

עפ"ג 23794/09/17 - מוחמד ג'בארין, עבד אלנאסר ג'בארין, אחמד ג'בארין נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בחיפה

26 אוקטובר 2017

עפ"ג 23794-09-17 ג'בארין ואח' נ' מדינת ישראל

לפני הרכב כב' השופטים:

רון שפירא, סגן נשיא [אב"ד]

בטינה טאובר

תמר נאות פרי

המערערים

1. מוחמד ג'בארין

2. עבד אלנאסר ג'בארין

3. אחמד ג'בארין

ע"י ב"כ עו"ד עאדל בוראת

נגד

המשיבה

מדינת ישראל

פסק דין

ערעור על גזר הדין של בית המשפט השלום בחדרה (כב' השופטת טל תדמור-זמיר), אשר ניתן בת"פ 33185-05-15 ביום 1.8.2017.

השופטת ת. נאות פרי:

כתב האישום וההרשעה בבית המשפט קמא -

לבית המשפט קמא הוגש כתב אישום כנגד שלושת המערערים, ביחד עם נאשם נוסף (אשר הוגדר כנאשם מס' 2 בכתב האישום קמא, להלן: "**הנאשם הנוסף**"), ובו מיוחסות לארבעה עבירות של סחר בסמים וקשירת קשר לביצוע פשע בהתייחס לעבירות הסחר (כמו גם עבירות בתחום התעבורה). המערערים והנאשם הנוסף כפרו בעובדות כתב האישום בשלב הראשוני, אך בפתח ישיבת ההוכחות, הודיעו הצדדים כי הגיעו להסדר טיעון במסגרתו חזרו המערערים והנאשם הנוסף מכפירתם והודו בעובדות כתב אישום מתוקן (אשר כלל את עבירות הסמים, תוך השמטת עבירות התעבורה שהיו בכתב האישום המקורי).

בהתאם לכתב האישום המתוקן, בבעלות המערער מס' 1 היה בית קפה ומכון לשטיפת כלי רכב, ומכון דומה היה אף בבעלותו של הנאשם הנוסף. בסוף שנת 2014, הגיע שוטר ששימש כסוכן משטרה (להלן: "**הסוכן**") לבית הקפה שבבעלות המערער מס' 1 ובין השניים סוכם על מכירת סם מסוכן מסוג חשיש. בהמשך, מפורטים בכתב שבעה סעיפי אישום שעוסקים בעסקאות אשר עניינן מכירת חשיש לסוכן ותיווך בכל הנוגע למכירת חשיש כאמור. את חלק מהעבירות ביצעו המערערים או הנאשם הנוסף לבד, וחלקן בוצעו בצוותא, תוך שיתוף פעולה בין חלק מהמערערים והנאשם

עמוד 1

הנוסף לבין עצמם.

על מנת שלא להאריך יתר על המידה לא יפורטו כל הנתונים הנוגעים לכל אחד ואחד מהאישומים. יצוין רק כי תחילתם של המגעים בין הסוכן לבין המערערים סביב הפרשה החל ביום 3.12.2014 ושבעת פרטי האישום מתייחסים לעסקאות שבוצעו במהלך דצמבר 2014 ועד מרץ 2015. בכל המקרים המדובר היה במכר של סם מסוג חשיש, בכמויות שנעות בין 7.87 גר' נטו, במסגרת העסקה שבה נמכרה הכמות הגדולה ביותר, כאשר בתווך היו עסקאות שמתייחסות לכ-28 גר' לערך נטו, כ-88 גר' נטו, כ-90 גר' נטו ועוד.

במסגרת הסדר הטיעון ובעקבותיו, הורשעו המערערים בעבירות הבאות:

המערער מס' 1 - הורשע בעבירה אחת של תיווך באספקת סם מסוכן לפי סעיפים 13+14 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973 (להלן: "פקודת הסמים"); עבירה אחת של סיוע לסחר בסם מסוכן לפי סעיפים 31 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין"), ביחד עם סעיפים 13+19א לפקודת הסמים; ובשתי עבירות של סחר בסם מסוכן בצוותא לפי סעיף 29 לחוק העונשין ביחד עם סעיפים 13+19א לפקודת הסמים, כלומר - ארבע עבירות בסך הכל.

המערער מס' 2 - הורשע בשתי עבירות של סחר בסם מסוכן בצוותא לפי סעיף 29 לחוק העונשין ביחד עם סעיפים 13+19א לפקודת הסמים; ובעבירה אחת של סחר בסם מסוכן לפי סעיפים 13+19א לפקודת הסמים, כלומר - בשלוש עבירות בסך הכל.

