

עוד הורשע המערער בהפרת תנאים מגבילים בהם היה מצוי בהליך המעצר הנלווה לתיק הסחר, בכך שיצא מחוץ לביתו, נמלט משוטר ובכך הפריע לעבודתו.

3. מתסקיר שירות המבחן עלה כי המערער הוא בן 23, רווק ועובד בקיוסק. בגיל 14 הוא החל להסתובב בחברה שולית ולא גויס לצה"ל עקב עברו הפלילי. לחובתו 3 הרשעות קודמות בביצוע עבירות אלימות ורכוש. הוא סובל מהפרעות קשב וריכוז ומהיפראקטיביות וטופל תרופתית. הוא מטופל בביה"ח "שלוותה" בגין פוסט טראומה שעבר בגיל 13. המערער בן למשפחה תומכת וחיובית, אך חלק מאחיו מעורבים בפעילות פלילית, וכשאחיו הגדול נרצח בחו"ל לפני שנתיים, חווה המערער משבר נוסף.

שירות המבחן התרשם שהמערער דל כוחות, בעל דימוי עצמי נמוך, שנחשף להתנהגויות ונורמות שוליות בסביבתו המשפחתית והחברתית. במסגרת הליך המעצר הועמד המערער בפיקוח מעצר ושולב בקבוצה טיפולית המיועדת לעצורי בית. הוא השתתף כמיטב יכולתו בקבוצה, הביע מוטיבציה ורבלית לערוך שינוי בחייו ומסר בדיקות שתן נקיות מסמים. יחד עם זאת, חלה התדרדרות במצבו הנפשי והוא נזקק לטיפול תרופתי. קיים פער בין רצונו של המערער לערוך שינוי של ממש בחייו לחולשת כוחותיו וחשיפתו לחברה שולית.

המערער הודה במיוחס לו בכתב האישום, כשדבריו מכר סמים במטרה להרוויח רווח קל ומהיר. הוא התנסה לראשונה בגיל 16 בצריכת גראס במסגרת קשריו החברתיים אך כיום הוא לא משתמש בסם.

4. מהתסקיר המשלים עולה שהמערער התקשה לשתף פעולה עם שירות המבחן, ולא הגיע לחלק מהפגישות שנקבעו לו. מאידך מסר בדיקות נקיות מסם ועשה מאמצים לנהל אורח חיים תקין.

שירות המבחן מנה מספר גורמי סיכון וביניהם קשיי המערער בתפקוד והסתגלות למסגרות לגיטימיות, קושי בוויסות דחפים והתמודדות עם משברים שחווה בילדותו. לצד זאת, גורמי סיכוי בעלי משקל מצא שירות המבחן בגילו הצעיר, קבלת אחריות מלאה על המיוחס לו, העדר מעורבות נוספת בפלילים וניקיון מסם.

נוכח העדר בשלות, לא מתאים המערער להליך טיפולי והומלץ להטיל עליו מאסר בדרך של עבודות שירות, תוך ציון חששו מריצוי מאסר בפועל.

גזר דינו של בית משפט קמא

1. מעורבות המערער בביצוע עבירות של סחר בסם, חלקם לקטינים, מגבירה את חומרת מעשיו. על רקע כלכלי ונגישות לעולם הסמים, עשה לו המערער מנהג למכור סמים לאחרים, גם לקטינים. אמנם מדובר בסם המוגדר כקל ובכמויות שאינן גדולות אלא ששיטתיות המעשים מלמדת על חומרתם ופגיעה מוחשית בערכים חברתיים וביניהם, הגנה על שלום הציבור, על בריאותם של הצורכים את הסמים, בדגש על ציבור הקטינים. המערער הפר הפרה בוטה את תנאיו המגבילים ובכך מעל באמון בית המשפט.

2. מדובר במכירות במועדים סמוכים ובקונים חוזרים ולכן מדובר במסכת אירועים אחת ונקבע מתחם ענישה כולל לכלל המעשים בהם הורשע המערער.

