

עפ"א 38338/11/15 - מוריס בן דוד נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

עפ"א 38338-11-15 בן דוד נ' מדינת ישראל
תיק חיצוני:

בפני	כבוד השופט ישראל פבלו אקסלרד
המערער	מוריס בן דוד ע"י ב"כ עוה"ד דניאל מזרחי
נגד	
המשיבה	מדינת ישראל ע"י ב"כ עוה"ד לוטם כפרי

פסק דין

לפני ערעור על גזר דינו של בית משפט השלום בבאר-שבע (כ' השופט י.דנינו) מיום 24.9.15 בתיק תו"ח 40093-12-13, במסגרתו נגזרו על המערער עונשים של 45 ימי מאסר בפועל, 6 חודשי מאסר על תנאי, קנס בסך 80,000 ₪ והתחייבות להימנע מעבירות. כמו כן, הצטווה המערער להרוס את המבנים אשר נבנו שלא כדין.

גזר הדין של בית משפט קמא -

1. המערער תושב המושב עזריקם ובעל רשות במקרקעין שם. כתב האישום אחז שלושה אישומים: על פי **האישום הראשון** הקים המערער מבנה מגורים משלוש מכולות, בשטח של כ-140 מ"ר ללא היתר בניה. בשל כך הוגש נגד המערער כתב אישום בתיק עמ"ק 30409/04 בבית משפט השלום באשקלון וביום 6.11.05 הורשע בביצוע בניה שלא כדין והוא נצטווה להרוס את המבנה עד למועד מסוים. המערער לא קיבל היתר בניה ולא הרס את המבנה ולכן, כתב האישום בבית משפט קמא, מייחס לו עבירה של אי קיום צו שיפוטי, על פי סעיף 210 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה - 1965 (להלן: "**החוק**"); על פי **האישום השני**, במהלך השנים 2010 ו-2011 הקים המערער מבנה עשוי איסכורית בשטח של כ-325 מ"ר וסככת ברזל ואיסכורית בשטח של 280 מ"ר, הכל ללא היתר כדין; על פי **האישום השלישי**, החל מיוני 2011, השתמש המערער במבנה הנ"ל שנצטווה להרוס, השתמש בסככה הנ"ל בשטח כ-280 מ"ר לשימוש חקלאי וכן השתמש בפרגולת עץ בשטח של כ-100 מ"ר, סככת איסכורית בשטח של כ-144 מ"ר, סככת איסכורית בשטח של כ-50 מ"ר ובגדר בגובה של כ-2 מ"ר ובאורך 35 מטר והכל בשימוש ללא היתר; על פי **האישום הרביעי**, במהלך מספר חודשים בשנת 2011, עשה המערער שימוש לאחסון מסחרי במבנה הנ"ל ששטחו 325 מטר, ללא היתר כדין. הוא השכיר את המבנה לאחר כנגד דמי שכירות בסך 5,000 ₪ בחודש וכנגד העסקת בנו.

2. ביום 16.9.14, הודה המערער בבית משפט קמא בעבירות שיוחסו לו והורשע על פי הודאתו. בגזר הדין מיום 24.9.15 סקר בית משפט קמא את פסיקת בתי המשפט, בעיקר זו של בית המשפט העליון, לענין החומרה היתרה הטמונה בביצוע עבירות על חוק התכנון והבניה ועל הציווי להחמיר עם עברייני בניה בהיות התופעה בגדר "מכת מדינה". בית משפט קמא גם התייחס לעבירה לפי סעיף 210 לחוק, שעניינה הפרת צו שיפוטי ולקביעת בית המשפט העליון לפיה, בעבירות מסוג זה, העונש הראוי הוא מאסר בפועל. בית משפט קמא התייחס לנסיבות ביצוע העבירות במקרה הזה ועיקר הדברים הוא בהתעלמותו של המערער מצו הריסה שניתן עובר להגשת כתב האישום בבית משפט קמא ולכך שלמרות אותו הליך קודם, לא רק שהמערער לא הרס את המבנה כפי שנצטווה, אלא כי הוסיף ובנה מבנים נוספים. בית המשפט גם הדגיש כי המדובר הוא במבנים רבים וכי לגבי אחד מהם, נהנה המערער גם הנאה כלכלית, בהשכרתו לאחר. כשיקולים לקולא ציין בית המשפט את העובדה שהמערער הכשיר כמעט את כל המבנים וכי השקיע, באמצעות בנו, סכומי כסף נכבדים כדי לפנות את שתי בנותיו שגרו במבנים מסוימים במקרקעין.

3. לענין מתחם הענישה קבע בית משפט קמא כי בנסיבות המקרה, ראוי להטיל קנס בין 40,000 ש"ח ל-150,000 ₪ ומאסר בפועל בין 5 חודשים, לריצוי בעבודות שירות לבין 8 חודשי מאסר בפועל.

