



עפ"ג 24784/06/22 - עדי חן-ברק, יהודה אדוה נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בחיפה

20 אוקטובר 2022

עפ"ג 24784-06-22 אדוה נ' מדינת ישראל

עפ"ג 21630-07-22 מדינת ישראל נ' אדוה

בפני הרכב כב' השופטים:

הנשיא רון שפירא [אב"ד]

סגנית הנשיא בטינה טאובר

עדי חן-ברק

מערער ומשיב שכנגד

יהודה אדוה

ע"י ב"כ עו"ד יאיר נדשי (סנגוריה ציבורית)

נגד

משיבה ומערערת שכנגד

מדינת ישראל

ע"י פרקליטות מחוז חיפה פלילי

פסק דין

לפנינו ערעורים של הנאשם ושל המדינה על גזר דינו של בימ"ש השלום בחיפה (כב' השופטת הבכירה אורית קנטור) מיום 29/5/22 בת"פ 37118-02-20.

הנאשם הורשע על פי הודאתו בעבירות של ייצור, הכנה והפקה של סמים מסוכנים, לפי סעיף 6 לפקודת הסמים

עמוד 1



המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג - 1973 (להלן: "הפקודה") + סעיף 29(א) לחוק העונשין, התשל"ז - 1977 (להלן: "חוק העונשין"); והחזקת סם שלא לצריכה עצמית בצוותא לפי סעיף 7(א) + 7(ג) רישא לפקודה + סעיף 29(א) לחוק העונשין.

לפי עובדות כתב האישום המתוקן בו הודה הנאשם, הנאשם גידל יחד עם אחר (נאשם 1 בתיק בימ"ש קמא, שבמועד מתן גזר הדין טרם הסתיים משפטו), סם מסוכן מסוג קנבוס, וזאת בדירה בחיפה שבבעלותו של האחר. הדירה חולקה לשתי דירות משנה, כשדירת משנה 2 יועדה לצורך הקמת מעבדה לגידול סמים. לצורך כך השיגו הנאשם והאחר כלים ומכשירים שונים: 10 מנורות, 15 שנאים, 4 מפוחים, 150 אדניות וציוד נלווה רב, לרבות מדפים, אוהלים, שקי אדמה ורשתות ייבוש. במהלך תקופה שאינה ידועה, גידלו הנאשם והאחר בדירת המשנה 2 סם מסוכן מסוג קנבוס, באופן שהקימו בתחומה של הדירה מעבדה לגידול סמים.

במסגרת חיפוש שבוצע ביום 4/2/2020 בדירת משנה 2 נמצא כי הנאשמים גידלו במעבדת הגידול 17 שתילים של קנבוס במשקל כולל של 3.65 ק"ג נטו. בנוסף, נמצאו במעבדת הגידול רשתות ייבוש המלאות בפרחים יבשים של סם מסוכן מסוג קנבוס במשקל כולל של 4.25 ק"ג נטו. כן בוצע חיפוש בדירת משנה 1, במהלכו נמצא כי הנאשם והאחר החזיקו בסם מסוכן מסוג קנבוס במשקל כולל של 1.4 ק"ג נטו.

ההליך בבימ"ש קמא וגזר הדין

לאחר הרשעתו של הנאשם הופנה הנאשם אל הממונה על עבודות שירות, אשר קבע כי הנאשם אינו מתאים לריצוי עבודות שירות לאור חוות דעת רפואית שהוגשה לעניין מצבו הנפשי. כן הופנה הנאשם אל שירות המבחן להכנת תסקיר בעניינו. שירות המבחן ציין כי עמדותיו של הנאשם אנטי ממסדיות וקיים קושי בהפנמת גבולות חיצוניים וקבלת מרות, וקבע כי לא ניתן לשלול סיכון להישנות התנהגות פורצת גבול בעתיד. צוין כי הנאשם נטל אחריות פורמלית למעשיו אך התקשה להתחבר לחומרתם ונטה לצמצם את מעורבותו. שירות המבחן לא בא בהמלצה טיפולית, לא מצא את הנאשם מתאים להשתלבות במערך השל"צ והמליץ על הטלת עבודות שירות לצד מאסר מותנה.