3. על פי מדיניות הענישה בעבירות סחר בסם, יש להחמיר עם סוחרי סמים, בעיקר עם מוכרי סם לקטינים. בחינת מדיניות הענישה המקובלת בעבירות סחר בסם, מעלה כי מתחם הענישה מגוון ורחב. במקרים דומים, ואף בסוגי סם קשים יותר, הושתו על נאשמים עונשים הנעים בין 5 חודשי מאסר בעבודות שירות לבין 24 חודשים, כשניתן משקל מסוים לנסיבות הסחר, לנסיבות הנאשם ולהליכי שיקום. מתחם הענישה ההולם את מעשי המערער נע בין 8 חודשי מאסר בפועל ל-20 חודשים.

4. המערער צעיר בן 24, בן למשפחה תומכת שחוזה בחייו משברים קשים וטראומתיים, שהותירו בו צלקות קשות. הוא מתנהל בסביבה החשופה להתנהלות שולית ועבריינית, כשאופיו החלש, בצירוף רצונו לגרוף רווחים קלים ומעורבותו בעולם הסמים, עומדים ברקע ביצוע עבירות הסחר בהן הורשע.

התמונה שעולה מהתסקירים מורכבת משום שמחד מביע המערער רצון מילולי לערוך שינויים בחייו ומאידך הוא לא משתף פעולה עם שירות המבחן ולא משקיע כוחות בהליך שיקום נחוץ.

בשנתיים האחרונות עושה המערער מאמצים להימנע ממעורבות פלילית נוספת, ואף נמנע משימוש בסם.

5. עניינו של המערער לא נופל בגדרי מקרי שיקום. הוא מצוי בחברה שולית, לא ניהל אורח חיים יציב, שלל נזקקות טיפולית ומוכן חששו מפני מאסר ורגרסיה במצבו.

6. בית משפט קמא התחשב מחד בחומרת מעשי המערער וריבויים, בעברו הפלילי וברקע לביצוע עבירות הסם, ומאידך התחשב בנטילת אחריות, בהבנתו שהוא מצוי בחברה שולית וברצונו לשנות אורח חייו.

אין מנוס משליחת המערער למאסר בפועל אך יש בנסיבותיו כדי להביא להקלה מסוימת בתקופת המאסר שתיגזר, מתוך מטרה שלא להביא להתדרדרות משמעותית במצבו ולדרבנו להמשיך בדרכו.

נימוקי הערעור

1. בית משפט קמא לא נתן משקל להודאתו של המערער בפני מותב אחר.

ההליך נפרס על פני תקופה ארוכה, השופט קרשן דן ברוב ההליך ובשלב הטיעונים לעונש עבר התיק למותב אחר, שגזר את דינו ולא נתן כלל משקל להליך שהתנהל עד שלב הטיעונים לעונש.

2. בית משפט קמא לא התייחס לעובדה שהמערער נשלח לקבלת חוות דעת ממונה על עבודות שירות שחזרה חיובית. שליחת המערער לממונה על ידי השופט קרשן יצרה אצלו הסתמכות כלשהי, שבית משפט קמא התעלם ממנה לחלוטין.

3. בית משפט קמא לא נתן משקל מספיק לנסיבותיו האישיות של המערער, לעובדה כי אחיו, אליו היה קרוב, נרצח לפני מספר שנים בחו"ל ועד כה לא נתפסו רוצחיו. בית משפט קמא לא נתן משקל לפגיעות שעבר המערער כילד וכנער ולבדיקה הפסיכולוגית שעבר בעבר, שלימדה כי מדובר במי שיכולותיו הקוגניטיביות נמוכות והוא סובל מטראומה קשה.

היה מקום להתחשב גם בעובדה שהמערער עושה תהליך של יציאה מהעולם העברייני שסבב אותו.

4. בית משפט קמא לא נתן די משקל להליך שיקומו של המערער, לא חרג מהמתחם שקבע ולא מיקם את המערער בתחתית המתחם. היה מקום ליתן משקל לדרך הארוכה שעבר המערער מאז הגשת כתב האישום נגדו ולעובדה שלא נפתחו נגדו תיקים פליליים.

5. בית משפט קמא לא נתן משקל מספיק להודאת המערער.

6. בית משפט קמא קבע מתחם ענישה תוך הסתמכות על פסקי דין שעניינם שונה לחלוטין מעניינו של המערער.

