

עפ"ג 53350/08/16 - אודי אלקנה נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עפ"ג 53350-08-16 אלקנה נ' מדינת ישראל
לפני: כבוד הנשיא אברהם טל - אב"ד
כבוד השופטת זהבה בוסתן
כבוד השופט ד"ר שמואל בורנשטיין
המערער אודי אלקנה
נגד המשיבה מדינת ישראל

פסק דין

1. לפנינו ערעור על גזר דינו של בית המשפט השלום בפתח תקווה מיום 14.07.16, בת"פ 55163-03-15, לפיו הורשע המערער, בעקבות הודאתו, בהחזקת סם שלא לצריכה עצמית, לפי סעיף 7 (א) ביחד עם סעיף 7 (ג) רישא לפקודת הסמים המסוכנים ובהחזקת תחמושת, לפי סעיף 144 (א) סיפא לחוק העונשין, התשל"ז - 1977.
2. על המערער נגזרו 10 חודשי מאסר, בניכוי ימי מעצרו; 10 חודשי מאסר על תנאי למשך 3 שנים לבל יעבור עבירה על פקודת הסמים המסוכנים מסוג פשע; 6 חודשי מאסר על תנאי למשך 3 שנים לבל יעבור עבירה על פקודת הסמים המסוכנים מסוג עוון וקנס בסך 3,000 ₪ או 30 ימי מאסר תמורתו.
3. על פי עובדות כתב האישום המתוקן בשנית, המערער החזיק בשקית זבל בסלון דירתו בפתח תקווה ביום 10.3.15, 2.582 ק"ג של החומר 5F-AMB, שהינו נגזרת של הסם המסוכן אינדזול קרבוקסאמיד, והחזיק 9 כדורים המתאימים לכלי נשק מסוגים שונים.

גזר הדין נושא הערעור

1. ב"כ המערער הצהיר שההודאה בהחזקת הסמים שלא לצריכה עצמית נעשית מכח הכמות שהחזיק המערער וללא אינדיקציה אחרת להחזקתה שלא לצריכה עצמית.

2. רעייתו של המערער עמדה על היותו של המערער אב ובעל טוב, המסייע בעבודות הבית ודואג לילדיו.
- המערער טען כי עשה טעות, מאז הגשת כתב האישום הוא עובר הליך שיקומי ולא משתמש עוד בסמים. הוא מפחד שמא יתפרק הבית אם ייאסר והוא חושש ממאסר.
3. הערך החברתי שנפגע מביצוע העבירות בהן הורשע המערער הוא הצורך בשמירה על בריאות הציבור. בתי המשפט עמדו רבות על הצורך במיגור עבירות אלה ובכלל זה הן את השימוש העצמי והן את שלבי הפצת הסם, נוכח הצורך להילחם בנגע הסמים אשר פוגע בחברה באופן בריאותי, אישי וכלכלי. בעבירות הסמים הצורך בהרתעה אפקטיבית גובר על שיקולים הנובעים מנסיבותיו האישיות של המערער, ובכלל זה על שיקולי שיקום וטיפול.
4. מדיניות הענישה מתחשבת בסוג הסם הנדון ובכמותו. פסיקה מועטה עוסקת בסוג הסם הספציפי אותו החזיק המערער, ואולם ככלל עסקינן בסם הנכלל במה שמכונה "סמי פיצוציות".
- בענין **ותד** עמדו בית המשפט העליון וביהמ"ש המחוזי על כך שהענישה באשר ל"סמי הפיצוציות" צריכה להיות מחמירה, אולם באופן הדרגתי, עקב הכללתם החדשה יחסית בפקודת הסמים.
- כן עמדו בתי המשפט על כך שאופן יצור סמים אלו, בתנאים בהם אין שליטה על היקף החומר הפעיל בכל מנה, עלול לגרום לסיכון רב, מעבר לסיכון הנגרם למשתמשים בסמים בכלל.
5. מדובר בסם שנכלל רק לאחרונה בפקודת הסמים, ואולם אין להשוות בין מי שנדון בעבירות על חוק המאבק בתופעת השימוש בחומרים מסכנים תשע"ג - 2013 (להלן: "**חוק המאבק**"), שהעונש הקבוע לצדו הינו 3 שנות מאסר, לבין מי שנדון בגין עבירה על פקודת הסמים, שקובעת 20 שנות מאסר כעונש מירבי למי שמבצע את העבירה בגינה הורשע המערער.
6. אין להשוות בין החזקת הסם מהסוג בו הודה המערער לבין החזקתם או גידולם של סמים המוכרים בפסיקה כ"סמים קלים". יש להחמיר עם המחזיקים ב"סמי פיצוציות", ולו במעט מעבר לאלה המחזיקים ב"סמים קלים", שכן המציאות מלמדת כי השפעת סמים אלה חזקה יותר מהשפעת ה"סמים הקלים".
7. המערער הורשע בהחזקת הסמים שלא לצריכה עצמית. אמנם נטען כי אין ראיות לסחר, ואולם המשתמש בסמים, אף זה המחזיק בסם מעבר לצריכתו הזמינה, ככלל אינו מחזיק בשניים וחצי ק"ג של הסם. המערער לא סתר ולא ביקש לסתור את החזקה כי בנסיבות אלה ההחזקה נעשתה לא לצריכה עצמית. כתב האישום המתוקן במסגרת ההסדר מציין כי המערער החזיק בסם בכמות "לצריכתו העצמית ושאינה לצריכתו העצמית", ולפיכך המערער הודה כי ההחזקה הייתה, בין היתר, שלא לצריכה עצמית, כפי שהורשע.