בימ"ש קמא ציין במסגרת גזר הדין כי הערכים החברתיים שנפגעו כתוצאה ממעשיו של הנאשם הם הגנה על שלום הציבור, בריאותו וביטחונו הן מפני ההשפעות הישירות ולעיתים הרסניות של השימוש בסמים והן מפני ההשפעות העקיפות של השימוש בסמים, שכן עבירות סמים לעיתים תכופות מהוות מחולל פשיעה נוספת, לרבות בתחום האלימות, הרכוש והתעבורה. זאת בשים לב לכך שמגדלי הסמים מהווים החוליה הראשונה בשרשרת הפצת הסם.

אשר לנסיבות הקשורות בעבירה נקבע כי לעבירות קדם תכנון. אחת מדירות המשנה יועדה להקמת מעבדה לגידול סמים ונדרשה הצטיידות מוקדמת בציוד נלווה רב שפורט לעיל. צוין כי חלקו של הנאשם לא היה בלעדי, וטרם הסתיים ההליך המשפטי בעניינו של האחר. בפועל, הסמים לא הגיעו לידי הפצה, אולם הנזק שצפוי היה להיגרם מביצוע העבירות הוא רב. הסיבה עליה הצביע הנאשם שהביאה אותו לבצע את העבירות היא חברות קרובה עם האחר, שהינו חבר ילדות ובעל רישיון לשימוש בקנאביס, ורצונם המשותף להפסיק לקנות קנאביס מגורמים עברייניים ולהוזיל את



הוצאותיהם. צוין כי הנאשם התנסה לראשונה בשימוש בקנאביס לאחר פטירת אמו, כשהיה בן 12 כמענה לשעמום, הרגעה והתמודדות עם קשיים ומצוקות נפשיות מהן סובל: COMPLEX PTSD, ADHD ואף קיים חשד להפרעה דו קוטבית. הנאשם טען בפני שירות המבחן כי פעל מתוך מחשבה שהחקיקה בתחום מיושנת וכי בעתיד הקרוב מעשיו יהיו חוקיים. צוין כי הנאשם, שהינו בגיר, יכול היה להבין את הפסול במעשיו ולהימנע מהם, אולם בחר לעשותם בכל זאת.

בימ"ש קמא קבע כי מתחם העונש ההולם נע בין של"צ ומאסר מותנה לבין 24 חודשי מאסר בפועל.

באשר לנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה צוין כי הנאשם מעולם לא ריצה עונש מאסר וסביר להניח כי שליחתו לכלא תפגע בו. הנאשם נטל אחריות על מעשיו והודה, ובכך הביא לחיסכון מזמנם של הצדדים, העדים ובית המשפט. לנאשם נסיבות חיים קשות אשר השפיעו על ביצוע העבירה, הכוללות, בין היתר, מות אמו בשל מחלה כשהיה הנאשם בן 12, הטיפול באביו, קשיי הסתגלות לאחר העלייה לארץ ורצף של אירועים טראומטיים נוספים להם היה עד הנאשם מילדותו. הנאשם אובחן כלוקה ב ADHD ובפוסט טראומה מורכבת רב דורית. כן הועלה חשד שהנאשם סובל מהפרעה דו קוטבית.

בעקבות קשייו של הנאשם ועל מנת למנוע פנייה לגורמים עברייניים, גידל הנאשם את הסם לבד. לנאשם עבר פלילי בתחום עבירות הסמים בעבירה של החזקת סמים לצריכה עצמית. כיום הנאשם בעל רישיון להחזקה ושימוש בקנביס מטעם משרד הבריאות.

