



ע"פ 36257/09/20 - מדינת ישראל נגד יפה טוויזר

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ע"פ 36257-09-20

בפני: כב' הנשיאה רויטל יפה-כ"ץ

כב' השופטת יעל רז-לוי

כב' השופטת גילת שלו

המערערת:

מדינת ישראל

ע"י ב"כ עורכי הדין תהילה גלנטה וערן צברי, פמ"ד-פלילי

נגד

המשיבה:

יפה טוויזר

ע"י ב"כ ליז זמור, ס.צ.

ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום באילת (כב' השופטת ל. אדלשטיין)

בת"פ 51250-08-19 מיום 06.08.2020

פסק - דין

הנשיאה רויטל יפה-כ"ץ:

כללי

המשיבה הובאה לדין יחד עם אחר (להלן: "האחר" או "השותף") בגין ביצוע עבירה של סחר בסמים מסוכנים, ונדונה, ללא הרשעה, לביצוע של"צ בהיקף של 200 שעות, לפיקוח של שירות המבחן לתקופה של 12 חודשים, ולחתימה על התחייבות על סך 3,000 ₪. על ההחלטה שלא להרשיע את המשיבה ועל קולת העונש, הוגש הערעור שבפנינו, אם כי במסגרת הדיונים שהתנהלו בפנינו, חזרה בה המאשימה מבקשתה להחמרה בענישה והסכימה לענישה היוודת אל מתחת למתחם העונש הראוי בשל שיקולי שיקום.

ההליכים בביהמ"ש קמא

המשיבה הודתה, כי בתאריך 23.06.2019, בין השעות 15:00 ל-19:05, שוחחה מספר פעמים עם מי ששימש כסוכן סמוי מטעם משטרת ישראל, בנוגע לרצונו של הסוכן לרכוש ממנה סם מסוכן מסוג חשיש. לאחר משא ומתן, סיכמו השניים, כי המשיבה תמכור לו סם מסוכן מסוג חשיש ("פלטה") תמורת סך של 2,400 ₪. בהמשך, ובשעה 19:13 התקשר השותף אל הסוכן; אמר לו לאן עליו להגיע; השניים נפגשו, והשותף מסר לידי הסוכן סם מסוכן מסוג חשיש במשקל 92.34 גרם נטו, בתמורה ל-2,400 ₪ שהסוכן מסר לידי השותף.

בשעה 23:20 נפגש הסוכן עם המשיבה והשותף, ובתוך כך אמר השותף לסוכן, כי "יש לו קריסטל ברמה גבוהה שעוד לא עורבב ב-900 ₪ לגרם וש אפשר לשחק עם זה ולהרוויח כסף".

נוכח מעשים אלה הורשעה המשיבה בביצוע עבירה של סחר בסם מסוכן לפי סעיפים 13 ו-19א לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973 בצירוף סעיף 29 לחוק העונשין, תשל"ז-1977.



יצוין, כי **השותף** הודה באישום זה ובאישום נוסף של סחר בסם מסוכן, לאחר שמכר לסוכן הסמוי, בתאריך 26.06.2019, סמים מסוכנים נוספים - חשיש במשקל 93.17 גרם וקוקאין במשקל 0.9788 גרם, תמורת סך של 3,400 ₪. עניינו של השותף טרם הסתיים, והוא קבוע לתסקיר משלים מטעם שירות המבחן (בפרוטוקול צוין, כי הוא שולב בקהילה טיפולית).

ההודאה בכתב האישום נשמעה בפני כב' השופט אדלשטיין, אשר דנה בשאלת מעצרו עד לתום ההליכים של המשיבה ושותפה, וההגנה ביקשה שההליך יישאר בפניה, למרות שלא הייתה מחלוקת כי התקיימו בפני המותב האמור חמישה דיונים מהותיים בעניינה של המשיבה, וביהמ"ש אף שמע, ארוכות, את המשיבה עצמה במהלך הדיון שבסופו ביקשה ההגנה לעבור לתיק העיקרי ולהודות בכתב האישום. התביעה התנגדה לשינוי המותב, מה שנקרא בפי התובעת **"הטקטיקה של בחירת המותב"** ("מותב זה נחשף לתסקירי המעצר בעניינה של הנאשמת 1... מותב זה יכול והזיל דמעה במהלך טיעוני הנאשמת 1 בהליך המ"ת. מותב זה הביע דעה במסגרת החלטות השחרור והקלות התנאים של הנאשמת 1, כמו גם הביע דעה היום שלא לפרוטוקול. כמו כן מותב זה היה חשוף למשא ומתן שהתנהל בין הצדדים באולם, כולל הסכמות, כולל החזרה מהסכמות... המידע אליו נחשף ביהמ"ש היום, לטעמי יכול לפגום בהליך גזר הדין..."). עמ' 10 לשיבת 07.01.20 שהתקיים בפני ביהמ"ש קמא), אולם ביהמ"ש החליט שלא להחזיר את הטיפול בתיק למותב שהתיק נותב אליו מלכתחילה, למרות שבפני המותב האחר כבר התקיימו מספר דיונים, השותף הודה והדין בעניינה של המשיבה נדחה על מנת למצות מו"מ עם התביעה. ביהמ"ש, בהחלטתו להמשיך בשמיעת התיק (תוך פיצולו בין שני מותבים שונים), ציין, כי **"בתיק זה, הכריע מותב זה את דינה של הנאשמת 1, על פי הודאתה ועל כן לא ניתן יותר להשפיע על המותב... בשלב זה אין משמעות לעובדה שחלק מהנתונים כבר קיימים בפניי, שכן כעת אינני עומדת לגזור את הדין"**, ואף פרט על סמך אלו נתונים יגזור את דינה של המשיבה ("בראש ובראשונה פסיקת בית המשפט העליון לגבי המתחמים ומדיניות הענישה הנוהגת בעבירות מסוג זו; תסקיר העונש מאת שירות המבחן; עברה הפלילי של הנאשמת אם קיים; ונסיבות התיק הספציפי הזה כולל נסיבות הנאשמת", שם). כבר כאן נציין, בהערה, כי דרישת ההגנה לגבי המותב שישמע את התיק, והענות ביהמ"ש לדרישה זו, תוך פיצול הדיון בתיק העיקרי בין שני מותבים שונים (ואולי אף כבילת מותב אחד בהחלטות המותב האחר נוכח הכלל של אחידות הענישה) ושמיעת התיק העיקרי על ידי המותב ששמע את כל ההליכים בתיק המעצר, אינה ראויה ואינה רצויה (ראו פסק דינו של ביהמ"ש העליון בע"פ 7221/19 והערות בימ"ש זה בעפ"ג 1385-02-21).

