

## עפ"א 11444/09/16 - יעקב שמיר נגד הוועדה המוקמית לתכנון ולבניה - באר שבע

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

עפ"א 11444-09-16 שמיר נ' מדינת ישראל  
תיק חיצוני:

בפני	כבוד השופט ישראל פבלו אקסלרד
המערער	יעקב שמיר
נגד	
המשיבה	הוועדה המוקמית לתכנון ולבניה - באר שבע ע"י ב"כ עו"ד עדו דליות ולירן עמר

### פסק דין

זכויותיו של המערער, כנאשם במשפט פלילי, הן אילו הדיוניות והן אילו המהותיות בהקשר לבחינת הראיות, נפגעו. למרבה הצער, המערער לא זכה למשפט הוגן. חומר החקירה העיקרי לא הועבר לנאשם, למרות בקשותיו החוזרות ונשנות כי יעשה כן. אני כמובן ער להתנהלותו הבוטת והבלתי ראויה של המערער כלפי כל מותב אשר נקרה על דרכו בתיק זה. יחד עם זאת, אין בכך כדי לשנות ממסקנתי האמורה ולכן, תוצאת הערעור כאן היא זיכויו של המערער מן העבירות אשר יוחסו לו בכתב האישום.

### כתב האישום והכרעת הדין

1. המערער הוא בעלים של שתי דירות צמודות בקומת קרקע של בניין מגורים, ברחוב יהודה הלוי 34/13 (להלן: "דירה 13") ו-34/8 (להלן: "דירה 8"). נטען בכתב האישום כי בין השנים 2011 ל-2012, בכל אחת מהדירות, בנה המערער חומה מבלוקים בשטח חצר משותפת, באורך 15 מטר ובגובה 1.2 מטר ופתח בה שער. כן נטען כי הוא סיפח חצר משותפת מכיוון הכניסה הראשית, בשטח של כ-20 מ"ר. נטען כי הבניה נעשתה ללא היתר בניה. על כך הואשם המערער בעבירות בניה ללא היתר לפי סעיפים 145 (א) ו-204 (א) לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, כמי שאחראי על הבניה והשימוש לפי סעיף 208 לחוק. המערער הכחיש את המיוחס לו ובבית משפט קמא התקיים הליך הוכחות, שבעקבותיו הורשע המערער ונגזר דינו.

2. במסגרת תשובתו לכתב האישום, השיב המערער לשאלת בית המשפט- היכן רואים בהיתר הבניה משנת 2011 לגבי לדירה 8, כי ניתן היתר לבניה של החומה, כי בדף ההיתר עצמו לא רושמים את כל הפרטים וכי ההיתר ניתן יחד עם תכנית וכי זו אושרה לו כאשר היא כוללת את החומה. המערער השיב כי מה שקובע הוא התכנית ולא דף ההיתר בפני עצמו.

3. חשוב לציין כי בשנת 2014 ניתן היתר נוסף לגבי דירה 13, אשר כולל את החומה. גם לגבי דירה 8 הגיש מערער בקשה נוספת להיתר אך זה לא ניתן. בהיתרים משנת 2011 נרשם בדף ההיתר כי "מותר תוספת ממ"ד, חדר עבודה, סלון, מקלחת, פטיו + פרגולה ושינויים פנימיים בקומת הקרקע בבית מגורים משותף". בהיתר משנת 2014, שניתן כאמור רק לגבי דירה 13 נרשם "הגדלת חדר, שינוי פתחים בחזית צפונית, הריסת קירוי פטיו, הריסת גדר ותוספת מדרגות, פיתוח שער בגבול הצפוני של המגרש, הצמדת חלק מחצר משותפת ע"י קיר בלוקים + סככה עד לגובה 1.5 מ' בחזית דרומית בדירה בקומת קרקע בבית מגורים משותף".

