

עפ"א 26055/06/17 - עאדל עואד נגד הוועדה המקומית לתכנון ובנייה שפלת הגליל

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"א 26055-06-17 עואד נ' ועדה מקומית לתכנון ובנייה שפלת הגליל
תיק חיצוני:
לפני כבוד השופטת תמר שרון נתנאל
המערער עאדל עואד ע"י ב"כ עוה"ד שלומי בלומנפלד

נגד
המשיבה
הוועדה המקומית לתכנון ובנייה שפלת הגליל ע"י ב"כ היועץ
המשפטי לממשלה, עו"ד רן עמיאל

פסק דין

1. לפניי ערעור על הכרעת הדין וגזר הדין שניתנו על ידי בית משפט השלום בעכו (כבוד ס. הנשיא, השופט זיאד סלאח) ביום 4.6.17.

המערער הואשם בבית משפט קמא בביצוע עבירה של ביצוע עבודות בנייה ושימוש הטעונים היתר, ללא היתר, וזאת עפ"י סעיפים 204 (א) ו- (ג) לחוק התכנון והבנייה (להלן: "**החוק**"), במקרקעין שייעודם חקלאי, הידועים כחלקה 113 בגוש 18566, באדמות כפר טמרה (להלן: "**המקרקעין**"). המערער, שהוא הבעלים של המקרקעין והמשתמש בהם, בנה עליהם בית מגורים, הכולל קומת עמודים וקומה א', בשטח של 168 מ"ר.

אומר כבר כעת, כי טענות המערער נוגעות לשלושה עניינים. האחד - שאלת זיהוי המקרקעין על ידי מפקח הבנייה, השני - שאלת קבילותה ו/או משקלה של הודאת המערער בפני המפקח והשלישי - משמעות הימנעות המערער מלהעיד.

2. פסק הדין ניתן לאחר שמיעת ראיות ובמסגרתו התייחס בית משפט קמא לשלוש הטענות שהעלה הסנגור והן - האם הוכח זיהוי הנכס; האם הודעת הנאשם (**ת/7**) בפני מפקח הבנייה, מר ראיף סעאדה (להלן: "**המפקח**"), קבילה ואם כן - מהו משקלה ומה משמעות אי העדת הנאשם בבית המשפט.

בימ"ש קמא קבע, כי הוכח מעל לכל ספק סביר, כי הנאשם הוא הבעלים של המקרקעין וכי הוא זה שבנה עליהם, ללא היתר, את הבנייה המפורטת בכתב האישום.

3. בית משפט קמא נתן אמון בעדות המפקח, אשר ערך את הדוח על פיו הוגש כתב האישום וגבה את הודעת המערער. בית משפט קמא לא מצא פסול בכך שלצורך זיהוי המקרקעין ושייכוכם למערער, הסתמך המפקח על תצלומי אוויר (תצ"א) ועל פלט אינטרנטי מלשכת המקרקעין (להלן: "**הפלט**"), ממנו עולה כי הנאשם הוא אחד הבעלים של המקרקעין.

בימ"ש ציין, בהתייחס לפלט, כי אמנם היה רצוי שיומצא נסח רישום מקרקעין מאושר כדין, אך הדבר נמנע עקב הליכי הסדר' אשר מנעו הנפקת נסח רישום וכי אין לחשוך במפקח שמא הוא שינה משהו מתוכנו של הפלט.

כן ציין בית משפט קמא, כי ניתן להניח שבדיקת ייעוד מקרקעין עפ"י תכניות מתאר היא דבר שבשגרה אצל המפקח, אשר אף ציין בדו"ח שערך כי המקרקעין נמצאים במסגרת תכנית מופקדת לשינוי ייעוד, לבנייה, אשר טרם אושרה.

4. בנוסף לעדותו של המפקח הסתמך בית משפט קמא על הודאתו של המערער, שנמסרה בפניו ביום 13.8.12 (להלן: "**ההודאה**") ובה הודה הנאשם כי הוא הבעלים של המקרקעין וכי עבודות הבנייה (להלן: "**הבנייה**") בוצעו על ידו ללא היתר ואף הוסיף וטען, כי הוא ביצע את הבנייה עקב מצוקת דיור.

בימ"ש קמא נתן דעתו לכך שבהודאה אמר המערער שהוא החל בביצוע הבנייה לפני כעשרה ימים, בעוד שהמפקח מצא כי במקרקעין מבוצעות עבודות כבר חודש לפני כן - ביום 16/7/12. בית משפט קמא קבע, בענין זה, כי מדובר באי דיוק מטעם המערער, שאין בו כדי לפגוע באותנטיות של ההודעה.

