



עפ"א 12100/09/20 - אחמד ערמוש נגד ועדה מקומית לתכנון ובנייה שפלת הגליל

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"א 12100-09-20 ערמוש נ' ועדה מקומית לתכנון ובנייה שפלת הגליל

בפני כבוד השופטת אילת דגן

מערער אחמד ערמוש ע"י ב"כ עו"ד ש. בלומנפלד

נגד-

משיבה ועדה מקומית לתכנון ובנייה שפלת הגליל ע"י ב"כ עו"ד ר.

עמיאל

פסק דין

1. לפני הודעת ערעור מיום 7.9.20 על פסק דינו של בית משפט השלום בעכו בתיק 24148-09-15 (כב' השופטת זהבה קאודרס בנר). הערעור מופנה נגד הכרעת הדין המרשיעה מיום 4.2.18, נגד ההחלטה מיום 17.2.19 לדחות את בקשת המערער לאפשר לו לחזור בו מהודיה ונגד הכרעת הדין הנוספת מיום 18.11.19. לחילופין מופנה הערעור כנגד גזר הדין שניתן ב-2.8.20.

המערער עותר לקבל את הערעור ולזכותו. לחילופין, מבקש להחזיר את התיק לשמיעה מחודשת ולחילופי חילופין לקבוע כי גזר הדין אינו מידתי וכי אין להרוס את המבנה מושא כתב האישום.

טענות המערער כנגד הכרעת הדין מיום 4.2.18 (ההכרעה הראשונה)

2. הסנגור שייצג את המערער (להלן: "**המערער**" או "**הנאשם**" לפי העניין) באותה עת הצהיר לפרוטוקול בזו הלשון: **... הנאשם מודה כי בסעיפים א2 ו-ב לעניין עצם הקמתם ובנייתם והשימוש בהם אך לא לעניין המידות** (המילה **כי**- טעות במקור- א.ד.). לטענת המערער, סעיף העובדות בכתב האישום הוא סעיף א'. סעיף א' 2 הוא סעיף בו נכתב כי על הנאשם מוטלת, כבעלים של המקרקעין, חובה לקבל היתר בנייה ביחס לעבודות והשימוש נשוא כתב האישום. סעיף ב' בכלל לא קיים בפרק העובדות ועל כן בהצהרת הסנגור, אין משום הודיה בשם המערער ועל כן ההרשעה, בטעות יסודה.

3. לאחר דברי הסנגור, הצהיר הנאשם: "**אני מודה בעובדות כתב האישום למעט המידות.**"

לא נרשם בפרוטוקול שהסנגור הודיע שהקריא בפני הנאשם את כתב האישום ו/או הסביר לו את תוכנו ומטבע הדברים אין רישום בפרוטוקול לפיו הנאשם אישר את ההודעה (שלא באה לעולם). בכך פעל בית המשפט בניגוד לסעיף 143 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב-1982 (להלן: "**החסד"פ**"). פגם זה פוגע בהליך ההוגן ומצדיק ביטול ההרשעה.

4. לטענתו הדיון התקיים ללא מתורגמן חרף העובדה שהעברית אינה שגורה בפי הנאשם והנאשם לא הבין את המיוחס לו.



טענות המערער כנגד החלטת בית המשפט מיום 17.2.19 הדוחה את בקשתו של המערער לחזור בו מההודאה.

5. לאחר שהוחלף ייצוג הנאשם, הגיש סנגורו החדש (בא כוחו בערעור כאן) ביום 8.3.18 בקשה לחזרה בו מההודאה. בקשתו הוגשה בהזדמנות הראשונה, עוד טרם החלו הטיעונים לעונש והנימוקים בדבר הפגמים בהכרעה מיום 4.2.18 שהובאו לעיל, הצדיקו קבלת בקשתו.

6. בניגוד להנמקת ביהמ"ש לפיה צריך היה המערער להגיש תצהיר בדבר ההצדקה לחזרה מההודאה, טוען המערער כי אין דרישה בדין להגיש תצהיר תומך.

7. לטענתו בא כוחו הקודם לא צילם את החומר ולא עיין בו. אילו היה רואה את תיק החקירה, היה מבחין שכלל לא נגבתה הודעה מהמערער ועל כן ההודאה נמסרה בהיעדר נתונים ומתוך טעות בשיקול הדעת. כך, נסיבות העניין הצדיקו חזרה מההודאה בהתאם לגישת הפסיקה הליברלית המקובלת.

הכרעת הדין מיום 18.11.19 (ההכרעה השנייה)

8. בהחלטה נוספת זו הורשע הנאשם בעובדות ובנוסף במידות המבנה מושא כתב האישום המתוקן. (בביצוע העבירות במבנה של 155 מ"ר וקירות תומכים באורך 100 מ"ר בגבהים משתנים של 0-6 מ').

9. המערער טוען כי ההליך של "הרשעה כפולה" או "פיצול" ההרשעה אינו מוכר בדין הפלילי וגם מחמת פגם בזה, יש לבטל את ההרשעה השנייה.

10. לטענת המערער המדידה האחרונה נעשתה אחרי הגשת כתב האישום אינה קבילה משתי סיבות, האחת שמדובר בהשלמת חקירה אחרי הגשת כתב אישום והשנייה כי השרטוט שהוגש אינו קביל. לטענתו טעה בית המשפט משקיבל את השרטוט שערך המפקח מטעם המאשימה על גבי תצלום האוויר כראייה להוכחת המידות של המבנה. המפקח לא הצליח לייצר "ראיה קושרת" שתאפשר את הקבילות בהתאם ל"הלכת דמארי".

