



ת"פ 7967/05/22 - שי שמואל אזולאי נגד ועדה מקומית לתכנון ובניה אשדוד

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

עתפ"ב 7967-05-22 , 28460-05-22 אזולאי נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה אשדוד

בפני	כבוד השופט אלון אינפלד
מעורר	שי שמואל אזולאי
	ע"י ב"כ עו"ד ורד שליו - איטח
נגד	ועדה מקומית לתכנון ובניה אשדוד
משיבה	ע"י ב"כ עו"ד מאיר בירנבוים ועו"ד ליחן צרפתי

פסק דין

לפני ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום באשדוד (כב' השופט י' ליבליין) מיום 10.4.22 (תו"ב 56712-06-17). ערעור הנאשם מכוון בעיקרו נגד הכרעת הדין, בטענות לגופה של האשמה ובטענות הגנה מן הצדק. המאשימה הגישה גם ערעור נגדי לעניין העונש, אך חזרה בה במהלך הדיון. לפיכך פסק דין זה עוסק בערעור הנאשם.

תמצית הרקע

1. לאחר שמיעת הוכחות, הורשע המערער בעבירות על חוק התכנון והבניה בהתאם לכתב האישום אשר ייחס לו בנייה ללא היתר של סככה הכוללת קונסטרוקציה של מתכת, דופן וקירוי מחומר בניה קל, בשטח של כ- 16 מ"ר; וכן שימוש שלא כדין בחנות בשטח 23 מ"ר (ובסככה האמורה) כמסעדה. זאת, בניגוד לייעוד ולשימוש במבנה לפי היתר הבניה והתכניות החלות על המקרקעין שהנם לתעשייה ומלאכה זעירה, ואינם מאפשרים שימוש למסעדה.
2. יודגש כי המערער הוא הבעלים של הנכס, אך לא הוא הפעיל את המסעדה, אלא שוכר. האשמתו התבססה על אחריותו לפי סעיף 208 לחוק התכנון והבניה (כנוסחו הישן). אין מחלוקת כי המשתמש הישיר, כמו גם בונה הסככה בפועל, היה שוכר הנכס, הנאשם 2 בכתב האישום המקורי, מר ציון עידו יהודה. הנאשם 2 הודה בתחילתו של ההליך בעבירות האמורות ובעבירות רישוי עסקים, והורשע על פי הודאתו.
3. בהכרעת הדין בעניין המערער, המפורטת והמנומקת על פני 23 עמודים, נדחו הטענות כי בניית הסככה לא הייתה עבירה, כי המערער קיים חובתו כבעלים לפי סעיף 208 האמור בכך שפעל להכשיר השימוש החורג, או כי מתקיימת בנסיבות העניין הגנה מן הצדק בשל חריגה ממדיניות הענישה, הבטחות הרשות בשלבים שונים של ההליך, או בשל כשלים שונים בהתנהלות המאשימה.
4. הודעת הערעור (הנפרשת על פני 127 עמודים, לא כולל נספחים!) מנוסחת בלשון בוטה מאוד כלפי בית



משפט קמא; משתלחת בנציגי המשיבה ומדברת סרה במפקח העירוני שהעיד בתיק. הודעת הערעור כוללת גם טענות הראויות להישמע, ובאלה בלבד יש לדון.

5. כאמור, המאשימה הגישה גם היא ערעור מטעמה על גזר הדין. אולם, נוכח הערות בית המשפט בדיון, חזרה בה מערעורה. לפיכך, פסק דין זה מתייחס לטענות המערער בלבד.
6. למרות האריכות בה נכתבה הודעת הערעור, המדובר בתיק פשוט ורגיל, ופסק הדין שלערעור יכתב בהתאם. אף כי אין מנוס מאריכות מסוימת, נוכח הסיבוכים הפרוצדוראליים שנוצרו בתיק זה. ההתייחסות תינתן לטענות ערעור שאינן טענות פסלות, ואינן מופרכות על פניהן, ככל שמותב זה הצליח לאתרם ולהבינם, מתוך הודעת הערעור הגדושה, הטיעונים המשלימים בכתב וההסברים הארוכים על פה.
7. יאמר מיד כי, למרות שנפלו לפני בית משפט קמא שגיאות קטנות אחדות בניחוח הראיות, פסק הדין נכון בעיקרו. לפיכך, הקורא מופנה לעיין בפסק דינו היפה והבהיר של בית משפט קמא, כרקע לפסק דין זה. שכן פסק הדין שלערעור מתייחס לפרקים ממוקדים בלבד, כאמור.

ייעוד המקרקעין

8. בתשובה לאישום הודה המערער בסעיף 7 לכתב האישום שם נטען כי "על פי היתר הבנייה שחל על המקרקעין והתוכניות המצורפות לו, הייעוד והשימוש שנקבעו למבנה הנו: תעשייה ומלאכה זעירה". לפיכך, בצדק קבע בית משפט קמא בהכרעת הדין "שהמאשימה כלל לא היתה צריכה להביא ראיות להוכחת העובדה ולפיה, בהתאם לתכנית החלה על המקרקעין הייעוד המותר הוא 'תעשייה ומלאכה זעירה'. יתרה מכך, הנאשם לא רשאי היה לטעון להגנתו, כי השימוש המותר במקרקעין הינו שימוש 'מסחרי', וזאת בניגוד למענה שנתן לכתב האישום". למרות זאת, לפני משורת הדין, נדרש בית משפט קמא לטענה לגופה.
9. למרבה ההפתעה, הודעת הערעור קובעת כי המדובר ב"תואנה" של בית משפט קמא להביא להרשעת המערער, ותמכה מדוע בית המשפט לא העלה עניין זה קודם לכן בעת ניהול המשפט, במיוחד כאשר המשיבה כלל לא טענה זאת בסיכומיה (סעיף 490 להודעת הערעור). לטענתה, ההודאה בסעיף 7 לכתב האישום נעשתה "בהיסח הדעת", ואסור היה לבית המשפט לסמוך על כך.
10. יאמר מיד כי טענה זו להודאה בהיסח הדעת מוקשית. שכן, אין מדובר רק במשפט הפורמאלי "אנו מודים בסעיף 7 לכתב האישום" (עמ' 8 לפרוטוקול). התשובה לאישום כללה גרסה פוזיטיבית המניחה כי מדובר בעבירה, ואשר סביבה התנהל המשפט כולו, התשובה לפיה עומדת לנאשם הגנת הבעלים. בלשונה של הסנגורית בתשובה לאישום "מהרגע שנודע לנאשם על ביצוע החריגות במקום על ידי נאשם 2, שהודה, הוא עשה כל שבידו להסרת העבירות האמורות להפסקתן על ידי הנאשם 2..." (שם).
11. מכל מקום, אין ממש בטענת הערעור, ובוודאי שאין לתמוה על כך שבית המשפט נהג לפי סדר הדין הפלילי, במיוחד כאשר לאחר מכן נדרש בכל זאת לטענה המערער לגופה - ושלל אותה. בתי המשפט נוהגים לפי סדר הדין, ודבר יום ביומו מורשעים נאשמים על בסיס תשובות לאישום ואף נשלחים למאסר, שכן "עובדה שנאשם הודה בה יראוה כמוכחת כלפיו" (סעיף 154 לחסד"פ). נכון, לעיתים נופלת שגגה בדברי עורך דין בעת התשובה לאישום. אולם, הדרך הנכונה לפעול היא להגיש בקשה פורמאלית לחזור מההודאה



באותה נקודה, במסגרת סעיף 153 לחסד"פ, אך המערער לא ביקש זאת בשום שלב.

12. כאמור, לפני משורת הדין, בית משפט קמא התייחס בכל זאת לטענה לגופה. הצביע על כך שטענת המאשימה הוכחה, באמצעות התמצית מתיק הבניין במסמך הכולל דיון בבקשה לשימוש חורג (ת/5). בית המשפט ציין גם שהוגשה התוכנית שחלה על האזור (ת/10), אשר הוגשה בסוף המשפט, בתגובה לאחת הטענות המקדמיות, כפי שיפורט בהמשך). יחד עם זאת, נקבע שאין התכנית ברורה מספיק כדי לייחס לה משקל להוכחת העבירה. בית המשפט דחה את הטענה לפיה מהבקשה לשינוי חזיתות, שהגיש השוכר עם חתימת המערער בשנת 2014 (נ/2 עם נ/13), ניתן להבין כי מותר גם שימוש "מסחרי" במקום. זאת, משום שמדובר במסמכים שהכין המערער עצמו, שכוונו לבנית חזיתות ולא לשינוי ייעוד. לפיכך אין מסמך זה, בו סומנה על ידי השוכר והמערער רובריקה שגויה, כדי לשנות את התכנית החלה במקום, ואת היתר הבניה.

13. לא מצאתי שגיאה במסקנותיו של בית משפט קמא. לפיכך, **טענת הערעור לפיה לכתחילה מותר היה להפעיל מסעדה במקום - נדחית.**

הסככה ו"תקנות הפטור"

14. נטען בערעור (החל מסעיף 695) כי הסככה שנבנתה אינה טעונה היתר, נוכח הוראות סעיף 145ג לחוק התכנון והבניה, יחד עם תקנות התכנון והבניה (עבודות ומבנים הפטורים מהיתר), תשע"ד-2014 (להלן: "תקנות הפטור").

15. בית משפט קמא, בהתייחסו לסוגיה זו, עמד על כך כי לפי הפסיקה הנטל על הנאשם לעורר באופן מפורש טענת "פטור" קונקרטי בתשובה לאישום, תוך הפניה ברורה לסעיף מסוים בתקנות מכוחו נטען לפטור. הוסבר כי טענה קונקרטי לא הועלתה בעדות המערער, ואף בסיכומים אין התייחסות לסעיף פטור מסוים, עם הצבעה על התשתית הראייתית המבססת הטענה. זאת, למעט הטענה העקיפה לפיה, מכיוון שנטען בכתב האישום שגודל הסוכה הוא 16 מ"ר ואין חובת דיווח אודות סוכה ששטחה פחות מ-20 מ"ר, אזי חל פטור.

16. בית המשפט דחה הטענה לפטור הן משום שלא הועלתה במועד המאפשר לתביעה להתמודד עם הטענה במסגרת פרשת התביעה, והן משום שעל פני הראיות הסוכה המתוארת בכתב האישום לא זיכתה בפטור. שכן, על פי מכתב המהנדס מטעם המערער עצמו (נ/7 ו- ת/7) שטח הסוכה הוא 4.9X4.8, ואפילו המהנדס של המערער לא טען לקיומו של פטור. בית המשפט הצביע על ראיות נוספות לפיהן השטח הוא כ- 25 מ"ר, ומכאן שהייתה חובת דיווח שלא בוצעה. אולם, כך או כך, בית משפט קמא עמד על כך, שאפילו בהנחה ששטח הסוכה קטן יותר כך שלא הייתה חובת דיווח, אין הסוכה ראויה לפטור. שכן, עולה בבירור מכלל הראיות כי הסוכה בלטה יותר משני מטר מקיר הבניין, ולפיכך הסוכה אינה עומדת בתנאי שנקבע בתקנה 11(א)(2) לתקנות הפטור.

17. הסנגורית טענה בערעור כי למרות שהטענה לא עלתה במענה לאישום, המדינה הייתה מודעת לכך שיש טענה לפטור לפי התקנות. זאת, החל מתחילת ההליך, עוד לפני מועד ההקראה, וכי זו הסיבה שבעטיה המערער סירב להסכים להסדר המותנה שהוצע לו. אולם, הסנגורית לא הצביעה ולו על מסמך אחד, או



שורה אחת בפרוטוקול בה נטענת טענה בהירה, המתארת עמידה בכל התנאים, של אחת מחלופות הפטור. יוער כי אפילו במכתבה המפורט (מאוד) לתובע, בבקשה למחוק את כתב האישום (נ/15), לא העלתה הסגורית את הטענה לקיומו של פטור לפי התקנות.

18. הסגורית הפנתה לכך שכבר בעדות המפקח התובע התייחס לעניין זה. אולם, התייחסות התובע (עמ' 28) היא הבעת הפתעה על ההתייחסות לכך בחקירה הנגדית למפקח, ואמירה כי "ככל שזה ייטען (לשון עתיד - א"א) נצטרך להביא את העד הרלוונטי כי זה לא נטען במסגרת ההקראה". הסגורית טענה מיד "אני כן טענתי את זה", אך לא הצביעה היכן טענה לפטור קונקרטי.

19. הסגורית טענה רבות ביחס לשאלה אילו שרטוטים של הנכס הוגשו לאמתות תוכן, ואילו לא, ומכאן טענתה שלא הוכח גודל הסוכה. אולם, לא מצאתי שגיאה ממשית בקביעתו הברורה של בית משפט קמא כי הסוכה אינה עומדת בתנאי הפטור בשל כך שלפי כל המדידות, וכל ההערכות בתיק, הוא בולט מהקיר יותר משני מטר. הסגורית לא הצביעה על מקור אחד בראיות היכול ללמד אחרת, כדי לעמוד בתקנה 11(א)(2). ויאמר כי ניכר מתמונות 1/ת כי הסככה בולטת הרבה יותר מכך, נוכח שולחנות המסעדה, הכיסאות, המעברים, הכיור ועוד. אמנם, לא ניתן להעריך "בעין" אם השטח הוא כ-4X4 כהערכת המפקח, או כ-5X5 כהערכות מחמירות שהוגשו. אולם, ברי כי בליטת הסוכה מהקיר גדול בהרבה משני מטר, ולפיכך תקנות הפטור לעניין "סככה" אינן חלות.

20. יוער בדרך אגב, כי במכתב "עיכוב ההליכים" של התביעה (נ/6) עלתה אפשרות לפטור לפי תקנה אחרת. היינו, כי הסככה תראה כ"סגירה עונתית" לשם הגנה על יושבי בית אוכל, וכך אולי תהיה פטורה מהיתר לפי תקנה 26. עם זאת, הובהר במכתב שיש לדווח על אותה סוכה למחלקת הנכסים, ולוודא כי היא אכן עומדת בתנאים לפטור. ההגנה לא הצביעה על כל דיווח, ולא על כל אישור שהתקבל כי המבנה מתאים לפטור. יתרה מכך, לא נטען בשום מקום כי הסגירה היא בכלל "עונתית" (ולא קבועה, בהתאם לתקנה 26), היינו כי עמדה רק בתקופות סגירה המתאימות לחוקי העזר ולרישיון העסק (ויוזכר שכלל לא היה רישיון עסק). אם כן, גם כאן **בהעדר טענה מבוררת של ההגנה, המצביעה על פטור קונקרטי לפי תקנה מסוימת, לא קמה חובה על התביעה לשלול טענה כלשהי בהקשר זה.**

21. אין צורך להיכנס למחלוקת הפוסקים בשאלה על מי נטל השכנוע בעניין הפטור. שכן, בית משפט קמא הנחה עצמו לפי הגישה הנוחה לנאשמים, היינו כי הנטל על הנאשם אינו לשכנע בקיום הפטור מעבר למאזן ההסתברות. הנטל על הנאשם הוא רק לעורר הטענה בדבר קיום פטור ולהצביע על ראשית ראיה כי המבנה עומד בתנאים, כדי להעביר הנטל לצד השני. עמדה זו, המחמירה עם התביעה, באה לידי ביטוי בעתפ"ב 30135-10-18, **אביטן נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה אשדוד** (13.02.19), ואליה הצטרף גם השופט מנדלבולום מבית המשפט המחוזי בחיפה, תוך העמקת ההנמקה (עפ"א (חיפה) 47039-06-18) **עזרא שאול נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה עכו** (4.4.19). עמדה זו עומדת בניגוד לעמדה של בית המשפט המחוזי בתל אביב, הדורשת מהנאשם להוכיח טענתו מעבר למאזן ההסתברות (ראו עפ"א 40245-10-16 **קפה מטינה בע"מ נ' עיריית תל אביב יפו**) (11.1.17).

22. נטען בשלב מסוים בהודעת הערעור (סעיף 187) כי "המערער בעצמו הוציא היתר לסככה", בניגוד לטענתה לכל אורך הדרך כי לא היה צורך בהיתר. זאת, תוך הפניה למוצג נ/7, שהיא כאמור מכתב הקונסטרוקטור מטעם המערער, אשר ב"כ המערער עצמה טוענת כי תוכנו אינו קביל, למרות שהיא הגישה



אותו. יאמר כי בנספחי הערעור יש מסמך נוסף בנ/7, שאינו חלק מהמסמכים הסרוקים בתיק נט משפט של בית משפט השלום - טופס הודעה של השוכר על הסוכה, כעל "סגירה עונתית". אולם, לא עולה מהפרוטוקול כי זהו חלק מהמסמך שהוגש (המערער העיד בצדק כי הקונסטרוקטור נתן לו "אישור לגלריה" (לפי התוכן - אישור יציבות)), כפי שנסרק בנט המשפט. לגבי "הודעת" השוכר על סגירה עונתית, אין חותמת "נתקבל" על מסמך זה, אין עליו תאריך, והשוכר לא העיד על משמעותו. מכל מקום, אף אחד ממסמכי נ/7 אינו היתר בניה כטענת ב"כ המערער. אף כאן, לא ברור מה מנסה המערער לומר.

23. נוכח כל האמור - הטענה לפיה הסככה הייתה פטורה מהיתר - נדחית.

