



עפ"ג 32899/05/21 - מדינת ישראל - ע"י פמ"ד פלילי נגד מיכאל אליעזר חי -

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

עפ"ג 32899-05-21 מדינת ישראל נ' חי
בפני כבוד הנשיאה רויטל יפה כץ - אב"ד
כבוד השופט יואל עדן
כבוד השופטת גילת שלו

המעוררת
נגד
המשיב
מדינת ישראל - ע"י פמ"ד פלילי
מיכאל אליעזר חי -
ע"י עו"ד תום רוזנברג

פסק דין

השופטת גילת שלו:

המשיב הודה והורשע בבית משפט השלום באילת, בביצוע שלוש עבירות של סחר בסם מסוכן - עבירות לפי סעיפים 13 ו-19א לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש] תשל"ג-1973 (להלן - פקודת הסמים); ועבירה של החזקת סם שלא לצריכה עצמית - לפי סעיפים 7(א) ו-7(ג) רישא לפקודת הסמים. לאחר קבלת תסקירי שירות המבחן ושמיעת טיעוני הצדדים, החליט בית המשפט לבטל את הרשעתו של המשיב, ודן אותו לצו של"צ בהיקף של 300 שעות; צו מבחן לשנה; חתימה על התחייבות בסך 10,000 ₪ שלא לעבור עבירה בה הודה למשך שנה; ופסילה על תנאי של רשיון הנהיגה.

הערעור שבפנינו נסוב על החלטת בית המשפט קמא שלא להרשיע את המשיב ועל קולת העונש שהוטל עליו.

ההליך בפני בית המשפט קמא

כעולה מעובדות כתב האישום המתוקן שבהן הודה המשיב, במועדים הרלוונטיים התגורר המשיב באילת והחזיק בטלפון שעליו היתה מותקנת אפליקציית "טלגרם", שבאמצעותה השתייך לקבוצות העוסקות בסחר בסמים מסוכנים.

במסגרת האישום הראשון הודה המשיב, כי ביום 26.4.20 התכתב עם קטין באמצעות האפליקציה, הציע לו לרכוש ממנו סם מסוכן, וניהל עמו משא ומתן על מחיר הסם; ולאחר כשעה, מכר המשיב לקטין סם מסוכן מסוג קנבוס במשקל 1.7 גרם בתמורה לסך של 130 ₪. מיד לאחר שמסר את הסם לקטין, פנה המשיב לקטין באפליקציה וכתב לו כי הוא מחכה לשמוע

מה דעתו על הסם, וכי אם הקטין ישלח אליו חברים "אדאג לפינוקים בשבילך"; וכשעה לאחר מכן פנה שוב לקטין באפליקציה וביקש לעמוד על טיבו של הסם המסוכן שמכר לו.

עמוד 1



בהמשך למתואר, עוכב המשיב על ידי שוטרים, ובמהלך חיפוש שנערך בביתו, נמצא כי החזיק בסם מסוכן מסוג קנבוס במשקל 28.27 גרם נטו, שלא לצריכתו העצמית; וכן סך של 280 ₪ במזומן, שני טלפונים ניידים ומשקל דיגיטלי ששימש אותו לשקילת הסם וחלוקתו לצורך הפצתו.

במסגרת האישום השני הודה המשיב, כי ביום 9.4.20 מכר לאחר סם מסוכן מסוג קנבוס במשקל 10 גרם בתמורה לסך של 600 ₪; ולמחרת התכתב המשיב עם האחר וביקש לעמוד על טיבו של הסם המסוכן שמכר לו.

במסגרת האישום השלישי הודה המשיב, כי ביום 14.4.20 מכר לאחר נוסף סם מסוכן מסוג קנבוס במשקל 2 גרם בתמורה לסך של 100 ₪.

המשיב הודה בעובדות כתב האישום המתוקן בדיון שהתקיים ביום 20.5.20, במסגרת הסדר טיעון שלא כלל הסכמה לעניין העונש; הוא הורשע על פי הודאתו, ולבקשת בא כוחו נדחה הדיון לקבלת תסקיר ולשמיעת הטיעונים לעונש. בהמשך, ורק לאחר קבלת התסקיר הראשון שהמליץ על דחיית הדיון לצורך בחינת הליך טיפולי, עתר ב"כ המשיב כי שירות המבחן יתייחס גם לשאלת הרשעתו של המשיב.