המערער מס' 3 - הורשע בעבירה אחת של סחר בסם מסוכן בצוותא לפי סעיף 29 לחוק העונשין ביחד עם סעיפים 13+19א לפקודת הסמים; בעבירה אחת של סיוע לסחר בסם מסוכן בצוותא לפי סעיפים 29 + 31 לחוק העונשין ביחד עם סעיפים 13+19א לפקודת הסמים; ובעבירה אחת של סחר בסם מסוכן לפי סעיפים 13+19א לפקודת הסמים, כלומר - בשלוש עבירות בסך הכל.

הנאשם הנוסף - הורשע בארבע עבירות של סחר בסם מסוכן בצוותא לפי סעיף 29 לחוק העונשין ביחד עם סעיפים 13+19א לפקודת הסמים.

גזר הדין קמא -

הסדר הטיעון לא כלל הסכמה לעניין העונש.

בפני בית המשפט קמא, במסגרת שלב הטיעונים לעונש, העלו הצדדים את טיעוניהם ולגבי כל אחד ואחד מהמערערים (והנאשם הנוסף) הוגשו תסקירים של שירות המבחן למבוגרים.

בגזר דינו, ביהמ"ש קמא קבע תחילה כי יש לראות בכל אחד מסעיפי האישום אירוע נפרד וכי אין להתייחס למסכת הכוללת המתוארת בכתב האישום המתוקן כאל אירוע אחד. בית המשפט קמא קבע כי בכוונתו לקבוע מתחם עונש נפרד לגבי כל אחד ואחד מהאירועים, ועם זאת להטיל על המערערים ועל הנאשם הנוסף עונש כולל ולא לפצל את העונש, שכן פיצול שכזה עשוי להיות מלאכותי.

בהמשך, מפרט ביהמ"ש קמא את השיקולים בכל הנוגע למתחם העונש ההולם, תוך התייחסות מקיפה לפסיקה הנוהגת ומסקנתו בסוף פרק זה הינה כי כל אירוע שעניינו סחר או תיווך בסם נע בין מאסר בן חודשים ספורים, לבין מאסר שיכול יגיע לכדי 18 חודשים; וכי המתחם ההולם בכל הנוגע לעבירות הסיוע ייגזר מהמתחם כאמור.

בשלב הבא, עובר בית המשפט קמא, לסקור את השיקולים הפרטניים שמתייחסים לעונש הראוי לגבי כל אחד ואחד מהמעוררים והנאשם הנוסף, תוך פירוט טיעוניהם והממצאים כפי שעולים מהתסקירים. בסופו של הליך נגזרו העונשים הבאים:

על המערער מס' 1 - נגזרו 21 חודשי מאסר בפועל, בניכוי ימי מעצרו (מיום 11.5.2015 ועד יום 5.7.2015); מאסר על תנאי של 12 חודשים כאשר התנאי הינו שמערער זה לא יעבור עבירת סמים מסוג פשע ואשר יהיה בתוקפו 3 שנים; קנס בסך 10,000 ₪ או חודשיים מאסר תמורתו ואשר ישולם בתשלומים.

על המערער מס' 2 - נגזרו 18 חודשי מאסר בפועל, בניכוי ימי מעצרו (מיום 11.5.2015 ועד יום 15.7.2015); מאסר על תנאי של 12 חודשים כאשר התנאי הינו שמערער זה לא יעבור עבירת סמים מסוג פשע ואשר יהיה בתוקפו 3 שנים; קנס בסך 10,000 ₪ או חודשיים מאסר תמורתו ואשר ישולם בתשלומים; פסילת רישיון נהיגה למשך 6 חודשים.

על המערער מס' 3 - נגזרו 16 חודשי מאסר בפועל, בניכוי ימי מעצרו (מיום 11.5.2015 ועד יום 15.7.2015); מאסר על תנאי של 12 חודשים כאשר התנאי הינו שמערער זה לא יעבור עבירת סמים מסוג פשע ואשר יהיה בתוקפו 3 שנים; קנס בסך 10,000 ₪ או חודשיים מאסר תמורתו ואשר ישולם בתשלומים.

לגבי הנאשם הנוסף - בית המשפט קמא שוכנע כי יש סיכוי של ממש שהנאשם הנוסף ישתקם, נוכח האמור בתסקירים שהוכנו לגביו, ולכן קבע כי יהיה מקום לחרוג בעניינו של הנאשם הנוסף ממתחם העונש ההולם כפי שנקבע. לכן, על הנאשם הנוסף נגזרו 6 חודשי מאסר אשר ירצו בעבודות שירות, כמו גם מאסר על תנאי וקנס כפי שהוטלו על המערערים.