קיום חובת הבעלים

24. נושא זה עמד ביסוד המחלוקת המהותית המרכזית בין הצדדים. ב"כ המערער טענה כי המערער עמד בנטל להראות כי עמד בחובות שהוטלו עליו לפי הוראות סעיף 208(ב) לחוק התכנון והבניה, כניסוחו בתקופה הרלוונטית (ודומה כי בהכרעת הדין (עמ' 63) נפלה טעות סופר באזכור החוק, טעות לטובת המערער). לפי לשון החוק על הנאשם להוכיח כי עמד בשני התנאים המצטברים כדלקמן:

"(ב) נאשם אחד מהמפורטים בסעיף קטן (א) בעבירה לפי סעיף 204 תהא זו הגנה טובה אם יוכיח שניים אלה:

(1) העבירה נעברה שלא בידיעתו;

(2) הוא נקט בכל האמצעים הנאותים לקיום הוראת חוק זה והתקנות על פיו בכל הנוגע לעבודה הנדונה".

25. יוער כי, נוכח טענת המערער לפיה פעל "להסדיר" את הנכס בשלב אחד, ובשלב הבא פעל "להוציא את השוכר", התרכזו הצדדים בשאלת פעולתו "להוציא" את השוכר, המועד בו זה נעשה ועוד. אולם, מבחינה משפטית, כלל לא חלה על המערער חובה "להוציא את השוכר" דווקא. שכן, המערער היה יוצא ידי חובתו בהרבה פחות מכך, אילו רק היה גורם לשוכר להפסיק את הפעלת המסעדה במקום. זאת, בין על ידי סגירת העסק לגמרי, ובין על ידי מעבר לשימוש מותר בנכס, כגון הסבת העסק למלאכה זעירה כלשהי.

26. עוד יוקדם ויוער, כי, כעולה מהראיות בתיק, שאלת אחריות הבעלים מתייחסת לחמישה שלבים שונים. **האחד** - מתחילת הפעולה של המסעדה ועד גילוי העבירה וביסוס מודעות בפועל של המערער לקיומה; **השני** - השלב בין היווצרות מודעות בפועל (לאחר משלוח התראה) לבין קבלת המכתב בדבר "עיכוב הליכים" שעליו החליט התובע כדי לאפשר הסדרת הפעילות (נ/6 מיום 6.12.16); **השלישי** - תקופת "עיכוב ההליכים", מיום קבלת המכתב ועד תום התקופה (לפי נ/6: עד 1.3.17); **הרביעי** - מעת פקיעת "עיכוב ההליכים" ועד הגשת כתב האישום (25.6.17); **והחמישי** - משלב הגשת כתב האישום ועד הפסקת השימוש במקום כמסעדה על ידי השוכר החדש (לפי מכתב הסנגורית נ/11, אפריל 2019) או למצער עד מכירת הנכס ביולי 2018 (לפי ההסכם נ/8).

השלב הראשון



27. לגבי השלב הראשון, היינו לפני מתן ההתראה בדבר העבירה, הייתה מחלוקת בין הצדדים בשאלה אם המערער מילא את "חובת הבעלים", בין השאר בשאלה אם הוכיח שלא הייתה לו מודעות בפועל לביצוע העבירה. שכן, אחריות הבעלים, לפי נוסח סעיף 208 הישן, הייתה "לנקוט בכל האמצעים" למניעת ביצוע עבירות בנכס, בין שידע על העבירות ובין שלא ידע, שהרי שני התנאים האמורים בסעיף 208(ב) הם תנאים מצטברים. כעולה מהתיק, טענת ההגנה הייתה כי לפני שהמערער היה מודע בפועל לעבירות, המערער יצא ידי חובתו בהכנסת תניה לחוזה השכרה, האוסרת על השוכר לפעול בניגוד לייעוד המקרקעין. התביעה הייתה סקפטית מאוד ביחס לטענת המערער לפיה לא ידע על המתרחש. לשיטתה, אפילו אם לא ידע בפועל, למעשה עצם עניו. מכל מקום, לשיטתה, לכל המאוחר ידע מה השימוש בקרקע בעת שחתם (לבקשת השוכר) על בקשה כלשהי לוועדה לתכנון ובניה, או לפחות עצם עניו לגבי טיב השימוש בשלב זה. לפי שיטה זו, המערער לא הוכיח שלא ידע על העבירה מאותה עת ולו כחשד, ולא ניתן לומר כי המערער "נקט בכל האמצעים על מנת למנוע את ביצוע העבירה".

28. אולם, במהלך הדיון בערעור, ולאחר ששלב זה לא קיבל ביטוי חד משמעי בהכרעת הדין בבית משפט קמא, הסכים ב"כ המשיבה "לוותר" על ההרשעה ביחס לתקופה זו. היינו, לראות את העבירה של המערער כמתחילה רק משלב קבלת ההתראה, כאשר אין ספק בדבר המודעות בפועל (עמ' 11-12). התובע בהגנותו לקח "האחריות" לעניין זה על עצמו, בכך שלא פירט לפני בית משפט קמא הנימוקים להרשעה גם לגבי התקופה שלפני המודעות בפועל, והבהיר כי מטעם זה הנמקת בית המשפט ביחס לתקופה זו חסרה.

29. הסנגורית אישרה כי אין מחלוקת על כך שהמערער היה מודע לכך שמתבצעת עבירה בנכס, החל מקיץ 2016, וממילא עולה כי בכך מסתיים השלב הראשון.

30. נוכח הסכמות אלה, מתייטר הדיון בשאלת אחריות הבעלים בשלב הראשון. **שאלת האשמה של המערער תיבחן רק החל מהשלב השני, תחילת המודעות בפועל בספטמבר 2016.** השלב בו נותרה רק שאלה אחת לפי סעיף 208 הישן, והיא - האם המערער נקט בכל האמצעים למנוע את ביצוע העבירה?

השלב השני עד הרביעי

31. כאמור, אין מחלוקת כי המערער היה מודע בפועל לעבירות החל מקיץ 2016. זאת, לכל המאוחר לאחר שנשלחה התראה לשני הנאשמים על ביצוע העבודות (לפי אישור המסירה ת/4 ההזמנה הומצאה ביום 8.9.16).

32. עקב פניית השוכר בבקשה לשימוש חורג, הודיעה התביעה על החלטה "לפנים משורת הדין" לעכב את ההליכים עד ליום 1.3.17 (נ/6). המכתב, מיום 6.12.16, אינו מבטיח שלא תהיה העמדה לדין לגבי העבירה כפי שבוצעה עד כה. אולם נאמר כי אם עד תום התקופה יינתן אישור לשימוש חורג וגם יינתן אישור כי הסככה עומדת בתנאים לקבלת פטור, אזי "המשך ההליכים יישקלו בהתאם". בצד זאת הובהר כי "היה ולא יוסדר המצב התכנוני בשטח ולא יתקבל אישור לשימוש חורג, ימשכו ההליכים בגין הדו"ח הנ"ל ללא הודעה נוספת" (ההדגשה נוספה א"א).

33. אין מחלוקת כי המערער היה מודע למכתב זה שנשלח לשוכר, וכי הוא פעל בתקופה זו על מנת להסדיר



את המבנה ואת הפעילות. על כך העידה עדת ההגנה מטעמו, גב' כהן, מנהלת משרד אדריכלות. גב' כהן תיארה את פניית השוכר ואמו אליה לאחר שהתאכזבו מאדריכל קודם, העידה על עבודת משרדה מול הרשות המקומית ומשרד הבריאות, וכן סיפרה על כך שהמערער היה מעורב מאוד משלב מסוים, וניסה לסייע בהסדרה החוקית של פעילות המסעדה.

34. המערער עצמו סיפר כי "אין שקיבלתי את הזימון ההתחלתי, למרות שהמפקח אמר לפקידה שלי שהוא שם את החומר בצד, ואין צורך ששי [המערער - א"א] יגיע לשימוע, התחלתי לפעול במקביל, ולא המתנתי לפגישה, מתי שיקראו לי ואז אתחיל לטפל, אלא באופן מיידי פניתי לשוכר, ואמרתי לו שקיבלתי מכתב להגיע לעיריית אשדוד על העבירות" (עמ' 34) וכי "נאמר לי על ידי השוכר, שהוא שכר אדריכלית שמטפלת לו בנושא הרישוי עסקים. פניתי לאדריכלית באופן אישי, לא זכור לי התאריך אבל יש לי פה מייל ואני ביקשתי ממנה את הסטטוס של הבקשה לדעת איפה אנו עומדים והיא שלחה לי את הבקשה ורשום שם שרוב התנאים מולאו אבל חסר שם, בקרת רישוי, מה שהעירייה צריכה לבדוק. ואז זה תהליך שעובר ואז אני מקבל ביוני 2017 כתב אישום. שוכר עו"ד שתטפל גם בי וגם בשוכר, כי השוכר שדיברנו איתו הוא סיפר לי והציג לי מסמכים כמה הוא מסובך וחייב חובות לבנקים ולשוק האפור, אני לא זוכר מתי ואפשר לראות במסמכים שלי וגם מכתבי הפינוי שהוצאנו בדרך".

35. אם כן, לדברי המערער עצמו, בשלב השני, השלישי והרביעי הוא פעל להסדיר את העבירות שביצע השוכר. אולם, בשלבים אלה, לא זו בלבד שלא פתח הליך משפטי נגד השוכר לגרום לסגירת המסעדה, המערער אפילו לא טוען כי ביקש מהשוכר להפסיק בינתיים לבצע עבירות עד ההסדרה החוקית! כל שכן שלא פנה אל השוכר במכתבי התראה ודרישה רשמיים כי יפסיק הפעילות האסורה, כדוגמת מכתב ההתראה ששלח לאחר הגשת כתב האישום (המכתב השני בנ/5, מיום 1.8.17), היינו בשלב החמישי.

36. משמע, כל פעולת המערער בשלבים אלה היא ניסיון הסדרה בלבד, בעוד המסעדה ממשיכה לפעול במקביל, בניגוד לדין, ובידיעתו המלאה. לכן, בוודאי שלא ניתן לומר על המערער כי בשלב זה יצא ידי חובתו על פי החוק, שהרי לא "נקט בכל האמצעים על מנת למנוע את ביצוע העבירה".

37. יחד עם זאת, למרות שהמערער למעשה מודה בעבירה בכל התקופה, יש להבחין היטב בין השלבים השונים, לעניין מידת האשם. בשלב השני, עד קבלת המכתב בעניין עיכוב ההליכים, מידת האשם של המערער לא מעטה. הרי הייתה לו מודעות בפועל לכך שפועלת מסעדה בניגוד לחוק, ואין הוא פועל לעצור את פעילותה. בשלב השלישי, מידת האשם פוחתת בהחלט, שכן משתמע ממכתב "עיכוב ההליכים" שמצופה מהמערער להסדיר העבירות בתקופה זו. אין דרישה מפורשת של התובע להפסיק העבירות בשלב הביניים. מהמכתב עלול להשתמע, כי אם העבירות יוסדרו - לא תופעל מלוא חומרת הדין, לגבי עבירות העבר ולכאורה גם עבירות ההווה.

38. אולם, מכתב עיכוב ההליכים היה חד משמעי, כאשר הבהיר כי "ימשכו ההליכים", אם לא יוסדר המצב התכנוני, ולא יתקבל אישור חורג. משמע, אפילו בהנחה שניתן להבין שהרשות לא אוכפת הדין על העבירות לפני תום תקופת עיכוב ההליכים, היה ברור מאוד שכן ייאכף הדין לגבי ההמשך! אם כן, במהלך השלב השלישי, במקביל לניסיון ההסדרה היה על המערער להביא לכך שהמסעדה תיסגר בפועל, לכל המאוחר בתום תקופת עיכוב ההליכים. אולם, המערער לא עשה דבר לעניין זה, ואפילו לא ביקש להאריך את תקופת



עיכוב ההליכים לשם הסדר.

39. לכן, **בשלב הרביעי** מידת האשם כבר גבוהה מאוד. שכן, לא זו בלבד שהמערער יודע מזמן שמתבצעות עבירות, המערער גם יודע שהזמן שהוקצב לו להסדיר הדבר - תם. המערער לא ניצל את תקופת עיכוב ההליכים לנקוט פעולות כך שהמסעדה תיסגר (אם לא תוסדר) לכל המאוחר ביום סיום עיכוב ההליכים. כך, שבשלב הרביעי העבירות ממשיכות להתבצע במקרקעין של המערער. לא זו בלבד שהמערער לא הביא לסגירת המסעדה בפתח תקופה זו, הוא גם לא ניסה להביא לסגירת המסעדה במשך כל השלב הרביעי. המערער אפילו לא ביקש מהשוכר לסגור את המסעדה לאלתר עד שיתקבל ההיתר לשימוש חורג. כאמור, המערער נזכר לדרוש את סגירת המסעדה רק לאחר הגשת כתב האישום, היינו בשלב החמישי.

40. טענת המערער לפיה הובטח לו כי הוא יוזמן לשימוע או למסירת גרסה - תיבחן בפרק העוסק בהגנה מן הצדק. אולם, אפילו אם נניח, לצורך שלב זה, כי המערער קיבל הבטחה שלא יעמוד לדין לפני שימוע או מסירת גרסה, אין הדבר משליך על אשמו בגין המשך ביצוע העבירה. שכן, השימוע - הוא לעניין כתב האישום. מסירת הגרסה - היא לעניין העבירה בעבר (כגון לעניין השאלה אם ידע על העבירה לפני ההתראה אם לאו). אולם, אין בהימנעות משליחת הזמנה למסור גרסה או לשימוע כדי להוות היתר להמשך ביצוע העבירה! כך לדוגמה, מי שיוודע שהמשטרה יודעת כי הוא מכה את אשתו, ונאמר לו כי יוזמן לחקירה על כך, אינו רשאי להמשיך להכותה בשלב הביניים, שהרי כל מכה נוספת היא עבירה חדשה. המערער דן ביצע עבירה מתמשכת, והמחדל באי עצירת השוכר מהפעלת המסעדה, ואי הריסת הסוכה, מהווה המשך של ביצוע העבירות. המערער כך המשיך במודע את ביצוע העבירה, עד שהוגש נגדו כתב אישום. זאת, למרות שנאמר לו מפורשות שיעמוד לדין, ולמרות שידע שתקופת עיכוב הביצוע פגה.

השלב החמישי

41. כתב האישום הוגש ביום 25.6.17. ביום 1.8.17 באה הדרישה לשוכר מפרי עטה של עורכת דינו של המערער (המכתב השני בנ/5) "הנך נדרש לחדול מעיסוקך במושכר (למעט מן המותר בהיתר למבנה הנדון) ולהסיר לאלתר את הסככה שנבנתה...". דרישה זו, אשר אמורה הייתה להישלח עוד בקיץ 2016, מיד לאחר קבלת ההתראה הראשונה, נשלחה כמעט בשנה איחור. לאחר מכן ניתנה ארכה נוספת במכתב "התראה 2" מיום 1.10.17 (המכתב השלישי בנ/5) למשך חודש נוסף. הובהר כי אם לא יעשה כן, יפתחו הליכים לפינוי המושכר.

42. ניתן היה לקבל כי במכתבים האמורים אכן החל המערער, סוף סוף, לקיים את חובתו כבעלים. זאת, אלמלא המכתב שנשלח חודשים מאוחר יותר, בכותרת "הודעה על פינוי מושכר" מיום 15.7.18 (המכתב הראשון בנ/5) בו נדרש שוכר חדש, באותו עסק עצמו, "לחדול לאלתר מהפעלת המסעדה" (סעיף 5). מכתב זה מלמד כי למרות ההתראות, המערער לא פנה לבית המשפט ולא הביא לסגירת המסעדה בפועל בכל דרך אחרת. וזאת, אפילו למעלה משנה לאחר הגשת כתב האישום! למעשה, ממכתב הסנגורית נ/11 עולה כי המסעדה נסגרה בפועל על ידי השוכר החדש, רק בחודש אפריל 2019! היינו כ- 22 חודש לאחר הגשת כתב האישום.

43. עם זאת, המערער מכר את הנכס ביום 23.7.18 (נ/8). בשלב זה אחריותו לעבירה כבעלים היא מורכבת



משפטית. הצדדים לא טענו באופן מפורט לגבי שאלת האחריות להמשך ביצוע העבירה לאחר העברת בעלות, נוכח המשך השכירות של השוכר השני, עד שסגר המסעדה. **לפיכך, יש להניח את התזה הנוחה לנאשם, ולראות העבירה המתמשכת, כמסתיימת ביום המכירה.**

44. לבקשת שני הצדדים (בבקשות בכתב שהוגשו לאחר הדיון) נלקח בחשבון גם האמור בפרוטוקול הדיונים בהליך נגד השוכר בגין עבירות רישוי עסקים (רע"ס 8642-07-17). מפרוטוקול הדיון מיום 31.1.18 עולה כי "נחתם אתמול הסכם בו מכר את העסק לאדם אחר". עם זאת הסנגורית הודיעה כי השוכר המקורי ממשיך לפעול לשם קבלת ההיתרים, נרשם בפרוטוקול כי התובע מסכים לדחות הדיון ב-30 יום, לאפשר הגשת עתירה נגד משרד הבריאות. עם זאת יודגש, כי לא נאמר שם שהתובע מסכים שהעסק ימשיך לפעול למרות שהוא פועל ללא רישיון (ולענין השוכר הראשון גם בניגוד לצו סגירה).

45. אף בטיעון בערעור לפני, אישרה הסנגורית כי "לשאלת ביהמ"ש האם התובע אמר שאפשר להמשיך להפעיל מסעדה אני משיבה שלא. הוא אמר להחליף שוכרים, להגיש בקשה חדשה וזה מה שהיה. פעלנו לפי המשיבה, היא הגישה את כתב האישום ופעלנו לפי מה שהיא אמרה" (עמ' 17). עולה מן/12 כי אכן הוגשה בקשה חדשה לרישיון עסק מסוג מסעדה, על שם השוכר החדש, בפברואר 2019.

