

ע"פ 57187/10/19 - צעצועי דניאל בע"מ, איתי צעצועים בע"מ, סמי מתואלי נגד משרד הכלכלה והתעשייה - מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בנצרת בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 57187-10-19 צעצועי דניאל בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל
תיק חיצוני:

בפני כב' השופט אשר קולה - אב"ד

כב' השופטת יפעת שטרית

כב' השופט גדי צפיר

המערערים

1. צעצועי דניאל בע"מ

2. איתי צעצועים בע"מ

3. סמי מתואלי ע"י ב"כ עו"ד עידית רייכרט

נגד

המשיבה

משרד הכלכלה והתעשייה - מדינת ישראל ע"י ב"כ עו"ד
אסף תומר ואח'

פסק דין

יפעת שטרית - שופטת:

מבוא:

1. לפנינו ערעור המופנה כנגד הכרעת דינו וגזר דינו של בית משפט השלום בנצרת (כב' סגנית הנשיא, השופטת עדי במביליה - אינשטיין) בת"פ 58446-07-17.

2. הערעור מופנה כנגד הכרעת הדין מיום 20.5.19, במסגרתה הורשעו המערערים במיוחס להם בכתב האישום. לחילופין, מופנה הערעור כנגד גזר הדין מיום 16.9.19 ובכלל זה, הרשעת המערערים בדין וחומרת העונשים שהושתו במסגרתו.

בערעורם עותרים המערערים לביטול פסק דינו של בית המשפט קמא בשל ייצוגם הכושל בהליך שם ולהחזרת ענינם לבית המשפט קמא לשם שמיעת ההליך מתחילתו.

לחילופין, עתרו המערערים לקבלת תסקיר אשר יבחן את שאלת ההרשעה ואפשרות ביטולה, כמו גם עתרו להקלה בעונשים שהושתו עליהם.

ההליכים בבית המשפט קמא:

3. כנגד המערערים הוגש לבית המשפט קמא כתב אישום, במסגרתו יוחסו להם העבירות כדלקמן:
- המערערת 1 - יבוא ומכירת מצרך שאינו עומד בדרישות תקן רשמי - עבירה לפי סעיף 9(א) יחד עם סעיף 17(א)(1) וסעיף 17(ד) לחוק התקנים, התשי"ג - 1953 (להלן: "**חוק התקנים**").
- המערערת 2 - מכירת מצרך שאינו עומד בדרישות תקן רשמי - עבירה לפי סעיף 9(א) יחד עם סעיף 17(א)(1) וסעיף 17(ד) לחוק התקנים.
- המערער 3 - אחריות נושא משרה - עבירה לפי סעיף 17 ב יחד עם סעיף 9(א) וסעיף 17(א)(1) לחוק התקנים.
4. המערער 3, שהינו הבעלים והמנהל של המערערות 1 ו-2, כפר בעובדות כתב האישום ונקבע מועד לשמיעת ראיות הצדדים (ראו בהקשר זה פרוטוקול הדיון מיום 24.10.17).
5. ביום 12.2.18 ובטרם הוחל בשמיעת ראיות, הודיעו הצדדים כי הגיעו להסדר דיוני ולפיו, יוגש לבית המשפט תיק מוצגים מוסכם חלף שמיעת עדי התביעה ועדי ההגנה. הובהר, כי המוצגים בכללותם מוגשים בהסכמה, לרבות באשר לאמיתות תוכנם, מבלי שתהא למי מהצדדים טענה כלשהי באשר לקבילותם ו/או משקלם ובהתאם להוראת סעיף 10ב לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א - 1971.
- העתק רשימת תיק המוצגים צורף להודעה כאמור וסומן כנספח 1. בהתאמה, עתרו ב"כ הצדדים לביטול מועד שמיעת הראיות הקבוע ולקביעת מועדים להגשת סיכומי הצדדים בכתב (הכל ביחד יקרא להלן: "**ההסדר הדיוני**").
- ביום 12.2.18 ניתנה החלטת בית המשפט קמא ולפיה, ב"כ המערערים התבקש להבהיר האם המערערים מבינים את זכויותיהם, בוחרים שלא להעיד במשפטם ומבינים את השלכות אי העדתם במשפט.
- בזיקה לאמור, הוגשה ביום 12.2.18 הבהרה מאת ב"כ המערערים לעת ההיא, עו"ד עאמר יוסף, ולפיה, ההסדר הדיוני הובא בפני המערער 3, בעליהן ומורשה החתימה של המערערות 1 ו-2, ההסדר הדיוני הוסבר לו, כמו גם השלכותיו ולאחר שהבין את אלה, הוא נתן את הסכמתו להסדר הדיוני, לרבות אי העדתו.

בהחלטה מיום 12.2.18 אישר בית המשפט קמא את ההסדר הדיוני אליו הגיעו הצדדים. בית המשפט קמא הורה על הגשת תיק המוצגים, על ביטול ישיבת ההוכחות וכן קצב מועדים להגשת סיכומי הצדדים בכתב. כן נקבע מועד למתן הכרעת דין.

המאשימה הגישה את סיכומיה בכתב (מיום 18.3.18). בסופו של יום, ב"כ המערערים דאז סיכם בע"פ, כעולה מפרוטוקול הדיון מיום 22.11.18 (מבלי שהמערער 3 נכח במועד הדיון האמור).

6. כאמור, ביום 20.5.19 ניתנה הכרעת הדין בעניינם של המערערים, במסגרתה הורשעו שלושת המערערים במיוחס להם בכתב האישום.

7. ביום 7.7.19 נשמעו טיעוני הצדדים לעונש וביום 16.9.19 ניתן גזר הדין בעניינם של המערערים, במסגרתו הוטלו עליהם העונשים כדלקמן:

המערערת 1:

- קנס בסך 60,000 ₪, אשר ישולם בשישה שיעורים חודשיים, שווים ורצופים.
- חתימת נושא משרה על התחייבות בסך 60,000 ₪ שהמערערת לא תעבור במשך 3 שנים עבירה מן העבירות בהן הורשעה.

המערערת 2:

- קנס בסך 50,000 ₪, אשר ישולם בחמישה שיעורים חודשיים, שווים ורצופים.
- חתימת נושא משרה על התחייבות בסך 50,000 ₪ שהמערערת לא תעבור במשך 3 שנים על העבירה בה הורשעה.

המערער 3:

- קנס בסך 45,000 ₪ או 6 חודשי מאסר תחתיו, אשר ישולם ב- 20 שיעורים חודשיים, שווים ורצופים.
- חתימה על התחייבות בסך 45,000 ₪ שלא יעבור במשך 3 שנים על העבירה בה הורשע וכל עבירה לפי חוק התקנים. אם לא יחתום המערער על ההתחייבות כאמור בתוך שבוע ימים, ייאסר למשך 7 ימים.

מכאן הערעור שבפנינו.

עובדות כתב האישום:

8. מעובדות כתב האישום עולה, כי בזמנים הרלוונטיים לכתב האישום הייתה המערערת 1 חברה פרטית בע"מ שעסקה ביבוא מוצרי צעצועים ומכירתם לחנויות ברחבי הארץ ומקום מושבה ברחוב נורית 5 בנצרת עילית.

בזמנים הרלוונטיים לכתב האישום הייתה המערערת 2 חברה פרטית בע"מ, אשר הפעילה בית עסק למכירת מוצרי צעצועים, באזור תעשייה ג', רחוב היצירה 12, נצרת עילית.

בזמנים הרלוונטיים לכתב האישום היה המערער 3 בעל מניות יחיד ודירקטור יחיד אצל המערערות 1 ו-2.

9. בתאריך 1.12.15, בבית העסק של המערערת 2, בוצעה על ידי נציג הממונה על התקינה נטילת מדגם של צעצוע מכונית עם שלט, דגם 1312-169ST (להלן: "**המוצר**").

המוצר נבדק על ידי מכון התקנים הישראלי.

בהתאם לתעודת בדיקה מס' 9512232590 מיום 3.12.15 נמצא, כי המוצר אינו עומד בדרישת סעיף 4.1 לתקן ישראלי 562, חלק 3 "**בטיחות צעצועים: נדידת יסודות כימיים מסויימים**", שעניינו **נדידת יסודות כימיים (ICP)**.

10. המערערת 1 ייבאה את המוצר לישראל ומכרה אותו למערערת 2.

המערערת 2 מכרה את המוצר בחנותה.

המערערת 1 ייבאה ומכרה שלא כדין מוצר אשר אינו מתאים לדרישות התקן הישראלי שחל עליו וביצעה שתי עבירות על חוק התקנים.

המערערת 2 מכרה שלא כדין מוצר אשר אינו מתאים לדרישות התקן הישראלי שחל עליו וביצעה עבירה על חוק התקנים.

המערער 3 לא פיקח ולא עשה כל שניתן למניעת העבירות האמורות וביצע עבירה על חוק התקנים.

הכרעת דינו של בית המשפט קמא:

11. במסגרת הכרעת הדין, פירט בית המשפט קמא את העובדות הנטענות בכתב האישום, את העבירות שיוחסו למערערים במסגרתו, את פרטי ההסדר הדיוני אליו הגיעו הצדדים, כמו גם המוצגים שהוגשו לתיק בית המשפט בהתאם להסדר זה.

כן תחם את יריעת המחלוקת שניטשה בין הצדדים וציין בהקשר זה, כי מסיכומי הצדדים עולה שאין מחלוקת, כי המערער 3 הוא הבעלים, בעל מניות יחיד ודירקטור יחיד של המערערות 1 ו-2, אשר עיסוקן כמתואר בכתב האישום. עוד אין חולק, כי בתאריך 1.12.15 בוצעה בדיקת המוצר שעניינו מכונית עם שלט דגם 1312-169ST וממצאיה כמפורט בתעודת בדיקה 9512232590 מיום 3.12.15, ממצאים המצביעים על נדידת יסודות כימיים (ICP), כך שהמוצר אינו עומד בדרישת סעיף 4.1 לתקן ישראלי 562 חלק 3. בנוסף, אין מחלוקת, כי המערערת 1 ייבאה את המוצר לישראל ומכרה אותו למערערת 2 וכי המערערת 2 מכרה את המוצר בחנותה.

כפי העולה מסיכומי הצדדים, כך בית המשפט קמא, המחלוקת הינה בשאלה האם די באישור שנתקבל לייבוא הטובין, כעולה מהמוצגים ת/6 ו-ת/9, כדי להצביע על כך שהמערערים עשו כל שביכולתם למניעת ביצוע העבירות.

12. כן פירט בית המשפט קמא בהרחבה את טענות המשיבה במסגרת סיכומיה בכתב ואת טענות ב"כ המערערים במסגרת סיכומיו בעל פה.

