



עפ"ג 16279/01/18 - מנחם פנסו נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עפ"ג 16279-01-18 פנסו נ' מדינת ישראל

לפני: כבוד הנשיא אברהם טל - נשיא
כבוד השופטת דנה מרשק מרום
כבוד השופטת נאוה בכור
המערער מנחם פנסו
נגד
המשיבה מדינת ישראל
פסק דין

בפנינו ערעור על גזר הדין וגזר הדין המשלים של בימ"ש השלום בראשון לציון בת"פ 40965-10-16, מיום 6.4.17 ומיום 4.1.18, לפיו הורשע המערער, לאחר הודאתו, בעבירה של קשירת קשר לעשות פשע, לפי סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: "**החוק**"); גידול סמים מסוכנים בצוותא חדא, לפי סעיף 6 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973 (להלן: "**הפקודה**") בצירוף סעיף 29 (א) לחוק; נטילת חשמל בגניבה בצוותא חדא, לפי סעיף 400 + 29 (א) לחוק; הפרת הוראה חוקית, לפי סעיף 287 (א) לחוק; והחזקה/שימוש בסמים שלא לצריכה עצמית, לפי סעיף 7(א) + 7(ג) רישא לפקודה.

על המערער הושטו 22 חודשי מאסר בפועל החל מיום מעצרו- מתוכם 17 חודשים במצטבר ו-5 חודשים בחופף לעונש מאסר שמרצה בתיק נוסף, מאסר על תנאי למשך 9 חודשים, אם יעבור בתוך 3 שנים מיום שחרורו כל עבירה מסוג פשע על פקודת הסמים המסוכנים, מאסר על תנאי למשך 6 חודשים אלא אם כן יעבור בתוך 3 שנים מיום שחרורו כל עבירה מסוג עוון על פקודת הסמים המסוכנים, פיצוי בסך 50,000 ש"ח לטובת חברת החשמל, פסילה מלקבל או להחזיק רישיון נהיגה למשך 7 חודשים מיום שחרורו מהמאסר, ו-10 חודשי פסילה על תנאי מלקבל או להחזיק רישיון נהיגה למשך שנתיים מתום תקופת הפסילה בפועל שלא יעבור כל עבירה על פקודת הסמים המסוכנים.

כתב האישום

1. המערער הורשע, על-פי הודאתו, ובמסגרת הסדר דיוני, בכתב אישום מתוקן, לפיו עובר ליום 4.12.15, הוא קשר קשר עם שני נאשמים נוספים בתיק (להלן: "נאשם 2" ו-"נאשם 3"), בידיעת אלון לוי (להלן: "אלון"), להקמת מעבדה לגידול ומכירתו של קנבוס (להלן: "המעבדה"), בכך שאיתרו ושכרו מחסן בראשון לציון בו תוקם המעבדה.

במסגרת הקשר, ניתנו לאלון הנחיות בנוגע למקום שיהיה מתאים להקמת המעבדה על ידי נאשם 2.

ביום 4.12.15 חתם אלון על חוזה שכירות להשכרת המחסן, ושילם לבעליו את דמי השכירות באמצעות כסף



מזומן שניתן לו על ידי נאשם 2.

לצורך הקמת המעבדה השקיעו המערער ונאשם 2 כסף, והסם המסוכן נשתל וגודל על ידי הנאשמים ואלון בצוותא חדא כל אחד לפי חלקו.

עובר לתקופה הרלוונטית לכתב האישום, חב אלון חוב כספי בגובה עשרות אלפי שקלים לנאשמים, כל אחד לפי חלקו.

בתקופה הרלוונטית לכתב האישום, והחל מיום 12.10.16, נעצר המערער באיזוק אלקטרוני ובתאריך 9.10.16 הורה בית משפט השלום בראשון לציון כי יערך חיפוש במחסן.

2. על פי האישום הראשון, החל מיום 4.12.15 ועד ליום 9.10.16 הקימו הנאשמים בידיעת אלון, מעבדה לגידול קנבוס, כל אחד על פי חלקו.