46. יאמר, כי יש למערער טענות מסוג "הגנה מן הצדק" לגבי חלק מתקופה זו לפחות, בין השאר עקב דברי התובע הנ"ל, כפי שיוסבר בהמשך. אולם, מבחינת העבירה לעצמה, ברור לגמרי כי בתקופה זו המערער "הוסיף חטא על פשע" במובן זה שלא רק שלא דאג לסגירת המסעדה מיד לאחר קבלת ההתראה, ולא רק שלא דאג לסגירת המסעדה עד תום תקופת עיכוב ההליכים, ולא רק שלא עשה דבר לסגירת המסעדה בכל החודשים עד הגשת כתב האישום, מתברר שגם לאחר הגשת כתב האישום המערער "גרר רגליים" וממש לא פעל לסגירת המסעדה, אלא בשליחת מכתבי התראה בלבד. זאת, מבלי שפעל לממש את האזהרה בדבר פניה לערכאות לפינוי השוכר או בנקיטה בכל הליך אחר להביא לסגירת המסעדה בפועל.

טענות אודות ראיות ופרוצדורה

47. ב"כ המערער קובלת על כך שבית המשפט דרש מההגנה להבהיר מי הם עדי ההגנה שצפויים להעיד, והרלוונטיות שלהם לתיק. הסנגורית סבורה כי הייתה בכך התערבות לא נאותה בחופש עורך הדין לנהל את הגנת הנאשם. הסנגורית אף טענה שאין לבית המשפט סמכות לבחון את רשימת עדי ההגנה ולבחון את מידת הרלוונטיות שלהם. טענות מסוג זה נדחתו באופן מפורש בפסיקת בית המשפט העליון. כך לדוגמה נקבע מפי השופט רובינשטיין (ע"פ 1280/06 כרמלי נ' מדינת ישראל (1.3.07)):

"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) 793, 806 - 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) 150, 217 - 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 ... 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. המדובר בשאלה דיונית, ואין בית המשפט שלערעור שם עצמו בנעלי בית המשפט הדיוני".

48. בדיון בערעור שאלתי את ב"כ המערער מה היה הנושא עליו היו אמורים עדים אלה להעיד? וכיצד יש באי העדתם כדי להשליך על התוצאה במשפט? ב"כ המערער ענתה שמדובר למעשה בעדי אופי, שיועדו להצביע על כך שהמערער שומר חוק בדרך כלל במהלך עסקיו. בלשון הסנגורית "אני משיבה שרוב העדים הם עורכי דין ורואי חשבון השוכרים ממנו והסכימו לבוא ולהעיד על אופיו והתנהלותו בנכסיו והתנאים וההנחיות שלו בנכסים שלו ועל עמידתו על תנאים ועל התנהלותם מול מנהלת המשרד" (עמ' 6). נוכח תשובה זו, **מתברר שצדק בהחלט בית משפט קמא שלא הרשה שמיעת עדים אלה, אשר הרלוונטיות שלהם הייתה בשוליים של השוליים של התיק.**

49. יתרה מזו, עתה, לאחר שהעבירות אשר נעשו לפני שלב המודעות בפועל אינן עוד על הפרק, לאחר שהתובע ויתר עליהן, גם רלוונטיות שולית זו אינה קיימת, ולא מצאתי צל של עיוות דין באי זימון העדים. שכן, אין עוד צורך לדון במהימנות טענתו של המערער כי לא ידע על העבירות בזמן אמת, אם עמד בדרישת החוק המחייבת אותו לשלוט בנכסיו, ואם הקפיד למנוע ביצוע עבירות שעליהן אין הוא יודע. שהרי יריעת המחלוקת עתה ממוקדת רק בתקופה בה הוא יודע על העבירה.

50. הערעור מתייחס ארוכות לראיות התביעה, למהימנות עד התביעה, לקבילות הראיות לסתירות פנימיות, למחדלי חקירה ועוד ועוד. דא עקא, שכאמור לעיל, המערער מודה בכל העובדות הרלוונטיות המאפשרות להרשיעו בעבירה מכוח אחריותו כבעלים של הקרקע. הדברים נכונים במיוחד לשלב אשר ממנו והלאה המערער מודה כי היה מודע לעבירות, היינו בעת קבלת ההתראה, בסוף קיץ 2016. לא אכריע כאן אם שאלת מהימנות עד התביעה נדרשת לשם הכרעה בטענות ההגנה מן הצדק, ושאלה זו תוכרע בפרק המתאים. שכן, לעניין העבירה לגופה, לאחר שהמערער הודה (בתשובה ובעדות) כי ידע על העבירה, העיד כי פעל רק להכשרת המעשים, אך לא העיד פעל נמרצות להפסקת העבירות בהתאם לחובתו בחוק, ניתן להרשיעו על פי הודאתו.

51. סיכומי של דבר, **לעניין עצם ביצוע העבירה, נוכח הודאת המערער בכל העובדות הרלוונטיות (מבלי לגרוע מטענותיו המשפטיות), אין צורך להידרש לשאלת איכות ראיות התביעה או מהימנות המפקח.**

אחריות בעלים

52. מטעון באת כוח המערער השתמע כאילו המערער יצא ידי חובתו כבעלים, בכך שניסה להביא להסדרת החוקיות של הפעלת המסעדה. כך, כאילו שאין כל רע בכך שהמסעדה המשיכה לפעול במשך כמעט שנתיים לאחר שהמערער ידע שמתבצעת עבירה בשטחו; וכאילו די בניסיון לקבלת היתר לשימוש חורג, כדי שיראו את הבעלים כאילו כבר ניתן לעסק היתר לשימוש חורג. אין צריך לומר כי עמדה זו שגויה בעליל. החוק קבע בפירוש (בניסוח הקודם) כי הפטור יינתן לבעלים רק אם "נקט בכל האמצעים על מנת למנוע



את ביצוע העבירה" (ההדגשה נוספה - א"א). החוק לא מורה לבעלים לפעול לנסות לקבל היתר אשר יכשיר המעשה מכאן ולהבא, החוק מחייב את הבעלים להביא להפסקת ביצוע העבירה.

53. עוד טענה שנטענה, היא מעין טענת "צורך", היינו כי השוכר היה "מסובך" עם גורמים עברייניים, ומטעם זה לא יכול היה לסגור את המסעדה. דא עקא, שגם טענה זו לא הוכחה, לא באופן ישיר ולא באופן עקיף. השוכר לא הובא לעדות. אמנם הוא זומן לבית המשפט כעד הגנה (כפי שהוכח לכאורה בתכתובת בין עורכת הדין לבין העד - נ/14), אך למרות שלא התייצב בשתי הזדמנויות, לא ביקש המערער לכפות עליו את ההתייצבות, ובאת כוחו הסתפקה בהגשת התכתובת נ/14 והכריזה "אלה עדי" (ראו עמוד לפני האחרון בפרוטוקול בכתב ידו של בית המשפט מיום 29.4.21). בכך **המערער ויתר על עדותו של השוכר**. ממילא, לא הוכחה כל עובדה הקשורה לעבריינים עלומים או לאיום כלשהו, אשר היה בו כדי להקים הגנת "צורך" אשר מנעה את סגירת המסעדה.

54. לעניין הנטל, לאחר תיקון 116 לחוק התכנון והבניה, הנטל הוא אחריות קפידה רגילה, ועל הנאשם להראות כי עשה "כל שניתן למנוע את העבירה", לפי סעיף 22 לחוק העונשין. אולם, נראה כי זהו דין המחמיר עם הנאשם, ולמרות שהוא חל באופן פורמאלי על מעשי המערער לאחר כניסת תיקון 116 חוק (בעבירה הנמשכת החל מיום 25.10.17), המאשימה לא ביקשה להחיל הדין המחמיר על המערער על תקופה זו, שהיא לאחר הגשת כתב האישום. לפיכך, יש לדון המערער לפי הדין המקל (סעיף 5(א) לחוק העונשין), היינו סעיף 208 הישן, כפי שביקשו שני הצדדים.

55. אם כן, המדובר ברמת אחריות שאמנם אינה מגיעה כדי אחריות קפידה של ממש, אך קרובה לכך מאוד כלשון השופט אברהם טל בעפ"א (תל אביב-יפו) 80136-05 **נורית אסתר כלב נ' עיריית הרצליה** (12.9.06) "נטל זה הינו נטל מוגבר במובן זה שלא די לנאשם להוכיח שלא היתה לו מחשבה פלילית בביצוע העבירה, אלא עליו להוכיח כי העבירה, אף אם נעשתה בידי אחר, נעשתה ללא רשלנות מצידו ולאחר שהוא עשה כל שניתן כדי למנוע את העבירה".

56. החובה על בעלי מקרקעין למנוע מהשוכר לבצע עבירות לא יכולה להתבטא רק בקביעת תניה בחוזה. **מכל מקום, פשיטא שאם מתברר לבעלים כי החוזה הופר על ידי השוכר בכך שהוא מבצע עבירת תכנון ובניה במקרקעין, יש לפעול מיידית ובאפקטיביות להפסקה מיידית של כל שימוש אסור**. כלשון בית המשפט המחוזי בחיפה "משנודע למערערת כי החוכר וחוכר המשנה פעלו בניגוד לחוזים ובניגוד להוראות החוק, היה על המערערת לנקוט בפעולות אפקטיביות יותר על מנת להביא להפסקת השימוש לאלתר" (ע"פ 630/05 **חברת מטעי גן חברה חקלאית בע"מ נ' עיריית חדרה** (6.2.06) ההדגשה נוספה - א"א).

57. נפסק כי במכתבי התראה אין די בעפ"א (מחוזי חי') 40827-11-17 **בנימין דקל נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה, חדרה** (15.1.18), שם בהקשר דומה "בוודאי שבשלחת מכתב ההתראה לעאמר אין די". הובהר שם כי חובה על בעלים לפעול נגד שוכר המבצע עבירות בנכס, וכי יש לפעול באופן נחרץ, אפילו נוכח איומים "זאת ועוד - לאחר שמכתב ההתראה לא הועיל היה על המערער לנקוט אמצעים נוספים, אשר הדין נותן בידיו. כאמור, לא ניתן לקבל את טענתו לפיה הוא לא ידע שהוא יכול להגיש תביעת פינוי ואף לא את טענתו (המרומזת) לפיה איימו עליו... אין באמירה כזו, שנאמרה בעלמא, כדי לפטור את המערער מנקיטת פעולות למניעת ביצוע העבירה. ככל שמי מהמעורבים איים עליו, היה על המערער להגיש תלונה



במשטרה, על איומים" (שם). כעולה מעדות המערער דן, אצלנו כלל לא נטען כי היו איומים על המערער, אלא כי גרירת הרגליים שלו נעשתה בשל מצוקת השוכר, שהיה מסובך עם גורמים עברייניים.

58. מכל מקום, **המערער דן לא פעל באופן נחרץ להפסיק את ביצוע העבירות, אפילו לאחר שהעבירות המתבצעות בנכס שלו התגלו לו והייתה לו מודעות בפועל, ואפילו לא לאחר שהוגש נגדו כתב אישום.** אם כן, **לפי גרסת ההגנה עצמה**, כעולה מעדות המערער וכעולה ממכתבי באת כוחו אשר הוגשו כמוצגי הגנה, **המערער היה רחוק מאוד מאוד מקיום חובתו כבעלים, אפילו לפי הדין הישן המתבטא בסעיף 208 לחוק התכנון והבניה כנוסחו הקודם.**

59. אם כן, ככל שלא עומדת לנאשם טענת "הגנה מן הצדק" לגבי עצם העמדתו לדין או ביחס להעמדתו לדין לגבי העבירות הקונקרטיות ביחס לכל התקופה - יש לדחות הערעור.

נפנה עתה לבחון את הטענות להגנה מן הצדק, שמא יש בהן כדי לסייע למערער.

הגנה מן הצדק - הערות מקדימות

60. המערער טוען לקיומה של "הגנה מן הצדק" במספר מישורים והקשרים. יאמר כי הודעת הערעור בת 127 עמודים (לא כולל נספחים) ובקשות ההבהרה והשלמה למיניהן ערבבו במידה רבה טענות לגופו של עניין עם טענות הגנה מן הצדק, טענות מהותיות עם טענות ראיות ודיוניות, וכן עורבבו טענות ההגנה מן הצדק זו עם זו. פרשה זו מלמדת כי דברי השופט עמית בע"מ 7485/19 **קשקוש נ' מדינת ישראל - משרד המשפטים** (6.7.20) לפיהם "ליבוא של המשפט המינהלי אל תוככי המשפט הפלילי יש מחיר נוסף בדמות סרבולו של ההליך הפלילי", הם בבחינת understatement של ממש.

61. אני מקווה שהצלחתי להבין את טענות הערעור העיקריות. ככל שהצלחתי להבין את טענות הערעור, בסופו של דבר אלה **טענות ההגנה מן הצדק המהותיות:**

א. מחדלי חקירה - הסנגורית טענה כי כשלים של המפקח (במרכזם רישום דו"ח הביקור שבועות לאחר הביקור), מקימים גם הגנה מן הצדק, מעבר לקושי הראייתי הנובע מהמחדלים.

ב. המערער לא זומן לחקירה לפני הגשת כתב האישום. יוער מיד, כי טענה זו היא היחידה מטענות ההגנה מן הצדק שנטענה בתשובה לאישום. אז, נטענה הטענה בפשטות, אם כי בהמשך המשפט התברר כי הטענה מורכבת יותר. היינו, כי אמנם המערער כן קיבל התראה עם זימון למסירת גרסה. אולם, לטענתו, כאשר מזכירתו ביקשה לתאם חקירה, נאמר לה כי התיק "הונח בצד" בשלב הביניים וכי הוא יוזמן לחקירה אם יוחלט להמשיך בהליכים, אך לבסוף כתב האישום הוגש מבלי שהוזמן. בית משפט קמא קבע כי טענה זו לא הוכחה, אך המערער חולק על מסקנה זו, וסבור כי היא כן הוכחה.

ג. נטען כי, בשלב מסוים שלאחר הגשת כתב האישום, ניתנה "הנחייה" או "עצה" של התובע, שאותה יש לפרש כהבטחה שלטונית או אישור משתמע להמשך פעילות המסעדה בשלב ביניים. אמרה זו של התובע נאמרה, לפי הטענה, בשיחה עם הסנגורית והמערער במסדרון בית המשפט. לעניין זה היה



בלבול רב בטענות הערעור. הן לגבי מועד שיחה זו והן לגבי תוכנה המדויק. הסנגורית הגישה לא מעט בקשות להשלמה או הבהרת הטיעון בהקשר זה. אולם בסופו של דבר, אם הבנתי נכון, מתכנסת הטענה לתזה לפיה התובע המליץ למערער על "החלפת שוכר", כך שהדבר יביא ל"איפוס הליכים" בבקשה לאישור השימוש החורג, וזאת באחד הדיונים מחודש ינואר או פברואר 2018, בהליך שהתנהל נגד השוכר בגין ניהול אותה מסעדה ללא רישיון. לפי הנטען, השתמע מעצת התובע, כי הוא מסכים שהמסעדה תמשיך לפעול עד העברת העסק לשוכר חדש כעסק חי. אם הבנתי נכון, טענת הערעור היא כי, נוכח דברים אלה, אין לייחס אחריות למערער על כך שלא פעל להפסקת פעילות המסעדה בתקופה שלאחר אותה "הבטחה".

ד. אכיפה בררנית: מובהר שאין המערער מצביע על עסקים אחרים דומים לגביהם הדין לא נאסף. אולם, נטען כי מדיניות התביעה היא שלא להעמיד לדין בגין בניית סוכות הדומות לסוכה שנבנתה על ידי השוכר בתיקנו. כן נטען כי קיימת, והייתה קיימת בתקופה הרלוונטית, מדיניות אכיפה לפיה אין אוכפים הדין על שימוש חורג המתבטא בפתיחת מזנונים ומסעדות הפועלים באזורי התעשייה בעיר. הטענה היא כי כתב האישום דנן חורג ממדיניות זו.

ה. נטען כי מדיניות המשיבה בעבירות דומות היא לא לאכוף הדין מיידית, אלא ליתן פרק זמן של מחצית השנה כדי לאפשר קבלת היתר לשימוש חורג, בטרם ננקטים הליכים פליליים. נטען כי במקרה זה המאשימה לא פעלה על פי מדיניות זו בטרם הוגש כתב האישום.

62. **במישור הפרוצדוראלי, ב"כ המערער קובלת** על כך שניתנה אפשרות למשיבה להגיש ראיות לאחר סיום פרשת התביעה, במהלך פרשת ההגנה או אחריה. זאת, לרבות ראיות שלא אוזכרו ברשימת חומר החקירה. הסנגורית רואה בתופעה זו עצמה משום פסול היכול להצדיק מתן הגנה מן הצדק. מכל מקום, מתבקש שלא לקחת בחשבון ראיות שהוגשו בשלב זה, אשר לשיטתה הוגשו שלא כדין.

63. **המשיבה השיבה** תשובות פרטניות לעיקרן של טענות המערער, ותשובתה תידון בהמשך בהקשר לכל טענה. לעניין הפרוצדוראלי, מסבירה המשיבה כי מרבית טענות המערער לא הועלו כלל בתשובה לאישום (מיום 13.3.19). ממילא, תשובות המדינה לטענות שעלו תוך כדי ניהול המשפט היו למעשה ראיות הזמה, לפי סעיף 165. ראיות, אשר מטיבן וטבען לא יכולות היו להיות מובאות בפרשת התביעה.

