



עפ"ג 46110/09/19 - דן קוסטה נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי ירושלים
עפ"ג 46110-09-19
לפני כבוד השופטים רבקה פרידמן-פלדמן, אלי אברבנאל, חיה זנדברג
בעניין: דן קוסטה (עציר)
15 יוני 2020
המעורר
נגד
מדינת ישראל
המשיבה

פסק דין

השופטת רבקה פרידמן-פלדמן:

1. ערעור על גזר דינו של בית-משפט השלום בירושלים (כבוד השופט ירון מינטקביץ) מיום 12.9.2019 בת"פ 40186-01-19, לפיו נגזרו על המערער 29 חודשי מאסר בפועל, מיום מעצרו; מאסר על תנאי; וקנס בסך 5,000 ₪.

העבירות

2. המערער הורשע, על פי הודאתו בבית-משפט קמא, בעבירות של גידול סם מסוכן; החזקת חצרים; והחזקת כלים להכנת סם שלא לצריכה עצמית, בגין עבירות משנת 2018. כן צירף המערער ת"פ 47594-02-17, והורשע, על פי הודאתו בעובדות כתב אישום מתוקן, בעבירה של גידול וייצור סמים ובעבירה של החזקת סם לצריכה עצמית בלבד, בגין עבירות מפברואר 2017.

הסדר הטיעון

3. הודאתו של המערער ניתנה במסגרת הסדר טיעון, לפיו המערער יישלח לשירות המבחן לקבלת תסקיר. לעניין העונש הוסכם כי:

"במידה והתסקיר יהיה חיובי לדעת המאשימה; כאשר בין היתר התסקיר ילמד כי הנאשם משתף פעולה באופן מלא עם שירות המבחן, נותן דגימות שתן נקיות, לוקח אחריות מלאה על מעשיו ומביע חרטה כנה, כי אז הצדדים יעתרו במשותף כי בית המשפט יגזור על הנאשם את העונשים הבאים: 19 חודשי מאסר בפועל, מאסר על תנאי וקנס לשיקול דעת בית המשפט.

במידה והתסקיר יהיה שלילי, לדעת המאשימה; בין היתר, כי הנאשם לא ישתף פעולה עם שירות המבחן באופן



מלא, או שבדיקות השתן לא תהיינה נקיות, או שלא ייקח אחריות מלאה על מעשיו, או שלא יביע חרטה כנה, כי אז הצדדים יעתרו במשותף כי בית המשפט יגזור על הנאשם את העונשים הבאים: 29 חודשי מאסר בפועל, מאסר על תנאי וקנס לשיקול דעת בית המשפט".

תסקיר שירות המבחן

4. בהתאם להסדר הטיעון, הוגשו בעניינו של המערער תסקירי שירות המבחן.

בתסקיר מיום 27.6.2019 צוין כי המערער בן 25 שנים, רווק, שוהה מזה שישה חודשים בבית מעצר בירושלים, טרם מעצרו שהה בבית הוריו במעצר בית בגין עבירות דומות, במקביל להליך טיפול ייעודי לסמים בתיק קודם. צוין כי אין למערער הרשעות מלבד שני התיקים המפורטים לעיל.

ביחס לביצוע העבירות, ציין שירות המבחן כי המערער התקשה לקבל על עצמו אחריות מלאה על ביצועו והוא אינו מעוניין להשתלב בהליך טיפולי חיצוני ו"אינו חש עצמו נזקק לטיפול ייעודי לגמילה מסמים וכי לדבריו החל טיפול עצמי כבר מסגרת שב"ס". שירות המבחן העריך כי המערער הנו בעל עמדות נוקשות אודות שימוש בסמים מסוג קנבואידים, על אף ההליכים המשפטיים המתנהלים נגדו, הוא משקיע את מרצו וזמנו לצבירת ידע בתחום, תוך שעושה שימוש לרעה בידע זה, ללא מורא מגורמי החוק והשלטונות. צוין כי המערער נעדר גבולות ואינו נרתע מההליכים המשפטיים המתנהלים נגדו. לפיכך המליץ שירות המבחן על הטלת מאסר בפועל, לתקופה "לא ממושכת מידי", ותחפוף את תקופת מעצרו שריצה עד כה". כן הומלץ כי גורמי הטיפול בשב"ס יבחנו אפשרות לשלב את המערער בטיפול במסגרת מאסרו.

