

## עפ"א 54419/06/17 - ועדה מקומית לתכנון ובנייה שפלת הגליל נגד עלאא חסאן

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פלייליים

עפ"א 54419-06-17 ועדה מקומית לתכנון ובנייה שפלת הגליל נ' חסאן  
תיק חיצוני:  
בפני כבוד השופטת רונית בש  
המערכת  
נגד  
המשיב  
ועדה מקומית לתכנון ובנייה שפלת הגליל  
עלאא חסאן

### פסק דין

1. לפני ערעור על הכרעת הדין של בית משפט השלום בעכו, כב' השופטת שושנה פיינסוד (להלן: בית משפט קמא) שניתנה ביום 9.5.17 בתיק תו"ב 15234-12-14 (להלן: הכרעת הדין), ולפיה זוכה המשיב, לאחר שמיעת ראיות, מהעבירה שיוחסה לו בכתב האישום בתיק הנ"ל (להלן: כתב האישום) - עבירה של ביצוע עבודות בנייה 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 היתר כדיון, עבודות בנייה ושימוש במקרקעין המיועדים לתכנון והידועים כחלקה 117 בגוש 18566 באדמות טמרה באופן שהקים בניין של קומה וחצי בשטח של כ- 332 מ"ר, בתוך מתחם 5 המיועד לתכנון. עוד נטען, כי המשיב הוא מי שזכאי להירשם כבעלים של הזכויות במקרקעין הנ"ל, הוא המשתמש בפועל, האחראי לביצוע העבודה או השימוש ומי שמוטלת עליו עפ"י דין החובה לקבל היתר בנייה לעבודות.

### ההליך הקודם והכרעת הדין

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

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

5. בית משפט קמא הוסיף וקבע, כי מהראיות שהוגשו ע"י המערערת עולה, כי על פי גרסתה לא כל השטח המצוין בכתב האישום (332 מ"ר), נבנה במהלך חודש 8/12 או בסמוך לכך. הוטעם, כי מעיון בתמונה מיום 16.8.12 (ת/1), לא ניתן לראות קוטג' בנוי. הובהר, כי בתמונה נראית יציקת ריצפה ותחילת 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 מהראיות הנ"ל שהוגשו על ידי המערערת, כי בחודש 8/12 או בסמוך לכך לא עמד במקרקעין, על פי גרסת המערערת עצמה, מבנה בדמות קוטג' כמתואר בכתב האישום. בית משפט קמא הוסיף וציין, כי אם על פי כתב האישום הקוטג' המושלם, המשתרע על פני קומה וחצי, הוא בשטח של כ- 332 מ"ר, הרי שהמערערת הוכיחה כי בשלבי הבניה שהיו בסמוך לחודש 8/12, המועד הרלוונטי לכתב האישום, לא הייתה בנייה 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 כשנתיים לאחר מועד ביצוע העבירה לכאורה ובניית המבנה המוגמר על פי כתב האישום. לפיכך נקבע כי לא ניתן לטעון שתקופה של למעלה משנתיים עדיין 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), נועדה בין היתר על מנת שהנאשם יוכל להתגונן כראוי בפני ההאשמה הניצבת בפניו. בית משפט קמא ציין כי נוסח כתב האישום מלמד בדבר שתי עובדות אשר אינן מתיישבות זו עם זו עפ"י המסכת העובדתית שהמאשימה עצמה הציגה, כאשר מחד גיסא מיוחס למשיב ביצוע עבירה בחודש 8/12, או סמוך לכך, ומאידך 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, המתייחס למקרה בו לא ניתן לברר את העובדות או את הזמן. הוטעם כי צירוף התמונות ת/1, ת/2 ו-ת/6 מלמד כי ניתן לעקוב אחר הבניה והתקדמותה וכי כך אף נעשה. לפיכך, קבע בית משפט קמא, כי המערערת טעתה בניסוחו של כתב האישום ובציון הזמנים המופיעים 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 תשתית ראייתית מספקת להרשעת המשיב בבניה כפי שהייתה ב-8/12 או בסמוך לכך, שכן לא הוכח היקף הבניה באותו מועד. בית משפט קמא הבהיר כי מעיון בתמונה ת/1 (התיעוד היחיד של הבניה ב-8/12) אין אפשרות להעריך, על פי אותה תמונה, את היקף הבניה באותו מועד, מה גם שאין תשריט של שטח הבניה מלבד ת/4 שנערך בהתייחס לכלל הקוטג'. נקבע כי מלבד התמונה הנ"ל, אין כל אינדקציה 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 ראיה לשטח הבניה. הוטעם כי במכתב הזימון לחקירה שנערך ביום 14.10.14 על ידי המפקח, ומתייחס לביקורת שהוא ערך ביום 17.9.12 נפלה טעות בהתייחס לשטח הבניה באותו מועד (צוין בת/3 שטח של 320 מ"ר). באשר לצו ההפסקה המנהלי (ת/7) צוין, כי אמנם המפקח אישר בחקירתו שהצו שהוצג בפני בית משפט קמא הוא הצו המנהלי שמסר למשיב. עם זאת, בית משפט קמא קיבל את טענת הסנגור בנקודה זו, לפיה הראייה הנ"ל קבילה אך ורק לעצם מסירת הצו למשיב, אך לא לגבי אמיתות 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 נחתם 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 בחן בית משפט קמא בהכרעת הדין את טופס גביית עדות המשיב על ידי המפקח מיום 13.9.12 (ת/5). בית משפט קמא בחן האם יש בתשובת המשיב לשאלה מס' 5 ב-ת/5 כי שטח הבנייה עומד על כ- 160 מ"ר, משום ראיה מספקת להוכחת היקף הבנייה במועד האמור בכתב האישום. בנקודה זו התייחס בית משפט קמא לטיעוני הסניגור בסיכומים, לפיהם במסגרת גביית עדותו של המשיב נפלו שני פגמים מצטברים: האחד - אי מתן זכות היועצות עם עו"ד הפגם השני - חתימתו של המשיב מופיעה רק בתחתית ת/5 ואין חתימה שלו ליד אזהרתו.

