



ע"פ 52464/02/16 - עדי בן דוד, יעקב מזרחי נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בחיפה

31 מרץ 2016

ע"פ 52464-02-16 בן דוד נ' מדינת ישראל
ע"פ 22339-02-16 מזרחי נ' מדינת ישראל
לפני הרכב כב' השופטים:
רון שפירא, ס. נשיא [אב"ד]
אברהם אליקים
תמר נאות פרי
המערערים

עדי בן דוד
ע"י ב"כ עוה"ד יעד נוח
יעקב מזרחי
ע"י ב"כ עוה"ד גב' ראניה סרוג'י

נגד
המשיבה
מדינת ישראל

פסק דין

השופט ר. שפירא, ס. נשיא [אב"ד]:

הרקע לערעורים שבפנינו

בפנינו שני ערעורים שהדיון בהם אוחד, וזאת בהסכמת הצדדים ובאי כוחם.

שני הערעורים מופנים כנגד גזר דינו של בית משפט השלום בקריות, כב' השופט יוסי טורס (להלן: "בית משפט קמא"). בית משפט קמא הרשיע את המערערים על-פי הודאתם ובמסגרת הסדר טיעון בביצוע עבירות של גידול סמים מסוכנים, עבירה לפי סעיף 6 לפקודת הסמים המסוכנים + סעיף 29 לחוק העונשין; עבירה של החזקת סם שלא לשימוש עצמי, עבירה לפי סעיף 7(א)(ג) סיפא לפקודת הסמים המסוכנים; נטילת חשמל בגניבה, עבירה לפי סעיף 400 + סעיף 29 לחוק העונשין; וקשירת קשר לביצוע פשע, עבירה לפי סעיף 499(א)(1) + סעיף 29 לחוק העונשין.

על-פי הסדר הטיעון שהוצג לבית המשפט הוסכם בין הצדדים כי המאשימה תטען לעונש שלא יעלה על 11 חודשי מאסר בפועל. לגבי יתר רכיבי הענישה יטען כל צד כפי שימצא לנכון, כאשר הנאשמים לא הוגבלו בכל טיעון גם לעניין המאסר.

לאחר ששמע טענות הצדדים ועיין בתסקירי שרות המבחן ובראיות לעונש, החליט בית משפט קמא לגזור על המערערים את העונשים הבאים: 8 חודשי מאסר בפועל בניכוי תקופת המעצר בה שהה כל אחד מהמערערים; 12 חודשי מאסר מותנה והתנאי הוא שכל אחד מהמערערים לא יעבור במשך 3 שנים כל עבירה על פקודת הסמים שהיא פשע וחודש



מאסר מותנה על עבירה על פקודת הסמים שהיא עוון. בנוסף, חויב כל אחד מהם בתשלום קנס בסך 7,500 ₪ שישולם ב- 10 תשלומים.

טענות ב"כ הצדדים בתמצית

המערערים עותרים להתערב בגזר דינו של בית משפט קמא, כאשר הערעור מופנה בעיקר כנגד משך המאסר שנגזר. ב"כ המערערים עותרים לקצר את משך המאסר שנגזר באופן שבו ניתן יהיה לרצותו בעבודות שרות.

לעניין זה מפנים ב"כ המערערים, בין היתר, לאמור בתסקירי המבחן בעניינם. בעניינו של בן דוד המליץ שרות המבחן להימנע מגזירת עונש של מאסר מאחורי סורג ובריח ולהעמידו בפיקוח של שרות המבחן למשך תקופה של שנה וזאת כדי להשלים הליך טיפולי בו החל. יצוין לעניין זה כי ההליך הטיפולי עניינו בהתמכרות להימורים ולא דווקא בהתמכרות הקשורה לעבירות סמים. בכל הנוגע למזרחי, המליץ שרות המבחן על העמדתו בפיקוח צו מבחן שבמהלכו יסייע לשרות המבחן להשתלב בטיפול בתחום בריאות הנפש וזאת תוך פיקוח שרות המבחן, וכמו כן המליץ לגזור עליו עונש של מאסר בעבודות שרות.

להשלמת התמונה יצוין כי בית משפט קמא הפנה את המערערים אל הממונה על עבודות שרות. לבית משפט קמא הוגשו חוות דעת בעניינם של שני המערערים ושניהם נמצאו מתאימים לביצוע עבודות שרות.