13. בית המשפט קמא הפנה להוראות סעיפים 9(א)(1), 17א(א) ו-ד(ד) ו-17ב לחוק התקנים.

14. באשר ליסוד העובדתי ציין בית המשפט קמא, כי ההגנה הודתה בסיכומיה, כי הוכח היסוד העובדתי בעבירות המיוחסות למערערים. כן קבע, כי הודאת ההגנה בהחזקת מצרך שאינו עומד בדרישות התקן הרשמי, עולה בקנה אחד עם הראיות שהונחו בפניו.

כך הוכח, כי המערער 3 הינו הבעלים, בעל מניות יחיד ודירקטור יחיד של המערערות 1 ו-2 - בהקשר זה הפנה למוצגים ת/18, ת/20, ת/21, ת/32א ו-ת/32ב.

"המצרך" שהינו צעצוע מדגם 1213-169ST יובא לארץ ע"י המערערת 1 - בהקשר זה הפנה למוצגים ת/1, ת/18, ת/7 - ת/10.

המצרך נמכר על ידי המערערת 1 למערערת 2 - בהקשר זה הפנה למוצגים ת/10, ת/2 - ת/4, המעידים על נטילת אותו מצרך שיובא ע"י המערערת 1, מחנות המערערת 2.

המצרך נמכר, או הועמד למכירה, ע"י המערערת 2 - בהקשר זה ציין בית המשפט קמא, כי המילה "מכירה"

הוגדרה בסעיף 1 לחוק התקנים גם כהחזקה לשם מכירה. כן הפנה למוצגים ת/2 ו-ת/3 בהם מתועדת העמדת המצרך למכירה על מדף בחנות המערערת 2 ונטילתו ע"י נציג משרד הכלכלה, מר מיכאל פריצקר.

צוין, כי במסגרת מוצג ת/18 סיפר המערער 3 לחוקרו אודות כמות המצרכים מאותו סוג שנמכרו לצרכנים מיום 26.11.14 ועד ליום 15.11.15 - 3,569 יחידות.

המצרך נבדק ע"י מכון התקנים הישראלי ונמצא, כי הוא אינו עומד בדרישת סעיף 4.1 לתקן ישראלי 562, חלק 3 בדבר "בטיחות צעצועים: נדידת יסודות כימיים מסוימים", שעניינו, נדידת יסודות כימיים (ICP) - בהקשר זה הפנה לתעודת הבדיקה ת/5.

צוין, כי ב-ת/5 וכן ב-ת/23 מוסבר, כי אי ההתאמה לדרישות התקן נובעת מכך שהערך הנמדד של נדידת עופרת מהכבל האפור של המוצר הנבדק הוא 133 מ"ג/ק"ג, כאשר הערך המותר הקבוע בתקן עומד על 90 מ"ג/ק"ג - בהקשר זה הפנה לתקן הישראלי 562, חלקים 1-3, בהם חייב המצרך לעמוד, כפי העולה מהמוצגים ת/11, ת/13 ו-ת/15.

15. באשר לנזק הפוטנציאלי, הפנה בית המשפט קמא למוצג ת/23, שעניינו חוות דעת מאת הגב' לודמילה ניימן, מנהלת תחום בכירה (כימיה ואיכות הסביבה), מנהל התקינה, משרד הכלכלה והתעשייה, בהתייחס לחומרת הליקוי במצרך לפי הבדיקה שבוצעה ולפיה, הליקוי שהתגלה הוא בעל חומרה גבוהה.

כן הפנה לחוות דעתה של ד"ר תמר ברמן, הטוקסיקולוגית הראשית במשרד הבריאות, כפי שהובאה בחוות הדעת של הגב' ניימן - ת/23 וכן במסמך ת/24, באשר להשפעת החשיפה לעופרת בכלל ובקרוב ילדים קטנים, בפרט.

16. לסיכום הפן העובדתי ציין בית המשפט קמא, כי ב"כ המערערים הודה בסיכומיו בהתקיימות הרכיב העובדתי, וכי הראיות שפורטו בליבת פרק זה מתיישבות עם הודאת ההגנה כאמור ומצביעות על כך שהמערערת 1 ייבאה את המצרך ומכרה אותו למערערת 2. כך גם מצביעות על מכירת המצרך בהמשך ע"י המערערת 2 לצרכנים, לרבות העמדה למכירה. זאת ועוד, הראיות משקפות את מעמדו של המערער 3 כמי שביצע את היבוא והמכירה כנושא משרה בתאגידים אלו, בהיותו בעליהן ומנהליהן של המערערות 1 ו-2. בנוסף, אין מחלוקת, כי תעודת הבדיקה ת/5 מבטאת את אי עמידת המצרך בדרישות חוק התקנים, על הנזק הפוטנציאלי הגלום בכך כמפורט בחוות הדעת - ת/23, ובמסמך - ת/24.

17. באשר ליסוד הנפשי ציין בית המשפט קמא, כי העבירה לפי סעיף 9(א) לחוק התקנים הוכרה בפסיקה כעבירת "אחריות קפידה", תוך שהפנה בהקשר זה לפסיקה רלוונטית. כן הפנה בית המשפט קמא להוראת סעיף 22 לחוק העונשין, התשל"ז - 1977, שכותרתו "אחריות קפידה והיקפה" והבהיר, כי

משהוכיחה המשיבה מעל לכל ספק סביר את ביצוע המעשה ואת אחריות המערערים לעשייתו, עובר הנטל אל המערערים לשכנע, כי עשו "כל שניתן" על מנת למנוע את העבירה.

18. כן ציין בית המשפט קמא, כי בהתייחס להוראת סעיף 17ב לחוק התקנים המיוחס למערער 3 בלבד, חלות הוראות סעיף 20 לחוק העונשין שעניינו, היסוד הנפשי של מחשבה פלילית. עוד צוין, כי סעיף 17ב לחוק התקנים קובע, כי ככל שנעברה עבירה לפי סעיף 17א לחוק התקנים, הרי שקמה חזקה כי נושא משרה בתאגיד הפר את חובתו, אלא אם הוכיח אחרת.

19. צוין, כי בסיכומיו טען ב"כ המערערים, כי המערערים עשו כל שניתן על מנת למנוע את ביצוע העבירות. בכלל זה, המערערים קיבלו אישור ממכון התקנים במסגרת יבוא המצרך ומספר חודשים לאחר מכן, כשנמצא שהמצרך אינו עומד בתקן, המערער 3 אחסן את המצרך והפסיק את מכירתו והפצתו. המוצגים 6/ת - 9/ת, כמו גם חקירת המערער 3, ת/18, מעידים על אישור שקיבלו המערערים לצורך ייבוא הטובין נשוא כתב האישום, בהתאם לפקודת יבוא ויצוא (נוסח חדש), התשל"ט - 1979 (להלן: **"פקודת היבוא והיצוא"**) ובהתאם לצו יבוא חופשי.

בית המשפט קמא קבע, כי מתעודת הבדיקה 6/ת שכותרתה "בדיקת דגם במסגרת צו ייבוא חופשי" עולה, כי הבדיקה נעשתה למטרת קבלת היתר ליבוא, מטרה השונה מן הבדיקה נשוא כתב האישום שעניינה, בטיחות מוצר ע"י עמידה בתקן הישראלי. עוד נקבע, כי מסגרת הבדיקה נשוא 6/ת הינה שונה שכן, מי שהזמין את הבדיקה 6/ת הינו המערער 3, הבדיקה חלקית מאוד ונועדה להציג בצורה מדגמית את פני הדברים. זאת ועוד, בת/6 אין בדיקה לפי ת"י (תקן ישראלי) 562 חלק 3 למצרך נשוא כתב האישום, כאשר בהתייחס למצרך נשוא כתב האישום, הבדיקה התמקדה בחלק 1 לתקן בלבד. זאת ועוד, בתעודת הבדיקה 5/ת הובהר, כי מדובר ב"בדיקה מלאה לתקן הישראלי" ונקבעה בה אי התאמת המוצר לחלק 3 של התקן שעניינו, נדידת יסודות כימיים. בדיקה, כאמור, לא בוצעה כלל בת/6.

20. בית המשפט קמא הפנה עוד להוראת סעיף 2ה לפקודת היבוא והיצוא, העוסק בשחרור טובין מפיקוח רשות המכס והבהיר, כי סעיף זה מתמקד אך בדרישות שנועדו לשחרור הטובין מפיקוח רשות המכס, להבדיל מעמידה בדרישות חוק התקנים. כן הפנה להוראת סעיף 2יב לפקודת היבוא והיצוא, המאבחן בין חובות היבואן לפי פקודת היבוא והיצוא, לבין החובות החלות עליו לפי סעיף 9(א) לחוק התקנים.

כך קבע, כי לא ניתן ללמוד מהבדיקה שנערכה במסגרת 6/ת לענייננו, באשר לא בוצעו בדיקות מהותיות ובכלל זה, לעניין חלק 3 לת"י 562. 6/ת אינו משקף בדיקה מלאה של המצרך, אלא בדיקה חלקית שאין בה די כדי למנוע ביצוע העבירות. העובדה שהיבוא אושר, אינה מייתרת את הצורך של היבואן לעשות כל שניתן כדי לעמוד בדרישות חוק התקנים טרם מכירה לצרכנים. בדיקה לפי חלק 3 לת"י 562 לא בוצעה למצרך כלל והבדיקה שבוצעה הינה חלקית בלבד.

21. עוד ציין בית המשפט קמא, כי בתעודת הבדיקה ת/5, אליה הפנתה המשיבה, ישנה הפנייה לנספח ממנו עולה, כי ב"כבל אפור" יש 133 מ"ג/ק"ג עופרת, מקום בו הכמות המקסימלית הרצויה הינה 90 מ"ג/ק"ג. בתעודת הבדיקה ת/6, אליה הפנה ב"כ המערערים, צוין, כי למצרך שנבדק נשוא התעודה ת/6, ישנו "כבל שחור" ולא אפור.

מכאן, כך בית המשפט קמא, אף אם מדובר באותו שיום של הדגם, הרי שהמצרכים שנבדקו ע"י המערערים בת/6 הינם שונים מאלו שנבדקו בת/5, כעולה מצבע הכבל השונה. ניסיון לקשור בין השניים, ללא ראיה קושרת, הינו בעייתי, שכן על פניו לא מדובר בשוני שולי, אלא בשוני מהותי ומרכזי במצרך. ריכוז העופרת הגבוה לפי ת/5 אותר בכבל עצמו, אותו חלק במצרך המשקף שוני בין המצרך הנבדק בת/5 לבין המצרך הנבדק לפי ת/6.

