



עפ"ג 28110/10/15 - מדינת ישראל נגד עידן דוד,

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פלייט

17 דצמבר 2015

עפ"ג 28110-10-15 מדינת ישראל נ' דוד

בפני הרכב כב' השופטים:

רון שפירא, סגן נשיא [אב"ד]

בטינה טאובר

תמר נאות פרי

המערערת

מדינת ישראל

ע"י פרקליטות פלילית מחוז חיפה

נגד

המשיב

עידן דוד,

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

פסק דין

השופטת ב' טאובר:

הערעור בתמצית

1. בפנינו ערעור המדינה (להלן: "**המערערת**") על פסק דינו של בית משפט השלום בחיפה (כב' השופט זאיד פלאח), שניתן ביום 07/09/15 במסגרת ת"פ 74-11-13.

2. המשיב הודה בעובדות כתב אישום מתוקן המייחס לו עבירה של גידול/ייצור/הכנת סמים מסוכנים, עבירה לפי סעיף 6 לפקודת הסמים המסוכנים (נוסח חדש), התשל"ג-1973 (להלן: "**פקודת הסמים**") + סעיף 29(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "**חוק העונשין**").

בית משפט קמא נמנע מהרשעת המשיב, והשית עליו את העונשים הבאים: ביצוע עבודות של"צ בהיקף של 180 שעות; צו מבחן לתקופה של שנה; תשלום פיצוי על סך של 5,000 ₪ לטובת המלחמה בסם אשר יועבר לשירות המבחן וזה ידאג להעבירו לגורם המתאים לפי שיקול דעתו ו-6 חודשי פסילה על תנאי מלקבל או להחזיק ברישיון נהיגה, והתנאי הוא שבמשך שנתיים לא יורשע המשיב בעבירה כלשהי על פקודת הסמים.

3. המערערת משיגה במסגרת הערעור על החלטת בית משפט קמא להימנע מהרשעת המשיב, ומבקשת להרשיע את המשיב בביצוע העבירה בה הודה, ולהטיל עליו מלבד העונשים שהוטלו במסגרת פסק דינו של בית משפט קמא, עונש מאסר על תנאי וקנס כספי באופן שהפיצוי שהוטל על המשיב יומר בקנס



כספי שיועבר לקרן החילוט שהוקמה לפי סעיף 36ח' לפקודת הסמים.

כתב האישום המתוקן

4. כנגד המשב ונאשם נוסף (להלן: "**הנאשם הנוסף**"), הוגש כתב אישום המייחס להם עבירה של גידול, ייצור והכנת סמים, עבירה על פקודת הסמים. לאחר שהסתיים ההליך בעניינו של הנאשם הנוסף, אשר נידון בפני מותב אחר (כב' השופטת א' קנטור, ס.נ.), שם הורשע הנאשם הנוסף בביצוע העבירה נשוא כתב האישום והוטלו עליו עבודות של"צ, מאסר על תנאי ותשלום קנס בסך של 11,000 ₪, תוקן כתב האישום.

מעובדות כתב האישום המתוקן עולה, כי ביום 29/10/13, סמוך לשעה 20:00, בדירה שבחזקת המשיב בחיפה, נמצאו המשיב והנאשם הנוסף, מגדלים בצוותא סם מסוכן מסוג קנאביס במשקל נטו של 3,600 גרם, באופן שגידלו את הסם ב-21 שתילים, בתוך עציצים וכדים, בתוך מעבדה שהכילה שלושה חדרונים מאולתרים ובה ציוד מעבדה הכולל: מאווררים, תאורה מיוחדת, צינורות השקיה, גופי חימום, מד חום, חומרים לעידוד גדילה, שנאי חשמל, מצננים ורשת לייבוש העלים.

5. ביום 09/06/15, ביקש המשיב לחזור בו מכפירתו והודה בעובדות כתב האישום המתוקן. בית משפט קמא התיר למשיב לחזור בו מכפירתו, וקבע, כי בטרם הרשעת המשיב יש לקבל בעניינו, תסקיר שירות מבחן.

תסקיר שירות המבחן

6. מתסקיר שירות המבחן, שהונח בפני בית משפט קמא ביום 30/08/15, עולה, כי המשיב בן 40, רווק, סיים 12 שנות לימוד ללא תעודת בגרות, עובד כמלגזן, בשנת 2007 אובחן כסובל מסכרת סוג 1, וכיום מתגורר המשיב בבית אמו בחיפה.

המשיב בן שלישי להוריו, אמו בת 68 כיום אינה עובדת, אביו נפטר כשהמשיב היה בן 24, שני אחיו נשואים ומתפקדים היטב. המשיב תיאר בפני קצינת המבחן קשר קרוב עם אחיו שלדבריו תומכים בו. עם זאת, ניכר על פי האמור בתסקיר שירות המבחן, כי המשיב חש כ"כבשה שחורה" במשפחתו בשל חוסר הצלחתו בהשוואה לאחיו. כך עולה, כי לאחר שחרורו מהצבא, למד המשיב במסגרת מכינה אקדמית והמשיך בלימודים בבית הספר להנדסאים במגמת תקשורת. המשיב לא סיים את לימודיו מאחר והתקשה לדבריו להשלים את פרויקט הסיום. בהמשך, עבד המשיב כנהג מונית ולאחר מכן התקבל לעבודה בנמל חיפה, שם עבד כ-10 שנים, עד להסתבכותו בעבירה מושא הערעור.



שירות המבחן ציין, כי בהתייחסותו לשימוש בסמים, המשיב שיתף, כי החל את השימוש בסמים מסוג גראס, לאחר פטירת אביו כדרך להירגע וכסוג של "טיפול עצמי". לדברי המשיב השימוש בסמים הפך לאינטנסיבי יותר לאחר שהתגלה כי הוא סובל מסכרת. שירות המבחן ציין, כי נוכח התמכרותו לסמים, הופנה המשיב ביום 16/01/14 לטיפול, במסגרת היחידה לטיפול בנפגעי סמים. המשיב התמיד והקיפיד להגיע לכל המפגשים הקבוצתיים והפרטניים.

