



עפ"א 51919/12/15 - המועצה האזורית מנשה נגד אשר אופנהיימר

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"א 51919-12-15 המועצה האזורית מנשה נ' אופנהיימר

בפני כבוד השופטת אספרנצה אלון
המערכת המועצה האזורית מנשה ע"י ב"כ עוה"ד ד. נחליאלי ואח'
נגד
המשיב אשר אופנהיימר ע"י ב"כ עוה"ד א. בנדר

פסק דין

בפניי ערעור על החלטת בית המשפט השלום בחדרה (סגן הנשיא כבוד השופט אביהו גופמן) שניתנה ביום 26.11.15 במסגרת רע"ס 81-12-13 (להלן: "**בית משפט קמא**"), במסגרתה הורה בית משפט קמא על ביטול כתב האישום כנגד המשיב, תוך קבלת טענתו להגנה מן הצדק מכח סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב) התשמ"ב-1982 (להלן: "**החוק**").

רקע

1. כנגד המשיב הוגש כתב אישום המייחס לו ביצוע עבירה של ניהול עסק ללא רישיון. העסק נשוא כתב האישום הינו עסק לגידול, אחזקה וטיפול בבעלי חיים (לול עופות) בכפר פינס, הנמצא בתחום שיפוטה של המועצה האזורית מנשה, היא המערערת (להלן: "**המועצה**" או "**המערכת**").

המשיב, מי שהפעיל את הלול, הודה בעובדות כתב האישום אך טען שיש לבטל את כתב האישום בשל הגנה מן הצדק. טענתו העיקרית הינה כי המועצה מפעילה אכיפה בררנית עת הגישה רק נגדו כתב אישום, בעוד שבשטחה קיימים 108 לולים ואשר 99% מהם פועלים ללא רישיון עסק כדין; נטען כי מדובר באכיפה בררנית בגין נקמנות אישית של ראש המועצה, שהמשיב נמצא ביריבות אישית ופוליטית.

2. להוכחת הגנתו, ביקש המשיב לקבל חומר חקירה - עותק מנהלי ועדת השימוע לעסקים, טיעוני רישוי אצל המועצה, נתונים אודות מספר הלולים הפועלים בשטח המועצה, רישיונות עסק שהוצאו ללולים ונתונים אודות כתבי אישום שהוגשו בידי המועצה בגין ניהול לולים ללא רישיון. בקשתו התקבלה בחלקה, למעט מידע באשר לקיבוצים שבתחום המועצה.

בערעור שהגיש המשיב לבית המשפט המחוזי, התקבלה בקשתו במלואה (ע"ח 12713-04-14).



3. לאחר שני דיוני הוכחות בהם נשמעו ונחקרו עדי המערערת והמשיב בעצמו, הגישו הצדדים סיכומים בכתב ובית משפט קמא הגיע למסקנה, כי אכן בוצעה איכפה בררנית ומפלה והורה על ביטול כתב האישום.

החלטת בית משפט קמא

4. בית משפט קמא, בחן את טענות הצדדים, את העדויות שנשמעו בפניו, התייחס לכל העדים ולראיות שהוצגו בפניו תוך יישום הדין וההלכה הנוגעים להגנה מן הצדק ולבסוף הורה על ביטול כתב האישום, בשל עקרונות הצדק וההגינות המשפטית וכך קבע:

"כפי שנקבע בפסיקה, בבחינת השלבים לענייננו, אין חולק כי נפלו מספר פגמים בהליך וזאת כי לא הוגש כתב אישום כנגד אף בעל לול בתחום שיפוט מועצה אזורית מנשה למעט הנאשם.

כמו כן, לשיטת המאשימה, כפי שהובאה לידי ביטוי בעדותה של הגברת ניצה יעקובי, הגשת כתב אישום בגין ניהול עסק ללא רישיון מתבצע רק כאשר מתקבלת תלונה, וזאת מהטעם של היעדר כוח אדם המאפשר בדיקה של הלולים באזור.

ואולם, לא ניתן כל מענה לגבי הטענה בדבר הגשת שלוש תלונות נוספות ללולים בקיבוץ מצר וכפר מייסר אשר בגינם לא הוגשו כתבי אישום על אף שהמאשימה ידעה ו/או הובאו לידיעתה התלונות שהתקבלו.

יתרה מכך, בעדותה של הגברת ניצה עלו סתירות לגבי מועד הפניה לנאשם, להבהרת זכותו לנסות להתגונן תוך העלאת טענותיו מול הגורמים הרלוונטיים טרם הגשת כתב האישום. לא ברור מדוע כתב האישום הוגש כשנתיים, לאחר שלטענתה של גברת ניצה, פנתה אל הנאשם וזאת כאשר תגובתו הראשונה של הנאשם כפי שעולה מהראיות הינה רק משנת 2013.

בכל האמור למעורבות ראש המועצה בעניין עלו סתירות רבות, הן בעדותה של הגברת ניצה והן בעדותו של פקח המועצה מר טל שגן. מבלי לקבוע ממצאים לעניין מעורבותו של ראש המועצה הרי שעדותו של הנאשם בדבר מערכת היחסים בינו לבין ראש המועצה, לרבות חילוקי הדעות כפי שתוארו בעדותו של הנאשם, לא נסתרה.

כאשר מועלית טענה של איכפה בררנית לא מוקמת על הנאשם החובה להוכיח את המניע מאחורי ההתנהלות הלקויה, אך גם בסוגיה זו לא נחה דעתי מעדותה של הגברת ניצה לעניין מעורבותם של גורמים אחרים בעניינו של הנאשם וכפי שהדבר בא לידי ביטוי בעדותה בעניין הועדה שהינה חברה בה ואף במכתבו של ראש המועצה שאמרה כי מעולם לא ראתה.

