



עפ"ג 37749/10/22 - באסם אסמאעיל נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

בפני כב' הנשיאה רויטל יפה-כ"ץ כב' השופט יואל עפ"ג 37749-10-22
עדן כב' השופטת פאני גילת כהן

המערער:

באסם אסמאעיל
ע"י ב"כ רן אבינועם

נגד

המשיבה:

מדינת ישראל
ע"י ב"כ עו"ד רותם חזן-גרינברם

ערעור על גזר דינו של בית משפט השלום בבאר-שבע (כב' ס. הנשיא ע' חולתא)

בת"פ 70876-12-20 מיום 11.09.22

פסק דין

הנשיאה רויטל יפה-כ"ץ:

המערער הורשע על סמך הודאתו במסגרת הסדר טיעון, שכלל תיקון כתב האישום וללא הסכמה עונשית, בביצוע עבירות של החזקת סם מסוכן שלא לצריכה עצמית, החזקת סם לצריכה עצמית, החזקת כלים לייצור סם מסוכן ושידול להשמדת ראייה, ונדון למאסר בפועל של 15 חודשים, למאסר מותנה של 6 חודשים, לתשלום קנס בשיעור 5,000 ₪ ולפסילה על תנאי מלקבל או להחזיק רישיון נהיגה לתקופה של 6 חודשים.

הערעור מופנה כנגד חומרת העונש, ובעיקר כנגד ההחלטה לדון את המערער למאסר מאחורי סורג ובריה במקום להעדיף ענישה שיקומית או לדון את המערער למאסר בדרך של עבודות שירות.

הליכים בבית המשפט קמא

מעובדת **כתב האישום המתוקן** בהן הודה המערער, עולה, כי החל מתאריך שאינו ידוע למאשימה ועד לתאריך 15.12.20 בסמוך לשעה 20:00, החזיק בדירה בה התגורר יחד עם מחראן כריים (להלן: מחראן), באילת, שקית המכילה סם מסוכן מסוג קוקאין במשקל של 23.6202 גרם, כאשר 5 גרם מתוך הכמות הנ"ל הוחזקה לשימוש העצמי והיתרה הוחזקה שלא לשימוש העצמי; ומשקל דיגיטלי שהוא כלי לייצור ואריזת סמים, והכל ללא היתר ושלא כדין.

עוד הודה המערער, כי במועד הנ"ל, כאשר שהה מחוץ לדירה ונודע לו שבקרוב עלול להתבצע חיפוש משטרתי בדירה, הוא התקשר אל מחראן וביקש ממנו ליטול את הסם והמשקל מחדרו, להוציאם מהדירה ולהעלימם מהשוטרים. בעקבות בקשתו, נטל מחראן מחדרו של המערער את הסמים והמשקל ויצא עמם מהדירה במטרה להעלימם, אך נעצר



בידי השוטרים בטרם עלה הדבר בידו.

נוכח מעשים אלה הורשע המערער בביצוע עבירות של החזקת סמים מסוכנים שלא לצריכה עצמית לפי סעיפים 7(א) ו-7(ג) רישא לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973; החזקת סמים מסוכנים לצריכה עצמית לפי סעיפים 7(א) ו-7(ג) סיפא לפקודת הסמים; החזקת כלים אסורים לפי סעיף 10 לפקודת הסמים; ושידול להשמדת ראיה לפי סעיף 242 בצירוף סעיף 30 לחוק העונשין, תשל"ז-1977.

בהתאם למוסכם בין הצדדים **התבקש שירות המבחן להכין תסקיר** על המערער. מהתסקיר (מיום 04.05.2022) עלה כי המערער בן 48, פרוד ואב לשלושה ילדים בני 23 - 18, תושב מג'ד אל-כרום, ונמצא בחלופה אצל אחותו בחיפה. סיים 9 שנות לימוד; מאז היה בן 18 השתלב בשוק העבודה; והחל משנת 2003 עבד כנהג משאית. בהיותו כבן 18 החל לצרוך קנביס והמשיך בשימוש באופן קבוע, עד שנת 1997; לדבריו חזר לשימוש בקוקאין סמוך לביצוע העבירות נשוא התיק שבפנינו **"על רקע קשיים ביחסים עם פרודתו וסביב בעיות התנהגות מצד בנו"** (יצוין, כי המערער גם טען שעבר להתגורר באילת לפני כעשר שנים על מנת להתרחק מפרודתו, וכי כיום אינו בקשר עמה). **"השימוש בקוקאין היה לצורכי הנאה והקלה רגשית, והתבצע בתדירות של כפעם בשבוע, יחד עם חבריו, וזאת במהלך תקופה של כשלושה שבועות, עד למעצרו. כיום שולל שימוש בחומרים"**, ואכן, בדיקות שתן שמסר בשירות המבחן נמצאו נקיות משרידי סמים. בהתייחס לעבירות נשוא התיק שבפנינו, צוין בתסקיר:

"בהתייחסותו לעבירות נשואות דיון זה, קיבל אחריות על עבירת החזקת סם לצריכה עצמית, כשלבדבריו הסמים שנמצאו ברשותו היו לשימושו העצמי ושל חבריו. כמו כן קיבל אחריות על עבירת שידול להשמדת ראיות, כשלבדבריו, ביצע עבירה זו באופן אימפולסיבי ומתוך חשש מהתמודדות עם השלכות מעשיו. כמו כן, שלל כוונות לסחר, כשלבדבריו, המשקל שנמצא בחיפוש היה לצורך אימות משקל הסמים שרכש יחד עם חבריו. התרשמו מכך, שאמנם מקבל אחריות על עבירות נשואות דיון זה ומכיר בפסול שבמעשיו, אך יחד עם זאת מבטא עמדה קורבנית ביחס להתנהלות רשויות האכיפה..."

שירות המבחן התרשם, כי דפוסים עברייניים אינם מאפיינים את אורח חייו של המערער; וכי קיימת נזקקות לטיפול סביב דפוסי התנהגות נגררת וריצוי לצד קושי בניהול יחסים. לפיכך המליץ שירות המבחן על שחרורו של המערער, והוא אכן שוחרר תחילה למעצר בית מלא בבית אחותו בחיפה לצד העמדתו בצו פיקוח מעצרים למשך 6 חודשים. במסגרת צו הפיקוח, שהסתיים בתאריך 21.08.2021, נפגש המערער עם שירות המבחן לשיחות פרטניות, מהן התרשם קצין המבחן, כי המערער בוגר ואחראי ונתרם מהשיחות.

שירות המבחן בחן את גורמי הסיכוי לשיקומו של המערער (רצף תעסוקתי, יכולת תקשורת טובה, מסתייע במשפחתו ומקבל אחריות על העבירות) לצד גורמי הסיכון להישנות התנהגות דומה בעתיד (קושי לקבל אחריות על התנהגותו במשפחתו הגרעינית, קושי בוויסות דחפים, ומיקוד שליטה חיצוני, היינו - נטייה לייחס לאחרים השפעה על התנהלותו ומצבו), ומצא, כי **"כיום פחת הסיכון להישנות עבירות דומות מצדו בעתיד"**. למסקנה זו הגיע שירות המבחן בין היתר גם לאור ההתרשמות החיובית מהתנהלותו בקשר עם שירות המבחן במסגרת הליך המעצר, לצד יכולתו לשמור על ניקיון מסמים. שירות המבחן סיכם המלצתו בכך, שלאחר שהמערער **"מסר, שכיום מצליח לשמור בכוחות עצמו על ניקיון מסמים ואינו מביע נזקקות טיפולית כלשהי. עוד מסר, שערך את השינויים הנדרשים בחייו והפנים את הלקחים הנדרשים במסגרת ההליך הפלילי הנדון, ומקיים היום אורח חיים תקין. לאור זאת, איננו באים**



בהמלצה טיפולית בעניינו, וממליצים על הטלת ענישה צופה פני עתיד, בדמות מאסר על תנאי, לצד ענישה בדמות שירות לתועלת הציבור, בהיקף של 180 שעות...".

כבר כאן נקדים את המאוחר כשנציין, כי שירות המבחן ביסס את תסקירו על ההנחה שהמערער קיבל אחריות על העבירות שביצע, כולל עבירת הסמים, אלא שהמערער לקח אחריות על עבירת החזקת הסמים לשימוש עצמי בלבד והייתה התעלמות מכך שאף החזיק סמים במשקל של כ-18.5 גרם שלא לצריכתו העצמית, היא העבירה המרכזית בגינה נותן את הדין.