5. בימ"ש קמא דחה את הטענה בדבר פסלות הודאת המערער (ת/7), לאחר שנתן אמון בדברי המפקח לפיהם הוזהר המערער בדבר זכותו שלא לומר דבר ולא ראה משמעות בכך שהוא לא הוחתם, ספציפית, לאחר האזהרה הכתובה, אלא רק בסוף ההודאה.

אשר לפגם נוסף לו טען ב"כ המערער, מחמת כך שלא הודעה למערער זכות היוועצות, קבע בית משפט קמא, כי אין בכך כדי להביא לפסילת ההודאה כראייה, בהזכירו את הלכת יששכרוב [בע"פ 5121/98 טור' רפאל יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי ואח' (4.5.2006)] שם נקבע, כי מדובר בעניין יחסי וכי יש לבחון את מהות הזכות שהופרה, אל מול הנזק או הפגיעה בהגנתו של הנאשם, בגין אותה הפרה.

לא נעלמה מעיני בימ"ש קמא הלכת אסף - ע"פ 9956/05 אסף שי נ' מדינת ישראל (4.11.2009) (להלן: "עניין אסף") לפיה יש ליידע בזכות היוועצות גם חשוד אשר אינו נמצא במעצר בעת חקירתו, אולם ציין כי, במקרה ספציפי זה, הוא איננו סבור כי זכות היוועצות נמנעה מהמערער ושהוא לא התייעץ עם עורך דין, שכן המערער קיבל הודעה, מראש, על היותו חשוד בביצוע עבירות בנייה ובטרם חקירתו היה לו זמן לפנות לעורך דין ולהתייעץ עמו ולא הובאה כל ראייה שהוא לא מימש זכותו זו. בית משפט קמא נתן משקל גם לעובדה שהמערער לא העיד ולא אמר שהוא לא הוזהר בדבר זכות השתיקה ושנשללה ממנו זכות היוועצות.

לפיכך קבע בימ"ש קמא כי הודאת המערער קבילה וכי יש לקבוע ממצאים על פי תוכנה כפי שנעשה.

6. עוד קבע בית משפט קמא, כי הימנעות המערער מלהעיד עשויה לשמש חיזוק לראיות הקיימות נגדו, אם כי הוא איננו סבור כי במקרה זה זקוקות ראיות התביעה לחיזוק כלשהו בדמות שתיקת הנאשם.

טיעוני המערער

7. ב"כ המערער טוען כי לא ניתן היה לסמוך על עדותו של המפקח בדבר זיהוי המקרקעין, מאחר שהמפקח לא טען שהוא זיהה את המקרקעין מידיעתו האישית.

בעניין זה מפנה ב"כ המערער לכך שהמפקח אישר שהוא לא ידע מהם מספרי הגוש והחלקה והעיד שהוא רשם אותם מתוכנית המתאר והתצ"א, אך מסמכים אלה לא הוגשו כראיה והמפקח אף לא ידע לומר מהו מספר התכנית, מתי היא פורסמה או מתי הופקדה.

לטענת ב"כ המערער, מאחר שתכנית המתאר והתצ"א אינם חלק מחומר הראיות, לא ניתן לקבל את עדותו של המפקח, הנסמכת עליהם, כהוכחה למיקום הנכס או לזיהויו. ב"כ המערער הדגיש, כי המפקח הסביר, בעדותו, כי הוא לא הסתמך על ידיעתו האישית כדי להגיע לנכס ולזהות אותו, אלא אמר במפורש שהוא לא יכול היה לזהות את הנכס ולהגיע אליו ללא התצ"א ותכנית המתאר, אשר לא הוגשו כראיה ולכן לא ניתן לסמוך ממצא כלשהו על עדותו.

8. עוד טוען ב"כ המערער, נגד קביעת בית משפט קמא בדבר קבילות הודאת המערער ובדבר משקלה. נטען, כי ההודאה פגומה משלושה טעמים; המערער לא הוחתם ספציפית על האזהרה אלא רק בסוף ההודאה; הוא לא הוזהר בחובת ההיוועצות; הוא הודה בבנייה של 160 מ"ר בעוד שכתב האישום מיחס לו בנייה של 168 מ"ר; המערער אמר בהודעתו (שנגבתה ביום 13.8.12) שהוא החל את הבנייה כ-10 ימים עובר לגביית ההודאה, בעוד שהמפקח הבחין בבנייה עוד ביום 16.7.12.

ב"כ המערער טוען, כי לא ברור על מה נסמך בית משפט קמא בקבעו כי לא נמנעה מהמערער זכות ההיוועצות, מאחר שהוא קיבל הודעה מראש על החקירה והיה לו זמן להתייעץ עם עורך דין, שעה שלא הובאה כל ראיה שהוא אכן נועץ בעורך דין וכי בימ"ש קמא הפך בכך את נטל הבאת הראיות.