מעבר לכך, כעולה מן המסמכים ת/6 - ת/9, הרי שאף שהמערער 3 קיבל אישור ליבוא, הרי שהמצרך בעל הכבל השחור עבר בדיקה חלקית בלבד, ולא בוצעה בדיקה מלאה לפי התקן הישראלי 562 חלק 3 כנדרש וכפי שנעשה בת/5.

22. כך קבע בית המשפט קמא, כי המערערים לא ביצעו בדיקה מלאה לפי חוק התקנים, אלא בדיקה חלקית בלבד. קיומה של בדיקה מדגמית חלקית, שאינה כוללת שלבי בדיקה מהותיים מבחינה בטיחותית, למצרך שנבחר במדגם, אינה עונה לדרישה לעשות "כל שניתן" על מנת למנוע את העבירה.

23. מעבר לאמור, קבע, כי לחוק התקנים ולפקודת היבוא והיצוא מטרות נפרדות, כך שלא ניתן ללמוד מעמידה בדרישות פקודת היבוא והיצוא, לעניין עמידה בדרישות חוק התקנים. בהקשר זה ציין, כי כפי העולה במפורש מהוראות סעיפים 2 ו-2 יב לפקודת היבוא והיצוא, הרי שהעובדה שהיבוא אושר, אינה מייצגת את הצורך של היבואן לעשות כל שניתן כדי לעמוד בדרישות חוק התקנים, ובפרט בהוראת סעיף 9(א) לחוק התקנים, טרם מכירה לצרכנים.

24. בית המשפט קמא שב וציין, כי ניתן שם דגם דומה למצרך נשוא ת/5 ולמצרך נשוא ת/6, אף שככל הנראה מדובר במצרכים שונים, שכן בת/6 המצרך בעל כבל שחור ובת/5 המצרך בעל כבל אפור. ריכוז העופרת הגבוה לפי ת/5 אותר בכבל עצמו, בדיוק אותו חלק במצרך שמשקף שוני בין המצרך הנבדק בת/5 לבין המצרך שנבדק לפי ת/6.

25. עוד קבע בית המשפט קמא, כי המערער 3 היה חלק מפעולות היבוא והממכר של המצרך, לא פיקח ולא עשה כל שניתן למניעת העבירות. העובדה שהתקן הישראלי 562 מורה באופן ברור מהן הבדיקות הנדרשות והמערער 3 במודע ביצע רק אחת מאותן בדיקות תוך התעלמות מבדיקה לפי החלק השלישי לתקן, אשר הראתה ריכוז עופרת פוגעני במצרך, משקפת אי עמידה בדרישות החוק מנושא משרה ובמיוחד מבעלים יחיד.

26. בשולי הכרעת הדין ציין בית המשפט קמא, כי לפי ת/6, המערערת 1 הזמינה בדיקה ל-40 מוצרים כמדגם. מעיין בנספחים עולה, כי חלק מהמוצרים עברו בדיקה גם לפי חלק 2 ו-3 של ת"י 562, אולם המוצר נשוא ת/5, מסיבה שלא הובהרה ע"י המערערים, עבר בדיקה רק לפי חלק 1 של ת"י 562 ולא לפי חלק 3. ככל שהמערערים ביצעו במוצר את אותה בדיקה לפי חלק 3 לת"י 562, הרי שממצאי הבדיקה אינם מצורפים כנספח לת/6.

עוד ציין בית המשפט קמא, כי עיין בת/25 (מכתבו של המערער 3 למר ציקנובסקי - מרכז בכיר אכיפה פלילית, מנהל תקינה במשרד הכלכלה והתעשייה) ובהודעה ת/18 שמסר המערער 3 לפיהם, הוא אחסן את הצעצועים לאחר הבדיקה. כן עיין בת/29 (מייל המופנה ל"צעצועי דניאל" מאת הגב' לודמילה נימן) לפיו, המערערת 1 פרסמה הודעות אזהרה לציבור בעניין צעצוע מכונית עם שלט. עם זאת, קבע, כי פעולות אלו שעשו המערערים לאחר הבדיקה למזעור הנזק, ראוי שיישקלו לקולה בעת גזירת הדין, אולם אין בהן ראייה לכך שהמערערים עשו "כל שניתן" למניעת ביצוע העבירות.

לאור האמור, הרשיע בית המשפט קמא את המערערים במיוחס להם בכתב האישום.

גזר דינו של בית המשפט קמא:

27. כאמור, במסגרת גזר הדין מיום 16.9.19 השית בית המשפט קמא על המערערים את העונשים, כפי שפורטו לעיל.

28. בית המשפט קמא פירט בהרחבה את טיעוני ב"כ הצדדים לעונש, תוך שהתייחס גם לדברי המערער 3 בפניו.

29. בית המשפט קמא התייחס לשיקולי הענישה שהותוו בתיקון 113 לחוק העונשין. כך קבע, כי הערכים החברתיים שנפגעו מביצוע העבירות עניינם שמירה על בריאות הציבור ועל בטיחות הציבור וזאת, באמצעות הקפדה על יבוא ומכירת מוצרים העומדים בתקינה. נאמר, כי התקינה הנקבעת ע"י מכון התקנים נועדה להבטיח רמה נאותה של טיב ואיכות המצרכים. בהקשר זה הפנה בית המשפט קמא לפסיקה רלוונטית. עוד קבע, כי מידת הפגיעה בערכים החברתיים המוגנים הינה משמעותית ועולה מנסיבות ביצוע העבירות.

30. באשר לנזק הפוטנציאלי שעלול היה להיגרם מחשיפתם של ילדים לצעצוע הנדון, הפנה בית המשפט קמא לעולה מהמוצגים ת/23 ו-ת/24. כך ציין, כי מחוות דעתה של הגב' לודמילה נימן (ת/23) עולה, כי הצעצוע נושא ליקוי בעל חומרה גבוהה. כן הפנה להשפעות החשיפה לעופרת כפי העולה מחוות דעתה של ד"ר תמר ברמן (ת/24). עוד התייחס להשלכות חשיפת ילדים לעופרת, כפי העולה ממסמך שנערך ע"י הגב' שירן מזרחי, מרכזת בכירה, שהוגש במסגרת ראיות המאשימה לעונש.

31. מאידך, בית המשפט קמא שיקלל לקולה את העובדה, כי מדובר במקרה יחיד ולא בהתנהלות שיטתית.
32. עוד ציין, כי מטעונו ההגנה, כמו גם מהמוצגים ת/25 ו-ת/18, אשר לא נסתרו, עולה, כי מיד לאחר שהודע דבר הליקוי במצרך, מיהרו המערערים ופרסמו את דבר הליקוי לשם הזהרת הציבור ועל מנת לאתר את המצרכים הפגומים ולהשיבם לחזקתם. כך פעלו למזעור הנזק, הגם שהדבר עלול להביא לפגיעה כלכלית בעסקיהם. כ-1,000 פריטים עדיין מונחים במחסני המערערים ואינם משווקים לצרכנים, כשמצב דברים זה גורם אף הוא נזק כלכלי למערערים, נזק בו מוכנים הם לשאת נוכח הליקוי שנמצא במצרך.
33. כן צוין, כי מן המסמכים בתיק החקירה (ת/6 - ת/9) ומטעונו המערער 3 עולה, כי המערערים הזמינו בדיקות במכון התקנים למוצרים שונים. חלק מהמוצרים עברו בדיקה גם לפי חלקים 2 ו-3 לת"י 562. בית המשפט קמא שקל זאת לקולה, למרות שלא ניתן ע"י המערער 3 הסבר מדוע המוצר נשוא כתב האישום עבר בדיקה חלקית בלבד ומדוע המערערים לא מיצו את הבדיקות הנדרשות בעניין אותו מוצר ולכן לא עשו כל שניתן כדי למנוע את ביצוע העבירות. כך, המצרך עבר בדיקה רק לפי חלק 1 של ת"י 562 כשהחלק הבלתי תקין הנו חלק 3 של ת"י 562.
34. באשר למדיניות הענישה הנהוגה, התייחס בית המשפט קמא לפסיקה אליה הפנו ב"כ הצדדים ולענישה שהושתה במסגרתה.
35. בית המשפט קמא קבע, כי אף שבוצעו מספר עבירות שונות, הרי שיש לראות בפרשה דן בכללותה כ"אירוע אחד", זאת בהינתן מאפייני העבירות, נסיבות ביצוען והיות המערער 3 בעל מניות ודירקטור יחיד במערערות 1 ו-2.
- לאור האמור, קבע, כי מתחם העונש ההולם לעבירות, בנסיבותיהן, נע בין 10% לבין 50% מן הקנס המקסימלי בצד העבירה, כאשר קיים הבדל בענישה בין חברה לבין אדם פרטי.
36. באשר לעונשים הראויים למערערים, ציין בית המשפט קמא, כי המערערים בחרו לממש את הזכות העומדת להם, כפרו בעובדות כתב האישום וניהלו משפט. עם זאת, הושג הסדר דיוני שחסך זמן שיפוטי ניכר. כן ציין, כי המערערות 1 ו-2 הינן חברות ללא עבר פלילי. למערער 3 עבר פלילי הכולל הרשעה אחת, שהתיישנה, משנת 2002, בגין עבירות על פקודת זכויות יוצרים שבוצעו בשנים 2000-2002. בגין עבירות אלה ריצה המערער 3 מאסר בעבודות שירות למשך חודש ימים וכן הוטלו עליו, בנוסף, מאסר על תנאי, קנס והתחייבות.
37. בית המשפט קמא הוסיף, כי נוכח חומרת המעשים והנזק הפוטנציאלי שבצידם, נדרשת הרתעה משמעותית למערערים ולעבריינים בכוח, מביצוע עבירות דומות.

38. בדיון שהתקיים לפנינו ביום 19.11.19 השמיעו ב"כ הצדדים את טיעוניהם.

39. ביום 20.11.19 הגישה ב"כ המשיבה "בקשה דחופה לתיקון פרוטוקול דיון והבהרה", במסגרתה ביקשה להורות על תיקון מספר טעויות מהותיות שנפלו בפרוטוקול הדיון מיום 19.11.19. עוד טענה, כי במסגרת הדיון ציינה ב"כ המשיבה, כי המסמכים שהוגשו ע"י ב"כ המערערים במהלך הדיון כבר הוגשו לתיק בית המשפט קמא במסגרת תיק המוצגים המוסכם. כך טענה, כי מהכרעת הדין עולה שטענות המערער לעניין הבדיקות שביצע כבר נבחנו ונדונו בבית המשפט קמא ונקבע, כי המערער 3 לא עשה כל שניתן למניעת העבירה. בהקשר זה הפנתה לסעיפים הרלוונטיים בהכרעת הדין המתייחסים למסמכים שהוגשו ע"י ב"כ המערערים ולטענות שהועלו בהקשרם.