10. באשר לפגם הנוגע לאי חתימת הנאשם לצד האזהרה, ציין בית משפט קמא, כי מעדות המפקח עלה כי בטפסים לגביית עדות שהיו 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 מלהעיד בפניו מהווה חיזוק לטענת המערערת כי הכללת האזהרה בטופס ת/5 מהווה ראיה לכך כי אכן המשיב הוזהר.

11. לעניין הפגם הנוגע לפגיעה בזכותו של המשיב להיוועץ בעורך דין, קבע בית משפט קמא כי פגם זה חורף את גורל ההודאה לכאורה שניתנה ב-ת/5, המתייחסת לשטח הבניה בספטמבר 2012 ולאחריות המשיב לבניה. בית משפט קמא התייחס לכך שבפתחו של המסמך ת/5 מוצג פירוט העבירה, זאת במילים: "החל בניית 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 שציין בפני המשיב את השטח. צוין כי קיימת התאמה מלאה בין תשובתו של המשיב בסעיף 5 לבין השטח המוצג בפניו בפתח גיליון גביית העדות. בית משפט קמא הוסיף וציין, כי לא בכל מקרה יעורר הדבר תמיהה לעניין כנות התשובה, אולם במקרה זה אין כל תיעוד המבהיר כיצד המפקח הגיע לידיעה שלכאורה מדובר ב- 160 מ"ר. הוטעם כי אין מזכר המתאר את האופן בו המפקח מדד או קיבל מידע מגורם אחר.

12. עוד נקבע בהכרעת הדין, כי "ככל שביהמ"ש מוצא לנכון להרשיע נאשם בעובדות השונות מאלה שפורטו בכתב האישום, על ביהמ"ש להזהירו ולוודא כי הנאשם קיבל את האפשרות להתגונן", ואילו המשיב לא קיבל אפשרות זו, כי אם עמד על כך שכתב האישום אינו מייחס לו עבירה מאוקטובר 2014 וכך גם התייחס לחומר הראיות. בסיכומו של דבר זיכה, כאמור, בית משפט קמא את המשיב מהעבירה מושא כתב האישום.

