



ע"פ 971/21 - עמנואל אמצ'י נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 971/21

לפני:

כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד השופט ג' קרא
כבוד השופט א' שטיין

המערער:

עמנואל אמצ'י

נגד

המשיבה:

מדינת ישראל

ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-
יפו בת"פ 11220-12-18 מיום 12.1.2021 שניתן על
ידי כב' השופט ציון קאפח

תאריך הישיבה:

ט' בניסן התשפ"א (22.3.2021)

בשם המערער:

עו"ד אלון ארז

בשם המשיבה:

עו"ד אופיר ביתן

בשם שירות המבחן למבוגרים:

הגב' ברכה וייס

פסק-דין

השופט ג' קרא:

ערעור על חומרת העונש שנגזר על המערער בבית המשפט המחוזי תל-אביב יפו (כב' השופטצ' קאפח) מיום
12.1.2021 בת"פ 11220-12-18.

רקע

עמוד 1



1. המערער נדון לעונש של 30 חודשי מאסר, בניכוי ימי מעצרו, מאסרים מותנים ופסילת רישיון נהיגה למשך 11 חודשים מיום שחרורו ממאסר. זאת, לאחר שביום 20.7.2020 הורשע המערער על פי הודאתו במסגרת הסדר טיעון בכתב אישום מתוקן בשנית בעבירה של החזקת סם מסוכן שלא לצריכה עצמית (לפי סעיפים 7(א) ו-7(ג) רישא לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973). על פי התיאור העובדתי, ביום 20.11.2018 החזיק המערער בבית עסק השייך לו סם מסוג קוקאין, ארוז ב-43 יחידות, במשקל כולל של 678.8668 גרם נטו, על מנת לספק את הסם לאחרים, שלא כדין וללא היתר.

2. להשלמת התמונה, יצוין כי מדובר בהסדר טיעון שני לאחר שקודם לכן, ביום 25.6.2019, הורשע המערער לפי הודאתו בכתב אישום מתוקן, הרשעה שבטלה בהמשך על ידי בית המשפט קמא בהחלטה מיום 15.9.2019, כאשר התברר כי בפני שירות המבחן הכחיש המערער את ביצוע העבירה.

3. הסדר הטיעון השני בין הצדדים לא כלל הסכמה עונשית כלשהי, אולם הוסכם כי יוגש תסקיר נוסף של שירות מבחן בעניינו של המערער.

4. בתסקיר מיום 15.12.2020 צוין שירות המבחן את התרשמותו כי לאורך חייו ניהל המערער אורח חיים נורמטיבי והתמסר לקידום ערכים חיוביים בקהילתו, בה שימש דמות מוכרת וכי העבירה הינה חריגה קיצונית מקורות חייו, שבוצעה על רקע מצוקה כלכלית, חיבור לגורמים שוליים וקושי בהצבת גבולות בתקופה משברית. עוד צוין כי המערער מתקשה להתמודד עם תוצאות מעשיו, כי חווה בושה ומבוכה וכי בחלוף הזמן הוא מסוגל לבחינה ביקורתית וכנה יותר, מודע למצבו ומקבל אחריות על התנהגותו.

שירות המבחן העריך כי חלה הפחתה בסיכון להישנות עבירה דומה וכי מעורבות בת זוגו והטיפול הנפשי שהוא מקבל מגבירים את הסיכוי לשיקום ולהתחזקות, ואין צורך במעורבות נוספת מצד שירות המבחן. בשל ההערכה כי מאסר מאחורי סורג ובריש עלול להוביל להחמרה במצבו הפיזי והנפשי של המערער והעדר דפוסים שליליים קבועים, המליץ שירות המבחן על עונש מאסר שניתן לרצותו בדרך של עבודות שירות לתקופה המירבית הקבועה בחוק, תוך ליווי של קצין מבחן.

גזר דינו של בית המשפט המחוזי

5. בית המשפט עמד על הערכים החברתיים המוגנים שנפגעו; על חומרת עבירות הסמים ככלל ועל חומרתן לנוכח סוג הסם, בפרט; על נסיבות ביצוע העבירה - שבוצעה לשם הפקת רווח כספי קל, עלולה היתה לגרום לנזק משמעותי, שנמנע בשל תפיסת הסם, ובוצעה בחוסר תחכום; ועל מדיניות הענישה הנוהגת. לאור כל אלו, העמיד בית המשפט את מתחם העונש ההולם על 24 עד 60 חודשי מאסר.

בקביעת העונש בגדרו של המתחם, עמד בית המשפט על גילו של המערער - בן 64 - על עברו הנקי; על נטילת האחריות, הצער והחרטה שהביע; על דמותו יוצאת הדופן ועל תרומתו לחברה; על הפגיעה הקשה של עונש מאסר בפועל במערער ובאישתו; על כך שהימשכות ההליכים אינה רובצת רק לפתחו של המערער; על מצבו הבריאותי



והנפשי של המערער; על האמור בשני התסקירים שהגיש שירות המבחן והמלצתו לעונש מאסר שירוצה בעבודות שירות.