40. בתגובתה לבקשה לתיקון הפרוטוקול עתרה ב"כ המערערים לדחיית הבקשה על הסף. כן טענה, כי המשיבה מבזה את החלטת בית המשפט, מוסיפה ונוהגת כלפי המערערים וכלפי בית המשפט בחוסר ישר, בחוסר תום לב ובניגוד לתקינות שלטונית כמצופה מהמדינה, אותה היא מייצגת בהליך דנן. עוד נטען, כי עסקינן בבקשה אשר כל עיקרה הוא ניצול הזדמנות לעריכת מקצה שיפורים והשלמת טיעון מפורט בכתב, זאת בניגוד להחלטת בית המשפט שקם מכיסאו. נטען כי התיקונים המבוקשים בסעיף 2 לבקשה אינם מהותיים, מבלי שיוסכם כי אכן מדובר בטעויות שנפלו בפרוטוקול הדיון, כנטען.

לטענת ב"כ המערערים, התנהלות המשיבה, השמה עצמה מעל הוראות בית המשפט ומעל הוראות סדרי הדין וכללי מנהל תקין, ראויה לביקורת שיפוטית ובפועל, הינה המשך ישיר להתנהלותה השערורייתית כלפיהם. נטען, כי התנהלות זו מחזקת את טענות המערערים בדבר עיוות הדין החריף שנגרם להם, אשר המשיבה הייתה חלק ממנו בבית המשפט קמא, עת נתנה ידה להסדר דיוני כוזב, כפי המפורט בהודעת הערעור שבכתב.

כאמור, עתרה ב"כ המערערים לדחיית הבקשה על הסף וביקשה, כי בית המשפט יאמר את דברו בהתייחס לעיתוי הגשת הבקשה, תוכנה ומניעה.

ב"כ המערערים הוסיפה וביקשה לתקן את פרוטוקול הדיון, כפי המפורט בסעיף 11 לתגובתה.

41. בתשובתה לתגובת המערערים ציינה ב"כ המשיבה, כי היא דוחה את האמור בתגובת המערערים, אותה הגדירה כבוטה, כבלתי ראויה וכבלתי עניינית, ובפרט את האמור בסעיף 11 לתגובה.

בהחלטה שניתנה ביום 26.11.19 (על ידי אב"ד, כב' השופט א. קולה) נקבע, כי ככל שיהיה בכך צורך, הרי שתינתן התייחסות לבקשה ולתגובות לה במסגרת פסק הדין.

42. במסגרת הודעת הערעור שבכתב, טענה ב"כ המערערים, כי בייצוגם הכושל של המערערים בהליך שהתקיים בבית המשפט קמא, נגרם להם עיוות דין משווע, נמנע מהם הליך הוגן ולשיטתם, ישנו קשר סיבתי-תוצאתי הדוק שמשמעו, כי אלמלא הייצוג הכושל, תוצאת הכרעת הדין הייתה שונה. לפיכך, עתרה לביטול ההליך שהתנהל בבית המשפט קמא ולהחזרת התיק לשמיעה מחודשת.

43. לטענת ב"כ המערערים, ההסדר הדיוני שנכרת בין ב"כ המערערים לשעבר, עו"ד יוסף עאמר (להלן: "**הסנגור**") לבין המשיבה, פגע בזכות המערערים לייצוג הולם באופן קיצוני, עד כדי עיוות דין של ממש. לשיטתה, אלמלא כשל זה, קיימת סבירות גבוהה למדי, כי תוצאת ההליך בבית המשפט קמא הייתה שונה. הודגש, כי אין המדובר בחילוקי דעות מקצועיים בין ב"כ המערערים דן לבין הסנגור, אלא בניהול קו הגנה כוזב ורשלני שנקט הסנגור ובכך גרם להרשעת שווא של המערערים.

44. נטען, כי ההסדר הדיוני שהוצג בבית המשפט קמא, היה שלא על דעת המערערים, שלא בהסכמתם וממילא מבלי שהוסברה להם משמעותו והשלכותיו, לרבות ויתורם על ניהול פרשת ההגנה. נאמר, כי הטוען אחרת, אינו דובר אמת וכי עליו הראיה. בתמיכה לאמור, הפנתה ב"כ המערערים לאמור בתצהירו של המערער 3 מיום 7.10.19, אשר צורף להודעת הערעור שבכתב. נטען, כי די בכך כדי לקבל את טענות המערערים ולקבוע, כי מדובר בייצוג כושל המחייב את ביטול ההליך שהתנהל בבית המשפט קמא ולהשיב את התיק לניהול מחדש.

45. ב"כ המערערים הוסיפה, כי אף בהנחה שההסדר הדיוני היה בידיעת המערערים, ולא כך הוא, הרי שהסכמת הסנגור להסדר זה קיפחה את זכותם להגנה ראויה. לא די בכך שהסנגור הסכים להגשת מלוא הראיות, לרבות באשר לאמיתות תוכן וויתר על חקירתם הנגדית של עדי התביעה, אלא הוא אף הוסיף וויתר על ניהול פרשת ההגנה, על זכות המערערים להעיד בבית המשפט ולהביא מטעמם עדי הגנה רלוונטיים, לרבות חוות דעת מומחה וראיות נוספות. בכך, ויתר למעשה הסנגור על נשמת אפו של ההליך הפלילי ורוקן אותו מתוכן עבור המערערים.

46. נטען, כי נוכח היות ההסדר הדיוני כה חריג וקיצוני, בית המשפט קמא הורה בהחלטתו מיום 12.2.18, כי על הסנגור להבהיר האם המערערים מבינים את זכויותיהם, בוחרים שלא להעיד במשפטם ומבינים את השלכות אי העדתם במשפט. לטענת ב"כ המערערים, נראה היה שאף דעת בית המשפט קמא לא הייתה נוחה מן ההסדר הדיוני, משחש כי יש בו כדי לפגוע ולקפח את זכויות המערערים. על כן, באופן חריג לשיטת המשפט האדברסרית, דרש שהסנגור יצהיר כאמור, למען קיום הליך נאות והסרת כל ספק בדבר מודעות המערערים להסדר והבנת השלכותיו עליהם. לאור החלטת בית המשפט קמא אישר הסנגור בכתב ידו, כי ההסדר הובא בפני המערער 3, בעליהן ומורשה החתימה של המערערות 1 ו-2, כי ההסדר והשלכותיו הוסברו לו ולאחר שהבין אותו נתן את הסכמתו להסדר הדיוני, לרבות אי העדתו.

47. ב"כ המערערים שבה והדגישה, כי בניגוד להצהרת הסנגור בכתב, כאמור, ההסדר הדיוני נכרת שלא על דעת המערערים וחרף הוראת בית המשפט קמא, לא הובהרו להם תוכנו, משמעויות והשלכותיו על זכויותיהם והם הופתעו לגלות, כי ההסדר כולל ויתור על זכותם להעיד ולהביא ראיות מטעמם בפרשת ההגנה, מעבר לראיות המצויות בחומר החקירה. לפיכך, נטען, כי עיוות הדין שנגרם למערערים בעטיו של ייצוגם הכושל, השפיע על שיקול דעתו של בית המשפט קמא אשר הוטעה להאמין, כי אופן ניהול ההגנה היה על דעתם ובהסכמתם של המערערים.

48. כן הוסיפה, כי לו היה ניתן למערערים יומם, הם היו יכולים לתקוף את ההליך הפלילי ולנהל אסטרטגיה משפטית בעלת פוטנציאל לשינוי אפשרי בתוצאה אליה הגיע בית המשפט קמא. זאת, למשל, על דרך העלאת טענות מקדמיות, לרבות טענת "הגנה מן הצדק" וטענה לאכיפה בררנית מפלה. לחילופין, בתקיפה ראייתית של הממצאים העובדתיים על דרך חקירת עדי המשיבה וביתר שאת, חקירת המומחית הגב' ניימן אודות חוות דעתה וכן מר פריצקר, נציג משרד הכלכלה. זאת ועוד, לו היה ניתן להם יומם, היו יכולים המערערים אף להצטייד בחוות דעת נגדית מטעמם על מנת להוכיח, כי בניגוד לנטען, עשה המערער 3 כל שידע ויכול היה כדי למנוע יבוא מוצר שאינו עומד בתקן הרשמי.

פעולות אלו נזנחו על ידי הסנגור שהסתפק בהגעה להסדר דיוני מקפח שלא על דעת המערערים, אשר מנע הבאת ראיות מטעמם ובכך סיכל כל אפשרות סבירה להוכיח קיומו של ספק סביר באשמתם, או זיכויים מחמת אכיפה בררנית והגנה מן הצדק כשבפועל, הציג הסנגור מצג כוזב בפני בית המשפט קמא באשר לנכונות והסכמת המערערים להסדר.

49. ב"כ המערערים הוסיפה, כי אין עסקינן ב"חכמה שבדיעבד", אלא בהצבעה על מישגים חמורים שנפלו בקו ההגנה בשל ייצוג כושל באופן מהותי, המחייב את התערבות ערכאת הערעור לשם תיקונו. בהקשר זה הפנתה לפסיקה רלוונטית. צוין, כי המערערים מודעים לכך שלא בנקל תתקבל טענה לכשל בייצוג, אלא במקרים בהם הוכח כי נגרם עיוות דין במובן זה שהנאשם לא זכה להליך הוגן וקיים קשר סיבתית-תוצאתי משמעותי, כי אלמלא הייצוג הכושל, תוצאת ההליך המשפטי הייתה משתנה בסבירות ממשית. נטען, כי מקרה זה עומד באמות המידה שהותוו בהתאם למבחנים שנקבעו בפסיקה.

50. כך נטען, כי בהתאם למבחן האובייקטיבי, אין חולק, כי בית המשפט קמא לא היה מאשר את ההסדר הדיוני אלמלא נחה דעתו, כי המערערים עצמם אישרוהו. בכך יש כדי ללמד, כי הפגיעה ועיוות הדין בזכויות המערערים נוכח ההסדר היו ניכרים וגלויים, עד כי בית המשפט קמא ביקש הבהרה ספציפית בהקשר זה ואישר את ההסדר רק לאחר הצהרת הסנגור, כאמור.

51. זאת ועוד, בהתאם לגישה הרווחת, הרי שקו ההגנה בו נקט הסנגור יכול להוות כשל בייצוג אם אכן יוכח, כי היה שגוי באופן מובהק וגלוי לעין ואינו מתיישב עם התשתית הראייתית הקיימת, כפי המקרה דנן. בהקשר זה הפנתה ב"כ המערערים לפסיקה רלוונטית.

