

עפ"א 54419/06 - ועדת מקומית לתוכנן ובניה שפלת הגליל נגד עלאה חסאן

בית המשפט המחוזי בחיפה שבתו כבית-משפט לערעוורים פליליים

עפ"א 54419-06-17 ועדת מקומית לתוכנן ובניה שפלת הגליל נ' חסאן
תיק חיזוני:
בפני כבוד השופט רונית בש
ועדה מקומית לתוכנן ובניה שפלת הגליל
המערערת
נגד
עלאה חסאן
המשיב

פסק דין

1. לפניה ערעור על הכרעת הדין של בית משפט השלום בעכו, כב' השופטת שושנה פיננסוד (להלן: בית משפט קמא) שנינתנה ביום 9.5.17 בתיק ת"ב 14-12-15234 (להלן: הכרעת הדין), ולפיה זוכה המשיב, לאחר שמייעת ראיות, מהעבירה שיוחסה לו בכתב האישום בתיק הנ"ל (להלן: כתב האישום) - עבירה של ביצוע עבודות בניה ושימוש הטעונים היתר, לפי סעיף 204(א) לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה - 1965 (להלן: חוק התכנון והבנייה).

2. מעובדות כתב האישום עולה, כי בחודש 8/12 או בסמוך לכך ביצע המשיב, ללא יותר כדי, עבודות בניה ושימוש במרקען המועדים לתוכנן והודיעים חלקה 117 בגosh 18566 באדמות טמרה באופן שהקים בנין של קומה וחצי בשטח של כ- 332 מ"ר, בתוך מתחם 5 המועד לתוכנן. עוד נטען, כי המשיב הוא מי שזכה להירשם כבעליים של הזכיות במרקען הנ"ל, הוא המשתמש בפועל, האחראי לביצוע העבודה או השימוש וכי שמותלת עליו עפ"י דין החובה לקבל היתר בנייה לעבודות.

ההילך הקודם והכרעת הדין

3. בתשובתו לכתב האישום כפר המשיב בעובדות כתב האישום. מטעם המערערת העיד מפקח הבניה, ובמסגרת עדותם בפני בית משפט קמא הוגש ראיות שונות אליהן אתייחס בהמשך. המשיב בחר שלא להעיד ואף לא זומנו מטעמו עדים אחרים למתן עדות במסגרת פרשת ההגנה.

4. בית משפט קמאבחן את לשונו של כתב האישום וקבע בהכרעת הדין, כדלקמן: "נוסח הסעיף אינו מתייר לטעמי מקום לפרשניות שונות והוא ברור, הבניה של 332 מ"ר בוצעה על פי כתב האישום בחודש 8/12 או בסמוך לכך".

5. בית משפט קמא הוסיף וקבע, כי מחריאות שהוגשו ע"י המערערת עליה, כי על פי גרסתה לא כל השטח המצוין בכתב האישום (332 מ"ר), נבנה במהלך חודש 8/12 או בסמוך לכך. הוטעם, כי מעין בתמונה מיום 16.8.12 (ת/1), לא ניתן לראות קוטג' בניו. הובהר, כי בתמונה נראהות יציקת ריצפה ותחלית שלד המשתרעים על שטח שאינו ידוע. עוד קבע בית משפט קמא כי מהתמונה מיום 12.9.12 (ת/2), ניתן לראות מבנה של קומה אחת בשלב של שלד. בית משפט קמא הסיק מחריאות הנ"ל שהוגשו על ידי המערערת, כי בחודש 8/12 או בסמוך לכך לא עמד במרקען, על פי כתוב האישום המערערת עצמה, מבנה בדמות קוטג' כמתואר בכתב האישום. בית משפט קמא הוסיף וציין, כי אם על פי כתוב האישום הקוטג' המושלם, המשתרע על פני קומה וחצי, הוא בשטח של כ- 332 מ"ר, הרי שהמעערערת הוכחה כי בשלבי הבניה שלו בסמוך לחודש 8/8, המועד הרלוונטי לכתב האישום, לא הייתה בניה בהיקף כזה או קרוב לו. בית משפט קמא מצא חיזוק לקביעה הנ"ל גם בתמונה שצולמה בחודש 10/14 (ת/6). הוטעם, כי התמונה הנ"ל צולמה כשתנים לאחר מכן ביצוע העבירה לכאורה ובנית המבנה המוגמר על פי כתב האישום. לפיכך נקבע כי לא ניתןטעון שתקופת למעלה משנתים עדין נכללת במסגרת התיבה "או בסמוך לכך", המופיעה בכתב האישום.