בתסקיר מסכם מיום 17.7.2019, צוין כי שירות המבחן אינו צד להסדרי טיעון, ולהערכתו, התייחסות לתסקיר במושגים של "חיובי/שלילי" הינה גישה פשטנית ובעייתית מאוד, העומדת בניגוד לגישה המקצועית של שירות המבחן. כן צוין כי "התסקיר המפורט והמקיף שלנו מיום 16.6.2019 אודות הנ"ל שהוגש לכבוד בית המשפט, מבטא ומשקף גישה מקצועית ועניינית זו שלנו". צוין כי המערער נמצא בקשר טיפולי עם שירות המבחן במשך כשנתיים, במסגרת ההליכים המשפטיים השונים, וכי תוך כדי הטיפול עבר את העבירות בגין הוא עצור. שירות המבחן חזר על המלצתו, כי מאסר בפועל שייגזר על המערער לא יהיה לתקופה ממושכת מידי.

גזר הדין

5. בבואו לגזור את הדין, עמדו לפני בית-משפט קמא עמדת המדינה, לפיה יש לגזור על המערער מאסר למשך 29 חודשים, לאחר שלטענתה המערער לא עמד בתנאים לעונש המקל שבהסדר הטיעון, ועמדת ב"כ המערער, אשר ביקש לגזור את העונש הנמוך שבהסדר.

בית משפט קמא קבע כי החלופות העונשיות המוסכמות בין הצדדים סבירות; כי על פי הסכמת הצדדים, שתי החלופות תלויות בתסקיר שירות המבחן, כאשר על פי ההסדר "הוסכם כי המאשימה היא שתקבע האם התסקיר שהתקבל הוא חיובי או שלילי, על בסיס תבחינים אתם פרטו הצדדים בהודעה על ההסכם"; כי המערער קיבל את ההסדר והסכים לו,



על כל חלקיו, כולל קביעת המדינה האם התסקיר שהתקבל חיובי אם לאו, ולדבריו "התקשיתי לקבל את הטיעון כנגד עמדתה, כי מדובר בתסקיר שלילי". כן ציין כי קשה לתת לתסקיר פרשנות אחרת מזו שנתנה לו המדינה ולטעון כי מדובר בתסקיר חיובי. צוין כי "הנאשם לא עמד באף אחד מהפרמטרים אשר הצדדים הגדירו כתנאים נדרשים לתסקיר חיובי". בית-משפט קמא הוסיף כי "הנאשם עבר את העבירות מושא התיק העיקרי בעצם הימים בהם התנהל נגדו ההליך בתיק המצורף, בגין עבירת גידול סמים. יתרה מכך, ההליכים באותו תיק נדחו, מעת לעת, לבקשות שירות המבחן, לצורך בחינת הליך שיקומי לנאשם. ובסופו של יום התברר, כי הנאשם ניצל את תקופת הדחיות בה אמור היה להשתתף בהליך שיקומי, על מנת לעבור עבירות דומות, אך בהיקף גדול בהרבה. התנהלות זו קשה בעיני, ומעידה על העדר מורא חוק וניצול לרעה של האמון שניתן בנאשם באותו הליך. משכך, גם החלופה המחמירה יותר שהוסכמה בין הצדדים אינה מחמירה מדי עם הנאשם".