קצינת המבחן ציינה, כי למשיב אין כל הרשעות קודמות ובהתייחסותו לעבירה הנדונה התרשמה קצינת המבחן, כי המשיב לוקח אחריות על ביצועה. עם זאת, ציין, כי ניכר שהמשיב נוטה לצמצם את חלקו ומציג את עצמו כקורבן או כמי שנוצל נוכח היותו אדם בעל ביטחון עצמי נמוך. המשיב ציין בפני שירות המבחן, כי הוא ושותפו לעבירה, נהגו להשתמש בסמים יחד וכאשר השימוש בסמים גרם להוצאות מרובות, הציע שותפו (הנאשם הנוסף) שהשניים יגדלו קנאביס לשימוש עצמי בלבד.

קצינת המבחן התרשמה, כי מדובר בבחור וירבאלי, חסר ביטחון, בעל תחושת ערך נמוכה ורגישות גבוהה. לצד זאת, התרשמה קצינת המבחן, כי המשיב בעל יכולת לשמור על יציבות תעסוקתית ונראה כי העבודה בנמל חיפה העניקה לו תחושת ערך ומשמעות. בנוסף, ניכר כי איבוד המשרה גרם לירידה נוספת בתחושת הערך העצמי שלו. המשיב שיתף, כי ההליך המשפטי, המעצר, תחושת הבושה והשלכות מעורבותו בפלילים מהווים עבורו גורם מרתיע לעתיד.

שירות המבחן ציין, כי לאחר התלבטות ולנוכח הסיכוי, כי אי הרשעתו של המשיב ייתכן ותאפשר לו לחזור לעבודתו בנמל חיפה, ומבלי להפחית בחומרת העבירה, המלצתו היא להימנע מהרשעת המשיב. כמו כן, המליץ שירות המבחן לשקול להטיל על המשיב צו מבחן למשך שנה במסגרתו ימשיך המשיב את הטיפול במסגרת היחידה לטיפול בנפגעי סמים. כן המליץ שירות המבחן להטיל על המשיב של"צ בהיקף 180 שעות.

גזר דינו של בית משפט קמא

7. לאחר טיעוני הצדדים לעונש ושמיעת 4 עדי אופי מטעם המשיב, לרבות: עדותם של מומחה למדעי הצמח; אמו של המשיב; יו"ר ועד עובדי נמל חיפה ועדות המשיב בעצמו, ניתן גזר דינו של בית משפט קמא.

בגזר דינו עמד בית משפט קמא על חומרתן של עבירות סמים בכלל ועל השפעתן של עבירות אלה הן על מבצעי העבירות ועל הציבור. כן עמד בית משפט קמא על הצורך בהטלת עונשים מרתיעים על מבצעי עבירות סמים הכוללים מאסרם בפועל. יחד עם זאת, ציין בית משפט קמא, כי יש לבחון כל תיק ונסיבותיו ולהתייחס לכל תיק בהתאם לכל הנתונים המצויים בו. בעניינו של המשיב, ציין בית משפט קמא, כי המשיב הודה בהחזקת 3,600 גרם סם מסוג קנאביס כאשר הוא נתן את הדירה לצורך גידול



הסם. בית משפט קמא ציין, כי מדובר במעשים חמורים, הפוגעים בבריאות הציבור ובביטחוננו בצורה בינונית.

בקביעת מתחם העונש ההולם, לקח בית משפט קמא בחשבון את הערכים שנפגעו, את הפסיקה הנוהגת, את חלקו של המשיב בביצוע העבירה לעומת הנאשם הנוסף שנידון בפני מותב אחר. כמו כן, נלקחו בחשבון הנזק שנגרם והיה צפוי להיגרם מביצוע העבירה וכן הנסיבות שהביאו את המשיב לבצע את העבירה, שנעשתה לטענתו לצורך שימוש העצמי שלו ושל שותפו בלבד. בנוסף, הביא בית משפט קמא בין שיקוליו, את יכולתו של המשיב להבין את מעשיו ואת הפסול שבהם, וכן את מצוקתו הנפשית בעקבות מות אביו ושימושו בסם בשל אותה מצוקה. לבסוף, אימץ בית משפט קמא את אותו מתחם עונש הולם שנקבע גם בעניינו של הנאשם הנוסף ואשר הועמד על מתחם שנע בין 6 חודשי מאסר אותם ניתן לרצות בעבודות שירות ועד 12 חודשי מאסר בפועל.

עם זאת, ציין בית משפט קמא, כי קיים הבדל בין המשיב לבין הנאשם הנוסף. ציין, כי מעיון בהודעותיו של הנאשם הנוסף במשטרה (נ/1), עולה שהמשיב לא טיפל בסמים אלא הנאשם הנוסף הוא זה אשר טיפל בהם. בית משפט קמא ציין, כי הנאשם הנוסף אישר שהסם שגידל יחד עם המשיב שימש לשימוש העצמי וכי מעולם לא מכרו מאותו סם לצד שלישי. עוד ציין בית משפט קמא, כי עיון בהודעותיו של המשיב מעלה שהמשיב לא התעסק כלל בגידול הסמים וכי הנאשם הנוסף הוא זה שטיפל בגידולם. בנסיבות אלה, ציין בית משפט קמא, כי אמנם שני הנאשמים ביצעו את אותה עבירה כמבצעים בצוותא ואולם קיימות אינדיקציות מהן עולה, כי חלקו של המשיב בביצוע העבירה הוא קטן יותר וכי המשיב טיפל יחד עם הנאשם הנוסף בצמחי הסם בכדי שישמשו לשימוש העצמי.

בהמשך, סקר בית משפט קמא את ממצאי תסקיר שירות המבחן ואת המלצותיו כפי שהובאו לעיל ולאחר מכן פנה לבחינת סוגיית אי ההרשעה. בית משפט קמא הפנה לתנאים שנקבעו בע"פ 2083/96 **תמר כתב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(3), 337 (להלן: "**הלכת כתב**") לעניין אי הרשעה, קרי: הפגיעה בשיקום הנאשם, וסוג העבירה שמאפשר הימנעות מהרשעה. בית משפט קמא הגיע למסקנה, כי תנאים אלה מתקיימים בעניינו של המשיב.

