



עפ"ג 50691/05/21 - עומאד טלאלקה, היתם אלטלאלקה נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

לפני כבוד הנשיאה רויטל יפה-כ"ץ - אב"ד
כבוד השופט יואל עדן
כבוד השופטת יעל ייטב
עפ"ג 50691-05-21 טלאלקה ואח' נ' מדינת ישראל

המערערים: עומאד טלאלקה
היתם אלטלאלקה
ע"י ב"כ עו"ד שני מורן

נגד
המשיבה: מדינת ישראל
ע"י ב"כ עו"ד תהילה גלנטה - פמ"ד

מהות הערעור: ערעור על גז"ד של בית משפט השלום באשקלון (כב' השופט ח' נחמיאס), בת"פ 8380-09-19 מיום 20/4/2021.

פסק דין השופט יואל עדן

1. המערערים הורשעו על פי הודאתם בכתב אישום מתוקן בעבירות של ייצור הכנה והפקה לפי סעיף 6 לפקודת הסמים המסוכנים (נוסח חדש), והחזקת כלים להכנת סם מסוכן שלא לצריכה עצמית, עבירה לפי סעיף 10 רישא לפקודת הסמים המסוכנים (נוסח חדש).

על פי כתב האישום המתוקן לאורך תקופה שאינה ידועה במדויק ועד ליום 28.8.19, גידלו המערערים בשטח פתוח סמים מסוכנים מסוג קנבוס - 208 שתילים במשקל נטו של 14 ק"ג.

המערערים החזיקו במקום בריכת מים עם צינור מים שחור, צינורות השקיה, חומרי דישון, מכלים פלסטיק, פחים, בקבוקים, מרססי גב, גרזן וכלי עבודה.

על פי כתב האישום המתוקן, במעשיהם אלו גידלו והחזיקו המערערים 208 שתילים של סם מסוכן מסוג קנבוס במשקל כולל של 14 ק"ג נטו שלא לצריכתם העצמית ושלא כדין, והחזיקו בכלים המשמשים לגידול והכנה של סמים מסוכנים שלא לצריכה עצמית, שלא כדין.



2. לאחר כפירה חלקית בעובדות כתב האישום המקורי, ולאחר שנדחה לשמיעת הראיות, הגיעו הצדדים להסדר טיעון במסגרתו תוקן כתב האישום, המערערים הורשעו על פי הודאתם בעבירות כאמור לעיל, ללא הסכמות לעניין העונש, תוך שצוין בהצגת ההסדר כי עמדת המשיבה הינה למאסר בפועל, וכי הסנגור עותר לקבלת תסקיר, על מנת לבחון אפשרות לסטות ממתחמי הענישה משיקולי שיקום, שכן המערערים משולבים במסגרת הליך טיפולי בשירות המבחן.

3. המערערים נעדרי עבר פלילי. המערער 1 יליד 1978, והמערער 2 יליד 1992, ובעניינם הוגשו תסקירי שירות מבחן.

מתסקיר שירות המבחן אשר הוגש בעניינו של המערער 1, עולה כי הוא נשוי ואב ל- 7 ילדים, ועובד כצבעי. המערער 1 הודה בביצוע העבירות גם בפני שירות המבחן, ואמר כי החל בהליך גמילה, מתמודד עם הוצאות כלכליות שהתקשה לעמוד בהן, ובן דודו, המערער 2, הציע לו לגדל עימו סמים ולמכור אותם ובכך להגדיל את הכנסותיו, הפיתוי הכלכלי היה גדול, ועל כן לא חשב על השלכות מעשיו.

המערער 1 שולב בהליך המעצר בקבוצה טיפולית המיועדת לעצורי בית, שיתף פעולה, הגיע למפגשים, וההתרשמות הינה שערך חשיבה ביקורתית ביחס למעשיו.

שירות המבחן התרשם כי המערער 1 היה משולב במהלך חייו באופן תקין במסגרות שונות, לו ולבני המשפחה ערכים חיוביים בניהול החיים, הוא הצליח לערוך התבוננות אודות בחירותיו השגויות, וההליכים הפלילים המתנהלים נגדו מהווים גורם מרתיע ומציב גבולות עבורו, הוא מבין את חומרת מעשיו ולוקח אחריות על העבירות שביצע. שירות המבחן שיבצו להמשך טיפול בקבוצה.