7. במהלך הדיון בפנינו טען ב"כ המערער שלא מן הראוי היה להעביר את הדיון בשלב הטעונום לעונש לכב' השופט גרינברג, לאחר שכב' השופט קרשן קיבל שני תסקירי מבחן וחוו"ד חיובית של הממונה על עבודות שירות (להלן: "הממונה"), אליו שלח אותו השופט קרשן לאחר קבלת התסקיר.

מגזר הדין עולה שכב' השופט גרינברג לא התייחסה להליכים אלה, שהתנהלו בפני כב' השופט קרשן.

לטענתו, כב' השופט גרינברג לא לקחה בחשבון את העובדה שמאז מעצרו בגין תיק הסחר בסמים ועד היום לא נפתחו נגד המערער תיקים נוספים, בניגוד למצב בהיותו נער כשביצע עבירות רכוש.

תגובת ב"כ המשיבה

1. המערער לא הופנה לממונה לאחר שמיעת טעונום לעונש. אמנם הוא לא הופנה בשלב התחלתי של

ההליך ובימ"ש קמא לא קבע בהחלטתו שאל למערער לפתח ציפיות אך המאשימה טענה לכל אורך ההליך שהיא תעתור להטלת מאסר בפועל.

2. המערער לא טען בבימ"ש קמא כנגד החלפת המותב וטען לראשונה בעניין זה רק לאחר שהתוצאה הסופית של גזה"ד שונה ממה שחשב.

3. המתחם שקבע בימ"ש קמא בין 8-21 חודשי מאסר הוא מתחם מבוסס.

עונשו של המערער מוקם בתחתית המתחם למרות עברו הפלילי.

4. התסקירים שהתקבלו בעניינו של המערער אינם חיוביים וגם שירות המבחן לא ממליץ על עבודות שירות על מנת לא לקטוע תהליך שיקומי אלא בגלל חששו של המערער לרצות מאסר.

דין והכרעה

1. לאחר שעיינו בפרוטוקול הדיונים בפני כב' השופט קרשן, בטיעונים לעונש שנטענו בפני כב' השופט גרינברג ובשני תסקירי המבחן שהתקבלו במהלך הדיונים בפני כב' השופט קרשן אך היו בפניה עובר למתן גזר הדין, הגענו למסקנה כי חילופי המותב לא גרמו לעיוות דינו של המערער ולעונש נושא הערעור, שלטענת ב"כ המערער היה חמור מעונש המאסר בעבודות שירות לו היה צפוי לו היה נידון עד תום ההליך בפני כב' השופט קרשן.

לא בכדי לא טען ב"כ המערער כלפי חילופי המותב בטרם נשמעו הטיעונים לעונש בפני כב' השופט גרינברג אלא רק בהודעת הערעור, לאחר שלא הוטל עליו עונש מאסר בעבודות שירות שחשב שיוטל עליו.

2. איננו מתעלמים כלל ועיקר משליחתו של המערער לממונה, שמצא אותו מתאים לביצוע עבודות שירות ומדעת הרוב של כב' השופט רובינשטיין, כתוארו אז, בע"פ 5952/13 **זאהדה ואח' נ' מדינת ישראל**, עליו מסתמך ב"כ המערער, אך באותו המקרה הופנו המערערים לממונה לאחר שנשמעו הטיעונים לעונש.

עם זאת, איננו מתעלמים מדעת המיעוט של כב' המשנה לנשיאה נאור, כתוארה אז, לפיה אין בשליחת המערערים לממונה כדי ליצור אצלם ציפייה להטלת מאסר שניתן לרצותו בעבודות שירות, אשר מבוססת על פסיקה קודמת שצוטטה בחוות דעתה.

3. בפסה"ד בע"פ 1438/14 **בראזי נ' מדינת ישראל** קבע ביהמ"ש, פה אחד, מפי כב' השופט פוגלמן בסעיף 9 לפסה"ד כדלקמן:

"אשר לטענת המערער בעניין חוות הדעת של הממונה על עבודות השירות - אף שבמקרים בהם האפשרות לריצוי העונש בדרך של עבודות שירות אינה עומדת על הפרק עדיף להימנע מפנייה אל הממונה על עבודות שירות, שכן פנייה שזו עשויה לעורר "רף מסוים של ציפיות" (ע"פ 6294/05 חובב נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] פסקה 24; פסקה ב' לחוות דעתו של השופט א' רובינשטיין (13.7.2006)).