לטענתו, אין כל מזכר בתיק לפיו המפקח ביקר במקום בעת עריכת השרטוט וזיהה את המבנה בזיקה לתצ"א. כל שמתואר במזכר המפקח מיום 9.10.18 הוא נסיון הידברות של המפקח עם המערער ומדידה גרפית. המערער טוען כי המדידה נערכה לצורך מידות כתב האישום המתוקן כך שכל טענה הנוגעת לביקור קודם של המפקח במקום (עובר להגשת כתב האישום המקורי) אינה רלוונטית.

משאלו פני הדברים, הראייה לא קבילה וכפועל יוצא, לא הוכחו מידות הבנייה.

11. אשר לגזר הדין מיום 2.8.20, טוען המערער כי הואיל והמידות לא הוכחו כנדרש, בשל קבלת ראיה לא קבילה, אין בסיס להיטלים הכספיים כמו גם לחלק בגזר הדין שעניינו הריסה לפיכך מבוקש כי כל הנוגע לעיצומים כספיים והחלק שיש להרוס - יבוטל.

טענות המשיבה (להלן: "המשיבה" או "המאשימה" לפי העניין)



12. אין להתערב בהכרעת הדין וגזר הדין. המערער היה מיוצג על ידי סנגור, דובר השפה הערבית. גם הסנגור וגם הנאשם הודו בכל העובדות שבכתב האישום תוך שכפרו באופן מפורש במידות המבנה. הודאה זו מלמדת כי המערער ידע היטב במה הוא נאשם, כי כתב האישום הוקרא לו ובחר להודות. הכפירה בהיקף הבנייה מלמדת כי ידע היטב מה מיוחס לו. הטענה לפיה העברית אינה שגורה בפיו לא נתמכה בעדות /תצהיר של הנאשם בעניין זה אלא באמירה בהבל פה של סנגורו החדש. הנאשם לא ביקש מתורגמן ולא העלה בזמן אמת כל טענה בדבר אי הבנת השפה העברית.
13. לעניין ההודיה, ברור שהסנגור הקודם שהודה בסעיפים א ו-ב התייחס לכל העובדות שמתייחסות לבנייה ולשימוש האסור במקרקעין של התובע. בכל מקרה הנאשם בעצמו ובקולו הודה בכל העובדות למעט המידות.
- כתב האישום הוקרא למערער (כפי שנרשם בפרוטוקול). טרם ההודאה, הוצגו לנאשם תמונות וחוות דעת של שמאי ואילו היה מדובר במבנה שהנאשם לא בנה ו/או לא מחזיק בו היה טוען שזה לא מבנה שלו. דווקא כפירתו במידות המבנה והיקף הבנייה מלמדת שהבין היטב את כתב האישום (שלא היה ארוך ומורכב להבנה).
14. המערער לא הצביע על כל טעם מיוחד, כפי שדורש החוק, שיצדיק חזרה בו מההודיה. המערער, שעליו הנטל, לא הצביע על אף אחד משלושת התנאים שנקבעו בפסיקה שיש בהם כדי להצדיק חזרה מההודיה (פגם ברצון, כשל בייצוג, חשיפת האמת העובדתית). הוא לא טען בפה מלא לכשל בייצוג, לא פירט כיצד התבטא הפגם ברצון ואיך הדבר מתיישב עם ההודאה ולא חשף עד היום את האמת העובדתית, המצדיקה חזרה מההודיה. הוא יכול היה לעשות כן באמצעות הגשת תצהיר כפי שהוצע לו על ידי ב"כ המאשימה ובית המשפט אך בחר שלא לעשות כן.
15. לאחר הודאתו בישיבת ההקראה, נותר להוכיח רק את עניין המידות. למערער ניתנה הזדמנות להביא חוות דעת מודד ביחס לשטח וחוות דעת לעניין כפל שווי. הוא בחר שלא לעשות כן ואף בחר לא להעיד ולמסור גרסה. אחרי שמיעת הראיות אף בחר שלא להגיש סיכומים לעניין המידות.
16. לטענת המשיבה ככל שבית המשפט שגה בהרשעה הראשונה שעה שעניין המידות היה פתוח, עניין זה תוקן עם מתן ההכרעה השנייה המפורטת והכוללת את העובדות בהן הודה ואת עניין המידות. לאחר ההכרעה השנייה, בחר הנאשם שלא להגיש סיכומים לעניין העונש גם לאחר ארכות שניתנו לו.
17. אשר לראייה שהגיש המפקח להוכחת המידות, המפקח מדד את השטח עובר להגשת כתב האישום המקורי והכיר את הבנייה שבוצעה אך לאור הכחשת המידות ובהוראת בית המשפט, ביקש לבדוק שוב ולמדוד. לאור היעדר שיתוף הפעולה של המערער לא נכנס לשטח ולכן ערך שרטוט על גבי התצ"א מתוך שהוא מכיר ומזהה את השטח והמבנה. הואיל והמערער הודה בכל זולת המידות, וכל אשר הוטל על המפקח הוא למדוד את המבנה, הרי שאין פסול בראייה שהוגשה.
18. לגבי גזר הדין, הטענה היחידה היא כי לא ניתן לחייב בקנס כל עוד לא הוכחו המידות. בעניין זה טוען ב"כ המשיבה כתב האישום המתוקן, לאחר בדיקת המפקח, שאף היטיבה עם המערער, הוכחה כאמור. העונש שהוטל מידתי ולא הובא נימוק המצדיק התערבות ערכאת הערעור בעניין זה.