בעניינו של המשיב הוגשו שלושה תסקירים, מהם עולה כי המשיב צעיר נעדר עבר פלילי, אשר סיים 12 שנות לימוד ובגרות מלאה במגמת מנהל וכלכלה; השתחרר מהצבא לאחר שירות מלא כטכנאי קשר וסייבר בחיל הנדסה קרבית, כאשר לדבריו, במהלך שירותו הצבאי נהרגו שני חברים קרובים שלו, ואירועים אלו נחוו אצלו כטראומתיים. המשיב גדל במשפחה נורמטיבית, אמו בת 73 ואביו כבן 80, ולאור גילם ציין כי מאז ומתמיד הוא מתמודד עם חרדה וחשש יומיומיים, כי הוריו ילכו לעולמם בעודו צעיר. המשיב שיתף בשאיפותיו להשתלב בלימודי תואר בהנדסת תעשייה וניהול, וציין כי לאחרונה השתלב בקורס אינטרנטי בתחום הנדל"ן ושוק ההון; וביטא חששות רבים בנוגע להשלכות ההליך המשפטי על עתידו. עובר למעצרו עבד המשיב כמנהל מסעדה, בה עבד מספר שנים קודם לכן; ולאחר שחרורו ממעצר, עם ההקלה

בתנאים המגבילים, החל לסייע בניהול השוטף של העסק שבבעלות הוריו (השכרת נכסי נדל"ן שונים), ופתח עסק עצמאי להשכרת דירות נופש, אותו הוא מנהל במקביל לעבודה אצל הוריו.

אשר לצריכת סמים, שיתף המשיב כי התנסה לראשונה בשימוש בחשיש ובקנביס אחרי הצבא, ולאור חוויות השירות הצבאי, החרדות והקשיים בשינה, השתמש בסמים באופן יומיומי לאחר שעות העבודה, ורכש אותם באמצעות אפליקציית ה"טלגראם". עם זאת, המשיב שלל התמכרות או נזקקות לטיפול בתחום השימוש בסמים, וטען כי מאז מעצרו הפסיק את השימוש (טענה שאינה מתיישבת עם העולה מהתסקירים מיום 9.6.20 ומיום 13.9.20, כי בחלק מבדיקות השתן שנערכו למשיב נמצאו שרידי סם קנבואידים). שירות המבחן התרשם כי בתקופת מעצרו המשיב ערך התבוננות פנימית בנוגע לשימוש בסמים, ולאור ההשלכות של מעצרו עליו ועל משפחתו, כיום הוא רואה בחומרה את צריכת הסמים ואת העיסוק בתחום.

לגבי העבירות בהן הורשע צוין בתסקיר, כי המשיב הודה ולקח אחריות על ביצוען. עם זאת ראוי לציין, כי מדברי המשיב לשירות המבחן עולה לקיחת אחריות חלקית בלבד, שכן הוא טען כי נהג לרכוש סמים יחד עם חבריו לשימוש עצמי והם



היו משלמים לו עבור חלקם, וכי בעת ששוטט באפליקציית ה"טלגראס" **"התפתה למכור מהסמים שרכש לאחר שביקשו זאת"**; כי לא סחר בסמים למטרות רווח וביצע את העבירות בתמימות וללא מחשבה על משמעותן, חומרתן והשלכותיהן. המשיב הרבה לבכות בפני שירות המבחן, הביע צער וחרטה, בושה ואכזבה עצמית, זאת בעיקר על רקע עוגמת הנפש שגרם למשפחתו ודאגתו בנוגע לשאיפותיו לעתיד

שירות המבחן התרשם, כי המשיב נעדר מאפייני התנהגות עברייניים, וכי שילובו בטיפול יביא לצמצום הסיכון לביצוע עבירות נוספות. בחודש יוני 2020 שולב המשיב בקבוצה טיפולית לעצורי בית, הגיע בעקבותיו ושיתף פעולה באופן מלא. בחודש ספטמבר 2020 שולב המשיב בקבוצה טיפולית ארוכת טווח המיועדת לעוברי חוק, המשיב הגיע למפגשים בעקבותיו, השתתף בה באופן פעיל, וכן השתתף בסדרת מסעות שטח טיפוליים וההתרשמות ממנו חיובית.

בתסקיר האחרון כתב שירות המבחן כדלקמן:

"התרשמנו כי מדובר במקרה ייחודי, של בחור צעיר, נורמטיבי ובעל שאיפות גבוהות, נעדר כל חיבור לעבריינות, דפוסי התנהגות או מאפיינים עברייניים, אשר לראשונה בחייו, מתמודד עם תנאי מעצר והליך משפטי, כאשר אלו מהווים בעבורו אלמנטים מרתיעים ומשמעותיים, אשר מציבים גבול ברור להתנהגות בעתיד, וכי אלו, להתרשמותנו, מסייעים לו בעריכת התבוננות פנימית שוטפת, במישורי החיים השונים, ובעריכת שינוי, תוך גילוי מוטיבציה רבה להתקדמות... להתרשמותנו, מיכאל מכה על חטא באשר להתנהלותו הפלילית ומבטא חרטה עמוקה על מעשיו".