נטען, כי אף בהנחה שההסדר הובא לידיעת המערערים ונחתם באישורם, הרי שהסנגור נקט בקו הגנה שבא לידי ביטוי בהסדר הדיוני מתוך רצון לחסוך בזמן ולהתייעל, מקום בו סבר שממילא אין בראיות המשיבה פוטנציאל מרשיע. אם כך הדבר, תמוה מדוע נמנע הסנגור מניהול ההגנה בשתי פעימות. היינו, ראשית, יכול היה להעלות טענת "אין להשיב לאשמה" ולבקש מבית המשפט קמא להכריע תחילה בשאלה זו. אם הייתה נדחית הטענה האמורה, עדיין הייתה פתוחה בפני הסנגור הדרך להתגונן במסגרת פרשת ההגנה, על ידי השמעת המערערים ועדי ההגנה. הימנעות הסנגור מהעלאת טענת "אין להשיב לאשמה" מקום בו ראוי ומתבקש היה לנהוג כך וכריתת ההסדר הדיוני, מחדדות את הכשל המהותי המחייב, לשיטת ב"כ המערערים, את ביטול ההליך הפלילי כולו.

52. זאת ועוד, לא די בכך שהסנגור ויתר על עיקר ההליך הפלילי ובהתאם להסדר הדיוני סבר, כי די בסיכומי ההגנה כדי להטות את הכף ולעורר ספק סביר באשמת המערערים, אלא שהסנגור התרשל גם בנקודה קריטית זו, כפי העולה מעיון במערכת "נט המשפט". בהקשר זה נטען, כי סיכומי ההגנה בעל פה מחזיקים 34 שורות בלבד ואף הם נטענו בשיהוי ניכר ובלתי מוסבר של 7 חודשים מהמועד המקורי שנקבע. כן נטען, כי מעיון במערכת "נט המשפט" עולה, כי אין אינדיקציה לכך שהסנגור צפה במסמכים רבים מתוך התיק ובהם מסמכים משמעותיים. ספק אם הסנגור הכיר וקרא את סיכומי המשיבה בכתב ונראה, כי העלה את סיכומיו בעל פה מבלי שהיה בקיא בסיכומי המשיבה.

כך נטען, כי הדרך היחידה שנותרה לזיכוי המערערים בוצעה ברישול, בסיכומים דלים, בלא הצגת פסיקה וללא התמודדות עם טענות המשיבה. כך למשל, בסיכומיו ביקש הסנגור לתקוף את חו"ד מומחית המשיבה (ת/23) כשבמסגרת ההסדר הדיוני נתן את הסכמתו לקבילותה ולאמיתות תוכנה. משנמנע הסנגור מלחקור את מומחית המשיבה ואף לא טרח להצטייד בחו"ד נגדית מטעמו, הסכים הלכה למעשה להרשעת המערערים, שכן, לא חלק על ראיות המשיבה. נטען, כי בייצוגו הכושל, הסכים הסנגור להרשעת המערערים ופעל בניגוד לרצונם, תוך הצגת מצג שווא באשר לקו ההגנה המוסכם עליהם.

53. עוד נטען, כי בהתאם לגישה המחמירה שנקבעה בפסיקה, טענת כשל בייצוג תתקבל מקום בו הוכח כשל עובדתי-ראייתי בייצוג הקודם. במקרה דנן, הסנגור הגיע להסדר דיוני בניגוד לעמדת המערערים, שלא בידיעתם והציג לבית המשפט קמא מצג כוזב לגביו. לא זו אף זו, הסנגור מנע הבאת ראיות שהיה בכוחן להטות את הכף.

54. ב"כ המערערים ציינה, כי טענות המערערים הוצגו בפני הסנגור עובר להגשת הודעת הערעור, במטרה לקבל את תגובתו ונשלח אליו תצהיר המערער 3. בתגובתו, שצורפה להודעת הערעור, דחה הסנגור מכל וכל את טענות המערערים ונטען, כי הן אינן משקפות את האמת. לדבריו, הוא המליץ למערער 3 להגיש תיק מוצגים מוסכם ולסכם בנקודה מכרעת. אולם, הסנגור לא התייחס מפורשות לטענת המערערים ולפיה, ההסדר הדיוני לא הוצג להם מעולם ולא הוסברו להם השלכותיו, לרבות אי ניהול פרשת הגנה ואי העדת המערער 3.

55. נטען, כי טענות המערערים בהקשר זה עולות בקנה אחד אף עם פרקי הזמן הרלוונטיים המופיעים מערכת "נט המשפט" בהתייחס למועד ההודעה בדבר ההסדר הדיוני. פרקי זמן אלו מעוררים ספק באשר לאפשרות הסנגור להיפגש עם המערערים ולמלא אחר החלטת בית המשפט קמא מיום 12.2.18, כאמור. צוין, כי אם הסנגור הסתפק בשיחה טלפונית, או בהודעות כתובות, אזי ביכולתו להפריך את טענות המערערים בעניין משמעותי זה. בנסיבות אלו, נטען, כי אין בתגובת הסנגור כדי לסתור את טענות המערערים ואף יש בה כדי לחזקן, שכן, מן האין יש ללמוד על הקיים. זאת ועוד, יישום המבחנים שנקבעו בפסיקתו של בית משפט זה, מחייבים לנהוג באופן דומה גם בענייננו. הדברים יפים ביתר שאת שעה שבמקרה דנן עסקינן בייצוג כושל הקשור בטבורו של ההליך הפלילי ובניהולו, כפי שתואר לעיל.

56. לסיכום, על בסיס נימוקי הערעור והראיות שהוצגו, ביקשה ב"כ המערערים להיעתר למבוקש ולהורות על השבת ההליך לשמיעה מחודשת בפני בית המשפט קמא על מנת לאפשר למערערים קיום משפט הוגן ותקין.

הובהר, כי לא נטען שבית המשפט קמא שגה באישור ההסדר הדיוני, זאת, משום שהוטעה לחשוב כי ההסדר מקובל על המערערים ומובן להם. אולם כיום, משהתחוויר כי לא כך הוא, מבוקש, ולו מטעם זה בלבד, להורות על ביטול פסק הדין וליתן למערערים את יומם.

57. נטען, כי כפי העולה מתצהירו, המערער 3 אינו בקיא ברזי החוק, בפסיקה ובסדרי הדין ולא היה מודע לכך שההסדר הדיוני יוביל למתן הכרעת דין בעניינו מבלי שמימש את זכותו להעיד בבית המשפט ולהציג ראיות מטעמו.

זאת ועוד, קו ההגנה שנקט הסנגור מנע מהמערערים ניהול הליך הוגן ותקין. המערערים גילו את דעתם ואת רצונם בניהול ההליך עד תום ולא בכדי כפרו באשמה, אך בפועל קיבלו ייצוג משפטי כושל שהינו בבחינת "התאבדות משפטית", תוך ויתור על כל "גלגלי ההצלה" האפשריים, עד להרשעתם הצפויה מניהול קו הגנה זה. בכך נגרם למערערים עיוות דין של ממש בשל ההסדר הדיוני וקו ההגנה הכושל.

ב"כ המערערים ביקשה לדחות את תגובת הסנגור שצורפה להודעת הערעור ולהעדיף את טענות המערער 3 הנתמכות בתצהיר שצורף להודעת הערעור שבכתב.

58. לאור האמור, עתרה ב"כ המערערים לקבל את הערעור, לבטל את פסק דינו של בית המשפט קמא ולהחזיר את התיק לבית המשפט קמא לשמיעה מחודשת.

לחילופין, ומבלי שיהא בכך כדי לפגוע בטענות המערערים, ורק מקום בו יידחה הערעור כנגד הכרעת

הדין, טענו המערערים כנגד חומרת העונשים הבלתי מידתיים שהוטלו עליהם, כטענתם. כך עתרו המערערים לקבל את יומם בבית המשפט בהקשר זה, לרבות האפשרות לקבלת תסקיר מאת שירות המבחן שיבחן את שאלת ההרשעה וביטולה, אפשרות שאף היא נזנחה על ידי הסנגור, אשר לא התייצב לדיון אלא שלח עו"ד אחר מטעמו, שאינו מורשה לייצג את המערערים ומבלי שהכיר את המקרה, ללא פסיקה וללא ראיות לעונש.

59. בהשלמת טיעוניה בעל פה בדיון מיום 19.11.19 הציגה ב"כ המערערים מסמכים אשר יש בהם, לשיטתה, כדי להוכיח כי המערערים עשו כל שניתן כדי למנוע את העבירות, מסמכים אשר לא עמדו בפני בית המשפט קמא. כן הפנתה למוצג ת/41 אשר עניינו תכתובת פנימית בין עד התביעה יבגני ציקנובסקי, מרכז בכיר אכיפה פלילית במנהל התקינה, לבין עד התביעה שחר נזרי, רע"ן צעצועים במעבדה לכימיה וטקסטיל במכון התקנים, ולעולה מתכתובת זו. כן טענה, כי מכון התקנים הינו הגורם היחיד הבודק האם המערערים עשו כל הניתן כדי למנוע את העבירות.

60. עוד הפנתה להודעתו של עד התביעה ליאור ווינטראוב, ראש מדור המעבדה לכימיה וטקסטיל במכון התקנים וציינה, כי מההודעה עולה שהעד לא בדק את המצרך בעצמו אלא רק חתם על תעודת הבדיקה. בדיקת המצרך נעשתה על ידי הטכנאי משה בן שימול. כך טענה, כי בן שימול אינו נכלל ברשימת עדי התביעה וכי אין בתיק החקירה כל מסמך המתייחס אליו, על אף שהיה הבודק העיקרי. כן ציינה, כי היה צורך בהזמנת בן שימול לעדות כעד הגנה.

61. ב"כ המערערים הוסיפה וטענה, כי המצג שיצרה המשיבה בסיכומיה ולפיו, המערער 3 לא ביצע את כל הפעולות שיכול היה לבצע ובחר לבצע אך את הבדיקות הנוחות עבורו, אינו נכון עובדתית. בהקשר זה הפנתה לתעודת בדיקה ת/42 וטענה, כי בדיקה זו הינה בדיקה מלאה שנערכה למוצר על ידי המערער 3. כך ביקשה לדחות את טענת המשיבה ולפיה, תעודת הבדיקה ת/42 אינה מתייחסת למצרך עצמו והדגישה, כי עסקינן באותו מצרך שהינו מכונית על שלט. המערער 3 הציג מצרך זה למכון התקנים אשר מצא אותו כמתאים ליבוא. כן הפנתה לעמ' 6 ב-ת/42, המתייחס למצרך, כפי טענתה, שם נרשם כי "כבל שחור ST 1312-169מתאים" וטענה, כי המשיבה ממשיכה להטעות את בית המשפט גם עתה. כך הדגישה, כי על בסיס בדיקה מלאה זו המתייחסת לרכיבי העופרת במוצר, ניתן למערער 3 אישור לייבא את המצרך.