דין והכרעה

19. המערער הורשע בבית משפט קמא בבנייה של מבנה רחב מימדים על מקרקעין שבבעלותו, ללא היתר ובכך שעושה בו שימוש שלא כדין.

20. טענות המערער העיקריות לענין ההרשעה הן שלוש בעיקרן. האחת (והעיקרית), היא כי בית משפט קמא טעה בהחלטתו שלא לאפשר חזרת המערער בו מההודיה. ההצדקה לחזרה בו נבעה מכך שהמערער לא הודה באישום תוך מודעות למשמעות ו/או לא הבין ו/או לא הוסבר לו ו/או לא נרשם בפרוטוקול שהוסבר לו והבין את המיוחס לו; השנייה, טענה לפיה בשל "פיצול ההרשעה" שאינה קיימת במשפט הפלילי, יש לבטלה; והשלישית, טענה לפיה לא הוכחו מידות המבנה בשל הגשת ראיה לא קבילה, באופן המצדיק ביטול ההרשעה או החזרת התיק לבית משפט קמא לשמיעה מחודשת.

במישור גזר הדין וחומרנו הטענה לקונית וללא פירוט.

21. לאחר ששמעתי את טענות הצדדים ועיינתי בפרוטוקולים ובהחלטות בית משפט קמא מושא הערעור, הגעתי למסקנה לפיה אין מקום להתערב בהכרעת הדין וגזר הדין. מרבית הטענות שבערעור, מהוות חזרה על הטענות שהועלו בפני בית משפט קמא וקיבלו מענה מפורט מנומק ומוצדק.

22. לצורך ניתוח סוגיית החזרה בו מההודיה והלך רוחו של המערער, תובא להלן השתלשלות העניינים הרלוונטית;

23. כנגד המערער הוגש כתב אישום ב-9.9.15. המערער לא התייצב לשלושה הדיונים הראשונים לצורך ההקראה (24.11.16, 13.9.17, 10.1.18). בדיון רביעי מיום 4.2.18, לאחר מסירה אישית, ולאחר שהוצא נגדו צו הבאה, התייצב עם סנגורו. בפתח הישיבה הודיע סנגורו כי: **"הנאשם מודה בסעיפים א ו-ב לענין עצם הקמתם ובנייתם והשימוש בהם אך לא לענין המידות"** סנגורו אף הצהיר כי: **"אנו מתכוונים להביא חוות דעת מטעמנו בענין כפל השווי"**.

בפרוטוקול נרשם: **"כתב האישום הוקרא לנאשם, נשאל מה תשובתו לאישום והשיב: אני מודה בעובדות כתב האישום למעט המידות"** (עמ' 4 ש' 20-21).

24. הנאשם הורשע על סמך הודאתו. לענין מידות הבנייה ניתנה החלטה במהלך ישיבת ההקראה לפיה המפקח מטעם המאשימה יפגוש בשטח את הנאשם בתוך 12 ימים ויבצע מדידה בנוכחותו. ממצאי הבדיקה יועברו לב"כ המאשימה ולסנגור. כמו כן הורה בית המשפט כי על הסנגור להעביר את חוות הדעת בענין כפל השווי שבדעתו להגיש לידי ב"כ המאשימה עד 1.10.18.

25. ביום 8.3.18 הגיש הסנגור הנוכחי הודעה לפיה הוא קיבל את ייצוג הנאשם במקום הסנגור הקודם ובנוסף הגיש בקשה לחזרת הנאשם בו מההודיה. בבקשה עצמה לא הובאו נימוקים והסנגור ביקש לקבוע דיון בבקשה. בית המשפט קבע כי הבקשה תישמע בדיון הקבוע לטיעונים לעונש (1.11.18).

בפתח ישיבת 1.11.18, הודיע ב"כ המאשימה לבית המשפט כי הנאשם לא משתף פעולה עם המפקח בענין המדידה ולא אפשר לו לפתוח את השער. (עמ' 7 לפרו ש' 21-24). הסנגור לא התייחס לטענה זו של המאשימה וביקש להתמקד בבקשה לחזרה מההודיה תוך ששטח את טיעונו.

הצדדים טענו וניתנה לסנגור זכות להגיש תצהיר לתמיכה בטענות העובדתיות שבבסיס הבקשה וכן



תגובה בכתב לעמדת המאשימה. המערער לא הגיש תצהיר ולא הגיש תגובה.

26. ביום 17.2.19 ניתנה החלטת בית משפט קמא בבקשה לחזרת המערער בו מההודיה. הבקשה נדחתה תוך שנקבע דיון הוכחות לשאלת היקף הבנייה בלבד ליום 12.9.19.

27. הטענות בערעור כאן הן אותן טענות שהועלו בבקשה לחזרה מהודיה שנדחו אחת לאחת בהחלטה מפורטת.