הגנה מן הצדק - פרוצדורה

64. נטל הבאת הראיות להוכיח טענה עובדתית המקימה לכאורה הגנה מן הצדק - הוא על הנאשם. הנטל לשכנע כי פגם מסוים בהתנהלות המאשימה ראוי להקים הגנה מן הצדק - הוא על הנאשם. שאלת הפרוצדורה הנכונה לבירור טענות הגנה מן הצדק אינה מוסדרת בחוק, ולרוב הפסיקה אינה משיבה על השאלה הדיונית אלא באופן נקודתי. להערכתי, אחת הסיבות העיקריות שבעטיין מצליחות טענות ההגנה מן הצדק לסרב את ההליך הפלילי קשורה לאי הבהירות הפרוצדוראלית.

65. הפרוצדורה חייבת לשקף את ההבדל בין הראיות להוכחת האשמה, לבין הראיות שנועדו לבחון טענת הגנה



מן הצדק. כך לדוגמה, הוצע על ידי המלומד נקדימון כי במקרה של מחלוקת עובדתית יתקיים מעין "משפט זוטא" אשר בו על הנאשם יהיה להביא את ראיותיו ראשון, ורק אם יראה טענת הגנה מן הצדק לכאורה, תתבקש המאשימה להביא ראיות נגדיות (ישגב נקדימון, **הגנה מן הצדק** (מהדורה שלישית, 2021) עמ' 414). דומה כי בתי המשפט נרתעו מהוספת שלב פורמאלי נוסף למשפט הפלילי, אשר גם כך הולך ומסתרב עם השנים. אולם, גם בהעדר פרוצדורה לבירור נפרד של טענות הגנה מן הצדק, אין לטשטש את היסודות, היינו את נטלי הטיעון, ההוכחה והשכנוע, המונחים כולם על כתפי הנאשם. זאת, להבדיל מעיקרו של המשפט הפלילי, הוכחת האשמה, שם הנטלים מונחים על כתפי המאשימה. בין השאר, חובה על הנאשם לטעון טענותיו בצורה בהירה, במועד סביר, ולאפשר לצד שכנגד הזדמנות ראויה להתגונן.

66. אמנם סעיף 151 לחסד"פ מאפשר לנאשם להעלות טענות מקדמיות בשלב אחר של המשפט, אם לא העלה הטענה בשלב המקדמי. אולם, עולה מהפסיקה כי הדרך הראויה היא להעלות טענה מסוג זה היא בשלב התשובה לאישום, לפני התשובה, שהרי זו אמורה להיות טענה "מקדמית". זאת, כדי לאפשר לבית המשפט להחליט על דרך הבירור הנכונה, לאחר שראה אם יש מחלוקת עובדתית בעניין, ומה טיבה. החרגה הראוי היחיד נוגע לטענות הגנה מן הצדק אשר מתגלות לנאשם בשלב מאוחר יותר, וגם במקרים כאלה נכון להעלות הטענה לפני בית המשפט בהקדם האפשרי.

67. בתשובת המערער לאישום ביום 13.3.19, הועלתה אך ורק הטענה השנייה להגנה מן הצדק, היינו כי המערער לא זומן לחקירה, ובית המשפט החליט, נוכח טיב הטענה, כי ראוי לדון בטענה עם המשפט העיקרי (עמ' 8 לפרוטוקול). דא עקא, שלא הועלתה הטענה המורכבת יותר כי המערער אמנם זומן אך הייתה שיחת טלפון שביטלה זאת, כפי שלא הועלו יתר טענות ההגנה מן הצדק. ממילא, המשיבה לא ידעה כי עליה להתגונן מפני טענות מפתיעות כאלה, ובית המשפט לא ידע כי עליו להעריך לדון בטענות חדשות, שיעלו בהמשך המשפט, במפורש או במשתמע.

68. נראה כי המערער סבר בשגגה כי, בדומה לטענות ההגנה לגופה של ההאשמה, מותר לנאשם "לשמור בכיס" את טענותיו וראיותיו, ולהפתיע את התביעה במהלך המשפט על ידי הבאת טענות, עובדות וראיות חדשות. תפיסה זו בטעות יסודה. ראשית, אפילו לגבי האשמה לגופה יש מחיר ראיתי משמעותי לכך שהנאשם אינו משיב בבהירות על ההאשמה (סעיף 152(ב) לחסד"פ), למרות שזכות השתיקה היא זכות יסוד של הנאשם. שנית, כאמור, הדין בהגנה מן הצדק שונה באופן יסודי מהדין בשאלת האשמה לגופה. שכן, הנטל על הנאשם, לטעון ולהוכיח את טענת הגנה מן הצדק.

69. לפיכך, מטבע הדברים, חומר הראיות שאמור לסתור את טענות הגנה מן הצדק לא בהכרח יהיה חלק מחומר החקירה, ואין כל ציפייה לכך. מטעם זה, **לשיטת נקדימון כאמור, הנאשם בכלל אמור להביא את ראיותיו להגנה מן הצדק עוד לפני התביעה. אולם, אפילו אם שיטתו לא תתקבל, פשיטא שחובה לתת לשני הצדדים את יומם.** אין לאפשר לנאשם "להחזיק קלפים בשרוולו" כדי לשלפם במהלך המשפט, ובוודאי שאין לקבול על כך שהתביעה מבקשת להביא ראיות לסתור, נוכח טענות מפתיעות.

70. עולה מהפסיקה (ראה הפסיקה המאוזכרת בהערות השוליים של נקדימון באותו פרק), כי על הנאשם להעלות את טענותיו להגנה מן הצדק באופן בהיר ומדויק, על מנת לאפשר למאשימה להתייחס לדברים. מטבע הדברים, **ככל שהטענה מועלית באיחור גדול יותר, וככל שהנאשם לא יאפשר לתביעה הזדמנות הוגנת להתמודד עם הטענה להגנה, קשה יותר יהיה לתת לטענת הנאשם משקל של ממש.**



יתרה מכך, ככל שהטענה מועלית, מתוקנת או מובהרת בשלב מאוחר, בית המשפט יהיה פתוח יותר לקבל בקשות של התביעה להגיש ראיות נגדיות לשלילת הטענה, כעין ראיות הזמה, בשלבים מתקדמים של המשפט (ראו עתפ"ב (ב"ש) 653-09-18 ועדה מקומית לתכנון ובניה ערד נ' ברנד (27.5.20), פסקה 161 והלאה). למעשה, טענת הגנה מן הצדק המועלית בשלב מאוחר מאוד, ללא הצדקה עניינית, יכולה להידחות מטעם זה בלבד, בהעדר אפשרות סבירה לבררה.

71. מכאן, ברור שאין ממש בטענות הערעור הקובלות על כך שבית משפט קמא אישר הכנסת ראיות שלא היו לכתחילה בחומר החקירה, או שאפשר הגשתן בשלב מתקדם של המשפט. הדבר התחייב, נוכח ההתנהלות הבעייתית ביותר של המערער, אשר העלה טענות הגנה בשלב מתקדם, תיקן אותן והבהיר אותן לאורך כל המשפט ולמעשה אף בשלב הערעור, ואף לאחר הדיון בערעור. **אין כל הצדקה עניינית לכך שטענות ההגנה מן הצדק לא הועלו באופן בהיר וחד בתשובה לאישום, ואין כל סיבה להטיל על המאשימה את האחריות לכך שלא שללה מראש טענות אשר כלל לא ידעה כי יטענו.**

72. עתה יש לעבור אל הטענות השונות בדבר הגנה מן הצדק, ולבחון אם המערער הרים את הנטל להביא ראיות המבססות כל טענה וטענה, ואם הרים את נטל השכנוע, לחייב מסקנה מעבר למאזן ההסתברות כי נפל פגם חמור בהתנהלות המשיבה, המצדיק הענקת הגנה מן הצדק וביטול האישום נגד המערער.

טענת "פגמים בחקירה"

73. טענת ההגנה במישור זה היא כי פגמים בהתנהלות המפקח, מהווים מחדלי חקירה כה חמורים עדי כי מחדלים אלה לעצמם מקימים הגנה מן הצדק.

74. יאמר כי, עיונית, ייתכנו מקרים בהם פגמים בחקירה יהיו כה חמורים עד שיהיה בהם כדי להקים הגנה מן הצדק. אולם, מבלי להביא כעת דוגמאות, מדובר במצבי קיצון בהם זכויות האדם הבסיסיות של הנאשם נפגעו באופן קשה במיוחד או מצבים בהם, עקב חקירה לקויה באופן קיצוני, אין כל דרך לברר את האמת העובדתית לגבי טענה אשר אותה הנאשם מכחיש. ענייננו רחוק מאוד ממצב זה.

75. הטענות ביחס למפקח הן כי לא הקפיד ברישומיו כיאות. היינו כי רשם מידות הסוכה על פי אומד, כאשר ניתן היה למדוד באופן מדויק, ולא ערך דו"ח מלא הכולל את כל הפרטים הנדרשים. נטען גם כי יש פגם חמור בכך שהדו"ח נרשם למעלה משלושה שבועות לאחר הביקור במקום. עוד נטען לפגם בכך שהמפקח לא רשם מזכר אודות שיחתו עם מנהלת משרדו של המערער, שיחה המשמשת בסיס לטענת המערער על כך שלא נחקר לפני הגשת האישום.

76. יאמר מיד כי היו מחדלים בהתנהלות המפקח, כאמור לעיל וכפי שקבע בית משפט קמא. אילו הייתה מחלוקת של ממש על פרט חשוב אשר המפקח רשם באיחור או באופן לא מדויק, היה המחדל משפיע על קביעת הממצאים, ככל מחדל חקירה. אולם, רוב הממצאים הנוגעים לאשמה עצמה אינם במחלוקת. על שטח הסוכה אמנם יש מחלוקת, אך כל האינדיקציות הנגדיות לדו"ח מלמדות כי מדובר בשטח גדול יותר ממה שרשם המפקח, ולא קטן יותר. מכל מקום, כמסבר לעיל, אין המחדלים משפיעים על הערכת העבירות, וממילא אין בהם כדי להשפיע על הערכת העובדות.



77. הטענה לפיה יש מחדל בכך שהמפקח לא רשם מזכר אודות שיחתו עם מנהלת משרדו נוגעת לטענה השנייה להגנה מן הצדק. אולם יאמר מיד כי אם השיחה הייתה טכנית - אינפורמטיבית בלבד, ולא כללה תוכן מהותי של ממש (כגון גרסת עד או הבטחה של המפקח), ספק אם הייתה חובה לערוך רישום. יתרה מכך, אפילו היה תוכן מהותי בשיחה, פשיטא שאין בשכחה לרשום מזכר, כשלעצמו, כדי להקים הגנה מן הצדק, אלא מדובר במחדל חקירה. מחדל, הנבחן לפי תוכנו, הקשרו, מכלול הראיות ויריעת המחלוקת, ככל מחדל חקירה אחר.

טענת "המערער לא נחקר"

78. המערער לא נחקר בטרם הוגש האישום. על עובדה בסיסית זו אין מחלוקת. טענה זו, בצורתה הפשוטה, גם עלתה בתשובה לאישום כטענת הגנה מן הצדק.

79. המדינה בתגובה לטענה היחידה שהועלתה נגדה, הציגה ראיה כי המערער הוזמן למסירת גרסה (ת/3 עם ת/4). הסנגורית לא התנגדה להגשת ההזמנה ואישור המסירה, ואישרה לפרוטוקול כי ההזמנה התקבלה פיזית על ידי אחיו של המערער, והמערער ידע כי הוזמן למסור גרסה.

80. אגב יוער כי בסיכומים טענה הסנגורית במפתיע כי אישור המסירה לא היה קביל, באשר לא היה ברשימת חומר החקירה. הטענה אינה רלוונטית משום שאין מחלוקת על כך שהמערער קיבל ההזמנה. כמו כן, אין ממש בטענת אי הקבילות, כפי שקבע בית משפט קמא בצדק. שכן, מעבר לעצם ההסכמה להגשה בעת הדיון, מדובר במסמך בעל אופי טכני, והסנגורית אישרה כי קיבלה המסמך לעיון יומיים לפני הדיון. כך, שהתוכן נופל בחריג של סעיף 77 לחסד"פ. מעבר לכך, אישור המסירה בא בתשובה לטענה מקדמית שהועלתה על ידי ההגנה, ובהיות אישור המסירה טכני באופיו, ולא חלק מהחקירה עצמה, אין הכרח כי המסמך יהיה ברשימת חומר החקירה. אולם, כאמור, כל הדיון בנקודה זו הוא תיאורטי, שכן ההגנה אינה חולקת על כך שהמערער קיבל ההזמנה, ולטענתו הוא אף הגיב לה, כאשר ביקש ממנהלת משרדו לתאם חקירה.

81. רק בחקירה הנגדית של המפקח, הוברר שיש **טענה עובדתית נוספת** (ראו החל מעמ' 19 לפרוטוקול), שהועלתה במפתיע על ידי ההגנה לאחר שהמשפט התחיל. לא ניתנה כל הצדקה לאיחור בהעלאת הטענה. לפי הטענה הנוספת (כפי ששוכללה בהמשך המשפט) מנהלת המשרד פנתה למפקח ביום 14.9.16 כדי לתאם מועד למסירת גרסה, ונאמר לה שאין צורך שהמערער יגיע למסור גרסה כי "התיק הונח בצד", ואם יוחלט לקדמו הוא יוזמן שנית. כך שלמעשה ההזמנה למסירת גרסה בוטלה. העלאת הטענה נעשתה על ידי הטחת הטענה בחקירה נגדית, והשמעת הקלטה של שיחת טלפון עם המפקח.

82. המפקח אישר כי קולו נשמע בשיחה המוקלטת, אך אמר כי אינו זוכר את השיחה, ואין הוא יודע מתי התקיימה. לאחר שמיעה נוספת אמר המפקח כי הוא זוכר שהייתה שיחה, אך לא זכר הפרטים, ולא זכר ההקשר המדויק בו אמר כי התיק "יונח בצד" כפי שנשמע אומר. הערכת התובע הייתה שכוונתו להעברת התיק למחלקה המשפטית ועיכוב ההליכים שבא לאחר מכן.

83. בית המשפט התיר לסנגורית להשמיע חלקים נרחבים מהשיחה. לאחר ההשמעה, הטיחה הסנגורית במפקח כי בשיחה זו, המערער פנה כדי לתאם מועד למסור גרסה, באמצעות מנהלת משרדו, ונענה שאין



צורך. העד השיב "אני לא זוכר", עוד בטרם הספיק התובע להתנגד. אולם, נוכח התנגדות התובע, בית המשפט פסל את השאלה בקביעה כי "בשיחה לא נאמר דבר ביחס לתיאום מועד למסירת גרסה, ויש בשאלה כדי להטעות את העד" (עמ' 21). המפקח אישר שלא רשם מזכר ביחס לשיחה זו.

84. לשאלה מדוע לא נגבתה גרסת המערער, הבהיר המפקח כי מבחינתו הוא שלח הזמנה אבל המערער פשוט לא התייצב "אף אחד לא בא" (עמ' 25). כן הבהיר, לשאלת בית המשפט, כי אין הוא נוהג לערוך מזכר על כך שאין גרסה בתיק, אלא שאם נגבית גרסה הוא מצרפה לתיק (עמ' 28).

85. הסנגורית הודיעה בדיון כי מנהלת המשרד תובא כעדת הגנה, להעיד על שיחה זו, ועל תוכן שיחה נוספת שלא הוקלטה (עמ' 24). אולם, מנהלת המשרד לא הובאה לעדות, ואפילו לא הייתה רשומה ברשימת עדי ההגנה שמבוקש להזמין (מיום 6.11.19). השיחה שהוקלטה ותומללה לא הוגשה על ידי ההגנה, לא באמצעות אותה פקידה, ולא בכל דרך אחרת. כך, שמלל השיחה כלל לא היה מונח לפני בית המשפט לעת הכרעת הדין.

86. מבחינת תוכן השיחה, הראיה היחידה לפני בית המשפט הייתה שהמערער עצמו העיד כי "המפקח אמר לפקידה שלי שהוא שם את החומר בצד ו'אין צורך ששי יגיע לשימוע'". בית משפט קמא קבע כי, מכיוון שאותה פקידה לא העידה, טענת המערער לפיה המפקח קיבל "פטור" ממסירת גרסה, היא עדות שמיעה. משמע, הוכח שהמערער הזמין ליתן גרסה, אך לא הוכח שנאמר לו שהוא לא חייב להתייצב. לפיכך נקבע שאין למערער להלין אלא על עצמו, על כך שלא התייצב למסור גרסה.

87. חלק נכבד מטענות הערעור מכוונות נגד קביעה אחרונה זו של בית משפט קמא. נטען בערעור שצריך היה לקבל את ההקלטה כראיה, ולו על יסוד עדות המפקח שאישר כי קולו נשמע. אולם, כאשר המפקח לא זכר היטב את השיחה, לא זכר המועד ולא יכול היה לאשר הקבילות הפורמאלית (הינו כי מדובר בשיחה שלמה שלא נערכה), פשיטא שטענה זו שגויה. הדרך להגשה הייתה באמצעות מי שהקליטה השיחה, כפי שהסנגורית הצהירה שתעשה.