לאור כל האמור, וההתרשמות מצמצום ניכר של הסיכון לביצוע עבירות בעתיד, המליץ שירות המבחן לדון את המשיב לענישה שיקומית הכוללת צו מבחן למשך שנה וצו של"צ בהיקף של 300 שעות. עוד המליץ שירות המבחן על ביטול הרשעתו של המשיב, וזאת לאור גילו הצעיר, מאפייני אישיותו, שאיפותיו הנורמטיביות, וההערכה כי הרשעתו **"עשויה לפגוע בו באופן ניכר ולמנוע המשך התקדמותו, בפרט בתחום התעסוקתי וכמו כן, עשויה להביא לפגיעה בדימויו העצמי כאדם נורמטיבי ושומר חוק"**.

במסגרת הטיעונים לעונש הפנתה המאשימה לחומרת העבירות, לריבוי, ולנסיבות המחמירות בביצוען, לרבות החומרה היתרה שבמכירת סם לקטין; לקשיי האכיפה וגילוי העבירות אשר מתבצעות בתוכנת ה"טלגראס"; ולפסיקה הנוהגת בעבירות אלו. על כן, עתרה לקביעת שלושה מתחמי ענישה נפרדים לכל אחת מהעבירות: מתחם הנע בין 8 ל-18 חודשי מאסר לגבי האישום הראשון; ומתחם הנע בין 4 ל-12 חודשי מאסר לכל אחד מהאישומים השני והשלישי; ולהטלת עונש מאסר המצוי ברף הבינוני של כל אחד מהמתחמים, ובסך הכל 15 חודשי מאסר בפועל, לצד ענישה נלווית. המאשימה ביקשה לדחות את המלצת שירות המבחן לגבי ביטול ההרשעה, וטענה כי חומרת העבירות בהן הורשע המשיב אינה מאפשרת ביטול ההרשעה, וכי אף לא הוכח נזק קונקרטי שייגרם למשיב עקב ההרשעה.

ההגנה הדגישה את נסיבותיו האישיות וגילו הצעיר של המשיב; טענה כי מדובר באדם נורמטיבי ששגה ומעד, וביצע את העבירות בתקופה קצרה מאתגרת ומבלבלת מבחינתו, בשל השימוש שלו בסמים; שפעל בחוסר תחכום ולא כ"סוחר סמים קלאסי"; אשר אין לדעת מה ירצה לעשות בהמשך חייו, וכיצד תפגע בו ההרשעה. עוד הפנתה ההגנה להליך



הטיפול בו שולב המשיב ולהתרשמות שירות המבחן ממנו, ועתרה לאמץ את המלצת שירות המבחן לגבי ביטול ההרשעה.

במסגרת פסק הדין סקר בית המשפט קמא תחילה את הפסיקה בנוגע לאי הרשעה ואת המבחנים שנקבעו בהקשר זה, וציין כי העבירות שבהן הורשע המשיב אמנם חמורות, אך המבחן לבחינת חומרת העבירה אינו פורמלי אלא מהותי, ומתייחס למכלול נסיבות המקרה. בהקשר זה ציין בית המשפט, כי המשיב היה כבן 21 בעת ביצוע העבירות, "בגיר צעיר", כאשר יש לייחס לכך משקל בבחינת הקושי הכרוך בנשיאת מאסר וההשפעה של הרשעה על שיקומו.

ומצבו הנפשי; כי העבירות בוצעו בתקופה קצרה יחסית של שלושה שבועות; כי למרות שהמשיב השתמש באפליקציית ה"טלגראם" שהאנונימיות בה מקשה על רשויות האכיפה באיתור הסוחרים, הרי שהוא השתמש בשמו ובמספר הטלפון שלו ולא הסתירם; כי המשיב הודה באשמתו מיד עם מעצרו בפני השוטרים, וכך עשה גם במסגרת ההליך המשפטי; וכי שירות המבחן התרשם מאדם נעדר דפוסים עברייניים, אשר הבין את גודל טעותו, והשתלב בהליך טיפולי. עוד ציין בית המשפט בנוגע לנסיבות ביצוע העבירות, כי **"הנאשם אמנם מכר סם לקטין, אך אין אינדיקציה מכתב האישום כי היה מודע לכך טרם ביצוע העבירה... שהקונה הוא קטין"**.