28. בדיון ההוכחות לעניין מידות המבנה, בחר המערער שלא להעיד וכך נשמעה רק עדותו של מר ראיף סעדה- מפקח בנייה מטעם הוועדה המקומית לתכנון ובנייה שפלת גליל. הוגש באמצעותו דוח הפיקוח שלו הכולל נספחים של סקיצה, נסח רישום ותמונות (סומן ת/1). כמו כן הוצג מזכר מ-9.10.18 עליו חתום המפקח ואילו מצורף תצלום אוויר שהנפיק ועליו סימן את המידות. באותו מזכר מפורטים הניסיונות הרבים שעשה המפקח לתאם עם הנאשם ביקור בשטח ללא שיתוף פעולה, דבר שאילץ אותו לבצע שרטוט גרפי (ת/2) בהסתמך על התצ"א ועל זיהוי המקום על ידו. ב"כ המאשימה הודיע כי נוכח המדידה של המפקח, נמצא כי השטח קטן ממה שצוין בכתב האישום. בהתאם, ולבקשת המאשימה, ניתנה החלטה בדבר תיקון כתב האישום באופן של הפחתת השטח שנבנה מ-168 מ"ר ל-155 מ"ר.

29. ביום 18.11.19 ניתנה הכרעת דין בה הורשע המערער בכל העובדות ובהיקף המידות שבכתב האישום המתוקן.

עוד יצוין כי הסנגור ביקש לחקור את השמאי מטעם המאשימה אך לא התייצב לשיבת 12.2.20 למרות שמועד הישיבה נקבע לבקשתו. וכך ובהיעדר חקירה, נשמעו הטיעונים לעונש על ידי המאשימה וניתנה הזדמנות למערער להגיש טיעוניו בכתב. המערער בחר שלא להגיש סיכומים ולאחר הדברים הללו ניתן גזר הדין ביום 2.8.20.

דחית הבקשה לחזרת הנאשם מהודיה והפגמים הנטענים בהקראה

30. סעיף 153 (א) לחסד"פ עוסק בסמכות להגשת בקשה לחזור מהודיה וקובע בהאי לישנא: **"הודה הנאשם בעובדה, אם בהודיה שבכתב לפני המשפט ואם במהלך המשפט, רשאי הוא בכל שלב של המשפט לחזור בו מן ההודיה, כולה או מקצתה, אם הרשה זאת בית המשפט מנימוקים מיוחדים שירשמו"** (ההדגשה שלי - א.ד.).

פשיטא כי התרת חזרה מהודיה ללא נימוק מיוחד משבשת את ההליך המשפטי התקין, גורמת לאיבוד זמן שיפוטי, עלולה להביא לשימוש לרעה בזכויות הנאשם ומקצה שיפורים מתוך שיקול טקטי ולא אותנטי.

31. המחוקק לא קבע מהן הנסיבות המיוחדות אך הפסיקה התוותה במהלך השנים את הקווים המנחים.

בע"פ 5622/03 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו) נאמר מפי בית המשפט העליון כהאי לישנא: **" ככלל, נפסק כי היתר כאמור יהא מוצדק רק בנסיבות חריגות. אלו מתקיימות, למשל, כאשר מתוך מכלול הנסיבות מתעורר חשש ממשי שהנאשם הודה באשמה בניגוד לרצונו החופשי, או תוך שהוא אינו מבין**



את משמעות הודיתו... גישה המקלה יותר עם הנאשם הובעה על ידי השופטים א' גולדברג וש' נתניהו, בניגוד לעמדתו החולקת של השופט ת' אור, בגדרו של ע"פ 3754/91 מדינת ישראל נ' סמחאת, פ"ד מה(5) 798 (להלן - עניין סמחאת). לפי גישה הרוב אין להכביד על נאשם, שרצונו לחזור בו מההודיה אינו נובע מתוך תכסיס פסול אלא מטעם ענייני וכן די בכך שהנאשם סובר כי טעה בשיקוליו בעת שהודה, ומטרתו היחידה היא כי תינתן לו ההזדמנות להוכיח את חפותו, בכדי שיותר לו לחזור בו מן ההודיה (עניין סמחאת, עמ' 802-803)..."

בע"פ 8777/18 פלוני נגד מדינת ישראל (ניתן ב- 29.10.19) בדחותו את הערעור פה אחד, מבהיר בית המשפט העליון כי: "אפשרות מוגבלת זו לחזרה מהודאה ממחישה את העיקרון המשפטי אותו אימצנו מבראשית, לפיו "הדין הפלילי אינו [...] משחק אשקוקי שבו מהלך אחד בלתי נכון קובע את גורל המשחק" (ע"פ 1/48 סילוסטר נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד א 5, 18 (1948)), ולצד זאת את העיקרון המשפטי האחר - והחשוב לא פחות - אשר קובע כי הפרוצדורה הנהוגה בבתי המשפט איננה "תכנית כבקשתך" (ראו ע"פ 5400/18 מיר נ' מירון, [פורסם בנבו] פסקה 1 לפסק דיני (28.1.2019))."

בית המשפט מבהיר כי הדגש ב"נימוקים המיוחדים" אינו כדאיות ההודיה, אלא הפגם שבנתינתה. לשם כך וכדי להתחקות על כנות ההודיה, יש לבחון את מלוא נסיבות המקרה. בית המשפט מצביע על שלוש עילות המצדיקות חזרה מהודיה והן: א. פגם ברצון. ב. כשל בייצוג ג. חשיפת אמת עובדתית. הנטל להוכיח את התקיימותה של כל עילה רובץ על הנאשם. נטל זה אינו דבר של מה בכך, והנאשם לא יוכל להרימו בהבל-פה.