88. בהודעת הערעור לא הוסבר מדוע הפקידה נאווה לא העידה, ובטיעון על פה נאמר שהיא עזבה העבודה אצל המערער, ונסיבותיה הרפואיות לא אפשרו לה להעיד. הסנגורית אישרה כי נסיבות אלה לא הובאו לפני בית משפט קמא, כדי למצוא דרך אחרת להגיש את ההקלטה. אולם, הסנגורית ביקשה לרכז הדיון ב"מחדל" של המפקח שלא רשם מזכר על השיחה. עוד הצביעה על כך שהמפקח הרי אישר שקולו נשמע בשיחה, ולפיכך עצם קיום השיחה הוכח. מסקנתה היא שבית המשפט צריך היה לקבוע כי אכן נאמר למערער כי אם יוחלט להמשיך בהליכים הוא יוזמן למסור גרסה, כי צריך היה לזמן המערער מחדש לאחר פקיעת עיכוב ההליכים, ומשלא נעשה כן נגרם עוול למערער, המקום הגנה מן הצדק.

89. **לא מצאתי כל שגיאה במסקנת בית משפט קמא**, שלא יכול היה להגיע לשום מסקנה אחרת, ואין ממש בטענת הערעור המפולפלת. הסנגורית סבורה כי משום שמפקח אישר כי קולו נשמע, הרי הדבר כאילו כבר העידה פקידה על מועד השיחה; כאילו העידה על נאמנות ההקלטה; כאילו עדותה נחקרה בחקירה נגדית; וכאילו כבר נקבעו ממצאים בדבר מהימנותה. ממצאים, המאפשרים לדון בתוכן השיחה ומשמעותה על יסוד ההקלטה והתמלול. דא עקא, שהפקידה לא העידה על המועד או על נאמנות ההקלטה, לא נחקרה, ולא התבקשה הגשת ההקלטה על יסוד עדותה. יוזכר כי המדובר בטענת הגנה מן הצדק. הנטל היה על



המערער להוכיח את טענתו. המערער לא הראה כי נעשה מאמץ של ממש להביא את העדה, ולא כי נעשה מאמץ של ממש להכשיר את ההקלטה ולהוכיח את מועדה בדרך אחרת כדי שתהיה קבילה. אם כן, כיצד ניתן היה לקבוע ממצאים על יסוד הקלטה שלא הוגשה?

90. עוד יוזכר, כי המסקנה אותה מבקשת ב"כ המערער להסיק מהקלטה זו היא כי למעשה ההזמנה למסור גרסה בוטלה, ומכאן הגנה מן הצדק באי גביית גרסה. אולם, בעת חקירת המפקח בית המשפט פסל שאלות שהניחו כי נשמעה אמירה כזו בהקלטה. משמע, בית המשפט לא הניח כי זה היה התוכן העיקרי של השיחה, ובוודאי שלא ניתן בערכאת הערעור לקבוע כי שגה, על יסוד ראיה שלא נעשה מאמץ של ממש להגישה באופן מקובל ותקין.

91. **בהודעת הערעור נטען כי המדינה לא הופתעה** מהטענה החדשה על "ביטול ההזמנה למסירת גרסה", שכן זו הופיעה כבר במכתב הבקשה לביטול כתב האישום (נ/15), שהמאשימה קיבלה חודשים רבים לפני התשובה לאישום. אולם, טענה זו שגויה משתי סיבות. **ראשית**, העובדה כי טענה עלתה במסגרת של מו"מ בין הצדדים אינה מהווה אזהרה ראויה לתביעה או לבית המשפט כי יש כאן טענות עובדתיות מורכבות, שיש כוונה להוכיחן במשפט. טענות הגנה מן הצדק יש לטעון בבית המשפט.

92. **שנית**, עיון בת/15 מגלה כי אמנם אוזכרה שיחת הטלפון בין הפקידה לבין המפקח. אולם, נטען כי בשיחה זו ביקשה הפקידה עיכוב הליכים, ולא פטור ממסירת גרסה. נאמר כי הייתה "הבטחה שלטונית לעיכוב כל ההליכים המשפטיים", שבאה לידי ביטוי במילים "לשים בצד" את התיק. לא נטען במכתב כי שיחה זו למעשה ביטלה את ההזמנה למסור גרסה. הטענה כי המערער הועמד לדין ללא מתן גרסה נטענה שם כטענה נוספת ומצטברת.

93. אגב יאמר, כי השאלה אם זימון מסירת גרסה מהווה תנאי בלעדיו אין להגשת כתב אישום אינה פשוטה, כפי שציין בית משפט קמא. לפי הגישה הרואה בעניין כזה מחדל חקירה בלבד, הרי השאלה היא מה משמעות הדבר מבחינה ראייתית. במקרה דנן, אין כל משמעות לכך שלא נגבתה מהמערער כל גרסה בתקופה שמיד לאחר קבלת ההתראה (בהנחה) שאין בסיס להניח) שיש לקבל טענתו כי ביקש אז למסור גרסה ונאמר לפקידה שאין צורך). שכן, כאמור, התובע הודיע בערעור כי הוא מוותר על ראיית המערער כאחראי לעבירה בשלב שלפני המודעות בפועל, שזה השלב עליו הוא יכול היה להעיד באותה עת (היינו מה עשה כבעלים כדי לדעת אם מתבצעת עבירה ולמנוע עבירות), והמערער הרי מודה למעשה כי לא פעל לסגור המסעדה החל מאותה עת עד הגשת כתב האישום, אלא רק להכשיר פעולתה. **אם כן, מעבר לכותרת לפיה "המערער לא מסר גרסה", אין כל משמעות מהותית לאותו מחדל נטען, שכלל לא הוכח. ממילא לא נגרם למערער כל עיוות דין בפועל, ואין הצדקה לביטול האישום כהגנה מן הצדק.**

94. נוכח כל האמור, יש לקבוע שאין שגיאה בממצאים של בית משפט קמא. לא הוכח כי המפקח הודיע למערער, באמצעות הפקידה, כי הוא "פטור" ממסירת גרסה. **המשמעות היא כי המערער זומן למסור גרסה ולא התייצב.** מעבר לכך, אין משקל של ממש לכך שלא נמסרה גרסה על השלב הראשון לביצוע העבירה, משום שהמערער מודה למעשה בעבירה בשלבים שלאחר מכן, ואשר עליהם ממילא לא היה יכול המערער להעיד באותה עת. **אם כן - טענת ההגנה מן הצדק לעניין הגשת כתב אישום מבלי שנגבתה גרסת המערער - נדחית.**



טענת "פעלתי לפי הנחיית התובע"

95. טענה זו, היא הדוגמה הבולטת לטענה שעלתה בשלב מאוחר, מאוחר מדי. הטענה גם עלתה באופן לא בהיר, כך שהמאשימה התקשתה מאוד להתגונן מפניה, מחמת היותה מעורפלת. יתרה מכך, הטענה למעשה גם לא הוכחה לכאורה באופן מתקבל על הדעת, כדי לאפשר למשיבה להביא ראיות נגדיות, בהתאם לזכותה.

96. לפי הטענה, ככל שהצלחתי להבינה, בשלב מסוים שלאחר הגשת כתב האישום, ניתנה אמירה, "הנחייה" או "עצה", של התובע אשר עליה מבוססת טענת ההגנה מן הצדק. אמירה, אשר אותה, לשיטת המערער, יש לפרש כהבטחה שלטונית כלשהי, או למצער אישור משתמע להמשך פעילות המסעדה בשלב ביניים.

97. הטענה לא עלתה בתשובה לאישום כלל, ועלתה בצורה ראשונית בעדות המערער. אולם, פרטים חיוניים לגבי גרסה זו אינם בהירים כלל. כך לדוגמה, עד עתה לא ברור **מה בדיוק נאמר** על ידי התובע, לפי הטענה. נשאלת גם השאלה - **מתי** הבטיח התובע את אשר הבטיח? **הגרסה של המערער לגבי המועד המדויק בו נאמרו הדברים** המיוחסים לתובע, **נמסרה לאחר הדיון בערעור!** ב"כ המערער הגישה (בין השאר) ביום 31.10.22 "בקשה להבהרת טיעונים". בבקשה זו כתבה כי, לאחר שהתובע הפנה לכך שלא התקיימו דיונים בתיק בבית משפט קמא בהם נכח גם השוכר, המתאימים לטענה כי נתן הבטחה כלשהי. לפיכך "שבתום הדיון ערכה הח"מ בדיקה, בה נמצא כי הפגישה התקיימה ביום 17.1.18". זאת, לפי הטענה, בעת אחד הדיונים בהליך שהתנהל נגד השוכר בעבירות של ניהול אותה מסעדה ללא רישיון והפרת צו שיפוטי.

98. יוזכר שוב, המדובר בטענת הגנה מן הצדק, שעל הנאשם להעלות, לטעון, להוכיח ולשכנע כי יש לה משקל. כיצד זה מועד האירוע המכונן את ההגנה מן הצדק "מתברר" למערער רק לאחר הדיון בערעור? זאת, כאשר טענה בהירה בדבר המועד והתוכן המדויק צריכה הייתה להימסר עוד בתשובה לאישום בערכאה הראשונה!

99. עוד יאמר כי למעשה מתברר שהעדים הרלוונטיים לטענה עובדתית זו הם הסנגורית עו"ד ורד שלו - איטח, והתובע עו"ד מאיר בירנבוים. במצב דברים זה, לו היה המערער פועל כראוי, ומעלה הטענה כטענה עובדתית בהירה וחדה כבר בתשובה לאישום, היה בית משפט קמא מבין מיד כי באי כוח הצדדים הם עדים בתיק, ומורה על ייצוג המאשימה והנאשם על ידי אחרים, כדי שעורכי הדין יוכלו להעיד.

100. דא עקא, המאשימה ובית המשפט שמעו על קיומה של טענה כלשהי רק כאשר המערער העיד. אפילו בסיכומי ההגנה לא עלתה הטענה כטענת הגנה מן הצדק של ממש, אלא כעין הסבר מדוע הוחלפו הדיירים. אם כי, נוכח ההודיה בעובדות עצמן, למעשה מדובר בטענה של הגנה מן הצדק, לפיה אין לתפוס המערער כאשם, משום שפעל על פי הנחיית התובע (שכמובן אינו מוסמך לאשר ביצוע עבירות, אך קונספטואלית בוודאי שהסכמה שלו יכול להקים הגנה מן הצדק, בתנאים מסוימים). בסיכומים, הדברים אוזכרו בתשובה לטענת המדינה לפיה המערער "הוסיף חטא על פשע" בכך שאפשר החלפת שוכר, כאשר השוכר החדש המשיך בהפעלת המסעדה, ונטען כי פעולה זו נעשתה בהמלצת התובע.

101. הפרשה קיבלה תהודה בעיקר בשלב הערעור. בהודעת הערעור נטען (החל מעמ' 74),



כי כל הקביעה לפיה המערער לא פעל כמתחייב לצורך הגנת בעלים, שגויה. וזאת משני טעמים, האחת משום שפעל ל"הסדרה" (טענה שנדונה לעיל), והשנייה - שלא פינה את השוכר אלא החליף שוכרים, היינו את מפעיל המסעדה, על פי "הנחיית" המשיבה - ולפיכך עומדת לו טענת "הגנה מן הצדק".

102. עוד לפני הדין, החליפו הצדדים "הבהרות" לעניין זה. בדיון, הוטחו האשמות הדדיות קשות ביותר בין באי כוח הצדדים. וכאמור, אף לאחר הדין הוגשו מסמכי השלמה והבהרה לעניין זה.

103. אם כן, מה הבסיס העובדתי לטענה? בחקירה הראשית, בעמ' 39 אמר המערער כי עורכי הדין דיברו ביניהם "והומלץ בשביל להתחיל את התהליך מחדש שעידו ייצא מהנכס יכנס שוכר חדש ויעבוד לפי ההנחיות החדשות, ונתחיל את כל התהליך מחדש". מההקשר ברור כי הכוונה כי התהליך, לקבלת היתר לשימוש חורג או רישיון העסק, יתחיל מחדש. בהקשר זה הוגשו גם נ/11 - ההודעה של עורכת הדין מיום 14.5.19, לגבי העסק "הדסה כל ההבדל בטעם" (המסעדה נושא תיקנו, לפי השלט המצולם בת/1) כי השוכר החדש אלמוג אבו "מזה כחודש ימים, חדל מרשינו מלהפעיל את עסקו במען ...". כן הוגש נ/12 - שובר תשלום של השוכר החדש המבקש רישיון עסק מיום 19.3.19. שני מסמכים מהם משתמע כי השוכר החדש המשיך להפעיל המסעדה עד אפריל 2019, בהסכמת המערער.

104. מטבע הדברים, התובע בחקירה הנגדית שאל על כך שהשוכר לא פונה, גם לאחר שהוגש כתב האישום, למרות ההתראות. המערער ענה כי עורכת דינו דיברה עם המחלקה המשפטית של עיריית אשדוד והם סיכמו "שתביאו שוכר חליפי, שייכנס בנעלים של עידו, תפתחו את הבקשה מחדש, ונתחיל תהליך מחדש ... היה גם בקשה לרישוי עסקים לפתיחת תהליך מחדש". בהמשך נשאל המערער על ידי התובע ובית המשפט אם יש מסמך כלשהו שאומר שהשימוש החורג הוא "על העירייה". המערער השיב בחיוב והפנה למכתב עיכוב ההליכים (הכוונה לנ/6). המערער נשאל שוב על ידי התובע ובית המשפט, בהקשר לכך שעיכוב ההליכים מסתיים בתאריך מסוים, ובמכתב עצמו אין כל הסכמה להמשך ביצוע העבירה, והמערער ענה תשובות מגומגמות בעליל.

105. כאמור, במסגרת הסיכומים ובעיקר בערעור, התברר כי למעשה יש כאן סוג של טענת "הגנה מן הצדק" המכוונת רק נגד טענת המאשימה בדבר "הוספת חטא על פשע" החל ממועד מסוים. כפי שהבנתי, טענת המערער היא, כי התובע אמר כי אם לשוכר הנוכחי יש קושי להשיג אישור לשימוש חורג, אין מניעה שייכנס מישהו אחר בנעליו, יגיש בקשות חדשות לאישורים, ואולי הוא יצליח. ברור, כי באמירה כזו, אם נאמרה, אין דבר מלבד שכל ישר. אולם, **בדברים אלה לעצמם בוודאי שאין הסכמה מפורשת להמשך ביצוע העבירות. הטענה כי יש בדברים הסכמה משתמעת להמשך ביצוע העבירות, תלויה בנוסח ובהקשר בו הדברים נאמרו.** דא עקא, **שלא הובאה כל ראיה ישירה על שיחה זו!**

106. אם כן, כיצד טוען המערער כי "הנחיית" התובע הוכחה? הרי המערער לא העיד כי נכח בעת השיחה, ולא טען כי שמע הדברים בעצמו. טענתו היא כי באת כוחו שמעה הדברים! **מכיוון שעורכת הדין לא העידה על השיחה, דברי המערער על תוכן השיחה אינם אלא עדות שמיעה.**

107. נטען בערעור, כי העובדה כן הוכחה בכל זאת. זאת, משום שהטענה הוטחה בפני התובע בעת החקירה הנגדית מפי המערער, והתובע לא הכחיש הדברים עד הדין בערעור. על כך יש להשיב בשתיים. **ראשית**, הנטל על הנאשם לטעון ולהוכיח טענה עובדתית אשר ממנה הוא מנסה להפיק הגנה מן



הצדק. אין הוא יכול לסמוך על שתיקת עורך דין של הצד שכנגד, בזמן החקירה הנגדית, כראיה. שכן שתיקה בנסיבות כאלה אינה מלמדת דבר, בהעדר ראיה פוזיטיבית. **שנית**, כאמור לעיל, התובע המשיך וחקר המערער בשאלה היחידה שהייתה רלוונטית, כפי שניתן היה להבין באותה עת. התובע שאל, עם כל הכבוד לרעיון של החלפת שוכרים כדי להתחיל תהליך רישוי מחדש, מתי אושר המשך ביצוע העבירה? על שאלה זו המערער לא הצליח לענות, אלא בהצבעה על המכתב נ/6, המתייחס לתקופה אחרת לגמרי!

108. יאמר כי היו הרבה אי הבנות בין הצדדים, שעוררו תגובות כעוסות של ב"כ שני הצדדים בעת הדיון בערעור. בסופו של יום, לעניין התוכן, בתגובות משלימות לאחר הדיון, התובע והסנגורית הפנו לאמור בפרוטוקולים של הדיונים בתיק, בגין עבירות רישוי עסקים של השוכר (רע"ס 8642-07-17), אשר לאחר הדיון המאוזכר אחד עם עבירות התכנון והבניה, כאשר השוכר הגיע להסדר טיעון והודה בכל העבירות.

109. כאמור, טענת הסנגורית ממוקדת בדיון מיום 17.1.18, אז, הודיעה הסנגורית דנן, אשר ייצגה גם את השוכר (לא כאן המקום להיכנס לניגוד העניינים לכאורה), כי יש כוונה למכור העסק לאחרים, וביקשה דחייה של הדיון. נטען בהשלמת הטיעון בערעור (לא ברור על בסיס אילו ראיות) כי המערער תחילה לא הסכים שהשוכר ימכור העסק ויכניס שוכר אחר. אולם, המערער כן הסכים לכך במועד זה, נוכח "הנחיה" של התובע להתיר החלפת שוכרים. אמנם, מפרוטוקול דיון זה (ודיונים בהמשך) עולה כי התובע הסכים לדחות הדיון לשם השלמת תהליך הרישוי. ואמנם, בנוכחותו הודע על כוונה ששוכר אחר יכנס לנכס. אולם, כאמור, הטענה כי התובע הסכים למשהו מעבר לכך אינה עולה מהפרוטוקול.