6. בית משפט קמא הטעים, כי הדרישה לפרטי כתב האישום, המופיעה בסעיף 85 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב -1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי), نوعה בין היתר על מנת שהנאשם יוכל להתנון בפניו בפני האשמה הניצבת בפניו. בית משפט קמא ציין כי נוסח כתב האישום מלמד בדבר שתי עובדות אשר אין מתישבות זו עם זו עפ"י המסכת העובדתית שהמאמינה עצמה הציגה, כאשר מדובר גיסא מיוחס למשיב ביצוע עבירה בחודש 8/12, או סמוך לכך, ומайдן גיסא, מיוחס לו בכתב האישום בניית מבנה קוטג' בן קומה וחצי בשטח של 332 מ"ר. בית משפט קמא הוסיף בנקודה זו, כי מקרה זה אינו נכנס בשעריו של סעיף 85 (4) לחוק סדר הדין הפלילי, המתיחס למקרה בו לא ניתן לבירר את העובדות או את הזמן. הוטעם כי צירוף התמונות ת/1, ת/2 ו-ת/6 מלמד כי ניתן לעקב אחר הבניה והתקדמותה וכי כך אף נעשה. לפיכך, קבע בית משפט קמא, כי המערערת טעהה בניסוחו של כתב האישום ובזמן הופיעים בו.

7. בית משפט קמא לא מצא כי ניתן מכוח סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי להרשיע את המשיב בהתאם להיקף הבניה, נכון למועד 8/12. נקבע כי לא הונחה תשתיית ראייתית מספקת להרשעת המשיב בבניה כפי שהיא היה ב-12/8 או בסמוך לכך, שכן לא הוכח היקף הבניה באותו מועד. בית משפט קמא הבירר כי מעין בתמונה ת/1 (התיעוד היחיד של הבניה ב-12/8) אין אפשרות להעריך, על פי אותה תמונה, את היקף הבניה באותו מועד, מה גם שאין תשריט של שטח הבניה בלבד ת/4 שנערך בהתייחס לכל הקוטג'. נקבע כי מלבד התמונה הנ"ל, אין כל אינדיקציה לגבי גודל שטח הבניה במועד הרלוונטי או סמוך לכך, וכי דף הסקיצה של שטח הבניה (ת/4) לא נערך במועד המצוין בכתב האישום.

8. עוד קבע בית משפט קמא כי ת/3- מכתב הזימון לחקירה- אף הוא אינו יכול להוות ראייה לשטח הבניה. הוטעם כי במכتب הזימון לחקירה שנערך ביום 14.10.14 על ידי המפקח, ומתייחס לבייקורת שהוא ערך ביום 17.9.12 נפלה טעות בהתייחס לשטח הבניה באותו מועד (צוין בת/3 שטח של 320 מ"ר). באשר לצו הפסיקת המנהלי (ת/7) צוין, כי אמנם המפקח אישר בחקירתו שהצוו שהוצגו בפני בית משפט קמא הוא הצו המנהלי שמסר למשיב. עם זאת, בית משפט קמא קיבל את טענת הסגנור בנקודה זו, לפיה הראייה הנ"ל קבילה אך ורק לעצם מסירת הצו למשיב, אך לא לגבי אמריות התוכן של הצו שנערך ביום 13.9.12 ובו נרשם כי שטח הבניה הוא 160 מ"ר. נקבע כי החלק התוכני בצו אינו חתום ע"י המפקח, באמצעותו הוגש הצו. עוד נקבע כי גם אם חתום הצו ע"י המהנדס לפי מידע שמסר לו המפקח, הרי שלא ברור מהו מקור אותו מידע ועל בסיס מה קבע המפקח כי שטח הבניה עומד על 160 מ"ר.

9. כן בוחן בית משפט קמא בהכרעת הדיון את טופס גביית עדות המשיב על ידי המפקח מיום 13.9.12 (ת/5). בית משפט קמא בוחן האם יש בתשובה המשיב לשאלת מס' 5 ב-ת/5 כי שטח הבניה עומד על כ- 160 מ"ר, משום ראייה מספקת להוכחת היקף הבניה במועד האמור בכתב האישום. בכךודה זו התייחס בית משפט קמא לטיעוני הסניגור בסיכוןים, לפיהם במסגרת גביית עדותו של המשיב נפלו שני פגמים מצטברים: האחד- אי מתן זכות היועצות עם עוז"ד והפגם השני - חתימתו של המשיב מופיעה רק בתחוםת ת/5 ואין חתימה שלו ליד זההרטו.

10. באשר לפגם הנוגע לאי חתימת הנאשם לצד האזהרה, ציין בית משפט קמא, כי מעודות המפקח עליה כי בטפסים לגביית עדות שהוא נהוגים באותה עת, לא היה מקום לחתימת הנחקר לצד האזהרה הכלולה בטופס, דבר הקיים בטפסים הנהוגים היום. בית משפט קמא ציין, כי האזהרה מצויה בטופס הכתוב. בית משפט קמא קבע כי הימנעותו של המשיב מלheaיד בפניו מהוות חיזוק לטענתה המערערת כי הכללת האזהרה בטופס ת/5 מהוות ראייה לכך כי אכן המשיב הוזהר.

