



עפ"א 18768/07/15 - חכמון אהרון בע"מ, אהרון חכמון, יעקב חכמון, חיים מורגס נגד עיריית נתניה

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עפ"א 18768-07-15 חכמון אהרון בע"מ ואח' נ' עיריית נתניה

בפני כבוד השופטת דבורה עטר
מערערים
1. חכמון אהרון בע"מ
2. אהרון חכמון
3. יעקב חכמון
4. חיים מורגס
נגד
משיבים
עיריית נתניה

פסק דין

1. לפני ערעור על פסק דינו של בית משפט לעניינים מקומיים בנתניה (כב' הש' בדימוס ריבי צוק) בעמ"ק 4826/08 (להלן: "**פסק הדין**") בגדרו הורשעו המערערים בעבירות הכרוכות בניהולו של עסק - תחנת מעבר לאיסוף אשפה ופסולת בנתניה (להלן: "**העסק**").

כמו כן נסוב הערעור על החלטתו של בית משפט קמא לדחות בקשה שהוגשה לפסילתו נוכח פגמים שהתגלו במינויו, בחלק מהמועדים בהם התנהל ההליך (להלן: "**בקשת הפסלות**").

העובדות הצריכות לענין

- נגד המערערים הוגש בבית משפט קמא כתב אישום המייחס למערערים 1 ו-2 אי קיום צו סגירה של העסק שניתן בתיק עמ"ק 340/00 (להלן: "**צו הסגירה**") ולהלן: "**התיק הקודם**") ולמערערים 3 ו-4 עבירה של ניהול העסק ללא רישיון עסק כדין, בהיותם מנהלים פעילים במערכת 1 המפעילה את העסק.
- על פי עובדות כתב האישום צו הסגירה הוטל במסגרת ההליך הקודם ביום 8/7/01 וביצעו עוכב למשך 24 חודשים ועד ליום 8/7/03.

במהלך התקופה שבין 8/3/04 עד 8/3/05 ניתן לעסק היתר זמני להפעלתו (להלן: "**ההיתר הזמני**").

בביקורת שנערכה בעסק ביום 13/12/07 נמצא כי למצער עד ליום זה ולמעט במהלך התקופה בה עמד בתוקפו ההיתר הזמני, לא קיימו המערערים את צו הסגירה ולא קיבלו רישיון עסק כדין.

- המערערים כפרו במיוחס להם והתנהל הליך של שמיעת ראיות. ביום 19/2/15, לאחר שמיעת הסיכומים, הגיש ב"כ המערערים את בקשת הפסלות וביום 1/4/15 הורה בית משפט קמא על דחייתה.



5. ביום 6/5/15 הורשעו המערערים בכל המיוחס להם וביום 25/5/15 נגזר דינם והוטלו עליהם העונשים הבאים:

א. על המערערים 3 ו- 4, צו סגירה לעסק אשר יכנס לתוקף בתום 24 חודשים, אלא אם יינתן לעסק עד לאותו המועד רישיון עסק כדין.

ב. מועד כניסתו לתוקף של צו הסגירה שניתן נגד המערערים 1 ו- 2, בתיק הקודם, הוארך עד ליום 25.5.17.

ג. צו האוסר על מי מהמערערים להעביר את העסק או איזה מהזכויות בו לצד שלישי כלשהו, אלא אם בידי הצד השלישי רישיון עסק כדין לצורך כך.

ד. צו, שמועד כניסתו לתוקף בתום 24 חודשים, האוסר על קיומו של עסק כלשהו במקרקעין בהם מנוהל העסק נשוא כתב האישום, אלא אם ניתן לכך רישיון עסק כדין.

ה. קנס לכל אחד מהמערערים כלהלן:

המערערת 1 - סך של 40,000 ₪.

המערער 2 - סך של 10,000 ₪.

המערער 3 - סך של 5,000 ₪.

המערער 4 - סך של 5,000 ₪.

ו. כל אחד מהמערערים יחתום על התחייבות בסכום הקנס שהוטל עליו, לתקופה של שנתיים, שראשיתה ביום 25.5.17, שלא יעבור עבירה על חוק רישוי עסקים.

ז. 3 חודשי מאסר על תנאי לתקופה של 3 שנים לבל יעבור מי מהמערערים עבירה על חוק רישוי עסקים.

נימוקי בית משפט קמא בהחלטה בבקשת הפסלות

6. השופטת קמא נדרשה לתגובת הנהלת בתי המשפט ביחס לעובדות הכרוכות במינויה לכהונת שופטת בדימוס ולכך כי בהתאם לכתב המינוי חל ביום 1/12/12 ועד ליום 25/2/15. כמו כן לצירוף כתבי המינוי לשנים 2012-2015, למעט לשנת 2013 שלא אותר.

בנוסף נדרשה לטענות המערערים כי בהתאם למענה שקיבלו מהנהלת בתי המשפט דבר המינוי לשנת 2012 לא פורסם ברשומות ונמצאה הודעה יחידה על המינוי שפורסמה לתקופה שראשיתה ביום 26.2.14.

השופטת קמא קבעה כי התמלאו התנאים לתחולת הדוקטרינה של "שופט דה פקטו" (להלן:



"דוקטרינת השופט דה פקטו" כפי שהותוו בפסיקה שפורטה בהחלטה. עוד קבעה כי בחינת הפגמים במינוי, בראי דוקטרינה זו ודוקטרינת הפסלות היחסית מובילה לכלל מסקנה כי לא נגרם למערערים כל עיוות דין בעטיים ועל כן גם לפרוטוקול הדיון שהתקיים במאי 2013, במהלכו נשמעו עדי ההגנה, יוענק מלוא תוקפו.

