<u>בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים</u>

ע"פ 3060/15

לפני:	כבוד השופט ס' ג'ובראן כבוד השופט ח' מלצר כבוד השופט מ' מזוז	
המערער:	עיד אבו רגייג	
	נ ג ד	
המשיבה:	מדינת ישראל	
	ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 10.3.2015 בת"פ 30279-08-14 שניתן על ידי כבוד השופט ג' קרא – סג"נ	
תאריך הישיבה:	ז' בתמוז התשע"ה	(24.6.2015)
בשם המערער:	עו"ד יעקב שקלאר	
בשם המשיבה:	עו"ד ארז בן-ארויה	
בשם שרות המבחן:	גב' ברכה וייס	

<u>פסק-דין</u>

<u>השופט ס' ג'ובראן:</u>

1. לפנינו ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (סגן הנשיאה ג' קרא) בת"פ 30279-08-14 מיום 10.3.2015, במסגרתו הושת על המערער עונש של 32 חודשי מאסר בפועל; 12 חודשי מאסר על תנאי שלא יעבור תוך 3 שנים מיום שחרורו עבירת סם מסוג פשע; וקנס בסך 10,000 ש"ח.

כתב האישום

2. המערער הורשע על יסוד הודאתו במסגרת הסדר טיעון בעובדות כתב האישום המתוקן, בעבירה של סחר בסם מסוכן, לפי סעיף 13 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973 (להלן: פקודת הסמים המסוכנים).

3. על פי עובדות כתב האישום המתוקן, ביום 12.8.2014 בשעה 16:17 לערך, יצר סוכן משטרה שהוא שוטר (להלן: הסוכן) קשר טלפוני עם המערער ופנה אליו כדי לקנות ממנו 150 גרם סם מסוג קוקאין (להלן: עסקת הסמים). בהמשך אותו יום, נערכו בין המערער לסוכן מספר שיחות טלפון נוספות אשר בהן סוכמו פרטי עסקת הסמים. בין השאר, סיכמו השניים את מחיר הסם ומקום המפגש לצורך ביצוע העסקה. בשעה 22:37 לערך, הגיעו הסוכן ושוטר נוסף באמצעות רכב אזרחי (להלן: הרכב האזרחי) לתחנת דלק ברחוב קיבוץ גלויות בעיר תל אביב, אשר נקבעה כמקום המפגש לביצוע העסקה. באותה שעה הגיעו המערער ונאשם 2 לתחנת הדלק באמצעות רכב מסוג מאזדה (להלן: המאזדה). המערער ונאשם 2 החנו את המאזדה וצעדו לכיוון השוטרים שהמתינו ברכב האזרחי. הסוכן ביקש מהמערער ומנאשם 2 כי העסקה תתבצע ברכב האזרחי, והציג להם באותה עת את הכסף שהיה אמור לשלם עבור עסקת הסמים. לאחר מכן, המערער נכנס לרכב האזרחי, התיישב בספסל האחורי ומסר לסוכן שקית ניילון עטופה בנייר טואלט. השקית הכילה סם מסוכן מסוג קוקאין במשקל 148.94 גרם. בכל אותה עת עמד הנאשם 2 מחוץ לרכב האזרחי, הסתכל מסביב וזאת כדי לאבטח ולאפשר את עסקת הסמים. לאחר מסירת השקית מהמערער לסוכן סימן האחרון לשוטרים שהמתינו בסמוך, ואלו הגיעו לרכב האזרחי ועצרו את המערער ואת נאשם 2.

גזר הדין של בית המשפט המחוזי

4. ביום 10.3.2015 גזר בית המשפט המחוזי את דינו של המערער. בית המשפט המחוזי עמד על הערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, על הנסיבות הקשורות בביצועה ועל מדיניות הענישה הנהוגה. באשר לפגיעה בערכים חברתיים, עמד בית המשפט המחוזי על הפגיעה של עבירות סחר בסמים בשלום הציבור ובבריאותו, ועל כך שהן מובילות לנזקים עקיפים נוספים. בית המשפט מצא כי נסיבות ביצוע העבירה הן חמורות, בין היתר נוכח סוגו וכמותו של הסם בו