בית משפט קמא ציין, כי כעקרון עבירה מעין זו בה הודה המשיב היא עבירה חמורה שבתי המשפט נוהגים להרשיע את הנאשמים שעברו אותה. אולם, במקרה הנדון שוכנע בית משפט קמא כי המשיב גידל את הסם לצרכי שימוש העצמי בלבד בפרט משעלה מעדותו של המומחה למדעי הצמח, שהגיש חוות דעת מטעם ההגנה, שמרבית הסם שנתפס אינו כולל סם פעיל, כי רק חלק מהכמות שנתפסה אצל המשיב מהווה סם ואילו כל היתר איננו עונה על ההגדרה של סם מסוכן.

בנוגע לתנאי הראשון של שיקום הנאשם, שוכנע בית משפט קמא, כי המשיב עבר כבר דרך מאז מעצרו בגין התיק מושא הערעור ועד מועד מתן פסק הדין תוך שילובו בתכנית שיקומית מטעם שירות המבחן. כן שוכנע בית משפט קמא, כי המשיב עבר תהליך שיקומי אמיתי וכי קיים סיכוי של ממש שהוא השתקם. בנוגע לתנאי השני



שנקבע בהלכת כתב שעניינו בכך שטיב העבירה מאפשר ויתור על ההרשעה, ציין בית משפט קמא, כי לאור כל הנתונים שצוינו שוכנע באופן חריג ועל אף העבירה בה הורשע המשיב והפסיקה הענפה של בתי המשפט בעניין זה, כי ניתן במקרה זה לוותר על ההרשעה.

בקביעת עונשו של המשיב הביא בית משפט קמא בחשבון את הפגיעה של העונש במשיב ובתעסוקתו. בהקשר זה הפנה בית משפט קמא לדבריו של מר תורג'מן - יו"ר ועד העובדים בנמל חיפה אשר ציין, כי הרשעת המשיב תוביל בוודאות לפיטוריו מעבודתו ואולם אי הרשעתו אינה אמורה להוביל בוודאות להחזרתו לעבודה, אך יש בה כדי לאפשר לו ולוועד העובדים לנהל מו"מ אל מול ההנהלה בכדי להשאיר את המשיב בעבודתו. לאור דבריו של מר תורג'מן שוכנע בית משפט קמא שאין המדובר בסיכוי תיאורטי שהמשיב ישוב לעבודה, אלא בסיכוי ממשי. לצד זאת, ציין בית משפט קמא, כי המשיב נטל אחריות מלאה על מעשיו ועולה כי הוא עשה מאמצים כבירים מאז שחרורו בתיק זה להיגמל מסמים. עוד צוין, כי המשיב הודה מיד בעבירה המיוחסת לו ועולה כי התנהגותו החיובית שהייתה לפני הסתבכותו בתיק, למעט שימוש בסמים, נמשכה גם לאחר הסתבכותו בתיק. עוד לקח בית משפט קמא בחשבון את נסיבות חייו האישיות של המשיב, מצבו הכלכלי הקשה, עברו הנקי לחלוטין וכן את הזמן הרב שעבר מאז הסתבכותו בתיק זה ועד היום. צוין, כי העבירה בוצעה בחודש אוקטובר 2013, דהיינו לפני כשנתיים, והמשיב היה עצור בגין תיק זה מיום 30/10/13 ועד ליום 03/11/13. לאחר שחרורו שהה המשיב משך חודשים רבים בתנאי מעצר בית מלאים תוך הגבלת חירותו ותנועותיו ולאחר מכן שהה בתנאי מעצר בית חלקיים. נסיבות אלה, לעמדת בית משפט קמא לצד שיקומו של המשיב מהוות שיקול לסטייה מהרף התחתון של מתחם הענישה ההולם.

נוכח כל האמור ובשים לב לעונש שהוטל על הנאשם הנוסף (עבודות של"צ, מאסר על תנאי וקנס), החליט בית משפט קמא להימנע מהרשעת המשיב על מנת לתת לו סיכוי לשוב ולעבוד בנמל חיפה, תוך שהמליץ לנמל חיפה להחזיר את המשיב לעבודתו שם, וזאת, בתנאי שהמשיב ימשיך ויעמוד בצו המבחן שיוטל עליו וימשיך וישתף פעולה עם שירות המבחן וישמור על מרחק משימוש בסמים. על יסוד האמור, נמנע בית משפט קמא מהרשעת המשיב ולבסוף דן את המשיב לעונשים שפורטו לעיל.

תמצית טענות הצדדים

8. המערערת מיאנה להשלים עם פסק דינו של בית משפט קמא והגישה את הערעור שבפנינו. במסגרת הערעור טענה המערערת, כי שגה בית משפט קמא עת נמנע מהרשעת המשיב בהתבססו על האמור בחוות דעתו של ד"ר נועם צכנובסקי - המומחה למדעי הצמח, שהוגשה מטעם ההגנה, בה קבע המומחה, כי כמות הסם הפעיל בסם שנתפס נמוכה מהנקוב בכתב האישום המתוקן. נטען, כי האמור בחוות דעת המומחה מטעם ההגנה עומד בסתירה להודאתו של המשיב בעובדות כתב האישום המתוקן לרבות לעניין כמות הסם שנתפסה. עוד נטען, כי שגה בית משפט קמא עת התיר הגשת חוות דעת מומחה מטעם ההגנה בשאלת כמות הסם ואת חקירתו של המומחה בשלב הטיעון לעונש אשר נועד להבאת עדי אופי אודות אופיו הטוב של המשיב ולא נועד להבאת עדים שמכרסמים בעצם האשמה.



לטענת המערערת, טעה בית משפט קמא בקביעתו, כי חלקו של המשיב בביצוע העבירה נמוך משל מעורבות הנאשם בביצוע העבירה, בהסתמכו על הודעות המשיב והנאשם הנוסף במשטרה (נ/1) אשר הוגשו במסגרת הטיעונים לעונש. נטען, כי שוב נפל בית משפט קמא לידי טעות כאשר קבע ממצאים עובדתיים על סמך ראיות שהוגשו במהלך הטיעונים לעונש שהן מנוגדות למה שנרשם בכתב האישום המתוקן.