בישיבת יום 29.05.22, ולאחר שמיעת הטיעונים לעונש, מצא ביהמ"ש לנכון להפנות את המערער אל **הממונה על עבודות שירות** מיוזמתו. ביהמ"ש ציין, כי **"לצורך השלמת איסוף הנתונים מבלי להכריע בשלב הזה בדבר הענישה המתאימה בעניינו של הנאשם וככל שבית המשפט יחליט כי נכון במקרה זה לסטות ממתחם העונש ההולם, אך לא כהמלצת שירות המבחן, מתבקש הממונה על עבודות השירות ליתן חוות-דעתו באשר להתאמתו וכשירותו של הנאשם לרצות את עונשו בדרך של עבודות שירות... בית המשפט מבהיר כי אין בעצם שליחת הנאשם לקבלת חוות דעת ממונה כדי להביע בשלב זה עמדה לגבי שיקולי הענישה לכאן או לכאן"**.

ואכן, בתאריך 27.06.22 הגישה הממונה על עבודות שירות חוות דעת על המערער ולפיה המערער מתאים לרצות עונש של מאסר בדרך של עבודות שירות.

במסגרת הטיעונים לעונש עמדה ב"כ המשיבה על חומרת העבירות שביצע המערער; הציגה פסיקה נוהגת בעבירות דומות; טענה למתחם של 20 עד 40 חודשי מאסר בגין עבירות הסמים ובנוגע לעבירה של השמדת ראיה, עתרה למתחם של 6 עד 18 חודשי מאסר בפועל; טענה כי אין כל הצדקה לחרוג ממתחם הענישה לקולא; ועתרה לדון את המערער לעונש כולל שלא יפחת מ-26 חודשי מאסר בפועל.

לעומתה ביקש **ב"כ המערער** לקבוע מתחם אחד לכלל העבירות; סבר, כי המתחם נע בין מאסר בעבודות שירות ועד 15 חודשי מאסר; כי יש לסטות מהמתחם משיקולי שיקום ולקבל את המלצת שירות המבחן; הפנה לפסיקה שמתאימה לעמדה העונשית שהציג; הדגיש את הנסיבות האישיות של המערער כפי שאלה קיבלו ביטוי בתסקיר; ציין, כי מדובר במי שלא ביקש להשיג רוח כספי מהחזקת הסמים; כי הוא נעדר עבר פלילי; וכי מעולם לא ריצה מאסר. וכאמור, ביקש לאמץ את המלצות שירות המבחן לענישה צופה פני עתיד.

המערער פנה אף הוא לביהמ"ש ומסר, כי **"הייתי אצל קצינת המבחן מעל 20 פעמים, עשיתי בדיקות שתן ואני מתחרט על המעשה הזה. אני עובד אצל אחי במשאית"**.

בגזר דינו בחן ביהמ"ש קמא את מעשי המערער ועמד על חומרתם; בחן את טענות הצדדים על פסקי הדין אליהם הפנו (הן בנוגע לעבירות הסמים והן בנוגע לעבירה של השמדת ראיה); קבע, כי מדובר באירוע אחד בגינו יש לקבוע מתחם אחד, כפי שנטען על ידי ההגנה (**"כלל המעשים בהם הורשע הנאשם התרחשו באותו זמן, באותו מקום ועל אותו הרקע"**); חזר על הצורך להחמיר בעבירות הקשורות בסמים, והדגיש כי גרסתו של המערער כפי שבאה בפני שירות המבחן, כאילו הסמים הוחזקו לשימושו העצמי בשיתוף עם חבריו, חורגת מהעובדות המוסכמות, ו**"כידוע, על פי**