110. בפרט, לא מצאתי, בפרוטוקול הדיון ביום 17.1.18 או בדיונים הבאים, הסכמה של התובע כי השוכר דאז (נאשם 2) או שוכר אחר ימשיך להפעיל מסעדה ללא רישיון. יש לשער כי אילו הייתה הסכמה של התביעה להמשך ביצוע העבירה, הסנגורית הייתה דואגת לכך כי ההסכמה תירשם בפרוטוקול. עוד יש לומר, כי הסכמה כזו ביחס לשוכר הייתה מפתיעה עד מאוד אילו ניתנה. שכן, במשתמע, התובע היה מסכים שתתבצע לא רק עבירה של ניהול עסק ללא רישיון אלא גם הפרה של צו שיפוטי.

111. הסכמת תובעים לדחיית דיונים בבית המשפט, כאשר עבירה לפי חוק התכנון והבניה או חוק רישוי עסקים ממשיכה להתבצע, היא עניין יום יומי, מכל הטעמים הרגילים בגינם נדחים דיונים. לא זכור לי אי פעם שמישהו טען כי בעצם ההסכמה לדחיית דיון יש הסכמה, מפורשת או משתמעת, להמשך ביצוע העבירה, ואיני מבין כיצד ניתן לקרוא הסכמה כזו לתוך הפרוטוקול. כאמור, הטענה כי הדברים נאמרו באופן מפורש יותר במסדרון - טענה הוכחה - ואין.

112. בדיון לפני, באי כוח הצדדים האשימו זה את זה באי אמירת אמת לגבי אותה שיחה. נוכח האמור לעיל, איני בטוח שמי מהצדדים לא אמר אמת, וייתכן שהכול תולדה של אי הבנה. אולם, הנטל היה על המערער להוכיח כי התנהלות התובע ביום מסוים הקימה לו הגנה מן הצדק - והדבר לא הוכח.

113. לא למותר לציין כי הטענה להגנה מן הצדק, בהקשר לטענה בדבר הסכמה של התביעה להמשך ביצוע העבירות, אילו הייתה מתקבלת, הייתה יכולה לסייע למערער רק בהקשר להמשך ביצוע העבירה לאחר מיום 31.1.18. היינו, עמוק בתוך השלב החמישי לביצוע העבירה, כמפורט לעיל, כשבעה חודשים לאחר הגשת כתב האישום, כשנה וארבעה חודשים לאחר היווצרות המודעות בפועל בחודש



ספטמבר 2016. ברי, שאף אילו הוכחה הטענה, לא היה בכך כדי להשפיע על הרשעת המערער על העבירות עד אותו מועד, היינו ברוב רובה של תקופת ביצוע העבירה, וביחס לכל התקופה אליה התייחס כתב האישום.

114. **סיכום של דבר**, טענה זו להגנה מן הצדק ראוייה הייתה לדחייה משום **שלא הועלתה במועד סביר** המאפשר לתביעה להתמודד עם הטענה. הטענה ראוייה להידחות משום **שלא הועלתה בצורה בהירה**, עם טענה ברורה לגבי תוכן דברי התובע, וכיצד ניתנה הסכמה מפורשת או משתמעת להמשך ביצוע עבירות. יתרה מכך, התוכן החלקי והמעורפל שכן הוכח לכאורה, הוכח רק באמצעות עדות המערער, שהיא **עדות שמיעה**. לפיכך, **הטענה - כטענת הגנה מן הצדק - נדחתה**.

יש לומר עוד, כי אף אילו הייתה מתקבלת הטענה לפיה מישהו התיר למערער להמשיך לבצע עבירות החל מינואר 2018, הייתה **ההשפעה על תיקנו שולית**. שכן, אין בדברים כדי לפטור המערער מענישה בגין כל התקופה שבין ספטמבר 2016 לבין ינואר 2108.

טענת "אכיפה בררנית"

115. טענת המערער אינה לאכיפה בררנית באפליית המערער לעומת בעלי עסק אחרים קונקרטיים. אולם, נטען כי בפרשה זו המשיבה חרגה ממדיניותה המוצהרת לעניין העמדה לדין. בהקשר לטענה זו אף הוגשה בקשה להגשת ראיות נוספות בערעור.

116. עיקרה של הטענה היא כי מדיניות התביעה היא שלא להעמיד לדין בגין בניית סוכות הדומות לסוכה שנבנתה על ידי השוכר בתיקנו, אף אם אין תקנות הפטור חלות עליהן. עוד נטען כי לפי מדיניות אכיפה באשדוד, אין אוכפים הדין על שימוש חורג המתבטא בפתיחת מזנונים ומסעדות פועלים, באזורי התעשייה בעיר.

117. למרבה הצער, אף טענה זו לחריגה מהמדיניות לא הועלתה עם התשובה לאישום, אלא בשלב מאוחר ביותר, כלשונה של הסנגורית עצמה בעת השלמת הטיעונים לאחר הגשת הסיכומים, בתגובה לתמיהת בית משפט קמא: "את טענת האכיפה הבררנית לא טענתי בסיכומים אבל אני מתכוונת לטעון היום בהשלמת טיעונים, לשאלת בית המשפט איך אוכיח זאת כעת ואיפה ההזדמנות של המאשימה להתגונן אני משיבה היא המאשימה אז היא צריכה להתגונן ממני?" (עמ' 57 לפרוטוקול, ההדגשה נוספה - א"א).

118. לטעמי, לא זו בלבד שתמיהת בית משפט קמא הייתה במקומה, ראוי היה לדחות הטענה על הסף מכיוון שהועלתה למעשה לאחר שלב הבאת הראיות. שלב, בו כל הבאת ראיה תלויה באישור בית המשפט. אמנם, בהתאם להלכת **ניר עם** ובנותיה (בג"ץ 9131/05 **ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד התעשייה המסחר והתעסוקה** (2006)), ניתן להעלות טענות מנהליות במסגרת ההליך הפלילי, ובית המשפט הפלילי (ולא בג"ץ) הוא הפורום הנאות לדון בכך; ואמנם, סטייה ברורה ממדיניות ענישה מהווה טענה היכולה להקים, במקרים המתאימים, הגנה מן הצדק (ע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פולדי פרץ** (10.9.13)); ואמנם טענת "הגנה מן הצדק" לפי סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי, לכאורה אינה מצריכה רשות של בית המשפט להעלותה בשלב מתקדם של המשפט



(לפי סעיף 151). אולם, גם לעקרון זה יש לשים גבולות, וגבול אחד ברור הוא בעת העלאת טענה המצריכה פתיחה מחדש של ההוכחות במשפט. גבול זה נובע הן מעקרונות הצדק, והן מההיגיון הפנימי של סדרי הדין.

119. לעניין סדרי הדין, הרי העלאת טענה משפטית חדשה טעונה לרוב תשתית עובדתית, וזו צריכה מערכת ראיות לתמוך בה, אם אין הסכמה על העובדות. לכן, לא בנקל יאפשר בית המשפט לצד, לרבות לנאשם, לפתוח מחדש את פרשת הראיות לאחר שלב הסיכומים שכן "בעקרון, הסיכומים מסמנים את קו הגבול בכל הקשור להבאת ראיות מטעם בעלי הדין" (קדמי, **על סדר הדין הפלילי**, חלק שני - הליכים שלאחר כתב אישום - א (2009), עמ' 1491 וראו גם בעמ' 1495).

120. כמובן שיש חריג לכלל המונע הבאת ראיות נוספות - אם יש חשש מוחשי לעיוות דין. אולם, לא בנקל יאפשר בית המשפט חריגה: "בצד הכלל, כי הראיות צריכות להיות מובאות בזמן הרגיל והמקובל, יש להכיר בשיקול-דעת בית המשפט לסטות מהכלל, במקרה שהוא ימצא זאת לנחוץ. הפעלת שיקול-דעת זה אינה צריכה להיות עניין שבשגרה. יש להניח, כי ככל שהצד התרחק מהמועד הקבוע בחוק להבאת ראיות, וככל שהמשפט מתקרב לשלב מתן פסק הדין, כן יקשה לשכנע את בית המשפט להפעיל את שיקול הדעת, אך הסמכות לכך קיימת תמיד. בית המשפט ישקול את צורכי הנאשם מזה ואת צורכי החברה מזה. במסגרת שיקוליו אלה יעמיד בית המשפט בראש מעייניו את השיקול, שלא יגרם עיוות דין לנאשם" (ע"פ 951/80 **יצחק קניר נ' מדינת ישראל** פ"ד לה (3) 505 (1981) (ההדגשה נוספה א"א), וראו גם ע"פ 5874/00 **ארנלדו לזרובסקי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה (4) 249 (2001)).

121. שנית, מעבר לסדרי הדין, בכל זאת, מדובר בטענה ל"צדק", ושמירת טענה "בכיס" לטעון בשלב מאוחר, תוך כדי שלילת אפשרות ריאלית מהצד השני להתגונן מהטענה, אלא על ידי דחייה של משפט המתנהל לאורך זמן, פשוט אינה צודקת. לא כאן המקום לדון בשאלה אם יש סמכות פורמאלית לדחיית הטענה על הסף מחמת עצם השיהוי בהעלאת הטענה, כמקובל במשפט המנהלי. אולם בוודאי ששיקול זה יכול להשפיע על ההערכה אם ראוי לפתוח מחדש את שלב הראיות. כזכור, המערער הוא שהחליט, משום מה, לשמור את טענתו "בכיס" מבלי להסביר מדוע הוא מבקש להזמין את העדה הרלוונטית לטעון זה, כפי שיפורט בהמשך. רק לאחר שבית המשפט סרב לשמוע העדה, מאחר שלא הוסברה הרלוונטיות שלה, וכבר הוגשו הסיכומים, נטענה הטענה המשפטית לגופה. טענה, שהצריכה למעשה הגשת ראיות בשלב מאוחר, ובמסגרת זו הוגשו ראיות בכתב בלבד.

122. מכל מקום, למרות האיחור, **בית משפט קמא דן בטענה לגופה וקבע כי הטענה לא הוכחה**. בית המשפט התייחס לכך שלבקשת המערער הגישה המשיבה את מסמך המדיניות, ולכך שב"כ המערער קבלה על כך שלא התאפשר לה להגיש מסמך מדיניות בגרסה אחרת, שהיה בידה (אשר המאשימה טענה כי הוא טיוטה בלבד). בית משפט קמא קבע שלא ניתן לקבוע כל ממצא ללא עדות ישירה על פירוש מסמך המדיניות, המדיניות בפועל ואם זו השתנתה. לפיכך, נדחתה הטענה בדבר אכיפה בירורית, כטענה שלא הוכחה.

זימון מנהלת מחלקת הפיקוח

123. אחת הטענות בערעור היא כי מסמך המדיניות, בגרסה אחרת מזו שהוגשה על ידי



המאשימה, אמורה הייתה להיות מוגשת על ידי מנהלת מחלקת הפיקוח בעיריית אשדוד. דא עקא שבית המשפט לא התיר את העדתה. בהקשר זה מפנה ב"כ המערער לבקשות שהגישה החל מיום 4.2.21 ועד יום הדין 29.4.21, אשר נדחו על ידי בית המשפט.

124. אולם, עיון בבקשות ההגנה להעיד העדה מלמד כי הבקשות לעניין זה הוגשו באיחור משמעותי, לאחר שכבר התקיים דיון אחד בפרשת ההגנה (9.12.20), כאשר לא התייצבו עדי הגנה אך לא התבקשו צווי הבאה. למרות זאת, בית המשפט קבע דיון נוסף לשמיעת עדי הגנה שאותם אישר, לפני משורת הדין (החלטה מיום 30.12.20). הבקשה לעדה הנוספת הוגשה רק ביום 4.2.21, כאמור.

125. מטרת העדתה של מנהלת מחלקת הפיקוח לא הוסברה בבקשה. נאמר רק כי הגיע לידיעת המערער מסמך רלוונטי מאוד להגנתו, ועדה זו יכולה להעיד על תוקפו. המשיבה הגיבה בבקשה להבהיר באיזה מסמך מדובר, שמא ניתן להגיש המסמך בהסכמה. בית המשפט בהחלטתו מיום 7.2.21 ציין כי כבר הוגשו מספר בקשות לזימון עדים וניתנו החלטות. לפיכך, התבקש כי תוגש בקשה מפורטת מגובה בתצהיר ובה יפורטו נסיבות גילוי המסמך והרלוונטיות להליך, ורק לאחר מכן יוחלט אם לזמן העדה. בקשה לעיון חוזר בהחלטה זו - בטענה שהנאשם לא חייב לגלות את קו הגנתו, תוך סירוב להבהיר מדוע המסמך רלוונטי להליך - נדחתה בהחלטה מנומקת היטב מיום 13.2.21.

126. לאחר חודש וחצי, ביום 1.4.21, הוגשה בקשה נוספת לעיון חוזר. הבקשה הוגשה בסגנון מתריס, וכללה טיעון ארוך ורחב שכלל לא נגע לעניין. אולם, לגופו של עניין נאמר בעמ' 4, כי המסמך "מהווה הוכחה חלוטה לאכיפה סלקטיבית ובררנית שבוצעה נגד הנאשם בניגוד למדיניות האכיפה, ואשר הגיע לידי הנאשם באמצעות באת כוחו, במועד הסמוך להגשת הבקשה". אולם, לבקשה לא צורף תצהיר המאמת את ההסבר בדבר האיחור בהעלאת הצורך בהבאת העדה, לא הובהר באיזו מדיניות מדובר, לא נטענה הטענה לאכיפה סלקטיבית לגופה, לא הוסבר כיצד המסמך אמור להוכיח זאת ולא הוצבע על הקשר בין העדה המבוקשת לבין המסמך. מטבע הדברים, הבקשה נדחתה. זאת, תוך ציון כי חובת בית המשפט לאזן בין זכויות הנאשם לבין זכויותיהם של בעלי דין אחרים שעניינם מתברר בבית המשפט, כי כבר הוקצו 3 ישיבות לתיק זה ואין מקום לעדים נוספים מעבר לאלה שאושרו, וזומנו שנית למרות שלא התייצבו לדין הקודם.

127. למרות הכול, בעת הדין להשלמת טיעונים לאחר הגשת הסיכומים, התיר בית המשפט למערער בכל זאת להגיש בקשה נוספת להגשת מסמך המדיניות עצמו. הבקשה הוגשה, המדינה בתגובתה הסכימה וצרפה את המסמך העדכני ובית המשפט קיבל המסמך לתיק. לא נחה דעתה של הסנגורית והיא הגישה בקשות כי המסמכים בגרסאות שהיא החזיקה יוגשו לתיק אף הן, ללא עד. בית המשפט קבע כי הצדדים מיצו טענותיהם בתיק ואין מקום לבקשות נוספות.

128. יאמר, כי איני בטוח שצדק בית המשפט בכך שדרש תצהיר כדי להצדיק את האיחור בהעלאת הבקשה, ודבר זה צריך עיון. **אולם, מכיוון שכלל לא הוגדרה יריעת מחלוקת לעניין אכיפה סלקטיבית, לא הוסבר כיצד המסמך הרלוונטי אמור להוכיח את טענת הנאשם ביריעה שטרם נפרסה, ולא פורט הקשר בין העדה לבין המסמך - החלטת בית המשפט שלא לאשר העדות הייתה בהחלט סבירה.** יאמר כי, גם אם סבורה הייתה הסנגורית כי ההחלטה להורות לה ליתן הסברים מפורטים ואף תצהיר היא החלטה משפטית שגויה, לא בית המשפט הוא אשר חסם את הגשת המסמך. שכן,



ההחלטה שלא להגיש את המסמך במסלול שקבע בית המשפט (אף אם המסלול שגוי) הייתה של באת כוח המערער והמערער. הסנגורית יכולה הייתה פשוט לעשות את אשר נדרשה, ולהביא לכך שהעדה תעיד. עתה, **משלא הוגש מסמך המדיניות לפי הנוסח שטוען לו המערער, אין למערער להלין אלא על עצמו**, שלא פעל על פי הוראת בית המשפט.

129. יאמר כי לא הוסבר בערעור במה מתבטא ההבדל בין הגרסאות, ובמה קופחה הגנת המערער בכך שהמדינה הגישה את המסמך העדכני שהיה בידה, ולא גרסה אחרת של אותו מסמך. לפיכך **אין אינדיקציה כלשהי שנגרם עיוות דין למערער** בכך שלא הוגשו הגרסאות האחרות של המסמך, אשר המשיבה ראתה בהן טיטות בלתי מאושרות בלבד. די בכך לדחות כל טענות הערעור במישור זה.

130. יאמר שוב, לו טענת האכיפה הבררנית הייתה נטענת בפשטות במסגרת התשובה לאישום, כמקובל וכראוי, יכולה הייתה המאשימה לטעון לעניין עוד לפני ההוכחות, ואם היה מתברר שהמערער צודק, אולי לחסוך המשפט כולו. אם לא נחה דעתו של המערער מהתשובה של המשיבה, יכול היה לנצל הזמן עד תחילת ההוכחות לבקש לקבל כל מסמך רלוונטי להוכיח את טענתו, בדרך המקובלת. המערער לא נהג בדרך המקובלת, ולא ברור למה.

131. יוזכר שוב, הנטל להוכיח טענת הגנה מן הצדק היא על הנאשם. אין חובה על המאשימה לשלול טענות הגנה מן הצדק שלא נטענו, וספק אם יש לה חובה לשלול טענות כאלה כאשר הן עולות באיחור, ובמיוחד אם הן באות באופן מעורפל. לכן, **המסמך היחיד שהוגש לבית המשפט לעניין מדיניות התביעה הוא מסמך המדיניות שהגישה המשיבה**. מסמך, שהיא סברה שהיא מגישה לבקשת המערער (הודעתה מיום 18.1.22). למעשה, **אלמלא הורה בית המשפט לתביעה להגיש את מסמך המדיניות הרלוונטי, לפני משורת הדין, לא היו רגליים לטענה בדבר אכיפה בררנית, ולא צריך היה להידרש לטענה זו בערעור**. אולם, משהוגש המסמך, והצדדים טענו לגופו של עניין, ראוי להידרש לדברים.