עוד דחה בית המשפט קמא את טענת המאשימה כי המשיב מצוי ב"מעגל הפנימי" של הפצת הסם, ולכן לא ניתן להמנע מהרשעתו; שכן **"הנאשם אמנם הוא הסוחר העיקרי על פי הודאתו והרשעתו, אך כאמור העבירות בוצעו ללא כל תחכום, לשון המעטה מבלי שהנאשם וקושר קשר, טווח הזמנים הוא קצר וגם הכמות שנתפסה והוחזקה אינה מן הגבוהות"** (הטעויות במקור).

בית המשפט קבע, כי לאור נסיבות ביצוע העבירה כמתואר לעיל ונסיבותיו האישיות של המשיב, ניתן ללמוד כי ביצוע העבירה הוא חריג לאורח חייו ואינו מאפיין את התנהלותו; ולכן מדובר במקרה ייחודי, בו המנעות מהרשעה לא תפגע באופן מהותי בשיקולי הענישה של גמול והרתעה. בית המשפט סיכם כדלקמן:

"סבורני כי הרשעתו בדין מהווה מעין קו פרשת מים בחייו הבוגרים של הנאשם שלפני. אמנם נכון שלא ניתן לחזות מה ילד יום או מה צופן בחובו העתיד וכיצד עשוי המחר להתייחס להרשעתו. אולם דומני שחרף עיסוקיו טרם מעידתו בדרך ביצוע העבירות בהן הודה ועיסוקיו היום ובשים לב לגילו הרי שלגור דין זה יכולת השפעה רבה על עתידו של הנאשם. הנאשם שלפני צועד את צעדיו הראשונים במסלול החיים והרשעה בפלילים עשויה לחסום את דרכו ולפגוע בו פגיעה בלתי מידתית על מעידתו זו. כך, סבורני שהאינטרס החברתי מחייב מתן אפשרות לצעיר כמו הנאשם שלפני לשוב אל העולם אליו השתייך - העולם הנורמטיבי - ולשוב לתחום היצרני התורם ולא הפוגעני והורס. לאור האמור באיזון בין השיקולים השונים סבורני כי יש לאמץ את המלצת שירות המבחן ולהימנע מהרשעת הנאשם".

על כן, כאמור, ביטל בית המשפט את הרשעת המשיב והשית עליו את העונשים כמפורט לעיל.

טענות הצדדים בערעור

לטענת המערערת, בית המשפט קמא שגה בהמנעותו מיישום הוראות תיקון 113 לחוק העונשין, התשל"ז-1977



(להלן- חוק העונשין) ומקביעת מתחם עונש הולם לעבירות שבהן

הורשע המשיב; וכן בהחלטתו לבטל את הרשעת המשיב, למרות שלא מתקיימים התנאים שנקבעו לשם כך בפסיקה.

לטענתה, בית המשפט שגה משלא התייחס בפסק דינו לנסיבות המחמירות הקשורות בביצוע העבירות שביצע המשיב; בכך שדחה את עמדת המדינה כי המשיב מצוי במעגל הפנימי של הפצת הסם; ובכך שלא בחן את הערכים המוגנים בגדרי העבירות ואת מידת הפגיעה בהם. אשר לנסיבות ביצוע העבירות הפנתה ב"כ המערערת, בין היתר, להשתייכותו של המשיב לקבוצות העוסקות בסחר בסמים באמצעות "שומון ה"טלגרם" המקל על ביצוע העבירות ומקשה על גילויין; לעובדה שביצע 3 עבירות של סחר בסמים ואף החזיק סם שלא לצריכתו העצמית, יחד עם משקל לצורך חלוקת הסמים; לעובדה שמכר סם לקטין ואף ערך עמו "סקר שביעות רצון" כדי שזה ישכנע אחרים לרכוש ממנו סמים; ולפוטנציאל הנזק הרב הטמון במעשים.

עוד נטען, כי בית המשפט שגה משלא דן בנושא קביעת עונשו הראוי של המשיב, בשים לב בין היתר גם לשיקולי הרתעת היחיד והרבים; וכי במקרה זה היה מקום להטיל עונש הכולל מאסר לריצוי בפועל.

עוד טענה המערערת, כי בית המשפט שגה כאשר החליט לבטל את הרשעת המשיב, למרות שלא מתקיימים בעניינו התנאים המצטברים שנקבעו בפסיקה, דהיינו כי סוג העבירה מאפשר לוותר על ההרשעה מבלי לפגוע בשיקולי הענישה האחרים, וכי ייגרם למשיב נזק קונקרטי כתוצאה מהרשעתו; והפנתה לפסיקה בהקשר זה. במסגרת הדיון שהתקיים בפנינו, הוסיפה ב"כ המערערת כי ההליך הטיפולי שעבר המשיב רלוונטי לעניין מידת העונש ולא לעניין ההרשעה.