11. לעניין הפגם הנוגע לפגיעה בזכותו של המשיב להיוועץ בעורר דין, קבע בית משפט קמא כי פגם זה חרוץ את גורל ההודהה לכואורה שניתנה ב-ת/5, המתיחסת לשטח הבניה בספטמבר 2012 ולאחריות המשיב לבניה. בית משפט קמא התייחס לכך שבפתחו של המסמך ת/5 מוצג פירוט העבירה, זאת במילים: "החל בנית בניין למגורים בשטח של כ- 160 מ"ר ללא היתר בנייה...". לפיכך, הסיק בית משפט קמא כי שטח הבניה לא נמסר על ידי המשיב למפקח, אלא המפקח היה זה שצין בפני המשיב את השטח. צוין כי קיימת התאמה מלאה בין תשובתו של המשיב בסעיף 5 לבין השטח המוצג בפניו בפתח גילוין גביית העדות. בית משפט קמא הוסיף וציין, כי לא בכל מקרה יעורר הדבר תמייה לעניין כנות התשובה, אולם במקרה זה אין כל תיעוד המבהיר כיצד המפקח הגיע לידיעה שלכאורה מדובר ב- 160 מ"ר. הوطעם כי אין מזכיר המתאר את האופן בו המפקח מدد או קיבל מידע מגורם אחר.

12. עוד נקבע בהכרעת הדיון, כי "כל שביהם"ש מוצא לנכון להרשיע הנאשם בעובדות השונות מלאה שפורטו בכתב האישום, על ביהם"ש להזהירו ולזודא כי הנאשם קיבל את האפשרות להתגונן", ואילו המשיב לא קיבל אפשרות זו, כי אם עמד על כך שכותב האישום אינם מיחסים לו עבירה מאוקטובר 2014 וכן גם התייחס לחומר הראיות. בסיכוןו של דבר זיכה, כאמור, בית משפט קמא את המשיב מהעבירהמושא כתוב האישום.

נימוקי הودעת הערעוו

13. בפתח נימוקי הודעת הערעוו טוענת המערערת, כי עמדה בנטול להוכחת אשמו של המשיב בביצוע העבירה שיחוסה לו בכתב האישום. נטען, כי בית משפט קמא טעה עת שקבע כי היה על המערערת להוכיח שבחודש 8/12 או במועד סמוך לכך, עמדת הבניה על שטח של 332 מ"ר.

14. לטענת המערערת, עמדו בפני בית משפט קמא די ראיות המוכחות מעלה לכל ספק סביר את כל יסודותיה של העבירה על מנת להרשיע את המשיב. בכךודה זו מפני המערערת לדברי המשיב בטופס גביית העדות-ת/5, מהם עולה מועד תחילת הבניה והיקפה (160 מ"ר). עוד טוענת המערערת, כי בית משפט קמא טעה עת שקבע כי התמונה ת/6 אינה רלוונטיות נוכח ניסוחו של כתב האישום והמועד בו צולמה התמונה (10/14). המערערת מפנה לקביעת בית משפט

כמו לפיה, צירוף התמונות ת/1, ת/2 ו-ת/6, מלמד כי ניתן לעקוב אחר הבניה והתקדמותה. המערערת סבורה, כי ככל הריאות שהוצגו בפני בית משפט קמא מלמד על כך שהמשיב בנה את המבנה לאורך שניםים. לחילופין, טוענת המערערת כי טעה בית משפט קמא עת שקבע כי לא ניתן להרשיע את המערער, עפ"י עובדות אחרות, מכוח סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי, בעת שקבע כי לא ניתן להעריר, על פי הריאות, את היקף הבניה, זאת על אף שתשריט שטח הבניה (ת/4) מלמד על היקף הבניה של המבנה המוגמר.

15. המערערת מדגישה ומציינת כי כתוב האישום הוגש לעניין הקמת מבנה מגורים בן קומה וחצית בשטח של כ- 332 מ"ר. לדידה, היה על בית משפט קמא לבחון את התוצאה המוגמרת ולהכריע בשאלת המשיב בנה או לא בנה את המבנה, כל זאת בהתעלמות מהשיטה. המערערת סבורה, כי ככל הריאות המעידות על התקדמות הבניה, כמו גם האמור בטופס גביית עדות המשיב-ת/5, לצד שתיקת המשיב, היו צרכים להוביל את בית משפט קמא להכרעה כי המשיב ביצع את העבירה המיוחסת לו בכתב האישום.

16. המערערת סבורה, כי בעבירה המיוחסת למשיב אלמנט הזמן אינו מהו יסוד מיסודות העבירה, ולפיכך אין הטענה מחייבת לנქוב במועד מדויק. כמו כן, לטענת המערערת, משמצא בית משפט קמא כי הוכחו יסודות העבירה הנזכרת בסעיף (א) לחוק התכנון והבנייה, כי אז לשטח הבניה בפועל חשיבות משנה בלבד וכן בעיקר כשיתול בעת גזירת דין של נאשם. מוסיפה וטענת המערערת, כי לא נפל כל פגם בהגנתו של הנאשם, וכי לא בכך הוא לא העיד להגנתו, שכן אילו לא היה אחראי לבניה- היה קם וזעק לחפותו. לדידה של המערערת, שתיקת המשיב מאינית את קביעתו של בית משפט קמא באשר לחשיבות הגלומהabei מסירת ההודעה לנחקר בדבר זכותו להיוועץ בעורף דין, קביעה המתעלמת מראיה שבמסגרתה הודה המשיב באחריות לבניה, בנסיבות דה פקטו בקרקע וביקף הבניה באותו מועד. כן טוענת המערערת, בהתבסס על פסיקה, כי לא בכל מקרה של אי מסירת הودעה על זכות הייעוץ יורה בית משפט על פסילת ההודאה.