בתוך כך קבע בית המשפט כי אין מקום לחרוג ממתחם העונש ההולם משיקולי שיקום, לאור קביעת שירות המבחן כי המערער אינו זקוק למתווה שיקומי וכן בשל החומרה היתרה שבמעשהו ובמידת אשמו של המערער.

על בסיס מכלול שיקולים אלו מצא בית המשפט לקבוע את עונשו של המערער בשליש התחתון של מתחם העונש ההולם, והעמידו על 30 חודשי מאסר בפועל ועונשים נלווים, כמפורט לעיל. בית המשפט נעתר לבקשת המשיבה והכריז על המערער כסוחר סמים אולם דחה את בקשתה לחלט את רכבו בקבעו כי אין קשר בין הרכב לבין העבירה.

נימוקי הערעור

6. המערער מלין על חומרת עונש המאסר שהוטל עליו בטענה כי לאור נתוניו הייחודיים וסיכויי השיקום בעניינו, מן הראוי היה להימנע מהשתת עונש של מאסר לריצוי בפועל ולהורות על עונש מאסר לריצוי בעבודות שירות, בין בקביעת עונש זה כרף התחתון במתחם העונש ההולם ובין בחריגה ממתחם העונש ההולם משיקולי שיקום.

לטענת המערער, מתחם העונש ההולם שנקבע על ידי בית המשפט קמא, מחמיר יתר על המידה ואינו הולם את נסיבות ביצוע העבירה ויש מקום להתערב בו. נטען כי, בקביעת המתחם הסתמך בית המשפט על נסיבות ועובדות שאינן חלק מכתב האישום המתוקן בשנית שבו הודה או מההסכמות בין הצדדים, וזאת ביחס להימצאות סם קוקאין במשקל של כ-0.37 גרם גם ברכבו של המערער וביחס להעדר מודעות המערער לכך שהחבילה שנתפסה ברשותו הכילה סמים. עוד לשיטת המערער, בהתייחסו למדיניות הענישה הנוהגת הסתמך בית המשפט קמא על פסיקה שנסיבותיה באשר לכמות הסם, מידת התחכום וקיומו של עבר פלילי, חמורות מעניינו, התעלם מפסיקה רלוונטית שהוצגה מטעם ההגנה, ובשל כך קבע מתחם עונש מחמיר. עוד טוען המערער, כי לא ניתן ביטוי למכלול נסיבות ביצוע העבירה ובהן העדר התחכום, רמת התכנון הנמוכה, העובדה כי בשל תפיסת הסם לא גרמו מעשיו לנזק, וביצוע העבירה על רקע תקופה משברית בחייו והיעדרות בת זוג ולא על רקע רצונו ברווח כספי קל, כפי שנקבע.

לחלופין, כך נטען, יש להורות על חריגה לקולה ממתחם העונש שנקבע בשל קיומו של סיכוי ממשי לשיקום מלא בעתיד הקרוב, כעולה מתסקיר שירות המבחן בעניינו, ובהתאם להלכת בית משפט זה בע"פ 6637/17 קרנדלני' מדינת ישראל (18.4.2018) (להלן: עניין קרנדל). כמו כן, החלטתו של בית המשפט קמא להימנע מחריגה לקולה כאמור בשל החומרה היתרה במעשה העבירה ובמידת אשמו, מוטעית ואינה נתמכת בפסיקה. עוד נטען כי בית המשפט קמא לא נתן דעתו לעתירת המערער, הנתמכת בדעות מלומדים, לפירוש המונח שיקום במובן רחב, כך שתתאפשר חריגה ממתחם העונש משיקולי צדק ורחמים על רקע נסיבותיו האישיות.

באשר לנסיבות שאינן נוגעות לביצוע העבירה, טוען המערער, כי אף שאלו צוינו בגזר הדין, הרי שלא ניתן להן משקל ראוי, בכלל זה מנה את נסיבותיו האישיות הייחודיות; את הימשכות ההליכים הרובצת לפתחה של המשיבה; את העובדה כי במשך שנתיים שהה במעצר בית -ועימו בת זוגו שמונתה כמפקחת, ואת הערכת שירות המבחן כי הושגו הרתעה וצמצום הסיכון להישנות העבירה והמלצתו למאסר בעבודות שירות.



לבסוף, ביקש המערער לבטל את הכרזתו כסוחר סמים, שכן שעה שנדחתה בקשת המשיבה לחילוט רכבו בשל כך, ניטלה מן ההכרזה תכליתה.