על כן, עתרה המערערת להרשעת המשיב בעבירות אותן ביצע. בנוסף עתרה לקביעת מתחם עונש הולם הנע, לכל הפחות, בין 12 ל-30 חודשי מאסר בפועל, ולהשית על המשיב עונש מאסר בפועל ומאסר על תנאי; או לחלופין להשיב את התיק לבית המשפט קמא לשלב הטיעונים לעונש וגזירת הדין בהתאם לתיקון 113 לחוק העונשין.

ב"כ המשיב עתר לדחיית הערעור, וטען כי פסק דינו של בית המשפט קמא מפורט, מתייחס לכל טענות המערערת ומנמק מדוע עניינו של המשיב הוא ייחודי, ומדוע הוא מצדיק חריגה

ממתחם העונש ההולם משיקולי שיקום. בטיעוניו טען ב"כ המשיב, כי מדובר **"במקרה מאוד ייחודי, של בחור צעיר שחזר מטיול אחרי צבא, אולי קצת מבולבל, בשבוע לאחר שחזר, עם תחביב שקנה שם בנושא קנביס, רצה לממן את התחביב שלו ולכן בחוסר תחכום... לא היתה לו בעיה כלכלית, לא רצה לבקש כסף מהורים, חשב לממן את התחביב שלו. המעשים הם מעשים חמורים וזה לא אופייני למשיב"**; ופירט את נסיבותיו האישיות - בחור צעיר כבן 21 (כיום בן 23 - ג.ש), מצטיין בלימודים, זכה להערכה בעת שירותו הצבאי, ולאחרונה אובחן כסובל מפוסט טראומה מתקופת השירות הצבאי, נעדר עבר פלילי, כאשר מדובר במעידה חד פעמית אשר אינה מאפיינת את אורחות חייו. עוד טען, כי המשיב הודה בעבירות בפני השוטרים מיד עם מעצרו, וכי בתקופה שחלפה מעת ביצוע העבירות עבר טיפול משמעותי ארוך טווח.

לגבי שאלת ההרשעה טען ב"כ המשיב, כי בשל גילו הצעיר של המשיב יש קושי להציג פגיעה קונקרטית, אך אין לדעת



מה צופן לו העתיד; כאשר המשיב מעוניין ללמוד משפטים ולעסוק בתיווך נדל"ן, תחום בו הוא עוסק כיום בעסק של הוריו, ולצורך עיסוקים אלו הוא צריך להיות נעדר הרשעות פליליות. עוד הפנה להתרשמות שירות המבחן כי הרשעה תפגע בדימויו העצמי של המשיב, ולעובדה כי המשיב שולב בהליך טיפולי ארוך. אשר לחומרת העבירות נטען, כי מבלי להקל ראש במעשים, הרי שהמשיב פעל בחוסר תחכום וסחר בסמים בשמו ומהטלפון שלו, לא פעל בצוותא עם אחרים, ולא מדובר במקרה "הקלאסי" של סוחר סמים שמרוויח סכומי כסף גדולים.

דין

על פי ההלכה הפסוקה, משהוכח ביצועה של עבירה יש להרשיע את הנאשם בביצועה, וסיום ההליך המשפטי ללא הרשעה יעשה רק במקרים חריגים, שבהם היחס בין חומרת העבירה לבין הנזק הצפוי לנאשם מן ההרשעה, אינו סביר; כאשר המנעות מהרשעה אפשרית מקום בו בית המשפט שוכנע כי שיקולי השיקום של הנאשם המסוים שלפניו, גוברים על השיקולים הקשורים באינטרס הציבורי, ובהם חומרת העבירה ונסיבותיה והאפקט הציבורי של ההרשעה.

בע"פ 2083/96 תמר כתב נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3), 337 (להלן- הלכת כתב), נקבע בהקשר זה :

**"הימנעות מהרשעה אפשרית איפוא בהצטבר שני גורמים:
ראשית, על ההרשעה לפגוע פגיעה חמורה בשיקום הנאשם;
ושנית, סוג העבירה מאפשר לוותר בנסיבות המקרה המסוים על ההרשעה מבלי לפגוע באופן
מהותי בשיקולי הענישה האחרים המפורטים לעיל"**

עוד נקבע בפסיקה, כי אי הרשעה הוא חריג שבחריגים, וכי שימוש בחריג זה ללא צידוק ממשי לכך, מפר את הכלל ופוגע בשוויון בפני החוק. וכך נקבע בהקשר זה בע"פ 2513/96 מדינת ישראל נ' שמש, פ"ד נ(3) 682 (1996):

**"שורת הדין מחייבת כי מי שהובא לדין ונמצא אשם, יורשע בעבירות שיוחסו לו. זהו הכלל.
הסמכות הנתונה לבית המשפט להסתפק בהעמדת נאשם במבחן בלי להרשיעו בדין, יפה למקרים
מיוחדים ויוצאי דופן. שימוש בסמכות הזאת כאשר אין צידוק ממשי להימנע מהרשעה מפר את
הכלל. בכך נפגעת גם שורת השוויון בפני החוק."**