במסגרת חיפוש שנערך ביום 9.10.16, נמצא במחסן ציוד אשר הושם והותקן לצורך הקמת המעבדה, לרבות מערכת השקיה ואוורור, גופי תאורה וכבלי חשמל.

באותן נסיבות נמצאו במחסן אדניות ובהן שרידי סם וכן סמים מסוכנים מסוג קנבוס במשקל כולל של 4.548 ק"ג נטו, שהיו בתפזורת על רצפת אחד מחדרי המעבדה.

כמו כן נטלו הנאשמים חשמל במרמה על ידי חיבור לא חוקי לקופסת הנתיכים של המחסן בשווי של 141,252 ₪ בצוותא חדא.

3. על פי האישום השני, ביום 13.10.16 בוצע חיפוש בכתובת המעצר בה שהה המערער במעצר עד תום ההליכים באיזוק אלקטרוני.

בנסיבות אלה, החזיק המערער במבחנת פלסטיק, שנקשרה בשרוך למסילת חלון השירותים, בקוקאין.

כמו כן, החזיק המערער בנייר טואלט ושקית ניילון באדן חלון השירותים בקוקאין. סך הכל החזיק המערער בקוקאין במשקל כולל של 11 גרם נטו.

גזר דינו של בית משפט קמא

1. בהתאם לסעיף 40ג לחוק מדובר בשני אירועים נפרדים, בהן נעברו עבירות שונות, ועל כן, יש לקבוע מתחם עונש הולם נפרד לכל אישום, ועונש כולל מאחר שעסקינן בשני המקרים בעבירות סמים.

2. מידת הפגיעה בערכים המוגנים באשר לאישום הראשון משמעותית, נוכח קשירת הקשר שקדמה להקמת המעבדה, רכישת הציוד המתאים לשם הגידול והכמות הגדולה שנתפסה במהלך החיפוש



שנערך במעבדה.

מידת הפגיעה בערכים המוגנים באשר לאישום השני, אף היא משמעותית ומוחשית - שעה שהמערער החזיק את הסמים המסוכנים בעודו מצוי במעצר באיזוק אלקטרוני.

3. בימ"ש קמא התייחס לנסיבות הקשורות בביצוע עבירות האישום הראשון, וקבע כי יש להתחשב לחומרה בתכנון שקדם לגידול הסמים, שעה שהמערער יחד עם אחרים, הקים מעבדת סמים במחסן שנשכר במיוחד לשם מטרה זו, הצטיידו בציוד ייעודי וכלים שונים, לרבות מערכות השקיה ואוורור, גופי תאורה וכבלי חשמל. הם גידלו את הסם במשך מספר חודשים עד לתפיסתם, תוך גניבת חשמל, כאשר נתפס קנבוס במשקל כולל של כ-4.5 ק"ג נטו.

התקופה הארוכה בה החזיקו במעבדה, הכמות המשמעותית של הסמים שנתפסה וגובה החוב לחברת החשמל, מעידים כי לא היה מדובר במעידה חד פעמית, אלא בנאשמים שראו בגידול הסמים עסק של ממש, והשקיעו מחשבה וכספים רבים לשם כך.

4. בהתייחס לנסיבות הקשורות בביצוע העבירות נושא האישום השני, וחרף טענות המערער לפיהן היותו מכור לסמים הביא אותו לבצע את העבירות, קבע בימ"ש קמא כי מדובר בכמות הגדולה עשרות מונים מכמות שדרושה לשימוש עצמי, וכי לא נפגמה יכולת המערער להבין את אשר הוא עושה או את הפסול במעשיו.

המערער גם הפר את האמון שניתן בו על ידי בית המשפט משהורה לעוצרו באיזוק אלקטרוני, ועובדה זו משווה חומרה יתרה למעשיו.

5. בימ"ש קמא התחשב בנזק שהיה עלול להיגרם כתוצאה מביצוע עבירות הסמים ליחיד ולחברה, נפיצותן, התפשטותן ופגיעתן הרעה, ביצוע עבירות נלוות לשם מימון הסם ונזק בריאותי.