סבור אני כי בבחינת הפגמים עולה שקיימת תחושה של פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות בבואי לבחון את האינטרסים השונים והנסיבות הקונקרטיות. אכן אין חולק כי לנאשם אין רישיון עסק אך ההליך, כפי שעולה מהעדויות השונות, מדובר בהגשת כתב האישום פגום ואף עולה כי לא ניתנה לנאשם הזכות להתגונן וכי קיימת פגיעה בהליך ההגנה ו



בעקבות הרפורמה, בכדי להעלות את טענותיו, וכפי שעולה מעדותה של הגברת ניצה העניין הועבר ישירות לתובע להגשת כתב אישום. אכן, סבור אני, כי קיומו של ההליך כרוך בפגיעה קשה בחוש הצדק ובבואי לבחון האם ניתן לרפא את הפגמים שהועלו באמצעים מידתיים ומתונים התשובה לכך הינה שלילית. היות וזהו כתב האישום היחיד שהוגש, למרות קיומם של לולים נוספים, כפי שעולה מהעדויות השונות (ואף הוגשו צילומים), בעלי מאפיינים הזיהם ללול של הנאשם, ועל אף התלונות שהוגשו על ידי הנאשם בעצמו, הרי יש משקל רב לטענות הנאשם. במקרה זה מדובר בפגמים שע"פ הנסיבות מביאים למסקנה שהמשך קיום ההליך יהיה בסתירה מהותית לעקרונות הצדק וההגינות המשפטית." (עמ' 51 שורות 15-32, עמ' 52 שורות 1-22 להחלטה מיום 26.11.15 - להלן: "ההחלטה").

5. על החלטה זו ערערה המועצה.

הצדדים טענו בעל פה וכן הגישו השלמת טיעונים בכתב. בין לבין, הוצג בפניי מכתב שנשלח למשיב ביום 21.3.16 מהתובע מטעם המשרד להגנת הסביבה, בדבר סגירת תיק החקירה שהתנהל נגדו, בשל העדר עניין לציבור והעמדה לדין ובאשר לנפקות משקל מכתב זה, הוסיפו הצדדים וטענו בעל פה ובכתב.

טענות המערערת

6. המערערת טוענת, כי טעה בית המשפט קמא בהחלטתו לבטל את כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק - אכיפה בררנית וכי היה על בית משפט קמא להרשיע את המשיב, לאחר שהודה בעובדות ולשקול את טענותיו במסגרת "אכיפה בררנית", בעת מתן גזר הדין.

7. אכיפה חלקית בעת הגשת תלונות בלבד, אינה אכיפה בררנית - אין פגם אינהרנטי באכיפה לפי תלונות. מנהלת הרישוי במועצה הבהירה בעדותה, כי קיימים סדרי עדיפויות במסגרת אכיפת רישוי עסקים וכי זו מתבצעת בהתאם למשאבים המעטים הקיימים במחלקה וזאת, על פי סוג העסק ומידת הסיכון הנשקפת ממנו, כאשר במידה ומוגשת תלונה, כל תלונה נבדקת. הפסיקה הכירה באכיפה חלקית, נוכח העדר משאבים, תוך מתן עדיפות לסוגי עסקים מסוימים ובעת הגשת תלונות. (חע"מ (אשד') 1835-07 **מדינת ישראל נ' מרדו טל** (27.1.10)). כן נקבע, כי כאשר הרשות נותנת משקל בכורה לטובת הכלל והגשת כתב האישום אינה נגועה בשרירות לב או כוונה להשיג מטרה פסולה, הרי שאין מדובר באכיפה בררנית (ת"פ 8239/02 **מדינת ישראל נ' חברת אחים שורגי ושורגי זאב** (2/1/06); עמ"ק (כ"ס) 5415/06 **מדינת ישראל נ' ריינר מלאכי** (1.4.09)).

8. האינטרס הציבורי - המערערת טוענת כי בית משפט קמא התעלם לחלוטין מהאינטרס הציבורי שבאכיפת קיומו של רישיון עסק, נוכח הסבל הרב של 150 תושבי שכונת הגלרי



של בית הגידול ללא רישיון עסק. לטענת המערערת, אף אם קיימת אכיפה בררנית, יש לשקול מנגד את האינטרס הציבורי הנפגע ואת הנזק הרב שנגרם לציבור.

9. מאפיינים ייחודיים לבית העסק - בית משפט קמא התעלם גם ממאפייניו הייחודיים של בית העסק נשוא הערעור - עסק של גידול בעלי חיים לצרכים מסחריים בגודל עצום המכיל כ- 30 אלף עופות, שהינו צמוד לשכונת מגורים וכנגדו הוגשו תלונות חוזרות ונשנות על טענות בגין כך שבית העסק מפר את החוקים הנוגעים ספציפית לרישוי עסקים ולכן הוגש כתב אישום.

לטענתה, קיימים 3 בתי גידול אחרים הדומים למאפיינים של בית הגידול של המשיב והוכח (גם על פי הודאת המשיב) כי לשניים מהם יש רישיון עסק ואילו השלישי נמצא בהליך רישוי, כאשר לא הוגשה אף תלונה בגין אף אחד מהם ואין בתיק כל תלונה באשר ללול אחר, גם לא של המשיב. מקום שהוגשה תלונה נגד בית גידול אחר (רפת של מר בריס), הוגש כתב אישום ובית המשפט הרשיע את בריס והורה על סגירת העסק (ת"פ 26300-10-09 **מדינת ישראל נ' בריס**).

10. אכיפה בררנית - הנטל על המשיב ויש לשקול זאת בעת מתן גזר הדין - הנטל בטענת אכיפה בררנית, הוא על המשיב ועליו היה להביא מקרים של יחס שונה לעסקים בעלי מאפיינים דומים לשלו ולא על המועצה. המשיב לא הוכיח יחס שונה לעסקים בעלי מאפיינים דומים לעסק שלו. על המשיב, הטוען לאכיפה בררנית, להוכיח כי בבסיס האבחנה נמצא מניע פסול - המשיב לא הוכיח מניע זה. נוכח האינטרס הציבורי שנפגע והעובדה כי ביטול כתב האישום יביא לקיבוע סבלם של תושבי השכונה הצמודה, היה על בית משפט קמא לקחת שיקול זה בחשבון, בעת מתן גזר הדין ולא לבטל את כתב האישום (ע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פולדי פרץ** (10.9.13); ע"פ 4855/02 **בורוביץ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט(6) 776 (2005)).