בפסיקתנו כבר נקבע כי החלטת בית המשפט להורות על קבלת חוות דעת מטעם הממונה על עבודות שירות אינה מקימה אינטרס ציפיה בר הגנה.

יפים לעניין זה דבריו של כב' השופט י' דנציגר בע"פ 8704/08 הייב נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (23.4.2009):

"כל עוד בית המשפט לא גזר את עונשו של הנאשם אין ההפנייה לממונה, כשלעצמה, מצדיקה את היווצרותה של ציפיה או הסתמכות כלשהי לעניין טיב או היקף העונש [...]. חוות דעתו של הממונה על עבודות השירות מתבקשת על ידי בית המשפט בדרך כלל בטרם נגזר דינו של נאשם שהורשע, וזאת על מנת שבפני בית המשפט יהיה כל המידע הצריך לעניין בבואו לגזור את דינו של נאשם ועל מנת שבשלב השתת העונש יוכל בית המשפט לשוות לנגד עיניו את כל החלפות העונשיות האפשריות ולבחור מביניהן את הראויה ביותר על בסיס האיזון ההולם בין האינטרסים המתנגשים" (שם בפסקה 10; ראו גם: ע"פ 4894/13 סלע נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (23.1.2014)).

4. כך הם פני הדברים גם אם כב' השופט קרשן לא כתב בהחלטתו שאין בהפניית המערער לממונה משום הבעת דעה באשר לעונש שיוטל עליו, שכן לא נעלמה מעיני המערער ובא כוחו התנגדות המאשימה להפניית המערער לממונה והעמדה העקבית והנחרצת שהביעה לאורך כל ההליך בפני כב' השופט קרשן שתעתור להטיל על המערער מאסר לריצוי מאחורי סורג ובריח.

5. מתחם הענישה שקבע בימ"ש קמא מקובל עלינו בהיותו משקף כראוי את הפגיעה המשמעותית שפגע המערער בבריאות הקטינים שקנו ממנו את הסם, גם אם מדובר בסם שנחשב כ"סם קל" ובכמויות לא גדולות.

גם אם המכירות נעשו בשל מניע כלכלי, אין בכך להקל עם המערער בכל הקשור לקביעת המתחם.

6. מיקומו של המערער בתחתית המתחם הוא מיקום ראוי ואף מקל, שכן תסקירי המבחן עליהם מסתמך ב"כ המערער, שלטענתו הסתמך עליהם גם כב' השופט קרשן, אינם חיוביים, בלשון המעטה, שכן המערער התקשה לשתף פעולה עם שירות המבחן ובשל העדר בשלותו לא נמצא מתאים להליך טיפולי.

לכך יש להוסיף את גורמי הסיכון שמנה שירות המבחן וגם גורמי הסיכוי לא מצדיקים הטלת מאסר בעבודות שירות רק בשל חששו של המערער לרצות לראשונה בחייו מאסר מאחורי סורג ובריח.

7. אף אנו, כמו בימ"ש קמא, איננו מתעלמים מנסיבות חייו של המערער, מכך שמאז מעצרו בגין עבירות הסחר בסמים לא עבר עבירות, פרט להפרת מעצר בית והימלטותו משוטר שמצא אותו מחוץ לביתו, ומהודאתו, אך אין בכל אלה כדי לחרוג לקולא מהרף התחתון המוצדק של מתחם העונש ולהציבו מתחת לעונש שהוטל על ידי בימ"ש קמא.

8. אנו דוחים את הערעור.

המערער יתייצב לריצוי מאסרו בבית סוהר הדרים, ביום 23.01.18 עד השעה 10:00, או על פי החלטת שב"ס, כשברשותו תעודת זהות וגזר הדין של בית משפט קמא.

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

התנאים שנקבעו לעיכוב ביצוע עונש המאסר יעמדו בתוקפם עד להתייצבות המערער לריצוי עונשו.

ניתן היום, ח' טבת תשע"ח (26 דצמבר 2017), במעמד ב"כ הצדדים והמערער.

דבורה עטר, שופטת

**שמואל בורנשטיין,
שופט**

**אברהם טל, נשיא
אב"ד**