6. מתחם העונש ההולם לעבירות נושא האישום הראשון נע בין 6 ל-24 חודשי מאסר בפועל וענישה נלווית ומתחם דומה יש לקבוע גם לעבירות נושא האישום השני.

7. באשר לנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירות, התחשב בימ"ש קמא בפגיעה של העונש במערער, עברו הפלילי, נטילת האחריות על מעשיו ונסיבות חייו, וקבע כי יש לגזור על המערער עונש מאסר משמעותי לריצוי מאחורי סורג ובריח.

8. בימ"ש קמא אף התייחס לטענות בדבר עקרון אחידות הענישה, נוכח עונשיהם של אלון ונאשמים 2 ו-3



בתיק, וקבע כי יש לאבחן את עניינו של המערער מעניינם של נאשמים 2 ו-3, הואיל והעונשים שהוטלו עליהם היו במסגרת של הסדר טיעון "סגור", כשהעונש המקל שם נומק בקושי ראייתי משמעותי ונסיבותיהם האישיות, והאישום שני- כלל לא יוחס להם.

אלון הורשע בעבירות שונות וחמורות פחות, שיתף פעולה עם רשויות החקירה מלכתחילה, נמצאו בעניינו מספר קשיים ראייתיים, הוא סבל מנסיבות חיים קשות, ובהתאם לעובדות כתב האישום הוא ביצע את העבירות בשל חוב כספי שהיה לו לנאשמים ולא מתוך רצון להשאת רווחים.

בנוסף, המערער ביצע עבירות נוספות בהיותו באיזוק אלקטרוני.

9. בנסיבות שיובהרו בהמשך - הוחזר התיק למתן גזר דין לבית משפט קמא (עפ"ג 17-05-38755) ובגזר הדין המשלים **מיום 4.1.18**, הוסיף וקבע בימ"ש קמא כי בהתאם לסעיף 45(ב) לחוק, לבית המשפט יש שיקול דעת האם להורות על ריצוי עונש המאסר במצטבר, בחופף, או באופן המשלב בין אפשרויות אלו.

בנסיבות אלו, נוכח מהות העבירות, היותן מעשים נפרדים ועצמאיים, שבוצעו על ידי המערער במועדים שונים, במקומות שונים ובנסיבות שונות, ולא היוו חלק מתכנית עבריינית כוללת אחת, כמו גם חומרתן הרבה ונסיבות ביצוען על רקע היותו בתנאים מגבילים בתיק נוסף, יש ללמוד על חומרה יתרה במעשים שאינה מאפשרת חפיפה מלאה בין המאסרים.

10. לצד זאת, שקל בימ"ש קמא לקולא את גילו של המערער, את הזמן שחלף ממתן גזר הדין הראשון בתיק דנא, עברו הפלילי, הודאתו בשני התיקים וצירופם, אשר הביאה לחיסכון ניכר בזמן שיפוטי.

11. לאור האמור, קבע בימ"ש קמא כי עונש המאסר בן 22 החודשים שהושת עליו בתחילה, ירוצה בחופף ומצטבר לעונש המאסר שהושת עליו בתיק הנוסף אותו הוא מרצה כעת, כך שסך הכל ירצה 17 חודשי מאסר במצטבר לעונש המאסר אותו מרצה הנאשם בתיק הנוסף, ו-5 חודשים בחופף לו.

טענות המערער

12. נגד המערער הוגשו נגדו שני כתבי אישום בבימ"ש השלום בראשון לציון, הראשון- בת"פ 39904-05-16 בגין החזקת קוקאין במשקל של 50 גרם (להלן: "התיק הראשון") והשני - בתיק נושא הערעור (להלן: "התיק השני").

בתיק הראשון, נעצר המערער באיזוק אלקטרוני במסגרת הליך המעצר, ובעודו מצוי בתנאים מגבילים -ביצע את העבירות נושא התיק השני.



ביום 5.4.17 נגזר דינו של המערער בתיק הראשון והושתו עליו 38 חודשי מאסר בפועל לצד ענישה נלווית.