#### נימוקי הודעת הערעור

13. בפתח נימוקי הודעת הערעור טוענת המערערת, כי עמדה בנטל להוכחת אשמתו של המשיב בביצוע העבירה שיוחסה לו בכתב האישום. נטען, כי בית משפט קמא טעה עת שקבע כי היה על המערערת להוכיח שבחודש 8/12 או במועד סמוך לכך, עמדה הבנייה על שטח של 332 מ"ר.

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

קמא לפיה, צירוף התמונות ת/1, ת/2 ו-ת/6, מלמד כי ניתן לעקוב אחר הבנייה והתקדמותה. המערערת סבורה, כי מכלול הראיות שהוצגו בפני בית משפט קמא מלמד על כך שהמשיב בנה את המבנה לאורך שנתיים. 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, ועת שקבע כי לא ניתן להעריך, על פי הראיות, את היקף הבנייה, זאת על אף שתשריט שטח הבנייה (ת/4) מלמד על היקף הבנייה של המבנה המוגמר.

15. המערערת מדגישה ומציינת כי כתב האישום הוגש לעניין הקמת מבנה מגורים בן קומה וחצי בשטח של כ- 332 מ"ר. לדידה, היה על בית משפט קמא לבחון את התוצאה המוגמרת ולהכריע בשאלה האם המשיב בנה או לא בנה את המבנה, כל זאת בהתעלמות מהשטח. המערערת סבורה, כי מכלול הראיות המעידות על התקדמות הבנייה, כמו גם האמור בטופס גביית עדות המשיב-ת/5, לצד שתיקת המשיב, היו צריכים להוביל את בית משפט קמא להכרעה כי המשיב ביצע את העבירה המיוחסת לו בכתב האישום.

16. המערערת סבורה, כי בעבירה המיוחסת למשיב אלמנט הזמן אינו מהווה יסוד מיסודות העבירה, ולפיכך אין התביעה מחויבת לנקוב במועד מדויק. כמו כן, לטענת המערערת, משמצא בית משפט קמא כי הוכחו יסודות העבירה הנזכרת בסעיף 204(א) לחוק התכנון והבנייה, כי אז לשטח הבנייה בפועל חשיבות משנית בלבד ונועד בעיקר כשיקול בעת גזירת דינו של נאשם. מוסיפה וטוענת המערערת, כי לא נפל כל פגם בהגנתו של הנאשם, וכי לא בכדי הוא לא העיד להגנתו, שכן אילו לא היה אחראי לבנייה- היה קם זועק לחפותו. לדידה של המערערת, שתיקת המשיב מאיינת את קביעתו של בית משפט קמא באשר לחשיבות הגלומה באי מסירת ההודעה לנחקר בדבר זכותו להיוועץ בעורך דין, קביעה המתעלמת מראייה שבמסגרתה הודה המשיב באחריות לבנייה, בבעלות דה פקטו בקרקע ובהיקף הבנייה באותו מועד. כן טוענת המערערת, בהתבסס על פסיקה, כי לא בכל מקרה של אי מסירת הודעה על זכות ההיוועצות יורה בית משפט על פסילת ההודאה.

17. עוד טוענת המערערת, כי בית משפט קמא טעה עת שציין כי השטח שצוין בגיליון גביית העדות של הנאשם (160 מ"ר) אינו מגובה במדידה או מזכר המתאר את האופן בו המפקח מדד. הוטעם, כי מתוקף תפקידו השטחים אותם מציין 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 שהשיב לשאלת החוקר מיוזמתו.

18. המערערת שבה מדגישה, כי הימנעותו של המשיב מלהעיד פוגעת, במקרה זה, פגיעה מכרעת בטענתו נגד אי מסירת זכות היוועצות. הובהר, כי עת בחר המשיב בזכות השתיקה הרי שדבר מחזק את עוצמת הראיות נגדו, ואף שולל כל בסיס לטענה כי הופרה זכות היוועצות.