עוד יוער, כי בגזר הדין קמא קיים גם פרק העוסק בדרישת המדינה (המשיבה) להורות על חילוט רכב אשר היה מעורב בביצוע העבירות וחילוט סכומי כספים מסוימים. ביהמ"ש קמא הורה על חילוט הרכב, ומנגד - על אי חילוט הכספים. בהודעת הערעור אין התייחסות לסוגיה זו ולכן אין צורך לפרט.

טענות הצדדים בערעור -

הערעור הוגש מטעמם של שלושת המערערים.

הטענה הראשונה אשר בפי המערערים, הינה כי שגה בית המשפט קמא שעה שקבע שכל עסקת מכר או כל פריט אישום מהווים אירוע נפרד, שכן יש לראות במסכת כמכלול כאירוע אחד נוכח הזיקה בין העבירות השונות אשר מקיימות ביניהן קשר הדוק ואשר בוצעו תוך תקופת זמן קצרה. עוד טוענים המערערים, כי מתחם העונש ההולם כפי שנקבע בגזר הדין קמא רחב מדי וכי מן הראוי לצמצם את המתחם, תוך קביעת רף עליון נמוך מאשר 18 חודשים, במיוחד נוכח העובדה שהמדובר בכמויות קטנות של סם וכי המדובר בסם מסוג קל כשלעצמו. בנוסף, נטען כי לא ניתן משקל ראוי להודאה של שלושת המערערים ולחיסכון הניכר בזמן השיפוטי. טענות נוספות מועלות לגבי הנסיבות האישיות של המערערים, אשר מחייבות הקלה משמעותית בענישה. טענה נוספת מתייחסת לכך שלא ניתן משקל ראוי, או בכלל, לכך

ששלושת המערערים שהו במשך תקופה ממושכת בתנאים מגבילים כגון מעצר בית מלא ולאחר מכן מעצר בית בחלק משעות היממה - באופן שהדבר מחייב הקלה בענישה. לסיום נטען, כי הן המתחם כפי שנקבע והן העונש כפי שנגזר, סוטים משמעותית לחומרה מהעונשים שנפסקים בתיקים דומים, לרבות בכל הנוגע לנאשם הנוסף אשר עליו נגזרו 6 חודשים לריצוי בעבודות שירות.

המשיבה, פירטה את טיעוניה במסגרת הדיון, כאשר לשיטתה אין כל מקום להתערב בגזרי הדין. המשיבה מדגישה את היקף העסקאות, את העובדה שהמדובר בפרק זמן ממושך, את העובדה שהמדובר בעבירות שחלקן בוצעו בצוותא ומכאן חומרתן העודפת, וטענה באופן כללי כי אין המדובר בגזר דין אשר סוטה באופן ניכר מהפסיקה הנוהגת ובוודאי שלא באופן המחייב התערבות של ערכאת הערעור. כאשר לשאלה אם כל אישום אמור להוות אירוע נפרד, שמא המדובר במסכת כוללת - עמדת המדינה הינה כי אין מקום לשנות מקביעתו של בית המשפט קמא. עוד מדגישה המדינה את עברם הפלילי של המערערים 2 ו-3 ואת שאר הנסיבות לחומרא אשר אינן מצדיקות להתערב בגזר הדין קמא. כאשר לנאשם הנוסף, המשיבה מבקשת להדגיש כי השיקולים לגביו היו שונים מאשר בהתייחס לשלושת המערערים, כאשר מהתסקירים שהוגשו לגביו עלתה תמונת מצב המחייבת לגזור עליו עונש אשר שונה מהותית מהעונשים אשר נגזרו על המערערים, נוכח סיכויי השיקום הגבוהים מאד אשר קיימים לגביו, ולא קיימים לגביהם.

דין והכרעה -

לאחר שקילת טיעוני הצדדים דומה כי יש מקום להקל במעט בעונשם של המערערים.

מקדמית, בכל הנוגע לשאלה אם המדובר באירוע אחד, שמא בכמה אירועים נפרדים - אומר כי לשיטתי, אין צורך במקרה הנוכחי להגיע להכרעה חד משמעית באשר לטענות שמעלה בא כוחם של המערערים בהקשר זה, שכן אינני סבורה שיש לדבר השלכה על התוצאה הסופית. יש לזכור, כי ביהמ"ש קמא קבע כי הגם שהמדובר באירועים נפרדים אזי שיש מקום להשית עונש כולל לגבי כל מערער, בהתייחס לכל האישומים המיוחסים לו וכמובן שהדבר לוקח בחשבון "חפיפה" מסוימת, נוכח הקשר בין המעשים ונוכח לוח הזמנים.

