



עפ"ג 32398/04/16 - חביב בן חי נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים פלייט
לפני כב' השופטים: י' נועם - סגן נשיא, ר' פרידמן פלדמן, ומ' בר-עם

עפ"ג 32398-04-16 חביב בן חי נ' מדינת ישראל

חביב בן חי

המערער

ע"י ב"כ עו"ד חנן רובינשטיין

נגד

מדינת ישראל

המשיבה

באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים

פסק דין

סגן הנשיא י' נועם:

1. לפנינו ערעור על גזר-דינו של בית משפט השלום בירושלים (כב' השופטת מ' אב-גנים - ויינשטיין) מיום 29.3.16, בת"פ 3908-11-14. בהכרעת-הדין הורשע המערער, על-יסוד הודאתו, בעבירה של גידול סם מסוכן - לפי סעיף 6 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973. דינו של המערער נגזר לחודש מאסר בפועל, לריצוי בעבודות שירות, ולחודש מאסר על תנאי.

על-פי עובדות כתב-האישום וכמפורט בגזר-הדין, ביום 3.4.14 ביחידת דיור שבה מתגורר המערער, גידל הלה סם מסוכן מסוג קנביס במשקל כולל של 60.10 גרם נטו. המערער החזיק ביחידת הדיור כלים לגידול והכנת סמים, לרבות "ארון קיר אשר מצופה נייר כסף מבפנים, תאורה מיוחדת, מד טמפרטורה, צינורות השקיה, 2 טיימרים, משאבת אוויר, כבל חשמל, מיכלי דשן, מברג, פלייר, פטיש, אדנית ריקה, חוט דייג וסכין יפני". בגדרה של תשובתו לאישום, הודה המערער בעובדות כתב-האישום, אך טען כי שני אנשים שכנעו אותו לבצע את ההתקנה בביתו, מימנו את הנדרש ואחד מהם התקין את הקונסטרוקציה והביא עמו את כל העצמים. המאשימה לא חלקה על כך.

2. המערער הנו רווק בן 24, המתגורר בבית הוריו. אין לחובתו עבירות קודמות; ומדובר, אפוא, במעידה פלילית ראשונה ויחידה. כעולה מתסקיר שירות המבחן, לאחר שירותו הצבאי, החל המערער לעשן סמים באופן מזדמן עם חבריו. בהמשך, ועל-מנת לחסוך בעלויות רכישת הסם, החליט לגדלו; וזאת, מבלי להבין את חומרת מעשיו. בעקבות ההליך המשפטי, אשר היווה עבורו גורם מרתיע, הבין המערער את הבעייתיות שבמעשיו, הפיק לקחים והפסיק לחלוטין את השימוש בסם. בדיקות שמסר בשירות המבחן העידו על ניקיונו מסמים. שירות המבחן התרשם, כי אין



מדובר בנאשם בעל נורמות עברייניות או התמכרות הדורשות התייחסות טיפולית; וכי עסקין בבחור צעיר המתפקד באורח נורמטיבי ובעל מוטיבציה לניהול אורח חיים חיובי. בעקבות ההליך הפלילי, פוטר המערער מעבודתו כמאבטח, ובתקופה הרלבנטית לגזר-הדין עסק כעוזר מדביר בחברת הדברה. על-מנת שלא לפגוע באפשרויות תעסוקה עתידיות, המליץ שירות המבחן לבטל את הרשעתו של המערער, ולהטיל עליו צו שירות לתועלת הציבור בהיקף של 140 שעות.

3. בטיעונים לעונש בערכאה קמא טענה המשיבה, כי מדובר ב"מעבדה" לגידול סמים שהוקמה בביתו של המערער, למרות שבביתו נתפסו אך כ-60 גרם סם; וכי הנתון המרכזי בעבירות של גידול סם מסוכן הוא פוטנציאל הגידול, כאשר במקרה הנדון אין מדובר אך בגידול סם בעציץ בודד, אלא במעין "מעבדה". היא עתרה למאסר קצר, לריצוי בעבודות שירות, וכן למאסר על תנאי. ב"כ מערער גרס בטיעונו בבית-משפט קמא, כי מתחם הענישה נע בין שירות לתועלת הציבור ללא הרשעה לבין מאסר על תנאי וקנס. הוא ביקש לאמץ את המלצת שירות המבחן ולבטל את הרשעתו של המערער, וזאת בשים לב לגילו הצעיר, להיעדר עבר פלילי או דפוסי התנהגות עבריינים, ולהודאתו בביצוע העבירה ונטילת אחריות על מעשיו, וכן לכך שבבדיקות שבוצעו לו - נתחוו כי אינו משתמש בסמים.