ביום 6.4.17 נגזר דינו בתיק השני ל-22 חודשי מאסר בפועל, לצד ענישה נלווית.

במעמד גזר הדין בתיק השני, "שתק" בימ"ש קמא בנוגע לסוגיית אופן ריצוי המאסרים הנ"ל, באם ירוצו בחופף או במצטבר, כך שבפועל הוראות החיקוק קובעות כי הם ירוצו בחופף.

על כך הגישה המשיבה ערעור לבימ"ש זה, שהתקבל, ונקבע כי בהתנגשות בין שני העקרונות של חובת עו"ד מול בימ"ש למול חובתו ללקוח, הראשונה גוברת, והיה על ב"כ המערער לציין עובדה זו עובר למתן גזר הדין בתיק השני, שאלמלא כן- הרי היה בכך משום הטעייה.

בנסיבות אלה, בוטל גזר דינו של בימ"ש קמא, והתיק הוחזר לצורך גזירת הדין מחדש.

על החלטה זו הגיש המערער בקשת רשות ערעור לביהמ"ש העליון ונדחה על הסף הואיל וההליכים טרם מוצו.

2. השאלה המשפטית עליה נסוב הערעור הינה המאבק בין שני עקרונות יסוד - חובת עו"ד כקצין ביהמ"ש לעומת חובת הנאמנות ללקוחו.

כמו כן הערעור נסוב סביב טענת עיוות הדין שנגרם למערער, כאשר במקום 38 חודשי מאסר הוחמר עונשו ל-55 חודשי מאסר בפועל, לאור היות מרבית המאסר השני במצטבר לאחר.

3. מדובר בפגיעה קשה ובלתי מידתית בזכות המערער להליך הוגן, כל זאת כשיתר המעורבים נדונו ל-3 חודשי מאסר לריצוי בעבודות שירות, כשההבדל היחיד בינם לבין המערער היא לגבי העבירה הקשורה לסם הקוקאין.

4. עקרון השוויון בין נאשמים מחייב גזירת גזירה שווה ביניהם כך שיש להשית על המערער עונש מידתי ביחס לעונשים שהוטלו על נאשמים 2 ו-3, ומקום בו הנאשמים האחרים נדונו ל-3 חודשי מאסר בעבודות שירות, על עונשו של המערער, שנדון למאסר בפועל, להיות קל מ-3 חודשים.

במצב דברים הנוכחי, הרי שהושת על המערער עונש של 19-20 חודשי מאסר בגין החזקת 11 גרם קוקאין.

5. חוסר ההלימה קיים גם בעובדה כי בתיק הראשון הושתו על המערער 38 חודשי מאסר בגין החזקת 50 גרם קוקאין, ובתיק השני הושתו עליו 22 חודשי מאסר בגין החזקת 11 גרם קוקאין.

בנסיבות אלה, היה על בימ"ש קמא להגיע לתוצאה צודקת לפיה הגם שהיה מקום לצבור את העונשים, הרי שבנסיבות המיוחדות שנוצרו, הימשכות ההליכים, והסתמכות המערער- יש לחפוף את עונשו, ולכל הפחות באופן שחלקו הקצר יהיה במצטבר ולא חלקו הארוך, כפי שנעשה.



6. המערער צירף שני תיקים מאותו עניין- אותה עבירה, אותו סוג סם, בסמיכות זמנים, הודה במסגרת הסדר טיעון, חסך זמן, ביצע את העבירות בהיותו מכור לסמים ונלחם על מנת להיגמל ללא הועיל, מדובר במאסרו הראשון, וכל אלה מצדיקים את חפיפת המאסרים.

7. בנסיבות אלה, כשהתסקיר היחיד שיש בעניינו של המערער ניתן כחצי שנה עובר לגזר הדין הנוכחי, היה צורך לקבל תסקיר שירות מבחן שילמד שהמערער מבצע טיפול אינטנסיבי בהתמכרות הקשה לקוקאין בבית הסוהר, הוא התחתן ביום 20.2.18, כך שברור שיש שינוי נסיבות שמחייבות את בחינתן עוד קודם מתן החלטה סופית בעניינו של המערער.