ולמטה מזה: "כדי לשכנע את בית המשפט ש"המטרה האחת והיחידה העומדת ביסוד בקשתו היא כי תינתן לו ההזדמנות להוכיח את חפותו" (הלכת סמחאת, עמ' 802; ההדגשה הוספה - א.ש.), הנאשם יהיה חייב לפרט מהי אותה האמת ולפרוש לפני בית המשפט את סיפור המעשה ואת פרטיה של גירסת החפות שלו, ללא כחל ושרק..."

למותר לציין, כי רצוי הוא עד מאוד כי נאשם המגיש בקשה לחזרה מהודאה יניח את התשתית העובדתית לבקשתו זו באמצעות תצהיר, שכן בהעדר תצהיר שבו הוא מתחייב לומר את האמת ושב הוא קושר את עצמו לגירסה עובדתית קונקרטית ומחייבת, אמינותו תהא מוטלת בספק. ברי הוא גם, כי יהיה זה רצוי עד מאוד שהנאשם הטוען לפגם ברצון או לכשל בייצוג יפרט בתצהירו - לצד פירוט התשתית העובדתית המבססת את בקשתו - את גירסת החפות שלו, אם יש בפיו גירסה כזאת. ואולם, דבר אחרון זה איננו בגדר חובה מאחר שהעילות האמורות הן עילות עצמאיות לחזרה מההודאה והתקיימותן איננה תלויה בבירור האשמה כשאלה עובדתית".

וראו גם פסק הדין בבית המשפט העליון שניתן לאחרונה (11.8.20) ע"פ 2005/20 פלוני נ' מדינת ישראל החוזר על ההלכה שלעיל.

32. בעילת הפגם ברצון, נטען כי המערער בן המגזר הערבי והעברית אינה שגורה בפיו. טיעון זה נזרק לחלל האוויר על ידי הסנגור, לא נתמך בעדות המערער עצמו חרף ההזדמנות שניתנה לו להגיש תצהיר או להעיד על כך בעל פה. בהקשר זה מיותר לציין כי המערער היה מיוצג בעת ההקראה על ידי סנגור דובר ערבית. לא המערער ולא סנגורו



דאז ביקשו נוכחות מתורגמן. בהתאם לפרוטוקול כתב האישום הוקרא לו והוא השיב (בעברית) שהוא מודה בעובדות למעט המידות. תשובתו זו מעידה כי הוא מבין עברית וכי הבין היטב את המיוחס לו שאחרת כיצד ידע לומר במילותיו שמודה בעובדות (אך ידע לכפור במידות הנטענות בכתב האישום) ואם לא הבין שמודה בעובדות זולת המידות מדוע ביקש שהות להגיש חוות דעת של מודד מטעמו? בקשתו זו מסירה כל ספק כי המערער הבין היטב את המיוחס לו.

33. אשר לעילה של כשל בייצוג המשפטי, שהופך את ייצוג הנאשם לבלתי מקצועי מעיקרו ראו ע"פ 3371/17 כהן נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 20 (3.7.2018): **"על פי ההלכה הפסוקה, טענת כשל בייצוג תיבחן בזהירות רבה ותתקבל רק במקרים חריגים ונדירים, בהם הוכח כי האופן בו נוהלה ההגנה הביא לעיוות דין של ממש (ע"פ 8868/11 בגימוב נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] בפסקה 28 (23.8.2012) (להלן: עניין בגימוב); ע"פ 4883/11 מרקוביץ נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] בפסקה 34 (21.3.2013) (להלן: עניין מרקוביץ)). על הטוען כי נגרם לו עיוות דין להוכיח כי אלמלא הייצוג הכושל אפשר שתוצאתו של ההליך הייתה משתנה (ע"פ 1057/96 אמסלו נ' מדינת ישראל, נב(5) 160, 166 (1998) (להלן: עניין אמסלו); ע"פ 446/01 רודמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 25, 45 (2002) (להלן: עניין רודמן); ע"פ 4498/14 גרידיש נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] בפסקה 44 (13.5.2015); ע"פ 2068/16 פלוני נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] בפסקה 40 (1.1.2018))."**

נאשם הטוען לכשל בייצוג צריך להכבד ולפרט מהו בדיוק אותו הכשל. במסגרת זו, יהא עליו להציג לבית המשפט את תגובת הסניגור שאותו הוא מאשים בייצוג כושל (ראו למשל ע"פ 9145/11 **מרעי נ' מדינת ישראל**, [פורסם בנבו] 1.5.2013).

בענייננו, הסנגור רמז בחצי פה לכשל בייצוג הנובע מאי צילום החומר. בטיעונו, ניסה הסנגור להלך על חבל דק. מצד אחד טען שאי צילום החומר גרם להודיה שלא במקומה ומצד שני ומשנשאל במפורש על ידי אם הוא טוען לכשל בייצוג השיב שלא טוען כך.