בפסיקה רבה ועקבית של בית המשפט העליון שניתנה מאז, נקבע כי על המבקש מבית המשפט להמנע מהרשעתו לעמוד בשני תנאים מצטברים: האחד, כי סוג העבירה מאפשר לוותר בנסיבות המקרה המסוים על ההרשעה, מבלי לפגוע באופן מהותי ביתר שיקולי הענישה; והשני, כי ההרשעה תפגע פגיעה חמורה בנאשם ובשיקומו, כאשר על הנאשם להצביע על נזק קונקרטי, ממשי, שייגרם לו אם הרשעתו תיוותר על כנה. ובמילים אחרות: **"הימנעות מהרשעה שמורה למקרים מיוחדים בלבד, בהם שוכנע בית המשפט, כי הפגיעה הקשה שתגרם לנאשם בעטיה של הרשעה, אינה שקולה כלל ועיקר לתועלת הציבורית המעטה שזו תניב"** (ע"פ 9150/08 מדינת ישראל נ' איתמר ביטון (23.7.09)).

בית המשפט העליון שב וחזר על ההלכה בדבר הצורך בהוכחת "נזק קונקרטי", ודחה את הנסיונות לכרסם בהלכה זו (ראו למשל רע"פ 547/21 סיטניק נ' מדינת ישראל (17.03.21)). בהקשר זה נקבע ברע"פ 3589/14 שרון לוזון נ'



מדינת ישראל (10.6.14):

"בשורה ארוכה של פסקי דין נקבע, כי על העותר לאי-הרשעה מוטלת החובה להצביע על כך שהרשעתו תביא לפגיעה קשה וקונקרטיה 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".

בחנית הכללים והעקרונות האמורים בעניינו, מעלה כי עניינו של המשיב אינו עומד באף אחד מהתנאים המצטברים שנקבעו בפסיקה לצורך ביטול הרשעה.

אשר לסוג העבירות ונסיבות ביצוען, הרי שהמשיב הודה בביצוע עבירות של סחר בסמים והחזקת סם שלא לצריכה עצמית, מן החמורות שבעבירות המנויות בפקודת הסמים ובספר החוקים בכלל. לא אחת נכתב בנוגע לעבירות אלו כי האינטרס הציבורי מחייב תגובה עונשית קשה ובלתי מתפשרת בגין, כחלק מהתרומה שעל בתי המשפט לשאת למלחמה בנגע הסמים; ובעיקר באלו המצויים במעגל הראשון של הפצת ומכירת הסם לצרכנים.

לא ברור כיצד מצא בית המשפט קמא כי נסיבות ביצוע העבירות מאפשרות אי הרשעה, ומדוע מצא להתעלם מחלק מהנסיבות המחמירות שבביצוען; ואף מצא לנכון להתחשב בנתונים שחלקם לא הוכחו בפניו, או שהם חורגים מהאמור בכתב האישום המתוקן, וזאת בניגוד לאמור בסעיף 40 לחוק העונשין (כך למשל בנושא מודעותו של המשיב לכך שמכר סם לקטין באישום הראשון, או לגבי הטענה שהמשיב פעל בחוסר תחכום ועשה שימוש בפרטיו האמיתיים באפליקציית ה"טלגראם"). לא ברור אף מדוע דחה בית המשפט קמא את טענת המדינה כי המשיב נמנה על "המעגל הפנימי" של הפצת הסם, שכן מדובר במי שמכר את הסמים בפועל לצרכנים, בעצמו ולא עבור אחר, ואף דאג לוודא את שביעות הרצון של רוכשי הסם, ולהרחיב את מעגל לקוחותיו.

נסיבות ביצוע העבירות כעולה מכתב האישום המתוקן אינן קלות כלל ועיקר: המשיב עשה שימוש באפליקציית ה"טלגרם", שבאמצעותה השתייך לקבוצות העוסקות בסחר בסמים, מה שמעיד על תכנון מראש, על מעורבות בחברה עבריינית ועל נגישות לאמצעים המאפשרים סחר בסמים לכל דכפין באופן פשוט וקל; המשיב פעל בשיטתיות, שב וביצע את העבירות בשלוש הזדמנויות שונות, ומכר סמים בכמויות שונות לשלושה אנשים שונים, ובנוסף החזיק ברשותו כמות נוספת של סם, ואמצעים נוספים למטרות סחר בסמים, כך שלא ניתן לכנות התנהגות זו כ"מעידה חד פעמית"; וחמור מכל, באחד המקרים, המשיב מכר סם לקטין ואף ביקש ממנו לשלוח אליו חברים נוספים, מה שמחמיר את פוטנציאל הנזק הטמון במעשיו, ומעצים עד מאד את הפגיעה באינטרס הציבור