7. המשיבה מצידה סמכה ידה על גזר הדין וביקשה לדחות את הערעור. לשיטתה, אין כל מקום להקל בעונשו של המערער, שכן מתחם העונש שנקבע תואם את מדיניות הענישה ואף הינו על הצד המקל; מכלול הנסיבות הובאו בחשבון; הטעויות בגזר הדין שעליהן עמד המערער אינן בעלות משקל המצדיק התערבות; ובשונה מעניין קרנדל, המערער לא עבר הליך שיקום משמעותי.

במעמד הדיון, הודיעה ב"כ המשיבה כי משלא חולט הרכב, היא מסכימה לביטול הכרזת המערער כסוחר סמים.

8. במהלך הדיון שמענו גם את הגב' וייס, נציגת שירות המבחן, שציינה כי שירות המבחן התרשם מהתהליך שעבר המערער בנטילת האחריות ומיכולתו להיעזר בטיפול נפשי, ואף כי לא היה בכך משום "מהפך", הרי שלאור נסיבות חייו והעדר עבר פלילי מצא שירות המבחן ליתן את המלצתו כמפורט לעיל, באופן לגביו ציינה כי ייתכן שהוא מרחיק לכת בשלב זה.

דיון והכרעה

9. לאחר עיון בערעור על נספחיו, בגזר הדין, בטענות הצדדים כפי שנשמעו לפנינו ובמסמכים שהוגשו מטעם המערער במהלך הדיון, הגענו לכלל מסקנה כי דין הערעור להידחות.

10. אמת המידה להתערבות ערכאת הערעור בעונש שהושת בערכאה הדיונית, היא קיומה של טעות מהותית בגזר הדין או חריגה ניכרת מרמת הענישה הנוהגת או הראויה במקרים דומים (ע"פ 9168/18 קשורני' מדינת ישראל, פסקה 9 (26.2.2019)), וזו אינה מתקיימת בעניינו של המערער.

11. מתחם העונש ההולם שנקבע בגזר הדין עולה בקנה אחד עם מדיניות הענישה הנוהגת בעבירות סמים (ע"פ 8820/14 שחרני' מדינת ישראל, פסקה 12 (17.5.2015)), וזאת על רקע החומרה היתרה הנובעת בפסיקתו של בית משפט זה לעבירות סמים, כאשר מטבע הדברים קיים מנעד ענישה רחב הנגזר מסוג הסם, כמותו, נסיבות ההחזקה ועוד (ע"פ 9910/17 גריפולינה נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (3.5.2018)). בעניינו של המערער, עסקין בהחזקת סם קשה מסוג קוקאין, שלא לצריכה עצמית, בכמות גדולה מאוד, כאשר הסם אף היה מחולק לעשרות רבות של מנות ונועד להספקה לאחרים.

בהקשר זה, נציין כי לא מצאנו ליתן משקל ממשי לטעויות שנפלו בגזר הדין, שהעיקרית בהן היא ייחוס כמות נוספת של סם ברכבו של המערער במשקל של כ-0.37, בשעה שהכמות שנתפסה בבית העסק ושבהחזקתה הורשע המערער על פי הודאתו גדולה עשרות מונים ועומדת על כ-678.86 גרם נטו. באשר למודעות המערער, ציין בית המשפט קמא כי ההגנה היא שטענה להעדר מודעות המערער, ולא כעולה מכתב הטענות בערעור, ומכל מקום העיון בגזר הדין מלמד כי ניתן משקל להודאת המערער בהחזקת הסם, לנטילת אחריות מצידו ולחרטתו ואין בטענה זו כדי



לשמש בסיס להתערבות בגזר הדין. כך גם לא מצאנו כי בקביעת המתחם נשמטה נסיבה הקשורה לביצוע העבירה, משהנסיבות צוינו בגזר הדין ובאו לידי ביטוי במתחם שנקבע.