בטרם גזירת הדין הוגשו בעניינה של המשיבה ארבעה תסקירים מטעם שירות המבחן, ומהם עולה, כי המשיבה כבת 27, רווקה, אשר מתגוררת באילת. היא סיימה 12 שנות לימוד בחינוך מיוחד (על רקע הפרעות קשב וריכוז); שרתה שירות צבאי מלא בחיל הלוגיסטיקה; ולאחר מכן עבדה בעבודות מזדמנות באילת. מזה כשנה וחצי לפני הגשת התסקיר הראשון (ביום 12.02.20) היא הייתה בת זוגו של השותף לעבירה; ביחד השתמשו בסמים מסוכנים וביחד ניהלו קשרים חברתיים שוליים. באותה עת, התכוונה המשיבה ללמוד טבחות, אולם בהמשך ציינה, כי בכוונתה להשתלב בלימודים בתחום הדרכה וטיפול בנוער בסיכון ולאחר מכן לעבוד בתחום.

המשיבה מוכרת לשירותי הרווחה מאז שנת 2005, לאחר שהיא ואחותה הצעירה ממנה, נחשפו לאירועים אלימים מצד הוריהן, אשר היו מכורים לחומרים פסיכואקטיביים. האחיות גודלו על ידי הסבתא, ולאחר פטירתה - הוצאו למסגרות חוץ ביתיות. הקשרים של המשיבה עם הוריה היו, אם בכלל, מועטים ביותר לאורך שנים (לאחרונה חודש הקשר עם האם שחזרה להתגורר באילת).

המשיבה ציינה, כי החלה להשתמש בחומרים ממכרים בהיותה כבת 24, כאשר בחודש נובמבר 2019 השתלבה בהליך



טיפול בבית "חוסן", במסגרת היחידה העירונית לטיפול בהתמכרויות (ראו גם המכתב שצורף לתסקירים מטעם בית "חוסן", מיום 26.11.19). מאז היא משתפת פעולה באופן מלא עם הטיפול ואף אמורה להשתלב בקבוצת נשים עוברת חוק במסגרת שירות המבחן, אם כי נוכח התפשטות נגיף הקורונה חל עיכוב בכך.

שירות המבחן התרשם, כי המשיבה הינה צעירה, שעל אף מורכבות חייה, בחרה לנהל אורח חיים מטיב ופועלת רבות לקידום מצבה:

"התהליכים המשפטיים והטיפול בו משולבת, מסייעים לה לבחון באופן ביקורתי ומעמיק את התנהלותה והשלכות מעשיה, כאשר כיום אנו מתרשמים מרמת סיכון נמוכה בעניינה.

לאור כל האמור לעיל, לאור העובדה כי מדובר בעבירה ראשונה ויחידה, לאור נטילתה אחריות למעשיה, החרטה אותה ביטאה והכרתה בחומרת מעשיה ובהשלכות להן, לאור הטיפול בו מצויה ושיתוף הפעולה המלא עם גורמי הטיפול השונים ולאור הערכת הסיכון הנמוכה, אנו חוזרים על המלצתנו בתסקירנו האחרונים ונמליץ על הטלת צו מבחן למשך שנה, במהלכו תמשיך השתלבות בטיפול בתחום ההתמכרויות, ועל הטלת צו של"צ בהיקף 200 שעות...

באשר לשאלת הרשעתה, בהמשך לאמור לעיל ולאור העובדה כי מדובר בצעירה ללא עבר פלילי קודם אשר פועלת רבות לשיקום חייה וקידום מצבה כפי שבא לידי ביטוי בטיפול בו משולבת בתחום ההתמכרויות, ולאור שאיפותיה הנורמטיביות להתקדמות, על אף שאנו ערים לחומרת העבירה ועל אף שלא הוצגו בפנינו מסמכים לפגיעה קונקרטית במידה ותורשע, בכדי לא לפגוע בהליך השיקומי בו מצויה ובכדי לצמצם הפגיעה התעסוקתית אשר עלולה להיגרם לה במידה ותורשע, נמליץ על ביטול הרשעתה" (מתוך התסקיר האחרון מיום 05.07.20).

בטיעוניה לעונש שהוגשו בכתב, עתרה ב"כ המערערת לקביעת מתחם עונש ראוי שינוע בין 10 ל-24 חודשי מאסר; הסכימה כי ניתן לסטות לקולא מהמתחם לאור הדרך החיובית שעשתה המשיבה; ועתרה להטלת מאסר בפועל של 9 חודשים שיכול וירוצה בדרך של עבודות שירות, לצד מאסר מותנה, קנס ופסילת רישיון נהיגה בפועל ועל תנאי. אמנם בטיעוניה בעל פה עתרה המערערת לגזור את עונשה של המשיבה בתוך המתחם לו עתרה, גם אם על הצד הנמוך (ויש לומר כי התנהגות זו של המערערת אינה ראויה, ואין מקום שבאותו התיק יטענו תובעים שונים לענישה שונה לגבי אותו נאשם ומבלי לתת כל הסבר לשוני האמור), אולם הוסיפה כי "ככל וביהמ"ש ימצא לנכון לחרוג ממתחם הענישה, אנו סבורים כי על ביהמ"ש לחרוג באופן מידתי ולא כפי שמציע שירות המבחן" (עמ' 40 לפרוטוקול ביהמ"ש קמא, שורות 8-9), תוך שהתנגדה לביטול ההרשעה.