ב"כ המערערים טוענים כי בית משפט קמא לא נתן משקל מספיק להמלצות שרות המבחן ולא איזן נכונה בין שיקולי שיקום לשיקולי ההלימה. בנוסף טוענים הם כי הפניית המערערים לשרות המבחן ובהמשך לממונה על עבודות שרות, יצרה ציפייה לפיה ייגזר עליהם עונש של מאסר בעבודות שרות. בהתחשב בעברו הפלילי הקל של המערער בן דוד ובהעדר עבר פלילי למערער מזרחי, טוענים ב"כ המערערים כי יש מקום לקצר את תקופת המאסר באופן שבו יוכל כל אחד מהם לרצות את מאסרו בעבודות שרות, ובדרך זו גם לעמוד בפיקוח שרות המבחן כפי שסבר בית משפט קמא.

ב"כ המשיבה מבקשת לדחות את הערעור. לטענתה מדובר בגזר דין מנומק אשר שקל את מכלול השיקולים וגזר עונש של מאסר במסגרת טווח הענישה עליו הוסכם במסגרת הסדר הטיעון ובנסיבות אלו, ותוך שמביאים בחשבון את חומרת העבירות בביצוען הורשעו המערערים, אין מקום להתערב בגזר הדין.

טיעוני ב"כ הצדדים פורטו בהרחבה בפרוטוקול ולא מצאתי מקום לחזור על כל שנאמר, אלא בתמצית.

הכרעה

אציע לחברי להרכב לקבל את הערעורים, ואולם לא מהטעמים העיקריים שהעלו הסניגורים בטיעוניהם.



בטרם אפרט טעמי אזכיר את הכלל החל על התערבותו של בית משפט בערכאת ערעור בעונש שנגזר. הלכה היא מקדמת דנא כי ערכאת הערעור אינה בודקת מחדש את צדקת ו/או את הרשעתו של המערער אלא את כשרותו או פסלותו של פסק הדין בערכאה הדיונית [ע"פ 125/50 יעקובוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד 560, 514 ו-1 (1952)]. מדיניות זו, של צמצום ההתערבות, מודגשת גם בנוגע לגזרי דין. "כלל ידוע הוא כי ערכאת הערעור תתערב בחומרת העונש שהוטל על ידי הערכאה הדיונית רק במקרים חריגים של סטייה ברורה ממדיניות הענישה הראויה, או כאשר נפלה בגזר הדין טעות מהותית הבולטת על פניה..." [ע"פ 8668/11 פלוני נ' מדינת ישראל (11.10.2012)] או במקרים חריגים של סטייה ברורה וקיצונית ממדיניות ענישה ראויה [י"פ 5980/15 מדינת ישראל נ' מאיר פרי זדה (23.3.16); ע"פ 3265/12 פלוני נ' מדינת ישראל (20.9.2012); ע"פ 5860/14 אסף לביא נ' מדינת ישראל (6.3.2016); ע"פ 3060/15 אבו רגייג נ' מדינת ישראל (21.7.2015); ע"פ 3856/13 גוני נ' מדינת ישראל (3.2.2014)].

על פניו, בשים לב לפסיקה במקרים דומים וכפי שפורטה בהרחבה בגזר דינו של בית משפט קמא, לא ניתן לומר כי העונש שנגזר חורג מהענישה הראויה והמקובלת במקרים מסוג זה, לא כל שכן חריגה קיצונית.