באשר לבחינת האפשרות לחרוג ממתחם העונש ההולם בשל סיכויי שיקום נקבע כי לא הובאו אינדיקציות לכך שהנאשם השתקם, ושירות המבחן התרשם כי הנאשם בעל עמדות אנטי ממסדיות ומתקשה להפנים גבולות ולקבל מרות. לפיכך שירות המבחן לא בא בהמלצה טיפולית. ההמלצות הטיפוליות שהובאו בחווה"ד הפסיכיאטרית והטיפול התרופתי שנטען שהנאשם מקבל יכולים לשמש כהצדקה להקלה בעונש של הנאשם, אך אין בהם להצדיק חריגה ממתחם הענישה. נמצא כי הנאשם אינו כשיר לבצע עבודות שירות ולא עבר תהליך שיקומי המצדיק אימוץ הרף התחתון של המתחם על דרך של מאסר מותנה וצו של"צ בלבד, המתאימים לנאשמים שהשתלבו בטיפול המפחית את המסוכנות. לפיכך נקבע כי אין הצדקה להסתפק באימוץ הרף התחתון של מתחם הענישה, בפרט בשים לב להצטיידותו של הנאשם בכלים ומכשירים בכמות גדולה ובשים לב למשקל הקנביס הכולל שנמצא בדירה במשקל של קרוב ל-9.5 ק"ג.

עם זאת, נלקחו בחשבון הנסיבות לקולה: מצבו הבריאותי והנפשי של הנאשם, נסיבותיו האישיות, הודאתו בהזדמנות הראשונה, הנאשם השכיל להוציא אישור לקנבוס רפואי. בשים לב לנסיבות אלה יוטל על הנאשם עונש של מאסר לתקופה קצרה, תוך לקיחה בחשבון כי הנאשם לא יכול לרצות תקופה זו בעבודות שירות. מנגד, נלקחו בחשבון השיקולים לחומרה: אין מדובר במעידה חד פעמית- לחובתו של הנאשם הרשעות בעבירות סמים שהתיישנו אך לא נמחקו, הנאשם מתקשה להפנים גבולות חיצוניים, מציג עמדות מתריסות בנוגע לעבירות סמים ואינו מוכן להתחייב להליך טיפולי על אף הסיכון להישנות עבירות דומות.

בסיכומו של דבר נגזרו על הנאשם העונשים הבאים: מאסר בפועל לתקופה של 30 יום, מאסר על תנאי לתקופה של 6 חודשים למשך שלוש שנים והתנאי כי לא יעבור עבירה מסוג פשע בניגוד לפקודה, הנאשם הוכרז כסוחר סמים והוחלט על על חילוט סך של 1,200 ₪ וטלפון נייד מסוג סמסונג. הסמים הושמדו.



טענות הנאשם/מערער בערער 22-06-24784:

שגה בית המשפט קמא כשקבע עונש מאסר בפועל, וכשקבע כי אין מקום לסטות לקולה ממתחם הענישה שנקבע. העונש שהוטל נוטה לחומרה ויש מקום להתערב בו נוכח סטייה מהותית מן העונש ההולם בנסיבות העניין כאשר הנאשם נמצא במצב רפואי קשה.

העבירות בהן הורשע הנאשם הן ברף החומרה התחתון של עבירות לפי סעיף 6 לפקודה, שכן העבירות בוצעו לצרכי שימוש האישי של הנאשם, זאת לאור מצבו הנפשי ונסיבות חייו הקשות, ולא לצרכי הפצה.

שגה בית המשפט קמא כשלא התייחס למידת הפגיעה בערכים המוגנים, שכן מידת הפגיעה הינה נמוכה, בפרט לאור העובדה כי לנאשם האחר, עמו פעל הנאשם, היה רישיון שימוש בקנאביס במועד ביצוע העבירות, ובשים לב שגם הנאשם שבעניינו קיבל רישיון לשימוש בקנאביס במהלך ניהול ההליך. כך שביצוע העבירות לא פגע בשלום הציבור או בביטחונו ולא גרם לפגיעה נוספת. הנאשם ביצע את העבירות כדי להימנע ממפגש עם גורמים עברייניים ועל מנת לחסוך בהוצאות.