סחר המערער. בנוסף, עמד בית המשפט על כך שהעבירה שביצע המערער דרשה תכנון מוקדם שכלל שיחות טלפון, הצטיידות בסם ונסיעה למקום המפגש. בית המשפט התייחס גם לנזק שנגרם מביצוע העבירה, ושקל לחומרה את הנזק הפוטנציאלי הגלום במעשיו של המערער, ולקולה את העובדה שהסם בו הוא סחר נתפס ולא מצא דרכו אל המשתמשים בסם. בית המשפט המחוזי דחה את טענות המערער ביחס לחלקו היחסי בביצוע העבירה ולהשפעתו של נאשם 2 על מעשיו. בית המשפט דחה את הטענה שנאשם 2 הוא זה שעמד מאחורי עסקת הסמים ודרבן את המערער לבצעה, שכן טענה זו הועלתה על ידי המערער רק בשלב הטיעונים לעונש, מבלי שהתקיימו לגביה דיוני הוכחות. לאחר שבית המשפט המחוזי עמד על מדיניות הענישה הנהוגה בעבירות מן הסוג שביצע המערער, נקבע כי מתחם העונש ההולם נע בין 30 ל-50 חודשי מאסר בפועל.

5. בית המשפט המחוזי לא מצא מקום להקל בעונש משיקולי שיקום בדרך של סטייה מהמתחם שקבע, על אף ששירות המבחן המליץ שלא להטיל על המערער מאסר בפועל. בית המשפט נימק את קביעתו בכך שמדובר בעבירה חמורה של סחר בסמים, ובכך ששירות המבחן נמנע ממתן קביעה ברורה וחד משמעית ביחס לסיכויי השיקום של המערער. בקביעת העונש בתוך המתחם, שקל בית המשפט המחוזי לקולה את גילו הצעיר של המערער והיותו אב לפעוט; הפגיעה הצפויה בבני משפחתו; הודייתו והחיסכון בזמן שיפוטי הכרוך בה; הבעת חרטה ונטילת אחריות למעשיו; מכתבי המלצה שדיברו בשבחו; והתרשמות שירות המבחן לפיה הוא ביצע את העבירות כתוצאה מחוסר בגרות ובשלות, להבדיל מדפוסי מחשבה והתנהגות עברייניים. בית המשפט המחוזי דחה את טענתו של המערער לפיה יש להטיל עליו עונש זהה לעונשו של נאשם 2 – עליו נגזרו 18 חודשי מאסר בפועל – תוך שהוא עומד על חלקו הגדול היותר בביצוע העבירה. לנוכח כל האמור, בית המשפט המחוזי גזר את עונשו של המערער ברף התחתון של מתחם העונש ההולם, כאמור בפסקה 1 לעיל. מכאן הערעור שלפנינו.

הערעור

6. המערער טוען בערעורו כי בית המשפט המחוזי שגה בגזירת דינו והטיל עליו עונש החורג מעבר לעונש הראוי לאור נסיבות העניין ולאור כל העובדות והשיקולים הרלבנטיים. על כן, המערער מבקש לסטות מהרף התחתון של מתחם הענישה ולגזור את עונשו על שישה חודשי עבודות שירות, ולחילופין להשוות את עונש המאסר בפועל שהוטל עליו ל-18 חודשי מאסר בפועל, כפי שנגזר על נאשם 2. לעמדתו, בית המשפט המחוזי שגה בכך שלא נתן את המשקל הראוי לכך שהיה בן 21 בלבד בעת ביצוע העבירה. עוד טוען המערער כי היה מקום לזקוף לזכותו במידה ניכרת יותר את נסיבותיו האישיות וביניהן, אופיו הטוב; היותו אדם נורמטיבי בעל תעודת בגרות מלאה; העדר עבר פלילי משמעותי; ופוטנציאל שיקומי גבוה מצדו כפי שעולה, לדידו, מתסקיר שירות המבחן. המערער טוען בנוסף, כי בית המשפט המחוזי סטה באופן משמעותי וחריג מהמלצתו של שירות המבחן להימנע מהטלת מאסר בפועל, ומבקש לאמץ המלצה זו במסגרת הערעור. לבסוף, טוען המערער כי הנאשם 2 השפיע עליו לבצע את העבירה. המערער סבור כי נפלה שגגה בהרשעתו של הנאשם 2 בסיוע בלבד וטוען כי היה ראוי לראות בו מבצע עיקרי. עוד גורס המערער, כי ישנו פער ניכר ובלתי מוצדק בין העונש שהוטל עליו לבין עונשו של נאשם 2. לשיטתו, נוכח מעורבותו הרבה של הנאשם 2 בביצוע העבירה, היותו בוגר מהמערער ועברו הפלילי המכביד, היה מקום להשוות בין עונשיהם של השניים, או לכל הפחות למזער את הפער ביניהם.