11. למשיב ניתנה זכות טיעון, למרות שהעבירות בהם הואשם אינן מחייבות זאת - הוועדה לרישוי עסקים שמונתה, מעולם לא התכנסה ולא דנה בדבר. מכל מקום, העבירות בהם הואשם המשיב, אינן מחייבות שימוע (רע"פ 5629/13 **שלום פלאח נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה - עיריית מגדל העמק** (15.10.13)). בעניין המשיב התקיימו מספר דיונים במשרדי הממשלה (הגנת הסביבה ומשרד הפנים), אליהם הוזמן להגיע, אך הוא ניצל את השיח שנוהל עמו, על מנת למשוך זמן. כמו כן, למשיב ניתנה התראה על הגשת כתב אישום, חצי שנה לפני הגשתו.

12. המשיב לא הוכיח מעורבות ראש המועצה בעניינו - החלטת בית המשפט יוצרת דוקטרינה חדשה ולפיה, כל שנדרש בכדי לבטל כתב אישום, הינו לטעון כי כתב האישום הוגש הואיל וידוע כי הנאשם תמך פ



פ"ד נ(3), 231; בש"פ 1372/96 דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 177).

13. התנהלות המשיב - המשיב לא ראה לנכון להגיש בקשה לרישוי עסק משך כל תקופת ניהול ההליך (מזה קרוב ל-3 שנים) ויתרה מכך, חזר בו מבקשתו לקבלת רישיון (ת"פ 8239/02 **מדינת ישראל נ' חברת אחים שורגי ושורגי זאב** (2/1/2006)). יש לדחות את טענת ב"כ המשיב, כי קיים קשר בין הרפורמה בתחום הרפתות (משק החלב) לבין עניינו.

טענות המשיב

14. המשיב טוען, כי יש לדחות את הערעור ולהותיר את החלטת בית משפט קמא על כנה. מדובר בלול אשר הוקם לפני שנים רבות, ובו מגדלים אפרוחים מגיל יום ועד שלושה חודשים ואז משווקים. הלול פועל בפיקוח הרשויות הנוגעות לענף הלולים, אך ללא רישיון עסק, בדיוק כפי שפועלים 99% מהלולים המצויים בשטח שיפוט המערערת ושעה שכנגד אף אחד מהם לא הוגש כתב אישום, מלבד כנגד המשיב. מדובר באכיפה בררנית מתוך נקמנות אישית של ראש המועצה שהמשיב מצוי ביריבות אישית ופוליטית איתו.

15. עסקינן בערעור על קביעות עובדתיות של בית משפט קמא ובהתעלם מהעובדות שנפרסו ונקבעו על ידו, הכל תוך שכתוב פרוטוקולים ויצירת עובדות שלא הובאו ולא הוכחו בפני בית משפט קמא. זהו המשך ישיר להתעמרות במשיב מצד המועצה האזורית מנשה, בניצוחו של ראש המועצה העושה בכפופים לו כבשלו, תוך ניצול ציני ופסול של כספי ציבור ושל ההליך הפלילי. משרד התובע משמש בתפקידו מזה 20 שנה, בהם משמש ראש המועצה בתפקידו, דבר המצביע על תלות התביעה בגורמים המשפיעים אצל המערערת ובראשם, ראש המועצה.

16. המספרים מדברים בעד עצמם - בקיבוצים ובמושבים בשטח שיפוט המערערת, פועלים 108 לולים המרוכזים ב- 50 חוות לולים, כעולה מת"ץ שניתנה על ידי מנהל מערך בריאות העוף במועצה לענף הלול (נ/7). כ- 99% מהלולים פועלים ללא רישיון עסק. היחיד שהוגש כנגדו כתב אישום, הינו המשיב ומהעדויות עולה כי במשך 20 שנה, אין ולא הייתה כל אכיפה של חוק רישוי עסקים על עסקי הלולים שבתחום שיפוט המערערת והם פועלים בגלוי, ללא רישיון עסק.

17. נטל ההוכחה - בפרשת זקין, בג"צ 6396/96 **סימונה זקין נ' עיריית באר שבע**, פ"ד נג(3) 289 נקבע כי משהוכח כי יש יסוד בראיות לטענה של אכיפה בררנית, עובר נטל ההוכחה אל הרשות המנהלית להוכיח, כי האכיפה מבוססת על שיקולים ענייניים בלבד. המערערת לא הרימה את הנטל הרובץ לפתחה ובצדק קיבל בית משפט קמא את טענת ההגנה מן הצדק ואכיפה בררנית.

18. נקמנות אישית



את המניע מאחורי ההתנהלות הלקויה (ע"פ (י-ם) 30636/06 **מדינת ישראל נ' מטר** (19.7.07)), המשיב טען למניע שכזה ובית משפט קמא קבע, עובדתית, כי המערערת לא סתרה את עדותו בדבר מערכת היחסים הקשה שהתפתחה אותה תקופה בין ראש המועצה לבין המשיב, תקופה במהלכה פעל ראש המועצה לסלק את המשיב מתפקידו כיו"ר המועצה הדתית, אך משהתקשה בכך, פעל להגשת כתב האישום.

הנקמנות האישית עולה גם ממכתב ראש המועצה מיום 8.1.12 (נ/8), בו פנה האחרון למשרד החקלאות וביקש להמשיך במדיניות של אי אכיפת חוק רישוי עסקים על הלולים. השינוי היחיד במדיניות זו של ראש המועצה, היה כלפי המשיב ומתוך נקמנות. בנסיבות אלו, היה על המערערת להעיד את ראש המועצה כעד הזמה באשר למניע ומשנמנעה לעשות כן, חיזקה את טענות המשיב בדבר נקמנות אישית ומניעים פסולים.

19. מטרת חוק רישוי עסקים - לטענת המערערת בפני בית המשפט קמא, חזקה שעסק הפועל ללא רישיון, חותר תחת המטרות שחוק רישוי עסקים בא להבטיח ולהגן עליהן. נשאלת השאלה, מדוע אם כן, לא אכפה המערערת את חוק רישוי עסקים על כל הלולים ולא הגישה כתבי אישום? בכך היא בעצמה מאיינת את מטרת החוק.

כאשר המערערת מתייחסת לחוק רישוי עסקים בענף הלול כאל "חוק מגירה", מגיעים למסקנה כי כתב האישום לא הוגש עקב הפרת הוראות החוק, אלא מנימוקים אחרים וזרים.