4. לגבי הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, לקח בית משפט קמא בחשבון את הודאת המערער, את מצבו הרפואי וגילו (אותה עת היה המערער בן 69) וכן את מצבה הרפואי של רעייתו של הנאשם, אשר עברה אירוע מוחי והיא אינה מתפקדת. כן ציין בית משפט קמא את מצבם הרפואי של חלק מנכדיו של המערער המתגוררים במקרקעין. בית המשפט גם התייחס למצבו הכלכלי של הנאשם וכן של המשפחה.

5. בסופו של יום, גזר בית משפט קמא על הנאשם 45 ימי מאסר בפועל, 6 חודשי מאסר על תנאי, קנס בסך 80,000 ₪, חייב אותו לחתום על התחייבות, וכאמור, אף הורה על הריסת חלק מן המבנים, אלו אשר טרם נתקבלו בגינם היתר בניה אותה עת.

טיעוני הצדדים -

6. טוען המערער כי טעה בית משפט קמא בכך שלא הביא בחשבון כי מבנה המגורים בשטח 140 מ"ר היה מבנייה קלה וכי בתו של המערער התגוררה שם, אישה גרושה עם ארבעה ילדים קטנים. כן נטען כי בית משפט קמא לא נתן משקל ראוי למסמך מן המחלקה לשירותים חברתיים באשר למצבה של הבת המתגוררת בקרוואן ובעיותיה המשפחתיות והבריאותיות. בהקשר זה נטען גם, כי בית משפט קמא הופנה למסמכים אשר קשורים במצבו הרפואי של אחד מנכדיו של המערער. נטען עוד כי בית משפט קמא לא נתן משקל מספיק למצבו האישי, המשפחתי והבריאותי, כמו גם הכלכלי של המערער, התומך בבתו הגרושה ובארבעת נכדיו. עוד התייחס המערער למחלת הסכרת הבלתי מאוזנת בה הוא חולה וכי הוא הוכר כנכה בשיעור של 100% על ידי המוסד לביטוח לאומי. הוסיף המערער וטען, כי משלא נמצא כשיר לבצע עבודות שירות, לא היה מקום לגזור עליו מאסר בפועל וכי עונש זה אינו מידתי ואינו סביר. בענין זה נטען, כי היה על בית משפט קמא לשקול האפשרות של ריצוי עונש על דרך של"צ. המערער גם טוען כי בית משפט קמא טעה בכך שלא נתן משקל ראוי למצבה הרפואי הקשה של אשתו. המערער

גם טוען כי בית משפט קמא טעה בכך שלא לקח בחשבון שבסופו של יום, הכשיר המערער את המבנים. המערער הסכים למתחם הענישה שנקבע על ידי בית משפט קמא, אך לשיטתו, על בית המשפט לראות בעיניו את הנאשם הספציפי וכי במקרה הזה, אפילו הרף התחתון של מתחם הענישה, איננו מתאפשר. לעניין תסקיר שירות המבחן, אליו אתייחס בהמשך הדברים, ביקש המערער לומר כי שירות המבחן הינו הגוף המקצועי בעניין זה וכי יש מקום לאמץ את המלצותיו, שאם לא כן, יגרם למערער נזק כבד משהייתו במאסר בפועל. בשולי הדברים ביקש המערער גם להתחשב בגובה הקנס שהושת עליו, אשר משולם על ידו, בתשלומים, למרות הקושי.

7. מנגד, טענה המשיבה, שהמערער אינו מפנים את חומרת העבירות בהן הורשע, וכי הדבר עולה מהתסקיר. בא כוח המשיבה הדגיש את החומרה שבביצוע עבירה של אי קיום צו שיפוטי ואת הטענה לפיה המערער הוסיף חטא על פשע, בכך שהמשיך בבניה למרות קיומו של צו לגבי אחד המבנים. הוא ביקש להדגיש את השימוש המסחרי שעשה המערער באחד המבנים. לטענת בא כוח המשיבה, עונש המאסר הקצר שנגזר על המערער, הינו ראוי בנסיבות העניין. לטענת בא כוח המשיבה, המערער הציג בפני הממונה על עבודות השירות את מצבו הרפואי ובשל כך, נקבע שהוא איננו יכול לרצות עבודות שירות. מצד שני, המערער בא ומבקש שלא יושת עליו מאסר בפועל.