לא אוכל גם לקבל את הטענה לפיה עצם ההפניה של המערערים לממונה על עבודות שרות, יצרה ציפייה אצל הנאשמים אשר יש להביאה בחשבון במסגרת גזירת הדין. ראשית, יצוין כי בית משפט קמא הדגיש כאשר הפנה את המערערים לקבלת תסקיר מבחן ובהמשך לקבלת חוות דעת ממונה עבודות שרות, כי אל להם לטפח ציפיות וכי בית משפט עושה כן אך ורק כדי שתהיה בפניו התמונה המלאה, באופן שיאפשר לו לשקול את כל הנתונים הנדרשים. מעבר לכך, ההלכה הפסוקה היא, כי אין בעצם הזמנת חוות דעת ממונה עבודות שרות כדי ליצור ציפייה לגיטימית אצל נאשם או כדי לכבול את שיקול דעתו של בית המשפט לגזור, בסופו של יום, עונש אחר לפי שיקול דעתו [ראו, ע"פ 8704/08 הייב נ' מדינת ישראל, בפסקה 10 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (23.4.2009); וכן, רע"פ 5114/11 מוסטפא נ' מדינת ישראל (10.7.2011); רע"פ 8995/10 לייבוביץ נ' מדינת ישראל (7.12.2010); ע"פ 5313/08 פלוני נ' מדינת ישראל (6.11.2008)]. אף אם מתעוררת אצל הנאשם ציפייה כאמור, הרי שאין בה כדי למנוע מבית המשפט "לשנות את דעתו משעיין [בחוות דעת הממונה - א.ש] או נפרשה לפניו תמונה מלאה יותר, כל עוד לא הכריע" [ע"פ 6294/05 חובב נ' מדינת ישראל, בפסקה ב' לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (13.7.2006)].

מצאתי לנכון כי ראוי לקבל את הערעור במקרה זה מטעמים אחרים, אשר לא הועלו ע"י ב"כ הצדדים:

מעיון בפרוטוקול בית משפט קמא, ישיבה מיום 25.3.15, בה הודיעו הצדדים על הסדר הטיעון, עולה כי נרשם ש"המאשימה מגבילה עצמה לעונש מאסר בן 11 חודשים לכל אחד מהנאשמים". לא נרשם בהודעה הנ"ל במפורש כי מדובר בעונש של מאסר בפועל (להבדיל מעונש של תקופת מאסר הכוללת מאסר בפועל ומאסר מותנה). אמנם, נראה כי הצדדים התכוונו לגבולות של 11 חודשי מאסר לריצוי בפועל ואולם ענין זה לא צוין במפורש. כאשר מצויים אנו בתחום של המשפט הפלילי, הרי שכל אי בהירות בפרשנות פועלת לטובתו של נאשם וכך יש לראות את המקרה שבפנינו.

מעבר לאמור, והגם שבית משפט קמא שקל את סיכויי השיקום ואת המלצות שרות המבחן, סבור אני כי במקרה זה לא ניתן המשקל המספיק לשיקול השיקומי ובמיוחד כאשר מדובר במערערים שלאחד מהם עבר פלילי שאינו מכביד ולשני



אין עבר פלילי בכלל ושניהם לא ריצו מעולם עונש של מאסר, וזאת בשים לב לזהירות הנדרשת עת נגזר לראשונה עונש של מאסר על מי שמעולם לא ריצה מאסר בפועל.

בהביאי בחשבון אלו, ובהביאי בחשבון את המלצות הועדה הציבורית בבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים, ועדה בראשות כב' השופטת בדימוס דליה דורנר (פורסם בנובמבר 2015) סבור אני כי במקרה שבפנינו גזירת עונש של מאסר קצר לא תשיג את תכליות הענישה מחד ותפגע בהליכי שיקום בהם מצויים שני המערערים, הכל בשים לב לאמור בתסקירים בעניינם.

נזכיר לעניין זה כי כאשר נגזר עונש של מאסר בפועל (להבדיל מריצוי של מאסר בעבודות שרות), לא ניתן לגזור בצד תקופת המאסר גם העמדה של נאשם בפיקוח של שרות המבחן. במקרה שבפנינו גזירת עונש מאסר בעבודות שרות, ביחד עם העמדת כל אחד מהמערערים בפיקוח שרות המבחן, מאפשר מתן הזדמנות שיקומית ראויה ובצד זאת הותרת חרב מעל ראשיהם של המערערים, אשר אם יפרו את הוראות שרות המבחן, כי אז ניתן יהיה להחזיר את עניינם לבית המשפט לשם גזירת עונשם מחדש, בשים לב לחומרת העבירות שבביצוען הורשעו.

בהביאי בחשבון כל אלו, סבור אני כי במקרה הנוכחי תושג תכלית הענישה אם נפחית את משך המעצר אותו ירצה כל מערער, כך שניתן יהיה לרצותו בעבודות שרות, ובצד עונש המאסר לריצוי בעבודות שרות נורה להעמיד כל אחד מהם בפיקוחו של שרות המבחן.