נימוקי בית משפט קמא בפסק הדין

7. במסגרת הכרעת הדין דחה בית משפט קמא את טענת המערערים כי לא הפרו את צו הסגירה מאחר והיה במתן ההיתר הזמני כדי לנתק את רצף העבירה הנמשכת של הפרתו (להלן: **"טענת ההיתר הזמני"**).

בית משפט קמא סמך ידיו על קביעת בית המשפט העליון בע"פ 451/89 **חליל סלימאן מוחמד אל עוקבי נגד הועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז הדרום** (להלן: **"עניין אלעוקבי"**) ובא לכלל מסקנה כי צו הסגירה עמד בתוקפו גם לאחר פקיעת ההיתר הזמני בציינו כדלקמן:

"ובגזירה שוה בענייננו. העבירה של אי קיומו של צו הסגירה, שראשיתה במועד כניסתו לתוקף של הצו כאמור (ביולי 2003), נשלמה עם מתן ההיתר הזמני במרץ 2004, שכן באותו מועד מולאה החובה הטמונה באיסור שהופר (ניהולו של עסק באופן המורשה על פי חוק רישוי עסקים). חרף זאת, המשך ניהולו של העסק ללא רישוי הולם לאחר מועד פקיעתו של ההיתר הזמני מהווה הפרה נוספת של הצו, בשל פרשנות תכליתית כי הצו טומן בחובו לא רק את החובה לשינויה של המציאות הנוגדת את חוק רישוי עסקים, כי אם גם את החובה להוסיף ולקיים את אותה מציאות."

8. בנוסף נדרש בית משפט קמא לעתירת ההגנה לביטול כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק.

זאת נוכח אופן התנהלות הרשות במהלך הליך הרישוי של העסק, בהתנאתה ולטעמם שלא כדין, את קבלת ההיתר לשימוש חורג על פי חוק התכנון והבניה, המהווה תנאי להוצאתו של רישיון עסק, באישורם של הועדה לשימור קרקע חקלאית והועדה המחוזית (להלן: **"האישורים"**). זאת כפועל יוצא מהיותם קרקע חקלאית מוכרזת, חרף שינוי ייעודם לדרך והשתתותה של הרשות בטיפול בבקשה זו (להלן: **"טענת הליך הרישוי"**).

כמו כן נוכח אכיפה בדרנית בהגשת כתב האישום נגד המערערים בלבד והימנעות הרשות מלנהוג כאמור, כלפי עסקים אחרים הפועלים בקרבתו (להלן: **"טענת האכיפה הדרנית"**).

9. עוד נדרש בית משפט קמא כחלק מטענת ההגנה מן הצדק, למניע הנטען לפגמים בהתנהלות הרשות. בעת שיצרה בפניהם מצג שווא של תמיכה בעסק, תוך שהלכה למעשה, בשליחותו של מתחרה עסקי, שמה לה למטרה לסכל את הוצאתו של היתר לשימוש חורג לעסק, ועשתה כן בהתנות את ההיתר המבוקש בתנאים בלתי חוקיים, אשר המערערים לא יוכלו לעמוד בהם (להלן: **"טענת המניע"**).

10. בית משפט קמא סמך ידיו על ההלכות המשפטיות באשר לתחולת הגנה מן הצדק ומצא כי עניינם של המערערים אינו בה בגדרן.

11. בדחותו את טענת הליך הרישוי קבע בית משפט קמא כי הרשות דרשה באותה העת לקבל את האישורים, בתום לב ומכוח פרשנות לגיטימית. תמיכה לכך מצא בעדותו של המערער 4 ממנה עלה שגם המערער 1 עתרה, בעצת גורמים מקצועיים, להיתר לשימוש חורג מיעוד חקלאי, חרף תיאור יעוד המקרקעין כדרך. כן



מצא תמיכה למסקנתו זו בעובדה כי המערערת 1 חזרה בה מעתירה שהגישה להורות לרשות ליתן היתר לשימוש חורג במקרקעין, חרף כך כי הועדה המקומית קיבלה את עמדתה לאי הצורך בקבלת אישור הועדה לשימוש קרקע חקלאית, לצורך מתן היתר כאמור. כמו כן מצא תמיכה בכך שפסק הדין שניתן בעתירה זו נסב על שאלת הוצאות המשפט בלבד ונקבע, כי התנהלות הרשות אינה מצדיקה הטלת הוצאות וכל צד יישא בהוצאותיו.

אשר לשיהוי הנטען קבע בית משפט קמא כי המערערים ביקשו ליצור תמונה עובדתית של שיהוי ועיכוב מעבר לאלה שהתקיימו בפועל, ועם קבלת התזכורת מהנאשמים הועברו המסמכים. כמו כן כי על פי העדויות מטעם המערערים עצמם, לא יכלו לעמוד בתנאי למתן ההיתר ועל כן העיכוב בהעברת המסמכים לא הסב להם נזק.

12. אשר לטענת האכיפה הבררנית קבע בית משפט קמא כי גם אם הונחה לה תשתית כאמור, נוכח המסמך המפרט את בתי העסק המנוהלים בקרבת העסק, ללא היתר, **נ/32**, שהוצג במסגרת עתירה נוספת שהגישה המערערת 1 אין בכך, בנסיבותיו של תיק זה, כדי להוביל לביטולו של כתב האישום, אלא ייבחן כשיקול להקלה בעונש.