בית-משפט קמא התייחס לכך שהמנגנון אותו קבעו הצדדים בהסדר, הנתון לשיקול דעת בלעדי של המדינה "אינו שגרתי ובנסיבות אחרות עלול היה לעורר קשיים", וכי מוטב להותיר בידי בית המשפט את שיקול הדעת כיצד לגזור את העונש. במקרה זה, כאמור התרשם בית המשפט, ללא קשר לעמדת המדינה, כי התסקיר שלילי, וגזר את העונש ברף העליון שבהסדר הטיעון.

ההליכים בערעור

6. ב"כ המערער טען כי טעה בית-משפט קמא כאשר גזר על המערער את העונש החמור שבהסדר. לטענתו, היה על בית המשפט לקבל התייחסות של שירות המבחן, לכל אחד מהפרמטרים שנקבעו בהסדר הטיעון, וזאת נוכח לקיחת אחריות מלאה של המערער על מעשיו, הבעת חרטה על ידו, בדיקות השתן הנקיות משרידי סם אותן נתן, והיותו בעיצומו של הליך שיקומי של שירות בתי הסוהר. לטענתו, משלא עשה כן, שגה בית המשפט באופן מהותי בגזירת עונשו של המערער לחומרה. עוד נטען כי בסיפא לתסקיר המליץ שירות המבחן שלא לשלוח את המערער לתקופת מאסר ממושכת, וכי בית המשפט שגה כשהתעלם מהמלצה מהותית זו. לפיכך ביקש לקבל את הערעור, ולהעמיד את עונשו של המערער על הרף הנמוך שבהסדר, 19 חודשי מאסר בפועל, או לחילופין להקל בעונשו של המערער כפי שבית המשפט ימצא לנכון.

בטיעונו בדיון התייחס ב"כ המערער להסדר הטיעון, וחזר ומיקד טיעונו בתסקיר, שלטענתו אינו מתייחס לכל הפרמטרים עליהם הוסכם בהסדר הטיעון. ב"כ המערער ציין כי העונש שנגזר על המערער אינו חורג בחומרתו מרמת הענישה הנוהגת, אך הוא חמור בשל נסיבותיו של המערער, שזהו מאסרו ראשון, והוא סובל מהפרעות נפשיות כתוצאה מאירוע שהשתתף בו בצבא. לטענתו היה על בית המשפט לשקול נסיבות אלה בגזירת הדין. ב"כ המערער חזר והדגיש כי אינו טוען כנגד הסדר הטיעון אלא כנגד תסקיר שירות המבחן.

7. ב"כ המדינה תמך בגזר דינו של בית-משפט קמא, אשר קיבל את הסדר הטיעון שהמערער הסכים לו וגזר את העונש על פיו. לדבריו, המערער חתם על ההסדר, ועתה הוא מבקש כי בית המשפט יסטה מההסדר ולא יכבדו. לטענת ב"כ המדינה, המערער לא עמד בנטל להראות שקבלת ההסדר על ידי בית המשפט מצדיקה התערבות של ערכאת הערעור.



8. בתום טיעוני ב"כ הצדדים, ביקשנו תסקיר משלים של שירות המבחן.

בתסקיר מיום 9.3.2020 תוארה התנהלותו של המערער, השוהה במעצר מיום 8.1.2019.

צוין כי בפגישה שנערכה עמו, ביטא המערער צער ומבוכה בגין מעורבותו בעבירות, וחש שנושא אחריות לעבירות בגין הורשע. לטענת המערער, הוא "לא הקדיש מחשבה מספקת למשמעות התנהלותו ובחירותיו". שירות המבחן התרשם מנטייה ונכונות לשינוי מצבו של המערער, אשר הביע תקווה באשר לעתידו.