כחלק מראיותיה לעונש, העידה ב"כ המשיבה חברה של המשיבה, שסיפרה על חייה הקשים של המשיבה; על הפליאה כיצד הגיעה למצב בו נמצאה בעת ביצוע העבירה, למרות שכל חייה נלחמה כנגד אירועים שכאלה; ועל מאבקה של המשיבה לשיקום לקראת העתיד.

בטיעוניה לעונש עתרה ב"כ המשיבה לבטל את הרשעת המשיבה ולאמץ את המלצות שירות המבחן. בכל הנוגע לנזק הקונקרטי הצפוי למשיבה כתוצאה מהרשעה בדין, ציינה הסנגורית, כי המשיבה עובדת בגן ילדים בבסיס "עובדה", ואין כל ספק כי אם יהיה לה רישום פלילי, היא תפוט. לדבריה, המשיבה חששה לבקש אישור בעניין ממעסיקה ולהודיע להם על התיק המתנהל כנגדה, ומכאן שלא היה ביכולתה להצטייד באישור בכתב בעניין ("אני מספר פעמים ביקשתי ממנה להביא אישורים להעסקתה בבסיס וכי רישום פלילי יביא לפיטוריה, מהתשובות שקיבלתי אני יכולה



לומר כי הנאשמת הזאת חרדה לעבודתה, רק בשבוע שעבר התבקשה להציג רישום פלילי על ידי מנהל המקום. אני באופן אישי העברתי לה את זה לנייד שתוכל להציג ולהמשיך את עבודתה, היא נמנעה לבקש אישורים נוספים שמא ידעו כי מתקיים הליך כלשהו בעניינה, זהו מקום פרנסתה, היא מחזיקה את עצמה אין לה כל תמיכה אחרת, היא שוכרת דירה ולכן אישור מעין זה כרגע אין לנו להציג לבית המשפט", שם, עמ' 41 לפרוטוקול בימ"ש קמא). הסנגורית פרטה את נסיבותיה האישיות של המשיבה, את המלצות שירות המבחן, ופסיקה, וטענה כי זהו המקרה המתאים לחריגה ממתחם העונש והקלה בענישה.

גם המשיבה עצמה נשאה דברים טרם נגזר דינה, ומדבריה ניתן היה ללמוד, כי הודאתה לא נבעה דווקא מתוך הכרה מלאה בחומרת מעשיה ומצבה, אלא, בעיקר, מכיוון שרצתה לסיים את ההליך ("נכון שנעשתה עבירה, אני הודיתי בכתב האישום כמו שהוא כי רציתי לסיים את ההליך כמה שיותר מהר כי רציתי לחזור לחיים שלי, עבודה, שגרה, לא להיות תלויה באף בן אדם"), תוך שקיבלה אחריות חלקית בלבד על מעשיה והשליכה את האחריות בעיקר על הסוכן הסמוי, אשר היה, לדבריה, "סוחר סמים שהיה מוכר לי סמים בתקופה שעוד הייתי מכורה, הוא לא היה בן אדם שעובד וזה היה מקום (צ"ל: "מקור", ר.י.כ.) הפרנסה שלו..." (עמ' 43 לפרוטוקול בביהמ"ש קמא). וכך הוסיפה:

"אני כיום כמעט שנה אחרי זה, עוברת הליך טיפולי, מוסרת בדיקות שתן, אני לא חושבת להיות במקום הזה, כי אף פעם לא הייתי במקום הזה. התחלתי לעשן בגין 24-25 היום אני בת 28. זה לא משהו שפקד את כל הילדות שלי, אני כל הילדות שלי הייתי אנטי הדברים האלה, אני מפרנסת עצמי מגיל 16, הייתי במשפחות אמנה, עזבתי אותם, כשסבתא שלי נפטרה גרתי לבד, נלחמתי להתגייס לצבא, סיימתי את השירות הצבאי, שירות ללא רבב. יצאתי לחיים האזרחיים, האמתיים, להתמודד עם הרבה דברים, אמא שלי חזרה לאילת, היו לי משקעים איתה, היא חזרה למעצר וזה להתמודד עם החיים כשאתה בוגר... בן אדם נופל ועושה טעות (הנאשמת בוכה) להרשיע אותי עכשיו זה בגלל שאני אאבד את כל מה שאני השגתי עד עכשיו..."

לשאלת בית המשפט, היום אני ביקשתי יום חופש ולא אמרתי להם שיש לי דיון, אמרתי לה רופא, אני מפחדת להגיד לה כי הם יעיפו אותי. עוד פעם אני לא אמרתי שאני לא צריכה עונש, שירות המבחן ממליץ על 200 או 300 או 400 שעות של"צ אני אעשה כל מה שצריך, עוד שנתיים בדיקות שתן, אין בעיה אני אעשה, צו מבחן אז זה צו מבחן, אני מפסידה יום עבודה אני אמרתי שאני צריכה כל יום שלישי יום חופש וזה בסדר מבחינתם כי זה 5 ימי עבודה בשבוע אז זה מתאים להם... אני רוצה ללמוד הדרכת נוער בסיכון, אבל אני צריכה לחסוך כסף..."