ההלכה, במסגרת פרשת העונש, בית המשפט לא יחרוג מן העובדות המוסכמות בהן הורשע הנאשם, אלא בעתירה משותפת של הצדדים; עמד גם על הערכים המוגנים באשר לעבירה של השמדת ראיה ("ביצוע עבירה זו נועד למנוע מרשויות החוק ובפרט רשויות החקירה להתחקות אחר המעשים של מפרי החוק, וגם פוגע בשלטון החוק וביכולת המשטרה ובתי המשפט להגיע לחקר האמת") והדגיש, כי המערער "החטיא במעשיו גם אדם נוסף, בכך ששידל אותו לבצע את השמדת הראיה". ביהמ"ש ציין, כי אמנם "בסופו של דבר, הראיות לא הושמדו בפועל ולכן לא נגרם נזק בפועל לתקינות ההליך ולמאמצי האכיפה, אך לא ניתן להתעלם מפוטנציאל הנזק לו הושלמה העבירה"; מצא, כי מידת הפגיעה בערכים המוגנים היא בינונית-בשל סוג הסם, משקלו, מידת אשמו של המערער, והכוונה שעמדה מאחורי עבירת השידול להשמדת ראיה; בחן את הפסיקה הנוהגת ומצא, כי "במקרים דומים הוטלו על נאשמים עונשים במנעד הכולל עונשי מאסר בפועל וזאת הן לעבירה של החזקת סם מסוג קוקאין בכמויות דומות והן לעניין העבירה של השמדת ראיה"; קבע, כי מתחם העונש ההולם נע בין 18 עד 33 חודשי מאסר בפועל ומתחם הקנס עומד על ₪ 4,000 עד ₪ 10,000; קבע, כי אין מקום לסטות לקולא מהמתחם במידה המומלצת בתסקיר ודחה את עתירת ההגנה בעניין זה, אולם הוסיף, כי "בסופו של יום, מכלול נסיבות העניין מצדיקות סטייה קלה ממתחם העונש ההולם" ("לאחר בחינת המפורט בתסקיר שירות המבחן, לא מצאתי כי קיימים במקרה זה שיקולי שיקום מובהקים המצדיקים סטייה ממתחם העונש ההולם במידה שהומלצה על ידי שירות המבחן. לא מדובר במי ששיקולי השיקום בעניינו מצדיקים למחוק לחלוטין שיקולי גמול והרתעה. עיון באסמכתאות שהובאו לעיל, מלמד כי גם במקרים בהם שיקולי השיקום מובהקים אף יותר, בית המשפט קבע כי אלה יכולים להביא להטלת עונש בתחתית מתחם הענישה או לסטייה קלה מתחתית מתחם הענישה, כך שיוטל בסופו של דבר עונש מאסר בפועל לתקופה קצרה יותר"); בחן את כל השיקולים הכלליים והפרטניים (ההודאה ונטילת האחריות, החיסכון בזמן השיפוט, התרשמות שירות המבחן גם מהעמדה הקורבנית שהציג המערער, הפער בין העמדה שהציג המערער בפני שירות המבחן ובין עובדות כתב האישום המוסכמות בהן הורשע, גיל המערער [48] והעובדה כי הוא נעדר הרשעות קודמות, הרקע הקודם של הנאשם בצריכת סמים והצורך בהרתעה אישית, הצורך בהרתעת הרבים בעבירות כאלו בהן התמריץ הכלכלי גבוה וסיכויי החשיפה נמוכים, התקופה בה היה המערער במעצר והקשר הטיפולי שלו עם שירות המבחן במסגרת צו פיקוח מעצרים); וקבע, כי "נוכח כל האמור לעיל ולאחר שניתן משקל רב לשיקולים האישיים, ניתן להסתפק בהטלת עונש מאסר בתחתית מתחם הענישה", אולם חרף אמירה זו, חרג לקולא מהמתחם שקבע ודן את המערער ל-15 חודשי מאסר בפועל ולעונשים הנוספים במפורט לעיל.

טענות הצדדים בערעור

ב"כ המערער עתר לאמץ את המלצות שירות המבחן ולהטיל על המבקש עונש צופה פני עתיד בדמות של"צ ומאסר מותנה; לחלופין, עתר להורות על קיצור עונש המאסר בפועל שהוטל ולהעמידו על 6 חודשים שירוצו בעבודות שירות (בשקלול ימי המעצר בהם היה נתון), גם אם הדבר לא התבקש בביהמ"ש קמא; וביקש לקבוע, כי המתחם שנקבע גבוה ואינו מותאם ("בערעור רשמתי לחלופין עבודות שירות... מכיוון שאני חי גם בעולם הזה ויודע ומכיר את ההחלטות ואני יודע שהסיכוי שביהמ"ש כאן יאמץ את המלצת שירות המבחן, על אף שזו התוצאה העונשית הנכונה, הוא נמוך מאוד, אז אני מגיע לביהמ"ש, וגם אחרי שקראתי את החלטת ביהמ"ש קמא, ואני אומר לחלופין יהיה נכון בנסיבות גם להטיל בנסיבות הזמן בנקודה הזו", עמ' 2 לפרוטוקול הדיון).