גזר הדין אינו משקף את הסיבות בגין ביצע הנאשם את העבירות ואת היעדר הכוונה להפיץ את הסם, ולפיכך העונש שנגזר על הנאשם מהווה סטייה משמעותית מנורמות הענישה הרווחות במקרים עם נסיבות דומות.

בית המשפט קמא לא נתן משקל ראוי לטענתו של הנאשם לפיה אין זה הוגן לגזור עליו מאסר בפועל, כאשר ידוע שהוא נמצא בלתי כשיר לביצוע עבודות שירות בשל בעיה רפואית. שכן העונש שנגזר על הנאשם, בנסיבות אלו, יוצר אפליה בין נאשמים בעלי לקויות שאינם מתאימים לביצוע עבודות שירות לבין נאשמים אחרים. אי כשירותו של הנאשם לביצוע עבודות שירות אינה תלויה בו והיא נובעת ממצבו הבריאותי, ואין מקום להפלותו בשל כך. תוצאת גזר הדין אינה מתיישבת עם חוק שיוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998, ועם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הנאשם הפנה לפסיקה בה נקבע כי אי התאמתו של נאשם לביצוע עבודות שירות מטעמים של בריאות לקויה, אינה שיקול המצדיק הטלת עונש של מאסר מאחורי סורג ובריה.

הנאשם התנסה לראשונה בשימוש בסמים לאחר שאמו נפטרה כשהיה בן 12 בלבד, לצורך התמודדות עם מצוקות נפשיות מהן סובל: COMPLEX PTSD, ADHD וקיומו של חשד להפרעה דו קוטבית. לא ניתן די משקל לפגיעה החמורה שתיגרם לנאשם כתוצאה ממאסרו, זאת בשים לב למצבו הנפשי הרעוע.

שגה בית המשפט קמא כשקבע כי לא הובאו אינדיקציות לכך שהנאשם השתקם, שכן הנאשם לא היה מעורב בביצוע עבירה כלשהי מיום ביצוע העבירות נשוא האישום, הוא החל לעבוד, מקיים קשר זוגי יציב והחל לקבל טיפול וכן ליטול טיפול תרופתי. אין חובה כי שיקום יתבצע באמצעות גורמים חיצוניים, ויש לראות בשיקום עצמי של הנאשם המתבצע דרך עבודה עצמית כשיקום לכל דבר.

המסוכנות הנשקפת מהנאשם הינה נמוכה, ויש לאמץ את הרף התחתון של מתחם הענישה.



העובדה כי הנאשם קיבל במהלך ניהול ההליך רישיון להשתמש בקנבים תומכת בטענתו כי גידול הקנבים נעשה על ידו לצריכה עצמית הנדרשת לו בשל הקשיים הרבים שחווה בחייו. מבוקש להורות על ביטול רכיב המאסר בפועל ולהסתפק בענישה המותנית שנגזרה. לחילופין מבוקש להמיר את המאסר בפועל שנגזר בכל עונש אחר.

טענות המערערת/משיבה (המדינה) בערעור 21630-07-22:

שגה בית המשפט קמא כשקבע שמתחם העונש מתחיל ברף תחתון של של"צ ומאסר מותנה, שכן מתחם הענישה בענייננו צריך לנוע בין 18 ל-24 חודשי מאסר, זאת בשים לב לתכנון הקפדני שקדם לביצוע העבירות, התחכום, כמות השתילים ומשקל הסם והנזק העצום שיכול היה להיגרם בעקבות העבירות בהן הורשע הנאשם. מתחם זה תואם את מדיניות הענישה בפסיקה הנהוגה.