משכך, בחינת נסיבות ביצוע העבירות, כשלעצמן, היתה צריכה להביא את בית המשפט קמא למסקנה כי יש לדחות את עתירת המשיב לביטול הרשעתו; שכן אי הרשעה בעבירות מעין אלו ובנסיבות שבהן בוצעו, פוגעת פגיעה של ממש באינטרס הציבורי ובמכלול שיקולי הענישה, ובעיקר שיקולי הגמול וההרתעה.

אשר לפגיעה הנטענת במשיב ובשיקומו כתוצאה מהרשעתו בדין, הרי שהמשיב לא הציג נזק קונקרטי שייגרם לו כתוצאה מהרשעתו, אלא טען כי לאור גילו לא ידוע מה יעשה בחייו וכיצד ההרשעה תפגע בשאיפותיו בעתיד; או כפי שהגדיר זאת בית המשפט קמא **"לא ניתן לחזות מה ילד יום או מה צופן בחובו העתיד וכיצד עשוי המחר להתייחס להרשעתו"**. פרט לכך נטען, כי כרגע המשיב מעוניין ללמוד משפטים ולעסוק בתיווך נדל"ן, ובתחומים אלו יש חשיבות רבה להעדר הרשעות בפלילים; הגם שבמאמר מוסגר אציין, כי לשירות המבחן אמר המשיב כי הוא שואף ללמוד הנדסת תעשייה וניהול.

המשיב עובד כיום בשני עיסוקים שונים שלגביהם לא היתה השפעה להרשעתו, ולא נטען כי הרשעתו תפגע בהמשך עבודתו בעסק של הוריו או בעסק הפרטי שהקים. כל שהעלה המשיב הן שאיפות ותוכניות לעתיד, שיתכן וישתנו, ואשר המשיב לא החל במימושן פרט למספר קורסים שלקח בתחום הנדל"ן ושוק ההון. אין מקום להדרש לטענות בדבר נזק ערטילאי שיכול ויתקיים אם יחליט המשיב לבחור בעתיד לעסוק בתחום שבו ההרשעה עשויה לפגוע.

בעניין זה אין לי אלא להפנות לדברים שנקבעו בע"פ 9118/12 פריגין נ' מדינת ישראל (1.1.13):

"לא מצאתי כל פגם בעמדתו של בית המשפט המחוזי, לפיה יש להתייחס לנזק המוחשי-קונקרטי העלול להיגרם למבקש, ואין להידרש לאפשרויות תיאורטיות, לפיהן עלול להיגרם לו נזק כלשהו בעתיד. קבלת גישתו זו של המבקש, תחייב את בית המשפט להידרש לתרחישים תיאורטיים, שאין לדעת אם יתממשו בעתיד, ולא ברור כלל עד כמה תהיה להרשעה בדין השפעה על התכונות של אותם תרחישים".

למעלה מן הצורך יצוין, כי הן התנאים שנקבעו בסעיף 44(א)(1) לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961 והן התנאים שנקבעו בסעיף 5 לחוק המתווכים במקרקעין, תשנ"ו-1996, הם תנאים שבשיקול דעת, כך שהרשעת המשיב לא בהכרח תמנע ממנו ללמוד משפטים או תיווך מקרקעין, והעניין ייבחן בעתיד ע"י הגורם המוסמך הרלוונטי.

בהקשר זה ראוי להפנות לרע"פ 5018/18 בוזגלו נ' מדינת ישראל (21.10.18), במסגרתו נדון עניינו של נאשם צעיר, נעדר עבר פלילי, אשר הורשע בעבירות של גידול סם מסוכן, החזקת סם מסוכן לצריכה עצמית והפרעה לשוטר במילוי תפקידו; אשר בינתיים השתקם והחל בלימודי רפואה, ועל כן נטען כי הרשעתו תגרום לו נזק בלתי הפיך ותעמיד בסכנה את יכולתו לעסוק בעתיד כרופא. על אף שבמקרה זה, בשונה מבעניינינו, לא דובר באפשרויות פגיעה ערטילאיות

ותאורטיות, אלא במי שהחל בלימודי רפואה, הוחלט בשלוש הערכאות שלא לבטל את ההרשעה; וכך קבע בית המשפט העליון בנוגע לנזק הקונקרטי:

"יתרה מכך, אני סבור כי גם אם עלולה להיפגע יכולת המבקש לשמש כרופא בעתיד, צדק בית



משפט קמא בכך שהותיר את הדיון בדבר בידי הגורם המוסמך (פסקה 8 לפסק הדין בערעור). הדבר עולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי שכן משנמצא כי אדם ביצע עבירה פלילית שעלולה להשפיע על כשרותו לעסוק במקצוע מסוים מן הראוי כי הדבר יבחן על ידי הגורמים המתאימים".