לאור כך שהמערער 1 הצליח להפיק תועלת מהשתתפותו בקבוצה טיפולית, והביע נכונות להמשיך וללמוד איך להימנע ממעורבות נוספת בפלילים, ולאור שיתוף הפעולה, המליץ שירות המבחן על הטלת צו מבחן לשנה, מאסר קצר שירוצה בדרך של עבודות שירות ומאסר מותנה.

4. מתסקיר שירות המבחן בעניינו של המערער 2, עולה כי הוא נשוי ואב לשתי בנות, ועובד בחברה למיזוג אוויר. צוין כי המערער 2 מודה בביצוע העבירות, וציין כי בתקופה שקדמה לכך התקשה לשלם את חובותיו הרבים וסבל ממצוקה כלכלית, וגידול הסמים היה מתוך שיקולים כלכליים. שירות המבחן התרשם כי המערער 2 הבין את המחירים שהוא משלם על מעשיו, בהליך המעצר שולב בקבוצה טיפולית, שיתף פעולה, והגיע למפגשים, וצוינה ההתרשמות כי המערער 2 עסוק במחירים האישיים שהוא משלם בגין ביצוע העבירה, וברגשות אכזבה עצמית ממעשיו. צוין כי המערער 2 הצליח באופן ראשוני לערוך חשיבה ביקורתית ביחס למעשיו, וההליך המשפטי נגדו מהווה גורם הרתעתי והוא יכול להיתרם מהליך טיפולי נוסף.

שירות המבחן התרשם כי למערער 2 משפחה עוטפת ותומכת, והוא לוקח אחריות בתפקידיו המשפחתיים, והוא זקוק לסייע וכלים להתמודדות במצבי מצוקה ולחץ. הוצע למערער 2 להמשיך בהליך טיפולי ולהשתלב בקבוצה טיפולית



המשכית, לאור הבעת נכונותו, ובתסקיר מצוין כי אותה עת הוא היה ברשימת המתנה.

לאור כך שבהליך המעצר הצליח המערער 2 לערוך חשיבה ביקורתית באופן ראשוני ביחס להתנהגותו והחל לבחון את בחירותיו, ולאור שיתוף הפעולה, המליץ שירות המבחן על הטלת צו מבחן לשנה, מאסר קצר בדרך של עבודות שירות ומאסר מותנה.

5. בטיעונים לעונש טען ב"כ המשיבה כי לאור כמות השתילים קיים פוטנציאל נזק משמעותי ביותר, וכי נתון זה מתחדד לאור העובדה שקיימים 200 שתילים שמשקם 4 ק"ג, ו-8 שתילים שמשקלם 10 ק"ג.

נטען כי מדובר בגידול בשטח פתוח המקשה על רשויות החוק לאתר, וכי יש לתת את הדעת גם לצידוד המשמעותי אשר נתפס, וכי מדובר במגדלים דהיינו מי שנמצאים בראש שרשרת הפצת הסם.

נטען לצורך בהרתעת היחיד והרתעת הרבים תוך הפניה לענישה של 20 שנה הקבועה בחוק, וב"כ המשיבה עתר לקביעת מתחם עונש הולם הנע בן 14 ל-30 חודשי מאסר.

במסגרת המתחם, בשים לב להמלצות שירות המבחן, התבקש להטיל ענישה ברף התחתון של המתחם, לצד מאסר מותנה וקנס משמעותי, בשים לב לעובדה שמניע כלכלי הניע את המערערים לבצע את העבירות, וכן לאור כך שפוטנציאל הרווח בעבירות מסוג זה משמעותי, וכן התבקש להטיל פסילה על תנאי וחתימה על התחייבות.

6. בטיעונים לעונש טען ב"כ המערערים כי הם היו במעצר 50 יום ופרק זמן ארוך בתנאים מגבילים, והחלו בשיקום של ממש.