זאת בשים לב לקושי מובנה לביטולו של כתב אישום בהפרה של צו שיפוטי, נוכח פעילותו של העסק ללא רישיון החל משנת 1998, תוך הפרתו של צו הסגירה וחרף סירובו של בית משפט קמא לדחות את ביצועו. כמו כן בשים לב למהות העסק והרווח הכלכלי המופק ממנו, תוך "חיסכון" בהוצאות ותשלומים שהיו נדרשים ממנו לו ניתן רישיון כדן ולאי העלאת טענת האכיפה הבררנית בהליך הקודם ולכך כי טענות זהות נדונות במקביל גם במסגרת העתירה הנוספת.

13. בנוסף דחה בית משפט קמא את טענת המניע, בקבעו כי אינה נסמכת על ראייה שהיא אלא על תחושת בטן של המערער 4 ואמירה ערטילאית על עדויות שמועה, ללא ניסיון לרמוז על מהותן ועל טיבן. כפי שנעשה גם בעתירה מנהלית שהוגשה ונזנחה.

בית משפט קמא אף קבע כי **"הטענה דלעיל נראית בלתי סבירה ואינה עולה בקנה אחד עם עובדות שאינן שנויות במחלוקת. היא אינה עולה בקנה אחד עם נקיטתם של הליכי משפט כנגד המתחרה המסחרי שנטען כי הוא המושך בחוטים (מוצג ת/5), אשר גזר הדין נגדו ניתן בשנת 2008 (כשנה לאחר המועד הנטען ביחס לשינוי בעמדת המאשימה). היא אינה עולה בקנה אחד עם שורה של פעולות שננקטו על ידי הרשות לאחר שנת 2007 המעידות על ההיפך הגמור (מתן היתר זמני לעסק בשנת 2009, קבלתה של החלטה שלישית במספר לאישור מותנה של ההיתר החורג בבקשה שהוגשה בשנת 2012, תמיכה בבקשתם של הנאשמים לקבלתו של היתר לשימוש חורג בדיון במועצה הארצית ובעתירה המנהלית שהוגשה על ידי הנאשמים כנגד המועצה, בהכרה באישורי פינוי פסולת שהונפקו על ידי התחנה, בהדרשות לשירותיה וכיוצא באלה, כמפורט בסעיפים 22 ו-31 לעיל.**

לא רק שהטענה הנ"ל חסרת בסיס בראיות כלשהן ועומדת לכאורה בסתירה לראיות שנשמעו, גם הגיונה הפנימי אינו ברור. לא נאמר מהו טיבו של הלחץ הפסול הנטען, והרמיזות היחידות בעניין זה מבקשות לכוון את החצים למהנדס העיר ויו"ר הועדה המקומית, שעה שהפלוגתה שבמחלוקת נוגעת לפרשנות משפטית, המצויה לכאורה בתחום סמכותו של גורם שלישי."

14. בנוסף פירט בית משפט קמא בהכרעת הדין את נימוקיו לדחיית בקשה שהגישה ההגנה להזמין לעדות



מטעמה את מהנדס העיר נתניה, מנהל אגף רישוי ופיקוח בועדה המקומית לתכנון ובניה ויו"ר הועדה המקומית לתכנון ובניה (להלן: "**בקשת ההזמנה לעדות**"), כדלקמן:

"נימוקי הבקשה שבכתב, בטרם שמיעת הראיות נסבו במלואם על טענות בדבר פגמים בהליך הרישוי, להבדיל מטענה של אכיפה בררנית. נימוקי הבקשה בתום שמיעת הראיות נסבו על הרצון להוכיח את הטענה בדבר מטרה זרה ומניעים פסולים ללא פרוט כלשהו של תוכן העדות העתידה להישמע. כמפורט בהרחבה לעיל לא מצאתי שיש בפגמים הנטענים שנפלו בהליך הרישוי להקים טענת הגנה מהצדק, ולא הונחה תשתית ראיתית מינימאלית לטענה בדבר השיקולים הזרים של סיוע למתחרי מסחרי, שהיה בא להצדיק את הזמנתם של העדים לעדות בענין זה.

לטענה בדבר אכיפה בררנית נוצק תוכן מסויים רק עם הגשתו של המסמך נ/32, לאחר מתן ההחלטה, בשים לב למשקלם המצטבר של הנימוקים המפורטים בסעיף 44 לעיל ובנסיבות הענין בהם מדובר בכתב אישום שהוגש בשנת 2008 שיש מקום לסיימו ע"י המוטב ששמע בו את הראיות לא מצאתי לנכון לשנות מאותה החלטה."

נימוקי הערעור

אשר להחלטת הפסלות

15. טעה בית משפט קמא משמך ידיו על דוקטרינת השופט דה פקטו ועל דוקטרינת הבטלות היחסית וקבע כי לא נגרם למערערים עיוות דין כתוצאה מהפגמים שנתגלו במינוי ודין כל ההליכים המשפטיים שהתנהלו בשנים 2012-2013 להתבטל מעיקרם.

16. בית משפט קמא נמנע מלדון בבקשה להזמנה לעדות בשנת 2013, חרף החלטתו כי יעשה כן, נוכח הפגמים בהסמכתו והכריע בה אך בשנת 2015 ולאחר שהפגמים רופאו. באופן שגרם למערערים לעיוות דין ופגע ביכולתם לבסס את טענות ההגנה שלהם.

אשר לפסק הדין

17. טעה בית משפט קמא משדחה את טענת ההיתר הזמני.

אמנם עבירה של אי קיום צו שיפוטי היא עבירה נמשכת כל עוד לא תמה הפרת צו הסגירה. ואולם יש במתן ההיתר הזמני כדי לנתק את רצף העבירה הנמשכת באופן המונע הגשת כתב אישום בגין הפרתו.