8. בית משפט קמא, לא נתן כל משקל לעינוי הדין, נוכח העונש הכבד שהוטל עליו, ולא נתן משקל לאשמת התביעה בכך.

טענות המשיבה

1. בהליך הקודם בבימ"ש קמא לא התבקש תסקיר בעניינו של המערער טרם העונש, ועל כן אין מקום להידרש לכך כעת.

הטענה לפיה המערער נרקומן לא הוכחה בפני בימ"ש קמא, למעט העדת אימו שאמרה שהוא משתמש בסמים, ואין טעם בשליחת המערער לתסקיר משלים כיום.

2. גזר דינו המשלים של בימ"ש קמא שאינו משית את עונש המאסר כולו במצטבר, לוקח בחשבון גם את אשמת המשיבה בנסיבות אלה.

3. נסיבות העבירות לפיהן המערער ביצע אותן בהיותו במעצר בית, הינן מחמירות, כשהמעילה באמון שניתן בו ע"י בימ"ש צריכה לקבל ביטוי בענישה.

בית משפט קמא מצא לנכון לחפוף את העונש בחלקו והלך כברת דרך ארוכה לעבר המערער.

דין והכרעה

1. בפסק דינו הקודם בעניינו של המערער בגין התיק דנן, בעפ"ג 38755-05-17, דן בית משפט זה באריכות בסוגיית חפיפת מאסרים שהוטלו במקביל על נאשם, והוא מהווה חלק בלתי נפרד מפסק דין זה.



בימ"ש קמא צדק כשהורה בגזר דינו המשלים, עת נדרש לבסיס הנורמטיבי והפסיקתי לחפיפת המאסרים ו/או להטלתם באופן מצטבר במציאות המשפטית הנוכחית לפיה, סעיף 45(ב) לחוק מותיר לבית המשפט את שיקול הדעת האם להורות על ריצוי עונש המאסר במצטבר, בחופף, או באופן המשלב בין שתי אפשרויות אלו.

2. עוד צדק בית משפט קמא בניתוח הפסיקה מן השנים האחרונות, לפיה הגישה הרווחת היא כי יש לראות בסעיף 45(ב) לחוק העונשין ככלי פרשני-טכני ולא כהכרעה ערכית, ולפיו רק במקום בו בית המשפט לא התייחס מפורשות לאופן ריצוי העונשים, תהיה ברירת המחדל ריצוי בחופף (ראו סעיף 6 לגזר הדין של בית משפט קמא ולכל ההפניות שם). בד בבד, הפסיקה עמדה על שיקול הדעת הנרחב שמסור לבימ"ש בבואו לשיקול את אופן ריצויים של עונשי מאסר, כשהשאלה אם יורה על צבירת המאסרים או על חפיפתם כפופה לשיקולים מנחים, ובכלל זה -קיומה של **זיקה בין המעשים**, תוך בחינת השאלה אם במסגרת המסכת העובדתית מדובר בעבירות עצמאיות שלהן קיום ממשי נפרד, והעבירות מובחנות זו מזו באופן שיצדיק הטלת עונש מצטבר; **חומרת המעשים ונסיבות ביצועם** המצדיקות תגובה עונשית מיוחדת; ועריכת איזון עם נסיבותיו האישיות של הנאשם, היינו, גילו, עברו פלילי, לקיחת אחריות וכיו"ב (ראו ע"פ 2134/12 **ליושצנקו נגד מדינת ישראל** [27.8.15]; ע"פ 6386/12 **מארק עמנואלוב נ' מדינת ישראל** [06.12.2015]).

3. בחינת נסיבות ביצוע העבירות ונסיבותיו האישיות של המערער אינה מגלה כי נפל פגם בהחלטתו של בימ"ש קמא, שנדרש לכל השיקולים הנ"ל, ואיזן ביניהם באופן סביר ומידתי.