נטען כי המערערים נעדרי עבר פלילי, לא הפרו את התנאים, והם מתכוונים לשקם את דרכיהם והחלו במסלול השיקומי.

נטען כי המערערים מוכיחים שהם מבינים את הטעות שעשו ולוקחים אחריות ומבקשים מבית המשפט לא להחמיר איתם.

נטען כי יש לתת להם את האפשרות להשתקם, הם ביצעו טעות אחת ויחידה, שהם לא חוזרים עליה, והתבקש להטיל ענישה קצרה בדרך של עבודות שירות, כפי המלצת שירות המבחן.

המערער 1 אמר כי הוא מצטער על מה שעשה, ולא יחזור על דרך זו ופרנסת המשפחה חשובה לו.

המערער 2 אמר שלא יחזור על הטעות, והוא רוצה לחזור למשפחתו ולהוריו.

עמוד 3



7. בגזר הדין נקבע כי מתחם העונש ההולם נע בין מספר חודשי מאסר לריצוי בפועל אשר יכול וירוצו בדרך של עבודות שירות, עד 24 חודשי מאסר.

צוין כי התסקירים חיוביים, אולם לא ניתן לקבל את המלצות שירות המבחן, שאינן משקפות את מלוא השיקולים שיש לשקול, וכי במקרים דומים בהתאם למתחם הענישה מדיניות הענישה נקבעה באופן שלא ניתן להסתפק בעבודות שירות אלא בעונש מאסר מאחורי סורג ובריח, הגם שיחסית קצר, ולצד זאת, נקבע כי אין זה המקרה למצות עם המערערים את מלוא חומרת הדין.

מכל הנימוקים הללו, הוטל על כל אחד מהמערערים עונש של 12 חודשי מאסר בפועל בניכוי ימי המעצר, מאסרים מותנים, קנס בסך 5,000 ₪, חתימה על התחייבות כספית בסך 10,000 ₪, ופסילה מותנית.

הערעור הינו על רכיב המאסר בפועל אשר הוטל בגזר הדין.

8. לטענת ב"כ המערערים, היה על בית המשפט להטיל עליהם עונש בתחתית המתחם שנקבע, עונש אשר אפשרי לריצוי בדרך של עבודות שירות. נטען כי המערערים נעדרי כל עבר פלילי, אנשי משפחה אשר התנהלו באופן נורמטיבי לאורך כל חייהם, היו עצורים כחודשיים ימים, ועם שחרורם נטלו חלק בהליך שיקומי, אשר נשא פרי, נטלו אחריות מלאה למעשיהם, הביעו חרטה והתנהלו באופן תקין ממועד האירוע, והוגשו ביחס אליהם תסקירי מבחן חיוביים ביותר, מהם עולה שהם ערכו הליך שיקומי וקיימים סיכויי שיקום טובים מאוד ולפיכך היה מקום לקבוע את העונש בתחתית המתחם לכל הפחות, או לחרוג מהמתחם.

נטען כי קביעה לפיה בכל תיק בעבירת גידול סמים העונש היחיד הינו מאסר בפועל, חוטאת לאמור בתיקון 113, ועלולה ליצור תמריץ שלילי בקרב נאשמים אשר פועלים לשנות את דרכם ולהשתקם.

נטען כי לא ניתן משקל ראוי להיות המערערים נעדרי עבר פלילי, אשר זהו מאסר הראשון, על השלכותיו הקשות, וכי המערערים הוכיחו בפרק הזמן של השנתיים אשר חלפו, כי ערכו שינוי בחייהם וכתב האישום חריג להתנהלותם.

נטען כי גם בעבירות חמורות מאלו, הליכי שיקום הובילו לסטייה ממתחם העונש ההולם.

עוד נטען כי לא הוגש ערעור מטעם המדינה על המתחם או על העונש, והמשיבה עצמה טענה כי יש להטיל עונש ברף התחתון של המתחם אליו טענה.

9. ב"כ המשיבה עותרת לדחות את הערעור, ונטען כי הגם שאין זה ערעור של המדינה, המתחם אשר נקבע הוא שגוי, אך התוצאה העונשית נכונה.