7. מנגד, טוענת המשיבה כי יש לדחות את הערעור. לשיטתה, העונש שנגזר על המערער ראוי ומתחשב דיו בנסיבות לקולה. המשיבה סבורה כי מתחם הענישה שקבע בית המשפט המחוזי הוא מקל ביחס למקרים דומים ואינו מצדיק בשום אופן התערבות של ערכאת הערעור. המשיבה עמדה על חלקו המרכזי של המערער בביצוע העבירה ובפרט על כך שסוכן המשטרה התקשר ישירות אליו והוא זה שהוציא את עסקת הסמים לפועל. בנוסף טוענת המשיבה, כי לא ניתן לייחס לנאשם 2 מעורבות גדולה יותר בביצוע העבירה והשפעה על המערער לבצעה, מעבר למפורט בעובדות כתב האישום המתוקן, בו הודה המערער. לעמדת המשיבה, טענות מסוג זה היו צריכות להתברר במהלך המשפט והמערער אינו יכול להוכיח אותן בשלב הטיעונים לעונש או בערעור זה. המשיבה גורסת כי אין מקום לסטות

ממתחם הענישה שנקבע למערער משיקולי שיקום הן בשל עקרון ההלימה, והן לנוכח השלב הראשוני בו מצוי הליך השיקום בעניינו.

תסקיר שירות המבחן

8. ביום 17.6.2015 הוגש תסקיר שירות מבחן משלים בעניינו של המערער. מן התסקיר עולה, כי המערער שולב במסגרת תעסוקתית בבית הסוהר והשתלב במסגרת טיפול קצרת מועד. נמסר, כי הוא משתף פעולה עם גורמי הטיפול ובעל מוטיבציה ורצון לשנות את אורחות חייו. לאורך מאסרו לא נרשמו לו עבירות משמעת, ובדיקות שנערכו לו מעידות כי הוא חף משימוש בסמים. גורמי הטיפול בכלא מסרו כי המערער מביע חרטה, לוקח אחריות על העבירה שביצע ומסביר שמניעיו לבצעה התפתחו על רקע של מצוקה כלכלית, אופיו הנגרר וקושי להתנגד לחבריו.

דיון והכרעה

9. הלכה ידועה היא כי ערכאת הערעור אינה מתערבת בחומרת העונש שנקבעה על ידי הערכאה הדיונית אלא במקרים חריגים, גם לאחר תיקון 113 לחוק העונשין (ראו: ע"פ 3091/08 טרייגר נ' מדינת ישראל (29.1.2009); ע"פ 5931/11 עבדולייב נ' מדינת ישראל (22.10.2013); ע"פ 3931/13 באום נ' מדינת ישראל (10.6.2014)). לאחר עיון בגזר דינו של בית המשפט המחוזי ובנימוקי הערעור ולאחר שמיעת הצדדים לפנינו, אנו סבורים כי המקרה הנוכחי אינו נמנה על אותם מקרים המצדיקים התערבות, כפי שיובהר להלן.

10. בית משפט זה עמד לא אחת על חומרתן של עבירות סחר והפצת סמים מסוכנים ועל הצורך להיאבק בהן באמצעות ענישה משמעותית ומרתיעה:

> "אכן, נגע הסמים הפוגע קשות בחברתנו מחייב מלחמת חורמה והעונשים שיגזרו על ידי בתי המשפט בשל עבירות סמים צריכים להשתלב במאבק הכולל להדברת הנגע. על כן, יש ליתן משקל ממשי לשיקול ההרתעתי אל מול השיקולים האישיים, אשר משקלם

בענייננו, המערער סיפק לסוכן המשטרה כמות בלתי מבוטלת של סם מסוג קוקאין אשר השלכות השימוש בו עלולות להיות הרסניות. מהרגע בו הוזמן הסם ועד לרגע בו סיפק אותו המערער לסוכן חלפו שעות ספורות בלבד, עובדה המצביעה על נגישותו וזמינותו של הסם למערער ועל הנחישות והתכיפות בהן ביצע את העבירה. כתב האישום, בו הודה המערער, מלמד על מרכזיותו של המערער בעסקת הסמים: סוכן המשטרה הזמין את הסם ישירות ממנו; הוא זה שגיבש את פרטי העסקה, לרבות מקום המפגש והתמורה שתשולם; וכן הוא היה זה שהחזיק בסם באופן פיזי ומסר אותו לידיו של הסוכן במושב האחורי של הרכב האזרחי.