עיון בפסק דינו של בית המשפט קמא מעלה, כי רוב הנסיבות אותן שקל בית המשפט קמא כבסיס להחלטתו לבטל את הרשעתו של המשיב - גילו הצעיר, העדר עבר פלילי, העדר דפוסים עברייניים, חוויותיו הקשות בצבא, שיתוף הפעולה עם שירות המבחן במסגרת הליך טיפולי, והבעת מוטיבציה ושאפויות חיוביות לעתיד - הגם שהן נסיבות חשובות ובעלות משקל לא מועט; הן למעשה נסיבות שיש להביאן בחשבון במסגרת שקילת העונש, בתוך האיזון שעל בית המשפט לעשות בין מכלול שיקולי הענישה הרלוונטיים.

נסיבות אלו אינן יכולות להחליף את התנאים שנקבעו בפסיקה לצורך שקילת ביטול הרשעה, וכאמור, ביטול הרשעה במקרה שאינו עומד בחריגים הנוקשים שנקבעו בפסיקה, פוגע בשוויון בפני החוק ובתחושת הצדק.

"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" (ע"פ 26257-09-20 מדינת ישראל נ' טויזר (21.4.21)). דברים אלו יפים במיוחד כאשר עסקינן בביצוע עבירות חמורות כמו אלו שביצע המשיב בעניינו, אשר מצדיקות ענישה מוחשית ומרתיעה ואמירה נוקבת של בית המשפט, ואשר יש לתת בעניין משקל משמעותי לאפקט הציבורי של ההרשעה. ביטול הרשעה במקרה שכזה, פוגע באינטרס הציבורי הרב שבמיגור עבירות הסמים ובישקולי הענישה של גמול והרתעה, ויש בו לפגוע פגיעה של ממש באמון הציבור.

מכל האמור עולה כי בית המשפט קמא שגה עת החליט לבטל את הרשעתו של המשיב.

על כן, לו תשמע דעתי, החלטתו של בית המשפט קמא לבטל את הרשעת המשיב תבוטל, והמשיב יורשע בהתאם להודאתו, בשלוש עבירות של סחר בסם מסוכן - עבירות לפי סעיפים 13 ו-19א לפקודת הסמים, ובעבירה של החזקת סם שלא לצריכה עצמית- לפי סעיפים 7(א) ו-7(ג) רישא לפקודת הסמים.

אשר לעונש, הרי מאחר שבית המשפט קמא כלל לא דן בשאלת העונש הראוי למעשי המשיב והסתפק בדיון לגבי שאלת ההרשעה, אני סבורה כי יש מקום להשיב את התיק לבית המשפט קמא, כדי שידון בשאלת העונש הראוי לנאשם כנדרש על פי תיקון 113 לחוק העונשין; דהיינו, יקבע מתחם עונש הולם, תוך בחינת כל הנסיבות הנדרשות, לרבות הפגיעה בערכים המוגנים והנסיבות הקשורות בביצוע העבירה (שחלקן נסקר לעיל), ולאחר מכן יגזור את דינו של המשיב בהתחשב במכלול הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, שיקולי שיקומו של המשיב ושיקולי הרתעת הרבים והיחיד.

גילת שלו, שופטת



הנשיאה רויטל יפה כ"ץ - אב"ד

אני מסכימה.

רויטל יפה-כ"ץ, נשיאה
אב"ד

השופט יואל עדן:

אני מסכים.

יואל עדן, שופט

אשר על כן הוחלט, כאמור בחוות דעתה של השופטת גילת שלו, לקבל את הערעור ולהרשיע את המשיב בהתאם להודאתו, בשלוש עבירות של סחר בסם מסוכן - עבירות לפי סעיפים 13 ו-19 א לפקודת הסמים, ובעבירה של החזקת סם שלא לצריכה עצמית- לפי סעיפים 7(א) ו-7(ג) רישא לפקודת הסמים.

כן הוחלט להשיב את התיק לבית המשפט קמא, שידון בפרשת העונש ויגזור את דינו של המשיב בהתאם לתיקון 113 לחוק העונשין.

ניתן היום, כ"ח חשוון תשפ"ב, 3 נובמבר 2021, במעמד הצדדים.

גילת שלו, שופטת

יואל עדן, שופט

**רויטל יפה-כ"ץ, נשיאה
אב"ד**

עמוד 10