הוסיפה המערערת וטענה, כי טעה בית משפט קמא בקבעו, כי הרשעת המשיב עלולה לחבל בשובו של המשיב לעבודה בנמל חיפה ובתמיכתו קביעה זו בדבריו של יו"ר ועד העובדים בנמל חיפה מר תורג'מן. נטען, כי מתוקף תפקידו של מר תורג'מן כיו"ר ועד העובדים, עומדת מול עיניו טובת העובדים ולא טובת הנמל או הציבור בכללותו, לפיכך, טעה בית משפט קמא אף עת קבע, כי עדותו של מר תורג'מן מהווה עדות רשמית שלאדם בכיר בנמל. לעמדת המערערת ראוי היה שעמדת הנמל תישמע על ידי ההנהלה, שהיא זו המוסמכת לקבוע אם המשיב יוחזר לעבודה ואיזה תפקידים יוכל לבצע שם. עוד טענה המערערת, כי גם אם ההרשעה תחסום את דרכו של המשיב חזרה לעבודה בנמל, הרי שלנוכח חומרת עבירות הסמים והשפעתן על הציבור ובכלל זה נוכח המסוכנות העולה ממנה, אין בכך פסול, בפרט משאין בעצם ההרשעה כדי לפגוע בסיכויי המשיב לנצל את הכשרתו כמלגזן במקום עבודה חלופי.

עוד טענה המערערת, כי טעה בית משפט קמא בכך שקבע, כי הפיצוי בסך של 5,000 ₪ יועבר לשירות המבחן שיחליט לאן להעבירו שכן אין הסדר בחוק המסמך את שירות המבחן לעשות כן. לכן ביקשה המערערת, כי הפיצוי שהוטל על המשיב יומר בקנס אשר יועבר לקרן החילוט שהוקמה לפי סעיף 36ח לפקודת הסמים.

9. בדיון שהתקיים בפנינו ביום 26/11/15 טען ב"כ המשיב, כי פסק דינו של בית משפט קמא לרבות לעניין ההחלטה להימנע מהרשעת המשיב בדן יסודו, ודין הערעור להידחות.

אשר לטענות המערערת כנגד קביעות המומחה מטעם ההגנה ביחס לכמות הסם אותן אימץ בית משפט קמא, טען ב"כ המשיב, כי סעיף 40' לחוק העונשין מאפשר הבאת ראיות להוכחת נסיבות ביצוע העבירה ולכן לא נפל פגם בעצם הגשת חוות הדעת. עוד נטען, כי אין גם ממש בטענת המערערת, לפיה חוות הדעת סותרת את הודאת המשיב בעובדות כתב האישום המתוקן מאחר שמטרת חוות הדעת הייתה להראות כי הסם שהמשיב ושותפו גידלו היה לשימוש עצמי.

עוד טען ב"כ המשיב, כי גם הגשת הודעותיהם של המשיב והנאשם הנוסף במשטרה במהלך הטיעון לעונש נועדה להוכיח, כי הסם שגידלו נועד לשימוש עצמי.

בנוגע לטענת המשיב ביחס לקביעתו של בית משפט קמא בדבר חלקם ותפקידם של המשיב והנאשם הנוסף בביצוע העבירה, טען ב"כ המשיב, כי בית משפט קמא אימץ בפסק דינו את מתחם העונש ההולם שנקבע בעניינו של הנאשם הנוסף וחר לסטות מאותו מתחם לקולא כפי שנעשה גם בעניינו של הנאשם הנוסף. נטען, כי השוני בהחלטות נבע מכך, כי בעניינו של המשיב ניתנה המלצה של שירות המבחן להימנע מהרשעתו ונשמעה



עדות מהימנה של יו"ר ועד העובדים בנמל חיפה אשר ציין, כי קיים סיכוי, כי המשיב יוחזר לעבודתו בנמל ככל שלא יורשע.

ביחס לטענת המערערת לעניין סכום הפיצוי שנפסק והבקשה להמירו בקנס, ציין ב"כ המערער, כי ככל שהדבר יניח את דעתה של המערערת, אין התנגדות מצד המשיב להשוות את סכום הפיצוי לסכום שהוטל על הנאשם הנוסף, באופן שהמשיב ישלם בנוסף ל-5,000 ₪ שהוטלו עליו במסגרת פסק דינו של בית משפט קמא סך נוסף של 6,000 ₪. כן ניתנה הסכמתו של ב"כ המשיב להארכת תוקפו של צו הפיקוח.

דין והכרעה

10. במסגרת הערעור חולקת המערערת על החלטת בית משפט קמא להימנע מהרשעת המשיב, אשר הודה בביצוע עבירת הסמים שיוחסה לו במסגרת כתב האישום המתוקן.

11. אכן, הלכה היא בדין הפלילי, כי אדם שביצע עבירה צפוי להיות מורשע בדין. מכאן עולה, אפוא, כי הימנעות מהרשעת נאשם שאשמתו הוכחה היא, חריג לכלל, שיופעל במקרים נדירים בלבד, בהם יוכח, כי הנזק שייגרם לנאשם מההרשעה גבוה יותר מהתועלת שתצמח ממיצוי הדין עם הנאשם, קרי, כאשר לא מתקיים יחס סביר בין הנזק שצפוי לנאשם מן ההרשעה לחומרת העבירה. על כך עמד בית המשפט העליון ע"פ 9893/06 **אסנת אלון לאופר נ' מדינת ישראל**, (31/12/07) (להלן: "**פסק דין אלון**"), בצינו כדלקמן:

"החלופה העונשית של הימנעות מהרשעה, תוך הטלת צו מבחן או צו שירות לתועלת הציבור, מהווה, ביסודה, חריג לכלל הרחב הנוטע בתורת הענישה לפיו, מקום שהוכחה אשמתו של אדם, יש להרשיעו בדין. הרשעתו של מי שעבר עבירה פלילית, היא פועל יוצא מהפרת הנורמה הפלילית, והיא מהווה חוליה טבעית הנגזרת מהוכחת האשמה הפלילית. הרשעת נאשם בעקבות הוכחת אשמתו מממשת את תכלית ההליך הפלילי, ומשלימה את שלביו השונים; היא מגשימה את ערך השוויון בין נאשמים בהליך הפלילי, ומונעת הפליה בדרך החלתו..."

