

## ע"פ 671/19 - דוד חיים אבוטבול נגד מדינת ישראל

### בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 671/19

לפני: כבוד השופט נ' סולברג  
כבוד השופט מ' מזוז  
כבוד השופט י' אלרון

המערער: דוד חיים אבוטבול

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על גזר הדין של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד מיום 13.12.2018 בת"פ 15787-01-17 שניתן על ידי כבוד השופט ע' קובו

תאריך הישיבה: ז' בתשרי התש"פ (6.10.2019)

בשם המערער: עו"ד מוטי לוי

בשם המשיבה: עו"ד עילית מידן

בשם שירות המבחן: גב' ברכה וייס

### פסק-דין

השופט נ' סולברג:

1. ערעור על גזר הדין של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד מיום 13.12.2018 בת"פ 15787-01-17 (השופט ע' עמוד 1

קובו)בגדרו נגזר על המערער, דוד אבוטבול, עונש של 50 חודשי מאסר בפועל, לצד מאסר על תנאי וקנס כספי בסך של 10,000 ₪, או 100 ימי מאסר תמורתו.

2. על-פי עובדות כתב האישום, ביום 20.12.2016 יצא אבוטבול את הארץ, וביום 25.12.2016 שב לישראל כשבאמתחתו מזוודה בעלת תחתית כפולה, שבה קוקאין במשקל של 6.98 ק"ג, ובשווי של כ-2.45 מליון ₪. ביום 28.6.2018 הגיעו הצדדים להסדר דיוני, שבמסגרתו נקבע כממצא עובדתי, כי "התקיים בנאשם היסוד הנפשי הנדרש לביצוע העבירה במובן זה שהנאשם ידע או לכל הפחות חשד כי מדובר בסמים ועצם את עיניו בכך שלא בדק האם מדובר בסמים". בהתאם לכך, הודה אבוטבול בעובדות כתב האישום והורשע בעבירות של יבוא סם ללא היתר בהתאם לסעיף 13 ביחד עם סעיף 19א לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973, וכן החזקת סם מסוכן שלא לשימוש עצמי בהתאם לסעיף 7(א)+ (ג) רישא לפקודה.

עיקריגזר הדין שלבית המשפט המחוזי

3. בגזר הדין, עמד בית המשפט המחוזי על עיקרי כתב האישום ועל טענות הצדדים לעניין העונש. בית המשפט קבע, כי מדובר באירוע עברייני אחד, ולכן יש לקבוע מתחם עונש הולם אחד לשתי העבירות. בית המשפט עמד על הערך החברתי שנפגע – הגנה על הציבור מפני הנזקים הנלווים לשימוש בסמים, תוך שנקבע, כי מידת הפגיעה מצויה "ברף הגבוה" כיוון שעסקינן בקוקאין שהוא מהקשים שבסמים, ונוכח כמות הסם הגדולה שנתפסה. אשר לנסיבות ביצוע העבירה, הדגיש בית המשפט את התכונן שקדם למעשה ואת חלקו המשמעותי של אבוטבול בביצוע העבירה. עוד צוין, כי הסיבות שהביאו את אבוטבול לביצוע העבירה טמונות בהתמכרותו להימורים, ושהעבירה בוצעה עבור בצע כסף ולמטרה כלכלית. על סמך האמור, ולאחר שסקר את מדיניות הענישה הנוהגת במקרים דומים, תחם בית המשפט את מתחם העונש ההולם בין 4.5 ל-7.5 שנות מאסר בפועל.

4. בבחינת הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, ציין בית המשפט, כי מדובר בצעיר ללא הרשעות קודמות, אשר שהה במעצר מאחורי סורג ובריח במשך שלושה חודשים; ובמעצר בפיקוח אלקטרוני במשך תקופה ארוכה. עוד נקבע, כי יש להתחשב בכך שאחותו חולה במחלת הסרטן, ושעונש מאסר ממושך יפגע במשפחתו וביכולתה לתמוך באחותו. כמו כן צוינו נסיבות חייו הקשות של אבוטבול, ובהן גירושי הוריו, קשיים אישיים וכלכליים, והתמכרותו להימורים.