סיכום

אשר על כן ואם תשמע דעתי נורה כדלקמן:

על כל אחד מהמערערים יגזר עונש של 6 חודשי מאסר. התקופות בהן שהה כל אחד מהמערערים לא ינוכו, בנסיבות העניין, מתקופת המאסר.

נתיר למערערים לרצות את תקופת המאסר בעבודות שרות. יצוין כי בעניינו של כל אחד מהם ניתנה בחודשים האחרונים חוות דעת ממונה עבודות שרות, המאשרת את עצם ההעסקה בעבודות שרות. מכאן שאין צורך בהכנת חוות דעת חדשה ואולם, יש צורך בהפנייתם לממונה על עבודות שרות כדי לקבוע את מקום עבודתם (בין אם במקום שנקבע בעבר ובין אם במקום אחר).

עוד נורה להעמיד כל אחד מהמערערים בפיקוח שרות המבחן לתקופה של 24 חודשים מהיום. לעניין זה אציין כי שרות המבחן המליץ על העמדת כל אחד מהמערערים בפיקוח לתקופה של 12 חודשים ואולם, בנסיבות העניין, אציע כי התקופה בה יועמדו המערערים בפיקוח תהיה ממושכת יותר.

יתר חלקי גזר דינו של בית משפט קמא לעניין עונש המאסר המותנה (והגם שהוא חורג מסך התקופה המוסכמת



כמפורט בהסדר הטיעון) והקנס שנגזר, יישארו ללא שינוי.

**רון שפירא, סגן נשיא
[אב"ד]**

השופט אברהם אליקים:

עמדתי שונה מעמדת חברי, סגן הנשיא השופט רון שפירא, אב"ד.

אני מסכים לחלק הראשון של חוות דעתו באשר לקביעה כי לא ניתן לומר כי העונש שנגזר חורג מהענישה הראויה והמקובלת במקרים מסוג זה, לא כל שכן חריגה קיצונית וכי אין לקבל את טענת המערער בן דוד כי הפנייתו לממונה יצרה אצלו ציפייה. לעניין זה אפנה לדברי באי כוח המערערים שהם אותם הסנגורים שייצגו את המערערים לפני בית משפט קמא:

"ב"כ הנאשמים:

מבקשים להפנות את הנאשמים לתסקיר ולממונה על עבודות השירות. מובן לנו שאין בהפנייתם לממונה על מנת ליצור ציפייה כלשהיא, אנו רק רוצים לנצל את פרק הזמן שכן הם נמצאים במעצר בית ארוך ואם בית המשפט ישקול להטיל עונש מאסר בעבודות שירות, שתהיה מונחת חוות דעת אולם כאמור אנו מודעים לכך שעל פי ההסדר בית משפט רשאי להטיל על עונש בתוך הטווח שהוסכם".

ב"כ בן דוד שהצהיר כך לפני בית משפט קמא, לא העלה טענת ציפייה או הסתמכות בנימוקי הערעור והעלאת טענה זו לראשונה רק בדיון לפנינו, טענה המנוגדת להצהרתו כאמור והיא מהווה, לטעמי, שימוש לרעה בהליכי משפט ולכן יש לדחותה על הסף.

איני מסכים לשני הנימוקים האחרים שהעלה חברי, מעיין בטיעוני הצדדים לפני בית משפט קמא ונימוקי הערעור, אני סבור כי כל הצדדים ידעו והסכימו כי המשיבה תוכל לדרוש הטלת 11 חודשי מאסר בפועל בנוסף לעונש מאסר מותנה, ראו למשל סיום טיעוני ב"כ המאשימה שזו בקשתו (עמוד 26 שורה 12 לפרוטוקול הדיון לפני בית משפט קמא וגם האמור בעמוד 25 שורה 28 לאותו דיון) מבלי שמי מהסנגורים שטען לאחר מכן מעלה טענה כי מדובר בחריגה מהמוסכם.

מוטב היה בעת מסירת ההודעה על ההסדר להודיע במפורש כי עונש המאסר של 11 חודשי מאסר הוא עונש מאסר בפועל, אך איני סבור כי במקרה זה יש להקל עם המערערים בשל כך.