ראו גם: ע"פ 2555/12 **חי נחמיאס נ' מדינת ישראל**, (09/01/2014).

12. אולם לכלל זה חריגים בהם יעדיף בית המשפט להימנע מהרשעת נאשם גם לאחר שאשמתו הוכחה. לצורך כך על הנאשם להוכיח, קיומם של שני תנאים מצטברים. האחד, כי סוג העבירה, חומרתה ונסיבותיה מאפשרים לוותר על ההרשעה מבלי שהדבר יפגע באופן חמור באינטרס הציבורי בהרשעה. והתנאי השני, הוא כי נסיבותיו האישיות של הנאשם והפגיעה הצפויה בו עקב ההרשעה הם כאלה שיש



בהם פוטנציאל ממשי לפגוע בסיכויי שיקומו של הנאשם. ראו: **הלכת כתב**; רע"פ 5579/10 **דוד קריה נ' מדינת ישראל**, (02/08/10). יפים לעניין זה דברים עליהם עמד בית המשפט העליון בפסק דין אלון (פסקאות 9, 10 ו-11) בקבעו:

"**חרף הכלל האמור, המשפט מניח, כי במורכבות החיים האנושיים על תהפוכותיהם, בהשתקפותם בהליך הפלילי, עשויים להיווצר מצבים קיצוניים אשר אינם מתאימים להחלת העקרון העונשי הרחב, המחייב הרשעה פלילית בעקבות הוכחת אשמה. במצבים חריגים מיוחדים ויוצאי דופן, כאשר עלול להיווצר פער בלתי נסבל בין עוצמת פגיעתה של ההרשעה הפלילית בנאשם האינדיבידואלי לבין תועלתה של ההרשעה לאינטרס הציבורי-חברתי הכללי, נתון בידי בית המשפט הכח להחליט כי, חרף אשמתו של הנאשם, הוא לא יורשע בדין.**

...

מקום שבנסיבות מיוחדות וחריגות עלול להיווצר יחס בלתי סביר באורח קיצוני בין חשיבות ההרשעה לאינטרס הציבורי הכללי לבין עוצמת הפגיעה בנאשם הצפויה מההרשעה, עשויה לקום הצדקה לעשות שימוש בסמכות השיפוטית של אי הרשעה. לצורך כך, יש להתחשב, מן הצד האחד, במשמעותה של העבירה שנעברה מבחינת השלכתה על הנורמות החברתיות, והמסר הציבורי המתחייב מהן; יש להתחשב בזהותו של עובר העבירה ובמעמדו בציבור, ולבחון באיזו מידה זהותו משפיעה על עוצמת הפגיעה שנגרמה מהעבירה על המערכת הציבורית; יש לשקול במבט רחב גם את השפעת אי ההרשעה על ההליך הפלילי בכללותו, ואת המסר החברתי שאי הרשעה עלול לאצור בחובו בנסיבות הענין הספציפי.

מנגד, יש לתת את הדעת לנאשם האינדיבידואלי, לנסיבותיו האישיות המיוחדות, ולהשפעת ההרשעה על חייו, ועל סיכויי שיקומו; יש לקחת בחשבון נסיבות אישיות שונות - גיל, עבר פלילי קודם, ונתונים שונים הקשורים למצבו האישי והבריאותי. יש לבחון את השפעת ההרשעה על עיסוקו המקצועי של הנאשם, ועל מצבו הכלכלי והמשפחתי. בסופו של יום, ניצבת השאלה בכל עוצמתה - האם, בנסיבות המיוחדות של הענין, השיקול האינדיבידואלי, על היבטיו השונים, גובר על השיקול הציבורי-מערכתי הכללי, באופן שהגם שהנאשם ביצע את העבירה בה הואשם, סובלת הנורמה החברתית הכללית את אי הרשעתו בדין."

13. בעניינינו, המשיב הודה בביצוע עבירה של גידול/ייצור/הכנת סמים מסוכנים. בית משפט קמא הורה לאחר הודאת המשיב בעובדות כתב האישום המתוקן, על קבלת תסקיר שירות מבחן בעניינו, ולבסוף החליט להימנע מהרשעת המשיב, בין היתר על סמך התרשמותו מהעדים שנשמעו במהלך הטיעונים לעונש ולאחר שהשתכנע, כי בעניינו של המשיב, קיימים שיקולי שיקום המצדיקים אי הרשעה.

14. המערערת אינה מסכימה עם החלטת בית משפט קמא, ובמסגרת הערעור טענה, כי שגה בית משפט קמא כאשר נימק החלטתו להימנע מהרשעת המערער, בין היתר על מסקנות חוות הדעת שהוגשה מטעם ההגנה ואשר הוכנה על ידי ד"ר נועם צכנובסקי - המומחה למדעי הצמח, אשר ציין כי כמות הסם הפעיל בסם שנתפש בבית המשיב נמוכה בהרבה מהנקוב בכתב האישום ועל הסתמכותו של בית משפט קמא על הודעות המשיב והנאשם הנוסף במשטרה מהן הסיק כי חלקו של המשיב בביצוע העבירה נמוך



משל חלקו של הנאשם הנוסף. המערערת טענה, כי משהודה המשיב בעובדות כתב האישום המתוקן, לא היה מקום להתחשב בטענות שעומדות בסתירה לאמור בכתב האישום.

15. אכן, בית המשפט העליון פסק זה מכבר, כי ככלל, על כתב האישום לכלול את כל העובדות והנסיבות הרלוונטיות לביצוע העבירה, ואל לו לבית המשפט להביא בחשבון בשלב גזירת הדין עובדות שלא בא זכרן בכתב האישום בו הודה הנאשם. ראו: ע"פ 4289/14 **אורן חנונה נ' מדינת ישראל**, (20/01/15). אולם, בית המשפט העליון, מכיר בכך, כי הפסיקה בנושא זה אינה אחידה כך שהיו מקרים בהם התאפשרה בשלב גזירת העונש הבאת ראיות להוכחת נסיבות ביצוע העבירה, חרף העובדה כי נסיבות אלה לא מצאו ביטוי בכתב האישום בו הודה הנאשם. ע"פ 3667/13 **ח'טיב נ' מדינת ישראל**, (14/10/14).