טעה בית משפט קמא משגזר גזירה שווה בין עניין אלעוקבי לעניינם של המערערים. שכן המדובר היה במי שבנה מחדש חרף צו ההריסה, בעוד שבעניינם של המערערים התקבל ההיתר הזמני. לא היה מקום לגזור גזירה שווה אף לאור קביעת בית המשפט העליון בעניין אלעוקבי המתנה את תחולתו "**כל עוד לא שונו תחומי המותר על יסוד היתר כדן**", ובענייננו התמלא תנאי זה, במתן ההיתר הזמני.

טעה בית משפט קמא בהבחנה שערך בין היתר זמני לשנה לבין רישיון עסק, באופן שאינו עולה בקנה אחד עם קביעתו האחרת כי עם מתן ההיתר הזמני "מולאה החובה הטמונה באיסור שהופר" - ניהול העסק ללא רישיון.



18. טעה בית משפט קמא, באופן יישום ההלכות בדבר הגנה מן הצדק, שהובילה לדחיית טענת הליך הרישוי וטענת האכיפה הבררנית, תחת להורות על ביטול כתב האישום מחמת האמור.

טעה בית משפט קמא בקבעו כי המערערים לא הוכיחו את טענת המניע ובד בבד עם כך דחה את בקשת המערערים להזמין לעדות את הגורמים הרלוונטיים על מנת להוכיח טענה זו.

19. טעה בית משפט קמא משהחמיר בעונשם של המערערים בגזר הדין. דין המאסר המותנה להתבטל ויש לעכב כניסתו לתוקף של צו הסגירה למשך שנתיים נוספות.

תשובת המשיבה

אשר להחלטה בבקשת הפסלות

20. הצדק עם בית משפט קמא כי עניינו בא בגדר דוקטרינת השופט דה פקטו, על פיה אין לערער על פעולותיו הרשמיות של אדם ששימש בתום לב כשופט דה פקטו רק משום שלא שימש כשופט דה יורה. אף בצדק קבע כי יש ליתן תוקף מלא לראיות שנשמעו בפניו, תוך יישום דוקטרינת הבטלות היחסית.

אשר לפסק הדין

21. בדיון דחה בית משפט קמא את טענת ההיתר הזמני, בקבעו כי אין בקבלתו כדי לקיים את תנאי צו הסגירה ולהפקיעו. זאת נוכח תכלית מתן ההיתר הזמני, כמעשה חסד על מנת לאפשר לעסק הטעון רישיון להתנהל כדין עד למתן רישיון קבוע ולאחר מועד תפוגתו משלא מולאו התנאים לקבלתו יעמוד צו הסגירה על כנו.

22. בדיון קבע בית משפט קמא כי לא עומדת למערערים הגנה מן הצדק.

לא נפלו פגמים בהליך הרישוי לגופו אלא נפלו פגמים בהתנהלות המערערים, שפעלו במסגרת העסק ללא רישיון תחת להקדים היתר לכל פעולה כאמור.

באשר לטענת האכיפה הבררנית הוכח בבית משפט קמא כי המשיבה נקטה בהליכים דומים על פי חוק רישוי עסקים גם נגד עסקים הדומים למערערים- תחנות מעבר. ת/5-ת/10. ובכל מקרה, אי אכיפה מספקת במקום גיאוגרפי קרוב כשלעצמה, אינה מהווה עילה להגנה מן הצדק.

23. בצדק קבע בית משפט קמא כי גם לו הוכחה אכיפה בררנית אין בה כדי להביא לביטולו של כתב האישום בעת שמדובר בעסק הפועל משנת 1998 ללא רישיון ובחלקו הארי של הזמן גם חרף צו סגירה. אלא יש לכך השלכה לעניין העונש ואכן הקל בעונשם של המערערים.

24. בדיון דחה בית משפט קמא את הבקשה לעדות. שכן הזמנת העדים התבקשה כדי להוכיח שביסוד החלטות הועדה עומדים מניעים פסולים שמנעו מהמערערים קבלת היתר ורישיון עסק. ואולם לא הוצגה תשתית ראיתית להוכחת טענה זו שתצדיק זימונם של העדים מכוח סעיף 106 לחסד"פ.

דיון והכרעה

אשר להחלטה בבקשת הפסלות



25. בהתאם לכתב מינוי שנחתם ביום 7.12.11, מונתה השופטת קמא לכהונת שופטת בדימוס בבית המשפט לעניינים מקומיים בנתניה, החל מיום 1.12.12 ועד ליום 25.2.15.

נמצא כתב מינוי לכהונה לשנת 2012 שלא פורסם ברשומות. לא אותר כתב מינוי לשנת 2013, ואילו ביחס לשנת 2014 נחתם כתב מינוי אשר פורסם ברשומות לתקופה שראשיתה ביום 26.2.14.

26. בקשת הפסלות הוגשה לאחר הסיכומים, נוכח הפגמים שנתגלו בהליך מינויה של השופטת קמא, כשופטת בדימוס, כמפורט לעיל.

27. השופטת קמא דחתה את בקשת הפסלות, מהנימוקים שצינו בהחלטתה, תוך יישום דוקטרינת השופט דה פקטו בראי דוקטרינת הבטלות היחסית ומצאתי כי החלטתה זו בדיון יסודה.