5. לצד זאת קבע בית המשפט המחוזי, כי "קיימים שיקולים המצדיקים חריגה מהמתחם לקולה, אך לא עד כדי הימנעות מהטלת עונש מאסר בפועל משמעותי". בית המשפט ציין, כי מתסקיר שירות המבחן עולה שאבוטבול השתלב בתוכנית 'מרכז יום' ביחידה לטיפול בהתמכרויות, הפגין מחויבות רבה להליך הטיפולי, וקודם לתפקיד אחראי קבוצה. יחד עם זאת נקבע, כי התהליך השיקומי שעבר אבוטבול עד כה אינו משמעותי כל-כך, עד שיצדיק את הטלת העונש על-פי שיקולי שיקום בלבד, ותוך התעלמות מהאינטרס הציבורי. בית המשפט לא מצא שהתהליך הוביל לשינוי עמוק בהתנהגות ובדרך החשיבה של אבוטבול, ואף קבע שהבעת החרטה מצדו היתה חלקית. לפיכך, דחה בית המשפט את המלצת שירות המבחן להימנע מהטלת עונש מאסר בפועל, וקבע כי יש לחרוג אך חריגה קלה מהרף התחתון של המתחם. אשר על כן, גזר בית המשפט על הנאשם 50 חודשי מאסר בפועל ו-12 חודשי מאסר על תנאי. כמו כן, הוטל על אבוטבול קנס כספי בסך 10,000 ₪, או 100 ימי מאסר תמורתו, הואיל והעבירה בוצעה למטרות כלכליות. נקבע, כי הקנס ישולם ב-20 תשלומים חודשיים, אשר הראשון שבהם ישולם ביום 1.1.2022.

6. אבוטבול מלין על חומרת העונשים שנגזרו עליו. ראשית נטען, כי בנסיבות העניין, תחתית המתחם שנקבעה גבוהה מדי. לטענת אבוטבול, בית המשפט לא נתן משקל לכך שהעבירות בוצעו תחת יסוד נפשי "ברמת אחריות מופחתת של עצימת עיניים". משכך, סבור אבוטבול כי ראוי היה להעמיד את תחתית מתחם עונש המאסר על שנתיים. שנית, טוען אבוטבול כי נוכח התהליך הטיפולי המשמעותי שעבר, עברו הנקי, נסיבותיו האישיות וסיכויי שיקומו, היה מקום לאמץ את המלצת שרות המבחן ולא להטיל עליו מאסר בפועל, או לחלופין לחרוג באופן משמעותי יותר מתחתית מתחם הענישה שנקבע. בתוך כך, מבקש אבוטבול להסתמך על עמדתו של פרופ' אורן גזל-איל, לפיה "כאשר אין מדובר בעבירה בעלת חומרה יתרה, ובית המשפט בוחר לחרוג ממתחם העונש ההולם, יש לגזור את הדין לפי שיקולי שיקומו של הנאשם". שלישית, טוען אבוטבול, כי יש להתחשב בכך שהיה נתון במעצר בפיקוח אלקטרוני במשך כמעט שנתיים-ימים עובר למועד גזר הדין. על-פי הנטען, עונשו של אבוטבול היה נקבע בתחתית המתחם גם בהתעלם מנתון זה, ולכן אף שבית המשפט הזכירו, הוא לא קיבל ביטוי ממשי בגזירת העונש. לשיטת אבוטבול, במקרים מעין אלה, הדרך היחידה לתת ביטוי לתקופת הפיקוח האלקטרוני, היא על-ידי חריגה ממתחם העונש ההולם משיקולי צדק, לפחות בתקופה השווה למחצית תקופת הפיקוח האלקטרוני. בהתאם, סבור אבוטבול כי ראוי היה להפחית שנה מעונשו. לבסוף, מלין אבוטבול על רכיב הקנס הכספי. הוא מדגיש, כי הוא חסר אמצעים, שרוי בחובות כבדים, ללא מקור תעסוקה, וללא יכולת לקבל עזרה כלכלית מבני משפחתו. זאת ועוד, תקופת המאסר הארוכה אליה הוא צפוי להיכנס ממילא תמנע ממנו את האפשרות לשלם את חובו בזמן והוא צפוי להאמיר, לצבור ריבית, ולהוסיף ולדרדר את מצבו. אשר לשאלת המאסר חלף קנס, טוען אבוטבול, כי קביעת תקופה של 100 ימי מאסר כנגד הקנס מתרגמת את חירותו לעלות של 100 ₪ ליום אשר יש בה משום זילות. עוד נטען, כי נוכח מצבו הכלכלי של אבוטבול והסיכון הגבוה שלא יוכל לעמוד בתשלום הקנס, המאסר חלף קנס אינו מגשים את תכליתו העיקרית -תמרוץ הנאשם לשלם את הקנס -ולמעשה מהווה תוספת ענישה של מאסר. נוכח האמור, מבקש אבוטבול לבטל את הקנס, לחלופין לבטל את המאסר חלף קנס, ולחלופי חילופין להפחית את הקנס באופן משמעותי ולקבוע כי תחילת התשלום תהיה ששה חודשים לאחר שחרורו.