כן נטען, כי המפקח כלל לא העיד על נסיבות גביית ההודאה, כך שלא ניתן לקבוע שהיא נמסרה באופן חופשי ומרצון. לדבריו, הרישום בעמ' 13 לפרוטוקול, אליה הפנה ב"כ המשיבה בטיעונו, איננו מעיד על הסכמה כלשהי. כל שנעשה הוא הגשת המסמכים שערך המפקח, בפתח עדותו ובכך אין משום הסכמה כלשהי.

9. לעניין הימנעות המערער מלהעיד, טוען ב"כ המערער, כי זו זכותו, כי הימנעות מלהעיד איננה ראיה בפני

עצמה וכי אין בשתיקת המערער כדי "ליצור יש מאין", אלא רק כדי לחזק את ה"יש" שבראיות התביעה, בעוד שבמקרה דן אין "יש" ולכן אין מה לחזק.

10. לעניין הערעור על גזר הדין טוען ב"כ המערער כי ככל שטענותיו לעניין הכרעת הדין לא תתקבלנה, יש להתחשב בהן לצורך גזר הדין.

טיעוני המשיבה

11. ב"כ המשיבה טוען, כי בימ"ש קמא היה רשאי לסמוך על עדות המפקח, אשר העיד שהוא זיהה את המקרקעין על פי תצ"א ועל פי תכנית המתאר, גם אם אלה לא הוגשו כראיה והפנה אל רע"פ 5856/15 [(אבראהים בשר נ' מדינת ישראל) (03.09.2015)], שם אישר ביהמ"ש העליון קביעות דומות.

כן טוען, כי המערער אישר בחתימתו את פרטי המקרקעין הרשומים בהודאתו, בה הודה בביצוע הבנייה.

12. לגבי אי יידוע המערער בדבר זכות ההיוועצות טוען ב"כ המשיבה, כי ב"כ המערער נוקט גישה פורמלית, בעוד שעל פי הפסיקה יש צורך להראות שקבלת ההודאה תפגע בצורה מהותית בזכות הנאשם להליך הוגן וכדי להוכיח זאת היה על הנאשם להעיד.

כן נטען, כי אין קיימת חובה להחתים את החשוד ליד האזהרה וכי די בחתימתו בסופה של ההודאה.

לעניין אי העדת המפקח על נסיבות גביית ההודאה, טוען ב"כ המשיבה, כי ההודאה התקבלה בהסכמה והפנה לעמ' 8 לפרו' הדיון בבית משפט קמא. לכן, כך נטען, המפקח לא היה צריך להעיד על נסיבות גביית ההודאה.

13. ב"כ המשיבה טוען, שמשקל ההודאה אינו פגום וכי די בעדותו של המפקח ובשתיקת הנאשם בבית המשפט כדי לחזקה. נטען כי שתיקת הנאשם מגיעה עד כדי סיוע.

14. לגבי נסח הטאבו נטען, כי לא הוגש נסח חתום על ידי לשכת רישום המקרקעין (להלן: "נסח רשמי"), מאחר שלא ניתן היה לעשות זאת, בשל היות החלקה בהליכי הסדר מקרקעין וכי לאחר חקירת המפקח הוסרה המניעה והמאשימה ביקשה צו להזמנת נסח רשמי, אך ב"כ המערער התנגד ובימ"ש קמא קיבל את התנגדותו, כפי שעולה מעמ' 13 לפרו' הדיון בבימ"ש קמא, מאחר שהיה זה רגע לאחר שהמאשימה הכריזה "אלו עדיי".

15. לעניין הערעור על גזר הדין נטען, כי מדובר בבניין רחב מימדים וכי לא נפל פגם בקביעת מתחם הקנס ההולם (בין 20 א' ל- 40 א' ₪) ובעונש שנגזר על הצד הנמוך (קנס בסך 25,000 ₪).

דין והכרעה

16. אפתח בדיון בהודאת המערער, קבילותה ומשקלה ובעניין זה יש לדון במספר טענות, כדלקמן:

האם ההודאה נגבתה באופן חופשי ומרצון;

האם הפגמים להם טוען ב"כ המערער פוגמים בקבילותה של ההודאה;

האם הם פוגמים במשקלה של ההודאה.

חופשית ומרצון

17. פרוטוקול הדיון בבית משפט קמא מעלה, כי בפתח עדותו של המפקח, אישר המפקח שהוא ערך מספר מסמכים וביניהם הודאתו של המערער (אשר סומנה **ת/7**). סעיף 12(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971 (להלן: "**פקודת הראיות**"), קובע כי הודיית נאשם, כי עבר עבירה, תהא קבילה רק "**אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודיה ובית המשפט ראה שההודיה היתה חפשית ומרצון**".

