

עפ"ג 23794/09 - מוחמד ג'בארין, עבד אלנאסר ג'בארין, אחמד ג'בארין נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחויזי בחיפה

26 אוקטובר 2017

עפ"ג 17-09-23794 ג'בארין ואח' נ' מדינת ישראל

לפני הרכב כב' השופטים:

רון שפירא, סגן נשיא [אב"ד]

בטינה טאובר

תמר נאות פר'י

המערערים

1. מוחמד ג'בארין

2. עבד אלנאסר ג'בארין

3. אחמד ג'בארין

עו"י ב"כ עו"דعادל ביראת

נגד

מדינת ישראל

המשיבה

פסק דין

ערעור על גזר הדין של בית המשפט השלום בחדרה (כב' השופטת טל תדמור-זמיר), אשר ניתן בת"פ 15-1833
ביום 1.8.2017.

השופטת ת. נאות פר'י

כתב האישום וההרשה בבית המשפט קמא -

לבית המשפט קמא הוגש כתב אישום כנגד שלושת המערערים, ביחד עם נאשם נוסף (אשר הוגדר כנאשם מס' 2 בכתב האישום קמא, להלן: "הנאשם הנוסף"), ובו מียวחות לאربعה עבירות של סחר בסמים וקשרית קשור לביצוע פשע בהתייחס לעבירות הסחר (כמו גם עבירות בתחום התעבורה). המערערים והנאשם הנוסף כפרו בעובדות כתב האישום בשלב הראשוני, אך בפתח ישיבת ההוכחות, הודיעו הצדדים כי הגיעו להסדר טיעון במסגרתו חזו המערערים והנאשם הנוסף מכפירותם והודיעו בעובדות כתב אישום מתוקן (אשר כלל את עבירות הסמים, תוך השמטת עבירות התעבורה שהיו בכתב האישום המקורי).

בהתאם לכתב האישום המתוקן, בעולות המערער מס' 1 היה בית קפה ומכוון לשטיפת כלי רכב, ומכוון דומה היה אף בעולות של הנאשם הנוסף. בסוף שנת 2014, הגיע שוטר ששימוש כסוכן משטרתי (להלן: "הסוכן") לבית הקפה שבבעלות המערער מס' 1 ובין השנים סוכם על מכירת סמ מסוכן מסווג חשיש. בהמשך, מפורטים בכתב שבעה סעיפים אישום שעוסקים בעסקאות אשר עניין מכירת חשיש לסוכן ותווך בכל הנוגע לממכר חשיש כאמור. את חלק מההעברות ביצעו המערערים או הנאשם הנוסף בלבד, וחלקן בצוותא, תוך שיתוף פעולה בין חלק מהמערערים והנאשם

עמוד 1

הנוספּ לבין עצם.

על מנת שלא להאריך יתר על המידה לא י포רטו כל הנתונים הנוגעים לכל אחד ואחד מהאישומים. יצוין רק כי תחילתם של המגעים בין הטעון לבין המעוררים סביר הפרשה החל ביום 3.12.2014 ושבעת פרטיו האישום מתיחסים לעסקאות שבוצעו במהלך דצמבר 2014 ועד מרץ 2015. בכל המקרים המדובר היה במכרז של סמ מסוג חמיש, בנסיבות שונות בין 7.87 גרא' נטו, במסגרת עסקה שבה נמכרה הכמות הקטנה ביותר, ועד 91.85 גרא' נטו, במסגרת עסקה שבה נמכרה הכמות הגדולה ביותר, כאשר בתווך הינו עסקאות שמתיחסות לכ-28 גרא' לערך נטו, כ-88 גרא' נטו, כ-90 גרא' נטו ועוד.

במסגרת הסדר הטיעון ובעקבותיו, הורשו המעוררים בעbirot הבאות:

העורר מס' 1 - הורשע בעבירה אחת של תיווך באספקת סמ מסוכן לפי סעיפים 13+14 לפקודת הסמים המסתוכנים [נוסח חדש], תש"ג-1973 (להלן: "פקודת הסמים"); עבירה אחת של סיוע לסחר בסמ מסוכן לפי סעיפים 31 לחוק העונשין, תש"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין"), ביחד עם סעיפים 13+19א לפקודת הסמים; ובשתי עבירות של סחר בסמ מסוכן בצוותא לפי סעיף 29 לחוק העונשין ביחד עם סעיפים 13+19א לפקודת הסמים, ככלומר - ארבע עבירות בסך הכל.