19. לסיכום, טוענת המערערת, כי בית משפט קמא טעה עת שזיכה את המשיב חרף מכלול הראיות המוכיחות מעל לכל ספק סביר, כי הוא החל בעבודות בניית מבנה מגורים בחודש 8/12 וסיים אותן בחודש 10/14 לערך, כאשר בין לבין הוא הגיע למשרדי הוועדה לתכנון ובנייה והודה בבעלות במקרקעין והעבודות המבוצעות על ידו בהם, וכן קיבל לידיו צו הפסקה מנהלי ובכל זאת המשיך בעבודות הבניה עד לסיימו. לעניין צו ההפסקה המנהלי טוענת המערערת, כי המפקח אישר שכתב את הדברים (זיהוי המקרקעין, שטח הבנייה, היקפה ומצבה באותו מועד), וכי לפיכך היה מקום לאמץ את

תוכנו של הצו (ת/7).

20. בסיכומו של דבר, עותרת המערערת כי בית המשפט יקבל את הערעור וירשיע את המשיב בעבירה שיוחסה לו בכתב האישום.

#### טיעוני ב"כ הצדדים

21. בדיון בפני ביום 19.9.17 טענו ב"כ הצדדים זה בכה וזה בכה, ולאחר מכן השלימו בכתב את טיעוניהם. ב"כ המערערת חזר על האמור בהודעת הערעור תוך שטען, כי התמונות שהוגשו באמצעות המפקח (ת/1 ו-ת/2) הן תמונות שצולמו בסמוך למועד חקירת המשיב, כך שאין ספק שמדובר בבניה בהתהוות בה מודה המשיב. עוד טען ב"כ המערערת כי המשיב זומן לתת גרסתו לגבי מלוא 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 ממכלול התמונות אנו למדים על שלושת שלבי הבניה עד להיקף הבניה המתואר בכתב האישום.

22. לגבי אי קיום זכות היועצות טען ב"כ המערערת, כי המשיב בחר לשתוק ולא למסור גרסה לעניין זה ולעניין מצבו במועד גביית הודאתו, דבר שיכול היה להשליך לעניין טיב ההודאה שנגבתה ממנו. לעניין העדרו של דו"ח גילוי עבירה טען ב"כ המשיב, כי אין דרישה ראייתית לעריכת דו"ח כזה וכי די בראיות שהוגשו כדי לבסס את הרשעתו של המשיב. ב"כ המערערת הוסיף וטען, כי בצו המנהלי להפסקת בניה (ת/7) יש תיעוד מפורט של המפקח והוא משמש כדו"ח פיקוח לעניין הבניה. ב"כ המערערת ציין, כי המפקח אינו משפטן וכי על בית משפט קמא לבחון את מכלול הראיות בתיק. בסיכומו של דבר, ביקש ב"כ המערערת לקבל את הערעור ולהרשיע 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 בפניו, כי לא ניתנה למשיב זכות היועצות עם עורך דין עם גביית הודעתו ת/5, מה גם שלשיטתו, נפלו פגמים נוספים ב-ת/5, כדוגמת אי קיום חתימה של המשיב בצד נוסח האזהרה בטופס הנ"ל. בנוסף, טען ב"כ המשיב הן בעל-פה והן בכתב, כי לא הוגש כראייה דו"ח גילוי עבירה שערך המפקח, זאת חרף העובדה שהלה אישר כי כל ראיותיו מבוססות על אותו דו"ח, המוגש בכל תיק. ב"כ המשיב טען, כי לא ניתן לדעת אם דברי המשיב בת/5 רלוונטיים למועד כתב האישום, ללא דו"ח גילוי העבירה. ב"כ המשיב הדגיש כי אין חולק על מהימנותו של המפקח, ומשכך טען כי יש לאמץ את דבריו בעדותו, לעניין דו"ח גילוי העבירה. לשיטת ב"כ המשיב, קיימת סתירה בין דברי ב"כ המערערת לבין דברי המפקח מהם עולה, כי הדו"ח הנ"ל ממולא על ידו כדבר שבשגרה ומהווה בסיס לכל עבודתו. בנקודה זו הפנה ב"כ המשיב לדו"ח מסוג זה שנערך בתיק אחר, הכולל את הנתונים הרלוונטיים לביסוס כתב האישום, לרבות תאריך גילוי העבירה (נ/2). ב"כ המשיב טען בטיעונו בכתב, כי דו"ח 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 לאמור בספרו של המלומד יעקב קדמי, "על דיני הראיות" (חלק רביעי, תש"ע-2009, עמ' 1890, 1889), לעניין מתן משקל ראייתי לראיה שלא הובאה ללא הסבר סביר לכך, ומבקש להקיש מכך לעניינו. כאן אקדים ואציין כי מפרוטוקול הדיון בפני בית משפט קמא, במהלכו העיד המפקח (פרוטוקול מיום 24/1/17), לא ניתן להסיק, כפי שיובהר להלן, כי המערערת נמנעה מהגשת דו"ח גילוי עבירה