62. עוד לטענת ב"כ המערערים, רשימת המוצגים שהוגשו בהסכמה בבית המשפט קמא אינה כוללת את כל המסמכים הרלוונטיים. כן טענה, כי עיוות הדין הקשה שנגרם למערערים בא לידי ביטוי אף בסירוב המשיבה להמציא לידי ב"כ המערערים את חומר החקירה ערב הדיון בערעור, חרף חובתה לעשות כן.

63. בטיעוניה בדיון מיום 19.11.19, טענה המשיבה, כי דין הערעור להידחות. לשאלת בית המשפט ציינה, כי הנאשם לא התייצב לכל הדיונים שהתקיימו בבית המשפט קמא אף שנשלחו אליו זימונים. המשיבה התנגדה להשבת התיק לבית המשפט קמא וטענה, כי במקרה בו טוען הנאשם, כי לא היה מודע להסדר שנערך בעניינו, הרי שיש לבחון האם נגרם לו עיוות דין. במקרה דנן, לטענתה, ניתן למערער 3 יומו בבית המשפט. המשיבה ציינה, כי המעבדה היחידה שיכולה לבדוק התאמת צעצועים לתקן הינה במכון התקנים.

64. המשיבה הוסיפה, כי עסקינן בעבירות משנת 2015, מאז חלפו למעלה מארבע שנים ואין זה ברור מה באפשרות המערער 3 להציג כעת. כן טענה, כי אף אם לא ידע אודות ההסדר, הרי שהמערער 3 פעל מתוך מחשבה כי יזוכה בסופו של ההליך, נח על זרי הדפנה ולא הופיע לכל הדיונים בעניינו, עד אשר הורשע בבית המשפט קמא. עוד הדגישה, כי המערער 3 לא הציג מסמכים לתמיכה בטענתו, כי המצרך עומד בתקן והבהירה, כי תיק המוצגים כולל הן את מוצגי התביעה והן את מוצגי ההגנה. המשיבה הוסיפה, כי הפעולות בהן נקט המערער 3 נעשו לאחר נטילת המצרך לבדיקה, כך שאין בהן כדי להצביע על כך שעשה כל שביכולתו כדי למנוע את העבירות.

65. המשיבה ציינה, כי תעודת הבדיקה ת/42 (שמספרה מסתיים בספרות 439), אליה הפנתה ב"כ המערערים, מתייחסת לבדיקה שבוצעה לפי חלק 1 לתקן ולא לפי חלק 3 לתקן. כך, שאין בבדיקה זו כדי להוות ראיה לכך שהמערער 3 עשה כל שביכולתו כדי להימנע מביצוע העבירות. בהקשר זה הדגישה, כי למצרך שנבדק ב-ת/42 כבל שחור, בעוד שלמצרך נשוא כתב האישום כבל אפור. מכאן, שעסקינן בשני מוצרים שונים.

66. המשיבה ציינה, כי המערער 3 לא התייצב לדיון שהתקיים בבקשה לעיכוב ביצוע גזר הדין ואישרה, כי לא נכח בעת הצגת ואישור ההסדר הדיוני בבית המשפט קמא. המשיבה ביקשה לדחות את הטענה ולפיה, נגרם למערערים עיוות דין ועתרה, כי המערערים יגישו את המסמכים אשר לטענתם היה ברצונם להגיש בבית המשפט קמא. כן הדגישה, כי על המערערים להוכיח, כי היה כשל בייצוגם וכי הם לא טענו במסגרת הודעת הערעור שהרשעתם הייתה הרשעת שווא. המשיבה ציינה, כי בחלוף ארבע שנים, נמצאים במכון התקנים רק חלק מהעדים שברשימת עדי התביעה והצהירה, כי מלוא המסמכים מצויים ברשימת המוצגים שהוגשה לבית המשפט קמא.

67. המשיבה הדגישה, כי מוטלת על נאשם החובה להתייצב לדיונים בעניינו וכי בידיו ההחלטה בדבר ייצוגו. מדובר במצב של גרסה מול גרסה, כאשר הסנגור מכחיש את טענות המערערים ולטענתו, מצויות בידיו תכתובות בינו לבין המערער 3. כן טענה, כי בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון, הרי שיש צורך להראות, כי נגרם למערערים עיוות דין.

תגובת הסנגור - עו"ד יוסף עאמר:

68. בתגובתו מיום 27.10.19, אשר צורפה להודעת הערעור, ציין הסנגור, כי הוא מופתע ממכלול טענות המערער 3 בתצהירו. הסנגור דחה טענות אלה שלדבריו, אינן משקפות את האמת. הסנגור הדגיש, כי חומר הראיות צולם במלואו ונבחן במספר פרמטרים, לרבות בזיקה לטענות המערער 3 באשר לחוקיות ותקינות הייבוא. עוד ציין, כי ב"כ הצדדים קיימו ביניהם שני מפגשים לצורך בחינת האפשרות של הגעה להסדר מתאים שיאזן בין האינטרסים של המערער 3 לבין המארג הראייתי שהונח. בנוסף, התקיימו שיחות טלפוניות רבות בין הסנגור לבין ב"כ המשיבה ובינו לבין המערער 3. לבסוף, ונוכח הפערים הגדולים שנתגלעו בין הצדדים, נקבע התיק להמשך דיון.

בטרם תחילת שמיעת הראיות ובעקבות בדיקה מחודשת, והכל בעצה אחת עם המערער 3, המליץ הסנגור בפני המערער 3 על הגשת תיק מוצגים מוסכם על הצדדים וסיכום בסוגיה המכרעת שעניינה, האם בכוחן של הפעולות שביצע המערער 3 טרם הייבוא לפטור אותו מאחריות לביצוע העבירות הנטענות, אם לאו. בהתאם לכך, הצדדים הגיעו להסכמה בדבר מוצגים מוסכמים ואלה הוגשו לבית המשפט קמא בהסכמה על ידי ב"כ המשיבה. בהמשך, הסנגור דרש וקיבל לידיו אסופת מסמכים מידי המערער 3 לצורך סיכום טענותיו בעל פה, סיכם את טיעוניו והפנה לראיות ההגנה שהוגשו בהסכמה. הסנגור ציין, כי עיקר הראיות להן טוען המערער 3 קשורות לפעולות שבוצעו טרם הייבוא ותקינות הפעולות הקשורות בייבוא. לאחר מתן הכרעת הדין, המערער 3 התבקש להכין את ראיותיו לעונש והטיעונים לעונש נטענו על ידי עו"ד אחר מטעם הסנגור וזאת, על דעת ובהסכמת המערער 3. ציין, כי המערער 3 הוזמן לכל הדיונים שהתקיימו בעניינו, לרבות הדיון בטיעונים לעונש, אולם לבקשתו, הוא נעדר מדיון זה. כמו כן, מספר דיונים נדחו עקב שהות המערער 3 בחו"ל.

הסנגור ציין, כי ההודעות שהוחלפו בינו לבין המערער 3 לעניין הדיונים ומועדיהם שמורות בידיו. כן טען, כי טענות המערער 3 אינן אמת ודין להידחות.

דין והכרעה:

69. כידוע, ערכאת הערעור אינה מתערבת לשינוי פסק הדין, אלא מקום בו הערכאה הקודמת לה טעתה והטעות הינה טעות עניינית, המצדיקה התערבות לתיקונה. ערכאת הערעור נקראת לבחון אם נפלה טעות משפטית בהחלטה של הערכאה הראשונה, אם עמדו לנגד עיניה שיקולים פסולים או מוטעים, אם התעלמה מנתון בעל חשיבות, או אם העונש סוטה באופן קיצוני או מהותי, לקולא או לחומרא. ראו בהקשר זה ספרו של כב' הש' קדמי "**על סדר הדין בפלילים" חלק שני, הליכים שלאחר כתב אישום**, מעמוד 1934 ואילך.

70. כאמור, טענתם העיקרית של המערערים הינה, כי בשל כשל בייצוגם בהליך שהתקיים בבית משפט

קמא, הושג בין הצדדים הסדר דיוני אשר כתוצאה ממנו, נמנעה מהם העלאת טענות מקדמיות כגון "הגנה מן הצדק" ואכיפה בררנית בהקשר זה, חקירת עדי התביעה, שמיעת עדותו של המערער 3 בבית המשפט, הבאת חוות דעת נגדיות מטעמם, הבאת עדי הגנה וראיות נוספות. בשל אלה, כך לטענתם, נגרם להם עיוות דין של ממש ואלמלא הייצוג הכושל, הרי שתוצאת ההליך בבית המשפט קמא הייתה שונה.

בהינתן האמור עותרים המערערים, כאמור, לביטול ההליך הפלילי שהתקיים בבית המשפט קמא והחזרת התיק לשמיעתו המחודשת. לחילופין, עותרים המערערים, להקלה בחומרת העונשים שהושתו עליהם, ובכלל זה סוגיית הרשעתם בדין.

71. זכותו של נאשם לייצוג הולם והחשיבות שיש לכך לשם הבטחתו של משפט צודק, הינם נשמת אפו של ההליך הפלילי והיא נקבעת באופן ברור בפסיקותיהם השונות של בתי המשפט. ראו למשל הדברים שנקבעו ברע"פ 8094/12 אבו טיר נ' מדינת ישראל (7.1.14), וכדלקמן:

"שורשיה הנורמטיביים של טענת ה"כשל בייצוג" נטועים בזכותו של כל נאשם להליך הוגן, זכות הנתפסת כבסיסית בשיטת משפטנו, והיא ניצבת בזיקה הדוקה לזכותו החוקתית של אדם לכבוד... בין יתר העקרונות הכלליים וההסדרים הנגזרים מן הזכות להליך הוגן, נמצאת גם זכותו של הפרט לייצוג הולם במסגרת ההליך הפלילי. חשיבותה של הזכות לייצוג הולם, נובעת בשל היותה של זכות זו כלי יעיל במאבקו של הפרט על חפותו, כאשר ייצוג מעין זה מאפשר לו לשטוח כדבעי את מלוא טענותיו בפני בית המשפט, ואגב כך, גם לקדם את השאיפה להוציא את האמת לאור. ואולם, יעילותה של זכות הייצוג תוטל בספק, מקום בו ייצוגו של הנאשם יהיה פורמאלי בלבד או רצוף בכשלים מהותיים, החותרים, באופן משמעותי, תחת סיכוייו להוכיח את חפותו. לפיכך, הבטחת הגינותו של ההליך הפלילי, בכל הקשור לייצוגו של הפרט, הביאה לצמיחתה של טענת ה"כשל בייצוג"..."