העורר מס' 2 - הורשע בשתי עבירות של סחר בסמ מסוכן בצוותא לפי סעיף 29 לחוק העונשין בלבד עם סעיפים 13+19א לפקודת הסמים; ובעבור אחת של סחר בסמ מסוכן לפי סעיפים 13+19א לפקודת הסמים, ככלומר - שלוש עבירות בסך הכל.

העורר מס' 3 - הורשע בעבירה אחת של סחר בסמ מסוכן בצוותא לפי סעיף 29 לחוק העונשין בלבד עם סעיפים 13+19א לפקודת הסמים; בעבירה אחת של סיוע ל�权 בסמ מסוכן בצוותא לפי סעיפים 29 + 31 לחוק העונשין בלבד עם סעיפים 13+19א לפקודת הסמים; ובעבור אחת של סחר בסמ מסוכן לפי סעיפים 13+19א לפקודת הסמים, ככלומר - שלוש עבירות בסך הכל.

הנאשם הנוסף - הורשע בארבע עבירות של סחר בסמ מסוכן בצוותא לפי סעיף 29 לחוק העונשין בלבד עם סעיפים 13+19א לפקודת הסמים.

גור דין קמא -

סדר הטיעון לא כלל הסכמה לעניין העונש.

בפני בית המשפט קמא, במסגרת שלב הטיעונים לעונש, העלו הצדדים את טיעוניהם ולגביה כל אחד ואחד מהעוררים (והנאשם הנוסף) הוגשו תסקרים של שירות המבחן למגוריים.

בגזר דין, ביהם"ש קמא קבוע תקופה כי יש לראות בכל אחד מסעיפי האישום איורע נפרד וכי אין להתייחס למסכת הכלולות המתוארת בכתב האישום המתוקן כאלו איורע אחד. בית המשפט קמא קבוע כי בכוונתו לקבוע מתחם עונש נפרד לגביה כל אחד ומאהירועים, ועם זאת להטיל על המעוררים ועל הנאשם הנוסף עונש כולל ולא לפצל את העונש, שכן פיצול שכזה עשוי להיות מלאכותי.

במה ש, מפרט ביהם"ש קמא את השיקולים בכל הנוגע למתחם העונש הולם, תוך התייחסות מוקיפה לפסיקה הנוגעת ומסקנתו בסוף פרק זה הינה כי כל אירוע שענינו סחר או תיווך בשם נע בין מאסר בן חמישים ספריים, לבין מאסר שכול ויגע לכדי 18 חודשים; וכי המתחם הולם בכל הנוגע לעבירות הסיום ייגזר מהמתחם כאמור.

בשלב הבא, עובר בית המשפט קמא, לסקור את השיקולים הפרטניים שמתיחסים לעונש הראו' לגבי כל אחד ואחד מהמערערים והנאשם הנוסף, תוך פירוט טיעוניהם וממצאים כפי שעולים מהתסקרים. בסופה של הליך נגزو העונשים הבאים:

על המערער מס' 1 - נגزو 21 חודשים מאסר בפועל, בגין ימי מעצרו (ימים 11.5.2015 ועד ים 5.7.2015); מאסר על תנאי של 12 חודשים כאשר התנאי הינו שמערער זה לא יעבור עבירה סמים מסווג פשע ואשר יהיה בתוקפו 3 שנים; קנס בסך 10,000 ₪ או חודשים מאסר תמורה ואשר ישולם בתשלומים.

על המערער מס' 2 - נגزو 18 חודשים מאסר בפועל, בגין ימי מעצרו (ימים 11.5.2015 ועד ים 15.7.2015); מאסר על תנאי של 12 חודשים כאשר התנאי הינו שמערער זה לא יעבור עבירה סמים מסווג פשע ואשר יהיה בתוקפו 3 שנים; קנס בסך 10,000 ₪ או חודשים מאסר תמורה ואשר ישולם בתשלומים.

על המערער מס' 3 - נגزو 16 חודשים מאסר בפועל, בגין ימי מעצרו (ימים 11.5.2015 ועד ים 15.7.2015); מאסר על תנאי של 12 חודשים כאשר התנאי הינו שמערער זה לא יעבור עבירה סמים מסווג פשע ואשר יהיה בתוקפו 3 שנים; קנס בסך 10,000 ₪ או חודשים מאסר תמורה ואשר ישולם בתשלומים.

לגביה הנאשם הנוסף - בית המשפט קמא שוכנע כי יש סיכוי של ממש שהנאשם הנוסף ישתקם, נכון האמור בתסקירים שהוכנו לגביו, ולכן קבע כי יהיה מקום לחרוג בעניינו של הנאשם הנוסף ממתחם העונש הולם כפי שנקבע. לכן, על הנאשם הנוסף נגزو 6 חודשים אשר ירצו בעבודות שירות, כמו גם מאסר על תנאי וקנס כפי שהוא על המערערים.