ממידע שנמסר לשירות המבחן על ידי שב"ס, נמסר כי המערער מתפקד במשך כשנה כאסיר עבודה במטבח בית המעצר בירושלים, שם הוא שוהה. לאחרונה שולב כעובד בניקיון משרדים ובמכבסה. תפקודו חיובי ורציף לשביעות רצון הממונים, ללא עבירות משמעת במהלך מאסרו. בדיקות שתן שמוסר המערער נמצאו נקיות משרידי סם. במקביל לתפקודו כאסיר עבודה, משתתף המערער במגוון פעילויות חינוך, בחוגים ובקורסי הכשרה המתקיימים בבית המעצר. לאורך מאסרו הוא משתתף בעקביות במפגשי NA, כן השתתף בכיתת אומנות, בחוג תרפיה באומנות ובחוג למדיטציה, סיים קורס הכנה לעולם העבודה וקורס טבחות. באוגוסט 2019 סיים המערער השתתפות בקבוצת שליטה בכעסים, וכיום הוא משתתף בקבוצה טיפולית בנושא דפוסי התנהגות ומעגל העבירה ומתקדם בתהליך הטיפול. כמו כן החל להשתתף בקבוצת כישורי חיים.

המערער מסרב להשתלב בטיפול בתחום ההתמכרויות, ועל רקע זה לא הומלץ על הוצאתו לחופשה.

המערער נמצא בקשר מעקבי עם עו"ס, והתרשמות גורמי הטיפול הינה כי הוא זקוק לטיפול ייעודי בתחום ההתמכרויות, אך אף שהוצע לו להשתלב בטיפול, המערער אינו תופס עצמו כמי שזקוק לטיפול בתחום זה. צוין כי לאחרונה חלה "תזוזה" בעמדתו של המערער והוא מביע מוטיבציה ראשונית להשתלב בטיפול ייעודי בתחום ההתמכרויות.

ההתרשמות היא "מאסיר צעיר אשר תפקודו בין כותלי הכלא חיובי, והוא לוקח חלק במגוון פעילויות חינוכיות וטיפוליות. נראה כי שילובו בטיפול ייעודי בתחום ההתמכרויות עשוי לסייע לשינוי דפוסי ואורחות חייו".

9. לאחר קבלת התסקיר המשלים, נתבקשה תגובת ב"כ הצדדים.

ב"כ המערער טען כי התסקיר המשלים חיובי ביותר, בדגש על אופן תפקודו החיובי של המערער בין כותלי הכלא. לטענתו, ראוי כי בית המשפט יאמץ את רף הענישה התחתון שבהסדר הטיעון.

ב"כ המדינה טען כי אמנם המערער הינו אסיר בעל תפקוד חיובי בכלא, אך הוא עדיין לא מכיר בצורך להשתלב בטיפול בהתמכרויות, ותפקודו החיובי אינו שוקל די הצורך אל מול התנגדותו להתמודד עם סוגיית ההתמכרויות. בעניין זה, לטענתו, לא חל שינוי של ממש בתסקיר שירות המבחן, מהתסקיר שעמד לפני בית-משפט קמא.

לפיכך ביקש לדחות את הערעור.

דין



10. כלל הוא כי בית משפט יכבד הסדר טיעון, אלא בנסיבות חריגות.

11. בענייננו, הסדר הטיעון אליו הגיעו הצדדים ברור - עונשו של המערער תלוי בהיותו של תסקיר שירות המבחן "תסקיר חיובי", ולעניין זה נקבעו מספר פרמטרים - התסקיר ילמד על שיתוף פעולה מלא עם שירות המבחן; בדיקות שתן תמצאנה נקיות משרידי סם; המערער יקח אחריות מלאה על מעשיו ויביע חרטה כנה".

עד כאן, אין הבדל בין הסדר הטיעון בענייננו לבין כל הסדר טיעון הכפוף לאמור בתסקיר שירות המבחן.

אולם, הצדדים הציבו נתון נוסף בהסדר הטיעון - שיקול הדעת האם תפקודו של המערער חיובי, כמפורט בהסדר, אינו נתון לבית המשפט, אלא למדינה בלבד. משהודיעה המדינה כי מבחינתה המערער אינו עומד בתנאים שנקבעו - אחת דינו - ל- 29 חודשי מאסר בפועל.