ככל שיש טענה רצינית לכשל בייצוג אין די ברמיזות אלא, יש לטעון אותה בפה מלא בפירוט מהו הכשל, בתצהיר הנאשם, בקבלת תגובת הסנגור דאז (שהרי הוא הוחלף וגרסתו לא נשמעה). המערער לא הביא כל ראיה ולא מיותר לציין בהקשר זה כי הרמיזה לפיה הסנגור הקודם התרשל בכך שהודה לפני שצילם את החומר אינה במקומה שעה שהסנגור הנוכחי הגיש את הבקשה לחזרה מהודיה לפני שהוא עצמו צילם את חומר הראיות.

הסנגור לא הבהיר איזה נזק נגרם מאי עיון בחומר (ובכלל לא הוכיח עובדתית שלא היה עיון). העובדה שהוא עצמו הגיש את הבקשה לחזרה מהודיה ללא עיון היא הנותנת שכנראה אפשר לכפור בעובדות גם ללא צילום החומר כפי שבקש לעשות זאת הסנגור הנוכחי.

לא קיימת אפוא אינדיקציה כלשהי לייצוג בלתי מקצועי של רצון הנאשם על ידי הסנגור.

אין חשש שההודאה ניתנה **בניגוד** לרצונו של המערער והמערער אף לא טען כי כך היה.

34. אשר לחשיפת האמת העובדתית- הנטל על המבקש ועליו לגלות את הגנתו וגרסת חפוטו ומדוע האמת לא



מתיישבת עם ההודאה שנתן. עליו להיכבד ולהסביר באיזה נסיבות הוא מסר את ההודאה שנתן. הסנגור לא יכול לטעון טענות אלו בהבל פה, שכן בהיותן טענות עובדתיות הן צריכות להיטען על ידי המערער עצמו. אמנם אין חובה להגיש תצהיר אבל זו האפשרות המועדפת על ידי הפסיקה והשכל הישר להוכחת העובדות והמערער נמנע במפגיע לעשות כן.

עד היום לא ברור מהי גרסתו העובדתית של המערער. כידוע, הוא ויתר על זכותו להעיד, בחר לא להגיש תצהיר במה בדיוק הודה בישיבת ולמה התכוון. האם הוא כופר בבניה? האם הוא כופר בהיעדר היתר בניה? האם הוא כופר בשימוש? אם כן במה בעצם הודה? אם כלל לא בנה והמבנה הנטען בכתב האישום כלל לא קיים או לא נעשה בו שימוש או אין לו שום זיקה אליו, מכוח מה הוא בכלל מתנגד להריסתו? המערער לא טרח לשטוח את האמת העובדתית לא לבית המשפט קמא ולא בערעור כאן. הטענות נטענו כולן מהפה אל החוץ באופן לקוני על ידי סנגורו, ללא כל תשתית בסיסית להרמת הנטל בדבר נימוקים מיוחדים המצדיקים חזרה בו מההודאה.

35. מתיאור השתלשלות העניינים כפי שהובאה בפירוט לעיל, מתוך הפרוטוקולים, ההחלטות והראיות נראה כי הרצון לחזרה בו אינו כנה אלא פרי תכסיסנות מכוונת לדחיית הקץ גרידא. לכך יש לצרף גם את אי התייבבותו לשיבות, וסירובו לשתף פעולה עם המפקח לצורך מדידת השטח המהווה ניסיון הארכת ההליך כטקטיקה.

ואכן עד היום הצליח המערער לדחות את הקץ וליהנות משימוש במבנה שלא כדין במשך למעלה מ- 5 שנים (מאז שהוגש כתב האישום) מבלי שנשמעה גרסת החפות שלו.

36. לסיכום, לא הובאו בענייננו נימוקים מיוחדים הנוגעים לאי הבנת האישום. מדובר באישום פשוט בבניה ללא היתר ושימוש שלא כדין. המערער הודה בעובדות כתב האישום בפני בית משפט קמא, בהיותו מיוצג על ידי עורך דין. כתב האישום הוקרא למערער (שורה 20 לפרו') והמערער השיב: **"אני מודה בעובדות כתב האישום למעט המידות"**. לא מדובר בהודיה לקונית אלא הודיה מושכלת שמבחינה בדקויות.

37. אשר לטענה לפיה הסנגור הודה בעובדות שבסעיפים א' ו-ב' בעוד לא קיים סעיף ב' בכתב האישום, ומכך יש להסיק שאין הודאה בעובדות, טענה זו אינה מתיישבת עם הצהרתו כפשוטה. שהרי הסנגור הצהיר ברחל בתך הקטנה: **הנאשם מודה כי בסעיפים א ו-ב לעניין עצם הקמתם ובנייתם והשימוש בהם אך לא לעניין המידות**. מה יותר ברור מזה?

אם אין הודאה בעובדות זולת המידות מדוע ביקש הסנגור להביא חוות דעת לעניין המידות? כתב האישום כולל שני חלקים. חלק א' או פרק א' הוא "העובדות" וחלק ב' או פרק ב' הוא "הוראות החיקוק לפיהן מואשם הנאשם". הסנגור אמר את המילה סעיפים אבל מדבריו ברור שהתכוון לומר שמודה בחלקים א ו-ב' לכתב האישום (במקום המילה חלק או פרק אמר סעיף). כל פרשנות אחרת היא מאולצת מלאכותית ולא מתיישבת עם שאר מילותיו המפורשות של הסנגור ועם הודאת הנאשם המפורשת.