חוות דעת הממונה על עבודות השירות ותסקיר שירות המבחן -

8. במסגרת ההליך בבית משפט קמא, נבחנה האפשרות כי המערער ירצה עונש של מאסר בפועל על דרך עבודות שירות. ואולם, בשל מחלותיו של המערער, חוות הדעת היתה שלילית במובן זה, שהמערער איננו כשיר לבצע עבודות שירות. למרות האמור, ומתוך מחשבה כי יתכן וניתן לשלב את המערער בעבודות שירות מסוג כזה אשר תהיינה תואמות את מצבו הרפואי של המערער, הוריתי, במסגרת הליך הערעור, על בחינה נוספת של העניין, על ידי הממונה. במקביל, ובהסכמת הצדדים, ללא התחייבות מטעם המשיבה, נתבקש שירות המבחן לערוך תסקיר בעניינו של המערער.

9. בחוות דעתו מיום 23.5.16, נרשם כי רופא שב"ס בחן את מסמכיו הרפואיים של המערער וקבע, כי זה אינו כשיר לביצוע עבודות שירות. בכך נסתם הגולל על אפיק ענישה זה.

10. הוגש תסקיר שירות המבחן מיום 2.11.16, במסגרתו סוקרת קצינת המבחן את הרקע האישי והמשפחתי של המערער, ובתמצית: המערער בן 71, מתקיים מקצבת נכות, ובעבר עסק בחקלאות. המערער עובד בחקלאות עוד מנעורו וזאת בשל המצב הרפואי של אביו. המערער סובל מבעיות בריאותיות, ביניהן סכרת, יתר לחץ דם ותסחיף ריאתי והוא נוטל תרופות רבות. הדבר אינו מאפשר לו עבודה פיזית, ולכך הוצגו אישורים רפואיים. קצינת המבחן מתייחסת למצבה של אשת המערער, אשר בעקבות אירוע טראומתי, לפני 10 שנים, מצבה הנפשי קשה מאד, והיא זקוקה להשגחה צמודה של בני המשפחה. מפאת צנעתה, לא אפרט מעבר לכך. בהתייחס למערער מציינת קצינת המבחן את עברו הפלילי בעבירות סמים ומרמה, וכי ריצה עונש מאסר בגין עבירות סמים. קצינת המבחן מציינת כי המערער ביטא חרטה על כך שהאיץ את תהליך הבניה על מנת לספק מקום מגורים לבתו הגרושה וחסרת הבית וכי הוא מכיר בכך שהיה צריך לחכות קודם לאישורים. המערער הביע בפניה את חששו כי אם ירצה מאסר בפועל,

יתדרדר מצבו הרפואי, כמו גם מצבה של אשתו עליה הוא חייב להשגיח, לפחות בשעות הבוקר, כאשר שאר בני המשפחה עסוקים בפרנסתם. קצינת המבחן מציינת כי היא התרשמה שהמערער הפיק לקחים מן העבירה וכי הוא מביע חרטה וכי ההליכים המשפטיים היוו עבורו גורם מרתיע. לאור היותו של המערער אדם מבוגר, סובל מבעיות בריאות רבות, ונוכח מצבה הנפשי המערער של אשתו, סבורה קצינת המבחן כי מאסר ממושך עלול להחריף את מצבו של המערער וכן לפגוע באשתו ולכן היא ממליצה להימנע ממאסר בפועל. קצינת המבחן גם מביאה בחשבון שהמבנים הוכשרו. לאור כל זאת, היא ממליצה על עונשים משמעותיים, ביניהם, 250 שעות במסגרת "מרכז חסד לאברהם" בתפקידי אריזה (המדובר הוא כנראה במצרכי מזון לנזקקים).

דין והכרעה -

11. לא בלי היסוס, באתי בסופו של יום להחלטה לקבל את הערעור ולהימנע מלהשית על המערער עונש של מאסר בפועל מאחורי סורג ובריח.

12. כלל ידוע הוא כי בית משפט בערעור אינו נוטה להתערב בחומרת העונש שהוטל על ידי בית משפט קמא אלא במקרים שבהם קיימת סטייה ניכרת ממדיניות הענישה המקובלת או במקרים אחרים, אשר מצדיקים התערבות. בעניין זה ראה למשל ע"פ 3381/16 **חליל אלקרינאוי נגד מדינת ישראל** (פס"ד מיום 10.7.16, פורסם בנבו); ע"פ 8912/13 **מדינת ישראל נ. טל** (פס"ד מיום 13.2.14, פורסם בנבו). במיוחד הדברים אמורים במקרה כדוגמת המקרה שלפני, שבו, סקר בית משפט קמא באופן מקיף את ההלכות הרלוונטיות לעניין ביצוע עבירות על חוק התכנון והבניה, התייחס באופן ראוי לחומרה הטמונה בהן, והפגיעה בשלטון החוק, פירט כדבעי את נסיבות הקשורות בביצוע העבירות במקרה הספציפי וקבע מתחם ענישה ראוי ונכון לטעמי, וחשוב להדגיש כי לגביו אין מחלוקת בין הצדדים ובא כח המערער הסכים עם מתחם ענישה זה. לא רק זאת, אלא שבית משפט קמא לא התעלם אף לא מאחת מן הנסיבות אשר אינן קשורות בביצוע העבירות תוך שהוא מפרט אחת לאחת את הנסיבות האישיות והמשפחתיות של המערער. מבחינות אלה, לא נפל כל פגם בפסק דינו של בית משפט קמא.