שערך המפקח. המפקח הבהיר בעדותו כי הוא יכול לחקור נאשם באזהרה גם לפני שמילא דו"ח גילוי עבירה ( שם, עמ' 13, ש' 6-7) וכי במקרה דנן כנראה שערך את הסקיצה (ת/4) לפני דו"ח הפיקוח (שם, עמ' 19 ש' 8-9). כן ציין המפקח בעדותו, כי " לא צריך להיות דוח. צריך להיות מזכר" (שם, עמ' 11, ש' 20). ב"כ המערערת הוסיף והבהיר באותו דיון, בהמשך לדבריו הנ"ל של המפקח, כי המסמך היחיד שלא הועבר לסנגור הוא מסמך של סיכום התיק שהעביר המפקח לידי התובע, אשר אינו מהווה חומר חקירה, ואף על פי כן, אם יחפוץ בכך הסנגור, הוא יוכל לעיין במסמך זה. בהמשך לכך, עיין הסנגור באותו מעמד באותו מסמך של סיכום התיק שערך המפקח ואליו התייחס, כאמור, ב"כ המערערת (שם, עמ' 13 ש' 14-22). לפיכך, יצוין כבר עתה, כי אין ממש בטענת ב"כ המשיב, כי המערערת נמנעה מלהציג לידי ההגנה מסמך המהווה דו"ח גילוי 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 נוכח העובדה שאינה נושאת מספרי גוש וחלקה, וכן כי אין כל משמעות לתמונה ת/1 מיום 6.8.12, כל זאת ללא קיומו של דו"ח גילוי עבירה. כן נטען, כי מעדותו של המפקח עולה שמספרי הגוש והחלקה, העולים מראיות התביעה, הועתקו מדו"ח גילוי 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 העתיק את מספרי הגוש והחלקה המופיעים בטופס גביית הודעת המשיב (ת/5), מדו"ח הביקורת שערך, שאיננו. כן מפנה ב"כ המשיב לדברי המפקח, מהם עולה כי חישוב השטח של 160 מ"ר מתבסס על האמור בדו"ח הנ"ל, דו"ח גילוי 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 בפניי, כי ב"כ המערערת לא הצביע על כך שהמשיב קיבל את הזימון למסור הודעה נוספת, וכי אין כל ראייה שהמשיב קיבל זימון שכזה.

## דין והכרעה

25. אקדים אחרית לראשית ואציין כי דינו של הערעור בתיק זה להתקבל, זאת כפי שיובהר ויפורט להלן. אומנם, כפי שקבע בית משפט קמא, לא ניתן להרשיע את המשיב בעבירה המיוחסת 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 בנייה 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 הודאת המשיב ב-ת/5, על מסירת צו ההפסקה המנהלי המפרט את הבנייה, על התמונות שהוגשו בדיון בפני בית משפט קמא, המתעדות את שלושת שלבי הבנייה ועל כך שהמשיב לא נענה להזמנה משנת 2014 להיחקר על היקפה המלא של הבנייה בעת הנ"ל. דא עקא, שהמשיב בהודעתו ת/5 שנמסרה ביום 13/9/12, הודה אך בבניית שטח של כ-160 מ"ר שהינו גם השטח הנזכר בצו ההפסקה המנהלי שהומצא למשיב באותו מועד. מהתמונה הראייתית הכוללת שהובאה בפני בית משפט קמא עולה, מעבר לכלל ספק סביר, כי בחודש אוגוסט 2012, או בסמוך לו, ביצע המשיב, ללא היתר כדן, עבודות בנייה ושימוש במקרקעין הנזכרים בכתב האישום, בשטח של כ-160 מ"ר, ואך לגבי עובדות אלה ניתן להרשיע את המשיב.

26. סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי מסמיק את בית המשפט להרשיע נאשם בגין עובדות שלא נטענו בכתב האישום ובלבד שנשמרה זכותו להתגונן. להלן לשונו של סעיף זה:

"בית המשפט רשאי להרשיע נאשם בעבירה שאשמתו בה נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו, אף אם עובדות אלה לא נטענו בכתב האישום, ובלבד 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 הודאת המשיב, לפיה רכש את המקרקעין מסבה של ארוסתו והוא בונה עליהם. המשיב מאשר בעדות הנ"ל כי הבנייה שייכת לו וכי שטחה הוא, כאמור, 160 מ"ר, וכן הוא מאשר כי החל בבנייה כשבועיים קודם לכן. העדות ת/5 נגבתה מהמשיב ביום 13/9/12, היינו במועד הסמוך לחודש אוגוסט 2012. במילים אחרות: מהודאתו הנ"ל של המשיב עולה, כי בסמוך לחודש אוגוסט 2012 (המועד הנטען בכתב האישום) בנה בנייה בשטח של 160 מ"ר. בנקודה זו יצוין כי אין בידי לקבל את קביעתו של בית משפט קמא, כי הפגם הנעוץ באי מתן הודעה למשיב, במסגרת גביית הודעתו ת/5, בדבר זכותו להיוועץ עם עורך דין, חורץ את גורל ההודאה העולה מת/5, באופן המביא לפסילתה.

28. בהלכת יששכרוב (ע"פ 5121/98 טור' רפאל יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי ואח' (4.5.2006)) נקבע, לעניין אי מתן הודעה לנאשם בדבר זכותו לקיום זכות ההיוועצות עם עורך דין, כי מדובר בעניין יחסי וכי יש לבחון את מהות הזכות שהופרה, אל מול הנזק או הפגיעה בהגנתו של הנאשם בגין אותה הפרה. המשיב יכול היה להעיד במשפטו ולהבהיר כיצד אי מתן ההודעה בדבר זכותו להיוועץ עם עורך דין גרם לפגיעה בהגנתו בתיק שבפנינו. ברם, המשיב בחר שלא להעיד ולפיקח אין לו להלין אלא על עצמו לעניין זה. כך גם יכול היה המשיב להסביר, במהלך מסירת עדותו, האם הנתון לגבי שטח של 160 מ"ר הובא על ידו ב-ת/5, מאחר שנתון זה הושם בפיו ע"י המפקח שציין עובדה זו ב-ת/5. דא עקא, המשיב בחר לשתוק במשפטו ושתיקה זו משמשת חיזוק וסיוע, במידת הצורך, למשקלן של ראיות התביעה (סעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי). כאן אציין כי בית משפט קמא קבע, ובצדק, כי יש לראות בשתיקת המשיב כחיזוק לראיות התביעה לעניין אזהרתו בטופס ת/5, זאת על אף שהמשיב אינו חתום בצד האזהרה, שהרי המשיב יכול היה להתייחס לנקודה זו במסגרת של מתן עדות בבית משפט קמא. כך גם יכול היה המשיב להתייחס לעניין הפגיעה בהגנתו ע"י אי מתן ההודעה לגבי זכותו להיוועץ עם עורך דין, ומשבחר שלא לעשות כן, הרי שאין מקום לפסול את הודאתו בטופס ת/5 אך בשל אי מתן ההודעה הנ"ל. יתרה מכך, למשיב ניתנה הזכות למסור במשרדי המשיבה את גרסתו לעניין ביצוע בנייה לא חוקית של מבנה (קוטג') בשטח של כ-332 מ"ר, כפי שעולה ממכתבו של המפקח שנשלח למשיב ביום 14.10.14. המשיב הוזמן במכתב הנ"ל (ת/3) למסור את גרסתו בעניין הבנייה 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 ההודעה לעניין זכותו להיוועץ עם עורך דין על דבריו באותה עדות, המהווים הודאה של המשיב לעניין רכישת המקרקעין על ידו ולעניין ביצוע בנייה בהם בשטח של 160 מ"ר, אשר החלה כשבועיים לפני מסירה העדות. בנקודה זו יודגש כי אין לקבל את טענת ב"כ המשיב, כי אין כל ראיה לכך שהמשיב זומן במועד הנ"ל למסירת הודעה נוספת. ודוק, על גבי טופס הזימון הנ"ל (ת/3) רשום כי הוא ממוען למשיב וכן כי נשלח ב"רשום" (דואר רשום). על המשיב היה להעיד בפני בית משפט קמא ולטעון כי לא קיבל לידי את הזימון הנ"ל שלכאורה נשלח אליו, למענו, אולם הוא בחר שלא לעשות כן, ולפיקח יש לראותו כמי שקיבל את הזימון למסירת גרסתו.

