



עפ"ג (מרכז) 53274-11-24 - גלעד אוליביה סברדלוב נ' מדינת ישראל

עפ"ג (מרכז) 53274-11-24 - גלעד אוליביה סברדלוב נ' מדינת ישראל מחוזי מרכז

עפ"ג (מרכז) 53274-11-24

גלעד אוליביה סברדלוב

נגד

מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

[23.03.2025]

כבוד השופטת הבכירה ברנט

כבוד השופט בורנשטין

כבוד השופט מיכלס

פסק דין

1. לפנינו ערעור על גזר דינו של בית משפט השלום בנתניה (השופט ג' אבנון) מיום 8.10.2024 בת"פ 19461-05-22, בגדרו הורשע המערער, על יסוד הודאתו ובמסגרת הסדר דיוני, בעבירה שעניינה גידול סמים מסוכנים לפי סעיף 6 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973 (להלן: פקודת הסמים). על המערער הוטלו העונשים הבאים:

א. 8 חודשי מאסר בפועל לריצוי בעבודות שירות.

ב. 6 חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים לבל יעבור עבירה על פקודת הסמים מסוג פשע.

ג. קנס בסך 3,000 ₪ או 21 ימי מאסר תמורתו.

ד. 6 חודשי פסילת רישיון נהיגה על תנאי למשך שלוש שנים לבל יעבור עבירה על פקודת הסמים מסוג פשע.

2. על פי עובדות כתב האישום המתוקן, במועד הרלוונטי לביצוע העבירה החזיק המערער ברישיון להחזקה ושימוש בסם מסוכן מסוג קנאביס. במסגרת חיפוש שנערך ביום 31.8.2021 בביתו של המערער, נמצא שהוא גידל בחצר הבית 6 שתילי סם מסוכן מסוג קנאביס במשקל של 6.44 ק"ג נטו. כמו כן החזיק המערער במקפיא במרתף הבית שקית ובה סם מסוג קנאביס במשקל כולל של כ- 1.35 ק"ג נטו.

בהתאם להסדר הדיוני עליו הוסכם בין הצדדים, ועל אף כמות הסם שנתפסה במקפיא, נמחקה מכתב האישום העבירה של החזקת סם שלא לצריכה עצמית, ונסיבה זו נמחקה אף מעובדות כתב האישום. כחלק מההסדר הדיוני, הופנה המערער לשירות המבחן לצורך קבלת תסקיר מבחן, מבלי שהושגו הסכמות לעניין העונש.



3. עובר לדיון הטיעונים לעונש, הגיש ב"כ המערער טיעונים לעונש בכתב, בגדרם טען שהמערער גידל את הסם לשימושו העצמי, על מנת להיטיב עם תסמיני מחלת הקוליטיס (מחלה במערכת העיכול) ממנה הוא סובל. לצורך ביסוס הטענה ציטט הסנגור אמרה שמסר המערער בחקירתו במשטרה, וכן צירף חו"ד רפואית של גסטרואנטרולוג (להלן: חוות הדעת הרפואית).

בישיבת הטיעונים לעונש מיום 17.9.2024 התנגדה המשיבה להצגת חלקים מתוך חקירותיו של המערער וכן התנגדה להגשת חוות הדעת הרפואית, בטענה שהמערער לא הוכיח את האמור בהם. התייחסות בית משפט קמא לראיות אלו ולטענה שהמערער גידל את הסם לשימוש עצמי ניתנה במסגרת גזר הדין, כפי שיפורט להלן. תמצית גזר הדין

4. במסגרת גזר הדין עמד בית משפט קמא על האמור בתסקיר המבחן שהוגש בעניינו של המערער שעיקריו להלן: המערער כבן 52, נעדר הרשעות קודמות, נשוי ואב לשלושה. עלה לארץ מבלגיה בהיותו כבן 23, השלים 12 שנות לימוד במדינת מוצאו ובארץ המשיך ללימודים אקדמאיים. מזה שנים רבות עובד כמתכנת, בשנתיים האחרונות בחברה לייעוץ פיננסי ועסקי. בהתאם לאסמכתאות שהוצגו, עבר שני צנתורים ומאובחן כלוקה במחלת הקוליטיס בגינה סובל מכאבים כרוניים. המערער החל להשתמש בקנאביס כאמצעי להתמודדות עם כאביו, ובהמשך קיבל רישיון לצריכת קנאביס רפואי.