13. למרות האמור לעיל, אני סבור שיש מקום, במקרה הזה, ליתן משקל נוסף ומשמעותי יותר לנתוני האישיים של המערער, למצבה המורכב של אשתו ולהתייחסות הקיימת בהקשר לדברים אלה בתסקיר שירות המבחן, כל זאת, שלא במנותק מן האינטרס שעניינו שיקומו של המערער. מתן המשקל הראוי, במקרה הזה, לאינטרס השיקום, כאשר ברקע הנתונים האישיים והמשפחתיים כאמור, הביאני בסופו של דבר למסקנה שיש מקום לחרוג ממתחם הענישה ולהימנע מהשתת מאסר בפועל.

14. לא יכול להיות מקום לספק, כי אילו היה המערער כשיר לבצע עבודות שירות, הרי שזה היה העונש הראוי, בצד העונשים הנוספים אשר הושתו עליו. ואולם, אפשרות זאת, איננה קיימת. החריג לקולא אשר מאפשר סטייה ממתחם הענישה, עניינו האפשרות לחרוג מן המתחם, אם מצא בית המשפט שהנאשם השתקם או שיש סיכוי של ממש שישתקם (סעיף 40 ד(א) לחוק העונשין - תשל"ז - 1977). (וכן ראה ע"פ 8641/12 **מוחמד סעד נ. מדינת ישראל**, (פס"ד מיום 29.4.13, פורסם בנבו). ניתן לומר כי בהתייחס לעבירות אשר הורשע בהן המערער, הרי נעשה על ידו תהליך משמעותי של שיקום, שהרי הוא פעל נמרצות, גם באמצעות בנו, ואף השקיע כספים רבים

בהכשרת המבנים שבנה והשתמש בהם שלא כדין. אדגיש כבר כאן, כי אין פירוש הדבר כי כל אימת שעבריו בניה "מכשיר את השרץ", הוא יהיה זכאי להקלה בעונש ואף לחריגה ממתחם הענישה הראוי במקרה שלו, ואולם במקרה דנן, בו מציינת קצינת המבחן כי המערער הביע חרטה על שהאיץ את תהליך הבניה, אפילו שהדבר נעשה מתוך דאגה לבתו הגרושה, אם ל-5 קטינים, וכל זאת כאשר המערער עצמו סובל ממחלות משמעותיות ומטפל במסירות באשתו הזקוקה לעזרה צמודה במשך כל שעות היממה, אני סבור שמעשיו של המערער לתיקון המעוות, מצביעים על תהליך שיקום של ממש מצדו. לא ניתן לנתק זאת מן התמונה שמצטיירת במקרה הזה, לרבות מתסקיר שירות המבחן, לפיה, המערער מתקשה בקושי של ממש בתפקוד היום יומי בשל מחלותיו וכן כי השמתו של המערער מאחורי סורג ובריח ולו לחודש וחצי, יהיה בה בעליל כדי לפגוע בפגיעה של ממש באשתו של המערער, שמצבה הנפשי איננו טוב, בלשון המעטה. אציין כי בפתח הדיון הציג לי ב"כ המערער מסמך רפואי התומך בטענתו לגבי החמרה במצב הרפואי של אשת המערער. על רקע כל אלה, בל נשכח גם שהמערער בן 71.

15. בשל כל אלה, יהיה זה נכון לטעמי, במקרה הזה, לאפשר חריגה ממתחם הענישה, לבטל את רכיב המאסר בפועל שבגזר דינו של בית משפט קמא הנכבד ולהורות כי תחת זאת, יבצע המערער שירות למען הציבור בהיקף של 250 שעות במסגרת "מרכז חסד לאברהם" בקריית מלאכי. על המערער לפנות לקצינת המבחן ולתאם את כל הקשור בביצוע השל"צ. ב"כ המערער יסייע בידי מרשו.

16. אינני רואה מקום להתערב בגובה הקנס שהושת על ידי בית משפט קמא הנכבד. המדובר הוא בסכום אשר מאזן נכונה בין האינטרסים אשר פורטו כדבעי בגזר הדין בעניינו של המערער.

מזכירות בית המשפט מתבקשת לשלוח עותק פסק הדין לשירות המבחן למבוגרים.

ניתן היום, ה' כסלו תשע"ז, 05 דצמבר 2016, בהעדר הצדדים.