4. בית משפט קמא הגדיר את המחלוקת העיקרית בתיק וציין כי היא נוגעת למשמעות ההיתר שאוחז בידיו המערער בפניו - ההיתרים משנת 2011. בית משפט קמא התייחס, בין היתר, לבקשתו של המערער לבטל את כתב האישום עקב אי הצגת התכניות בפניו של המערער. בית המשפט הבהיר לנאשם, שלא ניתן יהיה להגיש מסמך אשר לא הוצג בפני המערער. כפי שנראה להלן, לא כך אירע בפועל והמסמכים העיקריים אשר עליהם מבוסס כתב האישום, כמו גם הכרעת הדין, לא הוצגו לנאשם אלא במהלך המשפט ובעת הגשתם.

5. לגבי ראיות המאשימה מציין בית משפט קמא, לענייננו, כי הוגשו היתרי הבניה משנת 2011 (ת/8 ו-ת/9 - הכוונה הנה לדפי ההיתר ללא התכניות, ה"גרמושקות", שמהוות חלק בלתי נפרד מההיתר) וכי תכנית היתר הוגשה רק לגבי דירה 8. הוברר כי תכנית ההיתר לגבי דירה 13 אבדה למאשימה. בית משפט קמא גם מציין כי לצורך פעולת הפיקוח, שימשה רק תכנית ההיתר של דירה 8.

6. לגבי ראיות ההגנה ציין בית משפט קמא הנכבד, לענייננו, כי המערער העיד וטען שההיתרים משנת 2011 מסדירים גם את הבניה נשוא כתב האישום. בית המשפט ציין כי המערער העיד שההיתרים אשר נתבקשו על ידו בשנת 2012, באו להסדיר עניין אחר והוא נושא מדרגות מסוימות.

7. לאחר בחינת הראיות, מצא בית המשפט כי ההיתרים משנת 2011 (ת/8 ו-ת/9, הם דפי ההיתר ללא ה"גרמושקות"), אין בהם הסדרה של החריגות שבכתב האישום. נקבע כי לאחר שהוכחה המאשימה כי בהיתרים משנת 2011 לא היה אזכור לחריגות, הנטל עבר למערער ועליו להראות כי יש בידו היתר בניה. בית המשפט מציין כי אמנם תיק הפיקוח מסתמך על דירה 8, אך אין מחלוקת כי ההיתרים משנת 2011 לא כללו את החריגות שבבסיס כתב האישום. אומר כבר עתה כי בכל כבוד הראוי, אמרה זו מוקשית שכן זהו לב לבה של המחלוקת - האם ההיתרים משנת 2011 כללו את החריגות אם לאו, ומשטען המערער כי התשובה חיובית, הרי לנו המחלוקת בין הצדדים. בית משפט קמא מציין כי הוגש לו רק תשריט שלא ידוע מאין נלקח וכי גם ת/24 (הגרמושקה של דירה 8) יש עליו סימונים שונים, אך המאשימה הרימה את הנטל בכך שהציגה את ההיתרים משנת 2011. בית משפט גם הסתמך בהכרעת דינו על העובדה כי הבקשות להיתרים משנת 2012 באו להסדיר את החריגות.

8. בית משפט קמא כתב כי הוא מבסס את הכרעת דינו על נ/8 ו-נ/9, שהם היתרי הבניה משנת 2011, הכוללים את ה"גרמושקות", אשר הוגשו על ידי המערער עצמו. בית המשפט מציין כי מאלה ניתן להבין כי ההיתרים לא הסדירו את החריגות.

