



עפ"א 49315/05/19 - אחמד חג'אזי, מוחמד חג'אזי נגד ועדה מקומית לתכנון שפלת הגליל

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"א 49315-05-19 חג'אזי ואח' נ' ועדה מקומית לתכנון שפלת הגליל
תיק חיצוני:

בפני כבוד השופט נאסר ג'השאן

המעוררים 1. אחמד חג'אזי

2. מוחמד חג'אזי

נגד

המשיבה

ועדה מקומית לתכנון שפלת הגליל

פסק דין

1. לפני ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום בעכו (כב' השופטת זהבה קאודרס- בנר) בתו"ב 33297-01-14 (מיום 28.02.2019 ומיום 17.04.2019 הכרעת הדין וגזר הדין בהתאמה) בגדרו הורשעו המערערים בביצוע עבירה של ביצוע עבודות בניה ללא היתר לפי סעיף 204 (א) לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, בנוסחו לפני תיקון 116 (להלן: "**החוק**"), וזוכו מיתר העבירות המיוחסות להם והוטלו עליהם העונשים שעליהם אעמוד להלן.

עובדות כתב האישום וההליך בבית משפט קמא- כללי:

2. על-פי עובדות כתב האישום ביום 24.11.2011 או במועד הסמוך לכך ביצעו המערערים עבודות בניה ושימוש, ללא היתר, במקרקעין שייעודם חקלאי, הידועים כחלקה 13 בגוש 18579 באדמות טמרה באופן שבנו דיר צאן בשטח של כ-600 מ"ר ומחסן חקלאי בשטח של כ-28 מ"ר.

בכתב האישום צוין, כי המערערים הנם הבעלים של הזכויות במקרקעין והמשתמשים בהם בפועל, האחראים לביצוע עבודות הבניה והשימוש ומי שמוטלת עליהם החובה לקבל היתר המתייחס לעבודות הבניה נשוא האישום.

משכך הואשמו המערערים בהוראות החיקוק הבאות: ביצוע עבודות בניה ושימוש הטעונים היתר- ללא היתר ושימוש בקרקע חקלאית, עבירה לפי סעיפים 204 (א)-ו- (ג) לחוק התכנון והבניה.



3. בית המשפט שמע את הראיות; מטעם המשיבה העיד עד אחד בלבד, מר ראיף סעאדה. המערערים בחרו שלא להעיד. לאחר סיום פרשת התביעה העלו המערערים טענת "אין להשיב לאשמה". ביום 19.12.2016 נדחתה הבקשה בהחלטת מפורטת שניתנה על-ידי בית משפט קמא.

4. ביום 28.02.2019 הרשיע בית משפט קמא את המערערים בעבירת "בנייה ללא היתר במקום בו נדרש היתר" וזוכו "מעבירת השימוש ללא היתר". אציין כי בסעיף 22 להכרעת הדין לא התייחס בית המשפט לעבירת "שימוש חורג בקרקע חקלאית" ולכך אתייחס בהמשך.

על הכרעת דינו של בית משפט קמא:

5. בית משפט קמא קבע כי צירופם של כלל הראיות, יחד עם עדותו של המפקח - מר ראיף סעאדה (להלן: "המפקח"), אי הצגת היתר בניה ושתיקה המערערים מובילים למסקנה כי המאשימה הרימה את הנטל המוטל עליה להוכחת עובדות כתב האישום בכל הנוגע לעבירת הבניה ללא היתר.

6. באשר לזיהוי המקרקעין קבע בית משפט קמא, כי צירופם של ת/1 (דו"ח הביקורת), ת/2 (התמונות הדיר והמחסן שצולמו על-ידי המפקח) ו-ת/5 (תצלומי האוויר של המקום) ומהימנותו של המפקח מוכיחים מעבר לכל ספק סביר את זיהוי המקרקעין.

7. בית משפט קמא קבע, כי עדותו של המפקח מהימנה, וכי מדובר במפקח המכיר היטב את האזור. נקבע כי המפקח העיד, כי זיהה את מקום הנכס על-פי תכנית המתאר הנמצאת איתו באופן תדיר ובהתאם לזיהוי ערך את דו"ח הביקורת. עוד נקבע, כי אמנם המפקח לא ידע לציין בעדותו את מספר תכנית המתאר ותכנית זו לא הוצגה בפני בית המשפט, אולם כפי שנקבע בפסיקה, מדובר בתכנית שהיא בגדר ידיעה שיפוטית שאין צורך להגישה לבית המשפט. עוד נקבע בעניין זה כי המערערים לא העידו ולא הביאו ראיות לסתור את ראיות המאשימה, ולא נטען על-ידם כי לא מדובר בגוש ובחלקה עליהם עומד הנכס וכן לא נטען כי ייעוד הקרקע אינו חקלאי.

8. בית משפט קמא עוד קבע בעניין זיהוי המקרקעין, כי ניתן להגיש תצלומי אוויר כאשר מוכחת זיקתם אל המקום והמבנה הנטען באמצעות ראיה הקושרת ביניהם. עדותו של המפקח בעניין זה, אשר העיד כי ערך סיור בשטח והגיש דו"ח ביקורת ובהתאם לממצאיו בשטח הופקה התצ"א על-ידי החברה, יש בה כדי להוות ראיה קושרת. על כן, קבע בית משפט קמא כי התצ"א שהוגשה (ת/5) קבילה בהתאם לראיה הקושרת.

9. באשר להוכחת זיקת בעלות המערערים למקרקעין קבע בית משפט קמא, כי די בנסח הטאבו מיום 27.07.2009 (ת/3), בו רשומים המערערים כבעלים על החלקה שבנדון, כדי לקבוע כי המאשימה הרימה את הנטל להוכיח את בעלות המערערים על הנכס, כאשר המערערים לא הביאו כל ראיה שיש בה כדי לסתור את הבעלות. בית משפט קמא קבע כי פער הזמנים בין הוצאת הנסח לבין מועד הוצאת



הדו"ח, אינו מהווה ראיה לשלול את הבעלות של המערערים על הנכס.