12. גם הטענה לחריגה ממתחם העונש משיקולי שיקום אינה מגלה עילה להתערבות. לאחר עיון בתסקיר שירות המבחן בעניינו של המערער ולאחר שנשמעה הבהרה מפיה של נציגת שירות המבחן במהלך הדיון, לא ניתן לומר כי מתקיימים במערער התנאים הקבועים בסעיף 40ד(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), היינו כי השתקם או יש סיכוי של ממש שישתקם. מבלי להמעיט בחשיבות ובמשמעות השינוי בעמדת המערער, כאשר בתחילה ואף לאחר שמסר את הודאתו הראשונה, הכחיש את ביצוע העבירה בפני שירות המבחן (תסקיר מיום 10.9.2019) ובחלוף כשנה, בתסקיר השני (מיום 15.12.2020), נמצא כי הוא לוקח אחריות, מתחרט על מעשיו ומביע צער ובושה. יחד עם זאת, התסקיר השני, מעלה כי המערער לא עבר כל הליך טיפולי, וכי הטיפול שבו נעזר הוא טיפול תרופתי ולא מעבר לכך. הדעת נותנת כי עבירה מהסוג שביצע המערער אינה פרי מעידה רגעית, ואין די בהכאה על חטא כדי להצביע על שיקומו של מי שעד לאותה עת ניהל אורח חיים נורמטיבי וחיובי והנה לפתע, הגם שעל רקע משברי כפי שצוין בתסקיר, ביצע עבירה כה חמורה המצריכה קשר עם גורמים עברייניים ואשר מעידה על מוכנות להשתתפות בפעילות פורצת חוק, כשעל פי הודאת המערער נועד הסם שהחזיק, כשהוא מחולק לעשרות מנות, להספקה לאחרים. אכן, שירות המבחן העריך כי הושגה הרתעה והצטמצם הסיכון להישנות העבירה, אולם לאור חומרת העבירה, אין די בכך כדי להשיג את האינטרס הציבורי המובהק בענישה מרתיעה והולמת בעבירות סמים אל מול שיקולי השיקום, על דרך של חריגה ממתחם העונש ההולם. דומה, כי גם דברי נציגת שירות המבחן במהלך הדיון, שציינה כי ייתכן שעמדת השירות במקרה זה הרחיקה לכת, מצביעים על הקושי בקביעה ביחס לשיקומו של המערער בעת הזו. ומכל מקום, כידוע, תסקיר שירות המבחן הינו כלי עזר שאותו נדרש בית המשפט לבחון "בעין שיפוטית" ואין בו משום המלצה מחייבת (ע"פ 1261/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (31.5.2018)).

לאור האמור אין די בתסקיר שירות המבחן שהוגש בעניינו של המערער כדי להצדיק שימוש בסמכות שבסעיף 40ד(א) לחוק העונשין, ואין באמור בעניין קרנדל, כדי לסייע למערער, משגם שם קבעה דעת הרוב כי נדרש תהליך שיקומי-טיפולי משמעותי (שם, פסקה 25 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז). לאור סוג הסם, כמותו והקביעה כי הסם נועד לאספקה לאחרים, הרי שניתן לקבוע כי יש במעשיו של המערער ובמידת אשמו משום "חומרה יתרה", המקימה מניעה מחריגה לקולה משיקולי שיקום אלא בהתקיים נסיבות מיוחדות ויוצאות דופן, כנדרש בסעיף 40ד(ב) לחוק העונשין.

13. אף שהמלצתו של שירות המבחן לא התקבלה, ובצדק כאמור, הרי שניתן לה משקל בקביעת עונשו של המערער. זאת ועוד, עונשו של המערער, שהועמד על 30 חודשי מאסר, אף בא בגדרו של מתחם העונש שעליו עמדה ההגנה עצמה בטיעוניה בבית המשפט קמא וכן בפנינו, הגם שבגבולו העליון. אכן, ניתן להתרשם מדמותו החיובית של המערער ומעשייתו לטובת הקהילה, מנסיבות חייו, מהעדר עבר פלילי, ממצבו הרפואי והנפשי, מהשלכת העונש עליו ועל בת זוגו, מקיום התנאים המגבילים שהושתו עליו במהלך ההליך לאורך תקופה ממושכת, וכן מחרטתו ומתחושות הצער והבושה האוחזות בו, שיש בהן כדי להעיד על הבנת הפסול שבמעשים ועל חריגותם בנוף חייו. נסיבות אלו כולן, צוינו בגזר הדין, ואין לומר כי לא קיבלו משקל הולם, כאשר העבירה שעליה נותן המערער את הדין חמורה, בשל סוג הסם וכמותו, ובמקרים מסוג זה משקלן של הנסיבות האישיות נסוג אל מול האינטרס הציבורי במלחמה בנגע הסמים (ע"פ 6886/17 מרסל נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (24.4.2018)). והדברים נכונים גם במקרה זה לאור סוג הסם, כמותו הגדולה והודאתו של המערער כי הוא נועד להספקה לאחרים.



14. לאור הסכמת המשיבה, אנו מורים על ביטול הכרזתו של המערער כסוחר סמים.

15. אשר על כן, החלטנו לדחות את הערעור ולהותיר את העונש על כנו. כאמור בהחלטה מיום 15.2.2021, המערער יתייצב לריצוי עונשו בימ"ר ניצן ביום 5.4.2021 עד השעה 10:00, כשברשותו תעודת זהות. על המערער לתאם את הכניסה למאסר כולל האפשרות למיון מוקדם, עם ענף אבחון ומיון של שב"ס, טלפונים 08-9787377, 08-9787336.

ניתן היום, י"ח בניסן התשפ"א (31.3.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א ה