המערער הביע חרטה על מעשיו בפני קצינת המבחן, וטען כי במועד ביצועם מצא להם צידוק בסוברו כי פעל לצורך ריפוי העצמי, מבלי לפגוע בציבור. לדברי המערער, כיום הוא צורך קנאביס בעישון בלבד, בהתאם לתנאי הרישיון. בדיקת שתן שמסר לבקשתו נמצאה חיובית לקנבינואידים בלבד. שירות המבחן העריך שהמערער פעל מתוך מיקוד בצרכיו המידיים, מבלי ששקל את השלכות פעולותיו וחשיפתם של בני משפחתו לסיכון, ושביצוע העבירה חריג לאורחות חייו. המערער בעל עמדות נורמטיביות, וביטא חרטה כנה. הוא שלל תלות בקנאביס על רקע צרכים נפשיים, ומשכך לא הופנה לטיפול בתחום ההתמכרויות, אולם הומלץ על טיפול פרטי לצורך מתן מענה לצרכים רגשיים שונים. שירות המבחן המליץ להטיל על המערער צו מבחן למשך 6 חודשים, כדי לסייע לו להשתלב בטיפול פרטי, לצד ענישה מוחשית בדמות צו של"צ בהיקף של 80 שעות. בהעדר אסמכתאות לפגיעה קונקרטית שירות המבחן התקשה להמליץ על ביטול הרשעתו של המערער, חרף טענתו שהרשעה עלולה לפגוע בעתידו המקצועי.

5. בית משפט קמא עמד על הערכים המוגנים שנפגעו כתוצאה ממעשי המערער, שעניינם שמירה על שלום הציבור ובריאותו והגנה מפני הנזקים הישירים והעקיפים הנגרמים עקב השימוש בסמים והפצתם. כן עמד על כך שעבירות גידול וייצור סם הקנאביס הפכו בשנים האחרונות לתופעה נפוצה בעלת פוטנציאל נזק גבוה במיוחד, משהיא מהווה זרז לביצוע עבירות נוספות.



אשר לטענת המערער לפיה הסם גודל לצורך טיפול תרופתי במחלתו, התייחס בית משפט קמא לעובדה שבא כוחו ציטט חלקים מתוך חקירת המערער במשטרה, מבלי שהתקבלה תחילה הסכמת המשיבה להגשת חומרי החקירה. כן עמד על האמור בחוות הדעת הרפואית, בגדרה ציין ד"ר גיל מורלי כי לדעתו המערער לא גידל קנאביס "כשימוש בסם במובנו הרגיל אלא כתרופה אפקטיבית לבעיות העיכול שלו... ולפי הרושם הקליני יש לזה תועלת רבה עבורו...". לגופו של עניין, דחה בית משפט קמא את הטענה, זאת בשים לב לכמות הסם שנתפסה.

בית משפט קמא קבע כי בעבירות של גידול והחזקת סמים בהיקף דומה, ככלל, יושתו עונשי מאסר מוחשיים, לרוב בדרך של מאסר ממש. לאחר שסקר מספר פסקי דין בהם הסתייע לצורך קביעת המתחם והתחשב בנסיבות ביצוע העבירה ובפוטנציאל הנזק לפרט ולחברה, קבע בית משפט קמא מתחם עונש הולם הנע בין 8 לבין 20 חודשי מאסר בפועל.

6. בהתייחס לבקשת המערער להימנע מהרשעתו בדין, קבע בית משפט קמא שהמערער אינו עומד בשני התנאים המצטברים שנקבעו בע"פ 2083/96 כתב נ' מדינת ישראל (21.8.1997) (להלן: הלכת כתב) לצורך הימנעות מהרשעה. אשר לתנאי הראשון הדורש כי סוג העבירה בנסיבותיה יאפשר ביטול ההרשעה מבלי לפגוע באופן מהותי בשיקולי ענישה נוספים, נקבע שעבירות מתוכננות של גידול סמים, לבטח בהיקף שבוצע על ידי המערער, מצדיקות הותרת ההרשעה על כנה וגזירת עונש מוחשי בצדה; הרקע הנורמטיבי של המערער ומצבו הרפואי אינם חריגים ואין בהם כשלעצמם בכדי להצדיק את ביטול ההרשעה; אמנם ניתן להצביע על מקרים שבהם בוטלה הרשעה גם בעבירות סמים, אך בענייננו לא עלה בידי המערער לעבור את המשוכה. אשר לתנאי השני, הדורש הוכחה של פגיעה חמורה בשיקומו של המערער כתוצאה מההרשעה, נקבע שאמנם ניתן להצביע על מקרים בהם בוטלה הרשעה בהיעדר אינדיקציה מוחשית ממשית לפגיעה, ואולם דרך המלך מחייבת הוכחה של נזק מוחשי שייגרם למערער, וכזה לא הוצג; נקבע שטענות המערער בהקשר זה נטענו בעלמא, ללא ביסוס של ממש, ואפילו שירות המבחן התקשה לבוא בהמלצה לביטול ההרשעה. לנוכח כל אלה מצא בית משפט קמא שעניינו של המערער לא נכנס בגדרם של המקרים החריגים המצדיקים את ביטול ההרשעה.