## חומר חקירה עיקרי לא נמסר לנאשם ולא התקיים דיון בבקשתו לפי סעיף 74 לחסד"פ

9. המערער חזר וביקש מבית משפט קמא, מספר רב של פעמים, כי תוצגנה לו התכניות אשר עליהן מבוסס כתב האישום ומהן צולם התשריט שצורף לכתב האישום. בקשותיו לא נענו. המערער טען בפניי, במסגרת הודעת הערעור, כי הואיל והתשריטים שצורפו לכתב האישום לא תאמו את ה"גרמושקות" של התרי הבניה שבידו, הוא חש כי היה זיוף של תכניות. בית משפט קמא הורה למשיבה, מספר רב של פעמים, להעביר למערער את התכניות עליהן היא מסתמכת (ראה החלטות מימים 18/1/16, 19/1/16, 23/2/16, 27/3/16, 28/3/16, 10/4/16). לא פחות משש החלטות המחייבות את המשיבה למסור למערער את חומר החקירה עיקרי, והתייחסות של המשיבה - אין. חשוב לציין כי באחת ההחלטות, זו מיום 23/2/16, כתב בית משפט קמא, כי ככל שהמערער מבקש להעלות טענות הנוגעות לחומר חקירה, עליו להגיש בקשה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: "חסד"פ") וכי ככל שתוגש בקשה כזאת, היא תופנה לשופט אחר. עוד הדגיש בית המשפט כי המאשימה לא תוכל להסתמך על חומר חקירה שלא הועבר לעיונו של המערער. הוסיף בית המשפט וציין, כי מחובתה של המאשימה להעביר למערער רשימה של חומר החקירה.

10. המערער פעל בהתאם להנחיית בית המשפט והגיש ביום 28/3/16 "בקשה מהשופט לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי להורות למאשימה להציג את התשריטים מהם צולמה התכנית עליה ביססה המאשימה את כתבי האישום, או להעביר בקשה זו לשופט אחר". בית המשפט החליט בו ביום כי המשיבה תגיב לבקשה עד ליום 6/4/16, לרבות לעניין הצורך בדיון לפי סעיף 74 לחסד"פ בפני שופט אחר. מצד המאשימה - אין קול ואין עונה. ניתנה לה שוב ארכה נוספת ורק ביום 14/4/16 היא הואילה בטובה להשיב כי "המקום בו נבדקות הטענות המועלות על ידי הצדדים הנו במסגרת דיון ההוכחות בלבד בו על המאשימה להוכיח את אשמת המערער כעולה מעובדות כתב האישום". כן צוין כי מלוא חומר החקירה הקיים בתיק נמסר למערער לא פעם. בכך נסתם הגולל על בקשותיו של המערער לקבל, לפני שמיעת הראיות, את חומר החקירה העיקרי בתיק ועל בקשתו לקיים דיון לפי סעיף 74 לחסד"פ. מכאן פנה בית משפט קמא לשמיעת הראיות.

11. המערער, אשר אינו מיוצג, לא אמר נואש וביקש שוב את בית המשפט, לאחר תום פרשת הראיות של שני הצדדים, לאפשר לו לעיין בתשריטים שהוגשו על ידי המשיבה בהליך הראיות. בקשתו הראשונה סורבה. הוא הגיש שוב בקשה ובשלב הזה בית משפט קמא הפנה אותו לעיין במזכירות בת המשפט.

12. בסופו של יום, המערער הורשע בהתבסס על תשריט שצורף לכתב האישום ואשר גם בית משפט קמא קבע לגביו כי אין לדעת מאין נלקח. כן הורשע המערער בהתבסס על תשריט של היתר בניה לגבי דירה 8, אותו לא קיבל המערער לעיון לפני הליך שמיעת הראיות אלא רק אחריו, וזאת כאשר המאשימה כלל לא הציגה תכנית בניה של ההיתר שניתן לגבי דירה 13. מעבר לצורך, שהרי זאת זכותו הבסיסית של נאשם בהליך פלילי, על החשיבות כי המערער יקבל העתק מכל חומר החקירה, ניתן ללמוד מהעובדה שתכנית ההיתר לגבי דירה 8 אשר הוגשה על ידי המשיבה (מבלי שהמערער יראה אותה), שונה מעותק תכנית הבניה שהגיש המערער כראיה! שתיהן תכניות מקוריות אך על התכנית שהגישה המאשימה קיימת מחיקה בטיפקס, בדיוק על השטח נשוא המחלוקת וכתב האישום!