נטען כי חלק מהתבחינים השיקומיים להם טענה ב"כ המערערים אינם מצביעים על שיקום ממשי, וכך גם לא עולה מהתסקירים שהוגשו בעניין המערערים.

נטען כי משקל הליכי השיקום בעבירות גידול הסמים הינו נמוך יחסית במכלול השיקולים, ונמוך מהמשקל שיש לתת לשיקולי הרתעת הרבים והיחיד, ועמדה זו התקבלה במספר פסקי דין.

10. לאחר שנשמעו הצדדים, נבחנו התסקירים ומכלול הנסיבות, המסקנה היא כי יש לדחות את הערעור, ואולם לצד זאת אין לקבל את מתחם העונש אשר נקבע על ידי בית משפט השלום, בהיותו מתחם אשר אינו משקף את המענה העונשי ההולם לעבירות החמורות שביצעו המערערים, בנסיבות החמורות של ביצוען.

העבירות אשר ביצעו המערערים חמורות, ובוצעו הן בנסיבות חמורות.

המערערים, באופן אשר לא יכול להיות חולק כי כלל תכנון, הצטיידות באמצעים וביצוע מתמשך, מגדלים סמים מסוכנים מסוג קנבוס בכמות של 208 שתילים אשר במועד בו נתפסו שקלו הם 14 ק"ג. לצורך ביצוע העבירות של גידול הסמים המסוכנים והחזקת הכלים להכנת סמים מסוכנים שלא לצריכה עצמית, מחזיקים המערערים במקום, בריכת מים, צינורות, חומרי דישון, מכלים, פחים, בקבוקים, מרססים, גרזן וכלי עבודה.

רבות נפסק על חומרת עבירת גידול סמים מסוכנים, נפנה בעניין זה לדברים הבאים מע"פ 2596/18 2656/18 **זנזורי נ' מ"י** (12.8.2018):

"לפני סיום, ארשום הערת אזהרה לפני הצרכנים והמשתמשים.

ריבוי המקרים המובאים לפנינו בעת האחרונה - של גידול, ייצור והפקת קנבוס לשם הפצה ומכירה, כמו גם הפצה ומכירה של קנבוס תוך שימוש באפליקציית ה'טלגראם', מעוררים את התחושה, הגם שאינה מגובה בסטטיסטיקה או במחקר אמפירי, כי המדיניות שבאה לידי ביטוי בחוק הסמים המסוכנים (עבירת קנס מיוחדת - הוראת שעה), התשע"ח-2018 (שתחולתו ביום 1.4.2019) - זלגה שלא בטובתה למחוזות אחרים. צרכנים ומשתמשים ואנשים נורמטיביים, שבעבר לא היו נכונים ליטול על עצמם סיכון להסתבך בעולם הפלילי, נכונים כיום לילך צעד נוסף ולהפוך למגדלים ולסוחרים בסם. זאת, מתוך תפיסה שגויה כי מדובר ב"סמים קלים", ובהינתן הטכנולוגיה המאפשרת מכירה והפצה קלה ו"סטרילית" של סמים. ברם, סחר בסמים הוא סחר בסמים. ידע כל מי שמהרהר בדרכים לעשיית כסף קל, כי מדיניות הענישה לא השתנתה ובית המשפט רואה בחומרה עבירות של סחר והפצה של סמים מסוכנים, גם סמים "קלים", תוך הטלת ענישה משמעותית ומרתיעה. צרכנים ומשתמשים - ראו הוזהרתם".

לאחרונה שב בית המשפט העליון והתייחס לחומרה של גידול סמים מסוכנים, ושלל הקלה במשמעות של עבירות בסמים



אשר לעיתים מכונים "סמים קלים", זאת בע"פ 6299/20 שחר חן נ' מ"י (4.2.2021):

"לצד האמור, נוכח ניסיונו של ב"כ המערער להיבנות מן האמור בבש"פ 8640/20 אבו קרינאת נ' מדינת ישראל (23.12.2020), ראינו לנכון להעיר הערה, ולהבהיר: פקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973, קובעת במפורש כי קנאביס הריהו "סם מסוכן" (שם, סעיף 1 והתוספת הראשונה). כך קבע המחוקק. קביעתו זו - היא הדין הנוהג והמחייב. "סחר בסמים הוא סחר בסמים", ותפיסה שלפיה סחר בסמים 'קלים' איננו סחר בסמים מסוכנים - משוללת יסוד; אין לה אחיזה לא בדין המצוי, לא בדין הראוי: "צרכנים ומשתמשים - ראו הוזהרתם".