10. בית משפט קמא עוד קבע באשר לאי חקירת המערערים במשרדי הוועדה טרם הגשת כתב האישום, כי די בהגשת ת/8 (הזמנת המערער 1 לחקירה), ת/9 (הזמנת המערער 2 לחקירה), ו-ת/10 (אישור משלוח דברי רשום במרוכז בו כלולים דברי דואר למערערים), כדי להוכיח כי המאשימה שלחה את ההזמנה לחקירה לכתובתם של המערערים כאשר הם לא המציאו כל ראיה שההזמנה לא הגיעה אליהם ולא סתרו את החזקה למסירה כדיון. נקבע, כי החוק לא מטיל חובה על רשות התביעה לבחון את גלגוליה של כל הזמנה שהיא שולחת.

11. עוד קבע בית משפט קמא כי שתיקת המערערים, הן באי מתן גרסה לפני הגשת כתב האישום והן במסגרת פרשת ההגנה, מהווה חיזוק לראיות התביעה, כאשר חרף המחדל של אי הגשת נסח טאבו עדכני, הונחה תשתית ראיתית מספקת להוכחת אשמת המערערים בבניה ללא היתר.

12. בית משפט קמא דחה את טענת המערערים לאכיפה בררנית וקבע כי לא הונחה כל תשתית ראיתית שיש בה כדי להוכיח אכיפה בררנית.

גזר דינו של בית משפט קמא:

13. גזר דינו של בית משפט קמא ניתן בלא שנשמעו בעל-פה טיעוני המערערים לעונש.

14. בית משפט קמא קבע בגזר דינו כי מדובר בעבירה חמורה ונפוצה, אשר קלה לביצוע וטומנת בחובה עשיית דין עצמי בתחום הבנייה ללא היתר. בהתאם לאמור ולאחר שעמד על חומרת העבירה כפי שבאה לידי ביטוי בפסיקה, קבע בית משפט קמא כי מתחם העונש ההולם נע בין קנס בסך ₪ 40,000 עד ₪ 70,000, התחייבות בסכום משמעותי וקנס.

15. בקביעת עונשם של המערערים בתוך המתחם, התחשב בית משפט קמא בגודל המתחם שבהיקף 628 מ"ר, בקרקע שייעודה חקלאי, וכן התחשב בית משפט קמא לקולה בעובדה כי אין מדובר בבניין מגורים העשוי מבנייה קשיחה וכאשר ייעוד המבנה וייעוד המקרקעין קרובים באופיים ובטיבם. על כן דן בית משפט קמא כל אחד המערערים לעונשים כדלקמן:

א. קנס בסך ₪ 48,000 או 380 ימי מאסר תמורתו.

ב. התחייבות כספית בסך ₪ 40,000 להימנע מלעבור את העבירה שבה הורשעו בכתב האישום, בהתאמה עם סעיפי החיקוק הרלוונטיים לאחר תיקון 116 לחוק התכנון והבניה וזאת



במשך 3 שנים.

ג. צו להריסת המבנה נשוא כתב האישום תוך 6 חודשים, אלא אם ישיגו המערערים היתר בניה כחוק וכן צו איסור שימוש במבנה מתום 6 חודשים מיום מתן גזר הדין.

ד. כפל אגרה בסך 1,444 ₪.

נימוקי הודעת הערעור:

16. ב"כ המערערים מבקש להורות על ביטול הכרעת הדין ולזכות את המערערים מהעבירה שיוחסה להם בכתב האישום, לחילופין לקבל את הערעור על גזר הדין ולהורות על החזרת הדיון לבית משפט קמא על מנת לקיים דיון לשמיעת טיעוני המערערים לעונש, טרם מתן גזר הדין.

17. לטענת המערערים טעה בית משפט קמא עת הרשיע אותם בעבירה של בניה ללא היתר, שכן לא הוכח בפני בית משפט קמא, כי עבודות הבניה נשוא כתב האישום בוצעו על-ידי המערערים. נטען, כי טעה בית משפט קמא עת קבע כי תכנית המתאר הנה בגדר ידיעה שיפוטית וכי אין צורך להגישה לבית המשפט כראיה על מנת להוכיח את מספר הגוש והחלקה. נטען כי המפקח העיד בעדותו בפני בית משפט קמא, כי זיהוי המקרקעין נעשה על-פי תכנית המתאר שהיתה איתו, ולא מידיעתו האישית שנרכשה במסגרת מילוי תפקידו. על כן נטען כי נותר ספק לעניין זהות המבנה בהעדר תכנית המתאר לאור עדותו של המפקח.

18. עוד טענו המערערים, כי טעה בית משפט קמא עת קיבל את התצ"א (5/ת) כראיה על-פי מסלול הראיה הקושרת. נטען כי על-פי עדותו של המקפח, בעת הסיור במקרקעין הוא לא היה עם התצ"א, על כן לא נערך אימות בשטח של תצלומי האוויר ולא היה מקום לקבל את התצ"א כראיה.

19. לטענת המערערים לא הוכח בפני בית משפט קמא כי המשיבה שלחה הזמנה לחקירה למערערים טרם הגשת כתב האישום, שכן המכתבים בדבר זימון המערערים לחקירה (8/ת, 9/ת ו-10/ת) הוגשו על-ידי המפקח אשר לא ערך אותם ועל כן הם אינם קבילים. בהתאם לאמור נטען כי לא הוכח שהמערערים זומנו לחקירה טרם הגשת כתב האישום בהתאם להלכה הפסוקה.

20. המערערים עוד טענו לאכיפה בררנית שכן מנסח הטאבו עולה, כי המקרקעין רשומים בבעלותם של 3 בעלים, וכאשר כתב האישום מייחס עבירה על-פי עילת הבעלות רק לשני המערערים, עת אין ראיה להעדר בעלות או אשמתו של הבעלים הנוסף.