8. לאחר בחינת מדיניות הענישה, ובהתחשב בקביעה כי יש להחמיר באופן הדרגתי את הענישה בגין "סמי פיצוציות", קבע בית משפט קמא את מתחם העונש ההולם כנע בן 8 חודשי מאסר ועד 30 חודשי מאסר.
9. בגזירת הדין בתוך המתחם התחשב בימ"ש קמא בראש ובראשונה בקבלת האחריות על ידי המערער ובהודאתו באשמה.
10. תסקיר שירות המבחן מלמד שהמערער סובל מלקויות למידה מגיל צעיר, ולפיכך אף הוכר על ידי הביטוח הלאומי כנכה בשיעור של 75%.
- במסגרת הליך המעצר התרשם שירות המבחן מעמדות בעייתיות של המערער ביחס לחוק ולקושי שלו להכיר באחריותו לבחירות בעייתיות אותן עשה לאורך השנים.
- לאחר שחרורו ממעצר המערער השתתף בקבוצת עצורי בית, ובמסגרתה הביע הבנה באשר למצבי סיכון עבורו.
11. באבחון הנוכחי התקשה המערער להעמיק ברקע לביצוע העבירות, ונטה להשליך את האחריות לחלק ממעשיו על גורמים חיצוניים. עם זאת, הוא נמצא נקי מסמים, והביע רצון להשתלב בטיפול.
- שירות המבחן התרשם כי מוקד הבעייתיות הוא בדפוסיו השוליים של המערער ולא בהתמכרות לסם. המערער מביע הבנה ראשונית לדפוסיו הבעייתיים, וקיים סיכון מסוים להישנות עבירות, שיכול להיות מופחת אם ישתלב בטיפול.
- נוכח ההכרה הראשונית בקשיים והנכונות להשתלב בטיפול המליץ שירות המבחן להטיל על המערער צו מבחן למשך שנה ושל"צ.
12. בהתאם לתיקון 113 בחוק העונשין, ניתן לסטות ממתחם העונש ההולם בשל קיומם של סיכויי שיקום, אם מצא בית המשפט כי המערער השתקם או כי יש סיכוי של ממש שישתקם.
- מדובר בחריג לכלל, ויש לעשות בו שימוש באותם מקרים חריגים המצדיקים את העדפת אינטרס השיקום על פני אינטרס הכלל חרף חומרת העבירות וקיומו של עבר פלילי.
- קיים סיכוי של ממש לשיקום כאשר המערער כבר השתלב בטיפול באופן אינטנסיבי. המערער טרם השתלב בטיפול והוא אך צפוי לעשות כן, כפי שעולה מתסקיר שירות המבחן. לפיכך, אין מקום לסטות ממתחם העונש ההולם.
13. ביהמ"ש קמא התחשב בגזירת הדין בעברו הפלילי של המערער, שריצה בעבר מאסר קצר, בגין עבירה שאינה ממין העניין.

14. בהתחשב בכמות הסם הגדולה שנתפסה, בסוג הסם, ומנגד בהודאתו של המערער, במאפייניו האישיותיים וקשייו, בנכונותו להתחיל בטיפול לצד העובדה כי טרם עשה כן, בעברו הפלילי, ובעובדה כי המערער נותן את הדין גם בגין החזקת תחמושת, לא ניתן להסתפק במאסר לריצוי בעבודות שירות.

עם זאת, בנסיבות המתוארות לקולא, אין למצות עימו את הדין אלא לגזור את דינו קרוב לרף התחתון של המתחם.

נימוקי הערעור:

1. ביהמ"ש קמא לא נתן משקל ראוי לנסיבות ביצוע העבירה.