29. לאחר שקבעתי כי יש לראות את הודאתו של המשיב בפני מפקח הבנייה כראיה קבילה, אוסיף ואציין, כי בצידה



של הודאה זו קיימת ראייה נוספת- הצו המנהלי להפסקת הבנייה (ת/7) (להלן: צו ההפסקה המנהלי), אשר הומצא למשיב ביום 13.9.12 שהינו יום מתן ההודאה ע"י המשיב. המפקח בעדותו בפני בית משפט קמא הבהיר כי כתב בכתב ידו, בין היתר, את המילים הבאות בצו ההפסקה המנהלי: " החל לבנות בניין למגורים בשטח של כ 160 מ"ר ללא היתר בנייה...". המפקח ציין כי מהנדס הוועדה חותם על הצו הנ"ל, אולם הוא זה שממלא בו את הפרטים. המפקח, עפ"י עדותו, מביא למהנדס הוועדה את הראייה לגבי הבנייה הלא חוקית והמהנדס אך חותם על צו ההפסקה המנהלי. עוד הובהר מפיו של המפקח, בעדותו בפני בית משפט קמא, כי הרישום שלו על גבי צו ההפסקה המנהלי נעשה על סמך תכנית המתאר ועל סמך השטח, נכון ליום מסירת הצו. ניתן לאמץ את האמור בצו ההפסקה המנהלי לעניין הבנייה הלא חוקית ושטחה בעת הרלוונטית, זאת בהינתן עדותו של המפקח המלמדת כי הוא רשם בעצמו את הפרטים בצו הנ"ל לאחר בדיקת הנתונים, מה גם שהמפקח ביקר במקום וצילם את הבנייה הלא חוקית הן ב-16.8.12 והן ב-12.9.12 (ת/1 ות/2). עוד אציין, כי יש לקבל את טיעונו של ב"כ המערער, כי ניתן לראות בדבריו של המפקח הרשומים בצו ההפסקה המנהלי כדברים המעידים על גילוייה של העבירה על ידי המפקח. הצו הנ"ל נערך ביום 13.9.12, במועד הסמוך לחודש אוגוסט 2012, ויש בו כדי להעיד, כדו"ח גילוי עבירה, על הנתונים הרלוונטים לכתב האישום. מפקח הבנייה אינו משפטן ולכן אין מקום לפרש את עדותו כמלמדת שבכל מקרה ומקרה חייב להיות מוגש, כחלק ממכלול ראיות התביעה לצורך הרשעת נאשם, גם דו"ח גילוי עבירה כדוגמת הדו"ח נ/2 שנערך בתיק אחר. יודגש בנקודה זו כי גם אלמלא הדו"ח הנ"ל מבססת תמונת הראיות שבפנינו את אשמתו של המשיב, מעבר לכל ספק סביר.

