

עפ"ג 3548/08/20 - נחמן האמער נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים פלייליים

09 דצמבר 2021

בפני כב' השופטים א' דראל, א' אברבנאל, ח' זנדברג

עפ"ג 3548-08-20 האמער נ' מדינת ישראל

בעניין: נחמן האמער
ע"י עוה"ד קובי בן שיעה, ארז בר-צבי

המערער

נגד

המשיבה

מדינת ישראל
ע"י עו"ד אילה גלברד יעקב

פסק דין

השופט א' דראל:

לפנינו ערעור על גזר הדין שניתן בבית משפט השלום בירושלים (כב' השופט י' מינטקביץ, סגן נשיא) ביום 18.6.2020 בת.פ. 7502-01-19. בגזר הדין הוטל על המערער עונש מאסר בפועל למשך 11 חודשים וכן מאסר על תנאי.

ההליך בבית משפט קמא

1. המערער הורשע לפי הודאתו בעבירה של החזקת סם מסוכן שלא לצריכה עצמית - עבירה לפי סעיפים 7 (א) ו- 7 (ג) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973. לפי עובדות כתב האישום המתוקן במועד שאינו ידוע במדויק, קשר המערער קשר עם אחיו יצחק עמר (להלן: **יצחק**) ועם חברו נתנאל אילוז (להלן: **נתי**) להעביר סמים מסוג חשיש במשקל של כ- 3.5 ק"ג מרשותו של נתי לרשותם של המערער ויצחק. הסמים היו מוסתרים במחסן בעיר ברצלונה שבספרד, שהיה ברשותו של נתי, והמחסן היה נעול במפתח אותו החזיק נתי. במסגרת הקשר ולשם קידומו, במהלך חודש נובמבר 2018, בעת שהמערער ונתי היו בישראל, ועל פי תיאום מוקדם בין שניהם, העביר נתי למערער את המפתח ומסר לו את המיקום המדויק של המחסן, על מנת שהמערער יאסוף משם את הסמים. לאחר מכן רכש המערער עבורו ועבור יצחק כרטיסי טיסה, וביום 25.11.2018 טסו השניים לספרד על מנת לאסוף את הסמים מהמחסן. בין הימים 25.11.2018 ל-28.11.2018 אספו המערער ויצחק את הסמים מהמחסן.

2. במסגרת ההודעה על הסדר הטיעון, שאותה הגישו הצדדים לבית משפט קמא ביום 24.9.2019, הסכימה המשיבה לכך שתטען לעונש שלא יעלה על 13 חודשי מאסר בפועל, ואילו המערער יטען באופן חופשי. המשיבה והמערער טענו את טענותיהם. במסגרת הטיעונים עלה כי האח, אשר פעל יחד עם המערער לא הועמד לדין בישראל, אלא נעצר בספרד, בשדה התעופה של ברצלונה בדרכו לישראל כשבכליו הסם, שהוסתר בתחתית כפולה של מזוודתו ובתוך מכשיר חשמלי שהיה במזוודה. האח נדון בספרד ל-3 שנות מאסר וקנס כספי אך נקבע כי ישוחרר לאחר 10 חודשים ויגורש מספרד לישראל.

3. לפני בית המשפט הונח תסקיר בעניינו של המערער. התסקיר לימד כי להערכת שירות המבחן בבסיסו של המערער מערכת ערכים נורמטיבית וחיובית וכי הוא לוקח אחריות על מעשיו ומביע עליהם חרטה. שירות המבחן התרשם כי המערער אינו מחזיק בדפוסי עבריינות מושרשים ומוטמעים וכי העבירה הנוכחית היא חריגה לאורח חייו השגרתי. עוד צוין כי ההליך הפלילי המנוהל נגד המערער מהווה עבורו גורם מרתיע. מנגד פרט שירות המבחן גורמים אחרים המגדילים את הסיכון להישנות עבירות חוזרות. המלצת שירות המבחן במסגרת התסקיר הייתה כי לאור מצבו הבריאותי המורכב, והערכת קצין המבחן כי ריצוי עונש מאסר בין כתלי הכלא יפגע באופן משמעותי במערער ובבני משפחתו, יש להטיל עליו עונש של מאסר בדרך של עבודות שירות לצד מאסר על תנאי והתחייבות כספית.

גזר הדין

4. בית משפט קמא בחן את השיקולים השונים לקביעת מתחם העונש ההולם, תוך שהדריך את עצמו שלא להשלים את החסר בכתב האישום מתוך המידע שנמסר לו על גזר הדין שניתן לאח בספרד ולהישען על עובדות כתב האישום המתוקן. לאחר שסקר פסיקה רלוונטית, ונתן דעתו לנסיבות המיוחדות של המקרה, ובהן התכונן המוקדם, התחכום וביצוע המעשים בשתי מדינות שונות, ומנגד כי לבת העבירה היא החזקת הסמים, הוא העמיד את המתחם על מאסר בפועל לתקופה שבין 10 ל-30 חודשי מאסר.