21. עוד טענו המערערים, כי לא הוכחה בפני בית משפט קמא זיקת המערערים למקרקעין ביום ביצוע העבירות נשוא כתב האישום, שכן נסח הטאבו שהוגש לבית משפט קמא נושא תאריך 27.07.2009, בעוד כתב האישום מייחס למערערים ביצוע עבודות בניה ללא היתר בתאריך 24.11.2011.

22. באשר לערעור על גזר הדין, טענו המערערים, לחילופין, ככל והערעור על הכרעת הדין לא יתקבל, הרי יש להורות על ביטול גזר דינו של בית משפט קמא אשר ניתן בלי שנשמעו טיעוני המערערים לעונש. נטען, כי טעה בית משפט קמא עת לא נעתר לבקשת ההגנה לטעון לעונש באופן פרונטאלי, שכן זכותם של המערערים מכוח החוק להשמיע טיעוניהם בפני בית המשפט טרם מתן גזר הדין. בהתאם לאמור עותרים המערערים להורות על החזרת הדיון לבית משפט קמא לצורך טיעונים פרונטאליים לעונש.

תמצית טיעוני הצדדים בדיון:

23. בדיון אשר התקיים בפניי ביום 15.07.2019 חזר ב"כ המערערים על האמור בהודעת הערעור.

24. מנגד ב"כ המשיבה ביקש להורות על דחיית הערעור על כל חלקיו, שכן הנוחה בפני בית משפט קמא תשית ראייתית להוכחת העבירה נשוא הדיון. נטען כי המאשימה הרימה את הנטל המוטל עליה באשר לזיהוי המקרקעין, הן באמצעות עדותו של המפקח והן באמצעות התצ"א, כאשר אין חובה להגיש את התצ"א על-פי הפסיקה. באשר לחקירת המערערים, נטען כי המערערים זומנו כדן והדבר עולה מתעודת משלוח דואר הרשום, אשר המפקח העיד שהדברים שנרשמו בה הוא עצמו הכתיב. מעבר לאמור נטען כי על-אף שניתנה למערערים הזדמנות להעיד בפני בית משפט קמא הם נמנעו מלעשות כן.

25. עוד טען ב"כ המשיבה כי טעה בית משפט קמא עת לא אפשר את הגשת הראיה בדמות נסח טאבו מעודכן משנת 2016, שכן מדובר ברשימה מוסדית שאינה יכולה להיות שנויה במחלוקת. באשר לטענה בדבר אכיפה בררנית הבהיר ב"כ המשיבה כי הבעלים הנוסף של המקרקעין קיבל היתר לסככה שנבנתה במקום.

26. באשר לערעור על גזר הדין טען ב"כ המשיבה כי ניתנו שתי הזדמנויות לסניגור לטעון בעל פה, אולם הוא בחר שלא לנצלן. מעבר לכך, העונש שהושת על המערערים אינו חמור כלל בשים לב להיקף הבניה.

דין והכרעה:

27. לאחר שעיינתי בהודעת הערעור, שמעתי את טיעוני הצדדים ועיינתי בפסק דינו של בית משפט קמא, שוכנעתי כי אין מקום להתערב בהכרעת דינו של בית משפט קמא ודין ערעור המערערים להידחות.



בעניין זה, מלבד לגבי התייחסות לגבי עבירת השימוש החורג בקרקע חקלאית ממנה יש לזכות את המערערים. יחד עם האמור, מצאתי להורות על ביטול גזר דינו של בית משפט קמא, ולהורות על החזרת הדין לשמיעת טיעוני המערערים לעונש.

הערעור על הכרעת הדין:

28. הערעור על הכרעת הדין מתמקד בשלוש שאלות: הראשונה היא: האם הוכח זיהוי המקרקעין; השניה: האם הוכחה זיקת המערערים למקרקעין ולביצוע העבודות האסורות; והשלישית, האם זומנו המערערים לחקירה בטרם הוגש כתב אישום נגדם.

29. אזכיר תחילה כי הלכה היא, שאין דרכה של ערכאת הערעור להתערב בקביעת ממצאים עובדתיים וממצאי מהימנות של בית משפט קמא, אלא במקרים מיוחדים ובנסיבות חריגות, בהן ממצאי הערכאה הדיונים אינם עומדים במבחנים והם מופרכים או שאין לעובדות שנקבעו בסיס בחומר הראיות, כאשר אין די בהעלאת תמיהות באשר לממצאים (ע"פ 10711/07 **מדינת ישראל נ' פלוני** (04.09.2008)).

30. עוד נקבע כי ביקורת ערכאת הערעור, מקום בו העובדות נקבעו על יסוד התרשמות ישירה מן העדים, תהא מצומצמת וזאת בשל העדיפות המובנת מאליה שיש לערכאה הדיונית אשר מתרשמת באופן ישיר ובלתי אמצעי מהעדים. לעניין זה יפים הדברים שנקבעו בע"פ 6295/05 **וקנין נ' מדינת ישראל** (25.01.2007):

"כדי להצדיק התערבות ערכאת ערעור בקביעות מהימנות וממצאי עובדה שנקבעו על-פיהן בידי הערכאה הדיונית, צריך שהן תסטינה מן ההיגיון והשכל הישר במידה כה מהותית ובולטת, עד כדי ביטול העדיפות המוקנית לערכאה שהתרשמה התרשמות בלתי-אמצעית מן העדים".