נטען, כי ביהמ"ש פנה אל הממונה על עבודות השירות מיוזמתו, ולמרות זאת, וללא כל הנמקה, דחה את האפשרות לדון את המערער לעונש של עבודות שירות ("שההצעה או הנושא של עבודות שירות בא לחלוטין מיוזמת ביהמ"ש



קמא, זה לא עלה ממי מהצדדים... ביהמ"ש קמא דוחה את הדין לכמה חודשים, שולח את המערער לממונה ומתקבלת חוות דעת שמאפשרת את עבודות השירות, ובסופו של יום ביהמ"ש שולח למאסר בפועל... ולא מנמק מדוע הוא לא מקבל את מחשבתו שלו", עמ' 1 לפרוטוקול הדין); כי, נדחתה ההמלצה של שירות המבחן, וגם זאת ללא הצדקה ("הוא עשה טעות ומבקש מכבודכם את ההזדמנות הזו, אנחנו לא מבקשים לצאת בלי עונש. בסופו של יום הוא הלך לכל הפגישות ומסר בדיקות שתן נקיות, התיק הזה הביא אותו להבין שלא צריך להשתמש בסמים", עמ' 3 לפרוטוקול הדין); כי הפסיקה עליה נסמך ביהמ"ש אינה מייצגת את הפסיקה הנוהגת (תוך הפנייה למספר פסקי דין של ערכאות שונות); כי לא ניתן המשקל המלא לנסיבות האישיות של המערער (לכך שהאירוע אינו תואם את התנהלותו, לכך ששליחתו למאסר בעת הזו רק תזיק לו, לכך שעבר הליך טיפולי במסגרת שירות המבחן, לכך שהוא נמנע משימוש מסמים, לכך שהיה נתון גם במעצר תקופה ארוכה ולאחר מכן גם בתנאים מגבילים, לכך שלקח אחריות מלאה על מעשיו, לכך ששירות המבחן מצא כי פחת הסיכון שישוב לבצע עבירות בעתיד. ובדין נטען, כי "מאז הוא שומר על ניקיון, בדיקות השתן נקיות, התיק הזה נתן לו סטירה מצלצלת, מאותו יום הוא עזב את אילת והיום מתגורר בצפון, עובד כנהג משאית, עם אחיו הערב שמתלווה אליו, שגם בעבודה יחד אתו", שם); כי היה מקום להורות על ירידה משמעותית מהרף התחתון של המתחם שנקבע (במידה ולא יוחלט כי מדובר במתחם גבוה מהמותאם) נוכח הנסיבות האישיות, ולא רק מהאינטרס האישי אלא גם בשל האינטרס הציבורי ("בן אדם לשלוח אותו בגיל הזה להיות תקופה של שנה בחברת עבריינים בכלא, בן אדם שלא היה בכלא, או במאסר ארוך, אני חושב שגם האינטרס הציבורי יעדיף שלא יצא עם נורמות עברייניות כי בסופו של דבר הכלא ילמד אותו דברים שהוא לא יודע", שם); כי ניתנה פרשנות מוטעית להודאת המערער, שכן מה שטען בפני שירות המבחן טען לאורך כל הדרך ("כתב האישום תומך במה שאני אומר, כי הוא קנה את זה גם בשבילו וגם בשביל חבריו, ואם לא היינו מתקנים את אותם 5 גרם לא יכולתי לומר כי רק 20 גרם לשימוש של אחרים. בסופו של יום מדובר במערער נעדר עבר פלילי, זה רק מראה שהוא לא סוחר, מה זה הלא לשימוש עצמי, בדיוק העניין החברתי" עמ' 2 לפרוטוקול הדין); וכי היה מקום להגיע, לכל הפחות, לענישה דומה לזו שהגיעו אליה בהסכמה עם מחראן, "שהוא גר אתו בדירה רק מחזק את העניין של הצריכה החברתית, הוא גר אתו בדירה ומכיר את הסמים. פה לא כתוב שיש החזקה שהיא לא רגעית, אני הולך על אותו הקו של ההרכב, פה לא תיקנו ואני אומר שזו החזקה רגעית, אני לא סותר את כתב האישום. אז למה לעשות הבחנה ביניהם?" (עמ' 3 לפרוטוקול הדין). מחראן נדון ל- 9 חודשים שירוצו בעבודות שירות, וזאת לאחר הסדר טיעון סגור שנעשה עמו, ונטען כי היה מקום להגיע להסדר מקל יותר עם מחראן ולענישה מקלה אף יותר עם המערער ("שם מדובר בהסדר סגור, אני חושב ששם הייתה החמרה", שם, וכן "אנחנו נמצאים בשני תיקים שונים ובסופו של יום אם זה תיק מראה וזה באמת אותו כתב אישום אני דווקא שואל את עצמי למה לעשות את ההבחנה הזו. הבחור השני לא היה עצור שלושה חודשים וגם לא היה במעצר בית מלא 8 חודשים", עמ' 4 לפרוטוקול הדין).