28. השופטת קמא עמדה בפרוטרוט על מהותה של דוקטרינת השופט דה פקטו והתנאים לתחולתה, כפי שהותוו בבג"ץ 19/56 ברנדון נ' מנהל בית הסוהר המרכזי רמלה:

"ראשית, אין המדובר באדם אשר סתם לקח לעצמו שררה בשטח השיפוט- בחינת "שופט מעצמו" - כי אם הכוונה לאדם שחשב בתום לב שהוא מוסמך לכהן כשופט בהסתמכו, למשל על כתב מינוי אשר ראה אותו כתופס, או כעדיין תופס, אם כי, למעשה, אותו מינוי היה פסול או פג תוקפו. שופט דה פקטו הוא, איפוא לא רק מי שפעל בתורת שכזה בתום לב אלא גם אשר עשה כן מתוך האחזות בזכות חוקית כביכול (by color of right or authority), בלי, אמנם, שהאחזות זו תהיה מבוססת די צרכה.

שנית, חשוב הוא לא רק שאותו אדם ראה את עצמו בזמנו כבעל סמכות להיות שופט, אלא שהכל ראו אותו אז כבעל סמכות שכזאת - כי יצא לו שם בציבור כמי שמשמש, וזכאי לשמש בתפקיד של שופט.

שלישית, כדי שייראה אדם כשופט דה- פקטו הכרחי כי משרת השופט, בה כיהן היא משרה שנקבעה בחוק.

לבסוף, לא יוקנה לאדם מעמד זה, כאשר באותו תפקיד של שיפוט שימש בעת ובעונה אחת עמו, אדם אחר שנתמנה לכך כדת, דהיינו כשופט דה - יורה".

(עמ' 630, מול האותיות ג-ה).

29. דוקטרינת השופט דה פקטו ואמות המידה לתחולתה נדונו גם לאחרונה בע"פ 1475/15 פלוני נ' מדינת ישראל (15.3.2016) ונקבע כדלקמן:

"על מהותה של הדוקטרינה של שופט דה-פקטו עמד השופט (כתארו אז) אגרנט בבג"ץ 19/56 ברנדון נ' מנהל בית הסוהר המרכזי רמלה, פ"ד י(1) 617 (1956) (להלן: עניין ברנדון):

"בתנאים ידועים, אין מרשים לערער את פעולותיו הרשמיות של אדם אשר כיהן כשופט דה-פקטו, רק משום שלא שימש כשופט דה-יורה. זאת אומרת, העקרון הוא, כי כל הבא לשלול את סמכותו של אחר



לכהן כשופט, חייב לעשות כן על-ידי הליכים המכוונים במישרים להעביר את זה מכהונתו, או לאסור עליו את השיפוט בעניינו של האדם שדינו עומד להתקיים בפניו" (שם, בעמ' 630).

עסקין בדוקטרינה שמקנה תוקף לפעולותיו של אדם הנחזה כבעל הסמכה חוקית, גם אם מתברר בדיעבד כי הסמכתו פגומה או שתוקפה פג. דוקטרינה זו מבחינה בין פגמים בסמכות של שופט לבין פגמים בסמכותה של הערכאה כולה. היא נועדה לשמור על יציבותה של מערכת המשפט; למנוע פגיעה בהסתמכות של צדדים שלישיים; להגן על האינטרס הציבורי הגלום בכך שהליכים שהתקיימו ופסקי דין שניתנו לא יהפכו לחסרי משמעות בשל פגמים טכניים; וכן למנוע שימוש תכסיסני בטענות שראוי להעלותן עוד לפני שמסתיים ההליך(ראו גם: ע"פ 1523/05 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 36 (2.3.2006)).

באותו מקרה נדונה שאלת בטלותו של פסק דין בשל הפגם במינוי השופטת כשופטת נוער לאחר תחילת כהונתה בביהמ"ש המחוזי מרכז-לוד. בית המשפט העליון עמד על החשיבות הרבה הנובעת למינויים כדן, לא כל שכן לתפקיד של שופט או שופטת נוער. עם זאת ותוך יישום אמות המידה שהותוו בעניין ברנדון נקבע כי בנסיבות העניין הפגם לא גרם לכל עיוות דין למערער, בהתחשב באופן ניהול ההליך ע"י שופטת מנוסה, שמונתה בעבר כשופטת נוער ואף בשים לב לכך כי עם גילוי הפגם במינוי הוצא לשופטת כתב מינוי מחודש לשיפוט נוער ללא הגבלה לבימ"ש מסוים.

30. אמות מידה אלה, יושמו נכונה על ידי השופטת קמא, בבואה לכלל מסקנה בדבר תחולת דוקטרינת השופט דה פקטו וכי לא היה בפגמים שנתגלו כדי לגרום למערערים עיוות דין.

שכן עניינם של המערערים אכן נדון בפני שופטת מנוסה, שכינה במשך שנים ארוכות ובין היתר כשופטת בבתי משפט לעניינים מקומיים. לאחר פרישתה מונתה לכהונה כשופטת בדימוס, בבית משפט לעניינים מקומיים בנתניה וישבה בדן במספר בלתי מבוטל של הליכים, אף כמותב בלעדי בעניינים מעין אלה כמו כן רופא הפגם ומינוי השופטת קמא פורסם ביום 26.2.14.

בנסיבות אלה בדן נקבע כי חרף כך הפגמים שנפלו במינויה, לא היה בקיום ההליך כדי לגרום למערערים לעיוות דין, באופן שיוביל לבטלותו.

הערעור על פסק הדין

אשר לטענת ההיתר הזמני

31. על פי כתב האישום יוחסה למערערים 1 ו-2 עבירה של אי קיום צו הסגירה. זאת ברצף, החל ממועד כניסתו לתוקף, 8/7/03 ולמצער עד למועד עריכת הביקורת, 13/12/07 ולמעט התקופה בה עמד בתוקפו ההיתר הזמני, 8/3/04-8/3/05.