לכאורה, מדובר בהסדר חריג, שבו שיקול הדעת נתון כולו למדינה, תוך שלילת שיקול הדעת מבית המשפט. אולם, כשמדובר בהסדר טיעון, לא פעם מחליטים הצדדים על עונש מוסכם או על טווח ענישה מוסכם, שלכאורה אף הוא שולל את שיקול הדעת של בית המשפט בגזירת העונש, ועל בית המשפט לכבד את ההסדר. שיקול הדעת נשמר באפשרות הנתונה לבית המשפט לחרוג מההסדר במקרים נדירים המצדיקים זאת.

12. בטיעוניו בערעור, ב"כ המערער לא טען מפורשות כנגד שיקול הדעת הבלעדי של המדינה, וכאמור מיקד את טיעוניו באופן ניסוח תסקיר שירות המבחן, כשלטענתו, אפשר שניסוח אחר של התסקירים, היה מביא לתוצאה אחרת.

בקשתו כיום, לאחר קבלת התסקיר המשלים, כי בית המשפט יקבע שהתסקיר חיובי ומצדיק ענישה ברף התחתון של ההסדר, הנה, למעשה, בקשה לחרוג מהסדר הטיעון, שכן על פי ההסדר, עדיין, גם בשלב זה, המדינה היא "הקובעת" האם התסקיר חיובי אם לאו, ומכך נגזר העונש.

13. מעיון בתסקירים שהוגשו בבית-משפט קמא, עולה כי מדובר בתסקירים שליליים, וכי גם אילו נדרש בית המשפט להחליט בעצמו האם מדובר בתסקיר חיובי, המצדיק גזירת 19 חודשי מאסר בפועל, או בתסקיר שלילי, המצדיק גזירת 29 חודשי מאסר בפועל - נראה כי ההחלטה בעניין זה הייתה זהה לתוצאה הסופית של גזר הדין, ומכאן שבסופו של דבר, לא הייתה משמעות למתן שיקול הדעת הבלעדי למדינה.

14. כיום עומד לפנינו תסקיר שחלקו הגדול חיובי - התסקיר מלמד על שיתוף פעולה של המערער בכלא, בדיקות השתן שנערכו נמצאו נקיות משרידי סם, המערער מקבל אחריות למעשיו ומביע חרטה.

אולם, הרכיב המשמעותי ביותר, שיתוף פעולה עם שירות המבחן בטיפול בהתמכרויות, לא קיים. ישנה תזוזה קלה של המערער בעניין זה, אך טיפול אין. ויזכר כי ענייננו בעבירות סמים, שימוש בסמים וגידול סמים, שהמאחרות שבהן בוצעו בשעה שהתנהל נגד המערער תיק בעבירות דומות, ותוך כדי הליך טיפולי. מכאן החשיבות לשיתוף הפעולה בטיפול.

בנסיבות אלה, גם כיום לא ניתן לחלוק על עמדת המאשימה, לפיה המערער לא עמד בנדרש ממנו כדי "לזכות" בעונש הנמוך שבהסדר הטיעון, ולכאורה, על פי ההסדר, דין הערער להידחות.



15. עם זאת, לפני משורת הדין ובהתאם לסמכות הנתונה לבית המשפט לחרוג מהסדר טיעון, אני סבורה כי יש להקל מעט בעונשו של המערער, ולהעמיד את תקופת המאסר בפועל על 26 חודשים, חלף 29 חודשי מאסר שנגזרו עליו, וזאת כדי לעודד את המערער בשל תפקודו החיובי בכל התחומים האחרים - תוצאות בדיקות השתן המעידות לכאורה על ניקיון מסמים; היעדר עבירות משמעת במהלך מאסרו; תפקודו החיובי ביותר כאסיר עבודה; השתתפותו באופן מוצלח בפעילויות שונות, ובהן פעילויות חינוכיות, קורסים, וקבוצות טיפוליות אחרות.