20. שיקולים ענייניים - המערערת לא העמידה כל ראייה בדבר היות המאפיינים של הלול שבפנינו חריגים, כטענתה - לא הובאה כל עדות או חוות דעת שילמדו מה שונה, אם בכלל, לול זה משאר 107 הלולים הנוספים והמצדיק אכיפה בדרגת כה חריגה של חוק רישוי עסקים. קיימים לולים גדולים יותר ולולים קטנים יותר, לולים בהם נעשה פיטום תרנגולות, לולים בהם מגדלים מטילות לביצי מאכל, לולים של פרגיות קלות, פרגיות כבדות ועוד. כולם, מעצם טיבם וטבעם לצרכים מסחריים, חלקם אף פועלים בסמיכות רבה מאוד למגורים ולמבני ציבור, לרבות בית ספר שהוקם מטרים ספורים מלול פעיל.

21. קבלת תלונות - בהתאם לעדות גב' ניצה יעקובי, כתב האישום הוגש מסיבה אחת ויחידה - התקבלו אצלה תלונות לגבי הלול, אותן כלל לא טרחה לבדוק ולאושש בטרם הגשת כתב האישום. מדיניות שכזו הינה מדיניות פסולה ואינה עומדת במבחני הסבירות, ההגיוניות והשוויוניות, בעיקר כאשר אין אבחנה בין תלונה שנבדקה ונמצאה מוצדקת לבין תלונה שלא נבדקה או נמצאה מוצדקת - ובענייננו, התלונות לא נבדקו.



דחה אותן כאמור.

הטענה כי זוהי המדיניות הואיל ואין משאבים יש לדחות ומהווה פשע לשמו - מדובר במידע לגבי לולים שבנקל ניתן להשיג ולכן, אין כל קושי באכיפת החוק על הלולים. טענת המדיניות נולדה רק לצורכי משפט, בדיעבד, לאחר שהוגש כתב אישום, אך ורק כדי להכשיר את השרץ, כך גם טענת התלונות, שהרי בתכתובות שקדמו לכתב האישום, לא הוזכרו תלונות אלו. הכל ככסות לסיבה היחידה שהוגש כתב אישום - נקמנות אישית של ראש המועצה.

22. לבסוף טוען המשיב, כי מדובר בתיק של רישוי עסקים, הא ותו לא ומעמדו של המשיב, חייב להיות זהה למעמדו של שאר 107 לולים. אין מדובר בתיק בדבר מפגעים שלא הוכחו וממילא ישנם הליכים, רשויות וכלים להתמודד איתם, אך אלו לא ננקטו וזה אומר הכל.

טענות הצדדים בדיון מיום 3.2.16, בהשלמת הטיעון בכתב ובדיון מיום 21.4.16

23. בדיון חזרה **המערערת** על טענותיה בהודעת הערעור ועיקרי הטיעון והדגישה, בין היתר, כי אין בתיק ולו תלונה אחת כנגד עסק אחר ולכן, שגויה הקביעה כי הוגשו תלונות נוספות וכן, כי חוק רישוי עסקים אינו מבחין בין רפת ללול - מדובר בבית גידול חיות ולכן, אם הוגשה תלונה על רפת הפועלת ללא רישיון, הוצא צו סגירה. עוד טענה המערערת, כי מדובר במועצה חקלאית וישנם לולים הפועלים ללא רישיון עסק, אך בית משפט קמא אמר היה לעשות אבחנה ולהתייחס רק ללולים בעלי מאפיינים דומים ולגביהם הוגשו תלונות. בנוסף טענה, כי בקביעה שלא נסתרה הטענה כי ראש המועצה מתנכל למשיב, מבלי להביא כל ראיה להתנכלות זו, נוצרה דוקטרינה חדשה. ראש המועצה לא הובא למתן עדות הזמה, מאחר ולא הובאה כל ראיה התומכת בטענה זו, אחרת, יסתובבו ראשי הרשויות בבתי המשפט, בכדי להפריך טענות כאלה.

גם בהשלמת הטיעון חזרה המערערת על טענותיה והוסיפה, כי מעדות מנהלת רישוי עסקים, גב' ניצה יעקובי באשר לקיומם של בתי גידול הדומים במאפייניהם ללול המשיב, עולה כי קיימים 4 בתי גידול בעלי רישיון עסק, 2 בתי גידול ושתי חוות לולים, בהליך הוצאת רישיון. שניים מאלה מצויים בקרבה למבנה, אחד בעל רישיון והשני בהליך של קבלת רישיון. בגין אף אחד מהם לא הוגשה תלונה.

המערערת הוסיפה עוד, כי בניגוד לטענת המשיב, הרי שהנטל להוכיח טענת אכיפה בררנית, חל על המשיב. על המשיב להוכיח כי מדובר באכיפה שונה ובלתי שיויונית, בין בתי גידול בעלי מאפיינים דומים לשלו. רק לאחר הוכחת האמור, הנטל עובר לכתפי המשיבה להסביר את התנהלותה. המשיב לא הצי



המשיב בעניין מטר (ע"פ (י-ם) 30636/06 **מדינת ישראל נ' מטר** (19.7.07) (להלן: "**עניין מטר**")) ניתן על ידי בית המשפט המחוזי, לפני הלכת פלוני ומכל מקום, בעניין מטר לא נקבע כי אין להוכיח מניע, אלא כי אין להוכיח מניע ספציפי של אפליה מכוונת וזדונית.

השיקולים שנשקלו בענייננו הם ראויים ומתבקשים - התלונות הרבות, המאפיינים הספציפיים, שיח של שנים שלא הוביל דבר, התראה שניתנה חצי שנה קודם להגשת כתב האישום והעובדה, כי המשיב בחר לבטל עוד בינואר 2012 את הבקשה לרישיון עסק.

המשיב שקט על שמריו בטענה של "הגנה מן הצדק" ולא פעל להסדרת רישיון העסק. התלונות הרבות שהוגשו לכל הגורמים השונים ומשרדי הממשלה, הופנו לפתחה של המועצה המקומית, על מנת שתטפל בנושא במסגרת רישוי עסקים ולכן, אין ממש באמירה, כי על המשרד להגנת הסביבה לבצע את האכיפה בעצמו.