הנאשם הפעיל מעבדה משוכללת שכללה 15 שנאים, 10 מנורות, 4 מפוחים, 150 אדניות, רשתות לייבוש, שקי אדמה, אוהלים וכו'. גזר הדין שנתן בית המשפט קמא אינו משקף את החומרה הרבה של מעשי הנאשם, את הפגיעה בערכים החברתיים ובאינטרס הציבורי ואת הצורך בהרתעה. בעבירות של ייצור סמים, המהווה תחילת שרשרת הסם, יש לתת משקל בכורה לאינטרס הציבורי לאור החשש מהפצה רחבה של הסם, לגרימה להתמכרויות ולכניסה לעולם הפשע.

לחובתו של הנאשם שלוש הרשעות קודמות בגין עבירות דומות ועבירות של איומים, היזק לרכוש והחזקת סכין.

בשים לב לאמור בתסקיר שירות המבחן, אשר לא בא בהמלצה טיפולית לבקשת הנאשם והמליץ על הטלת עבודות שירות לצד מאסר מותנה, לאחר שהתרשם כי חרטת הנאשם נבעה בעיקר מהשפעות ההליך המשפטי על חייו האישיים והתעסוקתיים וציין כי לא ניתן לשלול סיכון להישנות התנהגות פורצת גבול בעתיד, ובשים לב לקביעת בית המשפט קמא כי אין לחרוג ממתחם הענישה שכן לא הובאו אינדיקציות לכך שהמשיב השתקם, שגה בית המשפט קמא כשגזר על הנאשם תקופה של מאסר בפועל של חודש אחד בלבד, והיה עליו לגזור מאסר בפועל לתקופה ממושכת. מבוקש שערכאת הערעור תאריך את רכיב המאסר בפועל לתקופה משמעותית. כמו כן, שגה בית המשפט קמא כשלא גזר על הנאשם קנס ופסילת רישיון נהיגה. רכיב הקנס חשוב מאחר שמטרת ביצוע העבירה היה בצע כסף. בנוגע לרכיב פסילת רישיון נהיגה נטען כי מדובר ברכיב ענישה משמעותי שניתן לגזור אותו בגין כל עבירה לפי פקודת הסמים, גם אם העבירה אינה קשורה לנהיגה ברכב.

דיון והכרעה בערעורים:

לאחר שבחנו את טענות הצדדים ואת גזר הדין של בימ"ש קמא הורינו על הגשת חוות דעת נוספת של הממונה על עבודות השירות, כדי שתבחן האפשרות לפיה הנאשם ירצה מאסר בדרך של עבודות שירות. הממונה על עבודות השירות הגיש לבימ"ש זה חוות דעת מיום 06.10.22 לפיה הנאשם התייצב לראיון התאמה והשמה בתאריך 02.10.22 ונמצא מתאים לעבודות שירות במגבלות וכן הביע הסכמתו לריצוי מאסר בעבודות שירות והוסברו לו תנאי הריצוי. בנסיבות אלו הממונה על עבודות השירות המליץ על השמתו של הנאשם במקום עבודה במועצה מקומית זיכרון יעקב החל מיום



26.12.22.

בנסיבות אלו, ולאור נסיבותיו האישיות של הנאשם ונסיבות תיק זה, הגענו למסקנה כי במקרה זה, לפני משורת הדין, יש מקום להתערב בגזר הדין לעניין רכיב המאסר בפועל בלבד ולהטיל על הנאשם עונש מאסר של 4 חודשים לריצוי בדרך של עבודות שירות בהתאם לחו"ד הממונה על עבודות השירות. יתר רכיבי גזר הדין שהוטלו על ידי בימ"ש קמא יישארו על כנם.

יצוין כי בבואנו לדון בערעור על גזר הדין, אנו נותנים דעתנו לכך שערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בחומרת העונש שהוטל על נאשם, אלא במקרים חריגים, שבהם נפלה בגזר הדין טעות מהותית או שיש בעונש שנגזר משום חריגה קיצונית מרמת הענישה המקובלת [ראו: ע"פ 4302/18 ספיר בוקשטיין נ' מדינת ישראל (21.01.2019); ע"פ 8435/17 דוד נפתלי נ' מדינת ישראל (07.04.2019); ע"פ 6522/15 חאג' נ' מדינת ישראל (25.5.2016); ע"פ 7716/14 אבו סעיפאן נ' מדינת ישראל (27.4.2015)].