בגזר דינו סקר ביהמ"ש את הערכים החברתיים שנפגעו מביצוע העבירות; בחן את מידת הפגיעה בערך המוגן, תוך שציין, כי מדובר בפגיעה בינונית, שכן אמנם מחד, מדובר בעבירות חמורות ובכמות לא קטנה של סמים, אולם "מדובר בסם מסוג חשיש שאינו מן הקשים שבסמים. כמו כן הסמים נמכרו לקונה בודד שהיה סוכן כך שלמעשה הסם נתפס והפצתו לא התאפשרה ופגיעה בפועל בדרך של הגעת הסם לידי הציבור בעבירת הסחר - נמנעה". כבר כאן נציין, כי העובדה שהסם לא הופץ בפועל אינה יכולה להיזקק לזכות המשיבה, אשר סברה שהיא מוכרת סמים לאחר כדי שיעשה בהם שימוש, מבלי שידעה שמדובר בסוכן סמוי; כן בחן ביהמ"ש את הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה, וציין, בין היתר, כי נתן דעתו "לאופי ההיכרות הקודמת של הנאשמת עם הסוכן אשר הייתה לקוחה שלו ורכשה ממנו סמים בתקופה בה הייתה מכורה. לא מן הנמנע כי הנאשמת פעלה למלא את מבוקשו מתוך תלות פיזית ורגשית שהיא כחלק ממאפייניו המובהקים של קשר זה. לכך גם נוספת העובדה שהסוכן הפציר בנאשמת



למכור לו סמים פעם נוספת אך בשלב זה נמנעה תוך הבעת ביטויים מפייסים והבהרה שזה היה חד פעמי ועבורו בלבד. וכבר כאן מצאנו לנכון להעיר, כי עובדות אלה אינן חלק מן העובדות המוסכמות בין הצדדים ואינן חלק מכתב האישום, ומכאן שלא היה מקום להסתמך עליהן; כן סקר ביהמ"ש את מדיניות הענישה הנוהגת; וקבע, כי מתחם העונש ההולם נע ממאסר קצר שיכול וירוצה בעבודות שירות ועד ל-8 חודשי מאסר. וגם כאן מצאנו להעיר כבר כאן, כי מתחם העונש הראוי בעבירות הסחר בסמים מסוכנים, גם כאשר מדובר בסמים מסוג קנביס (כפי שהדגיש ביהמ"ש קמא), וגם כאשר מדובר במכירה אחת, וגם כאשר מדובר במכירה לאדם מוכר - אינו יכול להתחיל במאסר קצר ובוודאי שתקרתו אינה 8 חודשי מאסר בלבד. יתרה מכך, היות ובהמשך ביהמ"ש הגיע למסקנה שיש לבטל הרשעתה של המשיבה (להלן), בחינת מתחם העונש לא הייתה הכרחית, שהרי ההלכה היא, כי אי הרשעה אינה אחת מדרכי הענישה אלא שאלה עצמאית הנבחנת לאור תנאי הלכת כתב. לא מדובר בקביעה שעניינה חריגה מתחת למתחם העונש ההולם אלא בבחינת ההרשעה שמקומה במסגרת הכרעת הדין (גם אם היא נעשית בסופו של ההליך); הרשעה איננה סוג של עונש וכך גם אי הרשעה (ראו רע"פ 547/21 **יקטרינה סיטניק נ' מדינת ישראל**, החלטתו של כב' השופט קרא מיום 17.03.21).

כאמור, לאחר כל זאת, ותחת הכותרת של "גזירת העונש המתאים לנאשמת", בחן ביהמ"ש את הלכת כתב ואת התאמתה למקרה שבפנינו, וציין כי **"בהתאם לתסקירי שירות המבחן והתרשמותי מהנאשמת בנסיבות העניין יש מקום לחרוג משמעותית ממתחם הענישה אותו קבעתי לעיל ולהעדיף את שיקולי השיקום על פני שיקולי ההרתעה והגמול... אשר על כן, לאחר ששקלתי את כל השיקולים ונתתי דעתי למכלול הנסיבות, לטיעוני הצדדים, להליך הטיפול שעברה, מצאתי לנכון כאמור לבטל את הרשעתה של הנאשמת 1 ולהשית על הנאשמת 1 את העונשים הבאים"**, הכל כמפורט לעיל. ושוב, יש להדגיש כי ביהמ"ש טעה כאשר סבר שמדובר בחריגה לקולא ממתחם העונש הראוי.

טענות הצדדים בערעור

ב"כ המערער טענה בהודעת הערעור, כי ביהמ"ש שגה בקביעת המתחם; שגה כאשר לא נתן את המשקל הראוי לנסיבות ביצוע העבירה (עת נקבע כי סחרה בסמים בצוותא עם השותף, שהיה בן זוגה לחיים, וכאשר היא זו אשר אליו פנה הסוכן הסמוי; היא זו אשר סיכמה עמו על משקל הסם ועל מחירו; והיא אשר הדריכה אותו לאן להגיע על מנת לבצע את העסקה) ונתן משקל לעובדות שלא נמנו על עובדות כתב האישום (ואף ציין, כי יתכן והעבירה בוצעה בשל תלות פיזית ורגשית שהייתה למשיבה כלפי הסוכן ללא כל בסיס לכך); שגה עת לא נתן משקל ראוי לערכים המוגנים ולמידת הפגיעה ולמידת פוטנציאל הפגיעה בהם; וכי היה מקום לקבוע מתחם כפי שהתבקש על ידי המערער - בין 10 ל-24 חודשי מאסר בפועל. יחד עם זאת נטען, כי ליבת הערעור עניינה אי הרשעתה של המשיבה, כאשר צוין, כי מהות העבירה ונסיבותיה אינן מאפשרות את החלת החריג של אי הרשעה; וכי לא הוכח שהרשעת המשיבה עלולה לפגוע פגיעה חמורה בשיקומה; ואף לא הוכח, כי ייגרם בשל ההרשעה נזק קונקרטי כלשהו. בישיבת יום 16.12.20 הוסיפה באת כוח המערער, כי יש מקום לתת לרשות הרלוונטית להחליט האם להמשיך בהעסקת המשיבה או לאו, כאשר אין זה מתפקידו של ביהמ"ש להחליף את שיקול הדעת של הרשות על ידי ביטול ההרשעה.