באשר לעמדת המשרד להגנת הסביבה בדבר סגירת תיק החקירה כנגד המשיב (המכתב מיום 21.3.16), בשל העדר עניין לציבור בהעמדה לדין, טענה המועצה, כי המשרד להגנת הסביבה קיבל את החלטה זו לא בשל העדר תשתית ראייתית, אלא בשל טענת "סיכון כפול", כאשר המועצה כבר הגישה כתב אישום בגין אותה עבירה. החלטת המשרד להגנת הסביבה, מחזקת את חשיבות פועלה של המועצה בהגשת כתב אישום בגין ניהול עסק ללא רישיון ולמניעת מפגעים, תכלית חוק רישוי עסקים.

24. **המשיב** חזר אף הוא על טענותיו בעיקרי הטיעון והדגיש כי ממכתב ראש המועצה עולה בבירור כי ישנו שוני בין ענף הרפתות לבין הלולים, לגביהם אין אכיפה של רישוי עסקים. מדיניות זו השתנתה רק לאחר הבחירות ולאחר שנוצר סכסוך. עוד הדגיש המשיב, כי בית משפט קמא קבע עובדתית שישנן תלונות נוספות שלא צורפו ומכל מקום, אכיפה בענף הלולים, לא יכולה להיות על סמך תלונה בלבד. כאשר מדובר בלול אחד מתוך 108 לולים, לא ייתכן כי תבוצע אכיפה סלקטיבית על סמך תלונה שלא נבדקה. המשיב מדגיש כי התושבים קנו את בתיהם סמוך ללול וכך גם נבנה בית ספר סמוך ללול אחר. מבחינת המשיב, לא הייתה כל משיכת זמן, כטענת המערער, אחרת משרד איכות הסביבה היה מגיש כתב אישום ומכל מקום, הדבר לא הוכח בפני בית משפט קמא.

בהשלמת הטיעון חזר המשיב על טענותיו והדגיש, כי מדובר בערעור על קביעות עובדתיות וקביעות של מהימנות של בית משפט קמא. עוד הדגיש, כי השיקול בהגשת כתב האישום היה הגשת תלונה בלבד ולא מאפייני הלול. אף אם נניח כי מאפיינים אלו היוו שיקול להגשת כתב האישום, הרי שהיה על המשיבה לפרוס בפני בית המשפט קמא את העובדות והראיות שיאפשרו את האבחנה הנדרשת. המ



המשרד להגנת הסביבה קבע, שאין מבחינתו מפגעים. הוא הגורם שהיה צריך לאכוף את המפגעים ומשרד זה החליט שלא להגיש כתב אישום כנגד המשיב. משכך, טענת המפגעים שטוענת המועצה, לא הוכחה. יש לזכור, שהמועצה טוענת למפגעים עבור תושבים שאינם בשטח השיפוט שלה וכי לא פעלה כנגד 105 לולים נוספים הקיימים בשטחה, שגם להם אין רישיון.

דין והכרעה

25. לאחר ששקלתי טענות הצדדים, עיינתי בהחלטת בית משפט קמא ובחומר הראיות שהונח בפניו ויישמתי את הדין וההלכה על נסיבות תיק זה, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הערעור להתקבל.

הגנה מן הצדק - המסגרת הנורמטיבית

26. טענה של הגנה מן הצדק, עוגנה בסעי' 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי הקובע כי נאשם רשאי לטעון טענה מקדמית, לפיה: **"הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית"**.

27. שנים רבות עוד בטרם הוספת סעיף זה בשנת 2007, הוכרה דוקטרינת ההגנה מן הצדק ונקבע כי זו תתקבל במקרים חריגים ונדירים בהם **"המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלית נפגעת, דבר שבית המשפט עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לסובלו"** (ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221). אמות המידה לפיהם יש לבחון טענה של הגנה מן הצדק, נקבעו בהמשך בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' דר איתמר בורוביץ, פד נט(6), 776 (2005) (להלן: **"הלכת בורוביץ"**):

"שאלת החלטה של הגנה מן הצדק על מקרה נתון טעונה בחינה בת שלושה שלבים. בשלב הראשון על בית-המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים שננקטו בעניינו של הנאשם ולעמוד על עוצמתם, וזאת, במנותק משאלת אשמתו או חפותו. בשלב השני על בית-המשפט לבחון אם בקיומו של ההליך הפלילי חרף הפגמים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות. בשלב זה, נדרש בית-המשפט לאזן בין האינטרסים השונים... ברי כי בגיבוש האיזון בין השיקולים הנגדיים ייחס בית-המשפט לכל אחד מהשיקולים את המשקל היחסי הראוי לו בנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה הנתון... בשלב השלישי, מששוכנע בית-המשפט כי קיומו של ההליך אכן כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, עליו לבחון האם לא ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעים יותר מתונים ומידתיים מאשר ביטולו של כתב-האישום."

טענה של אכיפה בררנית, התקבלה כנימוק לקבלת טענת הגנה מן הצדק וביטול כתב אישום כבר בבגץ



זקין"), שם נקבע:

16". **אכיפה בררנית (selective enforcement) אינה היפוך של אכיפה מלאה. לעתים קרובות אין אכיפה מלאה, ומבחינה מעשית אף לא יכולה להיות אכיפה מלאה, של חוק או תקנות. אכיפה חלקית אינה בהכרח אכיפה פסולה. כך גם אכיפה מדגמית. שהרי המדינה אינה יכולה להקצות אלא משאבים מוגבלים לאכיפת החוק. כך גם רשויות מינהליות שונות, כמו רשויות מקומיות... אכן, מדיניות או הנחיות כאלה צריכות לעמוד במבחנים המקובלים לגבי כל החלטה מינהלית, כגון, מבחנים של מטרה כשרה, שיקולים ענייניים, סבירות ועוד. אולם, אם הן עומדות במבחנים אלה, אכיפת החוק על פי מדיניות או הנחיות כאלה אינה אכיפה פסולה. אכיפה כזאת, אף שהיא אכיפה חלקית, אינה אכיפה בררנית. אולם אפשר שאכיפה חלקית תהיה אכיפה בררנית ובשל כך גם תהיה אכיפה פסולה... ללא יומרה להציע הגדרה ממצה, אפשר לומר, לצורך עתירה זאת, כי אכיפה בררנית היא אכיפה הפוגעת בשוויון 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. דוגמה מובהקת לאכיפה בררנית היא, בדרך כלל, החלטה לאכוף חוק כנגד פלוני, ולא לאכוף את החוק כנגד פלמוני, על בסיס שיקולים של דת, לאום או מין, או מתוך יחס של עוינות אישית או יריבות פוליטית כנגד פלוני. די בכך ששיקול כזה, גם אם אינו שיקול יחיד, הוא השיקול המכריע (דומיננטי) בקבלת החלטה לאכוף את החוק. אכיפה כזאת נוגדת באופן חריף את העיקרון של שוויון בפני החוק במובן הבסיסי של עיקרון זה. היא הרסנית לשלטון החוק; היא מקוממת מבחינת הצדק; היא מסכנת את מערכת המשפט." (ההדגשה לא במקור - א.א.)**