המדיניות לגופה

132. כאמור לעיל, טענה זו להגנה מן הצדק מחמת "אכיפה בררנית" הובהרה רק בדיון מיום 15.12.21, לאחר הגשת הסיכומים. בהתאם להחלטת בית המשפט, הגישה המשיבה לאחר מספר ימים את התכנית החלה על האזור (שסומן לאחר מכן ת/10). ההסברים שצרפה מטעמה לא התקבלו על ידי בית המשפט, באשר המסמך הוגש ללא אישור. כמו כן הוגש מסמך המדיניות. כאמור לעיל, בית המשפט לא מצא שמסמך המדיניות או התכנית בהירים מספיק כדי לקבוע ממצאים על פיהם ללא עדות מסבירה, ודחה הטענה להגנה מן הצדק.

133. בערעור נטען כי מסמך המדיניות מדבר בעד עצמו, וכי עולה ממנו באופן ברור שלפי מדיניות האכיפה אין אוכפין הדין על מבנה העומד בתנאי "תקנות הפטור" אף אם לא דווח כדין, ואין אוכפין הדין על מסעדה באזור התעשייה.

134. כאמור לעיל, **לעניין הסוכה**, על פני הדברים אין המבנה עומד בתנאי תקנות הפטור, ממילא לפי מדיניות האכיפה צריך היה לפתוח בהליך ביחס למבנה זה (ויזכר כי ניתנה הזדמנות לשוכר לתת



פרטים נדרשים, כדי לנסות לסווג הסוכה כ"סגירה עונתית" מותרת).

135. לענין **מסעדת הפועלים באזור התעשייה**, המשיבה נתנה שתי תשובות, ויש לדחות אחת ולקבל אחת. ראשית, הסבירה כי מדובר במסמך עדכני, ואין הוא משקף את המדיניות בעת הגשת כתב האישום. טענה זו יש לדחות. לפי המסמך, הייתה גרסה מקורית מחודש מאי 2016. המשיבה יכולה הייתה להגיש את אותו מסמך ומשלא עשתה כן יניח בית המשפט לחובתה כי כל האמור במסמך המאוחר חל גם בגרסאות קודמות.

136. המשיבה מסבירה עוד כי אמנם לפי מדיניות האכיפה אין אוכפין הדין על שימושים שהם במדרג אכיפה נמוך, ואמנם מסעדות פועלים באזור התעשייה מופיעים ברשימה (סעיף 2.1.2). אולם המשיבה מבהירה כי לפי נוסח הסעיף מסעדות פועלים נכנסים לרשימה זו, אם הם מהווים "שימוש חורג מהיתר (שאינו חורג מהוראות התב"ע)". המשיבה בתשובתה לערעור מצביעה על התב"ע הרלוונטית (ת/10), ומסבירה כי בחלק מהשטחים באזור התעשייה, התב"ע מאפשרת גם מסעדות. אולם, לא כך הוא במיקום של הנכס נושא כתב האישום, המצוי באזור המוגדר ל"תעשייה ומלאכה זעירה". לטענתה, **באזור כזה, לפי ההגדרות בתוכנית ת/10א, לא ניתן לקבל היתר בניה רגיל למסעדה. לפיכך, לא ניתן לפתוח מסעדה במבנה קיים, אלא לאחר קבלת היתר לשימוש חורג.**

137. המערער מפנה לכך שבית משפט קמא קבע שהתוכנית החלה על האזור, ת/10, אינו קביל להוכחת האשמה, בהיותו לא ברור מספיק, ללא עדות תומכת (פסקה 66 להכרעת הדין). המערער אף סבור שצריך היה לפסול הראיה משום שאילו רצתה המאשימה להסתמך עליה לענין האשמה לגופה, צריכה הייתה לכלול מסמך זה מלכתחילה בחומר החקירה ולהגישו בעת הוכחת העבירה.

138. אגב יאמר, כי ב"כ המערער אף תמחה על בית המשפט שבכלל הרשיע המערער לאחר שהתייחס בכל זאת לת/10 ואמר, לענין היתר להפעיל מסעדה, "שהדבר אפשרי בהתאם לתכנית המתאר החלה במקום (ראו בענין זה סעיפים 10 ו-11 בעמ' 4 לסיכומי המאשימה)" (סעיף 72 להכרעת הדין). יאמר מיד כי תמיהה אחרונה זו אינה אלא הוצאת דברים מהקשרם. ברור שבית המשפט התכוון כי ניתן לקבל היתר לשימוש חורג, הדבר עולה הן מהסעיפים בסיכומי המאשימה אליהם הפנה, והן בפסקה הבאה, פסקה 73, בה פנה לטענה הנגדית לפיה "לא נדרש היתר לשימוש חורג".

139. חזרה לענין הקבילות. אכן, לצורך הוכחת האשמה, על המאשימה לחשוף רשימת ראיותיה מראש ולהגישן בשלב פרשת התביעה. אם לא נטענה טענה מפתיעה, המצדיקה עדות הזמה, אין מקום לקבל ראיה נוספת מטעם המאשימה לענין זה. דא עקא, שהתכנית ת/10 לא הוגשה על מנת להוכיח את האשמה לגופה, הן משום שהמערער הודה בכך שפתיחת עסק במקום מהווה חריגה, והן משום שהחריגה מהשימוש המותר, לפי היתר הבניה, הוכחה באמצעות ת/5 - המשקפת את תכנית הבניין.

140. התב"ע ת/10 הוגשה לבקשת בית המשפט בדיון מיום 15.12.21, ונראה כי הקשרה של הבקשה היה הטענה לחריגה ממדיניות האכיפה, אף כי הדבר אינו חד משמעי (ראו פרוטוקול עמ' 56). מכל מקום ברי כי זו הייתה המטרה מצד המאשימה. המערער שטען ברגע האחרון של המשפט כי בעצם יש חריגה ממדיניות האכיפה וביקש להגיש מסמך מדיניות, גם מצפה שהמאשימה תהיה מנועה מלהגיש מסמך נגדי המסביר מדוע פעולתה מתאימה למדיניות? יש לדחות גישה זו בשתי ידיים.



141. בסופו של יום, ההסבר של המאשימה פשוט מאוד. אכן, לגבי מסעדת פועלים קטנה הפועלת בניגוד לתכלית המוגדרת בהיתר הבניה, אך לא בניגוד לייעוד המקרקעין לפי תכנית המתאר, לא יבוצעו פעולות אכיפה. אולם, מקום בו הפעלת המסעדה כן נוגדת גם את הייעוד בתכנית המתאר, יינקטו פעולות אכיפה, אם לא ניתן היתר לשימוש חורג. אם כן, התב"ע ת/10 נועדה להראות כי הבנין המסוים הזה מצוי בגוש בו לפי ההגדרה תכנית המתאר שייעוד הקרקע הוא "מלאכה ותעשייה זעירה". זאת, בניגוד לגושים אחרים באזור תעשייה זה, שמטרתם מעורבת וכוללת הן תעשייה והן שירותים שונים, לרבות מסעדות. משמע, התכנית ת/10 **אמנם לא צריכה להילקח בחשבון להוכחת האשמה עצמה, אך בוודאי קבילה וחייבת להילקח בהקשר לטענת ההגנה מן הצדק שעלתה באיחור חריף.**

142. לעניין קביעת בית המשפט בדבר אי בהירות המסמכים, אני מסכים עם בית משפט קמא כי נכון יותר היה שעדים יעידו הן על המדיניות בפועל, והן על תכנית המתאר ותחולתה המדויקת על המקום. זאת, למרות שהמפה בתכנית ת/10 מתאימה לאזור, כפי שהוא נראה במפות היום (לפי שמות הרחובות וכו'), אף כי חלו שינויים בשטח מאז 1962.

143. מכל מקום, ככל שנותרה אי בהירות לעניין זה, יש לקבוע שאי הבהירות במסמכים נופלת לחובתו של המערער, משלוש סיבות. **האחת**, משום האיחור בהעלאת הטענה עד שלב בו היה זה לא סביר לעכב המשפט כולו לקיום בירור מעמיק. **השניה**, משום שבסופו של יום, לפי הראיות כפי שהן נראות על פניהן, המשיבה לכאורה פעלה לפי המדיניות שלה, כפי שהיא כתובה והוסברה. **השלישית והעיקרית** משום שהנטל על הנאשם להוכיח ולשכנע בכל טענה להגנה מן הצדק. מסמך המדיניות מלמד שיש מקומות באזור התעשייה לגביהם המדיניות ביחס למסעדות סלחנית, אך יש מקומות שהמדיניות היא לאכיפה. הנטל על הנאשם, להראות כי הנכס שלו מצוי בשטח מהסוג שמאפשר מדיניות סלחנית, אך המערער לא הראה זאת.

144. נוכח כל האמור, **הטענה להגנה מן הצדק עקב העמדה לדין שלא על פי המדיניות - נדחית.**

הבקשה להגשת ראייה נוספת בערעור

145. המערער מבקש ראיות נוספות בערעור. הראיה היא תכתובת וואטסאפ של פלוני עם ב"כ המשיבה. פלוני שאל את התובע בדבר הלכה "חנות באזור תעשייה בתכלית של תעשייה, אפשר לפתוח בית קפה בגודל 58 מ"ר?". התובע השיב "זאת עבירה אבל בית קפה ומסעדה באזור תעשייה שמתאים לתכליות אנחנו לא אוכפים עד 70 מטר".

146. טוענת ב"כ המערער כי יש בראיה זו "לבסס לא אך את האכיפה הבררנית אלא את התנהלות המשיבה עימו, לרבות הטעיית ביהמ"ש נכבד זה ואף את ביהמ"ש קמא הנכבד בהתנהלותה במימוש המדיניות לה כפופה על אזרחים בעיר, לפי ראות עיניה" (ההדגשה במקור).

147. לאחר עיון, הבקשה להגשת ראיות נוספות. שכן, למרות הנוסח המתומצת, הצהרת המדיניות בשו"ת קצרצר זה מתאים היטב לאמור במסמך המדיניות בסעיף 2.1.2. היינו כי המדיניות ביחס למסעדות באזור התעשייה היא לא לאכוף, אך זאת אם אין הדבר סותר את התכלית הקבועה בתכנית



המתאר. כך נאמר בדיוק גם בהודעת התובע "זאת עבירה אבל בית קפה ומסעדה באזור תעשייה שמתאים לתכליות אנחנו לא אוכפים עד 70 מטר" (ההדגשה נוספה - א"א).

148. נוכח האמור - **מכיוון שאין הראיה המתבקשת יכולה לסייע למערער בכל דרך - הבקשה להגשתה נדחית.**

טענת "לא נתנו לי זמן"

149. הטענה האחרונה להגנה מן הצדק היא כי מדיניות המשיבה בעבירות דומות היא לא לאכוף הדין מיד לאחר גילוי העבירה. נטען כי נהוג ליתן פרק זמן של מחצית השנה כדי לאפשר קבלת היתר לשימוש חורג, בטרם ננקטים הליכים פליליים. נטען כי במקרה זה המאשימה לא פעלה על פי מדיניות זו.

150. כאמור בלוח הזמנים המתואר לעיל, העבירה התגלתה בחודש יוני 2016, התראה נשלחה בחודש ספטמבר 2016 ואין מחלוקת כי המערער ידע על העבירה החל מאותה עת. לטענתו שלו, באותם ימים פקידה שלו התקשרה למפקח ונמסר לה על כוונה לעיכוב הליכים. מכתב רשמי בדבר עיכוב הליכים, נשלח לשוכר ביום 6.12.16 בו נמסר על עיכוב ההליך עד יום 1.3.17 כדי לאפשר הסדרה. כתב האישום הוגש רק ביום 25.6.17. היינו יותר משנה לאחר גילוי העבירות, יותר מתשעה חודשים לאחר מכתב ההתראה, יותר מחצי שנה לאחר מכתב עיכוב ההליכים.

151. במצב דברים זה, אין כל צורך לדון בשאלות כגון, האם יש בכלל מדיניות לעכב העמדה לדין? באילו מקרים המדיניות מוצדקת? האם היא חלה במקרה זה או לא? ושאר שאלות. שכן, במקרה זה, לטענת המערער אין רגליים. המערער קיבל מעל ומעבר לזמן הנדרש, ולטענתו פעל בתקופה זו להכשרה אך לא הצליח. **לפיכך טענה אחרונה זו להגנה מן הצדק - נדחית.**

הערעור לעניין ההרשעה - סיכום

152. המערער הורשע לאחר שמיעת הוכחות בעבירות ביצוע עבודות ללא היתר ושימוש חורג במקרקעין. זאת, בהקשר לנכס בבעלותו, אשר ייעודו המוגדר הוא שימוש לתעשייה ומלאכה זעירה אך הופעלה בו מסעדה על ידי שוכר, ובעבורה השוכר בנה סככה בחצר. טענות המערער לפיה בניית הסככה לא הייתה עבירה, כי קיים חובתו כבעלים, או כי עומדת לו הגנה מן הצדק - נדחו.

153. הוגשה הודעת ערעור ארוכה באופן קיצוני תוך שימוש בלשון משתלחת וקשה, ונוספו טענות, הבהרות ובקשות. אף הטיעון על פה בערעור היה ארוך מהרגיל. לפיכך, קשה היה מאוד לדלות את הטענות הענייניות שניתן לדון בהם. זאת, בשים לב לכך שבסופו של יום מדובר בתיק תכנון ובניה פשוט ורגיל, אשר בו התסבוכות נוצרו בעיקר בשל התנהלות ההגנה, אשר הקשתה על ניהול המשפט, מסיבה לא ברורה.

154. לאחר מאמץ ממושך לפיזור הערפל, בסופו של יום ניתן למקד את טענות הערעור



במספר טענות נגד ההרשעה, הן לגופה והן מחמת הגנה מן הצדק, ולאחר פיזור ערפל נוסף מתברר שאין בטענות אלה ממש.

155. למרות שהמערער הודה בפתח המשפט כי בוצעו עבירות בקרקע ולא טען אלא להגנת בעלים לפי סעיף 208 (כי לא ידע הנעשה בנכס ופעל להסדרת העבירה מרגע שכן ידע) וטענה אחת להגנה מן הצדק (משום שלא נחקר לפני הגשת כתב האישום). בפועל, במהלך המשפט הועלו עוד טענות נגד האשמה לגופה, הועלו עוד טענות להגנה מן הצדק והתברר גם כי ביחס לטענה שהמערער לא נחקר כלל לא נפרשה במענה טענתו העובדתית של המערער.

156. למרות התנהלות בעייתית זו של ההגנה, בית משפט קמא עשה מאמץ הראוי לכל שבח, לקדם את שמיעת המשפט מחד גיסא, ולנסות להבין את טענות ההגנה ולדון בהם, למרות העלאתם המאוחרת בדרך לא דרך, מאידך גיסא. בסופו של יום הגיע בית משפט קמא למסקנה כי אין מנוס מהרשעת המערער.

157. נראה כי ההגנה התנהלה מתוך כמה הנחות משפטיות שגויות, ואלה הן אשר הובילו להתנהלותה החריגה, לתסבוכת הרבה ולכעס הרב של ההגנה על התביעה ובעיקר על בית המשפט, כפי שהדבר בא לידי ביטוי הן בערכאה הראשונה והן בערעור.

158. ההנחה השגויה האחת הייתה כי בעלים של נכס יכול לצאת ידי חובתו לפי סעיף 208 הישן, בכך שהוא פועל להכשרת עבירות הבניה והשימוש האסור, כפי שהעידו המערער ומנהלת משרד האדריכלות שהעידה מטעמו. משפטית, אמנם, בחלק מהמקרים ניסיון הסדרה נלקח בחשבון לעניין העונש, במיוחד אם ההסדרה מצליחה. אולם, פשוט וברור כי אין בכך כדי לאיין עבירה, וחובת בעלים היא לעשות כל שאל ידו להפסיק בפועל את ביצוע העבירות בנכס בבעלותו, ואין הוא יוצא ידי חובה בניסיון הסדרה.

159. מתוך הנחה שגויה זו עמלה הסנגורית רבות במשפט ובערעור להראות קשיים שונים בעדות המפקח, טענה לסתירות בעדותו וזעמה על כך שבית המשפט בהכרעת הדין בשגגה ייחס דברים שאמר המפקח על השוכר כאילו אמרם על המערער. אולם, כל זה כלל אינו רלוונטי באשר המערער בעדותו למעשה הודה בעבירה, שכן לא טען כי עשה דבר להפסיק את פעילות המסעדה עד לאחר הגשת כתב האישום, ואף לאחר מכן עשה מעט מאוד, כמפורט לעיל. שכן, התרכז בעיקר בניסיון להסדיר הפעילות, תחת נקיטה באמצעים נחרצים להפסיקה.

160. הנחה שגויה אחרת הייתה כי העלאת טענת "הגנה מן הצדק" יכולה להיעשות במפתיע במסגרת פרשת ההגנה, וזאת כאשר מדובר בטענה מקדמית, אשר את נסיבותיה על הנאשם להוכיח. יאמר, כי אפילו אם אין מקבלים את סדרי הדין כמוצע על ידי **נקדימון** בספרו, או כמוצע בהלכת **ברנד** (המאזכרים לעיל) ברור שיש ליתן הזדמנות הוגנת למאשימה לענות על טענות הגנה מן הצדק, ולפי הצורך אף להביא ראיות נגדיות. לרוב, טענות הגנה מן הצדק מועלות לפני התשובה לאישום (או מיד עם גילויין), שהרי זוהי טענה "מקדמית". כך, ניתנת אפשרות לבית המשפט לבחון אם יש בכלל מחלוקת על העובדה הנטענת או שיש צורך להביא ראיות על הנושא, ואם על הראיות לבוא מסגרת המשפט העיקרי או בנפרד.