לכן, אין נפקות להכרעה בשאלה, במקרה המיוחד הנוכחי.

באשר לשאר הטיעונים - לא אוכל לקבל את הטענות לפיהן לא ניתן משקל לעובדה שהמערערים שהו בתנאים מגבילים במסגרת שחרורם בערובה, או שלא ניתן משקל לשאר הנתונים האישיים אשר יש לזקוף לזכותם, כפי שפורטו בתסקירים. בית המשפט קמא סקר באופן מפורט וממצה את כל השיקולים וכל הנתונים, ודומה כי אין נתון אשר נפקד מגזר הדין. בית המשפט קמא התייחס באופן פרטני לכל אחד ואחד מהשיקולים בהתייחס לכל מערער, בין אם לקולא ובין אם לחומרא, ויש לדחות את הטענות לגבי כך שנתונים מסוימים לא נילקחו בחשבון.

באשר לרוחב מתחם העונש - יש טעם מסוים בטענה לפיה מתחם העונש כפי שנקבע, רחב יחסית, ונזכיר כי הקביעה הייתה שהמדובר בין מאסר בן חודשים ספורים לבין 18 חודשים. ככל שהכוונה הייתה שחודשים ספורים יכולים להיות גם 3 חודשים, אזי שהמדובר בפער משמעותי. עם זאת, הערה זו לגבי רוחב המתחם, אינה עילה כשלעצמה להתערבות בגזר הדין.

לעומת זאת, ניתוח מעמיק של כל פסקי הדין אשר הוצגו על ידי הצדדים, הן בביהמ"ש קמא והן במסגרת הערעור, כמו גם פסקי הדין הרבים אשר אליהם הפנה ביהמ"ש קמא בגזר הדין המפורט - מראה כי הענישה שנגזרה על המערערים

נמצאת ברף העליון של הענישה הנוהגת וזאת כאשר אנו לוקחים בחשבון את מספר העבירות, את מהות הסם, את הכמויות שבהן עסקינן ואת הנתונים לגבי המערערים. לא שוכנעתי כי יש מקום לגזור את הדין ברף העליון או בסמוך אליו, במקרה זה.

אין מקום לשאוף למעין "טבלת ענישה" שמתייחסת לסוגי סמים שונים בזיקה לכמויות של הסם אשר נמדדות ביחידות משקל ומכאן לגזור את העונשים המתאימים, בבחינת נוסחה מתמטית. בתיקים רבים דומים טוענים הצדדים טיעונים אשר מכוונים לכך שהערכאות השיפוטיות יבצעו השוואות "חשבונאיות" בין המקרה שנדון לבין מקרים אחרים, בזיקה לכמות סם, או משקלם של שתילים, או מספר "פלטות" וכו'. אין בכך תכלית ולא ניתן להגיע לנוסחה לפיה כל X גר' של חשיש יהיה שווה ערך ל-Y חודשי מאסר. עם זאת, ובמיוחד נוכח עיקריו ומטרתו של תיקון 113 לחוק העונשין, לא ניתן להתעלם מההשוואה למקרים דומים שבהם הורשעו נאשמים בסחר בסם מסוג חשיש בכמויות דומות (בין אם למול סוכן משטרתי ובין אם בלא מעורבות שכזו).

על רקע האמור, ואם נחזור לבחון את הפסיקה הרבה שהוצגה לעיוננו, ותוך מתן משקל למכלול הטיעונים לקולא ולחומרא בהתייחס למערערים הספציפיים שבפנינו, כאשר לגבי כל אחד קיימים שיקולים אינדיבידואלים שונים, המסקנה היא שיש להקל במעט בגזר דינם, אם כי באופן מתון, שכן הנתונים של המערערים, למרות העבר של חלק מהם, אינו מצדיק השתת עונש ברף העליון של הפסיקה הנוהגת כאמור.

טרם סיום, יוער עוד, כי אכן לא היה מקום להשוואה בין המערערים לבין הנאשם הנוסף, כפי שקבע בית המשפט קמא. השיקולים לגבי הנאשם הנוסף פורטו בגזר הדין, ואין צורך לחזור על האמור, אך הדגש הינו שלגביו קיימים שיקולי שיקום משמעותיים, ולגביו - יש להעדיף את שיקולי השיקום על פני שאר השיקולים. במצב דברים זה, וכאשר אין שיקולי שיקום דומים בהתייחס למערערים, הרי שאין מקום לגזור גזירה שווה בין העונש שהושת על הנאשם הנוסף לבין עונשם של המערערים.