עוד נקבע בפרשת זקין, באשר לנטל ההוכחה:

"אכן, רשות מינהלית המבקשת לאכוף את החוק נהנית, כמו כל רשות מינהלית, מחזקת החוקיות. מי שמעלה נגד החלטת הרשות טענה של אכיפה בררנית, ולכן הוא מבקש לפסול את ההחלטה, עליו הנטל להפריך חזקה זאת... אם לכאורה יש יסוד בראיות לטענה של אכיפה בררנית, מתערערת החזקה בדבר חוקיות ההחלטה המינהלית. כתוצאה עובר הנטל אל הרשות המינהלית להראות כי האכיפה, אף שהיא נראית בררנית, בפועל היא מתבססת על שיקולים ענייניים בלבד, שיש להם משקל מספיק כדי לבסס עליהם את החלטת הרשות. אם הרשות אינה מרימה נטל זה, עשוי בית המשפט לפסול את ההחלטה בגין שיקול זר או בגין פגם אחר שנתגלה בה, או לתת סעד אחר כנגד הפגיעה בשוויון, לפי נסיבות המקרה."

מן הכלל אל הפרט



28. אפתח, כי מדיניות של הגשת כתבי אישום בגין ניהול עסק ללא רישיון, רק כאשר מוגשת תלונה, אינה רצויה ויש לחתור לתיקונה. לבית משפט קמא הוגש תע"צ של המועצה לענף הלול ממנו עולה, כי בשטח המועצה 50 חוות ובהם למעלה מ-100 לולים (נ/7). לשלושה בלבד רישיון עסק ושניים בהליכי רישוי (נ/13, נ/15, נ/16). לכל שאר הלולים שבשטח המועצה, אין רישיון עסק, הם לא פנו לקבלת רישיון עסק והמועצה לא הגישה כתבי אישום נגדם. מחומר הראיות שהוצג לבית משפט קמא, לא ניתן לאבחן בין הלולים, האם מדובר בלולים הנמצאים בסמיכות לשכונות מגורים או למבנים אחרים, מה גודלם ומה מהות העסק (פרטי או מסחרי). לאורך כל ההליך, הבהירה המועצה, כי אינה אוכפת את חוק רישוי עסקים בכל הקשור לענף הלולים ולא פעלה באופן יזום, אלא, רק מקום שמוגשת תלונה או מקום שמוגשת בקשה לרישוי עסקים, פועלת המועצה (ראה עדותה של גב' ניצה יעקבי, מנהלת מחלקת רישוי עסקים במועצה, בפרוטוקול הדיון מיום 23.12.14). בית משפט קמא קיבל את עמדת המועצה, כי מדיניות האכיפה בהגשת כתב אישום מונחית על פי עיקרון הגשת תלונה. רק כאשר מוגשת תלונה פועלת המועצה, וזאת בשל העדר כח אדם המאפשר בדיקה של כל הלולים באזור, כפי שהעידה הגב' ניצה יעקבי.

מעתה אמור, אמנם אין מדובר במדיניות רצויה, אך זו מדיניות מצויה ואחידה, בה האכיפה תלויה בקיום תלונה; במדיניות זו אין פגם אינהרנטי, המצדיק ביטול כתב האישום.

29. בית משפט קמא מצא, כי נפלו מספר פגמים בהליך וזאת משום שלא ניתן מענה לטענה בדבר הגשת שלוש תלונות נוספות בקיבוץ מצר וכפר מייסר, אשר בגינם לא הוגש כתב אישום, על אף שהמועצה ידעה ו/או הובאו לידיעתה התלונות שהתקבלו (עמ' 51 שורות 21-23 להחלטה).

ראשית אבהיר, כי בחנתי את חומר הראיות שהוגש לבית משפט קמא, ולא מצאתי כי הונחה תשתית ראייתית המבססת את מסקנת בית משפט קמא, כי הוגשו תלונות בגין לולים נוספים. על כך העידה הגב' יעקבי, כי לו הייתה מקבלת תלונה מתושבים על לולים אחרים, הייתה פועלת נגדם (ראה עמ' 11 שורות 28-30 לפרוט'). המשיב לא הביא בפני בית משפט קמא כל ראיות להגשת תלונה/תלונות, באשר ללולים אחרים. ראה תשובתו בחקירה החוזרת:

- ש. שאלו אותך על טענות למפגעים מהלול וכו', תסביר ביחס ללולים אחרים, זה הרבה, זה מעט?**
- ת. יש לולים יותר קטנים ויש יותר גדולים במנשה, יש כאלה וכאלה.**
- ש. מדברים איתך על תלונות, ידוע לך על לולים אחרים שיש תלונות במועצה?**
- ת. הם היו אצלי, אף פעם לא תיעדתי את זה, עד שהבנתי שצריך לתעד.**
- הם אמרו שאין שום דבר.**
- ...
- ש. שאלו אותך על תלונות למפג**



אחרים שקיימות ומה עשו איתם?

ת. היתה תלונה שאני יודע בכפר ערבי מייסר, התלוננו על ריחות מהקיבוץ מצר והטענה של ראש המועצה היתה שזה אזור חקלאי ויש ריחות ולכן אין עילה לטענה שלהם"

(עמ' 41 שורות 22-28, עמ' 42 שורות 17-20 לפרוטוקול מיום 19.3.15).