עוד יעיר, כי בಗזר הדין קמא קיים גם פרק העוסק בדרישת המדינה (המשיבה) להורות על חילוט רכב אשר היה מעורב בביצוע העבירות וחילוט סכומי כספיים מסוימים. בהםמ"ש קמא הורה על חילוט הרכב, ומנגד - על אי חילוט הכספיים. בהודעת הערעור אין התייחסות לסוגיה זו ולכן אין צורך לפרט.

טענות מצדדים בערעור -

הערעור הוגש מטעם של שלושת המערערים.

הטענה הראשונה אשר בפי המערערים, הינה כי שגה בית המשפט קמא שעה שקבע שכלי עסקת מכיר או כל פריט אישום מהווים אירוע נפרד, שכן יש לראות במסכת המכלה אירוע אחד נכון היזקה בין העבירות השונות אשר מקיימות ביניהן קשר הדוק ואשר בוצעו תוך תקופה זמן קצרה. עוד טוענים המערערים, כי מתחם העונש הולם כפי שנקבע בגזר הדין קמא רחב מדי וכי מן הראו' לצמצם את המתחם, תוך קביעת רף עליון נמוך מאשר 18 חודשים, במיוחד נוכח העובדה שהמדובר בנסיבות קטנות של סם וכי המדווח בסם מסווג קל כשלעצמם. בנוסף, ניתן כי לא ניתן משקל ראוי להודאה של שלושת המערערים ולהיסכון הניכר בזמן השיפוט. טענות נוספות מועלות לגבי הנטיות האישיות של המערערים, אשר מחזיבות הקללה ממשמעותית בענישה. טענה נוספת מתייחסת לכך שלא ניתן משקל ראוי, או בכלל, לכך

שלושת המערערים שהוא במשך תקופה ממושכת בתנאים מגבלים כגון מעצר בית מלא ולאחר מכן מעצר בחלק משעות היממה - באופן שהדבר מחייב הקלה בעונשה. לסיום נטען, כי הן המתחם כפי שנקבע והן העונש כפי שנגזר, סוטים ממשמעותית לחומרה מהעונשים שנפסקים בתיקים דומים, לרבות בכל הנוגע לנאשם הנוסף אשר עליו נגזרו 6 חודשים לריצוי בעבודות שירות.

המשיבה, פירטה את טיעונה במסגרת הדיון, כאשר לשיטתה אין כל מקום להתערב בಗזר הדין. המשיבה מדגישה את היקף העסוקאות, את העובדה שהמדובר בפרק זמן ממושך, את העובדה שהמדובר בעבירות חלקן בוצעו בצוותא ומכאן חומרתן העודפת, וטענה באופן כללי כי אין מדובר בגזר דין אשר סיטה באופן ניכר מהഫיסיקה הנוגגת בוודאי שלא באופן המחייב התערבות של ערכתה הערעור. באשר לשאלת אם כל אישום אמר להוות אירוע נפרד, שמא מדובר במסכת כוללת - עמדת המדינהינה כי אין מקום לשנות מקביעתו של בית המשפט קמא. עוד מדגישה המדינהינה את עברם הפלילי של המערערים 2 ו-3 ואת שאר הנسبות לחומרה אשר אין מצדיקות להתערב בגזר הדין קמא. באשר לנאשם הנוסף, המשיבה מבקשת להדגיש כי השיקולים לגבייו היו שונים מאשר בהתייחס לשלוות המערערים, כאשר מהתסקרים שהוגשו לגביו עלתה תמונה מצב המחייב לגזר עליו עונש אשר שונה מהוות מהעונשים אשר נגזרו על המערערים, וכן סיכוי השיקום הגבוהים מאד אשר קיימים לגביו, ולא קיימים לגבים.

דין והכרעה -

לאחר שקידת טיעוני הצדדים דומה כי יש מקום להקל במעט בעונשם של המערערים.

מקדמית, בכל הנוגע לשאלת אם מדובר באירוע אחד, שמא בכמה אירועים נפרדים - אומר כי לשיטתו, אין צורך במקרה הנוכחי להגיאו חד משמעות באשר לטענות שמעלה בא כוחם של המערערים בהקשר זה, שכן אני סבורה שיש לדבר השלכה על התוצאה הסופית. יש לזכור, כי בהמ"ש קמא קבוע כי הגם שהמדובר באירועים נפרדים אז שיש מקום להשית עונש כולל לגבי כל מעורער, בהתייחס לכל האישומים המזוהים לו וכਮובן שהדבר לוקח בחשבון "חפיפה" מסוימת, וכן הקשר בין המעשים וכן לחץ הזמן.