סיכום -

לסיכום, אציע לגזור על המערערים את העונשים הבאים, בכל הנוגע למשך תקופת המאסר בפועל:
על המערער מס' 1 - 17 חודשי מאסר בפועל, בניכוי ימי מעצרו (מיום 11.5.2015 ועד יום 5.7.2015);
על המערער מס' 2 - 14 חודשי מאסר בפועל, בניכוי ימי מעצרו (מיום 11.5.2015 ועד יום 15.7.2015);
על המערער מס' 3 - 10 חודשי מאסר בפועל, בניכוי ימי מעצרו (מיום 11.5.2015 ועד יום 15.7.2015).
יתר רכיבי הענישה, לרבות המאסרים המותנים והקנס, לגבי שלושת המערערים, יישארו על כנם.

תמר נאות פרי, שופטת

השופט ר. שפירא, סגן נשיא [אב"ד]:

אני מסכים.

מצאתי לנכון להעיר בהערת אגב בהקשר לגזר דינו של הנאשם הנוסף (נאשם 2 בכתב האישום), זאת הגם שאין בענייניו ערעור מטעם מי מהצדדים. עם זאת סבור אני כי ראוי להתייחס לענייניו בהיבט העקרוני, למקרים שיבואו.

בית משפט קמא מצא לנכון לחרוג ממתחם העונש ההולם ולגזור עליו עונש של מאסר שירוצה בעבודות שירות, ביחד עם מאסר מותנה ורכיבי ענישה כלכלית. ברכיב הענישה סבור אני כי בנסיבות העניין העונש ראוי. ואולם אין זה עונש הכולל רכיב של ענישה שיקומית המקיים את תכלית החריגה ממתחם העונש ההולם משיקולי שיקום.

עונש שיקומי צריך להביא לידי ביטוי לא רק חריגה ממתחם העונש ההולם אלא גם שימוש באמצעים טיפוליים או באמצעי פיקוח משלימים שיקיימו את התכלית השיקומית של החריגה ממתחם העונש ההולם, בכל מקרה לפי נסיבותיו ובהתאמה הנדרשת. סבור אני כי במקרים מסוג אלו שתוארו בגזר דינו של בית משפט קמא ראוי לעשות שימוש בכוחו של בית המשפט להפעיל מנגנון פיקוח טיפולי כדי לסייע בידי נאשם לממש את הפוטנציאל השיקומי (כגון: העמדתו בפיקוח שירות המבחן; חיוב להשתתף בתכנית טיפולית מתאימה וכד').

מאחר וענייניו של הנאשם הנוסף לא נדון בפניו אינני קובע מסמרות בעניינו. עם זאת מצאתי לנכון להבהיר כי עצם ההקלה בעונש והימנעות מגזירת מאסר בפועל אינה ממצה את תכלית השיקול השיקומי שבהחרגתו לקולה של העונש שנגזר ממתחם העונש ההולם.

בצד העונש המקל יש לשקול, בכל מקרה ומקרה, גם הוספת רכיבים טיפוליים ואמצעי פיקוח שיגבירו את הסיכוי במימוש התכלית השיקומית שבגינה נגזר עונש מקל.

**רון שפירא, סגן נשיא
[אב"ד]**

השופט ב. טאובר:

אני מסכימה.

בטינה טאובר, שופטת

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת נאות פרי.

הערעור מתקבל באופן שבו תשונה תקופת המאסר בפועל שנגזרה על כל אחד מהמעוררים, כדלקמן:

על המערער מס' 1 - 17 חודשי מאסר בפועל, בניכוי ימי מעצרו (מיום 11.5.2015 ועד יום 5.7.2015);

על המערער מס' 2 - 14 חודשי מאסר בפועל, בניכוי ימי מעצרו (מיום 11.5.2015 ועד יום 15.7.2015);

על המערער מס' 3 - 10 חודשי מאסר בפועל, בניכוי ימי מעצרו (מיום 11.5.2015 ועד יום 15.7.2015).

יתר רכיבי הענישה, לרבות המאסרים המותנים והקנס, לגבי שלושת המערערים יישארו על כנם, כפי שגזר בית משפט קמא.

ניתן היום, ו' חשוון תשע"ח, 26 אוקטובר 2017, במעמד המערערים וב"כ הצדדים.

תמר נאות פרי, שופטת

**בטינה טאובר,
שופטת**

**ד"ר רון שפירא, סגן נשיא
[אב"ד]**