11. איננו מקבלים את הטענה, כי מתחם הענישה שנקבע למערער אינו תואם פסיקות קודמות רלבנטיות. בית המשפט המחוזי ציין מספר מקרים בעלי מאפיינים משותפים בהם נקבע מתחם דומה לזה שנקבע בעניינו של המערער. נסיבות המקרה הן חמורות, ואנו סבורים כי בעטיין – מתחם העונש שנקבע בעניין המערער הוא הולם. מעבר לצורך יצוין ויוזכר, כי העונש הקבוע בצד העבירה של סחר בסם מסוכן הוא 20 שנות מאסר. כל שכן, מתחם ענישה אשר הרף התחתון שלו הוא 30 חודשי מאסר, הוא סביר ומידתי בנסיבות העניין ואיננו רואים מקום להתערב בו.

12. גם דין טענת המערער לפיה לא ניתן משקל מספק לנסיבות המקרה ולנסיבותיו האישיות – להידחות. גזר דינו של בית המשפט המחוזי מפורט היטב, לאורכו הוא מונה את כלל הנסיבות הקשורות ושאינן קשורות בביצוע העבירה באופן מסודר ומנומק, תוך מתן דגש רב לנסיבותיו האישיות של המערער וביניהן: גילו הצעיר; עברו הפלילי שכולל הרשעה אחת בלבד בעבירה של שימוש ברכב ללא רישיון; מצבו המשפחתי והיותו אב טרי; הפגיעה הצפויה בו ובבני ביתו כתוצאה ממאסרו; והודייתו. בית המשפט המחוזי שקל היטב נסיבות אלה וקבע כי הן מטות את הכף לטובת עונש ברף התחתון של מתחם הענישה, וניתן אף לומר ברף התחתון ביותר. על כן איננו רואים מקום להקלה נוספת.

13. עוד סבור המערער כי היה מקום להטיל עליו ענישה מקלה יותר בהתאם להערכת שירות המבחן. לעניין זה, ידועה ההלכה לפיה תסקיר שירות המבחן, על אף הערכת מקצועיותו הרבה, מהווה המלצה בלבד ובית המשפט רשאי להפעיל את שיקול דעתו בהתחשב בכלל האינטרסים העומדים לפניו (רע"פ 4144/15 אבו אלטיף נ' מדינת ישראל (16.6.2015); ע"פ 2235/08 פלוני נ' מדינת ישראל (17.11.2008); בש"פ 5309/05 צמח נ' מדינת ישראל (29.6.2005)). בית המשפט המחוזי התייחס בהרחבה לתסקיר שירות המבחן בגזר דינו, והגיע על בסיסו למסקנה שאין להקל בעונשו של המערער בדרך של סטייה מהמתחם שנקבע. אמנם תסקיר שירות המבחן המליץ על הטלת עונש שלא יכלול מאסר בפועל, אולם, התסקיר איננו כולל התייחסות מפורשת באשר לסיכויי שיקומו של המערער. יתר על כן, התסקיר ממליץ כי במסגרת שיקולי ענישתו של המערער ישולב גם מרכיב הרתעתי. אנו סבורים, כי בית המשפט המחוזי בחן לעומק את תסקיר שירות המבחן והפעיל את שיקול דעתו בגזירת עונשו של המערער, ולפיכך, איננו מוצאים מקום להתערב בקביעתו.

14. זאת ועוד, המערער מלין על כך שבית המשפט המחוזי לא עשה שימוש בסעיף 40ד לחוק העונשין וחרג ממתחם הענישה לקולה בשל שיקולי שיקום. גם דין טענה זו להידחות. אכן, בית המשפט רשאי להעניק בכורה לשיקולי שיקום בבואו לקבוע את העונש המתאים, ואכן ניכר כי המערער התחרט על מעשיו. אך לצד כל זאת, עומדת הפגיעה הקשה בערכים המוגנים של בריאות ושלום הציבור, זאת במיוחד שעה שאין המלצה חותכת מצד שירות המבחן לגבי סיכויי השיקום של המערער. יש לחזור ולהבהיר כי, הגם שישנה חשיבות לשיקולי השיקום, הם אינם חזות הכול, ובצדם ניצבים שיקולי הגמול וההרתעה (ראו, בהקשר זה, ע"פ 8820/14 שחר נ' מדינת ישראל (17.5.2015); ע"פ 8404/11 אסיאטוב נ' מדינת ישראל (12.6.2012); ע"פ 5576/10 פלוני נ' מדינת ישראל (14.4.2011)). מתסקיר שירות המבחן המשלים עולה, כי המערער בעל רצון ומוטיבציה לשנות את אורחות חייו ומודה כי הוא זקוק לעזרה לשם כך. כמו כן צוין שם, כי המערער משתף פעולה עם גורמי הטיפול, מצוי בקשר תמיכתי רצוף עם עובדת סוציאלית והשתלב בקבוצה לפיתוח מודעות עצמית. מן המתואר בתסקיר זה עולה, כי מאסרו

של המערער איננו עומד, בהכרח, בסתירה לשיקולי השיקום. אנו סבורים, כי הנתיב בו החל לפסוע המערער עשוי בהחלט לקדם את שיקומו בתוך המסגרות הקיימות בין כותלי הכלא, ויש לקוות שכך אכן יהיה.