17. עוד טוענת המערערת, כי בית משפט קמא טעה עת שציין כי השטח שצוין בגלויון גביה העדות של הנאשם (160 מ"ר) אינם מגובה במידידה או מזכיר המתאר את האופן בו המפקח מدد. הוטעם, כי מתוקף תפקידו השטחים אוטם מצין המפקח אינם נכתבים באופן שרירותי אלא לאחר מדידה. עוד נטען כי המפקח לא הכתיב, כנטען, את היקף המדידה הראשוני למשיב, כי אם היה זה המשיב שהשיך לשאלת החוקר מיזמתו.

18. המערערת שבה מדגישה, כי הימנעותו של המשיב מלheid פוגעת, במקרה זה, פגיעה מכרעתה בטענתנו נגד אי מסירת זכות הייעוץ. הובהר, כי עת בחר המשיב בזכות השטקה הרי שדבר מחזק את עצמת הריאות נגדו, ואף שולל כל בסיס לטענה כי הופרה זכות הייעוץ.

19. לסיכום, טוענת המערערת, כי בית משפט קמא טעה עת שזכה את המשיב חרף מכלול הריאות המוכיחות מעל לכל ספק סביר, כי הוא החל בעבודות בניה מבנה מגורים בחודש 8/12 וסיים אותן בחודש 10/14 לערך, כאשר בין היתר הוא הגיע למשרדיו הוועדה לתכנון ובניה והוא בבעלותו במרקען והעובדות המבוצעות על ידו בהם, וכן קיבל לידי צו הפסקה מנחיי ובכל זאת המשיך בעבודות הבניה עד לסיוםן. לעניין צו הפסקה המנהלי טוענת המערערת, כי המפקח אישר שכتب את הדברים (זיהוי המקרקעין, שטח הבניה, היקפה ומצובה באותו מועד), וכי לפיכך היה מקום לאמץ את

20. בסיכומו של דבר, עותרת המערערת כי בית המשפט קיבל את העreauו וירשע את המשיב בעבירה שיווחה לו בכתב האישום.

טיעוני ב"כ הצדדים

21. בדיון בפני ביום 19.9.17 טענו ב"כ הצדדים זה בכח זהה בכח, ולאחר מכן השילמו בכתב את טיעוניהם. ב"כ המערערת חזר על האמור בהודעת העreauו תוך שטען, כי התמונות שהוגשו באמצעות המפקח (ת/1 ות/2) הן תמונות שצולמו בסמוך למועד חקירת המשיב, אך שאין ספק שמדובר בבנייה בתהווות בה מודה המשיב. עוד טען ב"כ המערערת כי המשיב זומן לתת גרטסו לגבי מלא שטח הבניה (332 מ"ר), זאת ביום 14.10.14 וכן כי התמונה ת/6, המתעדת את השטח הנ"ל, צולמה ב- 12.10.14. נטען כי מכלול התמונות אלו למדים על שלושת שלבי הבניה עד להיקף הבניה המתואר בכתב האישום.

22. לגבי אי קיом זכות הייעוץ טען ב"כ המערערת, כי המשיב בחר לשתק ולא למסור גרסה לעניין זה ולענין מצבו במועד גביה הودעתו, דבר שיכול היה להשילך לעניין טוב ההודהה שנגבתה ממנו. לעניין העדרו של דוח גילוי עבירה טען ב"כ המשיב, כי אין דרישת ראייתם לערכית דוח זה וכי דין בריאות שהוגשו כדי לבסס את הרשותו של המשיב. ב"כ המערערת הוסיף וטען, כי בצו המנהלי להפסקת הבניה (ת/7) יש תיעוד מפורט של המפקח והוא משמש כדוח פיקוח לעניין הבניה. ב"כ המערערת ציין, כי המפקח אינו משפטן וכי על בית משפט קמא לבחון את מכלול הריאות בתיק. בסיכומו של דבר, ביקש ב"כ המערערת לקבל את העreauו ולהרשע את המשיב בעבירה, על פי עובדות כתב האישום, ולמצער בעבירה, לפי שטח בניה של 160 מ"ר, זאת מכוח סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי.