עדות המשיב היא עדות שמועה כללית, המשיב לא הציג כל ראיה ולא טען, כי התלונות הוגשו על ידו, אחרת, סביר כי היה מגיש העתק הימנה. עדות שכזו היה עליו לתמוך בראיות או עדויות, אך הוא בחר להעיד את עצמו בלבד. נזכיר כי עדותה של הגב' יעקבי כי היא אינה יודעת על תלונות אחרות לא נסתרה. המועצה טענה, כי כאשר הוגשה תלונה, הוגש כתב אישום והביאה כדוגמה את הרפת שניהל מר בריס; ביהמ"ש הרשיע את בריס והורה על סגירת העסק (ת"פ 26300-10-09 מדינת ישראל נ' בריס).

נראה איפוא, כי אין בראיות ובעדויות כל תימוכין לכך שהוגשו שלוש תלונות נוספות, כקביעת בית משפט קמא.

מכאן ובהעדר תשתית ראיתית, אני מוצאת כי לא היה מקום לקביעת בית משפט קמא, כי הוגשו תלונות לגבי לולים אחרים (קיבוץ מצר וכפר מייסר) ו/או כי המועצה ידעה על תלונות אלו, שלגביהם לא הגישה כתב אישום.

30. הוכח בבית משפט קמא, כי כנגד לול שמנהל המשיב הוגשו תלונות רבות ונטען למפגעים רבים, מפגעים אשר חוק רישוי עסקים והתקנות נועדו להגן מפניהם ולמונעם.

ראה בפרשת זקין:

"הגשת תלונה על ידי שכן היא גם מידע כשר בדבר ביצוע עבירה זו או אחרת. אך האם היא גם שיקול ענייני לצורך הגשת אישום בעבירות אלה? לשון אחרת, כאשר המשטרה מודה ומודיעה כי בדרך כלל אין היא מגישה אישום בעבירות אלה, האם הגשת תלונה על ידי שכן, כשהיא לעצמה, יכולה להיות שיקול מכריע לצורך הגשת אישום במקרה מסויים? התשובה תלויה בשאלה מה המטרה של האיסור הפלילי ומה השיקולים הענייניים בנוגע לאיסור זה."

התלונות (ת/4 עד ת/7) מלמדות, כמו גם עדותו של מר טל מוסקוביץ, יו"ר ועדת שכונת הגלריה, פרדס חנה-כרכור (עמ' 22-27 לפרוטוקול הדיון מיום 23.12.14), כי מזה שנים לכל המאוחר מאז יולי 2011, הגישו התושבים שבתם גובל ללול המשיב, תלונות על כך שהלול פועל בשטח המועצה ללא רישוי עסק וללא פיקוח של גורמי הרשויות. התושבים פנו למשרד החקלאות, משרד הבריאות, למועצה המקומית, לוועדה לתכנון, ליועמ"ש, למבקר המדינה למנכ"ל מ



בת/5 אף פנו התושבים לראש המועצה, בדרישה לסגור באופן מיידי את הלול בהיותו פועל ללא רישוי עסק וכן התריעו בפניו, כי אם ייגרם נזק למי מדיירי השכונה בשל התפרצות מחלת שפעת העופות ו/או כל מחלה אחרת, יראו בו אחראי באופן אישי להתרחשות הנזק, וזאת בשל מחדלי המועצה.

31. בית משפט קמא מצא, כי נפל פגם בהליך, כאשר לא ניתנה אפשרות למשיב להתגונן, טרם הגשת כתב האישום. גם למסקנתו זו של בית משפט קמא, אינני שותפה. המועצה טענה, כי הוועדה לרישוי עסקים, מעולם לא התכנסה ולא דנה בדבר - לא בעניינו של המשיב ולא בעניינים של אחרים. טענתה זו לא נסתרה. לטענת המועצה, מדובר בעבירה שאינה מחייבת כלל שימוע, אך יתרה מכך הוכח, מתוך התכתובות(נ/9, נ/10) ומתוך העדויות, כי המשיב ניהל שיח רב שנים עם גופים שונים (המשרד להגנת הסביבה ומשרד הפנים). בנוסף, ניתנה למשיב התראה כחצי שנה לפני הגשת כתב האישום והוא בחר למשוך את בקשתו לקבל רישיון (ת/20).

32. באשר לאכיפה בררנית, על המשיב היה להוכיח כי בבסיס ההבחנה ניצב מניע פסול.

לא אחת נפסק, כי:

"..אין אדם העובר עבירה, יכול להתגונן בטענה שגם אחרים נוהגים כך. נוהג פסול ובלתי חוקי של הרבים אינו מכשיר את השרץ שבידי היחיד (ראו: ע"פ 2567/97 אילון רפאל נ' מדינת ישראל, דינים עליון, נה 62)
זאת ועוד, טענה בדבר אכיפה בררנית אינה עילה לזיכוי. (ראו: רע"פ 9796/05 רן אלדר נ' מדינת ישראל, (2005)). לכך נוסף כי לא כל אכיפה חלקית היא גם אכיפה בררנית המקימה עילה של הגנה מן הצדק. על הטוען הנטל להוכיח קיומם של שיקולים שרירותיים פסולים בבסיס ההחלטה להעמידו לדין..." (עפ (חי') 38251-01-12 א.מ.ו.י.ד. השקעות ובנין בע"מ נ' מדינת ישראל - המשרד לאיכות הסביבה (28.6.12).

ראה גם ע"פ (חי) 1224/06 רבאעי סאלם נ' עיריית עכו (14.3.07), שם נפסק:

"מכל מקום, גם אם היה ממש בטענתו של המערער, הרי שלא היה יוצא נשכר ממנה, שכן הסעד עבור אכיפה לא שוויונית אינו במתן היתר למערער, או בהנצחת פעילותו של עסק ללא רישיון, אלא בהנחיית הרשות לפעול לאכיפתו השוויונית של החוק (וראה בג"צ 53/96 הנ"ל). למעשה, וגם אם הייתי מקבל את טענתו העובדתית, הרי שלכל היותר היה בית המשפט מנחה את המשיבה לאכוף את הדין בנוגע לכל העסקים במקום ולא היה ניתן צו המורה להכשיר את פעילותו הבלתי חוקית של המערער."