7. עובר לדיון בערעור, הובא לעיונו תסקיר משלים מטעם שירות המבחן. על-פי האמור בתסקיר, עם תחילת ריצוי מאסרו בכלא 'חרמון', שולב אבוטבול בקבוצות טיפוליות שונות ולקח חלק פעיל במפגשים. לאחר כחודשיים, ביקש אבוטבול מחברו שיבקש בשמו 'בקשת חברות' ברשת חברתית, מסוהרת עמה התיידד. בשל כך, הועבר אבוטבול, שטען שלא ידע כי המעשה אסור, לכלא 'צלמון', שבו אין מסלול טיפולי בהתמכרויות. ביום 23.7.2019 נקלט אבוטבול בכלא 'דקל', ושולב במחלקה טיפולית להתמכרויות. לפי התרשמות שירות המבחן, ניכר כי אבוטבול מתאמץ לערוך התבוננות מעמיקה של דפוסי התנהגותו והתנהלותו העבריינית, ומגלה מוטיבציה להמשיך ולבחון זאת באמצעות ההליך הטיפולי. צוין, כי משך הטיפול הייעודי נע בין תשעה חודשים לשנה, והודגשה החשיבות של סיום ההליך הטיפולי אותו החל אבוטבול עם מעברו לכלא 'דקל'.

8. בדיון שהתקיים לפנינו ביום 6.10.2019, חזר בא-כוחו של אבוטבול על עיקר טענותיו והדגיש, כי מטעמי שיקום, מוצדקת סטייה משמעותית ממתחם העונש שנקבע. מנגד טענה ב"כ המשיבה, כי אין לשנות מהחלטתו של בית המשפט המחוזי. לגישה, נוכח הנזק הפוטנציאלי המשמעותי שעלול היה להיגרם כתוצאה ממעשיו של אבוטבול, אין הצדקה להקל בעונשו, וזאת חרף התהליך השיקומי שבו החל. אשר לרכיב הקנס נטען, כי בית המשפט המחוזי התחשב במצבו הכלכלי של אבוטבול בפריסת תשלומי הקנס, וככל שתידרשנה התאמות נוספות, יוכל אבוטבול לפנות בבוא העת למרכז לגביית קנסות.

9. לאחר שעיינתי בגזר הדין של בית המשפט המחוזי, ונתתי דעתי על טענות ב"כ הצדדים, אלו שבכתב ואלו שבעל-פה, באתי לכלל מסקנה כי דין הערעור להידחות. כידוע, התערבותה של ערכאת הערעור בעונש שמורה למצבים חריגים, שבהם נפלה טעות מהותית בהחלטת הערכאה הדיונית, או שהעונש שגזרה חורג באופן קיצוני ממדיניות הענישה הנוהגת במקרים דומים (ע"פ 1242/97 גרינברג נ' מדינת ישראל(3.2.1998); ע"פ 3091/08 טרייגר נ' מדינת ישראל(29.1.2009)). המקרה שלפנינו אינו נופל בגדר אותם מצבים חריגים.