אין חולק שהמאשימה היא זו שחייבת להוכיח שההודייה נמסרה באופן חופשי ומרצון. סעיף 12(ב) לפקודת הראיות מציין דרכים אפשריות, העומדות בפני המאשימה, לשם הוכחה כי ההודייה הייתה חופשית ומרצון, כדלקמן:

"(ב) **בית המשפט רשאי לקבל כראיה, להוכחת הנסיבות שבהן ניתנה הודיית נאשם, גם תצהיר בכתב של מקבל ההודיה, שבו הוא מפרט את נסיבות גביית ההודיה ומצהיר כי ההודיה היתה חפשית ומרצון, והוא אם נתקיים אחד מאלה:**

(1) הנאשם מיוצג וסניגורו ויתר על חקירת מקבל ההודיה;

(2) ההודיה היתה על עבירה שהיא עוון או חטא והנאשם, במענה לשאלת בית

המשפט ולאחר שבית המשפט הסביר לו את זכותו לחקור את נותן התצהיר, אישר שקרא את ההודיה או שהיא הוקראה לו, אינו כופר בכך שההודיה היתה חפשית ומרצון וויתר על חקירת מקבל ההודיה" (ההדגשות אינן במקור).

אם כך, אחת מדרכי ההוכחה היא, להביא בפני בית המשפט תצהיר בכתב של גובה ההודאה, בו הוא מצהיר כי ההודייה נמסרה באופן חופשי ומרצון וניתן יהיה לקבל תצהיר כזה אם "**הנאשם מיוצג וסניגורו ויתר על חקירת מקבל ההודיה**".

18. בענייננו, המערער היה מיוצג. אמנם לא הוגש תצהיר בכתב של המפקח אשר גבה את ההודאה, אולם המפקח הגיע לבית המשפט ואישר שהוא גבה את ההודאה; בגוף ההודאה נכתב שהמערער אמר את הדברים הרשומים

בה "מרצונו הטוב והחופשי". בסיום ההודאה נכתב: "הוא אישר את אמיתות תוכנה ומסירתה מרצונו הטוב והחופשי בחתימתו" ומתחת למשפט זה חתם המערער וחתם גם המפקח. ההודאה התקבלה ללא התנגדות כלשהי (בעוד שב"כ המערער התנגד לקבילותו של מסמך אחר שהוגש "באותה חבילה"); לא הועלו כל טענות נגד אופן מסירתה והמפקח לא נחקר בעניין זה כלל וכלל.

לא נעלמה מעיני טענת ב"כ המערער בדבר אי החתמת המערער על האזהרה בדבר זכותו שלא לומר דבר, אולם גם בכך אינני רואה עילה להתערב בקביעת בימ"ש קמא לפיה ההודאה ניתנה מרצונו החופשי של המערער. המערער חתם בסוף ההודאה, המצויה כולה על עמוד אחד, לא נטען בפני המפקח שהוא לא קרא את האזהרה בפני המערער; שהמערער לא הבין אותה או שנפל פגם כלשהו ברצונו החופשי של המערער והמערער עצמו לא העיד ולא טען טענה כלשהי בעניין זה.

די באמור לעיל כדי שבימ"ש קמא יכול היה לקבוע שמדובר בהודאה שנמסרה מרצונו הטוב והחופשי של המערער ואין צורך להכביר בכך מילים.

פגמים נטענים בתוכן ההודאה

19. כזכור, הפנה ב"כ המערער לכך שהמערער הודה בבנייה של 160 מ"ר בעוד שכתב האישום מיחס לו בנייה של 168 מ"ר וכן לפער זמנים בביצוע הבנייה, כאשר על פי דו"ח העבירה שערך הפקח (ת/1) הוא ביקר במקום וראה את הבנייה כבר ביום 16.7.12 בעוד שהמערער אמר בהודאתו (שנגבתה ביום 13.8.12) שהוא החל את הבנייה כ-10 ימים עובר לגביית ההודאה.

ההבדלים הנ"ל, עליהם הצביע ב"כ המערער אינם מטילים ספק כלשהו באמיתות תוכן ההודאה. נהפוך הוא - הבדלים אלה מעידים דווקא על כך שתוכנה אמת ושהיא נמסרה מרצונו הטוב והחופשי של המערער. אין הבדל של ממש בין בנייה בשטח של כ- 168 מ"ר (כפי שנכתב בדו"ח העבירה שערך הפקח) ובין בנייה בשטח של כ- 160 מ"ר (כפי שנכתב בהודאה) ואף פער הזמנים אינו משמעותי, מה גם שטבעי הוא שחשוד ינסה לגמד את מימדי העבירה בה הוא נחשד. למעשה, דווקא העובדה שבהודאה נכתבו נתונים שונים במקצת מאלה הרשומים בדו"ח העבירה, מצביעה על כך שהמפקח רשם את הדברים כפי שנאמרו לו על ידי המערער, שהרי לו היה רושם את הדברים על דעתו ולא מפי המערער, היה מעתיק את הנתונים המדויקים מדו"ח העבירה שנערך על ידו ואשר נרשמו על ידו בטופס ההודאה, בחלק של תיאור העבירה. גם הסברו של המערער לבנייה, לפיו הוא בנה ללא היתר בשל "מצוקת דיור" מחזק את אמינות ההודאה, העומדת במבחן האמינות הפנימי, הנדרש.