16. עם כניסתו של תיקון 113 לחוק העונשין לתוקף, הוסף ההסדר שנקבע בסעיף 40 לחוק העונשין, הנושא כותרת "**הוכחת נסיבות הקשורות בביצוע העבירה**", וזו לשונו:

"(א) בית המשפט יקבע כי התקיימו נסיבות הקשורות בביצוע העבירה, על בסיס ראיות שהובאו בשלב בירור האשמה.
(ב) על אף האמור בסעיף קטן (א) -
(1) בשלב הטיעונים לעונש, הנאשם רשאי להביא ראיות מטעמו, ובלבד שאינן סותרות את הנטען על ידו בשלב בירור האשמה, והצדדים רשאים להביא ראיות שנקבע בחיקוק כי יובאו בשלב זה;
(2) בית המשפט רשאי, לבקשת אחד מהצדדים, להתיר להביא ראיות בעניין נסיבות הקשורות בביצוע העבירה בשלב הטיעונים לעונש, אם שוכנע כי לא היתה אפשרות לטעון לגביהן בשלב בירור האשמה או אם הדבר דרוש כדי למנוע עיוות דין.
(ג) בית המשפט יקבע כי התקיימה נסיבה מחמירה הקשורה בביצוע העבירה אם היא הוכחה מעבר לספק סביר; בית המשפט יקבע כי התקיימה נסיבה מקילה הקשורה בביצוע העבירה אם היא הוכחה ברמת ההוכחה הנדרשת במשפט אזרחי.
(ד) בלי לגרוע מהוראת סעיף קטן (ב)(2), הודה הנאשם בעובדות כתב האישום, בין לאחר שמיעת הראיות ובין לפני כן, יכלול כתב האישום שבו הודה את כל העובדות והנסיבות הקשורות בביצוע העבירה."

17. לפי סעיף 40 לחוק העונשין הנ"ל, הכלל הוא, כי במקרים שבהם הודה הנאשם בעובדות כתב האישום, יכלול כתב האישום את כל העובדות והנסיבות הקשורות בביצוע העבירה. לצד זאת, סעיף 40(ב) מסדיר את אפשרות הוכחת הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה בשלב הטיעונים לעונש, וזאת בכפוף לכך, כי הראיות שמבקש הנאשם להביא אינן סותרות את הנטען על ידו בשלב בירור האשמה, או אם שוכנע בית המשפט, כי לא הייתה אפשרות לטעון לגביהן בשלב בירור האשמה והדבר דרוש על מנת למנוע עיוות דין.



18. במקרה הנדון, המשיב, ביקש מרצונו להודות בעובדות כתב האישום המתוקן, הודאת המשיב בכתב האישום המתוקן, כוללת גם הודאה בכמות הסם אותה גידולו המבקש והנאשם הנוסף ואשר עמדה על כ-3,500 גרם. הודאת המשיב בעבירה המיוחסת לו בכתב האישום המתוקן מבטאת למעשה את הסכמתו לעובדות ולנסיבות האמורות בו. הודאה זו, יש בה משום הצהרה כי אין בעובדות ובנסיבות המתוארות בכתב האישום המתוקן יותר מאשר עשה, ובהתאם, לא נשמטה מכתב האישום המתוקן עובדה או נסיבה שיכולה הייתה לעזור למשיב או להקל עמו.

בנסיבות אלה, מקובלת עלי טענת המערערת, כי לא היה מקום שבית משפט קמא ייקח בין שיקוליו לצורך ההחלטה אם להרשיע או להימנע מלהרשיע את המשיב את מסקנות חוות דעת המומחה בתחום מדעי הצמח בדבר כמות הסם הפעיל. בנוסף, ומשעולה מעובדות כתב האישום המתוקן בו הודה המשיב, כי המשיב והנאשם הנוסף ביצעו את העבירה המיוחסת להם בצוותא, כך שחלקם בביצוע העבירה היה שווה, מקובלת עלי אף טענת המערערת, כי לא היה מקום להסיק מדברי המשיב והנאשם הנוסף בעדויותיהם במשטרה, מסקנות שאינן עולות בבירור מעובדות כתב האישום המתוקן ואף עומדות בסתירה לאמור בו.

19. חרף האמור, והגם שעולה, כי בית משפט קמא לקח בין שיקוליו עובדות שלא עלו בכתב האישום המתוקן בו הודה המשיב, עובדות שאף עמדו בסתירה לאמור בו, סבורני, כי במקרה הנדון קיימים שיקולים כבדי משקל עליהם עמד גם בית משפט קמא, שמצדיקים, אפוא, את החלטת בית משפט קמא להימנע מהרשעת המשיב. כך עולה, כי המשיב נרתם להליך שיקומו ועשה כבוד דרך ארוכה. מתסקיר שירות המבחן עולה, כי לאחר הגשת כתב האישום בעניינו של המשיב השתתף המשיב בקבוצת טיפול בנפגעי סמים. המשיב התמיד והשתתף במפגשים שנערכו. שירות המבחן, התרשם אף הוא מנכונותו של המשיב לחזור לדרך המוטב, ומכוח זה המליץ אף כי בית המשפט יימנע מהרשעתו של המשיב.

ערה אני לכך, כי המלצת שירות המבחן הינה בבחינת המלצה בלבד, ואין בכוחה לחייב את בית המשפט שמופקד על הראייה הכוללת, הבוחנת גם שיקולים נוספים על פני טובתו של הנאשם, שעיקרם בטובת הכלל והאינטרס הציבורי. ואולם, עדיין תסקיר שירות המבחן הוא כלי חשוב, באמצעותו ניתן לרדת לעומק של נסיבותיו האישיות של הנאשם ולעמוד על הגורמים, שהביאו להידרדרותו לביצוע העבירות, כמו גם לבחינה מעמיקה ומקצועית של סיכויי השיקום ודרכי השיקום. מכאן עולה, כי בנסיבות המתאימות נכון לתת להמלצות שירות המבחן משקל משמעותי ולעתים אף לאמצם. ראו: ע"פ 472/11 פלוני נ' מדינת ישראל (03/09/2012).