31. כאמור לעיל, בית משפט קמא קבע כי עדותו של המפקח נמצאה מהימנה בעיניו ועל בסיסה ובצירוף של כלל הראיות בתיק, נקבע כי המאשימה הרימה את הנטל המוטל עליה להוכיח עובדות כתב האישום, בין היתר את זיהוי המקרקעין. לעניין זה בית משפט קמא קבע בסעיף 13 להכרעת הדין כי **"מדובר במפקח המכיר היטב את האזור. עדות המפקח מהימנה בעיני, ואף הסניגור בעצמו ציין במהלך החקירה את הגינותו של העד.."**

32. ב"כ המערערים מלין על קביעת בית משפט קמא וטוען כי המפקח לא זיהה את המקרקעין על-פי היכרותו וידיעתו האישית, אלא על-סמך תכנית המתאר שהיתה איתו ברכב בהתאם לדבריו, על כן מאחר והתכנית לא הוגשה כראיה לא ניתן להוכיח את זיהוי המקרקעין.



33. אין בידי לקבל טענה זו של המערער. מעיון בפרוטוקול הדיון שהתקיים בפני בית משפט קמא, העיד המפקח באשר לזיהוי המקרקעין וטען כי: **"...לאחר סיור בשטח, אני מזהה את הבניה החורגת, אני מזהה את זה לפי תוכנית המתאר. וחוזר אחרי זה למשרד ומוציא תצ"א ומצליב דברים"** (שורות 6-7, עמ' 28 לדיון בפני בית משפט קמא). ובהמשך מסר המפקח כי בחקירה נגדית כי: **"ש:.... כשאתה אומר - אני מזהה בניה חורגת, אתה מתאר את אותה בניה במקרה הספציפי הזה ב- ת/1 לפי גוש וחלקה. גוש 18579 חלקה 13. אמת?"**

ת: אמת.

ש: את כל הדברים האלה מספר הגוש ומספר החלקה.... אתה לא יודע מידיעה אישית שלך. אתה ידעת את זה אחרי שעיינת בתוכנית מתאר?

ת: תכנית מתאר שהיא צמודה אלי באוטו. כל הזמן.

.....

ש: אבל את מספרי הגוש והחלקה,

העד, מר סעאדה: על תכנית המתאר מופיע מספרי גוש חלקה.

....

ש: המספרים האלה של מספרי גוש וחלקה, במקרה הספציפי הזה, זה לא משהו שידעת מידיעה אישית שלך, זה משהו שהעתקת מתוכניות המתאר. אמת?

ת: מתכונות המתאר. אמת" (שורות 6-26, עמ' 67 לדיון בפני בית משפט קמא).

34. מעדותו של המפקח נראה כי הוא זיהה את המקרקעין כנדרש, על-פי מספרי הגוש והחלקה ובהתאם לתכנית המתאר שהיתה ברכבו כאשר שילוב הדברים בין היכרותו של האזור, תשריט תכנית המתאר והצבלת המידע הנ"ל עם התצ"א המצויה במשרד הועדה המקומית לתכנון ובנייה ואשר משמשת את הועדה והוזמנה על-ידי הועדה (ראו עדותו בפני בית משפט קמא, עמ' 28, שורות 6-11) מוכיח זיהוי המקרקעין נשוא כתב האישום.

35. סבורני כי צדק בית משפט קמא בקובעו כי על בסיס עדותו של המפקח, ועל סמך חומר הראיות שהונח בפניו הוכחה שאלת זיהוי המקרקעין. מדובר במפקח שעובד בתפקידו מדי יום במשך מספר שנים. כאשר עדותו של המפקח היתה אמינה על בית משפט קמא, וכאשר לא הוכח בפני בית משפט קמא כי המפקח עשה עבודתו באופן שאינו תקין, נראה כי אין מקום להתערב במסקנת בית משפט קמא. המפקח כאמור ביקר במקרקעין, תיעד את המקום בתמונות המעידות על ביצוע העבודות האסורות ואף הכין שרטוט של הדיר והמחסן אשר הוגש לבית משפט קמא.

עמוד 7



36. אינני סבור כי, בנסיבות המקרה, על מנת להוכיח את זיהוי המקרקעין נשוא האישום יש להגיש את תכנית המתאר ותצלומי האוויר כראיה לבית המשפט. ב"כ המערערים תמך את טיעוניו בעניין זה בשני פסקי דין, ע"פ 6615-08-07 **עיריית לוד נ' אלברגית** (02.04.2008) (להלן: "**עניין אלברגית**") וכן לע"פ 35726-08-11 **מדינת ישראל נ' ניגים** (14.02.2012) (להלן: "**עניין ניגים**"). אולם, סבורני כי פסיקה זו איננה תומכת בטיעוניו של ב"כ המערערים, שכן בעניין אלברגית, בשונה מענייננו, אמנם זוכו הנאשמים מביצוע העבירות אולם, בית המשפט שם קבע כי מדובר בחלקה "בת אלפי מטרים" עליה בנויים כמה וכמה מבנים, ואשר לא ניתן לזהות בוודאות את המבנה ועל כן היה צורך להגיש מפת מודד אשר תציין את מיקום המקרקעין נשוא כתב האישום. בעוד בענייננו, חלקת המקרקעין זוהתה כראוי וכנדרש על-ידי המפקח באמצעות תכנית המתאר.

אף עניין ניגים, אינו תומך בטיעוניו של ב"כ המערערים, שכן באותו עניין קיבל בית המשפט המחוזי את ערעור המדינה והרשיע את הנאשם בעבירות שיוחסו לו וקבע כי די בעדות המפקח, אשר הערכאה הדיונית נתנה אימון בגרסתו, כדי להוכיח את מיקום המקרקעין. יצוין כי אף שם, המפקח נעזר במערכת G.P.S לשם זיהוי המקרקעין, אך נקבע לגביה כי לא ניתן לייחס לראיה כל משקל מקום ולא הוגש לצידה דו"ח מומחה שיתן דעתו באשר לרמת דיוק השימוש במכשיר.