אמנם המקרה דנן אינו נמנה על מקרים חריגים אלה, מכיוון שהעונש שנגזר על הנאשם אינו חורג באופן קיצוני מרמת הענישה המקובלת. עם זאת, אנו סבורים כי בנסיבות המקרה ונסיבותיו המיוחדות של הנאשם, יש מקום להתערב כאמור בעונש המאסר בפועל שנגזר על הנאשם ולהטיל במקומו מאסר שירות בדרך של עבודות שירות, מכיוון שאין מקום במקרה זה להטיל מאסר במתקן כליאה רק בשל מצבו הנפשי של הנאשם ולאור חו"ד נוספת שהוגשה מטעם הממונה על עבודות שירות לפיה הנאשם כשיר לרצות עונש בדרך של עבודות שירות ולטעמנו יש לאפשר לו לעשות כן כמפורט לעיל.

כפי שפורט, שירות המבחן המליץ לבימ"ש קמא להטיל על הנאשם עונש מאסר בעבודות שירות ובימ"ש קמא אף שקל הטלת עונש מאסר בעבודות שירות, אך לאור מצבו הרפואי והנפשי של הנאשם ניתנה חו"ד שלילית מטעם הממונה על עבודות שירות ולכן קבע בימ"ש קמא כי הנאשם ירצה עונש מאסר בפועל של חודש.

כפי שהובהר במסגרת ההליך שהתקיים לפנינו, הנאשם אכן מסוגל לרצות עונש מאסר בדרך של עבודות שירות ואף הוגשה חו"ד נוספת מטעם הממונה, לפיה הנאשם כשיר לרצות עונש מאסר בעבודות שירות וניתן לשלבו בעבודות שירות במגבלות ואף נמצא לו מקום מתאים להשמתו.

בנסיבות המפורטות לעיל ובנסיבותיו של הנאשם אנו סבורים כי על מנת שלא לפגוע בשיקומו של הנאשם ולאור נסיבותיו הקשות והבעיות מהן הוא סובל, כפי שפורט, יש מקום להתערב בגזר הדין ולהטיל עליו עונש מאסר של 4 חודשים אשר ירצה בדרך של עבודות שירות בהתאם לחוות דעתו של הממונה על עבודות השירות.

על כן, לאור המפורט לעיל, עונש המאסר של חודש שהוטל על הנאשם מבוטל ואנו מטילים על הנאשם 4 חודשי מאסר



בפועל אשר ירוצו בדרך של עבודות שירות בהתאם לאמור בחוות דעת הממונה על עבודות השירות. יתר רכיבי גזר הדין של בימ"ש קמא (עונש המאסר המותנה ושאר הרכיבים) יעמדו על כנם ללא שינוי. לא מצאנו גם מקום בנסיבות העניין להורות על הוספת עונשים בדרך של קנס או שלילת רישיון כמבוקש על ידי המדינה, זאת לאור נסיבותיו של הנאשם והעובדה שהוא מתפרנס באופן שדורש רישיון נהיגה.

הנאשם/מערער יתייצב לריצוי עבודות השירות ביום 26.12.2022 במשרדי הממונה על עבודות שירות ביחידת ברקאי - עבודות שירות - שלוחת צפון - סמוך לבית סוהר מגידו. ניתן להגיע, בין היתר, באוטובוסים להגעה: 821, 825, 300, 301, 302.

יש לשלוח עותק מפסק הדין לממונה על עבודות השירות.

ניתן היום, כ"ה תשרי תשפ"ג, 20 אוקטובר 2022, במעמד הנאשם וב"כ הצדדים.

רון שפירא, נשיא

עדי חן-ברק, שופטת

בטינה טאובר, סגנית נשיא

[אב"ד]