32. בית משפט קמא נדרש במסגרת הכרעת הדין, להליך שהתנהל נגד המערערים 1 ו-2 בבית משפט לעניינים מקומיים בנתניה, עמ"ק 5853/03 בגדרו הורשעו ונגזר דינם בגין אי קיום צו הסגירה, החל מכניסתו לתוקף 8/7/03 ועד ליום 17/8/03 (להלן: "**ההליך הנוסף**"). לאור ההליך הנוסף אף קבע בית משפט קמא כי הרשעתם של המערערים 1 ו-2 בהליך שלפניו, יתייחס, חרף האמור בכתב האישום, אך ורק לתקופה שמיום



מתן גזר הדין בהליך הנ"ל.

33. עיון בפרוטוקול הדיון של ההליך הנוסף מיום 08/02/04 העלה כי המערערים 1 ו-2 הודו במיוחס להם והורשעו על פי הודייתם, באי קיום צו הסגירה. מועד שמיעת הטיעונים לעונש נדחה על מנת לאפשר לצדדים לבוא בדברים.

במועד הדיון הנדחה, 14/03/04 נשמעו הטיעונים לעונש במהלכם הביאה ב"כ המאשימה לידיעת בית המשפט כי כשבוע קודם לכן ניתן ההיתר הזמני. לאורו עתרה לבית המשפט להטיל על המערערים לחתום על התחייבות להימנע מעבירה של אי קיום צו בית משפט, תוך עיכוב כניסתה לתוקף למשך מספר חודשים. כמו כן עתרה להטלת קנס שלא יפחת משיעור הקנס שהוטל בהליך הקודם.

המערער 2 בטיעונו לעונש הפנה לדברי ב"כ המאשימה: **"כפי שציינה התובעת הרי שהיום יש לי היתר לגבי כל הפריטים ולא רק לגבי 2 מהם."** הוא עתר לבית המשפט להקל בעונשו בהדגישו כי פעל ללא לאות במשך שנתיים על מנת לקבל היתרים.

בית משפט קמא גזר על המערערים בהתאם לעתירת ב"כ המאשימה קנס והתחייבות להימנע מעבירה זהה.

עניין צו הסגירה לא מצא כלל את ביטוי בטיעוני המאשימה, הגם שהמערערים 1 ו-2 הורשעו באי קיומו וגם גזר הדין שותק בעניין זה.

34. בנסיבות ספציפיות אלה, שאין בהן כדי להעיד על הכלל ומבלי להידרש לנימוקי הכרעת הדין לגופם, הרי שלנוכח מהות ההליך הנוסף, טיעוני הצדדים ונוסח גזר הדין השותק בעניין צו הסגירה, קם ספק הפועל לטובת המערערים באשר לתחולת צו הסגירה החל משלב זה ואילך.

משכך, אני מזכה את המערערים 1 ו-2 מחמת הספק מביצוע עבירה של אי קיום צו הסגירה.

מאחר שהמערערים 1 ו-2 לא חלקו למעשה בסופו של יום, על ניהול העסק ללא רישיון, אני מרשיעה אותם, בדומה למערערים 3 ו-4 בעבירה זו וכפי שקבע בית משפט קמא, החל ממועד מתן גזר הדין בהליך הנוסף.

אשר להגנה מן הצדק

35. בית משפט קמא עמד בפרוטרוט על מהות ההגנה מן הצדק ועל התנאים לתחולתה, במקרים חריגים ביותר, תוך הפנייה לפסיקה הרלוונטית, דוגמת ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ** (להלן: **"פרשת בורוביץ"**) וע"פ 5672/05 **טגר בע"מ נגד מדינת ישראל** (21.10.07).

הודגשו הערכים והאינטרסים ביניהם מבקשת דוקטרינת ההגנה מן הצדק לאזן, אלה הקשורים במיצוי זכותו של נאשם להליך הוגן אל מול השיקולים המצדדים בהעמדה לדין ובניהול ההליך, לרבות מיצוי הדין עם עבריינים, חקר האמת וקיומם של מגננוני גמול הרתעה וענישה תוך שמירה על בטחון הציבור והסדר הציבורי.

צוין הנטל הרובץ על כתפי הטוען להגנה מן הצדק להוכחתה, אף לנוכח חזקת תקינות מעשי המנהל, ממנה נהנית הרשות.

בנוסף פורט המבחן הפסיקתי התלת שלבי לתחולת הגנה מן הצדק שהותווה בפרשת בורוביץ':



א. זיהוי הפגמים שנפלו בהליכים כנגד הנאשם ועמידה על מידת עצמתם, במנותק משאלת החפות או האשמה של הנאשם.

ב. השאלה, האם בהינתן הפגמים, יש בהליך הפלילי ובקיומו משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות.

ג. אם התשובה לשאלה השנייה חיובית, נשאלת השאלה האם ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו בהליך באמצעים מתונים ומידתיים יותר מאשר ביטול כתב האישום, למשל ביטול חלקים בלבד בכתב האישום או הקלה בעונשו של טוען טענת ההגנה.

36. בית משפט קמא עמד בנוסף על העילה לביטולו של כתב אישום בשל אכיפה בררנית, על פי אמות המידה שנקבעו בבג"צ 6396/96 זקין נגד ראש עיריית באר שבע (08.06.1999):

"... אכיפה בררנית היא אכיפה הפוגעת בשוויון בין במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא".