37. יתרה מזאת, ברע"פ 5856/15 **בשר נ' מדינת ישראל** (03.09.2015) אישר בית המשפט העליון את קביעות בית משפט המחוזי והשלום לפיהן המקרקעין זהו כראוי וזאת בהסתמך על עדותו של המפקח אשר נמצאה מהימנה, מבלי שהוגשו כראיה תצלומי האוויר (וכן ראו והשוו: עפ"א 26055-06-17 **עואד נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה שפלת הגליל** (19.07.2017)).

38. בהתאם לאמור, לא שוכנעתי כי יש מקום להתערב בקביעת בית משפט קמא ככל שהיא מתייחסת לעניין זיהוי המקרקעין. המפקח כאמור הבהיר בעדותו כי זיהה את המקרקעין בשטח על סמך תכנית המתאר ובהמשך, לאחר שחזר למשרדו, זיהה את המקרקעין על-פי תצלומי האוויר, וכאשר עדותו של המפקח התקבלה כמהימנה על-יד בית משפט קמא. מעבר לאמור יצוין, כי התצ"א הוגשה לבית משפט קמא, ונקבע לגביה כי על-פי "מסלול הראיה הקושרת" שנקבע בפסיקה, כי יש בעדותו של המפקח כדי להוות ראיה קושרת ועל כן התצ"א התקבלה כראיה קבילה.

39. מנגד, אל מול הראיות הנ"ל, בחרו המערערים שלא להעיד במשפט, ועל כן התנהלותם חיזקה את משקל ראיות המאשימה. כידוע, הימנעות נאשם מלהעיד, ללא הסבר המניח את הדעת לכך, מחזקת את הראיות המפלילות שהוגשו נגדו, ואף מסייעת לראיות התביעה מקום ודרוש להן סיוע, כאמור בסעיף 162(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: "**החדס"פ**"). על כן, שילוב הראיות שהוגשו לבית משפט קמא, בין היתר עדותו של המפקח יחד עם שתיקתם של המערערים בבית משפט קמא, מוביל למסקנה כי צדק בית משפט קמא בקביעתו כי הוכיחה המאשימה מעבר לספק סביר את זיהוי המקרקעין.



זיקת המערערים למקרקעין:

40. סעיף 208 לחוק התכנון והבניה (בנוסחו לפני תיקון 116) קובע כי מקום ובוצעה עבירה או השתמשו במקרקעין בנסיבות ובדרך שיש בהם עבירה לפי סעיף 204, ניתן להגיש כתב אישום בגינה כנגד, בין היתר, **"בעל המקרקעין בשעת ביצוע העבירה"** או **"מי שהוחזק כבעלים של המקרקעין בשעת ביצוע עבירה"** או **"המבצע בפועל את העבודה"** או המשתמש בפועל במקרקעין. אין מחלוקת כי על המאשימה הנטל להוכיח את עובדות כתב האישום, לרבות זהות המשתמש או הבונה במקרקעין, הקשר שלו למקרקעין ולבניה וכן את המועדים בהם בוצעו עבודות הבניה הלא חוקיות.

41. עיון בכתב האישום מעלה כי הוא מייחס למערערים ביצוע עבודות בניה ושימוש במקרקעין שייעודם חקלאי, **"ביום 24.11.2011 ו/או במועד סמוך לכך.."**. עוד צוין בכתב האישום כי המערערים **"הינם הבעלים של הזכויות במקרקעין הנ"ל, המשתמשים בפועל בהם, האחראים לביצוע העבודה או השימוש, ומי שמוטלת עליהם החובה על פי דין לקבל היתר המתייחס לעבודות הבנייה נשוא כתב האישום"**.

42. ובכן, על מנת להרשיע את המערערים בעבירה המיוחסת להם בכתב האישום, לפי סעיף 204, על המאשימה להוכיח את התקיימות אחד התנאים המצוינים בסעיף 208 לחוק. על מנת להוכיח את האמור, הגישה המאשימה לבית משפט קמא נסח טאבו מיום 27.07.2009 (ת/3), בו רשומים המערערים כבעלים של החלקה נשוא האישום. מנגד טען הסניגור כי מאחר ומדובר בנסח טאבו משנת 2009, וכתב האישום מייחס למערערים עבירה משנת 2011, הרי לא הוכחה זיקת המערערים למקרקעין נשוא כתב האישום במועד ביצוע העבירה, דהיינו בשנת 2011 ועל כן יש לזכות את המערערים מהעבירה המיוחסת להם.

43. בית משפט קמא קבע בהכרעת דינו כי **"מימד הזמנים אינו ראיה לשלול את הבעלות של הנאשמים על הנכס"**, וכי הנאשמים לא הביאו כל ראיה לסתור את טענת הבעלות במקרקעין, בהתאם לאמור קבע בית משפט קמא כי מאחר והמאשימה הרימה את נטל השכנוע, והמערערים לא הביאו כאמור כל ראיה לסתור את הבעלות די בנסח הרישום כדי לקבוע כי המאשימה הרימה את נטל השכנוע בעניין בעלות המערערים על הנכס.

44. לאחר ששמעתי את טיעוני הצדדים ועיינתי בחומר הראיות שהונח בפני בית משפט קמא, מצאתי לדחות את טיעוני המערערים בעניין זיקת המערערים למקרקעין נשוא הדיון. צדק בית משפט קמא בקביעתו כי הוכחה זיקת המערערים למקרקעין.

45. אמנם, עיון בנסח הטאבו שהוגש בפני בית משפט קמא, מעלה כי הוא נושא תאריך 27.07.2009, ולכאורה נראה כי צודק ב"כ המערערים בטענתו כי הנסח אינו מוכיח את זיקת המערערים למקרקעין



ביום ביצוע עבודות הבניה נשוא כתב האישום, דהיינו ביום 24.11.2011. על כן בהתאם לאמור בהוראות החוק, על מנת להרשיע את שני המערערים, מעבר לספק סביר, בעובדות כתב האישום, יש להוכיח כי במועד הנקוב בכתב האישום היו המערערים הבעלים של הזכויות במקרקעין.