38. לעניין הפגמים שבהקראה לפיהם לא נכתב בפרוטוקול שכתב האישום הוסבר לנאשם והוא הבין אותו, הפסיקה קובעת כי מקום בו נפל פגם בהליך ההקראה, אך פגם זה אינו יורד למהות העניין ואינו פוגע בזכויותי המהותיות של הנאשם, אין זה ראוי לפסול את ההליך מעיקרו (וראו בש"פ 5988/03 אמג'ד אמאדה נ' מדינת ישראל; בש"פ 1948/03 שמואל שילון נ' מדינת ישראל, תק-על 2003 (1), 143).



בענייננו, אם נפל פגם בכך שלא נכתב בפרוטוקול כי כתב האישום הוסבר לנאשם והוא הצהיר שהבין אותו, אין מדובר בפגם שיוסר למהות העניין. אין חולק, ונכתב בפרוטוקול שכתב האישום הוקרא לנאשם והוא השיב את שהשיב בעברית. אם לא הבין כיצד אמר שמודה בכל העובדות חוץ מעניין המידות? יש לזכור שהמערער היה מיוצג על ידי עו"ד דובר ערבית, הוצג לו התצלום בישיבה וגם סנגורו הודה בעובדות למעט המידות ואף ביקש לצורך כך להביא חוות דעת מומחה שתפריך את המידות הרשומות בכתב האישום.

דרישת סעיף 143 לחסד"פ כי הנאשם יאשר את ההודעה של הסנגור לפיה הוסבר לו כתב האישום מיועדת להבטיח כי התשובה לא תהיה תשובה בעלמא אלא תשובה עניינית ואותנטית. מה אותנטי יותר מלשמוע מפי הנאשם עצמו כי שכתב האישום הוקרא לו כי הוא מודה בכל העובדות זולת מידות הבנייה?

בנסיבות אלו וגם אם נפל פגם באי רישום העובדה שכתב האישום הוסבר לו הרי ברור שהנאשם הבין ועל כן פגם זה לא גרם לעיוות דין ובנסיבות אלו ניתן להחיל את **סעיף 215 לחסד"פ** הקובע: "**בית המשפט רשאי לדחות ערעור אף אם קיבל טענה שנטענה, אם היה סבור כי לא נגרם עוות דין**".

שאלת "פיצול ההכרעה"

39. כזכור לאחר ההודאה בעובדות על ידי הסנגור והנאשם גם יחד, לאחר שהוקרא כתב האישום, וההכחשה של עניין המידות, היה מקום לקבוע להוכחות לעניין המידות. לא היה צורך לקבוע הוכחות לעניין הבניה, ההיתר והשימוש.

40. גם אם אין במשפט הפלילי הכרעה מפוצלת, המהות היא שקובעת ולא דקדוקי עניות. אגב, במשפט האזרחי אין כל מניעה ל"פיצול" על דרך מתן פסק דין חלקי. בענייננו, היה ברור שיש להוכיח רק את עניין המידות ועל כן יתכן שהיה מקום ליתן הכרעת דין ולאחר מכן (לאחר שהוכחו המידות) להכתיר את ההחלטה המאוחרת כהכרעה משלימה לעניין המידות. ניתן היה אולי גם להסתפק בהכרעה המאוחרת המפורטת ולכתוב כי הכרעה זו באה במקום הראשונה שהייתה חלקית שכן זו באה לאחר תיקון כתב האישום למידות אחרות מהנקוב בכתב האישום המקורי. מכל מקום, דבר לא השתנה במהות מבחינת העובדות בהן הודה הנאשם. ברור שכלל שמדובר בפגם, מדובר בפגם טכני שלא גרם לעוות דין לנאשם אלא אך היטיב עמו (לאחר תיקון כתב האישום) לשטח קטן יותר ביחס לנטען בכתב האישום המקורי.

תיקון כתב האישום עולה בקנה אחד עם תכלית החוק ומטרתו גילוי אמת ועשיית צדק. מתן אפשרות להשלים ראיה בשלבים מאוחרים פועלת לשני הכיוונים והבקשה להשלמה יכולה לבוא מצידה של התביעה כמו גם של הנאשם, הכל כדי לעשות צדק. נוכח הכפירה במידות המבנה נולד הצורך לבצע מדידה וכך הורה במפורש בית המשפט בדיון. ההודיה בעצם הבניה והשימוש ללא היתר נותרו בעינם.

41. בסופו של יום ניתנה החלטה מפורטת ומסודרת שפירטה את הודית המערער, ואת המידות שהוכחו ביחס לכל מרכיבי העבירה ובהתאם המערער הורשע בכתב האישום המתוקן.

לנאשם לא נגרם עיוות דין בשל העובדה שבית המשפט חזר פעמיים על ההרשעה (הזהה לעניין עצם הבניה והשימוש)



וגם אם נפל פגם, פגם זה אינו מהותי ולא גרם לעוות דין. לפיכך גם לעניין זה ראוי להחיל את סעיף 215 לחסד"פ שלא מצדיק קבלת הערעור.

