98. לקראת סיום אציין כי התלבטתי האם ניתן לפרש את סעיף 16 **לחוק רישוי עסקים** כמקנה סמכות למתן צווי הפסקת עיסוק , גם מקום שבו נקבע אשמתו של הנאשם אך בית המשפט נמנע מהרשעתו , ומבלי לקבוע מסמרות , נראה כי על פי לשונו הברורה , הסמכות המוקנית בסעיף זה הינה רק במקרה שבו "**הורשע** אדם על עבירה..." , ולפיכך ביטול גזר הדין כולל גם את ביטול הצווים שניתנו על ידי בית המשפט קמא.

99. עם זאת אני מוצא לנכון לציין ולהדגיש בפני המערער , כי על סמך הראיות שהוצגו בפני בערעור ואשר לא אישרתי את הגשתן , המציאות בכל קשור לרישוי הלולים בתחומי אחריותה של המשיבה עברה שינוי מהותי, וניתן להניח ברמה של סבירות גבוהה כי טענת אכיפה בדרנית שתועלה כיום, לא תתקבל, ובשים לב למהותה של עבירת ניהול עסק ללא רשיון כעבירה "נמשכת", המערער צריך ליתן את המשקל הראוי לסיכונים המשפטיים שנוטל המערער על עצמו באם ימשיך בניהול הלול במתכונתו הנוכחית ומהודעת המערער האחרונה נראה כי מסר זה נקלט אצל המערער וכי הוא פועל להסדרת הנדרש בקשר ללול.

100. בנסיבות העניין אין צו להוצאות, ואני מורה על החזרת הדיון לבית משפט קמא לצורך מתן הנחיות לשירות המבחן למבוגרים להכנת תוכנית שירות לתועלת הציבור בעניינו של המערער שתובא לאישור בית המשפט .

ניתן היום, כ"ד חשוון תשע"ט, 02 נובמבר 2018, בהעדר הצדדים.