לכן, אין נפקות להכרעה בשאלת, במקרה המוחיד הנוכחי.

באשר לשאר הטיעונים - לא אוכל לקבל את הטענות לפיהן לא ניתן משקל לעובדה שהמערערים שהוא בתנאים מגבלים במסגרת שחורים בערובה, או שלא ניתן משקל לשאר הנתונים האישיים אשר יש לזקוף לזכותם, כפי שפורטו בתסקרים. בית המשפט קמא סקר באופן מפורט ומצאה את כל השיקולים וכל הנתונים, ודומה כי אין נתון אשר נפקד מגזר הדין. בית המשפט קמא התייחס באופן פרטני לכל אחד ואחד מהשיקולים בהתייחס לכל מעורער, בין אם לקולא ובין אם לחומרה, ויש לדוחות את הטענות לגבי כך שתנתונים מסוימים לא נילקו בחשבונו.

באשר לרוחב מתחם העונש - יש טעם מסוים בטענה לפיה מתחם העונש כפי שנקבע, רחוב יחסית, ונזכיר כי הקביעה הייתה שהמדובר בין מסר בן חודשים ספורים לבין 18 חודשים. ככל שהכוונה הייתה שחודשים ספורים יכולים להיות גם 3 חודשים, אז מדובר בפער משמעותי. עם זאת, העירה זו לגבי רוחב המתחם, אינה עילה שלעצמה להתערבות בגזר הדין.

לעומת זאת, ניתוח עמוק של כל פסקי דין אשר הוציאו על ידי הצדדים, הן בהיהם"ש קמא והן במסגרת הערעור, כמו גם פסקי דין רבים אשר אליהם הפנה בהיהם"ש קמא בגזר דין המפורט - מראה כי העונשה שנגזרה על המערערים

נמצאת ברף העליון של העונשה הנוגגת וזאת כאשר אנו לוקחים בחשבון את מספר העבירות, את מהות הסם, את הנסיבות שבהן עסקין ואת הנתונים לגבי המערערים. לא שוכנעתי כי יש מקום לגזר את הדין ברף העליון או בסמור אליו, בנסיבות זה.

אין מקום לשאוף למשמעות "טבלת עונשה" שמתיחסת לסוגי סמים שונים בזיקה לכמויות של הסם אשר נמדדות ביחידות משקל ומcean לגזר את העונשים המתאים, בבחינת נוסחה מתמטית. בתיקים רבים דומים טוענים הצדדים טיעונים אשר מכוונים לכך שהערכאות השיפוטיות יבצעו השוואות "חשבונאיות" בין המקירה שנדרן לבין מקרים אחרים, בזיקה לכמות סם, או משקלם של שתלים, או מספר "פלtotot" וכו'. אין בכך תכלית ולא ניתן להגיא על פיה כל X גרא של חשש יהיה שווה ערך ל-Y חודשים מאסר. עם זאת, ובמיוחד נוכח עיקוריו ומטרתו של תיקון 113 לחוק העונשין, לא ניתן להתעלם מההשוואה למקרים דומים בהם הורשעו נאשמים בסחר בסם מסווג חשיש בכמויות דומות (בין אם למול סוכן משטרתי ובין אם ללא מעורבות שכזו).

על רקע האמור, ואם נבחן את הפסיכה הרבה שהוצאה לעינינו, ותוך מתן משקל למכלול הטיעונים לקולא ולחומרה בהתייחס למערערים הספציפיים שבפניו, כאשר לגבי כל אחד קיימים שיקולים אינדיבידואלים שונים, המסקנה היא שיש להקל במידה בגזר דין, אם כי באופן מותן, שכן הנתונים של המערערים, למרחות העבר של חלק מהם, אינם מצדיק השתת עונש ברף העליון של הפסיכה הנוגגת כאמור.

טרם סיום, יוער עוד, כי אכן לא היה מקום להשוואה בין הנאשם הנוסף, כפי שקבע בית המשפט קמא. השיקולים לגבי הנאשם הנוסף פורטו בגזר הדין, ואני צורך לגזר על האמור, אך הדגש הינו שלגביו קיימים שיקולי שיקום משמעותיים, ולגביו - יש להעדיף את שיקולי השיקום על פני שאר השיקולים. במצב דברים זה, כאשר אין שיקולי שיקום דומים בהתייחס למערערים, הרי שאין מקום לגזר גזירה שווה בין העונש שהושת על הנאשם הנוסף לבין עונשם של המערערים.