אי קבילות ראייה התצ"א

42. אשר לטענה לפיה התצ"א לא קבילה, לפי הלכת עמק (ב"ש) 3873/04 **מדינת ישראל נ' סרוסי** (11.2.08), אין לקבל את הטענה. המקרקעין זהו כבר בביקור הראשון עובר להגשת כתב האישום המקורי. בענייננו, לא היתה מחלוקת על זיהוי המקרקעין ועל עצם הבנייה אלא על מידות המבנה. אם היה הנאשם משתף פעולה, כהוראת בית המשפט, ומאפשר למפקח כניסה למקרקעין לצורך מדידה, לא היה צורך באותה תצ"א. המערער מבקש ליהנות מפרי הפרת החלטת בית המשפט. הדבר אינו ראוי.

המסלולים להגשת תצלומי אוויר נקבעו בפסד עפ"א 80048/04 **אורן דמארי נ' מדינת ישראל** (ניתן ב-23.1.05). וראו גם תו"ב (נתניה) 12604-09-15 **לוסיאן ליאור שוקרון נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה נתניה** (ניתן ב-18.3.18). "ראייה קושרת" היא זו המאפשרת הגשת התצ"א שעה שמוכחת זיקתם למקרקעין והמבנה שנטען שמצולם בו כגון ביקור במקום, השוואה לתרשימים וכד'. בהלכת דמארי נקבע כי ניתן להגיש תצלומי אוויר אם הוכחה הזיקה בין תצלום האוויר לתרשים הסביבה לבין כתובת המבנה. שעה שהוכחה הזיקה, כי מדובר במבנה מושא האישום, מרגע זה תצלום האוויר הוא מכשיר עזר בלבד וככזה לא חייב לעמוד בקריטריונים שנקבעו לקבלת תצ"א כראייה עצמאית

וראו בהקשר זה גם עפא (חי') 60497-02-19 **אלעבאדי מוחמד נ' מר לאוניד מליקין, מהנדס הוועדה לתו"ב "משגב"** (28.2.19).

43. בענייננו, המפקח העיד שמכיר את המקום, הוא אף ביקר בשטח לפני הגשת כתב האישום המקורי (שכזכור תוקן באופן מיטיב עם הנאשם) וזיהה את המבנה. הוא ניסה לתאם לאחר הגשת כתב האישום, ואף הגיע עד השער, דא עקא שמחמת אי שיתוף פעולה של הנאשם לא נכנס והסתמך על התצ"א מ-2016 המוטמעת במערכת של הוועדה לתכנון ובנייה ותואמת את המקום שהכיר ועל גביה חישב את המדידה. במצב דברים זה התצ"א היא "ראייה קושרת" לשרטוט שערך המפקח (ת/2) על סמך אותה תצ"א. בית משפט קמא קבע כי הראייה קבילה, ובצדק קבע כך.

44. למערער ניתנה הזדמנות להגיש חוות-דעת נגדית והוא לא עשה כן. הוא אף בחר שלא להעיד, מילא פיו מים ולא טען בעת חקירת המפקח שהתצ"א לא משקפת את המבנה מושא כתב האישום ו/או כי יש על המקרקעין מבנים אחרים. שתיקת הנאשם חזקה את ראיות התביעה וכך גם המנעותו מהבאת חוות דעת כפי שיכול היה לעשות. לאחר שבית-המשפט ראה את הצילומים, ושמע את המומחה, שעדותו לא הופרכה, וציין כי הוא נותן אמון בחוות-דעתו של המומחה, לא מצאתי כי נפלה שגגה מלפניו.

אם המערער טוען שזה לא המבנה שלו (ולא ראיתי טענה מפורשת כזו), מה קל יותר היה להעיד על כך? ובכלל אם המבנה לא שלו, מכוח מה הוא מבקש לא להרוס אותו?



45. אשר לגזר הדין, הסנגור לא התייצב לישיבה בבית משפט קמא חרף זימונו וניתנה לו אפשרות להגיש טיעוניו בכתב. הוא בחר שלא לעשות כן חרף תזכורות שניתנו לו ובסופו של דבר בחלוף כמעט 6 חודשים שלא פעל להגשת טיעונים, זומנו הצדדים לשימוע גזר הדין.

46. גם אם לא הוכחו מידות המבנה המדויקות (הגם שהוכחו) הרי שאין חולק שיש שם מבנה בבעלות/החזקת המערער, מבנה שזוהה על ידי המפקח בביקורו הראשון. אין חולק כי לא ניתן היתר בנייה למבנה זה לפיכך ההריסה צריכה להיות של כל המבנה שזוהה, בין אם שטחו 155 מ"ר או 165 מ"ר או כל מידה אחרת.

החשיבות לעניין המידה היא לצורך גובה ההיטלים והעיצומים הכספיים. בעניין זה טען המערער באופן כללי ולא פירט כדבעי את טענותיו ובמה שגה בית משפט קמא בקביעותיו ועל כן יש לדחות גם חלק זה שבערעור. בשים לב להרשעה ועובדות המקרה, מצויה הענישה במתחם הענישה המקובל ומבטאת ענישה מאוזנת והולמת.

47. לפיכך לא מצאתי דבר בטיעוני המערער שיש בהם להצדיק את קבלת הערעור, והוא נדחה בזאת על כל חלקיו. עיכוב הביצוע הזמני שניתן עד ההכרעה מבוטל בזאת.

בהסכמת הצדדים אין צורך בזימונם לשימוע פסק הדין ועל כן הוא יישלח אליהם על ידי המזכירות.

ניתן היום, כ"א חשוון תשפ"א, 08 נובמבר 2020, בהעדר הצדדים.