161. בתיק דנן, ההגנה שמרה טענותיה כקלפים "קרוב לחזה" וביקשה להשליכם אל תוך



המשחק בשלבים המתאימים לה. ההגנה העלתה עוד ועוד טענות עובדתיות אשר אמורות להקים הגנה מן הצדק, תוך כדי ניהול המשפט ואף בשלב הסיכומים ולאחריו. הכול תוך הבעת פליאה על עמדת בית המשפט שיש לאפשר למאשימה להשיב לטענות נגדה, וכעס על כך שבית המשפט אינו מקבל את מהלכי ה"אשקוקי" של ההגנה.

162. היו גם הנחות שגויות אחרות אשר גרמו לכעס רב של ההגנה על בית משפט קמא, ללא הצדקה, ויצרו אווירה קשה בעת הדין. כך לדוגמה, ההנחה השגויה, לפיה נאשם רשאי להביא כל עד ללא ביקורת של בית המשפט על הרלוונטיות, בניגוד לפסיקה מושרשת וברורה, גרמה לעימותים בין באת כוח המערער לבית המשפט. לאחר עיון, לא נמצאה כל שגיאה בהחלטות של בית המשפט בנושאים אלה, ורק עלה ספק אם נכון היה לדרוש תצהיר לגבי הסיבה לאיחור בהעלאת טענה, ושאלה זו נשארת ב"צריך עיון" שכן אין צורך להכריע בה.

163. הנחה שגויה נוספת הייתה כי עדויות הגנה או ראיות שההגנה רצתה להגיש, אך החליטה שלא להגיש או שלא יכולה הייתה להגיש מסיבות שונות, יש להעמידם לזכות הנאשם כאילו הוגשו (כגון שיחת הטלפון של הפקידה עם המפקח, עדות השוכר ועדות מנהלת אגף הפיקוח לעניין הגרסה האחרת של מסמך המדיניות, ועוד). במקום לפעול בנחרצות להגשת הראיות כדין (או לפעול לפי התנאים שהציב בית המשפט), ההגנה נמנעה מההגשה. למרות זאת, ציפתה מבית המשפט לקבוע עובדות לפי ראיות שכלל לא הונחו לפניו. אף כאן לא נמצאה כל שגיאה בהחלטות בית משפט קמא.

164. בסופו של יום, לעניין **ההאשמה לבופה**, כאמור לעיל, נמצא שבוצעו עבירות על חוק התכנון והבניה בנכס של המערער. הטענה לפיה הסככה פטורה מהיתר לפי תקנות הפטור - נדחתה. הטענה בה המערער הודה אך חזר בו ממנה בהמשך, לפיה אין תכנית האוסרת להפעיל מסעדה במקום נדחתה, על יסוד תיק הבניין (מבלי להידרש לתכנית המתאר האוסרת גם כן).

165. לעניין **אחריות המערער למעשי השוכר**, כבעלים של הנכס, המשיבה הסכימה להתרכז בעבירות מהשלב בו אין מחלוקת כי לנאשם הייתה מודעות בפועל לעבירות, היינו ספטמבר 2016. זאת, כאשר אשמתו של המערער נעוצה בכך שלא פעל בנחרצות להפסיק את פעילות המסעדה, במשך תקופה משמעותית ביותר, 9 חודשים עד הגשת כתב האישום ואף תקופה ארוכה נוספת, עד אשר מכר את הנכס. המערער אמנם ניסה להסדיר העבירות, אך שלח מכתבי התראה לשוכר רק לאחר הגשת כתב האישום. מעבר למכתבים, לא עשה דבר. יש להניח לטובת המערער כי אחריותו מסתיימת עם מכירת הנכס בחודש יולי 2018. אם כן, **אחריות המערער על העבירות נוגעת לתקופה של כ- 22 חודש בסך הכול**.

166. נבחנו גם **טענות הגנה מן הצדק** שהעלה המערער ביחס לעצם הגשת כתב האישום, וביחס לאחריותו לגבי חלק מהתקופות. הטענה לפיה **המערער לא נחקר בטרם הוגש נגדו כתב אישום**, כטענת הגנה מן הצדק, נדחתה. במהלך המשפט התברר כי המערער למעשה מנסה לטעון כי למרות שהוזמן כדין ליתן גרסה, הזמנה זו בוטלה בשיחה של פקידה מטעמו עם המפקח עקב עיכוב ההליכים, ונאמר לו כי יוזמן אם יוחלט להמשיך בהליך. אולם, המפקח לא אישר הדברים, הפקידה לא העידה והשיחה שהקליטה לא הוגשה. לפיכך נקבע **שהבסיס העובדתי לטענה לא הוכח**.

167. המערער העלה בעדותו טענה לפיה בשלב מסוים של ניהול המשפט התובע "הנחה" את



באת כוחו להחליף שוכרים בנכס כדי "לאפס" את ההליך של רישוי המסעדה וההיתר לשימוש חורג. כפי הנראה נטען, וטענה זו לא ברורה לי עד היום, כי **במשתמע הסכים התובע להמשך ביצוע העבירות על ידי השוכרים מטעם המערער**, ולפיכך אין לראות המערער כאחראי להפעלת המסעדה על ידי השוכרים מאותו מועד והלאה (כנראה ינואר 2018, היינו מחצית השנה האחרונה לביצוע העבירה). נקבע כי **טענה זו לא הוכחה**, באשר אין אינדיקציה בכתובים להבטחה כה דרמטית, ואין עדות המאשרת כי כך נאמר. עוד צוין כי אף לו הוכחה הטענה לא היה בה כדי להשפיע אלא על השלב האחרון של אחריות המערער, ולא על עיקרה של העבירה כפי שמתוארת בכתב האישום.

168. **טענה גם טענה לאכיפה בררנית, בכך שהמערער הועמד לדין בניגוד למדיניות** מוצהרת של התביעה שלא להעמיד לדין. טענה זו הועלתה ברגע האחרון, בשלב בו רשאי היה בית המשפט לדחות את בקשת ההגנה להעלות הטענה. למרות זאת אושר לצדדים להגיש מסמכים לעניין זה. האחד, מסמך בדבר מדיניות האכיפה לבסס טענת ההגנה כי העמדה לדין סתרה המדיניות שלא לפעול נגד מסעדות באזורי תעשייה. השני, התכנית החלה על המקרקעין, כתשובת המדינה המסבירה מדוע מקרקעין אלה חורגים מהמדיניות הכללית. בית המשפט קבע כי קשה לעמוד על המדיניות ללא עד המסביר את המדיניות ומסביר את התכנית החלה על המקרקעין, ולפיכך לשני המסמכים משקל אפסי. נקבע כי, לאחר שלא הובא עד להסביר את תוכן המסמכים, הטענה לא הוכחה. הודגש כי לא נאמר דבר לעניין זה בתשובה לאישום.

169. במסגרת הערעור על הנקודה האחרונה **נדחתה הבקשה להגשת ראיות נוספות**, לאחר שנמצא שאין הראיה המתבקשת סותרת את מסמך המדיניות הרשמי, ואין בה כדי לסייע למערער. לגופו של עניין, לאחר עיון במסמכים, **נראה שעל פני הדברים מאומתת טענת המשיבה לפיה על המקרקעין חלה תכנית המחריגה את המקרקעין מהמדיניות הכללית באזור התעשייה**. כך, שלפי המדיניות אם מופעלת מסעדה ללא היתר לשימוש חורג במקום זה, יש להעמיד לדין. עם זאת, צדק בית משפט קמא שציין כי נכון יותר היה להביא מסמכים אלה עם עדים, בעיקר כדי לוודא ההבנה של התוכנית. מכל מקום, נוכח האיחור החריף בהעלאת הטענה, והסירוב להסביר לבית המשפט מדוע ההגנה מבקשת לעדות את מנהלת מחלקת הפיקוח, החסר נופל לחובת המערער, אשר עליו הנטל להוכיח טענתו. מה גם שעל פני הדברים, כאמור, **לכאורה אין פגם בהחלטת המשיבה להעמיד המערער לדין**.

170. **טענות נוספות להגנה מן הצדק**, הקשורות לפגמים בראיות או לכך שהועמד לדין בניגוד למדיניות המקצה זמן שנועד לאפשר הכשרה של עבירות נדחו גם כן. הפגמים בראיות נמצאו לא רלוונטיים לתוצאה, והזמן שנטען שלא הוקצב - כן הוקצב, כך שאין צורך לבדוק אם אכן יש מדיניות כזו, ואם צריך היה ליישמה במקרה זה.

171. נוכח כל האמור, **הערעור לעניין ההרשעה נדחה**. אולם מובהר כי **אחריות המערער לעבירות שבוצעו בנכסיו היא לתקופה קצרה יותר ממה שהשתמע בפסק דינו של בית משפט קמא, ובוודאי מתחילה יותר מאוחר מאשר האמור בכתב האישום**. תקופת אחריות המערער כבעלים לקיומה של הסככה, לשימוש בה, ולעצם השימוש במבנה כמסעדה בניגוד לייעוד, מוגבלת לתקופה של כ- 22 חודש, משלב קבלת ההתראה ועד מכירת הנכס, בלבד.

הערעור לעניין העונש



172. על המערער הוטל קנס בן 5000 ₪ והתחייבות.

173. כאמור, המאשימה חזרה בה מהערעור שלה לעניין העונש. זאת, לאחר הערות בית המשפט על כך שטענת המאשימה לעניין העונש למערער, אינה עומדת בקנה מידה ראוי לעונש שהוטל על השוכר, אשר הורשע גם בהפרת צו, גם בעבירות רישוי עסקים, גם היה המבצע העיקרי של עבירות התכנון והבניה, וגם ביצען לתקופה ממושכת יותר. וזאת למרות שהעונש שהוטל על המערער (ועל השוכר) הוא קל עד מאוד.

174. בהודעת הערעור מבקש המערער לבטל הרשעתו במסגרת הלכת **כתב** והלכת **שבתאי**. בהקשר זה נטען כי המערער הוא עורך דין במקצועו, והרשעה בפלילים יש בה כדי לפגוע באפשרות שלו להתמנות לדירקטוריונים ותפקידים שונים בחברות ציבוריות. המערער גם טוען כי על בית המשפט היה להתחשב בקושי בניהול המשפט לאורך תקופה ארוכה.

175. אף במישור זה, דין הערעור להידחות.

176. טענת המערער בהקשר להלכת **שבתאי**, יכולה הייתה להישמע ביחס לאחריות לעבירות לפני שלב המודעות בפועל. לגבי אותו שלב, בו אחריותו נבעה לכאורה אך ורק מאחריות קפידה, ללא מודעות בפועל, ניתן היה להתייחס בסלחנות, ואפשר שבהצטברות יתר התנאים בפסיקה, ניתן היה להימנע מהרשעה בגין מעשים עליהם כלל לא ידע. אולם, המאשימה הסכימה כלל לא להרשיעו ביחס לאותו שלב. המאשימה הסכימה לראות את אחריות המערער כמתחילה מהשלב בו קיבל התראה, והיה מודע בפועל.

177. לגבי השלב בו המערער היה מודע בפועל לעבירות, הלכת **שבתאי** אינה חלה לכאורה. בשלב זה אין מדובר באחריות קפידה ואחריות טכנית בלבד. המערער ידע כי מתבצעת עבירה בנכסיו, וחובתו הייתה להפסיק את ביצועה. המערער אמנם ניסה להכשיר העבירות אך לא ניסה להפסיקן. יתרה מכך, המערער המשיך ליהנות מדמי שכירות בסך של 5000 ש"ח לחודש (לפי ת/9). זאת, במשך תקופה ארוכה ואפילו לאחר הגשת כתב אישום.

178. ככלל, עבירות תכנון ובניה שנעשו במודעות בפועל אינן מתאימות להימנעות מהרשעה, ואין זה אחד המקרים המתאימים להיכלל בחרג. נהפוך הוא, אין זה נכס מגורים, אלא נכס עסקי, ואין מקום להתחשבות מיוחדת כלשהי. למעשה, אלמלא הענישה הקלה מאוד שהוטלה על השוכר, ראוי היה עונשו של המערער להיות חמור הרבה יותר, כאשר הרף המזערי לכך היה, לטעמי, דמי השכירות המלאים בגין 22 חודש.

179. העונש שהוטל על המערער עומד על דמי שכירות בגין חודש אחד בלבד, והעברין יצא נשכר.

180. **די בכל האמור כדי לדחות הערעור על גזר הדין**, וכך אני מורה.

181. אגב יאמר, כי אחד השיקולים לעונש, ובין השאר גם להימנעות מהרשעה, הוא ההערכה ביחס למערער עד כמה מבטא חרטה על מעשיו. בענייננו, המערער הטיל רפש במפקח ובתביעה, בטענות קשות ביותר כלפיהם, כפי שציין בית משפט קמא בהערותיו בסיום פסק הדין. בערכאת הערעור המשיך



המערער, באמצעות באת כוחו, וטען טענות קשות עד מאוד כלפי בית משפט קמא, ללא כל בסיס מוחשי. גישה זו אינה מלמדת על היות המערער "נורמטיבי", כטענתו. אילו היה עניינו של המערער מקרה גבולי, מבחינת הלכת **כתב**, ניתן היה לשקול גם את השיקול הזה לחובתו. אלא, שאין אנו נדרשים לכך הפעם, שכן כאמור זהו מקרה הרחוק מאוד מלהיחשב לגבולי.

הערות לפני סיום

182. במהלך הטיעון בערעור, אמרתי לב"כ המערער מילה פוגענית. התנצלתי מיד, ורשמתי ההתנצלות גם בפרוטוקול. אנצל הזדמנות זאת לחזור ולהתנצל על אותה מילה, שלא הייתה צריכה להיאמר.

183. בפתח הדיון, נתתי לבאת כוח המערער הזדמנות לחזור בה מחלק מהאמירות הקשות ביותר, שטענה כלפי בית משפט קמא בהודעת הערעור. אולם, באת כוח המערער הודיעה כי היא עומדת על טענותיה התמוהות, ובין השאר כי בית משפט קמא חרץ את גורלו של ההליך בשלבים מוקדמים של המשפט, כי הוא רמס זכויות בסיסיות של המערער, כי הותרת פסק הדין על כנו משמעה פגיעה אנושה באמון הציבור במערכת המשפט, וכי בית המשפט סילף את הראיות. משראיתי שאין באת כוח המערער חוזרת בה מדבריה הקשים, הפסקתי לצטט "פנינים" כאלה מתוך הודעת הערעור, השזורה באמירות קשות ופוגעניות. אמרות, שלא מצאתי להן בסיס.

184. אמנם, בית משפט קמא שגה בכמה נקודות בניתוח הראיות. ואמנם, הסנגורית המלומדת סברה בטעות שבית משפט קמא שגה גם בשגיאות פרוצדוראליות לרעת המערער. אולם, לא היה כל בסיס לאמירות בוטות וחסרות שחר, המייחסות לבית המשפט הטיית הדין נגד המערער, ואמרות אלה מצערות עד מאוד.

185. עוד יוער שהודעת הערעור והמסמכים הנוספים שהוגשו מלאים בטענות פוגעניות כלפי התובע וכלפי המפקח שחקר בתיק זה, ואף להן לא מצאתי בסיס.

186. יש לשמוח על כך שמעטים הם עורכי הדין המתבטאים בצורה פוגענית, לפחות במחוז הדרום, וכמעט שלא נתקלתי בעורכי דין המתבטאים בצורה כה חריפה. מרבית עורכי הדין מתנהגים ומתבטאים לגמרי אחרת, גם אם יש להם טענות קשות וחריפות לגופו של ענין, וזאת מבלי לגרוע מעמידתם הנחרצת על זכויות מרשיהם. הרוב גם יודעים שאין ביטוי פוגעני כלפי הזולת יכול להפוך טענה, שהיא שגויה לגופו של ענין, לטענה נכונה.

187. סגנון הטיעון המקובל, המכובד והמכבד, לא נובע רק מתוך המחויבות האתית של רוב עורכי הדין, לייצג את שולחיהם בנאמנות, במסירות וללא מורא, אך תוך שמירה על הגינות, על כבוד המקצוע ועל יחס של כבוד לבית המשפט. הרוב עושים זאת מתוך הבנת החשיבות של הכבוד המוסדי כלפי בית המשפט, ובעיקר מתוך כבוד כן ואותנטי לזולת, לבני אדם בכלל, ולעורכי דין, לעובדי ציבור ולשופטים בפרט.

188. יש לתמוה על המיעוט שאינו חושש מההשלכות המשמעתיות של התנהגותו, ולא חושש כי



השתלחות מילולית כה קשה כורתת את הענף שכולנו יושבים עליו - מדינת החוק. יש לתמוה על הרוב בלשכת עורכי הדין, שאינם קוראים לסדר את חבריהם הפוגעים בכבודם של חברים אחרים, בכבוד בית המשפט ובעיקר בכבוד המקצוע.

בהתאם להסכמת הצדדים, פסק הדין ניתן בהעדרם.

המזכירות תשלח עותק פסק הדין לצדדים.

ניתן היום, כ"א חשוון תשפ"ג, 15 נובמבר 2022, בהעדר הצדדים.