בהודעת הערעור התבקש ביהמ"ש להורות על הרשעת המשיבה ולהטיל עליה, תוך חריגה לקולא ממתחם העונש הראוי משיקולי שיקום, מאסר של 9 חודשים שירוצה בדרך של עבודות שירות. יחד עם זאת, בדיון שהתקיים בתאריך



24.02.21, הסכים ב"כ המערער גם לרדת מענישה זו, וציין בהגנותו, כי "לגבי העונש, אני לא טוען שלא צריך להתחשב בה, אני שם את המשקולת על שאלת ההרשעה. נכון שביקשנו 9 חודשים של עבודות שירות אבל אני לא עומד על בקשה זו, לאחר ששמענו על הנסיבות המיוחדות של המשיבה והממסכים שהוצגו".

לעומת זאת ביקשה באת כוח המשיבה שלא להתערב בפסיקתו של ביהמ"ש קמא. הסנגורית הדגישה את נסיבותיה האישיות הקשות והחריגות של המשיבה; את הכוחות שגילתה בצעירותה ובילדותה כאשר תמכה בסבתה ובאחותה, הצליחה להתגייס ולסיים שירות צבאי מלא למרות הנסיבות הקשות, ושנים ארוכות אף הצליחה לשמור על עצמה ולא להתפתות לשימוש בסמים מסוכנים חרף הסמים אליהם נחשפה בביתה. עוד הודגש, כי למשיבה אין הרשעות קודמות; כי הודתה בביצוע העבירה ולקחה אחריות מלאה על ביצועה; וכי התגייסה להליך הטיפול על מנת לעשות שינוי בחייה. אשר למתחם העונש ההולם נטען, כי המתחם שנקבע בביהמ"ש קמא משקף את הנסיבות המיוחדות של העבירה, תוך הפניה לחומר החקירה כמבסס את הנסיבות שביהמ"ש ציין בגזר דינו ולדברי המשיבה עצמה; כי יש לתת משקל גבוה לרצונה של המשיבה להודות בכתב האישום כמות שהוא, כפי שהדבר קיבל ביטוי בדיון בשאלת שינוי תנאי השחרור שלה (ישיבת יום 07.01.20 המצוין גם לעיל), וכאשר "בית משפט קמא הבין את מגבלותיה של ההגנה הכבולה להודיה AS IS אך מחויבת להביא נסיבות עובדתיות חשובות לידיעת בית המשפט לצורך הכרעה משפטית צודקת בעת גזירת הדין" (סעיף 16 לעיקרי הטיעון בכתב שהגישה באת כוח המשיבה במסגרת הערעור). על דברים דומים חזרה באת כוח המשיבה גם בדיונים שהתקיימו בפני ביהמ"ש, כאשר בישיבת יום 16.12.20 טענה, כי "הפלט תקשורת וההודעות שהוצגו ונאמרו וצוטטו גם זה חומר ראיות, זה חומר ראיות... בשלב טיעונים לעונש הנאשם יכולים להביא ראיות שלא סותרות את כתב האישום, הראיות שאנחנו הבאנו זה חומר חקירה ואין על כך מחלוקת, אלו ראיות שהיו חומר ראיות בתיק, זה שהמאשימה בחרה לא לציין את אותן עובדות בכתב האישום, ההגנה לא צריכה לנהל את כל ההליך על מנת לנהל חומר חקירה שיוסף לכתב האישום..."

יודגש, כבר כעת, כי בדברים אלה מחזקת באת כוח המשיבה את טרזונית באת כוח המערער, טרזוניה שקיבלה ביטוי גם בדיון בפני ביהמ"ש קמא, כאמור וכמפורט לעיל, בכל הנוגע לבחירת המותב, ולפיהם, המשיבה אמנם הודתה בכתב האישום כמות שהוא, אך ביקשה להתבסס גם על המידע שהגיע לביהמ"ש בשלבי המעצר עד תום ההליכים ועל המפורט בחומר החקירה, למרות שאלה אינם בבחינת חומר מוסכם; אינם חלק מהעובדות שבכתב האישום; והם חורגים מהנסיבות עליהן רשאי ביהמ"ש לבסס את קביעותיו בגזר הדין כפי שנקבע בסעיף 40(א)(ב)(2) ו-(ד) לחוק העונשין. הבסיס העובדתי לטיעונים לעונש הן העובדות המפורטות בכתב האישום, ובמידה וההגנה מבקשת להסתמך על עובדות נוספות (כאלה שהיו חלק מחומר החקירה וכאלה שלא), עליה לעמוד על הוספת עובדות אלה לעובדות המוסכמות בין הצדדים, רצוי כחלק מכתב האישום בו מודה הנאשם, או, לכל הפחות, לקבל הסכמת המאשימה לעובדות הנ"ל. לא ניתן להסתמך על ראיות החורגות מכתב האישום, אפילו הן חלק מחומר הראיות; קל וחומר אם מדובר בדברים שהם חלק מגרסת הנאשם (או במקרה זה - הנאשמת), שאינם, בהכרח, מקובלים על המאשימה.