ודווקא הסכמה זו צריכה להוות תחילת דרכנו בערכאת הערעור, ואפנה לפסק הדין בעניינו של לחיאני, רע"פ 3292/15 **לחיאני נגד מדינת ישראל** (17.11.2015), באותו מקרה הוסכם כי המדינה תגביל עצמה לבקש עונש של 12 חודשי מאסר בעוד שהנאשם יטען באופן "פתוח", בית המשפט קמא הטיל עליו עונש של 12 חודשי מאסר וכאשר הוא ביקש



בערעור להפחית מעונשו, בית המשפט העליון דחה את ערעורו כשהוא קובע כך:

"יתר על כן, אמנם כלל בסיסי הוא שהתערבות בענישה שנקבעה לאור טווח שהוסכם בהסדר טיעון תהא מצומצמת (ע"א 7696/14 גבריאל נ' מדינת ישראל (2015) כך, בהסדרים מן הסוג הנדון, האפשרות להתערבות ערעורית פתוחה יותר ככל שהטווח רחב, ודברים אלה נכונים הן בערעורים מצד הנאשם והן בערעורים מצידה של התביעה. ... בחתימתו, היה מוכן "להסתכן" בגזר דין המטיל עליו עד 12 חודשי מאסר מאחורי סורג ובריח, כפי שדרשה המשיבה".

גם בהעדפת שיקולי השיקום במקרה זה, דעתי שונה מדעת חברי. שאלת השיקום היא רק שאלה אחת מתוך מכלול השיקולים שעל בית משפט לשקול בעת גזירת הדין ובית המשפט קמא איזן נכונה שיקולים אלו. איני יכול להתעלם מהכמות הגדולה של הסמים, שתילים המכילים סם מסוכן מסוג קנבוס במשקל כולל של 9.415 ק"ג שנתפסו בתוך מעבדה שנועדה לייצר סמים כדי למכור אותם, עסק מסחרי בלתי חוקי לכל דבר וענין.

לצד שיקולי השיקום יש להעמיד את האינטרס הציבורי והנזק שנגרם או עלול להגרם ממעשי המערערים ואפנה למקרה דומה, רע"פ 1787/15 עמר נגד מדינת ישראל (24.3.2015). באותו מקרה גידל הנאשם 4.380 ק"ג שתילי קנביס (כמחצית מהמשקל שלפנינו), והעלה טענות בדבר שיקומו, עונשו שאושר גם בבית המשפט העליון עמד על 8 חודשי מאסר בפועל:

"לשיטתו של המבקש, בית משפט השלום לא נתן משקל ראוי לתהליך השיקומי שבו הוא מצוי, ולכן העונש שגזר עליו חמור יתר על המידה. אכן, נאמר לא אחת, כי האינטרס הנוגע לשיקומו של הנאשם איננו אינטרס שלו בלבד, אלא שהדבר משרת את החברה בכללותה. יחד עם זאת, אינטרס זה מהווה שיקול אחד מבין מכלול של שיקולים העומדים בפני בית המשפט, בבואו לגזור את עונשו של הנאשם (רע"פ 1383/15 לב ארי נ' מדינת ישראל (3.3.2015); רע"פ 7996/12 יוסף נ' מדינת ישראל (23.1.2013)). במקרה דנן, בית משפט השלום נתן את דעתו לתהליך השיקומי שבו מצוי המבקש, ולפיכך גזר עליו עונש מתון, אשר לטענת המבקש, לפיה שגה בית משפט השלום בקביעת מתחם הענישה ההולם לעבירות שבהן הוא הורשע, היינו עונש הנע בין שמונה לעשרים חודשי מאסר, לא מצאתי בה כל ממש. סבורני, כי מתחם הענישה שנקבע בעניינו של המבקש הינו ראוי והולם בנסיבות העניין, ומכל מקום יש לזכור כי העונש שנקבע מצוי בתחתית המתחם".