ב"כ המשיבה ביקשה לדחות את הערעור, תוך שטענה, כי הענישה לא רק שאינה מחמירה אלא שהיא אף מקלה עם המערער נוכח חומרת מעשיו. נטען, כי לא רק הענישה הסופית מקלה עם המערער אלא גם המתחם שנקבע, שהוא נמוך ממה שנקבע בפסיקה ("אנחנו סבורים שגם המתחם עושה עם המערער חסד", עמ' 5 לפרוטוקול הדין); כי לא היה כל מקום לחרוג לקולא מהמתחם (המקל) שנקבע משיקולי שיקום, לאחר שהתסקיר כלל אינו מפרט את רכיבי השיקום ("המערער מצמצם האחריות שלו ומתייחס לעבירה כאילו בוצעה לשימוש עצמי בלבד לו ולחבריו, נאמר שם שהוא אינו מגלה תלות עמוקה בסמים ושירות המבחן מתרשם שלא נדרש הליך טיפולי לאור שהמערער לא מראה נזקקות טיפולית לאור כך שהוא הפיק את הלקחים בחייו", שם); ו"בשורה התחתונה הענישה כאן היא נמוכה לטעמנו. אנחנו שקלנו להגיש כאן ערעור ובסוף לא הגשנו ערעור לאור התיק של השותף, אני חושבת שהוא זכה מן ההפקר פה, ואני מבקשת לדחות את הערעור" (שם).



דין והכרעה

לאחר עיון בתיק ביהמ"ש קמא, בטענות הצדדים (הן בכתב והן בעל פה) מצאנו כי דין הערעור להידחות וכי גזר דינו של ביהמ"ש אינו מחמיר עם המערער, בוודאי לא באופן המצדיק את התערבות ערכאת הערעור.

אשר לבקשת ב"כ המערער, שמצאה ביטויה לראשונה בדיון שהתקיים בפנינו, להשוות עונשו של המערער עם עונשו של מחראן, ואף להקל עמו מעבר להסדר אליו הגיעה התביעה עם מחראן, חבל שטענה זו כלל הועלתה. המערער הוא שהחטיא את מחראן; הוא זה שהיה בעל החזקה בסמים שנתפסו אצל מחראן; ואלמלא פנה אל מחראן כדי לחלץ עצמו מהחקירה ושידל אותו להחביא את הסמים ובכך להשמיד ראיה, מחראן כלל לא היה מוצא עצמו בסיטואציה אשר בסופו של דבר הביאה להרשעתו בדיון לגזירת עונשו למאסר (גם אם בעבודות שירות). יתרה מכך, מצאנו כי הענישה עליה הסכימה המשיבה עם מחראן הייתה הגונה, ואף מצאנו כי הבחירה שלא להגיש ערעור על קולת עונשו של המערער רק בשל אותה ענישה של מחראן, הגונה. מכאן, שבצדק ציינה באת כוח המשיבה, כי המערער זכה מן ההפקר מן ההיבט הנ"ל.