46. אולם, יחד עם האמור, נוכח הראיות שהונחו בפני בית משפט קמא נראה כי כן הוכחה זיקת המערערים למקרקעין נשוא כתב האישום. ראשית מדובר בנסח רישום המוכיח את בעלות המערערים במקרקעין, אמנם במועד מוקדם יותר למועד הנקוב בכתב האישום, אך אין מחלוקת כי ראיה זו קושרת את המערערים למקרקעין נשוא הדיון.

47. שנית, המערערים הם הם אשר התנגדו להגשת נסח רישום מעודכן (ראו דיון שנערך בעניין זה - בסופו דחה בית משפט קמא את הבקשה להגשת נסח הרישום העדכני שמתעד את מצב הזכויות בחלקה ביום הגשת כתב האישום, עמ' 44-49 לפרוטוקול שהתנהל בפני בית משפט קמא). בנסח הרישום שהתבקשה הגשתו ניתן היה למצוא אחד משניים- או ששם של המערערים מצוי בנסח הרישום או ששם אינו מצוי שם, ובמקרה זה היו המערערים מזוכים מכל אשמה. על כן, לא נראה סביר כי המערערים ביקשו למנוע הגשת ראיה מזכה, ויש להניח כי הם ידעו היטב מה כולל נסח הרישום העדכני. אוסיף בהקשר זה, כי שגה בית משפט קמא משלא קיבל את נסח הרישום שהתבקשה הגשתו מאחר ומדובר ברשומה מוסדית מובהקת אשר אמורה להוכיח את האמור בה ועל כן היה מקום לקבל ראיה זו ולא לדחות את בקשת המאשימה רק משום שנסח רישום עדכני לא נכלל בחומר הראיות שהעבירה המאשימה לסניגור.

48. שלישית, בתשובתם לכתב האישום, לא כפרו המערערים באמור בסעיף 2 לכתב האישום (בו נטען כי הנאשמים הם הבעלים במקרקעין) והסתפקו בטענה כי **"סעיף זה הינו פגום ו/או פסול, טענה מקדמית מתאימה תפורט בהמשך"**, כאשר לגבי סעיף זה לא הועלתה כל טענה מקדמית, וכאשר לגבי עובדות נוספות כפרו המערערים במפורש (ראו פירוט כפירה בכתב האישום שהוגשה לבית משפט קמא והמצורפת להודעת הערעור).

49. רביעית המערערים בחרו שלא להעיד במשפטם כאמור. אמנם אין ספק שזכותם לעשות כן, וכי העדר עדותם אינה מיצרת "יש מאין" אך יחד עם זאת כמצוות המחוקק, שתיקה זו תוכל לחזק את הראיות המונחות בפני בית המשפט אשר קושרות אותם למבנה נשוא הדיון. **"השתיקה היא זכותו של נאשם, והיא לבדה אינה יכולה כמובן להביא להרשעה - אין אדם צריך לספק את כלי הנשק נגדו; אין היא יכולה לבוא תחת ראיות פוזיטיביות והיא לבדה, אך ברי כי השתיקה תוכל לחזק ראיות קיימות;..... בהקשר זה שוברה של השתיקה בצידה. בית המשפט אינו יכול להתייחס לשתיקה בשוין נפש גמור, בחינת שוטה שבעולם. השותק סוכר את פיו, אך עיניו פקוחות לרווחה, ויודע הוא על שום מה בחר בשתיקה. דבר זה אינו נעלם מעיני בית המשפט, שגם הן פקוחות"** (ע"פ 2560/08 מדינת ישראל נ' וול, פסקה עו (06.07.2009)).



50. על כן, כאשר הונח בפני בית משפט קמא נסח טאבו אשר ממנו עולה כי המערערים הנם הבעלים של המקרקעין בשנת 2009 וכאשר הנאשמים מתנגדים להגשת ראייה שיש בה כדי לזכותם (אילו היה מוכח ששם אינו מופיע עוד בנסח הרישום כאשר סביר להניח שהם לא היו מתנגדים להגשת ראייה שיש בה כדי לזכותם) וכאשר הם לא כופרים מפורשות בעבודה הנטענת בסעיף א(2) לכתב האישום, והמערערים לא מעידים, נראה, כי הוכחה זיקתם של המערערים למעלה מכל ספק סביר. המערערים יכלו לטעון כי אמנם בשנת 2009 המקרקעין היו בבעלותם, אך המקרקעין נמכרו כבר בתחילת שנת 2011. כאמור, המערערים לא טענו זאת ולא העידו כלל בפני בית משפט קמא, על כן, בדין קבע בית משפט קמא שהמערערים לא הרימו את חובת ההוכחה המוטלת עליהם על מנת לסתור את ראיות המאשימה, כאשר המאשימה הביאה ראיות מספיקות להוכחת אשמת המערערים.

הטענה בדבר העדר חקירת המערערים:

51. עוד מצאתי לדחות את טיעוני המערערים באשר לאי הזמנת המערערים לחקירה בפני הועדה טרם הגשת כתב האישום. אכן ככלל, מן הראוי לחקור כל חשוד בגין החשדות המיוחסות לו, טרם קבלת החלטה המורה על הגשת כתב אישום, ברם, אין מדובר בזכות מוחלטת, במיוחד עת עסקין בעבירות על חוק התכנון והבניה אשר החוק אינו מטיל חובת קיום שימוע בעבירות עוון (ראו סעיף 60א לחסד"פ).