אשר לטענת הליך הרישוי

37. ייאמר תחילה באשר לטענה זו, כי ראיתי עין בעין עם בית משפט קמא ש"ככלל, אין לאדם זכות קנויה לקבלתו של היתר בהעדרה של תב"ע המאפשרת זאת, הליכי רישוי יכול שיארכו זמן, ועל הבונה או המשתמש במקרקעין מוטלת החובה להקדים היתר לפעולה הטעונה היתר".

זאת כפי שקבע בית המשפט העליון ברע"פ 7940/14 סבן יעקב - ציוד לבנין בע"מ נ' מדינת ישראל (8.12.2014): "... המבקשים אכן פעלו במרץ להכשיר את הפעילות המסחרית שנעשתה על-ידם, אך מן הראוי הוא לחזור ולהזכיר, כי "הקו המנחה הוא תקיף, כמובן בגדרי מידתיות ושכל ישר, כדי לשרש מחשבה שהחוק הוא המלצה, שאפשרי להקדים נעשה (נבנה) לנשמע (אישור תכנוני)" (עע"מ 65/13 הועדה המחוזית לתכנון ובניה חיפה נ' נאות מזרחי בע"מ, בפסקה כ"א לפסק-דינו של השופט א' רובינשטיין (7.7.2013)).

מהאמור אף עולה הקושי הטבוע בהעלאת טענות הגנה מן הצדק בהיבט זה על ידי מי שבחר להחל ולנהל את עסקו טרם קבלת היתר כדן וממשיך ועושה כן שנים ארוכות, חרף הליכים משפטיים והחלטות שיפוטיות שהתקבלו בעניינו.

38. נימוקי בית משפט קמא בדחותו את טענת הליך הרישוי מעוגנים בתשתית הראייתית שהובאה לפניו. אין דרכה של ערכאת ערעור להתערב בהם ואף לא מצאתי עילה להתערב בהם, לגופם.

39. בטענת הליך הרישוי שזרו המערערים את טענת המניע. קרי כי בבסיס הקשיים שהערימה המשיבה על העסק בהליכי הרישוי עומד מניע פסול שעניינו קידום טובתו של עסק מתחרה בבעלותו של מר צבי כהן.

בד בבד עם טענת המניע, טענו המערערים טענה חלופית (ס' 7 להודעת הערעור) כי אף אם תידחה טענת המניע חלה הגנה מן הצדק. שכן אין צורך בהוכחת שיקולים זרים של הרשות או התנהלות שערורייתית אלא די



בהוכחה של רשלנות בגינה לא ניתן להבטיח למערערים הליך הוגן.

טענה זו האחרונה נדחתה על ידי בית משפט קמא אשר מצא כי דרישת הרשות לקבלת האישורים היתה בתום לב מכוח פרשנות לגיטימית, באותה העת וביתר שאת לאור העובדה כי בפרשנות כאמור דגלו גם הגורמים המקצועיים בהם נועצה המערערת 1 בעתירתה למתן היתר חורג מיעוד חקלאי, חרף תיאור המקרקעין כדרך.

אשר לטענת המניע

40. בדיון קבע בית משפט קמא כי הטענה בלתי סבירה על פניה, נוכח עובדות בלתי שנויות במחלוקת. העובדה כי גם כלפי עסקו של מר צבי כהן ננקטו הליכים משפטיים כשנה לאחר שינוי הלבבות הנטען של הרשות וכן פעולות שנקטה הרשות לרווחתו של העסק, לרבות מתן היתר זמני חורג נוסף, תמיכה בבקשתו לקבלת היתר לשימוש חורג בדיון במועצה הארצית ובעתירה מינהלית שהגיש וכן הכרה באישורי פסולת שהנפיק העסק, במהלך פינוי פסולת.

המערערים עצמם נוקטים בהודעת הערעור בלשון זהירה ומסויגת זהירה של חשד שהתעורר (ס' 43), והתנהלות שנבעה ככל הנראה (ס' 7), באופן המחזק כשלעצמו את הקביעה כי לא הורם הנטל להוכחת הטענה.

אשר לבקשת ההזמנה לעדות

41. בקשת ההזמנה לעדות הוגשה לראשונה בתחילת ההליך המשפטי ונקבע על ידי מותב אחר כי תידון ככל שיידרש בשלב מאוחר יותר. הבקשה הועלתה בשנית בתום שמיעת הראיות, ביום 9.5.13 ונדחתה כשנתיים לאחר מכן מנימוקים שפורטו בסופו של יום, בהכרעת הדין, דלעיל.