23. ב"כ המשיב טען בדיון בפני, כי לא ניתנה למשיב זכות הייעוץ עם עורך דין עם גביה הודעתו ת/5, מה גם שלשליטהו, נפלו פגמים נוספים ב-ת/5, כדוגמת אי קיומם חתימה של המשיב מצד נוסח האזהרה בטופס הנ"ל. בנוסף, טען ב"כ המשיב הן בעל-פה והן בכתב, כי לא הוגש כראיה דוח גילוי עבירה שערך המפקח, זאת חרף העובדה שהלה אישר כי כל ראיותיו מבוססות על אותו דוח, המוגש בכל תיק. ב"כ המשיב טען, כי לא ניתן לדעת אם דברי המשיב בת/5 רלוונטיים למועד כתוב האישום, ללא דוח גילוי העבירה. ב"כ המשיב הדגיש כי אין חולק על מהימנותו של המפקח, ומ声称 טען כי יש לאמץ את דבריו בעדותו, לעניין דוח גילוי העבירה. לשיטת ב"כ המשיב, קיימת סתירה בין דבריו ב"כ המערערת לבין דבריו המפקח מהם עולה, כי הדוח הנ"ל ממולא על ידו בדבר שבharga ומהווה בסיס לכל עבודתו. בנקודה זו הפנה ב"כ המשיב לדוח גילוי העבירה, שunnerך בתיק אחר, הכולל את הנתונים הרלוונטיים לביסוס כתוב האישום, לרבות תאריך גילוי העבירה (נ/2). ב"כ המשיב טען בטיעונו בכתב, כי דוח גילוי העבירה היה בפני המערערת שבחרה, ללא כל הסבר, שלא להגישו, דבר המלמד, לשיטתו של ב"כ המשיב, כי במידה שראיה זו הייתה מוצגת, היא הייתה פועלת לטובת המשיב. ב"כ המשיב מפנה בטיעונו בכתב בנקודה זו לאמרם בספריו של המלמד יעקב קדמי, "על דיני הריאות" (חלק רביעי, תש"ע-2009, עמ' 1890, 1889), לעניין מתן משקל ראוי לرأיה שלא הובאה ללא הסבר סביר לכך, וمبקש להזכיר מכך לעניינו. כאן אקדמי ואציגן כי מפרטוקול הדיון בפני בית משפט קמא, במהלך העיד המשפט (פרוטוקול מיום 24/1/17), לא ניתן להסיק, כפי שזוהה להלן, כי המערערת מנעה מהגשת דוח גילוי עבירה

שער המפקח. המפקח הבahir בעדותו כי הוא יכול לחקור נאשם באזהרה גם לפני שמיילא דוח גינוי עבירה (שם, עמ' 13, ש' 6-7) וכי במקורה דן כנראה שערך את הסקיצה (ת/4) לפני דוח ההחלטה (שם, עמ' 19 ש' 8-9). כן ציין המפקח בעדותו, כי "לא צריך להיות דוח. צריך להיות מזכיר" (שם, עמ' 11, ש' 20). ב"כ המערערת הוסיף והבהיר באותו דיוון, בהמשך לדבריו הנ"ל של המפקח, כי המסמך היחיד שלא הועבר לסנגור הוא מסמך של סיכום התקיק שהעביר המפקח לידי התובע, אשר אינו מהו חומר חקירה, ואף על פי כן, אם ייחפות בכר הסנגור, הוא יוכל לעין במסמך זה. בהמשך לכך, עין הסנגור באותו מסמך של סיכום התקיק שערך המפקח ואלו התייחס, כאמור, ב"כ המערערת (שם, עמ' 13 ש' 14-22). לפיכך, ניתן כבר עתה, כי אין ממש בטענת ב"כ המשיב, כי המערערת נמנעה מלהציג לידי ההגנה מסמך מהו דוח גינוי עבירה וכי במידה שמסמך זה היה מוצג, היה פועל הדבר לטובת המשיב.

24. עוד טען ב"כ המשיב, כי התמונה ת/2 שצולמה ב 12.9.12 חסרת משמעות בתיק נכון לנוכח העובדה שאינה נשאות מספרי גוש וחלקה, וכן כי אין כל משמעות לתמונה ת/1 מיום 12.8.12, כל זאת ללא קיומו של דוח גינוי עבירה. כן נטען, כי מעדותו של המפקח עולה שמספריו הגוש והחלקה, העולים מריאות הטבעה, הוועתקו מדו"ח גינוי העבירה שכאמור איננו ומתוכנית מתאר, לגביה לא ידע המפקח לומר, אם אי פעם פורסמה או אושררה. עוד עולה, לדברי ב"כ המשיב, מעדותו של המפקח, כי העתק את מספריו הגוש והחלקה המופיעים בטופס גביית הדעת המשיב (ת/5), מדו"ח הביקורת שערך, שאינו. כן מפנה ב"כ המשיב לדברי המפקח, מהם עולה כי חישוב השטח של 160 מ"ר מתבסס על האמור בדו"ח הנ"ל, דוח גינוי העבירה, אשר לא הוגש כראיה. אי לכך, נטען כי לא ניתן להרשיע את המשיב בהתייחס לשטח של 160 מ"ר. בסופו של דבר הוסיף ב"כ המשיב וטען בדיון בפניו, כי ב"כ המערערת לא הצבע על כך שהמשיב קיבל את הזימון למסור הודעה נוספת נוספת, וכי אין כל ראייה שהמשיב קיבל זימון שכזה.