30. המשיב, כאמור, מודה ב-ת/5 כי הוא זה שביצע את הבנייה הלא חוקית ואף קושר עצמו למקרקעין אותם רכש, לגרסתו, מסבה של ארוסתו. המשיב אף מציין ב-ת/5 את הסיבה לביצוע הבנייה באמרו: "אני מאורס ועומד להתחתן". להודאה הנ"ל ניתן, לפיכך, להעניק משקל פנימי רב כהודאה שניתנה מבלי 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 שבפנינו, מעבר להודאה הנ"ל, המתייחסת להיות שטחו של המבנה 160 מ"ר נכון ליום מסירת ההודאה. המבנה היה במצב של התהוות באותו מועד. המחשה לכך ניתן לראות בתמונה ת/6 שצולמה ביום 12.10.14 ובה נראה המבנה בהיקף גדול יותר, לאחר השלמת בנייתו.

31. נוכח האמור לעיל, הנני בדעה כי ניתן לראות בעניינו 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 ההפסקה המנהלי, בצד שתיקתו של המשיב, מצביעים בפנינו על כך שהמשיב בנה את הבנייה הלא חוקית וכי בעת האמורה בכתב האישום ( "בחודש 8/12 ו/או במועד סמוך לכך") היה שטח הבנייה הלא חוקית שטח של 160 מ"ר.

32. כאן אשוב ואציין כי, ניתנה למשיב, כאמור, הזכות להתגונן בפני העובדות הנ"ל שהוכחו במשפט, זאת על אף שלא הועלו במלואן בכתב האישום. לעניינינו יפים דבריו הבאים של בית המשפט העליון, כפי שנאמרו בע"פ 5102/03 מדינת ישראל נ' קליין (4.9.07): "המבחן המכריע לקיומה של הזדמנות סבירה להתגונן מצוי בתשובה לשאלה כיצד היתה ההגנה משתנה אילו ידע הנאשם על אפשרות הרשעתו באשמה החילופית (פרשת רוטקביץ, שם; פרשת יעקובוב, שם). כן ניתן משקל לעובדה כי הנאשם הורשע בנסיבות פחות מחמירות מאלה שבהן הואשם, כאשר העבירה בה הורשע דומה במהותה לעבירה בה הואשם (ע"פ 10545/04 מדינת ישראל נ' אלדנקה, 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 סעיד חאמד נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(4) 777 (להלן: עניין חאתם); ע"פ 521/88 חסן ספאדי נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(4) 752). מבחינות אלה, טענת נאשם כי לא ניתנה לו הזדמנות להתגונן מחייבת פירוט במה נפגעה הגנתו, ואין די בהעלאת טענה כללית וערטילאית (ע"פ 3929/97 מדינת ישראל נ' סעדיה (עדי) גרידי, תק-על 99(3) 37, 42)".

33. ומן הכלל אל הפרט:

אשמתו של המשיב הוכחה, כמפורט לעיל, לגבי עובדות הדומות במהותן לעובדות כתב האישום, למעט שטח הבנייה. העובדה היחידה שלא עולה מעובדות כתב האישום היא היקף הבנייה, העולה, כאמור, מהודאת המשיב ומצו ההפסקה המנהלי, כך שהמשיב ידע על עובדה זו ויכול היה להתגונן מפניה, אולם הוא בחר שלא לעשות כן ואף שתק, כאמור, בדיון בפני בית משפט קמא.

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

35. בסיכומו של דבר, אני מקבלת את ערעורה של המערערת בתיק זה ומורה בדבר הרשעת המשיב בעבירה המיוחסת לו בכתב האישום, זאת בהתייחס לשטח של כ-160 מ"ר, נכון לחודש אוגוסט 2012, או סמוך לכך. הדיון יוחזר לפתחו של בית משפט קמא לצורך העלאת טיעוני הצדדים לעונש וגזירת דינו של המשיב.

**פסק דין זה יומצא לעיונו של בית משפט קמא, אשר יקבע מועד לדיון בפניו בהקדם האפשרי, עפ"י תפוסת יומנו.**

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