16. נתתי דעתי לעמדתו של חברי השופט אברבנאל, לפיה התנגדות המערער ליטול חלק בטיפול בהתמכרויות, עומדת בסתירה לדרישה מהותית שנכללה בהסדר הטיעון, בדבר שיתוף פעולה מלא של המערער עם שירות המבחן, וכי בשל כך אין לחרוג מהסכמתם של הצדדים בהסדר הטיעון.

איני חולקת על עמדה זו, אך כאמור, נוכח התפקוד המוצלח של המערער בכלל, לרבות השתתפותו בקבוצות טיפול שונות, ניקיון מסמים, ועמדתו כיום ביחס למעשים בגינם נגזר דינו - אני סבורה כי לפני משורת הדין יש להפחית מעט מתקופת המאסר שעליו לרצות.

רבקה פרידמן-פלדמן, שופטת

השופט אלי אברבנאל:

17. עיון בפסק הדין שניתן בערכאה קמא ובטיעוני הצדדים מעלה כי אין עילה להתערבות בפסק הדין.

גזר הדין מאזן את נסיבותיו האישיות של המערער עם חומרתן הרבה של העבירות שבהן הורשע ונסיבות ביצועה של העבירה השנייה - בעת שהמערער היה משוחרר בערבות בגין תיק גידול הסמים הראשון לצורך השתתפות בהליך שיקומי.

הסדר הטיעון חד משמעי, ועל פיו נתונה בידי המאשימה ההחלטה אם תסקיר שירות המבחן בעניינו של המערער חיובי אם לאו. תפקודו של המערער כאסיר, עמידתו בהצלחה בבדיקות למציאת שרידי סם והשתתפותו בקבוצות טיפול שונות ראויים לציון, אך אין בהם כדי לאיין את התנגדותו להשתלב בטיפול ייעודי בתחום ההתמכרויות - טיפול שלעמדתם של גורמי המקצוע חיוני לשיקומו. על רקע התנגדות זו אף נמנעת יציאתו לחופשות ממאסר. התנגדות המערער ליטול חלק בטיפול בהתמכרות עומדת בסתירה לדרישה מהותית שנכללה בהסדר הטיעון - לשיתוף פעולה מלא של המערער עם שירות המבחן. השיפור שחל בתפקודו של המערער כאמור בתסקיר המשלים שהוגש בשלב הערעור - אינו משנה את המסקנה האמורה.

משכך לדעתי אין לקבוע כי שגתה המשיבה בקביעתה כי תסקיר שירות המבחן שהוגש בעניינו של המערער אינו חיובי; אין הצדקה לחרוג מהסכמתם של הצדדים כאמור בהסדר הטיעון; ואין עילת התערבות של ערכאת הערעור בגזר הדין.



אשר על כן, לו דעתי תשמע יידחה הערעור.

אלי אברבנאל, שופט

השופטת חיה זנדברג:

18. אני מסכימה לפסק-דינה של כב' השופטת פרידמן-פלדמן. התמונה העולה מהתסקיר העדכני מעלה כי יש מקום להקל קמעא, לפני משורת הדין, בדינו של המערער. כברת הדרך שעשה המערער, כמתואר בתסקיר, ראוייה היא להתחשבות.

חיה זנדברג, שופטת

סוף דבר

19. נוכח האמור לעיל, הערעור מתקבל, ועונש המאסר בפועל שנגזר על המערער, יעמוד על 26 חודשים חלף 29 חודשים שנגזרו עליו בבית-משפט קמא. יתר חלקי גזר הדין יעמדו בעינם.

המזכירות תשלח העתק פסק הדין לב"כ הצדדים ולשירות המבחן.

ניתן היום, כ"ג סיוון תש"פ, 15 יוני 2020, בהעדר הצדדים.

חיה זנדברג, שופטת

**אלי אברבנאל,
שופט**

**רבקה פרידמן-פלדמן,
שופטת**