4. בגזר דין מפורט ומנומק, קבע בית-משפט קמא, כי אין מקום להימנע מהרשעת המערער, וגזר את דינו כמפורט לעיל. בית-המשפט עמד בהרחבה על הכללים שנקבעו בפסיקה בשאלת ההימנעות מהרשעה - בכלל, ובעבירות סמים - בפרט; אגב דיון בשני התנאים המצטברים המאפשרים זאת במקרים חריגים: הראשון - כאשר סוג העבירה מאפשר בנסיבות המקרה המסוים לוותר על הרשעה מבלי לפגוע באופן מהותי בשיקולי הענישה הנוגעים לאינטרס הציבורי; והשני - כאשר הרשעה עלולה לגרום לפגיעה חמורה בשיקום הנאשם.

בכל הנוגע לתנאי הראשון, עמד בית-משפט קמא על חומרת העבירה של גידול סמים לפי סעיף 6 לפקודת הסמים המסוכנים, בציינו כי הרציונל העומד מאחורי העבירה הוא "למנוע הכנסת סם חדש למערכת ההפצה הכוללת, שכן אין לדעת לאן יגיע הסם ומה יעודו", וכי "בתי-המשפט עמדו על הצורך לבלום את התפשטות נגע הסמים בחברה, בין היתר על-ידי אכיפת הדין כנגד העוסקים בגידול סמים ובהפקתם". בית-המשפט קבע, כי העבירה שבה הורשע המערער בנסיבות ביצועה, לא מאפשרות ביטול ההרשעה מבלי לפגוע בשיקולי אמון הציבור, הגמול וההרתעה. בית-המשפט אף קבע, כי בנסיבות שלפנינו לא מתקיים התנאי השני, המאפשר הימנעות מהרשעה, בציינו כי לא שוכנע שהרשעה בדין תגרום נזק קונקרטי וממשי בשיקומו או בעתידו של המערער, המועסק כיום כעוזר מדביר בחברת הדברה. משכך, לא מצא בית-משפט קמא, כי עניינו של המערער נמנה בגדר



אותם מקרים חריגים ונדירים המצדיקים הימנעות מהרשעה.

בהמשך גזר-הדין, קבע בית-משפט קמא את העונש בהתאם לעקרונות הבניית הענישה שנקבעו בתיקון 113 לחוק העונשין. בכל הנוגע למתחם הענישה ההולם, התייחס בית-משפט קמא לערכים המוגנים שביסוד עבירת גידול סמים, ולנזק שמסבות עבירות הסמים לציבור ולחברה. כן התייחס בית-המשפט לנסיבות ביצוע העבירה, בציינו כי בעניינו "מידת הפגיעה בערך המוגן הנה ממשית", זאת בהתחשב בעובדה שהמערער "הקים מעבדת סמים ביתית והחזיק ברשותו מגוון כלים לייצור סם", והכל - פרי תכנון מוקדם והשקעת זמן ומשאבים. בהקשר זה הפנה בית-משפט קמא לפסיקה המתריעה על נפוצות התופעה של "מעבדות סמים", לנוכח העובדה שגידול סמים הוא "קל ופשוט יחסית" ורב הפיתוי לבצעו. בהמשך הפנה בית-משפט קמא למדיניות הענישה הנוהגת, ולצורך בהחמרת הענישה בעבירות סמים, ובכלל זה בעבירות של גידול סמים; זאת משיקולי גמול, הרתעה והגנה של שלום הציבור. בית-המשפט סקר שורה של פסקי-דין בעבירות של גידול סמים, בציינו כי מנעד הענישה הוא רחב, זאת הואיל ו"חומרת הענישה משתנה ממקרה למקרה, בהתאם לכמות הסם שהנאשם הורשע בגידולו, מידת התחכום שנדרשה לשם גידול הסם, מטרת הגידול ונסיבותיו האישיות של הנאשם". על-רקע האמור קבע בית-משפט קמא, כי מתחם הענישה ההולם במקרה דנן נע בין מאסר קצר, אשר במקרים מתאימים יכול וירוצה בעבודות שירות, לבין ששה חודשי מאסר בפועל. באשר לעונש המתאים, התחשב בית-משפט קמא בגילו הצעיר של המערער, בנסיבותיו האישיות, בהודאתו ובנטילת האחריות, בכך שמדובר במעידתו הראשונה והיחידה, וכן בעובדה שהלה הפסיק את השימוש בסמים. על-רקע זה, ולנוכח עמדתה של המאשימה, קבע כי העונש המתאים בעניינו של המערער מצוי ברף התחתון של מתחם הענישה, והשית עליו, כאמור, חודש מאסר בפועל לריצוי בעבודות שירות, בצד מאסר על תנאי.