בנסיבות אלה ואף נוכח האמון שנתן בית משפט קמא במפקח, אינני רואה כל פגם בכך שבימ"ש קמא קיבל את ההודאה וסמך על משקלה.

קבילות ההודאה נוכח אי ידוע המערער בדבר חובת ההיוועצות

20. גם קביעתו של בית המשפט, לפיה אי היידוע בדבר חובת ההיוועצות אינו פוגם במשקל ההודאה, נכונה במקרה זה.

אי יידוע בדבר חובת ההיוועצות אינו מוביל, אוטומאטית, לפסילותה של ההודאה, כפי שהובהר בעניין יששכרוב, שם נקבעה דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, בעילה זו.

21. אמנם, לא ניתן היה לקבוע כי המבקש התייעץ עם עורך דין ועל פי הפסיקה, העובדה שהוא לא היה עצור אינה פוטרת את הרשות מחובת היידוע. אולם, הודעה על הזמנה לחקירה, בה נכתב בגין מה מוזמן המערער לחקירה, לרבות פרטי המקרקעין בהם מדובר (כולל מספרי גוש וחלקה) ובה התבקש המערער להתקשר ליחידה החוקרת ולתאם מועד לחקירתו, נשלחה למערער ביום 25.7.12. המערער נחקר רק ביום 13.8.12, כך שברי כי הייתה למערער **הזדמנות** להתייעץ עם עורך דין. כמובן שאין בכך כדי לומר שהוא ניצל הזדמנות זו, אך בנסיבות אלה **עוצמת** הפגיעה בזכות היא פחותה, שהרי אין מצבו דומה למצבו של מי שנעצר במפתיע לצורך חקירה והוא תלוי, לחלוטין, בחסדי חוקריו ובהגנת הדין.

בית משפט קמא היה ער לפסיקה הקובעת, כי העובדה שהחשוד-הנחקר אינו עצור, אינה פוטרת את הרשות מליידע אותו בדבר זכות ההיוועצות, אולם סבר כי במקרה דנן אין באי קיום החובה כדי לפסול את הודאתו או כדי להפחית משמעותית ממשקלה ומסקנה זו הולמת את נסיבות המקרה.

22. זאת ועוד - מצאתי ממש גם בקביעת בית משפט קמא לפיה המערער לא טען לקשר סיבתי כלשהו בין אי קיום חובת היידוע לבין הדברים שמסר בהודאתו ולענין זה אפנה לאמור לעיל בעניין האמינות הפנימית של ההודאה.

אבהיר, כי נסיבות עניינינו שונות, מהותית, מהנסיבות בהן דן עניין אסף, אליו הפנה ב"כ המערער. שם, ביקש המערער כבר בתחילת חקירתו להתייעץ עם עורך דין, והוא ויתר על זכותו זו רק לאחר שהחוקר אמר לו שהוא יצטרך לבוא למחרת ולחתום על ערבות בסך 30,000 ₪, בעוד שבעניינינו המערער כלל לא ביקש להתייעץ עם עורך דין.

23. סופו של דבר, אינני מוצאת כל מקום להתערב בקביעת בית משפט קמא, לפיה ההודאה קבילה ומשקלה רב.

ומכאן - לטענות המערער בעניין אי הוכחת זיהוי המקרקעין.

24. לעניין זיהוי המקרקעין סמך בית משפט קמא על עדותו של המפקח, אשר העיד שהוא ביקר במקרקעין וזיהה את מספרי הגוש והחלקה, על פי תצ"א ועל פי תכנית בנין עיר בהם עיין במשרדי הוועדה. את בעלות המערער בהם הוא קבע על פי נסח הרישום שהוצא מהאינטרנט.

עדותו של המפקח הייתה אמינה על בית משפט קמא, ללא כל עוררין, ואף לא נעשה כל ניסיון לסתור אותה או

לערער אותה. מדובר בעד, שזהו תפקידו, בו הוא עוסק מדי יום במשך מספר שנים ואין שום סיבה להניח כי לא עשה עבודתו באופן תקין גם במקרה דנן.

25. פסק הדין שניתן בעניין נג'ם - ע"פ (מחוזי נצרת) 35726-08-11 מדינת ישראל נ. נג'ם (14.02.2012), אליו הפנה ב"כ המערער אינו תומך בטיעוני המערער. נהפוך הוא; גם שם נעזר המפקח באמצעי לזיהוי המקרקעין (אם כי באמצעי אחר) אשר גם הוא לא ניתן היה לבדיקה על ידי בית המשפט ועל אף זאת אושר זיהוי המקרקעין על פי האמון שנתנה הערכאה הדיונית במפקח.