13. נשאלת השאלה, הכיצד יש בידי נאשם להגן על עצמו מפני כתב אישום ולהכין עצמו למשפט, כאשר נמנע ממנו לקבל עותק ראיות עיקריות מראש, וכאשר בקשותיו לקבל את המסמכים נותרת ללא מענה, וגם ללא דיון והחלטה בבקשה לפי סעיף 74 שהגיש? סביר להניח כי בקשותיו הרבות של המערער מבית משפט זה, לאפשר לו להעיד עדה שעובדת בוועדה המקומית לתכנון ולבניה ובקשותיו הרבות לפני לאפשר לו להגיש חוות דעת מומחה לגבי אמינותם של המסמכים (בקשות אשר קבעתי שתידונה בפתח הדיון בערעור), היו נידונות בבית משפט קמא, אילו היו המסמכים התמוהים מונחים בפני המערער בטרם שמיעת הראיות.

14. נקבע כי זכות העיון נגזרת מזכות היסוד של נאשם למשפט הוגן וזכותו לנהל את הגנתו לאחר שהוא מכיר את מלוא הראיות. המדובר הוא בזכות אשר הוכרה כזכות במעמד רם וכמימוש הזכות למשפט הוגן (ראה י. קדמי, **על סדר הדין בפלילים**, מהדורת 2009, חלק שני, א, ע' 968 והאסמכתאות שם). הפגיעה בזכותו של המערער למשפט הוגן נפגעה במקרה הזה פגיעה חמורה, שכן הראיה שלא גולתה היתה מעיקרי הראיות להוכחת אשמתו.

15. כאן באה השאלה, מהי התוצאה של הפגיעה בזכות העיון של המערער במקרה הזה? ראשית, המשיבה לא היתה רשאית להגיש לבית המשפט את התכנית של ההיתר לדירה 8, תכנית אשר התגלתה כשונה מהתכנית, גם היא מקורית, שבידי המערער. אך נדמה לי כי לא די בכך במקרה הזה. לעיתים, הקיפוח של המערער בשל אי כיבוד הזכות ועיוות הדין שנגרם לו, יביא לזיכויו. כך, כאשר הפרת הזכות פגעה בזכותו של המערער למשפט הוגן והעניין התגלה בשלב שבו לא ניתן לתקן את המעוות, יזוכה המערער. (ראה י. קדמי, ע' 1013 - 1014).

16. במקרה שלפניי, הפרת הזכות קיבלה לראשונה התייחסות בשלב הערעור על הכרעת הדין. המדובר הוא בנאשם בלתי מיוצג. המערער פנה אין ספור פעמים ועמד על זכותו לעיין בחומר החקירה אך זכות זו נשללה ממנו. בקשה שהגיש לפי סעיף 74 לחסד"פ לא נידונה. בקשה נוספת שהגיש לאחר תום פרשת הראיות ולפני סיכומים, סורבה. המדובר הוא בחומר אשר נתון בלב לבה של המחלוקת שבין הצדדים. התכנית לגבי אחת הדירות כלל לא נמצאת בידי המשיבה ואילו זו שהוגשה לגבי הדירה השנייה, שהיא תכנית מקורית ולא העתק, שונה מעותק מקורי שבידי המערער, בדיוק במקום בו מצויה הבניה נשוא כתב האישום, כאשר בתכנית שהגישה המשיבה קיימת מחיקה בטיפקס ובזו שהוגשה מטעם המערער, אין מחיקה שם. המערער טוען, כי הקטע שנמחק מופיע בתכנית שלו בצבע אדום, סימן לזה שעל כך נתבקש וניתן היתר. כל האמור כאן הובילני למסקנה כי למשפט הוגן לא זכה המערער ולא התאפשר לו להכין עצמו למשפט ולנהל את הגנתו כפי שהוא זכאי לכך. על כן, החלטתי לקבל את הערער מנימוק זה (לא רק בשלו) ולהורות על זיכויו של המערער מהעבירות שיוחסו לו בכתב האישום.