7. בית משפט קמא קבע כי אין עילה בענייננו לחרוג לקולה ממתחם העונש ההולם וגזר את עונשו של המערער בתחתית המתחם, תוך שנתן דעתו לכך שהמערער הוא אדם נורמטיבי, איש משפחה עובד ומפרנס, נעדר הרשעות קודמות, שהודה בעבירות בשלב מוקדם מאוד של ההליך ואיננו זקוק לשיקום או להליך טיפולי. נימוקי הערעור

8. לטענת ב"כ המערער, שגה בית משפט קמא בדחותו את טענת המערער לפיה גידל את הסם לשימוש עצמי. המערער סובל ממחלת קוליטיס כיבתי, הופנה על ידי רופאיו לקבלת טיפול באמצעות קנאביס רפואי ומחזיק באישור לשימוש בקנאביס רפואי. נטען שעל אף שהקנאביס הרפואי גרם להפחתה משמעותית בעוצמת הכאב, הוא לא היה אפקטיבי בטיפול בסימפטומים הקשים של המחלה. בהמשך, גילה המערער כי עלי הקנאביס (שבהם לפי הנטען מינון נמוך של החומר הפעיל THC, להבדיל מתפוחית הקנאביס) מסייעים משמעותית לבעיות במערכת העיכול ולדבריו הוא החל לאכול את העלים ולהכין מהם "שייקים", במינון יומי של 20 גרם (600 גרם בחודש).



נטען שלמערער לא הייתה אפשרות אחרת להשיג את עלי הקנאביס מלבד לגדלם בעצמו, ואולם כיום הוא מכיר בכך שהיה עליו לפנות לקבלת אישור חריג לכך באופן חוקי. ב"כ המערער הטעים כי מכתב האישום נמחקה העבירה של החזקת סם שלא לצריכה עצמית ולא בכדי, שכן המערער החזיק בסם שלא על מנת להפיצו. בשים לב לכך שהמערער הודה בעבירה של גידול סם מסוכן בלבד, הרי שטענתו שהגידול נעשה לצורך שימוש העצמי אינה חותרת תחת ההודאה בעובדות כתב האישום המתוקן. חרף האמור, ועל אף שלא יוחסה למערער עבירה של החזקת סם שלא לצריכה עצמית, בפועל העניש אותו בית משפט קמא כאילו הורשע בעבירה זו, בשל כמות הסם שנתפס במקפיא.

הסנגור הוסיף וטען ששגה בית משפט קמא משקבע שהמערער עסק בפעילות ייצור בהיקף ניכר, ודומה שעשה כן בסברו שהמערער החזיק במקפיא תפרחות של סם הקנאביס, בעוד שלמעשה מדובר בעלי הסם, שלא שימשו את המערער כסם במובנו הרגיל אלא לאכילה.

מבחינה משפטית, נטען ששגה בית משפט קמא כאשר מנע מהמערער להוכיח את נסיבות הגידול לצריכה עצמית. המערער הודה בכתב אישום מתוקן, ממנו נמחקה עבירת החזקת סם שלא לצריכה עצמית, ולאורך כל הדרך - החל מחקירתו הראשונה במשטרה ועד לדבריו בשלב הטיעונים לעונש - דבק בגרסתו כי מטרת הגידול הייתה התמודדות עם תסמיני מחלתו, כאשר גרסה זו לא נסתרה ולא נשללה. בהקשר זה נטען ששגה בית משפט קמא בכך שלא אפשר למערער להגיש את הודעותיו במשטרה. לשיטת ב"כ המערער, למערער קמה זכות להביא את ההסברים שמסר בשלב החקירה ולהגיש חומרי חקירה כפוף להעדתו ולחקירתו הנגדית; דחיית הבקשה להגיש את חומרי החקירה צריכה הייתה להיות מובאת לידיעת המערער בסמוך להגשת הבקשה, ושגה בית משפט קמא כשהתייחס לדברים אלה לראשונה במסגרת גזר הדין.