דיון והכרעה

25. אקדמי אחרית לרשות ואצין כי דיינו של הערעור בתיק זה להתקבל, זאת כפי שוביל ויפורט להלן. אומנם, כפי שקבע בית משפט קמא, לא ניתן להרשיע את המשיב בעבירה המזוהה לו, עפ"י עובדותיו של כתב האישום, שכן לא עלה בידי המערערת להוכיח, כי במהלך חודש אוגוסט 2012, או בסמוך לכך, בוצעה ע"י המשיב בניה בשטח של כ-332 מ"ר. ב"כ המערערת טען בטיעונו הכתוב, כי ניתן להרשיע את המשיב בבנייה ללא היתר של השטח הנזכר בכתב האישום (כ-332 מ"ר), זאת בהסתמך על הودאת המשיב ב-ת/5, על מסירת צו הפסיקת הנהלה המפרט את הבנייה, על התמונות שהוגשו בדיון בפני בית משפט קמא, המתעדות את שלושת שלבי הבנייה ועל כך שהמשיב לא נענה להזמנה משנת 2014 להיקר על היקפה המלא של הבנייה בעת הנ"ל. דא ע"א, שהמשיב בהודעתו ת/5 שנמסרה ביום 13/9/12, הודה אף בדיון בベンיה של כ-160 מ"ר שהוא גם השטח הנזכר בצו הפסיקת הנהלה שהומצא למשיב באותו מועד. מהתמונה הריאיתית הכללת שהובאה בפני בית משפט קמא עולה, מעבר לכל ספק סביר, כי בחודש אוגוסט 2012, או בסמוך לו, ביצע המשיב, ללא היתר כדין, עבודות בניה ושימוש במרקען הנזכרים בכתב האישום, בשטח של כ-160 מ"ר, ואך לגבי עובדות אלה ניתן להרשיע את המשיב.

26. סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי מסמיך את בית המשפט להרשיע נאשם בגין עבודות שלא נטען בכתב האישום ובלבך שנשמרה זכותו להתגונן. להלן לשונו של סעיף זה:

"בית המשפט רשאי להרשיע נאשם בעבירה שאשmeta בה נתגלתה מן העבודות שהוכחו לפניו, אף אם עבודות אלה לא נטען בכתב האישום, ובלבך שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן; אולם לא יוטל עליו בשל כך עונש חמור מזה"

שאפשר היה להטיל עליו אילו הוכחו העובדות כפי שנטענו בכתב האישום".

.27 ומהתם להכא:

הוכח, כאמור, מעבר לכל ספק סביר, כי המשיב בנה ללא היתר כדין, בניה בשטח של כ-160 מ"ר ואף הייתה לו בית משפט קמא הזדמנות סבירה להתגונן בפני עובדות אלה. ודוק, עדותו של המשיב בפני המפקח (ת/5) מדברת בפני עצמה וממנה עולה הودאת המשיב, לפיה רכש את המקركען מסבה של אrosis והוא בונה עליהם. המשיב מאשר בעדות הנ"ל כי הבניה שייכת לו וכי שטחה הוא, כאמור, 160 מ"ר, וכן הוא מאשר כי החל בבנייה שבועיים קודם העדות ת/5 נגבתה מהמשיב ביום 13/9/12, הינו במועד הסמור לחודש אוגוסט 2012. במקרים אחרים: מהודאותו הנ"ל של המשיב עולה, כי בסמוך לחודש אוגוסט 2012 (המועד הנטען בכתב האישום) בנה בניה בשטח של 160 מ"ר. במקרה זה יזכיר כי אין בידי לקבל את קביעתו של בית משפט קמא, כי הפגם הנעוז באי מתן הودעה למשיב, במסגרת גביית הודעתו ת/5, בדבר זכותו להיוועץ עם עורך דין, חורץ את גורל ההודאה העולה מת/5, באופן המביא לפסילתה.