42. אמות המידה להם יידרש בית המשפט בבואו להכריע בבקשה לזימון עדים, יושמו בע"פ 1280/06 **רועי כרמלי נ' מדינת ישראל** (1.3.07). שם נדון ערעורו של המערער על החלטת בית משפט קמא שסבר שדי בחוות דעת שהוגשה ולא מצא טעם בהגשת חוות דעת נוספת להוכחת אותה טענה עצמה. בדחותו את הערעור קבע בית המשפט העליון כדלקמן: **"אכן 'זכותו היסודית של נאשם להעיד כל אדם שלדעתו עשוי להוכיח את חפותו, לעולם אינה פוקעת, ומשמבקש נאשם להעיד אותו אדם יזמינו בית המשפט' (ע"פ 440/87 חדד נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(1) 806, 793 - השופט גולדברג). זכות זו כפופה - עקרונית - לסייג אחד 'זולת אם היה סבור שאין בהזמנת אותו אדם להועיל לבירור שאלה הנוגעת למשפט' (סעיף 106(א) לחוק סדר הדין הפלילי; ע"פ 440/97; ע"פ 6411/98 מנבר נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 217, 150 - השופט, כתארו אז, אור). 'לענין זה אין בית המשפט חי מפי הצדדים, אלא הוא רשאי וחייב לנווט את הדיון - שלא לקבל ראיות ושלא להתיר שאלות לעד אם אינן רלבנטיות' (מ' שלגי וצ' כהן, סדר הדין הפלילי (מהדורה שניה, תשס"א) 376; ע"פ 99/88 דקלו אליק נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(1) 409; ע"פ 699/84 מרום נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 528, 529). במקרה שלפנינו סבר בית המשפט כי לאחר הגשת חוות דעתו של ד"ר אליאס, לא היה עוד טעם בהגשתה של חוות דעת נוספת להוכחת אותה טענה עצמה (בהקשר זה לא למותר לציין שחוות הדעת שהגשתה התבקשה הוגשה לתיק בית המשפט, והיתה בפניו ובפני באת כוח התביעה בזמן הדיון, ועל כן המסקנה באשר לזהות לחוות הדעת הקודמת נתבססה על עיון בה). זה הוא תפקידו, וזו חובתו, של בית המשפט 'להקפיד על כך, שזמנו של בית המשפט יוקדש לנושא**



שלפניו" (ע"פ 614/85 וייל נ' מדינת ישראל, פ"ד לט (3) 299, 300 - הנשיא שמגר), ואין אפוא פגם בהחלטת בית המשפט קמא.

43.בקשת ההזמנה לעדות שזורה בטענת המניע ונועדה להוכחתה. בית משפט קמא נדרש לבקשה זו בתום שמיעת הראיות וקבע כי לא נמצאה הצדקה להיעתר לה,

44.משלא הונחה לפניו תשתית ראייתית מינימאלית לטענה זו. זה המקום אף לשוב ולציין את הלשון העמומה בה נקטו המערערים בהקשר לטענה זו גם בנימוקי הערעור, כמפורט לעיל.

כפי שנקבע בע"פ 1280/06 רועי כרמלי נ' מדינת ישראל (1.3.07): "המדובר בשאלה דיונית, ואין בית המשפט שלערעור שם עצמו בנעלי בית המשפט הדיוני, ובהיעדר טעם של עיוות דין לסתור, עליו לכבד את שיקולי בית המשפט הדיוני גם אם היה הוא עצמו נוטה לשקול במקרה פלוני או אלמוני אחרת." ודין הערעור להידחות גם בנקודה זו.

בשולי הדברים ייאמר כי לא ראיתי עין בעין עם בית משפט קמא שבמניין השיקולים תבוא בנוסף גם העובדה כי המדובר בכתב אישום שהוגש בשנת 2008 שיש מקום לסיימו ע"י המותב ששמע את הראיות, וביתר שאת נוכח מועד מתן ההחלטה בבקשת ההזמנה לעדות.

אשר לאכיפה בררנית

45. לאור המסמך **נ/32** יצא בית משפט קמא מתוך הנחה כי הונחה תשתית עובדתית ביחס לטענה של אכיפה בררנית, אל מול יתר העסקים שבקרבתו, המצריכה מענה, אשר בהעדרו הוכחה לכאורה אפשרות ממשית של אכיפה בררנית.

עם זאת ובדין סבר, כי בנסיבות העניין ועל פי המבחן השלישי שהותווה בפרשת בורוביץ', נוטה הכף לשימוש באמצעים מתונים יותר מביטול כתב האישום וכשיקול לקולה לעניין העונש. זאת בשים לב לפעילותו של העסק שנים ארוכות ללא רישיון, בחלקן תוך הפרת צו הסגירה בהליך הנוסף, למהות העסק והיקפו והפיקוח המתחייב על פעילותו ובשים לב לרווח הכלכלי שהמערערים מפיקים ממנו.

אשר לגזר הדין

46. בית משפט קמא שקל את כלל השיקולים המתחייבים לרבות אלה הנוגעים לאכיפה הבררנית וגזר הדין שהוטל על המערערים בשעתו, בדין יסודו.

47. ואולם במסגרת הערעור זוכו המערערים 1 ו-2 מעבירת אי קיום הצו והורשעו תחתיה בעבירה של ניהול עסק ללא רישיון, שחומרתה פחותה במידה מסוימת ועל כן מצאתי להקל בעונשם ולהורות על ביטול רכיב המאסר המותנה.

בנסיבות בהן הורשעו המערערים 3 ו-4 מלכתחילה בעבירה של ניהול עסק ללא רישיון ובשל עקרון אחידות הענישה מצאתי לבטל את רכיב המאסר המותנה גם בעניינם.



48. אני מקבלת את הערעור בחלקו ומזכה את המערערים 1-2, מחמת הספק, מביצוע עבירת אי קיום הצו ומרשיעה אותם על פי הודאתם בעבירה של ניהול העסק ללא רישיון בניגוד לסעיפים 4 ו-14 לחוק רישוי עסקים תשכ"ח-1968 וביחד עם סעיפים 5.1 א-ג' לתוספת לצו רישוי עסקים (עסקים טעוני רישוי) תשנ"ה-1995.

רכיב המאסר המותנה שהוטל על כל אחד מהמערערים יבוטל.

יתר חלקי הערעור נדחים בזאת.

יתר רכיבי גזר הדין יעמדו בתוקפם.

המזכירות תעביר עותק מפסק הדין לצדדים.

ניתן היום, ה' טבת תשע"ז, 03 ינואר 2017, בהעדר הצדדים.