שם מדובר היה במעבדה בדירה, 600 שתילים במשקל 90 ק"ג, בית המשפט המחוזי קבע מתחם עונש הולם בין 29 ל-54 חודשי מאסר, המערער נעדר עבר פלילי, בן 41, נשוי ואב לשלושה ילדים קטנים, המעשה אינו מאפיין את אורחות חייו, נגזר עונש ברף התחתון של המתחם, ובהמלצת בית המשפט העליון חזר בו המערער מערעורו.

עוד יש להפנות בעניין זה לע"פ 2000/06 מ"י נ' ויצמן ואח' (20.7.2006), ע"פ 407/97 אמואל יניב נ' מ"י (15.4.1997), וע"פ 170/07 ליאור מטיס נ' מ"י (19.11.2007), בהם, באופן עקבי בא לידי ביטוי הצורך במלחמה גם בסמים אשר לעיתים מכונים "סמים קלים".

מדיניות הענישה בעבירות אלו כוללת מאסרים בפועל ומתחמי הענישה הנקבעים מביאים לידי ביטוי את הנסיבות של הגידול, תוך התייחסות למכלול הנתונים האופפים את ביצוע העבירות.

כאשר מדובר בגידול סמים מסוכנים, קביעת חומרת המעשה בנסיבותיו קשורה במכלול הנסיבות, ואינה אך נגזרת טכנית של משקל השתילים.

התכנון, הנסיבות המסוימות של ביצוע העבירות, האמצעים, מספר השתילים, משקלם, וככלל כל הפרטים הקשורים בכך רלבנטיים ומנחים את בית המשפט בקביעתו את מידת החומרה של מעשה העבירה בנסיבותיו, וכפועל יוצא מכך את מתחם העונש ההולם.

פוטנציאל הנזק אשר צפוי להיגרם מביצוע עבירה, הינו נתון חשוב בקביעת חומרת המעשה והאשם, ומתחם העונש ההולם בעקבותיהם. סעיף 40ט(א)(3) מתייחס לכך, כחלק מהנסיבות הקשורות בביצוע העבירה: "הנזק שהיה צפוי להיגרם מביצוע עבירה".

בעבירות בכלל, ובחלק גדול מעבירות הסמים בפרט, הענישה קשורה לא רק לנזק אשר נגרם בפועל, אלא גם לפוטנציאל הנזק. כך, כאשר נתפסים סמים בטרם נמכרו, ועוד בשלב גידולם, הבסיס והתכלית של הענישה הינם פוטנציאל הנזק ולא הנזק בפועל, שכן השתילים טרם נסחרו.



הדברים ברורים, פוטנציאל הנזק הינו שיקול משמעותי בקביעת חומרת נסיבות ביצוע העבירה, והענישה אשר תהלו חומרה זו.

לא רק המשקל בפועל של השתילים בעת תפיסתם קובע את פוטנציאל הנזק אשר יכל היה להיגרם מעבירת הגידול, אלא גם כמות השתילים, ונקודת הזמן בה בוצעה תפיסת השתילים, אינה קובעת בהכרח מה מידת פוטנציאל הנזק אשר היה צפוי כתוצאה מגידול בהיקף של השתילים שנתפסו.

משקל נמוך של סמים שנתפסו תוך כדי ובמהלך גידולם, אינו השיקול המכריע, אלא הוא אחד הנתונים בבחינת מכלול הנסיבות ופוטנציאל הנזק.

מספר השתילים הינו נתון חשוב לא פחות בבחינה של הנזק הצפוי מהגידול, ומשקל גדול של שתילים כפי שגידול המערערים טומן בחובו פוטנציאל נזק גדול אליו כיוונו מעשיהם של המערערים.