באשר למהות העבירות וחומרתן, קצרה היריעה מלהרחיב על חומרת העבירות בהן הורשע המערער, הכוללות עבירות של החזקה וגידול סמים משני סוגים - קנאביס וקוקאין, ובכמויות גדולות.

בתיק הנוסף, בו הורשע המערער בעבירה של החזקת קוקאין שלא לצריכה עצמית, כפי שהורשע באישום השני בתיק דנן, נתפס הסם כשהוא מחולק ל-11 מנות בשקיות נפרדות, לצד משקל דיגיטאלי וסכומי כסף, שיש בהם כדי להעיד על מטרת החזקת הסם, הגם שהדבר לא מצא ביטוי בסעיפי האישום בכתב האישום שם.

בעניינו- שב המערער "והגדיל" לעשות עת חזר והסתבך בעבירות סמים והפעם ביתר שאת - גידול קנאבוס בכמות גדולה של למעלה מ-4 ק"ג, לצד החזקת קוקאין בכמות גדולה (11 גרם) שלא לצריכה עצמית.

4. נסיבות אלה, לאור חומרתן, כמו גם היות המערער רצידיבסט- מקום בו המערער בעל הרשעות קודמות במגוון עבירות, ובכללן סמים, רכוש, ונשק, כמו גם הפרת הוראה חוקית - מצדיקות את הטלת חלקו הארי של עונש המאסר- **במצטבר**.

5. מדיניות משפטית זו אינה משתנה מקום בו התביעה לא הייתה מודעת לקיומו של גזר דין נוסף בעניינו של המערער, לא הפנתה את תשומת ליבו של בימ"ש קמא לכך, ונמצא שיוצא חוטא- נשכר. לא כל שכן



מקום בו להתנהלות התביעה ניתן ביטוי הולם בגזר הדין המשלים ע"י חפיפת חלקו של עונש המאסר למאסר הנוכחי.

6. אין חולק באשר לחומרת עונש המאסר הכולל שהושת בסופו של יום על המערער, אך יש לזכור כי מדובר במי שחזר וביצע עבירות סמים, ובכלל זה החזקת קוקאין- פעם אחר פעם, וגידל קנאבוס, כשברור שנוכח הכמויות המדוברות והחלוקה למנות - מדובר בסמים שאינם רק לשימושו העצמי, כל זאת תוך הפרת תנאים מגבילים בהם היה נתון בתיק האחר.

במצב דברים זה- מדובר בענישה משמעותית אך סבירה ומאוזנת, שאינה מצדיקה התערבותה של ערכאה זו, ואינה מקימה טענות של הגנה מן הצדק.

7. יתרה מכך, בנסיבות אלה, חובתו של ב"כ המערער, כמו של המאשימה, הייתה להעיר את תשומת ליבו של בית המשפט קמא לכל נסיבה רלוונטית שנעלמה מעיניו טרם מתן גזר הדין, ומשלא עשה כן - אין לו להלין אלא על עצמו.

8. לא מצאנו טעם לשלוח את המערער לתסקיר משלים בשלב הערעור, שכן במעמד גזר דינו המקורי של בימ"ש קמא - לא התבקשה שליחתו של המערער לשירות המבחן, ואף שליחתו לתסקיר בתיק הנוסף בו הורשע, לא הצדיקה הקלה בעונשו שם.

כך גם לא נשמע כל טעם של ממש שיש בו כדי להצביע על שינוי נסיבות בעניינו של המערער המצדיק קבלת תסקיר בעת הזאת.

יובהר כי ערכאת הערעור אינה "מקצה שיפורים", וממילא ככל שסבר ב"כ המערער כי יש לעשות כן, נוכח קיומו של מאסר ממושך בפועל שכבר הושת על המערער יום קודם, היה עליו לעשות כן במעמד הטיעונים לעונש.

9. לאור כל האמור, אנו דוחים את הערעור.

ניתן היום, כז' סיון תשע"ח (10 יוני 2018) במעמד ב"כ הצדדים והמערער.

נאוה בכור, שופטת

**דנה מרשק מרום,
שופטת**

**אברהם טל, נשיא
אב"ד**