עוד טענה באת כוח המשיבה, כי ביהמ"ש לא טעה עת החליט שלא להרשיע את המשיבה, שכן מדובר באישה ללא עבר פלילי; לקחה אחריות מלאה על מעשיה; אין כל מניעה לבטל הרשעה בעבירות של סחר בסמים; המשיבה עברה הליך טיפולי/שיקומי; והרשעתה עלולה לפגוע בה פגיעה קשה וממשית בדמות פיטורין ממקום עבודתה כמטפלת בגן בבסיס "עובדה".

בישיבת יום 16.12.20 ציינה באת כוח המשיבה בכל הנוגע לנזק הקונקרטי הצפוי מהרשעתה של המשיבה, כי "בסופו של יום ההרשעה בהכרח תוביל לפיטוריה של המשיבה. המשיבה הזו עובדת בבסיס צבאי בתוך הבסיס, היא



בוודאי אחרי ההליך, אחרי מתן גזר הדין היא כבר דיווחה להם על ההליך והם יודעים על הערעור ועל הנסיבות". כך גם בישיבת יום 24.02.21, כשטענה, כי "מבחינת הנזק הרי שמאז הדין הקודם היו התפתחויות מבחינת העבודה, אני גם העברתי את זה לחברי, משרד העבודה והרווחה במקום שהיא עובדת, כפי שציינתי בבסיס, מידי שנה בודק ומאשר את העובדים, בוחן רישום פלילי ועל כן ממש לאחר הדין היא קיבלה מכתב על הכוונה שלהם להפסיק להעסיקה לאור הרישום הפלילי... הם ראו את הערעור שתלוי ועומד ולכן עצם ניהול ההליך כרגע השפיע על ההחלטה שלהם ולכן החלטה בסופו של יום בערר על המשך העסקתה תינתן לאחר החלטה בערעור בפני מותב נכבד זה... זה נכון שהיא התקבלה לעבודה מבלי שסיפרה שיש לה תיק של סחר בסמים. זה שבית המשפט ייתן לה הזדמנות וייתן לה אי הרשעה, לא אומר שהיא לא תיבדק, היא תיבדק כל שנה והיום הם מודעים וממתינים להחלטה בערעור".

בישיבת יום 16.12.20 הוסיפה הסנגורית, כי חלה "החמרה במצבה הרפואי, דבר שיכול בהכרח להשפיע. היא עברה צנתור במוח בחודש האחרון. כעת המעוררת (צ"ל המשיבה - ר.י.כ.) אומרת לי שיש גידול שפיר במוח ויש מפרצת..." והוסיפה, כי "למרות כל הקשיים המשיבה גם השתלבה בהתנדבות לקשישים בעיר. באמת מדובר במי שהיא פועלת בהעדר כל תמיכה וללא אימה ללא אבא, הם בחיים אך ללא תמיכה הורית. מפרנסת את עצמה".

לביהמ"ש גם הוצגו מסמכים שונים, חלקם בנוגע למצבה הבריאותי של אמה של המשיבה (אשר סובלת מסרטן צוואר הרחם ומטופלת בהתאם) והן לגבי מצבה של המשיבה, לאחר צנתור שעברה בהצלחה בחודש נובמבר 2020 נוכח מפרצת שנמצאה בראשה.

יוער, כי טרם הדין השני שנקבע בערעור, ביקשה באת כוח המשיבה כי אותו הרכב ששמע את טענות הצדדים בדין הראשון, ימשיך וידון בעניינה של המשיבה, אולם משאותו הרכב לא שב להתכנס, נקבע דיון בפני הרכב הערעורים הפליליים שהתכנס וניתנה לצדדים האפשרות להוסיף על הטענות שנשמעו במהלך הדין הראשון, ועל כן הסנגורית חזרה בה מבקשתה זו. יחד עם זאת, מאחר ובאת כוח המשיבה (כשלצדה נציג מטעם הסנגוריה) חזרה תחילה על הבקשה להעביר את הדין להרכב הראשון, חשוב להעיר, כי לביהמ"ש העליון פסק פעמים רבות, כי סעיף 233 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, שעניינו "המשך משפט בפני שופט אחר", אינו חל על הרכב ערעורים. סעיף זה, אשר קובע את הכלל, כי "כל עוד לא הוחל בגביית ראיות ראשי שופט אחר להמשיך במשפט מן השלב שאליו הגיע קודמו" (היינו, כי אין להחליף מותב תוך כדי הליך, אלא אם נבצר מהשופט להמשיך ולדון בתיק ומסיבות מיוחדות), "אינו חל על בית משפט של ערעור... וכך הוא גם על פי הגיונם של דברים, משתכלית הסעיף היא כי אותו מותב ששמע את העדים ונחשף לחומר הראיות הוא שיכריע את הדין, דבר שאינו מתקיים בעניינו" (רע"פ 1287/16 משה אבודרהם נ' מדינת ישראל, החלטת כב' השופט קרא מיום 16.04.18. כך ההלכה היא גם בכל הנוגע לערעורים האזרחיים, בהתייחס לסעיף 177 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 במתכונתן שלפני הרפורמה בסדרי הדין האזרחי, כאשר ברע"א 1556/06 יבנה תעשיות בניינים בע"מ נ' דרור דותן, חוות דעתו של כב' השופט רובינשטיין, מיום 15.04.07, נקבע, מפורשות, כי "תקנה זו נתקנה לעניין בית המשפט הדיוני, שהרי יש משמעות רבה להתרשמות השופטים מן העדים שלפניהם, כדי לשקול את מהימנותם... תקנות סדר הדין אינן נדרשות ספציפית לחלופי שופטים בערכאת הערעור... ו"בהיעדר הוראה מפורשת לגבי חילופי שופטים בעת הדין בערעור, אין זאת אלא שמתבקש היקש מן המצב בערכאה הדיונית... אם לגבי הדרגה הדיונית הדין הוא שחילוף זה אפשרי... על אף שמדובר בשמיעת ראיות ובהתרשמות מעדים, קל וחומר שהדבר אפשרי שעה



שמדובר בשמיעת טענות משפטיות בלבד - כפי שמתרחש בדרגת הערעור... "סעיפים ו(2)(3) לפסק הדין).