### **ראיות המאשימה אינן מקימות אשמה למערער**

17. אחזור על אשר ידוע ומושרש בשיטת המשפט שלנו: בהליך הערעור, אין בית המשפט בוחן את זכאותו או אשמתו של המערער, אלא את כשרותו או פסלותו של פסק הדין. בית המשפט לא יתערב בערעור בממצאי מהימנות, ולא בקביעת עובדות על ידי הערכאה הדיונית. בית המשפט יתערב מקום בו מצא כי טעות משפטית יצאה תחת ידי בית משפט קמא (ראה י. קדמי, חלק שני, ב', ע' 1039 - 1935). לכך מספר חריגים, ולענייננו: רשאית ערכאת הערעור להתערב כאשר עסקינן במסקנות אשר הסיקה הערכאה הדיונית מן העובדות שהוכחו. כן רשאי בית המשפט

בערעור להתערב כאשר עסקינן בראיות בכתב, המונחות בפניו בדיוק כשם שהיו מונחות בפני בית המשפט דלמטה. עוד יתערב בית המשפט בערעור כאשר לקביעות עובדתיות אין יסוד ושורש בחומר הראיות (י. קדמי, ע' 1945 - 1050).

18. עיקר הדברים בענייננו מתייחס לחריג הראיות בכתב. כפי שראינו, בית משפט קמא הנכבד דחה את טענתו של המערער לפיה ההיתרים משנת 2011 כוללים היתר לביצוע העבודות נשוא כתב האישום, בקבעו כי טענה זו סותרת את האמור בהיתרים. לטעמי, קיים קושי במסקנתו זו של בית המשפט. דף ההיתר איננו עומד בפני עצמו. דף זה, אשר כותרתו "היתר", איננו עומד בפני עצמו אלא כי התכנית אשר על פיה ניתן ההיתר, הנה חלק בלתי נפרד מההיתר. הדברים הנם מובנים לאליהם שכן בדף ההיתר קיים מלל בלבד, ורק עם פתיחת התכנית ובחינתה, ניתן לדעת למה ההיתר מתייחס. הדברים רשומים ב"רחל בתך הקטנה" בדף ההיתר עצמו שם צוין כי "**בתנאי שהעבודות האמורות תבוצענה בהתאם לתקנות התכנון והבניה...., ובהתאם לנספחים החתומים והמאושרים, המצורפים להיתר זה....**". במילים אחרות, לא ניתן לדעת מה מאשר היתר הבניה על דרך של התייחסות למלל שבדף ההיתר בלבד ובהתעלם מהתכנית אשר חתומה על ידי הוועדה המקומית ומהווה חלק בלתי נפרד מההיתר. משקבע בית משפט קמא את אשמתו של המערער בהסתמך על לשונו של דף ההיתר, מבלי לבחון אם הבניה נשוא כתב האישום כלולה בתכנית המבנים שהותרו לבניה אם לאו, הרי לא הושלמה לטעמי מלאכת הבדיקה, אם יש בראיות כדי להוכיח את אשמתו של המערער מעבר לספק סביר. לגבי דירה 13 כלל לא הוגשה, ואין בנמצא עד היום בידי המשיבה, תכנית שמהווה חלק בלתי נפרד מהיתר הבניה. לגבי דירה זו - פשוטים הדברים לטעמי: בית המשפט קבע, כי מחובתה של המאשימה להראות כי אין היתר או כי היתר הבניה לא כולל את הבניה נשוא כתב האישום ומשעשתה כן, עובר הנטל לנאשם להראות כי יש בידו היתר בניה. נכונים הדברים בעיניי, אך על מנת להוכיח כי ההיתר אינו כולל את הבניה הנדונה, היה על המאשימה להציג את ההיתר כולו ולא רק את דף ההיתר, כדי שניתן יהיה לדעת מה כולל ההיתר המלא. משלא עשתה כן, הרי לא עלה בידה להוכיח כי הבניה אינה כלולה בהיתר והיה מקום להורות על זיכוי של המערער.