10. אין לקבל את טענתו הראשונה של אבוטבול, לפיה משבוצעה העבירה מתוך 'עצימת עיניים', ראוי היה לקבוע את תחתית המתחם ברף נמוך יותר. לאחרונה עמדתי על עניין זה: "עצימת עיניים איננה נסיבה מקלה. עבור בלדר הסמים, אין קל מלעצום את עיניו כלפי תוכנה של החבילה שקיבל... [קבלת טענה מעין זו] משמעותה פריצת פרצה אשר בכוחה לפטור את בלדרי הסמים מאחריות על מלוא הנזקים הכבדים שנגרמים מפעולתם" (ע"פ 8915/18 מועזיז' מדינת ישראל, פסקה 11 (24.9.2019)). בעניינינו-אנו, קביעת מתחם הענישה על-ידי בית המשפט המחוזי הסתמכה על השוואה למקרים דומים בנסיבותיהם ובמידת חומרתם, שבהם נקבעו מתחמים דומים. לא מצאתי אפוא, כי נפל בה פגם.

11. אין לקבל אף את טענתו השנייה של אבוטבול, לפיה ראוי היה לחרוג באופן משמעותי ממתחם הענישה ההולם, עד כדי אימוץ המלצת שירות המבחן והימנעות מהטלת עונש מאסר בפועל. סעיף 40ד(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 מורנו, כי בית המשפט רשאי לחרוג ממתחם העונש ההולם ולקבוע את עונשו של הנאשם לפי שיקולי שיקום, אם מצא כי השתקם או כי קיים סיכוי של ממש שישתקם. אמנם, נקודת המוצא על-פי סעיף זה היא העדפה של שיקולי השיקום, מקום שבו קיים סיכוי של ממש שהנאשם ישתקם. יחד עם זאת, גם במצבים אלו, שיקולי ההלימה מוסיפים לדור לצד שיקולי השיקום (ע"פ 6637/17 קרנדל נ' מדינת ישראל, פסקה 22 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז(18.04.2018)). בעניינינו, קבע אמנם בית המשפט המחוזי, כי קיים סיכוי של ממש שאבוטבול ישתקם בעתיד, אך לצד זאת ציין כי "אין המדובר במקרה שבו התהליך השיקומי הוביל לשינוי כה משמעותי אשר יצדיק את הטלת העונש על פי שיקולי שיקומו של הנאשם בלבד". בתוך כך הדגיש בית המשפט, כי לא שוכנע שהתקיים שינוי משמעותי עמוק בהתנהגות ובדרך החשיבה של אבוטבול, והבעת החרטה מצדו לא הייתה מלאה. נוכח האמור, אינני מוצא לנכון להתערב בקביעתו של בית המשפט המחוזי גם בעניין הזה.

12. אשר לטענותיו של אבוטבול בעניין ההתחשבות בתקופה שבה שהה בפיקוח אלקטרוני - גם אותן יש לדחות. בית המשפט המחוזי נתן את דעתו על תקופת שהייתו בפיקוח אלקטרוני בעת גזירת העונש (גם 'חלונות' משמעותיים היו), מיקם את אבוטבול ברף התחתון של המתחם, ואף חרג מכך לקולא. משכך, לא מצאתי לנכון לשנות מהחלטתו.

13. לבסוף, יש לדחות אף טענותיו של אבוטבול לעניין הקנס. רכיב זה נועד לבטא ענישה בגין הרווח הכלכלי שביקש העבריין לגרוף לכיסו (ע"פ 2996/09, פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה שח (11.5.2011)). ככלל, ענישה מעין זו מתחייבת מאופיין של עבירות הסמים "שכל כולן סובבות סביב בצע כסף" (ע"פ 100/14 מדינת ישראל נ' מחטייב, פסקה 4 (10.2.2014)). הקנס שהוטל על אבוטבול כלל וכלל אינו מן הגבוהים בנסיבות העניין, בשים לב לכמות הסם וסוגו (ראו והשוו: ע"פ 5104/06 בניירישלוייל' מדינת ישראל(21.5.2007); ע"פ 7955/15 שג'נ' מדינת ישראל(15.2.2016)), ופריסת תשלומי הקנס הותאמה למצבו הכלכלי. לפיכך, ועל אף קשייו הכלכליים של אבוטבול, לא ראיתי הצדקה להתערב ברכיב זה.

14. אשר על כן, אציע לחבכי לדחות את הערעור.

שופט

השופט מ' מזוז:

אני מסכים.

שופט

השופט י' אלרון:

אני מסכים.

שופט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק הדין של השופט נעםסולברג.

ניתן היום, ח' בתשרי התש"פ (7.10.2019).

שופט

שופט

שופט

---