גם בפסה"ד בעניין אבו רומי - עפ"א 12342-04-15 וליד אבו רומי נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה שפלת הגליל (21.8.2015), אשר ניתן על ידי, אין כדי להועיל למערער, אלא להיפך.

שם דחיתי את טענת המערער בדבר זיהוי המקרקעין לאחר שקיבלתי את עדותו של המפקח לפיה הוא זיהה את המקרקעין באמצעות מספרי גוש וחלקה, אותם לקח מתכנית המתאר וכן באמצעות שימוש בתצ"א, אשר לא הוגש לביהמ"ש.

קבעתי, שם, כי: "התצ"א לא הוגשה לבימ"ש קמא, על אף שראוי היה שהיא תוגש, ביחד עם כל המסמכים נוספים, בהם עשה הפקח שימוש לשם זיהוי החלקה, על מנת שהוא יוכל להסביר ולהראות לבית המשפט כיצד הוא זיהה את החלקה. ככל שניתן להבין, התצ"א גם לא הומצאה לסנגור במסגרת חומר החקירה.

עם זאת, ככל שרצה הסנגור לחקור את הפקח על התצ"א, היה עליו לבקש לקבלו כחלק מחומר החקירה. משלא עשה כן ומשעדות הפקח לפיה הוא זיהה את החלקה בוודאות התקבלה כאמינה על ידי בימ"ש קמא ומשהיא לא נסתרה, אין מקום להתערבות ערכאת הערעור בממצא זה של עובדה ושל מהימנות".

למעלה מן הצריך אציין, כי מה שהביא לזיכויו של המערער בעניין אבו רומי (כפי שהובהר שם), היו הפגמים המהותיים שנפלו, שם, בהודאת המערער, בכך שהוא חתם רק על דף אחד של ההודאה, שלא כלל את פרטי המקרקעין ונותר ספק שמא הוא לא היה מודע לפרטים הרשומים בהודאה ובכך ששיוך הבנייה למערער נעשה על פי עדויות שמועה. בנוסף, כלל לא הוגש נסח רישום, גם לא כזה שהוצא מהאינטרנט ואף לא התבקשה הגשת נסח רשמי, כפי שהתבקש בענייננו.

בעניין אחר - ברע"פ 5856/15 אבראהים בשר נ' מדינת ישראל (3.9.2015) (שהוזכר לעיל בסעיף 11), העלה הסנגור את השאלה "האם במקרה בו פקח אכיפה מזהה מקרקעין לפי תצלומי אוויר ומגיע אליהם, קיימת חובה על המדינה להגיש את התצלומים כראיה בתיק, על מנת להוכיח כי הפקח הגיע וזיהה את המקרקעין מושא כתב האישום". מדברי כבוד השופט ג'ובראן עולה, כי לעיתים די בכך שהערכאה הדיונית נתנה אמון במפקח, כדי שניתן יהיה לקבוע כי המקרקעין זהו בוודאות וכך אמר: "שתי הערכאות הקודמות הגיעו למסקנה מנומקת כי עדותו של המפקח מהימנה וכי המקרקעין זהו כראוי, וזאת מבלי שצורפו תצלומי האוויר כראיה, ואיני מוצא מקום להתערבות בהכרעה זו".

26. ומכאן מגיעים אנו אל סעיף **162(א)** לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] תשמ"ב-1982, הקובע כי הימנעות הנאשם מלהעיד עשויה לשמש חיזוק, ואף סיוע, לראיות התביעה ואל השאלה האם המאשימה הביאה בפני בית משפט קמא בסיס ראיתי, היינו - את "היש" (כלשון ב"כ המערער), אשר הימנעות המערער מלהעיד יכולה לחזק.

סבורה אני, כפי שסבר גם בית משפט קמא, כי התשובה לכך חיובית היא.

וכך קובע סעיף 162(א) הנ"ל: "הימנעות הנאשם מהעיד עשויה לשמש חיזוק למשקל הראיות של התביעה וכן סיוע לראיות התביעה במקום שדרוש להן סיוע, אך לא תשמש סיוע לצורך סעיף 11 לחוק לתיקון הראיות (הגנת ילדים), תשט"ו-1955 או לצורך סעיף 20(ד) לחוק הליכי חקירה והעדה של אנשים עם מוגבלות".

27. עדותו של המפקח איננה עדות "ריקה" שאין בה דבר, כטענת ב"כ המערער. די בנסיגונו המקצועי של המפקח, בביקורו במקום, בתמונות הבנייה שצולמו על ידו ובאמון שנתן בו בימ"ש קמא, כדי שניתן יהיה לראות בעדותו את "היש", אשר הימנעות הנאשם ממתן עדות בבית המשפט, מחזקת אותה.