לטענת ב"כ המערער, שגה בית משפט קמא עת נסמך לצורך קביעת מתחם העונש ההולם על דוגמאות מהפסיקה שאינן רלוונטיות, המשקפות נסיבות חמורות משמעותית מעניינו, בהן הודו נאשמים בעבירה של החזקת סם שלא לצריכה עצמית בנוסף לעבירה של גידול סמים. כן נטען שבנסיבות המקרה היה מקום לחרוג ממתחם העונש ההולם ולהימנע מהטלת מאסר, לרבות בעבודות שירות, והדברים מקבלים משנה תוקף בהתחשב בחלופי זמן של קרוב ל-4 שנים ממועד ביצוע העבירה ולאור תסקיר המבחן יוצא הדופן שהוגש בעניינו של המערער. ב"כ המערער הפנה למקרים בהם נאשמים החזיקו בשתילים בודדים ובתי המשפט מצאו לחרוג ממתחם העונש ההולם בעניינם ואף להימנע מהרשעתם.

אשר לסוגיית ההרשעה בדין, טען הסנגור בהודעת הערעור כי בנסיבותיו הייחודיות של המערער ושל המקרה, היה מקום לבחון את שאלת הרשעתו גם בהיעדר נזק קונקרטי מהותי. נציין שבדיון לפנינו לא שב הסנגור על הבקשה להימנע מהרשעת המערער, והתמקד בכך שעונש מאסר בעבודות שירות יפגע קשות במערער ובמשפחתו. לנוכח כל אלו, עתר הסנגור להורות על ביטול מאסרו של המערער בעבודות שירות ולאמץ את המלצת שירות המבחן להסתפק בצו של"צ, בנוסף לכל רכיב עונשי שימצא לנכון, ובכלל זה לשקול לבטל את הרשעתו.



9. ב"כ המשיבה סמכה ידיה על תוצאת גזר הדין על נימוקיה, תוך שציינה שהעונש שהוטל על המערער עולה בקנה אחד עם מדיניות הענישה הנוהגת. נטען שעל אף שנמחקה מכתב האישום המתוקן העבירה של החזקת סם שלא לצריכה עצמית, הרי שנותרה בכתב האישום העובדה לפיה המערער החזיק במקפיא כ- 1.350 ק"ג קנאביס, על כל המשתמע. נטען, שעל המערער היה לבקש לעגן בכתב האישום המתוקן את העובדה שגידל את הסם לצורך שימוש העצמי, אך הוא לא עשה כן, ומשכך, דין טענתו בעניין זה להידחות. לשיטת המדינה, הקלה בעונש בנסיבות המקרה משמעותה מתן לגיטימציה ל"נטילת החוק לידיים" ולעשיית דין עצמי. עוד נטען, שמאחר שהמערער אינו היחיד הסובל ממחלות מעי, הרי שאין מדובר בנסיבות חריגות או נדירות המצדיקות התייחסות מיוחדת, כאשר הקלה בעונשו בנסיבות המתוארות תהווה בידי חולים אחרים קרדום לחפור בו.
- מעבר לאמור, נטען שלא עלה בידי המערער להוכיח שגידול הסם נעשה לצורך שימוש האישי, שכן אין בחוות הדעת שהוגשה תימוכין לכך. לגישת המשיבה, אין מקום להחריג את המקרה דן מהתופעה הרחבה של גידול סמים, המקימה לשיטתה "סוג של חזקה" שהגידול נעשה שלא לצריכה עצמית. עוד נטען שהקלה בעונש תפגע בעיקרון ההרתעה.
- דין והכרעה
10. לאחר שעיינו בגזר הדין ונתנו דעתנו לטיעוני הצדדים, הגענו לכלל מסקנה כי דין הערער להתקבל באופן חלקי, במובן זה שעונש המאסר בעבודות שירות שהוטל על המערער יצומצם באופן משמעותי. להלן נימוקי.
11. תחילה נפנה לבחינת טענות המערער בסוגיית ביטול ההרשעה. בתמצית שבתמצית נציין שתמימי דעים אנו עם מסקנת בית משפט קמא לפיה עניינו של המערער אינו נמנה על אותם מקרים חריגים המאפשרים הימנעות מהרשעתו, בהתאם לתנאים המצטברים שנקבעו בהלכת כתב, כמפורט בהרחבה בגזר הדין. ודוק, בפנינו הועלתה הבקשה להורות על ביטול ההרשעה בשפה רפה, במסגרת הטיעונים בכתב בלבד, מבלי שנעשה כל ניסיון לבסס קיומו של נזק קונקרטי שעשוי להיגרם למערער כפועל יוצא של הרשעתו. למעשה, כל שנטען בעניין זה הוא שהפסיקה הכירה בכך שניתן במקרים מסוימים להימנע מהרשעה גם ללא הוכחת נזק קונקרטי מוחשי. ואולם, משלא עלה בידי המערער להוכיח שההרשעה תפגע באופן חמור בשיקומו, בשים לב לכמות הסם שנתפסה, ובהינתן הכלל לפיו מי שנמצא אשם בביצוע עבירה יורשע בדין, מצאנו שלא נפלה כל שגגה בהחלטת בית משפט קמא לדחות את בקשת המערער לגזור עליו עונש תוך הימנעות מהרשעתו.