דין

ב"הלכת כתב" (ע"פ 2083/96 כתב נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3)337) בא לידי ביטוי העיקרון הבסיסי במשפט הפלילי לפיו, משהוכח כי הנאשם ביצע את העבירות המיוחסות לו, יורשע בביצוען. חריג לכלל זה, משיקולי מדיניות, מצוי עניינם של קטינים, לגביהם יסתיים שלב הכרעת הדין בקביעה האם ביצעו את העבירה, שאז יחליט בית המשפט אם להרשיעם רק לאחר קבלת תסקיר מטעם שירות המבחן בעניין (חוק הנוער (שפיטה), ענישה ודרכי טיפול), תשל"א-1971, סעיפים 21 ו-24). על פי ההלכה, אי הרשעה אפשרית ביחס לנאשמים בגירים מקום בו ההרשעה תפגע פגיעה חמורה בשיקום הנאשם; וסוג העבירה מאפשר לוותר, בנסיבות המקרה, על ההרשעה, מבלי לפגוע באופן מהותי בשיקולי הענישה. לצורך הימנעות מהרשעה, יש לעמוד בשני תנאים מצטברים: כי ההרשעה תפגע פגיעה חמורה בשיקומו של הנאשם אשר נדרש להצביע על נזק קונקרטי שייגרם לו אם תיוותר הרשעתו על כנה; וכי סוג העבירה מאפשר לוותר בנסיבות המקרה המסוים על ההרשעה, מבלי לפגוע באופן מהותי בשיקולי ענישה נוספים. נקבע, כי הימנעות מהרשעה הינה בגדר החריג שבחריגים, וכי, כאמור, מי שביצע עבירה יש להרשיעו בדין. כך הודגש בעניין ע"פ 9150/08 מדינת ישראל נ' איתמר ביטון (מיום 23/07/09), כי "הימנעות מהרשעה שמורה למקרים מיוחדים בלבד, בהם שוכנע ביהמ"ש, כי הפגיעה הקשה שתגרם לנאשם בעטיה של הרשעה, אינה שקולה כלל ועיקר לתועלת הציבורית המעטה שזו תניב" (פסקה 7 בפסק הדין). הרשעתו של מי שביצע עבירה, הינו חלק מאכיפת חוק שוויונית ומאינטרס ההרתעה הציבורית. אכן, ביהמ"ש מוסמך ליתן צו מבחן או צו שירות לתועלת הציבור תוך הימנעות מהרשעה, אך ההימנעות מהרשעה של נאשם בגיר שביצע עבירה, מהווה חריג, שיופעל רק בנסיבות מיוחדות ויוצאות דופן ביותר (ר', למשל ובנוסף, ע"פ 8528/12 אלירן ציפורה נ' מדינת ישראל, חוות דעתו של כב' השופט שוהם מיום 03.03.13 ולפסקי הדין המובאים שם).

בעניין הנזק הקונקרטי שעל הנאשם להוכיח, קבע ביהמ"ש העליון פעמים רבות את ההלכה, כלהלן:

"בשורה ארוכה של פסקי דין נקבע, כי על העותר לאי-הרשעה מוטלת החובה להצביע על כך שהרשעתו תביא לפגיעה קשה וקונקרטית בסיכויי שיקומו, ולתמוך את טענותיו בתשתית ראייתית מתאימה... החובה להצביע על נזק קונקרטי, עולה בקנה אחד עם אופיו המצומצם של החריג שעניינו הימנעות מהרשעה, אשר נועד לחול אך במקרים בהם קיימים טעמים כבדי משקל הנוגעים לשיקומו של הנאשם. כפי שצינתי לאחרונה בעניין שמואלי, שם דובר בנאשם קטין, כי 'אין מקום להניח כי כל הרשעה של קטין צפויה לפגוע, מניה וביה, באופן מהותי באפשרותו להשתקם', ובוודאי שאין מקום להנחה מעין זו, אך משום שמדובר בנאשם נטול עבר פלילי. אימוץ עמדתו של המבקש תוביל לסטייה מהאיזון הבסיסי העומד ביסודו של חריג ההימנעות מהרשעה, ולהחלתו של החריג גם במקרים בהם אין כל סיבה ממשית לכך" (ע"פ 3598/14 לוזון נ' מדינת ישראל, מיום 10.6.2014).

ומן הכלל אל הפרט.

באשר ל"סוג העבירות ונסיבות ביצוען", הרי שבמקרה שבפנינו מדובר בעבירה מן החמורות הידועות בספר החוקים - סחר בסם מסוכן, ואף מדובר בסחר בכמות גדולה של סם תמורת סכום כסף גבוה, ועל כן נדמה, כי אי הרשעה בעבירה שכזו תגרור אחריה פגיעה של ממש בשיקולי הענישה האחרים ובאינטרס הציבורי הכללי.