ר' ההתייחסות לעניין זה ברע"פ 4512/15 **אברהם הרוש נ' מ"י** (6.7.2015), שם נפסק כי כלל הנסיבות לרבות מספר השתילים צריך להוות את הבסיס לגזירת העונש. שם התקבלה ע"י בית המשפט העליון מסקנת בית המשפט המחוזי אשר קיבלה את עמדת בית המשפט השלום על כי: **"אנו רואים עין בעין עם (בית משפט השלום) (...) (כי) אין למשקל הקנבוס משמעות מעבר למה שייחס לה (בית משפט השלום) לאור פוטנציאל הנזק שהיה אמור להיגרם אילו נתפסה המעבדה זמן לא רב לאחר שנתפסה בפועל, דהיינו כחודשיים לאחר הקמתה".**

נפסק כי: **"ניתן לקבוע, אפוא, כי עונשו של המבקש נגזר, בסופו של יום, על בסיס כלל נסיבות המקרה, ובכללן, אופן הקמת המעבדה; אבזורה של המעבדה; שטחה מתוך שטח המרתף; היקף הייצור; כמות השתילים ומשקל הסם. נסיבות אלו נשקלו לצורך קביעת עונשו של המבקש, ובדין נעשה כן על ידי הערכאות הקודמות".**

11. בית משפט השלום קבע כי מתחם העונש ההולם נע בין מספר חודשי מאסר אשר יכול וירוצו בדרך של עבודות שירות עד 24 חודשים.

אין בפנינו ערעור שכנגד, ואולם יש לומר כי מתחם זה, בפרט ברף התחתון שלו, אינו הולם את חומרת העבירות בנסיבות ביצוען. הואיל ולא נטען בפנינו ביחס למתחם, לא נרחיב בעניין זה, אך יש לומר כי הרף התחתון של המתחם אינו יכול להיות בנסיבות של ביצוע העבירות כמפורט לעיל, נמוך מהעונש אשר הוטל לבסוף על המערערים, 12 חודשי מאסר בפועל.

בחינת מכלול הנסיבות כמפורט לעיל, ובהן פוטנציאל הנזק, והצורך במענה עונשי הולם אשר ישקף את חומרת עבירות הסמים, מחייב ענישה ברף גבוה משמעותית מזו אשר נקבעה ע"י בית משפט השלום.



המערערים נעדרי עבר פלילי, ותסקירי שירות המבחן בענייניהם חיוביים, ואולם, הענישה אשר הוטלה לבסוף מגלמת בתוכה גם את ההקלה אשר היה לה מקום עקב קבלת האחריות והתהליכים החיוביים אשר עברו המערערים במסגרת שירות המבחן לצד העדר עבר פלילי.

אלמלא נתונים חיוביים אלו, היה מקום לענישה מחמירה יותר באופן משמעותי, תוך שניתן היה משקל לצורך בהרתעת היחיד והרתעת הרבים.

אכן, כפי שנטען ע"י ב"כ המערערים, לשיקולי שיקום יכול וינתן משקל של ממש בנסיבות המתאימות, אך שיקולי השיקום צריכים לאיזון אל מול שיקולי ענישה אחרים, והצורך במלחמה בעבירות הסמים, בפרט במקרים של יצרנים כמו גם סוחרים, מחייב מענה עונשי של ממש, ובענישה אשר הוטלה יש כדי הקלה עם המערערים, אשר מגלמת את המשקל שיש לתת בעניינם לשיקולי השיקום.

12. מכל האמור, הענישה אשר הוטלה על המערערים אינה מחמירה, יש בה אף כדי הקלה עימם, אשר מבטאת את השיקולים לקולא המפורטים לעיל.

אשר על כן, הערעור נדחה.

המערערים יתייצבו לתחילת ריצוי המאסר ביום 28.11.21 שעה 08:00 במתקן הכליאה דקל.

מוצע למערערים לעבור הליך מיון מוקדם במסגרת השב"ס.

ניתן היום, ו' כסלו תשפ"ב, 10 נובמבר 2021, במעמד הצדדים.

יעל ייטב, שופטת

יואל עדן, שופט

**רויטל יפה-כ"ץ, נשיאה
אב"ד**