12. אשר לעונש, טען ב"כ המערער שמתחם העונש ההולם שנקבע בגזר הדין מחמיר עם המערער יתר על המידה. כידוע, מתחם העונש ההולם נלמד, בין היתר מהערכים החברתיים בהם פגע הנאשם וממידת הפגיעה בהם, מהענישה הנוהגת ומנסיבות הקשורות בביצוע העבירה. ככל שהדבר נוגע לעבירה של גידול סם מסוכן, ניתן ללמוד על נסיבות הגידול, בין היתר, מכמות השתילים, ממשקל הסם, מפרק הזמן בו גודל הסם, מנתונים הקשורים באופן גידולו, טיבו של הציוד הנלווה שנדרש לשם כך, וככל שהסם גודל ב"מעבדה" יינתן משקל אף לטיב האבזור, לשטח המעבדה ולהיקף הייצור (רע"פ 4512/15 הרוש נ' מדינת ישראל (6.7.2015) (להלן: עניין הרוש). כחלק מהנסיבות הקשורות בביצוע העבירה ובאיזון הכולל, אף ראוי שיינתן משקל לייעוד המסתמן של הגידול. כך למשל, לא דומה מצבו של מי שגידל מאות שתילים במעבדה מאובזרת ומשוכללת, המתפרשת על שטח של דירה שלמה שנשכרה במיוחד לצורך כך, או בחלק ניכר משטחה, כאשר ניכר שהושקע ממון רב לצורך תפעולה והחזקתה באופן המלמד על היקף הרווחים הצפוי, וכאשר הוחזקו בדירה שקיות חלוקה, למצבו של מי שגידל מספר קטן של שתילים, באמצעים פשוטים ו"ביתיים" במספר עציצים בדירת מגורים, כאשר הנסיבות מתיישבות יותר עם הטענה שהגידול נועד לשימוש העצמי. 13. וחזרה לענייננו. לצורך קביעת מתחם העונש ההולם, התייחס בית משפט קמא לערכים המוגנים שנפגעו כתוצאה ממעשי המערער, נתן דעתו למשקל הסם שגודל על ידו ונתפס בביתו, וקבע שמדובר ב"פעילות ייצור בהיקף ניכר", העולה על הכמות שנועדה לשימושו העצמי של המערער. בהמשך, הפנה בית משפט קמא לשורה של פסקי דין מהם ביקש ללמוד על מתחם העונש ההולם בענייננו. ואולם, בחינת פסקי הדין מלמדת כי הם מתארים מקרים החמורים עשרות מונים מנסיבות הגידול בענייננו. כך למשל, ברע"פ 7819/15 סלור נ' מדינת ישראל (22.5.2016) גידל המבקש 45 שתילי קנאביס במשקל של כ-7.5 ק"ג במסגרת "מעבדה", כאשר בנוסף על עבירת גידול הסם, הורשע בעבירה של החזקת סם שלא לצריכה עצמית. נקבע מתחם עונש הולם הנע בין 7 לבין 18 חודשי מאסר, ועל המבקש הוטלו 9 חודשי מאסר בפועל כעונש עיקרי. ערעור ובקשת רשות ערעור על חומרת העונש, נדחו. בעפ"ג (מרכז-לוד) 10700-11-16 מדינת ישראל נ' טולידו (17.1.2017) נדון עניינו של מערער שגידל למעלה מ-90 שתילי קנאביס במסגרת "מעבדה", כשלצד הסם נתפסו גם כלים להכנת סם, והמערער הורשע בנוסף בעבירה של החזקת סם שלא לצריכה עצמית. בבית משפט השלום נקבע מתחם עונש הולם הנע בין מספר חודשי מאסר לבין 14 חודשי מאסר, ועל המערער הוטל צו של"צ לאחר שנמצא לחרוג מהמתחם מטעמי שיקום. בית המשפט המחוזי החמיר בעונש והעמידו על 4 חודשי מאסר לריצוי בעבודות שירות, בין היתר בהתחשב בכך שמדובר במעבדה שהוקמה למטרות סחר בסמים. בפסק דין נוסף אליו הפנה בית משפט קמא [רע"פ 1787/15 עמר נ' מדינת ישראל (24.3.2015)] דובר אמנם ב-9 שתילי קנאביס, בדומה לענייננו, אולם באותו מקרה הורשע המבקש גם בעבירה של החזקת סם שלא לצריכה עצמית וכן בעבירה של החזקת כלים להכנת סם שלא לצריכה עצמית, כאשר במקום נתפס אף סכום כסף נכבד. בית משפט השלום קבע מתחם עונש הולם הנע בין 8 לבין 20 חודשי מאסר וגזר על הנאשם 8 חודשי מאסר בפועל. ערעור ובקשת רשות ערעור על חומרת העונש, נדחו.