.28. בהלכת ישכרוב (ע"פ 5121/98 טור' רفال ישכרוב נ' התובע הצבאי הראשי ואח' (4.5.2006)) נקבע, לעניין אי מתן הודעה לנאים בדבר זכותו לקיום זכות ההיוועץ עם עורך דין, כי מדובר בעניין יחסי וכי יש לבחון את מהות הזכות שהופרה, אל מול הנזק או הפגיעה בהגנתו של הנאים בגין אותה הפרה. המשיב יכול היה להביעו ולבהיר כיצד אי מתן הודעה בדבר זכותו להיוועץ עם עורך דין גורם לפגיעה בהגנתו בתיק שבפניו. ברם, המשיב בחר שלא להביע ולפייך אין לו להלין אלא על עצמו לעניין זה. כך גם יכול היה המשיב להסביר, במהלך מסירת עדותו, האם הנtan לגבי שטח של 160 מ"ר הובא על ידו ב-ת/5, לאחר שנטען זה הושם בפיו ע"י המפקח ציין עובדה זו ב-ת/5. אכן עקרה, המשיב בחר לשטוק במשפטו ושתייה זו משמשת חיזוק וסיעע, מידת הצורך, למסקלן של ראיות התביעה (סעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי). כאן אזכיר כי בית משפט קמא קבוע, ובצדק, כי יש לראות בשתייה המשיב כחיזוק לראיות התביעה לעניין זההרטתו בטופס ת/5, זאת על אף שהמשיב אינו חתום מצד האזהרה, שהרי המשיב יכול היה להתייחס לנתקודה זו במסגרת של מתן עדות בבית משפט קמא. כך גם יכול היה המשיב להתייחס לעניין הפגיעה בהגנתו ע"י אי מתן הודעה לגבי זכותו להיוועץ עם עורך דין, ומשוחרר שלא לעשות כן, הרי שאין מקום לפסל את הודעתו בטופס ת/5 אך בשל אי מתן הודעה הנ"ל. יתרה מכך, למשיב ניתנה הזכות למסור במשרדי המשيبة את גרסתו לעניין ביצוע בניהה לא חוקית של מבנה (קוטג') בשטח של כ-332 מ"ר, כפי שעולה מכתבו של המפקח שנשלח למשיב ביום 14.10.14. המשיב הוזמן במכتب הנ"ל (ת/3) למסור את גרסתו בעניין הבניה הבלתי חוקית, המיוחסת לו, אולם הוא בחר לא לעשות כן, ובכך בחר גם לא להתייחס לעדותו מיום 13.9.12 בפני המפקח (ת/5), לרבות להשפעת אי מתן הודעה לעניין זכותו להיוועץ עם עורך דין על דבריו באותה עדות, המהווים הודהה של המשיב לעניין רכישת המקركען על ידו ולענין ביצוע בניה בהם בשטח של 160 מ"ר, אשר החלה שבועיים לפני מסירה העדות. במקרה זו יודגש כי אין לקבל את טענת ב"כ המשיב, כי אין כל ראייה לכך שהמשיב זמין במועד הנ"ל למסירת הודעה נוספת. ודוק, על גבי טופס הזמן הנ"ל (ת/3) רשום כי הוא מזמין למשיב וכן כי נשלח ב"רשום" (דוואר רשום). על המשיב היה להעיד בפני בית משפט קמא ולטעון כי לא קיבל לידי את הזמן הנ"ל שלכואה נשלח אליו, למען, אולם הוא בחר שלא לעשות כן, ולפייך יש לראותו כדי שקיבל את הזמן למסירת גרסתו.

.29. לאחר שקבעתי כי יש לראות את הודעתו של המשיב בפני מפקח הבניה כראיה קבילה, אוסף ואציג, כי בצדיה

עמוד 7

של הودאה זו קיימת ראייה נוספת- הצו המנהלי להפסקת הבניה (ת/7) (להלן: צו ההפסקה המנהלי), אשר הומצא למשיב ביום 13.9.12 שהינו יوم מתן הודאה ע"י המשיב. המפקח בעדותו בפני בית משפט קמא הבHIR כי כתוב בכתב ידו, בין היתר, את המילים הבאות בצו הפסקה המנהלי: " החל לבנות בנין למגורים בשטח של כ 160 מ"ר ללא היתר בנייה...". המפקח ציין כי מהנדס הוועדה חותם על הצו הנ"ל, אולם הוא זה שמלא בו את הפרטים . המפקח, עפ"י עדותו, מביא מהנדס הוועדה את הראייה לגבי הבניה הלא חוקית ומהנדס אף חותם על צו הפסקה המנהלי. עוד הובהר מפיו של המפקח, בעדותו בפניו בית משפט קמא, כי הרישום שלו על גבי צו הפסקה המנהלי העניין הבניה הלא חוקית ושטחה בעת הרלוונטי, זאת בהינתן עדותו של המפקח המלמדת כי הוא רשם בעצמו את הפרטים בצו הנ"ל תכנית המתאר ועל סמך השטח, נכון ליום מסירת הצו. ניתן לאמץ את האמור בצו הפסקה המנהלי לעניין הבניה הלא חוקית ושטחה בדתיקת הנתונים, מה גם שהמפקח ביקר במקום וצילם את הבניה הלא חוקית הן ב-12.8.12 והן ב-12.9.12 (ת/1 ות/2). עוד אציין, כי יש לקבל את טיעונו של ב"כ המערערת, כי ניתן לראות בדבריו של המפקח הרשומים בצו הפסקה המנהלי בדברים המעידים על גילויו של העבירה על ידי המפקח. הצו הנ"ל נערך ביום 13.9.12, במועד הסמוך לחודש אוגוסט 2012, והוא בודאי כי להעדיין, כד"ח גילוי עבירה, על הנתונים הרלוונטיים לכתוב האישום. מפקח הבניה אינו משפטן וכן אין מקום לפרש את עדותו כמלמדת שככל מקרה ומרקחה חייב להיות מוגש, חלק ממכלול ראיות ה壯יפה לצורך הרשות נאשם, גם דז"ח גילוי עבירה כדוגמת הדז"ח נ/2 שנערך בתיק אחר. יודגש בכךודה זו כי גם אלמלא הדז"ח הנ"ל מבשת תמוןת הראיות שבפניו את אשמו של המשיב, מעבר לכל ספק סביר.