אשר לטענה, כי היה על ביהמ"ש לאמץ את המלצות הממונה על עבודות השירות לאחר שהוא הפנה את המערער אל הממונה מיוזמתו ולאחר שמיעת הטענות לעונש, אכן ייתכן שלא היה מקום שביהמ"ש יפנה את המערער אל הממונה, מיוזמתו, בשלב זה של הדיון. יחד עם זאת, בדרך זו ניתן גזר דין לאחר בחינת כל הנתונים, וממילא המערער לא היה אמור לפתח ציפיות באשר לענישה ושזו תהיה בדרך של עבודות שירות, שכן ביהמ"ש קמא ציין מפורשות כי ההפניה אל הממונה אינה מחייבת ואינה מרמזת על התוצאה הסופית הראויה.

אשר לטענה כי היה מקום לקבל את המלצות התסקיר, די בכך שהתסקיר מבוסס על טעות חשיבתית לפיה, כביכול, הסמים שהחזיק המערער היו אך לשימושם ולשימוש חבריו, ולא כך. המערער הודה, כי החזיק בכמות של כ-18.5 גרם מכלל הסמים **שלא** לשימושם העצמי, החזיק "רק" ב-5 גרם לשימושם העצמי, וכי אף החזיק במשקל דיגיטלי "**שהוא כלי לייצור ואריזת סמים**", כמפורט בכתב האישום המתוקן בו הודה. לפיכך, המלצת התסקיר יכולה הייתה אולי להתאים למי שהחזיק לשימוש עצמי כמות קטנה בהרבה של סמים מזו שהחזיק המערער; למי שהחזיק בסוג סמים שונה מזה שהחזיק המערער; למי שלא החזיק בכלי שנועד לחלוקת סמים ואריזתם; למי שלא החטיא את חברו כדי להציל את עורו מהחקירה. היינו - למישהו שונה לחלוטין מהמערער.

יתרה מכך, התסקיר אינו ממליץ על ענישה שיקומית בעניינו של המערער ולא המליץ על טיפול, כך שלא היה גם כל מקום לירידה אל מתחת למתחם שנקבע. ביהמ"ש עשה חסד עם המערער לאחר שלמרות כל האמור, ולאחר שציין במפורש, כי אין מקום לרדת אל מתחת למתחם בעניינו של המערער, בכל זאת הלך לקראתו ואף ירד מתחת לתחתית המתחם שקבע.

ובעניין המתחם, הרי שיש ממש בטענת המשיבה לפיה המתחם נמוך ממה שהיה מקום לקבוע. נדמה, כי המתחם שנקבע אינו מביא לכלל ביטוי את הכמות הגדולה של הסמים שהחזיק המערער, את סוג הסם שהחזיק, ואת הנסיבות הנוספות המפורטות בכתב האישום, כך שגם בעניין זה לא מצאנו ממש בטענות המערער.

מעבר לאמור, מצאנו לנכון להוסיף ולציין כי ביהמ"ש עשה חסד נוסף עם המערער כאשר הטיל עליו רק פסילה מותנית שך רישיון הנהיגה וזאת למרות הודאתו בהחזקה של כמות נכבדה של סמים מסוכנים והודאתו בכך ששימש כנהג רכב כבד לאורך חייו.



לסיום יצוין, כי גזר דינו של ביהמ"ש קמא התחשב בכל הנסיבות בהן היה אמור להתחשב, ואלמלא התסקיר החיובי (כאמור, על אף שהוא מבוסס על טעות בכל הנוגע להפנמת המערער את חומרת מעשיו והודאתו בהן), ככל הנראה העונש הכולל היה חמור מזה שנגזר בסופו של דבר.

אשר על כן אנו דוחים את הערעור ומורים למערער להתייצב לתחילת ריצוי עונשו בתאריך 02.04.23 עד השעה 09:00 בכלא "דקל" שבמתחם כלא באר-שבע.

מומלץ למערער לבצע מיון מוקדם.

**ניתנה היום, ח' אדר תשפ"ג, 01 מרץ 2023, במעמד
הצדדים.**

**פאני גילת כהן,
שופטת**

יואל עדן, שופט

**רויטל יפה-כ"ץ, נשיאה
אב"ד**