ברע"פ 513/21 יהושע נ' מדינת ישראל (4.3.2021) (להלן: עניין יהושע), שנזכר אף הוא בגזר הדין, נדון עניינו של מי שהורשע בגידול 60 שתילי קנאביס במשקל של 10 ק"ג בתנאי "מעבדה" ובנוסף נתפסו בביתו כלים המשמשים להכנת סם מסוכן, לרבות חומרי דישון, מד טמפרטורה, אדניות ומנורות. בית המשפט העליון אישר את פסק דינו של בית המשפט המחוזי אשר קבע שמתחם העונש ההולם שנקבע על ידי הערכאה הדיונית, הנע בין 6 לבין 24 חודשי מאסר, ובמיוחד חלקו התחתון של המתחם, אינו משקף כראוי את חומרת המעשים בנסיבותיהם ואת מדיניות הענישה הנוהגת והעמיד את עונש המאסר על 10 חודשי מאסר בפועל חלף צו של"צ. ראוי לציין שבאותו מקרה טען המבקש שמטרת גידול הסם הייתה לשימוש העצמי, אולם טענתו נדחתה על ידי בית המשפט המחוזי שקבע כי "כמות השתילים שגידל וצורת גידולם מלמדים על גידול שיטתי ומשמעותי שאינו עולה בקנה אחד עם הטענה לשימוש עצמי" (עניין יהושע, פסקה 4).

14. לא בכדי פירטנו את נסיבות המקרים שלעיל, באופן המאפשר לעמוד על הפער הקיים בין נסיבות ביצוע העבירות באותם מקרים לבין הנסיבות בענייננו. נזכיר שהמערער גידל 6 שתילי קנאביס בחצר ביתו במשקל של 6.5 ק"ג בקירוב, להבדיל מגידול ב"מעבדה". כן נתפסו במקפיא במרתף הבית 1.350 ק"ג סם בשקית אחת. לא נתפסו בבית כלים להכנת סם, או ציוד משוכלל שנועד לגידולו, לא נתפסו משקלים, חומרי דישון, שקיות חלוקה או סכומי כסף כלשהם. זה המקום להזכיר כי פוטנציאל הפקת הסם נלמד ממספר השתילים ולא דווקא ממשקלם, נתון שהוא פועל יוצא של עיתוי תפיסת הצמחים במקום הגידול (ראו עניין הרוש). במקרה שלפנינו השתילים צמחו והגיעו למשקל של כ-6.5 ק"ג, אולם, ומבלי להקל ראש, בסופו של יום אין מדובר בכמות שתילים המבססת את מתחם העונש המחמיר בגזר הדין. כמות הסם לא רק שלא הובילה לייחוס עבירה נפרדת למערער, אלא שכמות זו אף מתיישבת עם גרסתו לפיה באותה תקופה הוא צרך 20 גרם עלים ליום לצורך הכנת שייק שיקל על בעיות העיכול מהן סבל (להבדיל מעישון הקנאביס הרפואי שהקל על כאביו), וכך גם אופן החזקת הסם במקפיא.

דומה אם כן, שנסיבות ביצוע העבירה במקרה שלפנינו מתיישבות יותר עם הטענה שהסם גודל שלא לצורך הפצתו או סחר בו, זאת בניגוד למסקנה אליה הגיע בית משפט קמא. בנסיבות הללו, מקום שאין חולק על כך שהמערער חולה בקוליטיס, ובהינתן שמדובר בגרסה עקבית, שנמסרה על ידו כבר בחקירתו במשטרה, בהמשך בפני שירות המבחן ולבסוף בבית המשפט במסגרת הטיעונים לעונש, סבורים אנו שראוי היה לבחון את גרסתו לפיה גידל את הסם לצורך לעיסת העלים ואכילתם על מנת להקל על מצבו הרפואי. זאת בפרט וביתר שאת משנמצאה לטענה אסמכתא ראשונית בדמות חוות הדעת הרפואית של ד"ר גיל מורלי, לפיה קיים היגיון ביולוגי באכילת עלי הסם על מנת להיטיב עם תסמיני מחלת הקוליטיס וכי התמונה הקלינית אכן מעידה על כך שאכילת העלים הביאה לשיפור במצבו של המערער.