72. הכלל הוא, כי לא כל טענה לכשל בייצוג מביאה לביטולה של הכרעת דין ולדין מחדש בסוגיית אשמתו של הנאשם. על פי ההלכה הפסוקה, בחינת טענה כזו "צריכה להיעשות בזהירות רבה ולא די בהעלאת טענות, אף אם הן נכונות, בדבר האופן שבו נוהלה ההגנה בערכאה הדיונית, אלא נדרש להוכיח קיומו של עיוות דין של ממש..." (ראו ע"פ 8045/17 בראנסי נ' מדינת ישראל (16.8.18)).

עוד נקבע, כי המבחן לקיומו של "עיוות דין" הוא מבחן אובייקטיבי, סיבת-תוצאתי, במסגרתו יהיה על הטוען לעיוות דין להוכיח כי אלמלא הייצוג הכושל הנטען, אפשר שתוצאתו של ההליך הייתה משתנה. היינו, עסקינן במבחן אובייקטיבי הבוחן האם קיים חשש סביר שהפגיעה בזכויות הנאשם השפיעה על שיקול הדעת השיפוטי באופן בו גדלה הסבירות, כי הרשעתו הייתה הרשעת שווא (ראו: ע"פ 1965/14 פלוני נ' מדינת ישראל (17.8.16), ע"פ 4498/14 גרידיש נ' מדינת ישראל (13.5.14)).

ויודגש, כאשר נבחנת טענה של כשל בייצוג, ערכאת הערעור אינה בוחנת בדיעבד מה הייתה הדרך הטובה ביותר לניהול המשפט מבחינת הנאשם. אלא, על בית המשפט לשאול עצמו האם השגת צדק ומניעת עיוות דין מחייבים את תיקון המשגה או הכשל שנוצר כתוצאה מהתנהלות ב"כ הנאשם בערכאה הדיונית (ראו ע"פ 2950/11 נועם חן נ' מדינת ישראל (8.5.14)).

73. ההלכה בסוגיית הכשל בייצוג, כמפורט לעיל, הובאה בע"פ 10153/07 קייסי נ' מדינת ישראל (30.7.12), וכדלקמן:

"הלכה פסוקה היא כי על הטוען טענת כשל בייצוג בהליך ערעור פלילי להוכיח קיומו של עיוות דין ואין די בהעלאת טענות בעלמא. המבחן לקיומו של עיוות דין בהקשר זה נקבע כמבחן סיבתי-תוצאתי לפיו יש להראות כי אלמלא הייצוג הכושל אפשר שתוצאת ההליך היתה משתנה (ראו: ע"פ 1057/96 אמסלו נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 160, 165-166 (1998); ע"פ 677/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 15 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל ([פורסם בנבו], 22.3.2007)). זהו מבחן אובייקטיבי במסגרתו נבחן "האם קיים חשש סביר כי הפגיעה בזכויות הנאשם השפיעה על שיקול הדעת השיפוטי כך שגדלה הסבירות להרשאת שווא" (ע"פ 446/01 רודמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 25, 46 (2000)). אין די בסברה של עורך דין פלוני, המייצג נאשם בערעור, כי עורך דין אלמוני, שניהל את ההליך בבית המשפט דלמטה, חדל מחדל, שגה, או לא מיצה עד תום טענות הגנה למיניהן (שם, בעמ' 45). אכן, "מה שנראה בעיניו של פרקליט אחד כמחדל או כניהול כושל של ההגנה אינם בהכרח כאלה" (ע"פ 678/07 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 8 לפסק דינו של השופט א' א' לוי ([פורסם בנבו], 3.7.2007), ולעיתים מדובר בלא יותר מחוכמה שלאחר מעשה. יתרה מכך, אף אין זה תפקידו של בית משפט של ערעור לבחון בדיעבד מה הייתה הדרך הטובה ביותר מבחינתו של הנאשם לניהול משפטו. על בית המשפט לשאול עצמו האם השגת צדק ומניעת עיוות דין מחייבים את תיקון המשגה או הכשל שנוצר כתוצאה מהתנהלות בא כוח הנאשם בערכאה הדיונית (ראו ע"פ 747/86 אייזמן נ' מדינת ישראל, מב(3) 447, 457 (1988))."

74. בע"פ 446/01 רודמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 25, ננקט קו מחמיר יותר בהתייחס לטענת כשל בייצוג ולפיו, יש לערוך הבחנה בין כשל שעניינו משפטי לבין כשל שעניינו עובדתי:

"טענה של כשל בייצוג בפני ערכאה דיונית איננה טענה שבכל יום, ויש להיזהר בה. כדי שכשל בייצוג ישמש עילה לבחינה מחודשת של ההליך לא די בהצבעה על שאלה שלא נשאלה או על שלא זומן. צריך להצביע על כך שאילו לא היה כשל כזה, הייתה תוצאת ההליך שונה (ראו דברי הנשיא ברק במ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל [25], בעמ' 569). לכך הייתי מוסיף שיש מקום להבחין בין כשל שעניינו עובדתי לבין כשל שעניינו משפטי. טענה של כשל בייצוג שומעים לה, כאשר ראייה או עד שהיה בהם כדי להטות את התוצאות לא הובאו לפני הערכאה הדיונית; אין שומעים לה כאשר מדובר בטענה משפטית שלא נטענה או בקו הגנה שלא הוצב. כידוע, "אי אפשר לבית המדרש בלא חידוש" (חגיגה, ג, א [ב]), ואין עורך-דין שלא יהיה בידו להוסיף טענה על טענות קודמו, ומכאן שאם יפתח פתח לטענה של כשל בייצוג מחמת טענה משפטית שלא נטענה, הרי שאין לדבר סוף (השוו המצב שהיה בע"פ 4093/92 שמן נ' מדינת ישראל [26]; ע"פ 747/86 אייזמן נ' מדינת ישראל [27])."

75. עם זאת, הגישה הרווחת היא שגם קו הגנה שננקט בערכאה הדיונית יכול להוות עילה לכשל בייצוג, אך זאת במקרים חריגים ביותר בהם קו הגנה זה היה שגוי באופן מובהק וגלוי לעין, בהיותו בלתי מתיישב עם התשתית הראייתית הקיימת. ראו בהקשר זה הדברים שנקבעו בע"פ 4883/11 מרקוביץ' נ' מדינת ישראל (21.03.13), וכדלקמן:

"אף אם בחירה בקו הגנה שגוי עשויה, במקרים מסוימים, להקים טענת כשל בייצוג, ברי כי מדובר במקרים מיוחדים ונדירים, כאשר קו ההגנה שננקט בערכאה הדיונית היה שגוי באופן מובהק וגלוי לעין, משום שלא התיישב כלל ועיקר עם התשתית הראייתית הקיימת (ובכפוף לכך שלא הנאשם עצמו בחר בו, לאחר שהובהרה לו משמעות הדברים)".

ומן הכלל אל הפרט:

76. בחינת מכלול נתוני המקרה דנן, טיעוני הצדדים, נימוקי הכרעת הדין על בסיס החומר הראייתי שהונח בפני בית המשפט קמא פרי ההסדר הדיוני, ההליכים שהתקיימו בפני בית המשפט קמא ובחינת אלה באספקלריה ובזיקה לפרמטרים ולמבחנים שנקבעו בפסיקה בהקשרו של כשל בייצוג ויישומם של אלה על המקרה דנן, מביאים לכלל מסקנה, כך לדידי, כי קמה למערערים טענת "כשל בייצוג" אשר בשלו יש להורות על ביטול ההליך שהתקיים בבית משפט קמא ולהחזיר את התיק לדיון מחודש בבית המשפט קמא למן תחילתו של ההליך.

77. מהות הכשל בייצוג מקבלת לדידי במקרה דנן, את ביטויה בשני אופנים. האחד, עניינו מהות ההסדר הדיוני אליו הגיע סנגורם של המערערים עם המשיבה בהליך בבית המשפט קמא, אשר נוכח טיבו ומהותו, בנסיבות המסוימות של המקרה דנן, יש בו כדי לפגוע במערערים ולהביא למסקנה כי נפגמה תקינותו של ההליך הפלילי, המערערים לא זכו להליך הוגן, לפיכך, נגרם להם עיוות דין ואלמלא כשל זה, יכול ותוצאת ההליך הייתה שונה בעניינם.

כך יודגש, כי נוכח מהות ההסדר הדיוני אליו הגיע הסנגור כאמור, הרי שוויתר הוא על העלאת טענות מקדמיות אפשריות בדמות "הגנה מן הצדק" ובכלל זה אכיפה בררנית, כך ויתר הוא על חקירת עדי התביעה וביתר שאת חקירת המומחית הגב' נימן שנתנה את חוות הדעת ת/23, נוכח טיבה ומהותה של חוות הדעת ונפקותה של זו להוכחת אחריותם הפלילית של המערערים למיוחס להם בכתב האישום, כפי שעבר כחוט השני בהכרעת דינו של בית המשפט קמא. עוד ויתר הוא על הבאת חוות דעת נגדיות מטעמו, על העדת המערער 3 והבאת עדי הגנה רלוונטיים נוספים, פעולות אשר הינן נדרשות ואינהרנטיות לבחינת טענת ההגנה בה אחזו המערערים בבית המשפט קמא ובחינת אחריותם הפלילית למיוחס להם בכתב האישום, אם לאו.

78. אין חולק, כי לא בכל מקרה הסדר דיוני דוגמת ההסדר אליו הגיעו הצדדים במקרה דנן, יהווה קיפוח של זכויות הנאשם. כך למשל, כאשר אין מחלוקת באשר לעובדות העולות מן הראיות, הרי שאין מניעה להגשתן בהסכמה, דבר העשוי לקדם את ההליך ולייתר הבאת ראיות שלא לצורך.

עם זאת, בנסיבות המקרה דנן, בהינתן המסד הראייתי וטענת ההגנה המהותית בה אוחזים המערערים, סבורני כי ההסדר הדיוני אליו הגיעו הצדדים פגע בתקינות ההליך, כך שהמערערים לא זכו להליך הוגן, בכך נגרם להם עיוות דין ואלמלא כשל זה, יכול ותוצאת ההליך בעניינם הייתה שונה.

79. כך לדוגמה, יכול וקביעותיו של בית המשפט קמא כפי הכרעת דינו היו משתנות באשר לזהות המצרך הרלוונטי ונפקותו של השוני בצבע הכבל (האפור נשוא ת/5 והשחור נשוא ת/6) לאחר בירור עובדתי בסוגיה זו, אשר הינו נדרש ושלא נעשה נוכח ההסדר הדיוני.