28. "דבר מה" להודאת הנאשם - הימנעות הנאשם מלהעיד בבית המשפט - השאלה אם הימנעות נאשם מלהעיד בבית המשפט יכולה לשמש "דבר-מה" להודאת נאשם בפני רשות, איננה שאלה פשוטה והיא תלויה בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. למעשה, כפי שיובהר להלן, הכלל שהוא ששתיקת נאשם בבית המשפט לא תשמש כ"דבר-מה".

למעשה, בענייננו, ה"דבר-מה" הנדרש להודאת המערער, מצוי בעדות המפקח ולכן, השאלה אם הימנעות נאשם מלהעיד בבית המשפט יכולה לשמש "דבר-מה" להודאת נאשם בפני רשות, איננה שאלה מהותית במקרה זה, שכן די בהודאת הנאשם ובעדות המפקח, כדי לבסס את קביעתו של בית משפט קמא, לפיה הוכח מעל לספק סביר שהמערער ביצע את העבירה.

29. עם זאת אציין, **בקצרה**, בבחינת למעלה מן הצורך, כי הנושא הנ"ל נדון בהרחבה בעניין מילשטיין - רע"פ 4142/04 סמל (מיל.) איתי מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי ואח' (14.12.2006), להלן: "עניין מילשטיין".

כבוד השופט ארבל, אשר כתבה את דעת הרוב, סקרה את הסכנה של הרשעות שווא, הנובעת מהסתמכות על הודאת חוץ של נאשם, כראייה בלעדית ואת "מדרג החיזוקים" השונים הנדרשים בדין לראיות שונות. בסופו של דבר קבעה כבוד השופט ארבל, כי הימנעות נאשם מלהעיד במשפטו יכולה לשמש כ"דבר מה", אך קובעת, כי מדיניות משפטית נאותה מחייבת להיזהר בכך ולקבוע כי, ככלל לא תהווה שתיקת הנאשם בביהמ"ש "דבר מה נוסף" וזאת מנימוקים שונים שפורטו על ידה ושאינן צורך לפרטם כאן.

30. אבהיר, כי עיון בפסיקת בתי המשפט המחוזיים במקרים דומים למקרה דנן מעלה, כי לא אחת הועלו בהם טענות דומות, אשר המכנה המשותף שלהן הוא מחדלן של הרשויות הרלבנטיות להביא בפני בתי המשפט מסמכים

וראיות שהן יכולות היו להביא בפניהם. אמנם, בעניין מילשטיין ציינה כבוד השופטת ארבל, כי השאיפה לבירור האמת ולחשיפתה ולקיומו של הליך הגון, מחייבת דרבון היחידה החוקרת "... לפעול להשגת מירב הראיות נגד הנאשם, מחוץ להודאתו, ובמידת האפשר, לבסס כתבי-אישום על מארג ראיות שהוא מקיף". אולם, כפי שנאמר בע"פ 37/07 משה פרג נ' מדינת ישראל (10.3.2008), הלכה היא, כי "... אין הרשות החוקרת חייבת לאסוף - ואין התביעה חייבת להציג - את כל הראיות הקיימות במקרה פלוני, וניתן להסתפק בראיות המספיקות לשם הרשעה במידה הנדרשת בפלילים (ע"פ 4384/93 אילן מליקר נ' מדינת ישראל פסקה 6 ([פורסם בנבו], 25.5.94); ע"פ 5386/05 אלחורטי נ' מדינת ישראל בפסקה ז(2) ([פורסם בנבו], 18.5.06)".

במקרה דנן, סבורה אני, כי הודאת המערער היא בעלת משקל פנימי גבוה דיו, כך שהיא עומדת בפני עצמה וכי בדין התייחס אליה בית משפט קמא כאל הודאת אמת; הנסיבות החיצוניות להודאה והאמור בהודאה עצמה (כפי שפורטו לעיל) שוללים, ברמת וודאות שמעל לספק סביר, את האפשרות שמא הנאשם פעל מתוך לחץ חיצוני או "פנימי" אשר הביא אותו לידי כך שבפני המפקח הוא ייטול על עצמו אחריות לביצוע מעשה שלא עשה. כך, גם אין כל אינדיקציה לכך ששתיקת הנאשם בבית המשפט נבעה מלחץ כלשהו, פנימי או חיצוני, ולמעשה - המסקנה היחידה המתבקשת משתיקתו היא, כי אכן אין לו תשובה נגד ההאשמות המופנות כלפיו, אשר אליהן מתייחסת הודאתו בחקירה.