15. ודוק, על אף שהאיסור לגדל סם מסוכן הוא מוחלט, ללא קשר למטרת הגידול, עדין יש לנסיבה זו השפעה על מתחם העונש ההולם, זאת בהתאם להוראות סעיף 40ט לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), לפיו במסגרת נסיבות ביצוע העבירות יש ליתן את הדעת, בין היתר, גם לסיבות שהביאו את הנאשם לבצע את העבירה ולנזק שצפוי היה להיגרם כתוצאה ממנה. בעניינו, מטרת גידול הסמים לא הובררה עד תום, גרסת המערער במשטרה לא הוגשה לבית משפט קמא, והוא לא נחקר על אודות גרסתו בחקירה נגדית. בזהירות המתבקשת נציין שתמונה בעינינו התנגדות המשיבה לברור עובדה זו, שהרי חזקה על המשיבה שמטרתה היא חשיפת האמת והצגת מלוא התמונה העובדתית הרלוונטית לבית המשפט.



16. עוד נציין, שבניגוד לעמדת המשיבה, טענת המערער לפיה גידול הסם נועד לצריכתו העצמית אינה סותרת את הודאתו בכך שהחזיק ב-1.350 ק"ג סם במקפיא ביתו. כידוע, משקל הסם מהווה חזקה המלמדת על מטרת החזקתו. אין חולק שבהתאם לחזקה זו כמות הסם בה החזיק המערער נועדה שלא לצריכה עצמית. ואולם, אין מדובר בחזקה חלוטה, אלא בחזקה הניתנת לסתירה. לאחר שנמחקה מכתב האישום העבירה שעניינה החזקת סם שלא לצריכה עצמית, בשעה שנסיבה זו נמחקה אף מפרק העובדות, ובהעדר נסיבות אחרות בכתב האישום שעומדות בסתירה לטענת הגידול לצריכה עצמית, הרי שפתוחה הייתה הדלת בפני המערער לנסות ולשכנע כי מטרת גידול הסם הייתה לצורך שימוש העצמי בלבד.
17. למען הסר ספק, נבהיר שאין בידנו לקבל את הטענה לפיה עצם מחיקת העבירה של החזקת סם שלא לצריכה עצמית מכתב האישום משקפת מיניה וביה את הסכמת המשיבה לכך שגידול הסם נועד לצריכתו העצמית של המגדל. בעניין זה ראו למשל המקרה המתואר ברע"פ 314/16 בן צבי נ' מדינת ישראל (22.2.2016) (להלן: עניין בן צבי), בו תוקן אמנם כתב האישום באופן שנמחקה ממנו עבירת ההחזקה שלא לצריכה עצמית, אולם, בשונה מענייננו, נסיבה זו נותרה בפרק העובדות, והצדדים אף הסכימו, במסגרת הסדר הטיעון, שהמבקש יוכיח כ"סוחר סמים" לצורך חילוט רכוש. בפסק הדין נקבע כי "החזקת כמויות נכבדות של סמים, מהווה נסיבה לחומרה, גם כאשר בעבירת הגידול עסקינן, ומהווה ראיה חשובה לכך שגידול הסמים נעשה שלא לצריכתו העצמית של המבקש". "ראיה חשובה", אולם לא דווקא ראיה יחידה. ואכן, בעניין בן צבי ניתן היה ללמוד מצבר של ראיות נוספות שההחזקה נועדה שלא לצריכה עצמית: העובדה שדובר במעבדה בעלת ציוד רב ביותר, לרבות 200 אדניות ועשרות מנורות, 3 משקלים, לצד סם בכמות נכבדה של 2.5 ק"ג קנאביס. כל אלו העידו, במובחן מענייננו, על גידול למטרות הפצה, מה גם שכאמור מטרת הגידול, "שלא לצריכה עצמית" צוינה מפורשות בעובדות כתב האישום.
18. אכן, הצדק עם המשיבה בטענתה שדרך המלך להוכחת נסיבות הקשורות בביצוע העבירה במקרה של הסדר טיעון היא הכללתן בהסכמה בכתב האישום המתוקן. נזכיר, שמשהתנגדה לכך המשיבה, הגיש הסנגור טיעונים בכתב המגובים בראיות לצורך הוכחת נסיבה זו, ובהם חוות הדעת הרפואית וציטוט מתוך חקירתו של המערער. בישיבת הטיעונים לעונש התנגדה המשיבה להגשת ראיות אלו, וממילא התנגדה לטענת השימוש העצמי. בהתאם להוראות סעיף 40(ב)(2) לחוק העונשין "בית המשפט רשאי, לבקשת אחד מהצדדים, להתיר להביא ראיות בעניין נסיבות הקשורות בביצוע העבירה בשלב הטיעונים לעונש, אם שוכנע כי לא הייתה אפשרות לטעון לגביהן בשלב בירור האשמה או אם הדבר דרוש כדי למנוע עיוות דין". הנה כי כן, המחוקק הכיר במסלול חלופי המאפשר להוכיח נסיבה הקשורה בביצוע העבירה בשלב הטיעונים לעונש, ואף להגיש ראיות לצורך כך, במקרים בהם לא הייתה לנאשם אפשרות לעשות כן בשלב בירור האשמה. במקרה שלפנינו לא נוהל הליך הוכחות, שכן המערער בחר, כאמור, להודות בגידול הסם כחלק מהסדר דיוני, במסגרתו אף תוקן כתב האישום. סבורים אנו, שבשלב בו נוכח המערער לדעת שהמשיבה לא קיבלה את טענותיו בקשר למטרת הגידול, ולא הסכימה לתקן את כתב האישום בסוגיה זו, ראוי היה שיבחר ב"אפשרות לטעון לגביהן בשלב בירור האשמה" ויצג ראיותיו במסגרת הליך הוכחות קצר לצורך ביסוסן. משבחר המערער שלא לעשות כן, פתוחה הייתה בפניו אמנם הדלת לנסות ולהגיש בשלב הטיעונים לעונש, ובית המשפט היה רשאי לקבל, אולם זאת רק לאחר שהיה משתכנע ש"הדבר דרוש כדי למנוע עיוות דין".