5. המערער מלין בערעורו הן על ההחלטה שלא לבטל את ההרשעה, והן על רכיב המאסר בעבודות שירות. הוא טוען, כי העבירה ונסיבות ביצועה אפשרו הימנעות מהרשעה בדין, שכן מדובר בגידול סם מסוג קנביס בכמות קטנה, כאשר המערער פותה על ידי אחרים לבצע את העבירה. לגרסתו, נסיבותיו האישיות, היעדר עבירות קודמות, הודאתו במיוחס לו, הפסקת השימוש בסמים והעובדה שפוטר ממקום עבודתו כמאבטח בעקבות ההליך המשפטי - הצדיקו את אימוץ המלצת שירות המבחן להימנע מהרשעה, מטעמי שיקום, וטעה בית-משפט קמא כאשר לא נקט דרך זו. בנוסף טען, כי הרף התחתון של מתחם הענישה ההולם בנסיבות ביצוע העבירה דנן הוא שירות לתועלת הציבור; ולחלופין - כי ראוי להסתפק בעונש זה מטעמי שיקום. הוא אף הפנה למספר פסקי-דין שבהם הוטל שירות לתועלת הציבור בגין עבירה של גידול סם מסוכן, זאת מטעמים של שיקום.



6. ב"כ המשיבה גורס, כי לא קמה עילה להתערבות בעונש שהושת על המערער, ומבקש לאמץ את גזר-הדין של הערכאה קמא ממכלול טעמיו.

7. כלל הוא, כי ערכאת הערעור לא גוזרת מחדש את העונש, אלא בוחנת את סבירות גזר-הדין של הערכאה הדיונית; וכי התערבותה בעונשים שנגזרו על-ידי הערכאה הדיונית שמורה למקרים חריגים בלבד שבהם נפלה טעות מהותית, או שהעונש שנגזר סוטה באופן קיצוני מרמת הענישה הראויה (ראו למשל: ע"פ 2422/15 איתן סרור נ' מדינת ישראל (7.11.16)). עיקרון זה חל גם על מתחם ההתערבות בשאלה, האם יש להרשיע נאשם בדין, או שמא להסתפק בהטלת אמצעי ענישה או טיפול ללא הרשעה בדין.

8. על הנסיבות החריגות שבהן ניתן להסתפק בסיום הליך פלילי ללא הרשעה בדין, עמדנו במספר פסקי-דין, ואין לנו אלא לחזור פעם נוספת על הדברים. הכללים בסוגיית ההימנעות מהרשעה הותוו בפסיקת בית-המשפט העליון. נפסק, כי ניתן להגיע בגזר-דין לתוצאה של אי-הרשעה "רק בנסיבות יוצאות דופן, בהן אין יחס סביר בין הנזק הצפוי מן ההרשעה בדין לבין חומרתה של העבירה" (ר"ע 432/85 גדעון רומנו נ' מדינת ישראל (21.8.85)). ההלכה הפסוקה מורה, כי הימנעות מהרשעה אפשרית בהתקיים שני גורמים מצטברים: "ראשית, על ההרשעה לפגוע פגיעה חמורה בשיקום הנאשם, ושנית, סוג העבירה מאפשר לוותר בנסיבות המקרה המסוים על ההרשעה בלי לפגוע באופן מהותי בשיקולי הענישה האחרים..." (ע"פ 2083/96 תמר כתב נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 337, 342 (1997)). בשורה ארוכה של פסקי-דין נקבע, כי הימנעות מהרשעה של מי שאשמתו הוכחה, הנה בגדר "חריג שבחריגים" והיא "תיעשה אך במקרים יוצאי דופן" (ראו למשל: ע"פ 8528/12 אלירן ציפורה נ' מדינת ישראל (3.3.13), והאסמכתאות המפורטות שם; ורע"פ 1949/15 תקדור נ' מדינת ישראל (2.4.15)). באשר לשאלה, האם עצם ההרשעה עלולה לפגוע "פגיעה חמורה" בשיקומו או בעתידו של הנאשם, נפסק כי על בית-המשפט להשתכנע, כי "הפגיעה הקשה שתיגרם לנאשם בעטיה של הרשעה, אינה שקולה כלל ועיקר לתועלת הציבורית המועטה שזו תניב" (ע"פ 9150/08 מדינת ישראל נ' ביטון (23.7.09)). עוד נפסק, כי בבוא בית-המשפט לבחון את הנזק העלול להיגרם לנאשם "יש להתייחס לנזק מוחשי-קונקרטי, ואין להידרש לאפשרויות תיאורטיות, על פיהן עלול להיגרם לנאשם נזק כלשהו בעתיד" (ע"פ 8528/12 בענין אלירן צפורה לעיל; וכן ראו ע"פ 2862/12 מילמן נ' מדינת ישראל (24.1.13)); וכי על הנאשם העותר לאי-הרשעתו, להציג "חשש ממשי כי הטלת אחריות בפלילים תחבל בסיכויי שיקומו... ובחזרתו לדרך הישר" (רע"פ 7720/12 פלוני נ' מדינת ישראל (12.11.12); וכן ראו: רע"פ 3589/14 שרון לוזון נ' מדינת ישראל (10.6.14)). כן הודגש, כי את הטענות בדבר פגיעה קשה וקונקרטית בסיכויי השיקום, יש לבסס בתשתית ראיתית מתאימה (רע"פ 7224/14 משה פרנסקי נ' מדינת ישראל (10.11.14)).