15. טענה נוספת של המערער נוגעת למידת השפעתו ומעורבותו של נאשם 2 בביצוע העבירה, ולפערי הענישה המופרזים, לדידו, שמתקיימים ביניהם. המערער טען כי נאשם 2, בן דודו, שהינו בעל עבר פלילי בעבירות סמים, הוא שדחק בו לבצע את עסקת הסמים, ואף היה זה שסיפק לו אותם. המערער השליך יהבו על טענה זו שכן היא עשויה להוות טענה מקלה במסגרת הנסיבות הקשורות לביצוע העבירה, לפי סעיף 40ט(א)(2) לחוק העונשין. אולם, טענה זו הועלתה רק בשלב הטיעונים לעונש ומבלי שנשמעו ראיות בעניין זה כאשר המערער שתק לאורך כל חקירתו ולא העלה טענה זו במהלכה. אלא, הטענה הושמעה לראשונה רק לאחר שהצדדים הסכימו על עובדות כתב האישום המתוקן, אשר לא כלל התייחסות למעורבותו של נאשם 2, מלבד ביצוען של פעולות אבטחה והשגחה שנועדו לסייע לביצוע עסקת הסמים. בית משפט זה קבע, לא אחת, כי כאשר מדובר בכתב אישום שהוא תוצר של הסדר טיעון, אל לו לבית המשפט להיזקק לעובדות או לנסיבות שלא נכללו בכתב האישום, שבעובדותיו הודה הנאשם (ראו, בין היתר, ע"פ 5841/14 מדינת ישראל נ' ארקאן (8.7.2015); ע"פ 677/14 דנקנר נ' מדינת ישראל (17.7.2014); ע"פ 1338/10 חפוטה נ' מדינת ישראל (7.2.2013); ע"פ 4876/12 עמר נ' מדינת ישראל (23.1.2013)). אשר על כן, בדין דחה בית משפט המחוזי את בקשת המערער להוסיף לכתב האישום עובדות ונסיבות חדשות שלא נזכרו בו. לצורך הדיון בערעור שלפנינו, מן הראוי להיזקק לעובדות המפורטות בכתב האישום המתוקן, ולהן בלבד.

16. גם טענתו של המערער ביחס לפערי ענישה בלתי מוצדקים בין נאשם 2 לבינו – דינה להידחות. עובדות כתב האישום המתוקן שהוסכם על הצדדים מלמדות על הבדלים ניכרים במידת מעורבותם של השניים בביצוע העבירה. לא לחינם הורשע מערער 2 בעבירת סיוע לסחר בסם מסוכן, ואילו המערער הורשע בביצוע העיקרי של העבירה. סעיף 32 לחוק העונשין קובע כי עונשו המרבי של

המסייע יהא מחצית העונש שנקבע בחיקוק בשל ביצועה העיקרי של העבירה. נקודת המוצא בפסיקתו של בית משפט זה היא שעונשו של המסייע יהיה, ככלל, קל מזה של המבצע העיקרי, כך שישמר יחס מתאים של שקילות בין עונשו של המסייע לבין עונשו של המבצע העיקרי (ע"פ 2580/14 חסן נ' מדינת ישראל (23.9.2014); רע"פ 792/14 סבאג נ' מדינת ישראל (16.3.2014); ע"פ 6053/13 פאיז נ' מדינת ישראל (10.4.2014)). נוכח חלקו המינורי של נאשם 2 בביצוע העבירה; הגעתו להסדר טיעון עונשי אשר חסך זמן שיפוטי רב; והעובדה שעונשו גדול ממחצית עונשו של המערער – אנו סבורים, כי בית המשפט המחוזי לא חרג משיקול דעתו בנוגע לפערי הענישה בין השניים, ואיננו מוצאים מקום להתערב בקביעתו.

17. נוכח כל האמור, הערעור נדחה.

ניתן היום, ה' באב התשע"ה (21.7.2015).

ש ו פ ט ש ו פ ט ש ו פ ט

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 15030600_H02.doc שצ
מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il