5. מכאן פנה בית משפט קמא לבחינת הנסיבות שאינן קשורות למעשים. הוא ציין כי אין לחובת המערער הרשעות קודמות, כי נפגע בתאונת עבודה, ומאז אינו יכול לעבוד במקצועו כשוחט, ומתפרנס מקצבאות ביטוח לאומי. נוסף על כך עמד בית משפט קמא על העולה מתסקיר שירות המבחן, כמפורט לעיל.

6. בית המשפט סבר אפוא כי יש למקם את עונשו של המערער בתחתית המתחם, אך לא ניתן לחרוג ממנו לקולה, בהיעדר שיקולי שיקום. בית המשפט ציין כי הוא נמנע מלהטיל על המערער קנס בשל מצבו הכלכלי הרעוע ובהיעדר מידע לגבי ייעודו של הסם. על יסוד כל האמור הוטלו על המערער העונשים כפי שצוינו לעיל.

עיקרי טענות הצדדים

7. בא-כוח המערער, עו"ד ק' בן-שעיה, חלק בהודעת הערעור על מתחם הענישה כפי שנקבע בגזר הדין והפנה לשורה של פסקי דין שבהם נקבעו מתחמים נמוכים יותר, ותוצאתם הייתה עונשי מאסר בעבודות שירות. הוא טען בנוסף לכך שלא ניתן משקל מתאים לאמור בתסקיר שירות המבחן ובעיקר לכך שהמערער עבר תאונה קשה

שמנעה ממנו לשוב למעגל העבודה ובעקבותיה נדרש להשתמש בסם מסוג קנאביס שניתן לו באישור. הימנעותו של בית המשפט מלאמץ את המלצת שירות המבחן על רקע האמור בתסקיר מצדיקה לטענתו את התערבותו של בית משפט זה.

8. טענה נוספת נוגעת לכך שבית המשפט לא העניק משקל מספיק לעונש שהוטל בספרד על אחיו של המערער הלכה למעשה, שהוא זה שנשא את הסם בכליו, וניסה להבריחו לישראל, אך בסופו של דבר ריצה 9 חודשי מאסר בלבד. גזר הדין כפי שנקבע יצר פער ענישתי בלתי ראוי ומאוזן.

9. בדיון שהתקיים בעל פה מיקד בא-כוחו הנוסף של המערער, עו"ד א' בר-צבי, את טענותיו לטעות שלדעתו נפלה בקביעת המתחם. לטענתו מדיניות הענישה בעבירות של החזקת סם מסוג חשיש שלא לצריכה עצמית מחייבת קביעת מתחם שהרף התחתון שלו נמוך יותר וניתן לריצוי בעבודות שירות. בא-כוח המערער נסמך בין היתר על מסמך המתאר את מדיניות התביעה המשטרית בטיעוניה למתחמי ענישה בעבירות השונות ולמד ממנו כי גם לשיטתה הרף התחתון הוא מאסר שניתן לשאת אותו בעבודות שירות.

10. נוסף על כך, ציין בא-כוח המערער שלמערער אין עבר פלילי, וכי שהה בתנאים מגבילים משך תקופה העולה על שנה.

11. המשיבה סבורה כי לא נפלה כל טעות בגזר הדין. באת כוח המשיבה חלקה על כך שהמסמך שהוגש, לגבי מדיניות התביעה, חל על הליכים המנוהלים על ידי הפרקליטות ומכל מקום הסבירה כי המקרה שלפנינו הוא מקרה חמור יחסית, בשל כמות הסם ונסיבות ביצוע העבירה כפי שעולות מכתב האישום. לטענתה גם לפי אותו מסמך, בהתחשב בנסיבות המחמירות, תחתית המתחם זהה לקביעת בית משפט קמא (בהודעה לאחר הדיון תיקנה באת כוח המשיבה את התשובה שנתנה בדיון עצמו בעניין ניהול ההליך בבית משפט קמא על-ידי הפרקליטות).

דיון והכרעה

12. דין הערעור להידחות.

13. המערער נתפס כשבכליו כמות גדולה של סם מסוג חשיש. אף שלבסוף העבירה בה הורשע היא של החזקה ושימוש בסם, שלא לצריכה עצמית, לא ניתן להתעלם מנסיבות ביצוע העבירה כפי שתוארו בכתב האישום ובגזר הדין.