עוד ראו רע"פ 5177/14 זוארץ נגד מדינת ישראל (28.7.2014), המערער גידל שתילי קנביס במשקל כולל של 9.4 ק"ג ו-669.65 גרם נטו, בית משפט השלום ביקש לקבל חוות דעת הממונה על עבודות השירות ולאחר שמיעת טענות הצדדים הטיל על המערער 8 חודשי מאסר בפועל מבלי לנכות את ימי מעצרו. בית המשפט המחוזי ניכה את ימי המעצר, כך שעונשו של המערער הועמד על 6.5 חודשי מאסר בפועל ודחה בקשתו להעמיד עונשו על 6 חודשים בעבודות שירות. בית המשפט העליון אישר עמדה זו וקבע כך:

"לאחר התערבותו של בית המשפט המחוזי בעונש, הושתו על המבקש 6.5 חודשי מאסר לריצוי בפועל, לצד עונשי מאסר על-תנאי וקנס בסך 4,000 ₪. סבורני, כי מדובר בענישה ההולמת את חומרת מעשיו של המבקש, והיא אף עומדת ברף התחתון של הענישה הנוהגת במקרים דומים (רע"פ 7675/13 סעפין נ' מדינת ישראל (26.1.2014); רע"פ 1447/06 ביטאן נ' מדינת ישראל (23.4.2006); ע"פ 856/02 מדינת ישראל נ' שמואל (11.3.2002))."



ככל שמדובר בעבירות סמים ובהיקף כזה, שיקולי השיקום ונסיבות אישיות צריכים לטעמי לסגת בשל האינטרס הציבורי. מקובלים עליי במלואם נימוקי בית משפט קמא כמפורט בסעיפים 20-25 לענין סיכוי השיקום ואיני סבור כי נפלה טעות בניתוח סיכויי השיקום בהתאם לאמור בתסקירים, לנסיבות האישיות ניתן ביטוי הולם בעת קביעת העונש בתוך המתחם.

לאור כל האמור לעיל, דעתי כי יש לדחות את שני הערעורים.

אברהם אליקים, שופט

השופטת תמר נאות פרי:

קראתי בעיון את חוות הדעת של עמיתי להרכב ואת המסמכים שהונחו על שולחנו.

עמדתי היא כי אין מקום להתערב בגזרי הדין שנקבעו על ידי כבוד השופט קמא.

ערה אני לכך שיתכן ולעונשי המאסר תהא השלכה על סיכויי השיקום של שני המערערים, אך לאור מהות העבירות, לאור נסיבות ביצוען, ולאור מדיניות הענישה בעבירות כגון אלו - לא שוכנעתי כי המדובר במקרה בו יש מקום ליתן לשאלת השיקום מעמד של בכורה על פני שאר השיקולים, ולא שוכנעתי כי עסקינן במקרה המצדיק את התערבותה של ערכאת ערעור.

עוד אבקש להדגיש שאף אני סבורה כי לא היה מקום להעלות במסגרת הערעור את טענת "ההסתמכות" או "הציפייה" בכל הנוגע להכנת חוות הדעת של הממונה על עבודות השירות - במיוחד לאור כך שבפני בית המשפט קמא לא הועלו טענות לגבי הסתמכות או ציפייה שכזו, בין אם מטעם הסניגורים ובין אם מטעם המערערים עצמם.

תמר נאות פרי, שופטת

הוחלט, ברוב דעות, לדחות את הערעור.

כדי לאפשר למערערים לשקול את המשך צעדיהם, וכן כדי לאפשר להם לעבור הליך של מיון מוקדם בטרם



תחילת ריצוי עונשם, וכן בשים לב לחגים הקרבים וללידה הצפויה במשפחת מזרחי, אנו מורים כי המערערים יתייצבו לריצוי מאסרם בבית מעצר קישון ביום א' 22.5.16, עד השעה 9:00, או על פי החלטת שב"ס, כשברשות כל אחד מהם תעודת זהות או דרכון.

על כל אחד מהמערערים לתאם את הכניסה למאסר, כולל האפשרות למיון מוקדם, עם ענף אבחון ומיון של שב"ס, טלפונים: 08-9787377, 08-9787336.

המזכירות תשלח עותק מפסק הדין לשירות המבחן.

ניתן היום, כ"א אדר ב' תשע"ו, 31 מרץ 2016, במעמד המערערים, באי כוחם וב"כ המשיבה.

תמר נאות פרי, שופטת

אברהם אליקים, שופט

רון שפירא, סגן
נשיא
[אב"ד]