19. אשר לדירה 8: גם המשיבה וגם המערער הגישו תכניות כחלק מהיתר בניה משנת 2011. בתכנית שהגיש המערער מופיע, בצמוד לסלון, מלבן מוקף בצבע אדום. מן הראיות שעמדו בפני בית משפט קמא עלה כי פריטים אשר כלולים בהיתר הבניה מסומנים בצבע. אם כן, על פני הדברים, בניית החומה, כטענתו של המערער, כלולה גם כלולה בהיתר הבניה, כפי שכלולים הפריטים הנוספים הצבועים בצבע, למרות שבמלל הדבר לא הוזכר. והנה, כשפותחים אנו את התכנית שהוגשה על ידי המאשימה, כחלק מהיתר הבניה, מוצאים אנו כי הקטע אשר צבוע בתכנית של המערער בצבע, נמחק בטיפקס על ידי מאן דהוא בתכנית שהגישה המשיבה לבית המשפט. הדברים לא נידונו בבי משפט קמא (שהרי התכנית לא עמדה בפני המערער בעת שמיעת הראיות) ועלו בדיון שלפניי. באי כוח המשיבה לא ידעו לתת הסבר למחיקה בטיפקס. אם כן, יש בכך כדי לתמוך בטענתו של המערער, כי היתר הבניה כלל את הבניה אליה מתייחס כתב האישום. מכל מקום, בהכרח המסקנה המחויבת היא כי קיים ספק של ממש, יותר מאשר ספק סביר, אם בוצעה הבניה דן ללא היתר. על כן, היה מקום להורות על זיכוי של המערער גם לגבי דירה 8.

20. ואם לא די היה בכך, קיים ממצא תמוה נוסף: התשריט אשר צורף לכתב האישום, עליו מבקשת המשיבה לבסס את כתב האישום שונה, הן מהתכנית שהגישה המאשימה לגבי דירה 8, והן מהתכנית שהגיש המערער. כך אם נשווה

את אזור הבניה הנידונה בתשריט לעומת תכנית הבניה שהגישה המשיבה, נראה כי הקווים בחלק התחתון שונים לחלוטין. יוזכר כי העד מטעם המאשימה, מר ציון כהן, העיד כי הוא צילם את התשריט מתכנית ההבניה. הכיצד, שהרי התשריט שונה ממנה? ברור כי הדבר מעלה ספק רב לגבי מהימנותו של העד, ולא אומר מעבר לכך. נדבר נוסף זה, משכנע גם הוא כי שגגה נפלה תחת ידו של בית משפט קמא הנכבד, בבואו לבחון את הראיות לאשמתו של המערער. המדובר בטעויות מהותיות, בבחינת מסמכים, חריג מהחריגים לאי התערבות בית המשפט שלערעור בקביעות עובדתיות.

21. אסכם ואומר כי לא היה בחומר הראייתי שהוצג בפני בית משפט קמא כדי להקים את אשמתו של המערער. מוקשה בעיניי תהליך בחינת הראיות, ובעיקר המסמכים אשר באו להוכיח את אשמתו של המערער. על כן, גם לגופם של דברים, היה מקום להורות על זיכוי של המערער, וכך עליו להורות עתה.

## **סוף דבר**

הערעור מתקבל ואני מורה על זיכוי של המערער מהעבירות שיוחסו לו בכתב האישום המתוקן.

המזכירות תשלח את פסק דין לצדדים.

**ניתן היום, י"ט חשוון תשע"ח, 08 נובמבר  
2017, בהעדר הצדדים.**