20. זאת ועוד, עד למעורבותו בעבירה נשוא כתב האישום המתוקן, עבד המשיב בנמל חיפה חרף מחלתו. מעדותו של מר תורג'מן, יו"ר ועד עובדי נמל חיפה בפני בית משפט קמא, עולה, כי קיימת נכונות מצד ועד העובדים לסייע בידי המשיב לחזור לעבודתו בנמל. אמנם, ידוע כי ההחלטה בדבר העסקת עובד במקום עבודה מתקבלת על ידי ההנהלה, ואולם, עדין אין בכך כדי לאיין את תפקידו של הוועד והשפעתו בקשר להעסקת עובדים. מכאן, ברי כי הרשעת המשיב בביצוע העבירה, יש בה כדי לסכל אפשרות של המשיב לחזור לעבודתו בנמל, ומאידך אי הרשעתו נותנת בידי ועד העובדים אפשרות מעשית לסייע בידו



להשתלב חזרה במקום עבודתו, אשר משמש עבורו לו רק מקור פרנסה אלא משענת חשובה להמשך הליכי שיקומו, כמפורט בתסקיר שירות המבחן.

21. המשיב נעדר עבר פלילי, הודה בביצוע העבירה והביע חרטה על מעשיו. על רקע העובדה שמצטייר אצל המשיב פוטנציאל חיובי מאוד לשיקום, עליו עמד גם שירות המבחן בתסקירו ולנוכח הפגיעה הצפויה במשיב באם יורשע לרבות הפגיעה הצפויה בסיכויי חזרתו לעבודה בנמל חיפה, סבורני, כי נכון עשה בית משפט קמא עת אמצ את מסקנות שירות המבחן ככתבן וכלשונן, בכל הנוגע לענישה השיקומית שבחר בית משפט קמא להטיל על המשיב תוך הימנעות מהרשעתו. יש לזכור שקיימת האפשרות לאור צו המבחן שהוטל על המשיב, וככל שהמשיב לא יעמוד בתנאי הצו, לא ישתף פעולה עם שירות המבחן ולא ישמור על מרחק משימוש בסמים להחזיר את עניינו של המשיב לדיון מחדש, להרשיעו ולגזור עונשו מחדש.

22. אשר על כן, מבלי להקל ראש בחומרת העבירה שבביצועה הודה המשיב, לאור האמור בתסקיר שירות המבחן בעניינו של המשיב, שיקומו ואפשרות הפגיעה הממשית בסיכויי של המשיב לחזור לעבוד בנמל חיפה ככל שיורשע, אציע לחברי להרכב שלא להתערב בפסק דינו של בית משפט קמא, בכל הנוגע להימנעות מהרשעתו של המערער ולהטלת העונשים נוספים שהמערער עתרה להם בהודעת הערעור.

23. יחד עם זאת אציע לחברי להאריך את תקופת צו המבחן שהועמד על ידי בית משפט קמא על 12 חודשים, כך שיעמוד על 18 חודשים ובאופן שהמשיב יוכל להשלים הליך שיקום ממושך תחת פיקוחו של שירות המבחן. כן אציע לחברי להגדיל את הפיצוי הכספי שהושת על המשיב מסכום של 5,000 ₪ ל-11,000 ₪ בדומה לעונש הכספי שהושת על שותפו של המשיב לעבירות נשוא כתב האישום המתוקן.

24. מובהר למשיב, כי אם לא ימלא אחר צו המבחן שהוטל עליו על ידי בית משפט קמא או יעבור עבירה נוספת כלשהי, כי אז ניתן יהיה להחזיר את הדיון בעניינו לבית המשפט והוא יהיה צפוי לעונש נוסף על העבירות בהן יורשע, לרבות הרשעתו בביצוע העבירה נשוא כתב האישום המתוקן בעניינו.

**בטינה טאובר,
שופטת**

השופט ר' שפירא, סגן נשיא [אב"ד]:

אני מצטרף למסקנתה של חברתי, השופטת טאובר. עם זאת סבור אני כי שגה בית משפט קמא באופן בו הגיע אל התוצאה.

בכל הנוגע לעדות המומחה לעניין רכיב הסם הפעיל בכלל הצמח שנתפס - עניין זה, לטעמי, לא היה נחוץ כלל לצורך עמוד 11



ההכרעה במחלוקת וגזירת הדין. זאת מאחר ויוחסה למשיב/הנאשם, על פי כתב האישום, עבירה של גידול, יצור והכנת סמים מסוכנים. לא נטען בעובדות כתב האישום כי הסם שגודל בעצמים סופק לאחרים ולא נטען כי נעשה בו שימוש מעבר לשימוש עצמי. בנסיבות אלו, והגם שכמות החומר הצמחי שנתפס עולה על הכמות הקבועה בחוק ככמות המהווה סם שאינו לשימוש עצמי, הרי שבהעדר כל אמירה לעניין זה, יש לפרש את מכלול הנסיבות באופן המקל עם המשיב, דהיינו שמדובר בצמחי סם שגודלו אך ורק לשימוש העצמי של המשיב ושותפו.

בכל הנוגע ליתר העובדות שדלה בית משפט קמא מתיק החקירה - עובדות אלו חורגות מעובדות כתב האישום שיחס לשני השותפים ביצוע עבירות בצוותא. לו ביקש המשיב לטעון כי חלקו בביצוע היה שונה מחלקו של האחר, היה עליו להביא ראיות לעניין זה בטרם הכרעת הדין. לא היה כל מקום להביא ראיות נוספות אלו במסגרת שלב הטיעון לעונש, הגם שאלו הוגשו בהסכמה וללא הסתייגות מטעם ב"כ המאשימה.

עם זאת, בהביאי בחשבון את כל הנסיבות כפי שפורטו ע"י חברתי, סבור אני כי אין מקום להתערב בתוצאה אליה הגיע בית משפט קמא לעניין אי-הרשעת המשיב, ושותף אני לעמדת חברתי כי יש, במקרה זה, כדי להצדיק את הארכת משך הפיקוח על המשיב באמצעות שירות המבחן, זאת מהטעמים שפורטו על ידה.