80. זאת ועוד, כחלק מההסדר הדיוני ויתר הסנגור על העדת המערער 3. במסגרת עדותו בבית המשפט קמא, יכול היה המערער 3 לשפוך אור על סוגיות רלוונטיות. כך לדוגמה, יכול היה להבהיר האם ומדוע לא בוצעה למצרך בדיקה לפי החלק השלישי לתקן, כטענת המשיבה, האם הדבר היה בהנחייתו או בידיעתו והאם נעשה במודע ותוך התעלמות מהבדיקות הנוספות הנדרשות, כפי קביעת בית המשפט קמא, אם לאו. דא עקא, כי מקום בו נמנע מהמערער 3 מלעלות על דוכן העדים, הרי שגרסתו לדברים לא נשמעה ולא הובאה בפני בית המשפט קמא, אשר ביסס את קביעותיו על הראיות שהובאו בפניו במסגרת תיק המוצגים שהוגש בהסכמה.

יתרה מזו, מקום בו אוחזים המערערים בטענה, כי עשו כל שניתן כדי למנוע את ביצוע העבירות, כקבוע בסעיף 22(ב) לחוק העונשין, הרי שברי הוא כי יכול ועדותו של המערער 3 בבית המשפט קמא בהקשר זה הינה נדרשת ומתבקשת לבחינת טענת החפות, כאמור. זאת ועוד, במסגרת סיכומיו הבהיר ב"כ המערערים כי המערערים אוחזים בטענת הגנה מהותית ולפיה, הם פעלו על פי דרישות החוק לצורך הכנסת הסחורה ויבואה על פי דין ועשו כל שניתן כדי למנוע את ביצוע העבירות. בהינתן טענת הגנה זו, הרי שברי הוא כי עדות המערער 3 בבית המשפט קמא הינה מהותית.

81. כך לדוגמה, בהכרעת דינו קבע בית המשפט קמא (ראו סעיף 26 להכרעת הדין), בין היתר, כי לא הובאה ראיה קושרת בין המצרך שנבדק ב-ת/6 כפי טענת המערערים לבין המצרך שנבדק ב-ת/5 כפי טענת המשיבה. בהינתן האמור, הרי שברי הוא כי קיום בירור עובדתי בהקשר זה, שנמנע נוכח נפקותו של ההסדר הדיוני, יכול היה לשפוך אור על סוגיה מהותית זו ואולי אף כשלעצמו, או במצטבר, להביא לשינוי תוצאת ההליך כולו.

82. נוסף על כך, חוות הדעת העיקרית שהונחה בפני בית המשפט קמא הינה חוות דעתה של הגב' לודמילה ניימן, מנהלת תחום בכירה (כימיה ואיכות הסביבה) במנהל התקינה שבמשרד הכלכלה והתעשייה (ת/23) במסגרתה הביעה דעתה, כי הליקוי שהתגלה במוצר הוא בעל חומרה גבוהה.

ברי הוא, כי כחלק מניהול הגנתם, יכולים היו המערערים לפעול להגשת חוות דעת נגדית מטעמם בהקשר זה. אולם, נוכח ההסדר הדיוני, טיבו ומהותו, הרי שנבצר מהם מלעשות כן.

בנסיבות אלה, הסתמך בית המשפט קמא על חוות הדעת מטעם המשיבה במסגרת הכרעת דינו, מבלי שהובאה חוות דעת נגדית מטעם המערערים לסתירת האמור בה ומבלי שניתנה למערערים ההזדמנות לערערה על דרך חקירה נגדית. לכך נפקות באשר למארג הראייתי הכולל להוכחת המיוחס למערערים ויכול כי בהבאת הראיות הנוספות, כשלעצמן, או במצטבר לצבר הראיות שהוצג, היה כדי להביא לשינוי תוצאות ההליך.

83. כאמור, לא בכל מקרה בו נוהל קו הגנה הנדמה ככושל או שגוי, או לא מוצו טענות ההגנה למיניהן, תתקבל טענה לכשל בייצוג. יתרה מזו, מהפסיקה שהובאה לעיל עולה, כי אין זה תפקידה של ערכאת הערעור לבחון בדיעבד מה הייתה הדרך הטובה ביותר מבחינתו של נאשם לניהול משפטו. עם זאת, במקרה דנן, סבורני, כי קו ההגנה שננקט בבית המשפט קמא פגע בתקינותו של ההליך, בזכות המערערים להליך הוגן ובכך נגרם להם עיוות דין באופן בו יכול ותוצאת ההליך הייתה משתנה. בנסיבות אלו, כפי פסיקת בית המשפט העליון (ראו בעניין נועם חן שהובא לעיל), הרי שהשגת צדק ומניעת עיוות דין מחייבים את תיקון המשגה והכשל שנוצר, כתוצאה מההתנהלות בערכאה הדיונית.

84. פן נוסף לבחינת הטענה לכשל בייצוג עניינו ידיעתם והסכמתם של המערערים להסדר הדיוני, נפקות המשפטית והשלכותיו. בהקשר זה רלוונטית ביתר שאת עמדתו של המערער 3.

כפי שפורט לעיל, הרי שלהודעת הערעור בכתב צורף תצהירו של המערער 3 אשר במסגרתו הצהיר "ברחל בתך הקטנה" כי ההסדר הדיוני נעשה שלא על דעתו, מבלי שהובהר לו תוכנו משמעותו והשלכותיו על זכויותיו, בניגוד לנטען על ידי הסנגור (ראו לדוגמא סעיף 7 לתצהיר). זאת ועוד, בתצהירו טען המערער 3 כי הוא טוען לחפות, שעה שלדידו הוא ביצע את כל הפעולות הנדרשות כחוק והוא אף אווז בטענות הגנה טובות שלא נטענו בבית המשפט קמא (ראו לדוגמא סעיפים 9 ו-10 לתצהיר).

85. מן הפן הדיוני, הרי שעל מנת להיזקק לטענה בדבר כשל בייצוג, יש לקבל ראשית את תגובת הסנגור שיצג את המערערים בערכאה הדיונית. ראו בעניין זה ע"פ 1965/14 פלוני נ' מדינת ישראל (17.8.16) וכן ע"פ 4301/15 פינטו נ' מדינת ישראל (5.1.16).

כאמור, במקרה דנן תגובת הסנגור נתקבלה במענה לפניית ב"כ המערערים וצורפה להודעת הערעור. בתגובתו, שלל הסנגור את מכלול טענות המערערים וביתר שאת את טענותיו של המערער 3. תגובתו פורטה בהרחבה בליבת פסק דין זה ואין לי אלא להפנות לאמור שם.

יחד עם זאת, בהינתן טענות המערער 3 כפי שפורטו לעיל, בהצטרף למסקנתנו בדבר מהותו של ההסדר הדיוני ונפקותו של זה באשר לתקינות ההליך וזכות המערערים להליך הוגן, הרי שמתבקשת המסקנה, כי ההסדר הדיוני בנסיבות המקרה דנן ובהינתן המסד הראייתי שעמד בבסיס הכרעת דינו של בית המשפט קמא, על הנפקויות הקמות ממנו, יש בו כדי לגרום לעיוות דין למערערים ואלמלא כשל זה, אפשר שתוצאתו של ההליך הייתה משתנה.

86. מהאמור עולה, כי ההסדר הדיוני (גם אם נניח שהיה על דעת המערערים ובהסכמתם, בהינתן הסתייגויותינו כמפורט לעיל), קיפח את הגנת המערערים והביא לכך שלא ניתן להם יומם בבית המשפט קמא מהבחינה המהותית. בנסיבות אלה, הרי שעסקינן בכשל בייצוג אשר גרם לעיוות דין למערערים. כפי שפורט לעיל, הרי שקיים קשר סיבתי-תוצאתי בין כשל זה בייצוג לבין תוצאת ההליך, שמשמעו, כי אלמלא הייצוג הכושל אפשר שתוצאת ההליך הייתה שונה וזאת, בזיקה לדרישות הפסיקה בהקשר זה.

87. בטרם סיום, אדרש לבקשת המשיבה לתיקון פרוטוקול הדיון מיום 19.11.19. כאמור, במסגרת בקשה זו עתרה המשיבה לתיקון מספר טעויות הקלדה שנפלו בפרוטוקול הדיון, כפי המפורט בסעיף 2 לבקשה. כן ביקשה לציין, בהמשך לטיעוניה בדיון בהקשר זה, כי המסמכים שהוגשו במהלך הדיון על ידי ב"כ המערערים אינם חדשים, אלא הוגשו לבית המשפט קמא במסגרת תיק המוצגים, תוך שהפנתה לסעיפים הרלוונטיים בהכרעת הדין המתייחסים למסמכים אלה.

ב"כ המערערים התנגדה לבקשה.

88. לאחר שעניינתי בבקשה ובתגובה לה, הרי שסבורני כי יש לקבל את הבקשה ככל שהיא מתייחסת לתיקונים המבוקשים בסעיף 2 לבקשה ואשר מהותן טעויות הקלדה שנפלו בהקלדת הפרוטוקול הרלוונטי. יצוין, כי בתגובתה, לא התייחסה ב"כ המערערים עניינית לתיקונים המבוקשים, אך נוכח מהותם, טיבם והקשרם, הרי שיש מקום לקבלם. אשר על כן אציע, כי הבקשה תתקבל במובן זה שפרוטוקול הדיון יתוקן בהתאם לתיקונים המבוקשים בסעיף 2 לבקשה לתיקון פרוטוקול הדיון בלבד.

באשר לאמור בסעיף 3 לבקשה, הרי שהלכה למעשה, המשיבה לא עתרה לתיקון הפרוטוקול בהקשר זה, אלא הפנתה לסעיפים בהכרעת הדין המתייחסים למסמכים שהוגשו בדיון. לאור זאת ולאור התוצאה אליה הגעתי ולפיה, יש להשיב את ההליך לבית המשפט קמא, הרי שאיני רואה להידרש לאמור בחלק זה לבקשה.

89. סופו של יום, נוכח האמור לעיל, הייתי מציעה לחברי לקבל את הערעור במובן זה שההליך יוחזר לבית המשפט קמא לצורך ניהול הליך מתחילתו.

כן הייתי מציעה לתקן את פרוטוקול הדיון מיום 19.11.19 בהתאם לתיקונים המבוקשים בסעיף 2 לבקשת המשיבה לתיקון פרוטוקול הדיון.

השופט אשר קולה - אב"ד

אני מסכים.

**אשר קולה, שופט
[אב"ד]**

השופט גדי צפריר

אני מסכים.

גדי צפריר, שופט

סוף דבר אפוא, הוחלט פה אחד לקבל את הערעור במובן זה שההליך יוחזר לבית המשפט קמא.

ניתן היום, כ"ד כסלו תש"פ, 22 דצמבר 2019, בהעדר הצדדים.

**גדי צפריר
שופט**

**יפעת שטרית
שופטת**

**אשר קולה, שופט
אב"ד**