9. לאחר בחינת טיעוני הצדדים, הגענו לכלל מסקנה כי דין הערעור להידחות.

העבירה שביצע המערער, קרי - גידול סם מסוכן, חמורה בטיבה ובנסיבותיה. אין צורך להכביר מילים על חומרת עבירות הסמים, והנזק שהן מסיבות לפרט, לציבור ולחברה בכללותה. על-רקע זה נדרשים בתי-המשפט לנקוט ענישה מחמירה לביעור נגע הסמים, זאת משיקולים של גמול, הגנה על שלום הציבור וביטחון והרתעה אישית וכללית; כאשר בעבירות אלה גוברים בדרך כלל שיקולי הענישה הנוגעים לאינטרס הציבורי על-פני נסיבותיו האישיות של העבריין. גישה עונשית מחמירה מתחייבת, בין-השאר, גם בעבירות של גידול סם מסוכן; שכן מגדל הסם "מכניס" סם חדש למערכת ההפצה הכוללת, כאשר אין לדעת לאן יגיע הסם ומה יעודו. בעבירות של גידול סם, לכמות הסם יש אמנם נפקות לעניין הענישה, אך יש לתת גם משקל לפוטנציאל הגלום בגידול. בצד זאת, מובן כי הענישה נגזרת בהתאם לעקרונות הבניית הענישה, וכי ענישתו של כל נאשם היא, כמובן, אינדיבידואלית.

מקובלת עלינו עמדתו של בית-משפט קמא, לפיה העבירה של גידול סם שביצע המערער - שעונשה המרבי עומד על 20 שנות מאסר, בנסיבות ביצועה - באמצעות קונסטרוקציה או מעין "מעבדה" זעירה עם מכשור מתאים, ותוך תכנון מוקדם תוך השקעת זמן ואמצעים, אינה מאפשרת לוותר במקרה הקונקרטי הנדון על הרשעה, מבלי לפגוע באופן מהותי בשיקולי הענישה הנוגעים לאינטרס הציבורי שצוינו לעיל, וכי המערער אינו עומד, אפוא, בתנאי הראשון שנקבע בהלכת כתב. מכל מקום, צדק בית-משפט קמא, כי לא הוכח גם התנאי השני שנקבע בהלכה הפסוקה, לפיו הרשעה בדין עלולה להסב למערער נזק קונקרטי, מעבר לנזק הצפוי לכל נאשם בגין גזר-דין בפלילים. המערער אמנם פוטר בעקבות הגשת כתב-האישום מעבודתו כמאבטח, אך הוא השתלב בעבודה אחרת, בתחום ההדברה, ולא הוכח כי ההרשעה בדין תגרום לו נזק קונקרטי של פגיעה חמורה, כמשמעו בפסיקה. על-כן, דעתנו כדעת בית-משפט קמא, כי עניינו של המערער אינו בא בגדרם של אותם מקרים חריגים המאפשרים הימנעות מהרשעה.

בכל הנוגע למתחם הענישה ההולם, סבורים אנו כי המתחם שנקבע על-ידי בית-משפט קמא מבטא ומשקף נכונה את הערכים המוגנים שביסוד העבירה, את נסיבות ביצוע העבירה הקונקרטיות ואת מדיניות הענישה הנוהגת. באשר לעונש המתאים - הנסיבות לקולא שפורטו על-ידי ב"כ המערער, ובין-השאר - גילו הצעיר של המערער, נסיבותיו האישיות, הודאתו, היעדר עבירות קודמות, כמו-גם העובדה שחדל להשתמש בסמים - קיבלו את ביטויים ברכיב הענישה שנקבע ברף התחתון של המתחם; ואין לפנינו נסיבות חריגות של שיקום המצדיקות סטייה לקולא מהמתחם.



10. על-יסוד האמור לעיל, הערעור נדחה.

המערער יחל לבצע את עבודות השירות ביום 1.6.17, ובמועד זה יתייצב בשעה 9:00 במשרדי הממונה על עבודות השירות במחוז מרכז, לשם קליטה והצבה.

מזכירות בית-המשפט תמציא עותקים מפסק-הדין לממונה על עבודות השירות ולשירות המבחן.

ניתן היום, י"ג בניסן התשע"ז, 9.4.17, בהיעדר הצדדים (על-פי הסכמתם).

משה בר-עם, שופט

**רבקה פרידמן-
פלדמן, שופטת**

יורם נועם, סגן נשיא