בשולי האמור אבהיר עוד כי בלב החלטתו של בית משפט קמא להימנע מהרשעת המשיב עמדה שאלת האפשרות כי המשיב יחזור לעבודתו בנמל. אכן השיקול שלא לפגוע בעתיד תעסוקתי של נאשם הינו שיקול ראוי שיש להביא בחשבון במסגרת מכלול השיקולים לעניין הימנעות מהרשעה. עם זאת אדגיש לעניין זה, כי אין לראות בתוצאה אליה הגענו כהבעת עמדה כלשהי בכל הנוגע להחזרתו של המשיב לעבודה בנמל ככלל ובתפקיד שמילא בפרט. עניין זה מסור לשיקול דעתה הבלעדי של הנהלת הנמל, שעליה יהיה להביא בחשבון את מכלול הנתונים, לרבות השלכות השימוש בסמים על האפשרות לבצע את התפקיד אותו ביצע המשיב בעבר, או כל תפקיד אחר בנמל חיפה, על כל המשתמע מכך לעניין בטיחות וכד'.

מצאתי לנכון להדגיש את האמור כדי שלא יתפרש מפסק דיננו כי הבענו עמדה או נתנו המלצה או הכשר להחלטה זו או אחרת בעניין המשך העסקתו של המשיב בנמל. ענין זה יישקל ע"י הגורמים המוסמכים לכך לפי מיטב שיקול דעתם המקצועי ובהתחשב במכלול הנסיבות.

בכפוף לכל ההבהרות דלעיל אני מצטרף לתוצאה אליה הגיעה חברתי, כמפורט לעיל.

רון שפירא, סגן נשיא
[אב"ד]

השופטת ת' נאות-פרי:

לאחר לבטים, אצטרף לעמדת חברי להרכב.



מקדמית, אבקש להעיר כי אף אני סבורה שמחובתנו להדגיש כי לא היה מקום לקבל ראיות בשלב הטיעונים לעונש לגבי האפשרות שהגידול היה לשימוש עצמי בלבד, או לגבי כך שכמות הסם שנתפסה היתה במשקל אחר מאשר המשקל שנקוב בכתב האישום בו הודה המשיב, או לגבי כך שיש שוני בין כמות "ברוטו" לבין כמות "נטו" (ובוודאי שלא לגבי שיעור ה"נטו") ואף לא היה מקום לשמוע טיעונים או להכשיר ראיות לגבי חלוקה זו או אחרת בין שני השותפים. לא ניתן להציג ראיות לגבי נתונים עובדתיים "גולמיים" הסותרים את האמור בכתב האישום בו הודה המשיב או לגבי נתונים ש"סתם" לא מופיעים בכתב האישום, תחת מסווה של "נסיבות ביצוע העבירה". אין המדובר ב"נסיבות", ואני מצטרפת לדברים שנאמרו על ידי חברי בהקשר זה.

באשר להימנעות מההרשעה - עמדתי היא כי במצב דברים רגיל, מבחינת סוג העבירה, עסקין בעבירה מהסוג שאינו מצדיק אי-הרשעה (ובהקשר זה אף יש לתת משקל לעובדה שהשותף הורשע).

עם זאת, מצאתי אף אני שלא להתערב בפסק הדין של בית המשפט קמא, רק בשל המלצת שירות המבחן הכוללת פירוט לגבי ההשלכות הקשות שתהאנה להרשעה על הליך השיקום של המשיב.

אינני סבורה כי שאלת חזרתו לעבודה בנמל צריכה היתה לקבל את המשקל הדומיננטי כפי שקיבלה בפסק הדין קמא, במיוחד שעה שהמדובר באירוע ספקולטיבי. אני מצטרפת בהקשר זה להערתו של כב' השופט שפירא (אב"ד) לעיל, לגבי כך שאין לפרש את פסק הדין של ערכאת הערעור כהמלצה להשיב את המשיב לעבודה בנמל, ודומני כי בית המשפט קמא שגה בכך שכלל המלצה שכזו בפסק דינו.

מבחינתי, הדגש אינו על החזרה או אי החזרה לעבודה בנמל, אלא על הליך השיקום הכולל, אותו עבר המשיב מאז האירועים בהם עסקין ועד היום. המדובר בהליך משמעותי (במיוחד לגבי מי שזו הסתבכותו הראשונה), הכולל טיפול אינטנסיבי, התמודדות עם הגורמים שהביאוהו לכדי העבירה מלכתחילה, שיקום של יחסיו עם המשפחה, גיבוש יכולות לנטילת אחריות על המשך המהלכים, הימנעות מכל עבירה או הפרה במשך כל הזמן שחלף, חיזוק הביטחון והדימוי העצמי - ולשיטתי, יש משקל מכריע לעמדת שירות המבחן לפיה ההרשעה תפגע קשות ב"הישגים" שהושגו עד כה והם ירדו לטמיון, ולא תאפשר את המשך ההליך השיקומי, עד סיומו.

לכן, הגם שלשיטתי עסקין במקרה גבולי בכל הנוגע לשאלת אי-ההרשעה, מצאתי שאין הוא מצדיק התערבות של ערכאת הערעור בשיקול הדעת של בית המשפט הנכבד קמא, ואצטרף לדעת חברי להרכב, כפי שפורט בחוות הדעת המפורטת והמנומקת של כב' השופטת טאובר וכפי שמופיע בחוות הדעת של כב' השופט שפירא (אב"ד).

תמר נאות פרי, שופטת

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת טאובר. בעיקרו של דבר, הערעור נדחה, למעט הארכת משך תקופת הפיקוח באמצעות שירות המבחן וכן השוואת הפיצוי שעל המשיב לשלם, כמפורט בסעיף 23 לפסק דינה של השופטת טאובר.



ניתן היום, ה' טבת תשע"ו,
17 דצמבר 2015, במעמד
הצדדים ובאי כוחם.
רון שפירא, סגן נשיא
[אב"ד]

בטינה טאובר,
שופטת

תמר נאות פרי, שופטת