"מטרת החלטה של ההגנה היא לעשות צדק עם הנאשם, ולא לבוא חשבון עם רשויות האכיפה על מעשיהן הנפסדים. ואולם לרוב (אם כי לא תמיד) תיוחס הפגיעה בצדקתו ובהגינותו של ההליך הפלילי להתנהגות נפסדת של הרשויות; ובמקרים כאלה אכן מוטל על בית-המשפט לבקר את מהלכיהן. ברם, לא כל מעשה נפסד שעשו הרשויות החוקרת או המאשימה, או רשות מעורבת אחרת, יצדיק את המסקנה שדין האישום להתבטל מטעמי הגנה מן הצדק; בין מפני שבאיוון בין האינטרסים הציבוריים המתנגשים גובר העניין שבקיום המשפט, ובין (וזה, כמדומה, המצב השכיח) מפני שבידי בית-המשפט מצויים כלים אחרים לטיפול בנפסדות מהלכיהן של הרשויות. ביטולו של הליך פלילי מטעמי הגנה מן הצדק מהווה אפוא מהלך קיצוני שבית-המשפט אינו נזקק לו אלא במקרים חריגים ביותר."

33. בית משפט קמא קבע, כי קיימים לולים נוספים, בעלי מאפיינים זהים ללול של המשיב ונגדם לא הוגש כתב אישום. משכך, הגיע למסקנה, כי קיומו של ההליך כרוך בפגיעה קשה בחוש הצדק ולא ניתן לרפא את הפגמים באמצעי מידתי ומתון יותר (עמ' 52 שורות 15-17 להחלטה). אינני שותפה לקביעה זו. בית הגידול צמוד מטרים ספורים לשכונת מגורים והמשיב מגדל בו אפרוחים לצרכים מסחריים. המשיב בחר להפסיק את הליך רישוי העסק בו הוא מצוי. המשיב לא הרים את הנטל לטענתו בדבר אכיפה בררנית, הוא לא הוכיח לבית משפט קמא כי המועצה נקטה ביחס שונה לעסקים בעלי מאפיינים דומים לשלו. נטל זה היה מוטל עליו, שהרי נקודת המוצא היא כי אכיפה חלקית אינה אכיפה בררנית (ראה עת"מ (ת"א) 40673-02-14 מוריס ברמר ו - 8 אחיו, נ' עיריית תל אביב (19.05.2014), ת"פ (חי') 37665-05-14 מדינת ישראל נ' שמעון גפסי (23.03.2015), תפ"ח (חי') 22427-06-14 מדינת ישראל נ' נסים בוחדנה (19.11.2014)). הגברת יעקובי העידה כי קיימים במועצה ארבעה בתי גידול בעלי רישיון עסק, ובערעור בפני טען ב"כ המועצה כי מתוכם שני לולים מצויים בקרבה מסוימת למבנה - אחד מהם בעל רישיון עסק, והשני מצוי בהליך רישיון עסק, וכי בגין אף אחד מהם לא נתקבלו תלונות כלשהן. טענה זו לא הועלתה בבית משפט קמא, ומכל מקום שני הצדדים לא הניחו תשתית ראיתית מספקת מכוחה הוכח יחס שונה לעסקים בעלי מאפיינים דומים.

34. התוצאה הקיצונית אליה הגיע בית משפט קמא, בדבר ביטול כתב האישום בשל פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות המשפטית, אינה מתיישבת עם חומר הראיות שהוצג בפני בית משפט קמא ועם ההלכה המשפטית המחייבת. נחה דעתי כי אין זה המקרה שהמצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלית נפגעת - כדברי בית המשפט בפרשת יפת בעניינו, המשיב בחר לחזור בו מבקשתו לקבל רישיון עסק



מוגשות תלונות חוזרות על מפגעים מאותו עסק והכל- בהסתמכו על טענה של הגנה מן הצדק.

בנסיבות תיק זה, הטענות שהעלה המשיב מקומן בעת מתן גזר הדין ולא בדרך של ביטול כתב האישום שהינה תוצאה קיצונית השמורה למקרים חריגים ונדירים ואין זה המקרה שבפנינו.

ביטול כתב אישום, במועצה מקומית שבשטחה למעלה מ- 100 בתי גידול, יביא לתת-אכיפה ולכבילת ידה של המועצה, באכיפת החוק תוך פגיעה באינטרס הציבורי, באופן שאינו מידתי ושאינו עולה בקנה אחד עם החוק ותכליתו.

35. טרם נעילה - אין די בקיומו של סכסוך בין המשיב לבין ראש המועצה בכדי להוכיח קיומו של מניע פסול בהגשת כתב אישום. אין די בתחושתו של המשיב אלא צריך שצופה אובייקטיבי חיצוני, המביט בתיק זה, יסבור כי מנוי וגמור עימו כי מניע פוליטי הוא הניצב ביסוד ההעמדה לדין. המשיב לא עמד בנטל זה. איני סבורה כי היה על המועצה להעיד את ראש המועצה, כדי לסתור טענת המשיב. התלונות שבתיק הינן משנת 2012, ומהן עולה כי עוד בשנת 2011 פנה יו"ר ועד השכונה הקודם לדרגים גבוהים במטרה להפסיק את המפגעים הנטענים. הגשת כתב אישום בנסיבות אלו, לאחר שהעניין נדון משך תקופה ארוכה ולא הוסדר, אין בה בכדי ללמד על הגשת כתב אישום ממניע פסול, גם כאשר ברקע קיים סכסוך בין המשיב לראש המועצה.

36. סיכומי של דבר - הערעור מתקבל. התיק מוחזר לבית משפט קמא לצורך הכרעת דין, שמיעת טיעוני הצדדים לעונש ומתן גזר דין. כמובן, שבית משפט קמא יבחן, במסגרת גזר הדין, את טענות הצדדים, גם לעניין אכיפה בררנית/הגנה מן הצדק, שאין בהן כדי להביא לביטול כתב האישום.

ניתן היום, כ"א אייר תשע"ו, 29 מאי 2016, בהעדר הצדדים.