סיכום -

לסיכום, אציג לגזר על המערערים את העונשים הבאים, בכל הנוגע למשך תקופת המאסר בפועל:
על המערער מס' 1 - 17 חודשים מאסר בפועל, בגין ימי מעצרו (מיום 11.5.2015 ועד יום 5.7.2015);
על המערער מס' 2 - 14 חודשים מאסר בפועל, בגין ימי מעצרו (מיום 11.5.2015 ועד יום 15.7.2015);
על המערער מס' 3 - 10 חודשים מאסר בפועל, בגין ימי מעצרו (מיום 11.5.2015 ועד יום 15.7.2015).
יתר רכיבי העונשה, לרבות המאסרים המותנים והקנס, לגבי שלושת המערערים, ישארו על כנמ.

תמר נאות פרי, שופטת

השופט ר. שפירא, סגן נשיא [אב"ד]:

אני מסכימם.

מצאתי לנכון להעיר אגב בהקשר לגזר דיןו של הנאשם הנוסף (נאשם 2 בכתב האישום), זאת גם שאין בעניינו ערעור מטעם מי מהצדדים. עם זאת סבור אני כי ראוי להתייחס לעניינו בדייט העקרוני, למקרים שיבאוו.

בית משפט קמא מצא לנכון לחרוג ממתחם העונש ההולם ולגזר עליו עונש של מאסר Shirzah בעבודות שירות, ביחד עם מאסר מוותנה ורplibן עונשה כלכלית. ברכיב העונשה סבור אני כי בנסיבות העניין העונש ראוי. ואולם אין זה עונש הכלול רכיב של עונשה שיקומית המקיים את תכלית החריגה ממתחם העונש ההולם משיקולי שיקום.

עונש שיקומי צריך להביא לידי ביטוי לא רק חריגה ממתחם העונש ההולם אלא גם שימוש באמצעים טיפולים או באמצעות פיקוח משלימים שיקומו את התכליות השיקומית של החריגה ממתחם העונש ההולם, בכל מקרה לפי נסיבותו ובהתאם הנדרשת. סבור אני כי במקרים מסווג אלו שתוארו בגזר דיןו של בית משפט קמא ראוי לעשות שימוש בכוחו של בית המשפט להפעיל מגנון פיקוח טיפול כדי לסייע בידי הנאשם למשמש את הפטונציאל השיקומי (כגון: העמדתו בפיקוח שירות המבחן; חובה להשתתף בתכנית טיפולית מתאימה וכד').

מהאחר עניינו של הנאשם הנוסף לאណון בפנינו איinci קובע מסמרות בעניינו. עם זאת מצאתי לנכון להבהיר כי עצם ההקללה בעונש והימנעות מגזרת מאסר בפועל אינה מזכה את תכלית השיקול השיקומי שבחרגתו לקולה של העונש שנגזר ממתחם העונש ההולם.

בצד העונש המקל יש לשקל, בכל מקרה ומקרה, גם הוספת רכיבים טיפולים ואמצעי פיקוח שיגבירו את הסיכוי במימוש התכליות השיקומית שבגינה נוצר עונש מקל.

**רון שפירא, סגן נשיא
[אב"ד]**

השופט ב. תאובר:

אני מסכימה.

בתינה תאובר, שופטת

הוחלט כאמור בפסק דין של השופטת נאות פרי.

הערעור מתקיים באופן שבו תקופת המאסר בפועל שנגזרה על כל אחד מהמערערים, כלהלן:
על המערער מס' 1 - 17 חודשים מאסר בפועל, בגין ימי מעצרו (מיום 11.5.2015 ועד יום 5.7.2015);
על המערער מס' 2 - 14 חודשים מאסר בפועל, בגין ימי מעצרו (מיום 11.5.2015 ועד יום 15.7.2015);
על המערער מס' 3 - 10 חודשים מאסר בפועל, בגין ימי מעצרו (מיום 11.5.2015 ועד יום 15.7.2015).
יתר רכיבי הענישה, לרבות המאסרים המותנים והקנס, לגבי שלושת המערערים ישארו על כנם, כפי שגורר בית משפט קמא.

ניתן היום, ו' חשוון תשע"ח, 26 אוקטובר 2017, במעמד המערערים וב"כ הצדדים.

**ד"ר רון שפירא, סגן נשיא
[אב"ד]
תמר נאות פרי, שופטת
בטיינה טאובר,
שופטת**