14. נסיבות אלה לצד כמות הסם מלמדת על כך שאין המדובר במקרה 'קל', לא כל שכן, במקרה שמצדיק כי תחתית המתחם תהיה למאסר בעבודות שירות. כפי שנקבע במקרה אחר (שבו נדונה החזקה שלא לצריכה עצמית של סם מסוג חשיש במשקל נמוך יותר של 1.5 ק"ג) "נוכח הכמות הגדולה של הסם מדובר בעבירה חמורה ביותר שניזקה

לציבור אינו טעון הוכחה" (ע"פ 6753/09 סעיד חמאמדה נ' מדינת ישראל (18.1.2021) וכן כי "החזקת סמים שלא לצריכה עצמית היא אחותה, ניתן לומר- תאומתה, של עבירת הסחר בסמים" (רע"פ 2557/12 תמם פרדי נ' מדינת ישראל, פסקה ו' (5.4.2012)).

15. בחינת מדיניות הענישה הנוהגת, כעולה מפסיקת בתי המשפט השונים, מלמדת כי אכן מנעד הענישה רחב יחסית, ולא ניתן לשלול כי במקרים שבהם כמות הסם קטנה יותר, יוטל על מי שהחזיק סם מסוג חשיש שלא לצריכה עצמית גם עונש של מאסר לריצוי בעבודות שירות, אלא שספק אם זו מדיניות הענישה הנוהגת ביחס לכמויות הגדולות יותר. נזכיר כי במקרים שונים הוטלו עונשי מאסר בפועל (ר' רע"פ 1830/16 סאלם רקיבי נ' מדינת ישראל (11.4.2016), וכן ר' עניין חמאמדה)).

16. בענייננו, המערער קשר לקבלת הסם, קיבל לידיו את המפתח למחסן, רכש את כרטיסי הטיסה, טס עם אחיו לספרד על מנת לאסוף משם את הסמים, והשניים אספו אותם יחדיו. הסם נתפס בברצלונה. הוסף לכך את כמות הסם, ונמצא כי המתחם שקבע בית משפט קמא, ראוי ואין להתערב בו. נוסף בקצרה כי מסמך המדיניות עליו נסמך בא-כוח המערער הוא מסמך כללי, וגם על פיו בנסיבות החמורות יותר, תחתית המתחם זהה לזה שנקבע על ידי בית משפט קמא. בין הנסיבות המביאות להחמרה מצויות כמות הסם ומיקום העבירה.

17. אשר למיקום עונשו של המערער בתוך המתחם. בית משפט קמא, ובדין, מיקם את עונשו בסמיכות לתחתית המתחם וזאת נוכח הנסיבות האישיות, המצב הרפואי, היעדר העבר הפלילי והתקופה הממושכת שבה שהה המערער בתנאים מגבילים. לא נעלמה מעינינו עמדת שירות המבחן, והמלצתו, אלא בהינתן המתחם שנקבע, לא קמה הצדקה לסטות מהמתחם לקולה מעבר למיקומו של המערער בתחתית המתחם כפי שנעשה.

18. כפי שנקבע לא אחת "הלכה היא כי ערכאת הערעור לא תתערב בעונש שהטילה הערכאה הדיונית אלא בנסיבות חריגות שבהן נפלה בגזר הדין טעות מהותית הבולטת על פניה או שהעונש חורג באופן קיצוני מרמת הענישה המקובלת או הראויה בנסיבות דומות" (ר' ע"פ 6819/20 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 16 וההפניות שם (9.12.2021)). בענייננו לא נפלה כל טעות בגזר הדין, לא כל שכן טעות המצדיקה התערבות ערכאת הערעור.

סיכום

19. על יסוד כל האמור, אנו מציע לחברי" כי נדחה את הערעור.

ארנון דראל, שופט

השופט א' אברבנאל:

אני מסכים.

אלי אברבנאל, שופט

השופט ח' זנדברג:

אני מסכימה.

חיה זנדברג, שופטת

הוחלט פה אחד לדחות את הערעור.

המערער יתייצב למאסרו בבית המעצר ניצן, ביום 1.2.2022 עד השעה 10:00, או על פי החלטת שב"ס, כשברשותו תעודת זהות או דרכון. יש לתאם את הכניסה למאסר, כולל האפשרות למיין מוקדם, עם ענף אבחון ומיין של שב"ס, טלפונים: 08-9787377, 08-9787336 וכן להתעדכן באתר האינטרנט של שב"ס, ברשימת הציוד הראשוני שניתן להביא בעת ההתייצבות.

המזכירות תמציא את פסק הדין לבאי כוח הצדדים.

ניתן היום, ה' טבת תשפ"ב,
09 דצמבר 2021, בהעדר
הצדדים.

**ארנון דראל,
שופט**

**אלי אברבנאל,
שופט**

**חיה זנדברג,
שופטת**