52. יחד עם האמור, הוצגו בפני בית משפט קמא שתי הזמנות לחקירה שנשלחו לשני המערערים (ת/8 ו-ת/9) וכן הוגש אישור על משלוח דואר רשום (ת/10). ב"כ המערערים טוען כי טעה בית משפט קמא בקביעתו כי הראיות הנ"ל קבילות לאמיתות תוכן, שכן לשיטתו, מאחר והמפקח לא ערך בעצמו את ההזמנות, לא היה מקום להגישם באמצעותו. לא מצאתי מקום להתערב בקביעת בית משפט קמא באשר לקבילות הראיות. בית משפט קמא קבע כי אמנם המפקח העיד כי לא הוא ערך את ת/8 ו-ת/9, אולם תוכן ההזמנות נכתב על סמך ידיעתו האישית של המפקח, שכן תוכן ההזמנה זהה לתוכן דו"ח הביקורת, ועל כן ניתן לקבל מסמכים אלה, אף לאמיתות תוכנם.

53. אף מצאתי לדחות את טיעוני המערערים באשר ל-ת/10, שכן כפי שנקבע בסעיף 60א (ג) לחסד"פ בעניין זה, **"נשלחה הודעה לפי סעיף זה בדואר רשום, רואים אותה כאילו הומצאה כדין גם בלא חתימה על אישור המסירה"**. המערערים מנגד לא המציאו כל ראיה ולא טענו כלל כי ההזמנה לא הגיעה אליהם, ועל כן לא נסתרה חזקת המסירה כדין.

54. מעבר לאמור, אף בהנחה ואכן כפי שטוען ב"כ המערערים לא הוכח בפני בית משפט קמא כי ההזמנה לחקירה נשלחה למערערים, הרי אין מדובר בפגם המצדיק זיכוי המערערים מהעבירות המיוחסות להם בכתב האישום, כפי שנקבע לא אחת בפסיקה. על מנת לזכות נאשם בגין או זימונו לחקירה, יש לבחון אם קופחה הגנתו, באופן המקשה עליו להתמודד עם הראיות שנאספו נגדו. המערערים לא הצביעו על



עיוות דין שנגרם להם בשל העובדה שלא הוזמנו לחקירה לכאורה, ולא טענו כי נפגעה יכולתם להתגונן מפני האישומים המיוחסים להם, אדרבא, המערערים בחרו לא להשמיע טיעוניהם, כאשר ניתנה להם ההזדמנות לכך בפני בית משפט קמא, כאשר בחרו שלא להעיד במשפטם. על כן, מאחר ובנסיבות העניין לא הוכח כי נגרם למערערים כל נזק ראייתי בפועל, כאשר ניתנה להם ההזדמנות להשמיע טיעוניהם לאחר שנפרס בפניהם חומר הראיות, והם כאמור בחרו לא להעיד, הנני מורה על דחיית טיעוני המערערים בעניין זה (ראו והשוו לעניין זה האמור בעפ"א 21769-06-19 **מדינת ישראל נ' פרץ ואח'** (17.07.2019); רע"פ 1030/05 **ברקו נ' מדינת ישראל** (03.02.2005); עפ"א 28577-02-18 (26.06.2018)).

55. עוד מצאתי להורות על דחיית טענות המערערים בדבר אכיפה בררנית. כידוע, על הטוען לקיומה של אכיפה בררנית מוטל הנטל להניח תשתית עובדתית מבוססת על מנת להוכיח קיומה של אכיפה בררנית, ואין די בהעלאת טענות בעלמא. כפי שקבע בית משפט קמא ובצדק, משלא עלה בידי המערערים להוכיח כנדרש מהם, קיומה של אכיפה בררנית בהגשת כתבי אישום במקרים דומים, דין הטענה להידחות.

יצוין כי בית משפט קמא קבע כי על בסיס חומר הראיות שהוגש מטעם ההגנה כי הבעלים הנוסף הרשום בנסח הטאבו קיבל היתר בניה והוא בנה בחלקה. עוד עולה מן הדיון בבית משפט קמא, כי ההגנה שעליה הנטל להוכיח טענת אכיפה בררנית התנגדה בתוקף להגשת היתר הבנייה שקיבל הבעלים השלישי בחלקה (ראו התנגדות ב"כ המערערים בעמוד 31 לפרוטוקול הדיון בבית משפט קמא והחלטת בית המשפט בעמוד 33 לפרוטוקול).

56. לפיכך, בהתאם לכל האמור לעיל, סבורני, בכפוף לדיון בפרק הבא (שיעסוק ב"זיכוי המערערים מעבירת שימוש (לרבות בנייה) בקרקע חקלאית") כי לא נפלה שגגה תת ידו של בית משפט קמא, כאשר קבע כי עלה בידי המשיבה להוכיח, מעבר לכל ספק סביר, כי המערערים ביצעו את העבירה המיוחסת להם בכתב האישום. כאמור לעיל, התערבות ערכאת הערעור תהיה במקרים חריגים ויוצאי דופן. טענות המערערים בערעור, רובן ככולן, הועלו בפני בית משפט קמא, נידונו והוכרעו על ידו. לא מצאתי כל נסיבה מיוחדת המצדיקה התערבות ערכאת הערעור בקביעות בית משפט קמא, כאמור בכפוף לאמור בפרק הבא.

זיכוי המערערים מעבירת שימוש (לרבות בנייה) בקרקע חקלאית:

57. כאמור, בסעיף 22 להכרעת הדין הורשעו המערערים בעבירת בנייה ללא היתר וזוכו מעבירת השימוש ללא היתר, לאחר שלא הוכח כי המערערים משתמשים במבנה. אלא שעיון בכתב האישום מעלה כי המערערים הואשמו בעבירת שימוש חורג ללא היתר, כאשר שימוש זה כולל אף הבנייה בקרקע חקלאית. בית המשפט לא התייחס לעבירה זו בהכרעת הדין.



58. ניתן היה להניח כי המערערים זוכו מעבירה זו (עבירת הבנייה והשימוש בקרקע חקלאית בניגוד לתכנית), אלא שעיון בגזר הדין מעלה, כי בית המשפט זקף לחומרה את העובדה, כי המערערים בנו הקרקע "שיעודה חקלאי" (ראו דברי בית המשפט בפרק "מתחם הענישה המתאים בו קובע בית משפט קמא: **"הנסיבות לחומרא - השטח הנרחב, 628 מ"ר ונוכח העובדה שמדובר בשטח שייעודו חקלאי"**).