2. מעובדות כתב האישום עולה שהמערער לא עבר עבירה שיש בה נסיבות לחומרא. בעת ביצוע העבירה המערער שהה בביתו, אין כל אינדיקציה שעשה שימוש בסם מחוץ לביתו ואין כל נסיבות שסחר בו. המערער אומנם הודה בעבירה של החזקת סמים שלא לצריכה עצמית אך עשה כן רק בשל הכמות בה החזיק והתעקשות המאשימה שלא לשנות את הסעיף בשל המשקל כשאין כל אינדיקציה להחזקה שכזו. המערער החזיק ורכש כמות כזו רק כדי למנוע מפגשים תכופים עם גורמים שליליים.

3. ביהמ"ש קמא לא נתן משקל ראוי לנסיבות חיצוניות לביצוע העבירה, להודאת המערער, שניתנה עוד בחקירתו במשטרה, ולכך ששיתף פעולה עם רשויות האכיפה במטרה לסייע להם.

4. מהתסקיר עולה שהמערער מצעירותו עד היום גדל בשכונת מצוקה, התמודד עם קשיים חברתיים, תרבותיים וכלכליים. בעברו הוא הסתבך בפלילים אך מנסה להיחלץ ממעגל הפשיעה, והפעם, בשונה מפעמים קודמות, נראה שעלה על דרך המלך, והוא נקי מסם תקופה של למעלה משנה. המערער גרוש ואב ל-4 קטינים, משלם מזונות עבורם באופן רציף, מתפקד בעבודתו באופן יציב, שומר על רצף תעסוקתי ומזה כשנה עובד במוסך. המערער נישא בשנית והפך לאב בשנית, לאחר ביצוע המעשים בהם הודה. בנו הפעוט זקוק לו כדמות אבהית וסמכותית, שכן רעייתו הנוכחית נעדרת משפחה בארץ ותתקשה לגדל את ילדיהם הפעוטים ללא עזרה ומימון של המערער. השמת המערער במאסר תחטיא את המטרה ותגרום לגמול בלתי הולם למשפחתו ולתינוק שנולד. המערער נכה בשיעור 75%, מוכר ע"י מל"ל, בעל קשיים קוגניטיביים חמורים ביותר, אינו יודע קרוא וכתוב וקיים חשש אינהרנטי כי ינוצל בבית הסוהר ומצבו ידרדר באופן בלתי הפיך.

כל האמור מצדיק סטייה מהמתחם או את מיקומו בתחתית המתחם.

5. עיון בתסקיר מעלה שהמערער ערך שינוי משמעותי בחייו, בין היתר שמר על רצף תעסוקתי בענף הרכב. במסגרת צו הפיקוח שהוטל עליו השתתף בקבוצת עצורי בית בשירות המבחן, נטל חלק פעיל בקבוצה, הביע הבנה של ממש לתכנים הנלמדים, זיהה מצבי סיכון, כל זאת בהיותו בעל יכולות קוגניטיביות נמוכות ביותר. עם סיום הקבוצה המשיך המערער בשיחות מעקביות בשירות המבחן

וההתרשמות היא שקיבל אחריות למיוחס לו, הסביר את השימוש בסמים כתוצאה מתקופת משבר על רקע קשיים בזוגיות. בדיקותיו נמצאו נקיות, הוא מטופל ע"י שירות המבחן מחודש מרץ 2015 ושירות המבחן התרשם ממנו בצורה יוצאת דופן והסיק שהוא בעל מוטיבציה אדירה להביא לשינוי בהתנהגותו.

6. לאור נתוני המערער היה מן הראוי לסטות מהמתחם משיקולי שיקום, שלא ניתן להתעלם מהם. מדובר במקרה מיוחד ובמערער מיוחד, שאינו חפץ באורח חיים עברייני.

7. בפתח הדיון בפנינו ביקש ב"כ המערער לקבל תסקיר מבחן משלים לגבי המערער, שהיה בפיקוחו של שירות המבחן מחודש מרץ 2015 ועד מתן גזה"ד של בימ"ש קמא.

ב"כ המשיבה התנגדה לבקשה וקיבלנו את התנגדותה מאחר והמערער לא המשיך בטיפול בכל מסגרת שהיא לאחר מתן גזה"ד.

8. ב"כ המערער טען שלמרות בדיקות שנעשו במהלך למעלה משבועיים לא נמצאו ראיות לסחר בסמים והודאתו באה רק בגלל כמות הסם שנקנה בחנות בת"א, שהמערער היה מוכן להצביע עליה אך לא נלקח להצבעה.