במקרה שלפנינו לא ניתנה החלטה מפורשת בנוגע לעיוות הדין שעלול להיגרם מאי קבלת הראיות, בין אם בהחלטה נפרדת לאחר שנשמעו טיעוני הצדדים בסוגיה ובין אם כחלק מגזר הדין. לאחר שנתנו דעתנו לטיעוני הצדדים בעניין, ולאחר שמצאנו שטענות המערער לא נטענו בעלמא בהינתן הראיות הגולמיות שהוצגו לבית המשפט מטעמו בשלב הטיעונים לעונש, סבורים אנו שראוי היה לבדוק את טענותיו ואת הראיות שביקש להציג לצורך ביסוסן, על מנת למנוע עיוות דין אפשרי.

הנה כי כן, בסופו של יום, הטענה לפיה גידול הקנאביס נועד לצריכתו העצמית של המערער לנוכח מחלתו לא הובררה עד תום. ואולם, אף מבלי לקבוע מסמרות בסוגיה זו, דומה שמתחם העונש ההולם שנקבע בגזר הדין לעבירת הגידול הוא גבוה ביחס לנסיבות ביצועה. זאת, בשים לב למדיניות הענישה במקרים שפורטו לעיל, אשר כאמור חמורים לאין שיעור מעניינו של המערער.

19. כפי שנקבע בגזר הדין, ובצדק, אין מקום במקרה דנן לחרוג ממתחם העונש ההולם מטעמי שיקום, וכפועל יוצא יש לדחות את המלצתו הסופית של שירות המבחן, אשר בשים לב לכמות הסם שנתפסה אינה מתיישבת עם מדיניות הענישה הנוהגת. אף חלוף הזמן ונסיבותיו האישיות של המערער, ובפרט היותו אדם נורמטיבי, נעדר עבר פלילי וחולה בקוליטיס, אינן מספיקות על מנת לחרוג ממתחם העונש ההולם, שכן אין מדובר בנסיבות חריגות או נדירות או במצב רפואי המצדיק הימנעות מהשתת עונש מאסר בעבודות שירות. לנוכח כלל הנסיבות שפורטו, בדין מוקם עונשו של המערער בתחתית מתחם העונש ההולם, ולא בחריגה ממנו.

20. סוף דבר, נחה דעתנו כי בנסיבותיו הייחודיות של מקרה זה יש להקל בעונשו של המערער ולהעמידו על 2 חודשי מאסר לריצוי בעבודות שירות חלף 8 חודשי מאסר בעבודות שירות שהוטלו עליו במסגרת גזר הדין. יתר חלקי גזר הדין יעמדו על כנם.

21. המזכירות תמציא את פסק הדין לממונה על עבודות השירות. ניתן היום, כ"ג אדר תשפ"ה, 23 מרץ 2025, בנוכחות הצדדים.