31. בהקשר לכך יש לציין, כי השאלה אם המקרקעין שייכים למערער, אם לאו, היא שאלה שניתן להוכיח באמצעי פשוט ביותר - נסח רישום רשמי. אמנם, החובה להמציא נסח כזה הייתה מוטלת על המאשימה, אולם הוסבר שהיא לא עמדה בחובה זו בשל היות המקרקעין בהליכי הסדר ובנסיבות אלה נכון עשה בית משפט קמא כאשר קבע כי הוצגה בפניו הראייה המשנית הטובה ביותר. נראה כי לא בכדי התנגד ב"כ המערער לבקשת המאשימה בפני בית משפט קמא, מיד לאחר שסיימה הבאת ראיותיה, לתת צו המורה לרשם המקרקעין להמציא נסח רשמי.

לטעמי, נכון היה עושה בית משפט קמא לו היה נעתר לבקשת המאשימה ונותן צו להמצאת הנסח הרשמי, על אף שהבקשה התבקשה רגע לאחר שב"כ המאשימה הצהיר "אלו עדיי". זאת, מאחר שמדובר בראייה רשמית, פשוטה וברורה, אשר הייתה מבהירה, באחת, את הטעון הבהרה בעניין הבעלות במקרקעין. ראוי לנהוג בגמישות, בבקשות להגשת ראיות מסוג זה, בהיותן ראיות מוסדיות/רשמיות, אשר לא יכולה להיות מחלוקת על תוכןן או על אמיתותן, בפרט כאשר מבקשים להגישן בטרם הסתיימה שמיעת הראיות ובמקרה דנן - עוד בטרם החלה פרשת ההגנה.

32. לא למותר להזכיר גם את הלכת "זרקא" הידועה - ע"פ 28/49 סעיד חוסין זרקא נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ד 504, 530-529 (1950) (13.7.1950), אשר קבע, כידוע, כי על אף ש"חובת הראייה", היא - במשפט הפלילי - "נטל השכנוע", היינו - החובה להוכיח את האשמה מעל לכל ספק סביר, מוטלת על המאשימה, מתחילת המשפט ועד סופו, הרי במהלך המשפט קיימת חובה שנייה, שדרגתה פחותה, היא "חובת ההוכחה" - החובה להביא עדות.

נקבע, כי החובה להביא עדות - "חובת ההוכחה" - עוברת אל הנאשם, לאחר שהמאשימה הביאה ראיות המספיקות, לכאורה, כדי הוכחת האשמה. בשלב זה, עוברת אל הנאשם החובה להמציא ראיות מצדו. לא למותר להדגיש, כי, בסופו של דבר על בית המשפט לבחון, כמובן, את כל הראיות שהובאו ולקבוע, על פיהן, אם המאשימה

עמדה בחובתה להוכיח את האשמה מעל לכל ספק סביר, אולם אין לומר שעל נאשם אין מוטלת חובה כלשהי להביא ראיות.

33. נוכח כל האמור לעיל אני דוחה את הערעור על הכרעת הדין.

הערעור על גזר הדין

34. הלכה ידועה היא, כי ערכאת הערעור איננה גוזרת מחדש את עונשו של הנאשם, אלא בוחנת האם העונש שנגזר בערכאה הדיונית הוא סביר והאם נפלה בו טעות מהותית; האם הוא סוטה באופן קיצוני מרמת הענישה הראויה בנסיבות העניין. הלכה זו חלה גם לאחר תיקון 113 - ע"פ 7430/13 שחרוך טוחסונוב נ' מדינת ישראל (3.3.2014).

ב"כ המערער לא הצביע בפניי על טעות כלשהי שנפלה בגזר דינו של בית משפט קמא ולא הביא בפניי נימוק כלשהו אשר יש בו כדי להצדיק התערבות בגזר דין זה.

35. לגופו של עניין, גזר הדין אינו חמור כלל וכלל. בית משפט קמא התחשב, לקולה בנסיבותיו האישיות של המערער, במצוקת הדיור ובעיכוב בהכנת תכניות בנייה, אשר הביאו אותו, על פי הנתען, לבנות ללא היתר והציב את גובה הקנס מעט מעל לרף התחתון של מתחם העונש ההולם שנקבע על ידו, שהוא מתחם הולם את נסיבות העבירה.

לפיכך, אני דוחה גם את הערעור על גזר הדין.

36. רק לפנים משורת הדין ומאחר שעייכוב הביצוע של צו ההריסה שניתן על ידי בית משפט קמא מסתיים ביום 10.8.17 ועל מנת לאפשר למערער שהות להתארגן לביצוע ההריסה, אני מעכבת את ביצוע צו ההריסה עד ליום 1.10.17.

המזכירות תמציא את פסק הדין לצדדים ותסגור את התיק.

ניתן היום, כ"ה תמוז תשע"ז, 19 יולי 2017, בהעדר הצדדים.