אך גם בנסיבות האישיות-פרטניות של המשיבה לא נמצא כל נימוק המצדיק ביטול הרשעתה בדין, חרף קביעתו של ביהמ"ש קמא וחרף נסיבותיה האישיות הקשות של הנאשמת. אכן, המשיבה קיבלה מכתב ממשרד העבודה והרווחה והשירותים החברתיים, המפקח על הפעוטון שם עובדת המשיבה, ממנו עולה כי הוחלט שלא להמשיך להעסיקה בפעוטון, אך זאת לא בשל הרשעתה או אי הרשעתה בדין, אלא בשל העבירה שביצעה. במכתב שכותרתו "**החלטה שלא לאשר העסקת עובד במעון יום לפעוטות**" צוין, בין היתר, כי הוחלט לא לאשר את העסקתה של המשיבה במעון היום לפעוטות ("**בשלב זה**") בשל "**סוג העבירה, מהותה וחומרתה... משך הזמן שחלף מיום הביצוע לכאורה של העבירה בגינה הוגש כנגדן כתב אישום.. גילך בעת הביצוע לכאורה של העבירה האחרונה בגינה הוגש כנגדן כתב אישום... לא ראוי כי אדם אשר הוגש כנגדו כתב אישום בגין העבירה כאמור ישמש בתפקיד מטפלת-מחנכת בפעוטות, באשר האוחז בתפקיד זה מהווה, בין יתר, אישיות חינוכית המשמשת דוגמא לניקיון כפיים, לטוהר המידות ולמוסריות גבוהה...**".

המשיבה, אשר העלימה ממעסיקה את ההליך הפלילי שהוגש כנגדה, ואף התקבלה לעבודה תוך הסתרת העובדה שהוגש כנגדה כתב אישום, מבקשת מביהמ"ש לתת ידו למניפולציה זו, על ידי סיום ההליך באי הרשעה. אלא שנאשם אמור למסור למעסיקיו את כל הפרטים הנכונים והעדכניים בנוגע לנסיבותיו, כולל ההליכים המשפטיים המתנהלים כנגדו, והמעסיקים הם אלה האמורים להחליט אם להעסיק אותו כשכל המידע פרוש לפניהם. ובענייננו, משרד העבודה והרווחה בחר שלא לעשות כן, לאחר שהנתונים הנכונים הובאו בפניו, וזאת, כאמור, ללא כל קשר להרשעה אלא נוכח העבירה החמורה שביצעה המשיבה, בגיל מבוגר ותוך החשש שדמות כזו לא תוכל לשמש דמות חינוכית לילדי הפעוטון.

יתרה מכך, המשיבה אמנם לא תוכל, ככל הנראה, לעבוד כמטפלת בפעוטות בפעוטון שם עבדה בחודשים האחרונים, אך היא לא הוכיחה, כי לא תוכל לעבוד בעבודות רבות אחרות במידה ותורשע בדין, עבודות אשר אינן מחייבות אותן דרישות שמעלים בעבודה הנוכחית. ויש לזכור, כי לא מדובר בעבודה שהמשיבה למדה שנים כדי להתקבל אליה; לא מדובר בעבודה הדורשת הכשרה מיוחדת; וככל הנראה גם לא מדובר בעבודה המתאימה למי שזה עתה ביצעה עבירה כה חמורה.

"נזק קונקרטי" אין משמעו בהכרח, שהנאשם לא יוכל להמשיך לעבוד באותו מקום עבודה שהוא מעוניין לעבוד בו, אלא שלא יוכל למצוא עבודה המתאימה לנתוניו, ואת זה לא הראתה המשיבה.

אכן, למשיבה נתונים אישיים לא קלים ועולה מתסקירי שירות המבחן ועדויות האופי כי היא אכן עושה מאמץ לנתב את חייה למסלול שונה וחיובי חרף אותם קשיים; ואכן, המשיבה עברה הליך טיפולי-שיקומי מעורר התפעלות. אך אלה יילקחו בחשבון בענישת המשיבה ולא בשאלת הרשעתה.

סוף דבר

אין חולק, כי כל הרשעה בפלילים עלולה לפגוע בנאשם שהורשע בה, אך אותה "פגיעה" הינה חלק בלתי נפרד מהענישה בגין מעשה פלילי, בין היתר על ידי הצהרה של החברה בדבר הסטייה של הנאשם מנורמת ההתנהגות הראויה שקבע המחוקק.

ובענייננו, כאמור לעיל, הפגיעה האפשרית במשיבה, אינה קונקרטית ואינה מצדיקה את ההימנעות מהרשעה, במיוחד כאשר הפגיעה באמון הציבור בגין הימנעות שכזו, עולה על הפגיעה האפשרית במשיבה עצמה. הנורמה החברתית איננה



סובלת, במקרה שבפנינו, את אי הרשעתה בדין של המשיבה, ולא ניתן "לוותר" על ההרשעה מבלי לפגוע בשיקולי הענישה האחרים.

לפיכך, אנו מקבלות את הערעור ומורות על הרשעתה של המשיבה בעבירה שנקבע כי ביצעה, עבירה של סחר בסמים לפי סעיפים 13 ו-19א לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973 בצירוף סעיף 29 לחוק העונשין, תשל"ז-1977.

אשר לענישה, ולאור הסכמתו של ב"כ המערערת להותיר את העונש שנקבע בביהמ"ש קמא ללא ענישה נוספת של מאסר, וזאת לאור ההליך השיקומי שעברה המשיבה ולאור סיכויי שיקומה לעתיד, אין אנו מתערבות בענישה פרט לכך שבנוסף לענישה שנקבעה בביהמ"ש קמא אנו משיתות על המשיבה גם מאסר על תנאי למשך 10 חודשים, והתנאי שהמשיבה לא תעבור כל עבירה בניגוד לפקודת הסמים המסוכנים תוך 3 שנים מהיום.

המזכירות תעביר פסק דין זה לשירות המבחן.

ניתן היום, ט' אייר תשפ"א, 21 אפריל 2021, במעמד הצדדים.

גילת שלו, שופטת

יעל רז-לוי, שופטת

**רויטל יפה-כ"ץ, נשיאה
אב"ד**