30. המשיב, כאמור, מודה ב-ת/5 כי הוא זה שביצע את הבניה הלא חוקית ואף קשור עצמו למקראקען אותם רכש, לגרסתו, מסבה של ארוסתו. המשיב אף מצין ב-ת/5 את הסיבה לביצוע הבניה באמרו: "אני מאורס וועמד להתחתקן". להודאה הנ"ל ניתן, לפיכך, להעניק משקל פנימי רב כהודה שנינתנה מביל' שהופעל על המשיב לחץ חיצוני כלשהו. עוד שוכנעתי, בנסיבות העניין, כי שתיקתו של המשיב בבית משפט קמא נובעת אך מכך שאין לו תשובה להאשמות כלפיו בתיק שבפניו, מעבר להודאה הנ"ל, המתיחסת להיותו שטו של המבנה 160 מ"ר נכון ליום מסירת הודאה. המבנה היה במצב של התהווות באותו מועד. המכחשה לכך ניתן לראות בתמונה ת/6 שצולמה ביום 12.10.14 ובها נראה המבנה בהיקף גדול יותר, לאחר השלמת בנייתו.

31. נוכח האמור לעיל, הוני בדעה כי ניתן לראות בעינויו את שתיקתו של המשיב בפני בית משפט קמא כמהווה דבר מה נוסף להודאתו (ת/5) (ראו: רע"פ 4142/04 מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סב (1) 378 (2006)). הנה כי כן, הודאתו של המשיב בפני המפקח וצו הפסקה המנהלי, לצד שתיקתו של המשיב, מצביעים בפניו על כך שהמשיב בנה את הבניה הלא חוקית וכי בעת האמורה בכתב האישום ("בחודש 8/12 או במועד סמוך לכך") היה שטח הבניה הלא חוקית שטח של 160 מ"ר.

32. כאן אשוב ואציג כי, ניתנה למשיב, כאמור, הזכות להתגונן בפני העובדות הנ"ל שהוכחו במשפט, זאת על אף שלא הועלו במלואן בכתב האישום. לעניינו יפים דבריו הבאים של בית המשפט העליון, כפי שנאמרו בע"פ 5102/03 מדינת ישראל נ' קלין (4.9.07): "המבחן המכريع לקיומה של הזדמנויות סבירה להתגונן מצוי בתשובה לשאלת כיצד הייתה ההגנה משתנה אילו ידע הנאשם על אפשרות הרשותו באשמה החילופית (פרשת רוטקייז, שם; פרשת יעקבוב, שם). כן ניתן משקל לעובדה כי הנאשם הורשע בנסיבות פחות מחמירות מאשר שבון הושם, כאשר העבירה בה הורשע דומה בਮהותה לעבירה בה הושם (ע"פ 10545/04 מדינת ישראל נ' אלדנקו, תק-על 2006(1) 1593); אפשר גם, כי עצם בירור העובדות החדשות במסגרת הדיון השיפוטי עשוי לקיים את התנאי בדבר הזדמנות נאותה

להתגונן (ע"פ 1673/90 חאתם בן מוחמד סعيد חAMD נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(4) 777 (להלן: עניין חאתם); ע"פ 521/88 חסן ספדי נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(4) 752). מבחינות אלה, טענה נאשם כי לא ניתנה לו הזדמנות להתגונן מח"יבת פירוט במה נפגעה הגנתו, ואין די בהעלאת טענה כללית וערטילאית (ע"פ 3929/97 מדינת ישראל נ' סעדיה (עד) גריד, תק-על 99(3) 37, 42)." .

.33. ומן הכלל אל הפרט:

ашמתו של המשיב הוכחה, כמפורט לעיל, לגבי עבודות הדומות במהותן לעובדות כתב האישום, למעט שטח הבניה. העובדה היחידה שלא עולה מעובדות כתב האישום היא היקף הבניה, העולה, כאמור, מהודאת המשיב ומצוי ההחלטה המנהלי, כך שהמשיב ידע על עובדה זו ויכול היה להתגונן ממנה, אולם הוא בחר שלא לעשות כן ואף שתק, כאמור, בדין בפני בית משפט קמא.

.34. לפיכך, עלה בידי המערערת להוכיח, מעבר לכל ספק סביר, כי המשיב בנה במרקען מושא כתב האישום בניה לא חוקית בשטח של כ-160 מ"ר, נכון לחודש אוגוסט 2012, או סמוך למועד זה, יש להרשיע, בנסיבות העניין, את המשיב בביצוע העבירה המיוחסת לו בכתוב האישום עפ"י העובדות הנ"ל.

.35. בסיכון של דבר, אני מקבלת את ערעורה של המערערת בתיק זה ומורה בדבר הרשות המשיב בעבירה המיוחסת לו בכתוב האישום, זאת בהתייחס לשטח של כ- 160 מ"ר, נכון לחודש אוגוסט 2012, או סמוך לכך. הדיון יוחזר לפתחו של בית משפט קמא לצורכי העלת טיעוני הצדדים לעונש וגישה דין של המשיב.

פסק דין זהiomca לעיינו של בית משפט קמא, אשר יקבע מועד לדין בפניו בהקדם האפשרי, עפ"י תפוסת יומנו.

ניתן היום, כ"ז חשוון תשע"ח, 16 נובמבר 2017, במעמד ב"כ המערערת עו"ד עמיאל וב"כ המשיב עו"ד אורן ממשרדו של עו"ד בלומנפלד והמשיב.