59. מצאתי להבהיר כי היה מקום לזכות את המערערים אף מעבירה זו (שימוש חורג בקרקע חקלאית, כאשר מובהר כי שימוש כולל אף עבירת הבנייה בקרקע חקלאית). סבורני כי לא הוכח כי ייעוד הקרקע הוא חקלאי. בית המשפט הפנה לדברי השופט הלר בת"ב (חד') 41043-05-16 **ועדה מקומית לתכנון ובנייה שומרון נ' סלאח סעאידה** (18.07.2018) בו נקבע, כי תכנית היא בגדר ידיעתו השיפוטית של בית המשפט, שהרי היא דין ודין הוא מן המפורסמות. על פסק דין זה הוגש ערעור (עפמ"ק 5911-09-18 **סעאידה נ' הועה המקומית לתכנון ובנייה שומרון** (14.12.2018)) והוא נידון בפניי, ובפסק הדין בערעור סברתי, כי תכנית היא אמנם דין אולם היא טעונה הוכחה לצורך הוכחת תוכנה:

"..צדק בית משפט קמא בקביעתו כי תכנית בניין ערים מהווה חיקוק. קביעה זו היא נכונה בהקשרים אחרים לרבות ובעיקר מן הפן הנורמטיבי; ואולם, על-אף שתכנית מהווה חיקוק, אין בעל דין פטור מלהוכיחה באמצעות הגשתה לבית המשפט, וזאת בניגוד לכלל הנהוג לגבי חיקוקים רגילים המתפרסמים ברשומות (ודוק! תכניות אינן מתפרסמות ברשומות, לאור האמור בסעיף 119 (ג) לחוק התכנון והבנייה). נראה, כי יש הגיון רב בצידו של הצורך להגיש תכניות כראיה; ראשית, תכנית מתאר בכלל ותכניות אחרות בפרט דורשות ידיעה ובקיאיות בקריאת התכניות ובהבנתן, תכנית היא "יציר כלאיים המכילה בחובה עניינים של חוק ועבודה" (עפמ"ק 3512/06 **הרשקו נ' עירית אשדוד** (01.02.2007)) לפעמים גבול התכניות או רשימות התכליות המותרות אינן ברורים דיים, והם מצריכים הסבר מקצועי לתכנית. ייתכן שעיון בתכנית שהתפרסמה באתר האינטרנט לא יסייע בידי בית המשפט להבין לעומק הוראות אלה; שנית, תכניות עוברות שינויים, לעיתים ע"י תכניות אחרות מאוחרות (כוללניות, נקודתיות או מפורטות), ולפעמים ניתנים היתרים לשימושים חורגים מתכנית או להקלות. ולפיכך ראוי כי המצב התכנוני החל על נכס או על חלקה יפורט ע"י הגשת התכנית הרלוונטית (ולעיתים התכניות הרלוונטיות) כראיה או באמצעות הגשת תעודת עובד ציבור. שלישית, לא כל התכניות זמינות או נגישות ולפעמים על מנת להבין את המצב התכנוני לאשורו, ביחס לחלקה פלונית יש להגיש מכלול תכניות והוראות רלוונטיות. על כן, נראה, כי יש להבחין בין תכנית לבין חיקוקים אחרים ואין מקום להניח כי תחולה של תכנית על חלקת מקרקעין מסוימת מצויה בידיעתו השיפוטית של בית המשפט או שאינה טעונה הוכחה מאחר והיא מן המפורסמות".

60. הגשת תשריט התכנית אינה דרושה לשם קבלת עמדת המפקח באשר לזיהוי החלקה (כפי שקבעתי



לעיל), אולם היא דרושה לשם הוכחת ייעודה החקלאי של החלקה, שהרי שאלת הייעוד היא עניין הקבוע בתכנית, בהוראות התכנית ובתקנון שלה. עיינתי בחומר הראיות ולא מצאתי כל ראיה לכך כי מדובר בקרקע חקלאית. לפיכך, יש לזכות את המערערים אף מהעבירה של בנייה ושימוש בקרקע שייעודה חקלאי ויש להרשיעם בעברה אחת והיא בנייה ללא היתר מקום שהבנייה טעונה היתר.

הערעור על גזר הדין:

61. המערערים משיגים על גזר דינו של בית משפט קמא שניתן מבלי שניתנה להם הזכות להשמיע את טיעוניהם, לטענתם הוראות החוק ברורות ולפיהם לא יידון אדם בפלילים, אלא בפניו, ועל כן יש להורות על ביטול גזר הדין ולהורות על החזרת הדיון בפני בית משפט קמא לצורך טיעונים פרונטאליים לעונש.
62. לאחר שעיינתי בטיעוני הצדדים, השתכנעתי כי ראוי להורות על ביטול גזר הדין בעיקר בשים לב לזיכוי המערערים מעבירת הבנייה בקרקע חקלאית. לעובדה זו מתווספת הטענה כי המערער מבקש לטעון ולהיות נוכח במשפטו בעת העלאת הטיעונים לעונש. באיזון הראוי מצאתי להורות על ביטול גזר דינו של בית משפט קמא, והחזרת הדיון בפניו על מנת שהמערערים ישמיעו טיעוניהם לעונש ועל מנת שבית משפט קמא יתייחס בגזר דינו לאמור בסעיפים 57-60 לעיל.
63. סוף דבר, בכפוף לזיכוי המערערים מעבירת השימוש והבנייה בקרקע שייעודה חקלאי, הערעור על הכרעת הדין נדחה בזאת; אך הדיון מוחזר לבית משפט קמא לשם שמיעת טיעוני המערערים לעונש בטרם מתן גזר דין.

ניתן היום, ט"ו אב תשע"ט, 16 אוגוסט 2019, בהעדר הצדדים.