לטענת ב"כ המערער, המערער בעל יכולת שכלית דלה, אינו יודע קרוא וכתוב ויש סיכון משמעותי להידרדרותו וניצולו ע"י אסירים אחרים אם יישלח למאסר. אשתו נמצאת בהריון, הם הורים לתינוק בן שנה והמערער אב לשלושה ילדים מנישואיו הראשונים.

לטענתו, אמנם המלצת שירות המבחן להטיל על המערער של"צ היא מרחיקת לכת אך נוכח אישיותו של המערער, ההליך הטיפולי שעבר ושמירתו על רצף תעסוקתי, מן הראוי היה להטיל עליו מאסר בעבודות שירות, כפי שהוטל על נאשמים שהחזיקו כמויות גדולות יותר של "סמי פיצוציות" והפיצו אותן, נושא גזרי דין של ביהמ"ש השלום והמחוזי שהציג בפנינו.

תגובת המשיבה

1. המערער הורשע בהחזקת סם שלא לשימוש עצמי לפי פקודת הסמים ולא לפי חוק המאבק בתופעת השימוש בחומרים מסכנים, שכן החומר שהחזיק הוא נגזרת של סם שנכלל בפקודת הסמים אך ביהמ"ש קמא לא הטיל עונש חמור, כפי שהיה מטיל על החזקת סם, בגלל שמדובר ב"סם חדש".

2. בימ"ש קמא לקח בחשבון את נסיבותיו האישיות של המערער ואת הודאתו. כמו כן הוא התייחס לעמדות הבעייתיות של המערער לגבי החוק ולא היה מקום לחרוג ממתחם הענישה מטעמי שיקום.

3. בנוסף לסמים נתפסו אצל המערער כדורים שמתאימים לכלי נשק שונים.

דין והכרעה

1.1. אנו רואים עין בעין עם בימ"ש קמא את חומרת החזקת הסם נושא הרשעת המערער, גם אם מדובר ב"סם חדש" וגם אם לא נמצאו ראיות לכך שהמערער סחר בו. מדובר בכמות שעולה על הכמות שהחזקתה נחשבת להחזקה לשימוש עצמי ומדובר בסם שהוא נגזרת של סם מסוכן שנכלל בפקודת הסמים. הדבר בא לביטוי נכון בכך שהמערער הורשע בהחזקת סם שלא לשימוש עצמי לפי פקודת הסמים ולא לפי חוק המאבק, בהתחשב בפער הענישה בין הפקודה לחוק.

1.2. בימ"ש קמא צדק בקביעת מתחם הענישה התחתון בן 8 חודשים שהתחשב כראוי בפגיעה המשמעותית של המערער בערכים המוגנים של בריאות הציבור, במיוחד כאשר מדובר בסם חדש שהוא "סם פיצוציות" שבתי המשפט לערכאותיהם מחמירים בעונשיהם של אלה שמחזיקים בו שלא לשימוש עצמי (ראה פסק דינו של השופט הנדל בע"פ 7962/15 **אשורוב נ' מדינת ישראל**, שאמנם מתייחס לחמש מכירות של סם במשקל כולל של 740 גרם; ע"פ 4915/15 **ותד נ' מדינת ישראל** ות"פ (מחוזי ת"א) 48731-11-14 שאוזכרו ע"י בימ"ש קמא).

1.3. בימ"ש קמא לא קיבל את המלצתו המוגזמת לקולא של שירות המבחן להטיל על המערער לבצע עבודות של"צ ולא קיבל את בקשת המערער בפניו ובפניו לרצות עונש מאסר בעבודות שירות, גם בהתחשב בנסיבות האישיות של המערער, כפי שתוארו בתסקיר המבחן, בקושי שייגרם לו ולמשפחתו אם ייאסר, כפי שהעידה אשתו בבימ"ש קמא, ובהודאתו המיידית של המערער.

1.4. עיון בתסקיר המבחן שהיה בפני בימ"ש קמא וצורף להודעת הערעור מעלה שאינו מצדיק סטייה ממתחם הענישה מטעמי שיקום שכן שירות המבחן התרשם מקיום סיכון להישנות ביצוע העבירות וגם לאחר שהשתתף בקבוצת עצורי בית בפיקוח שירות המבחן הוא אמנם הבין את מצבי הסיכון עבורו אך בשיחות מעקב ביטא גישה פסיבית למצבו ונטה להשליך אחריות על חלק ממעשיו בעבר על גורמים חיצוניים.

1.5. בימ"ש קמא לא התעלם כלל ועיקר מנסיבותיו האישיות והמשפחתיות הלא קלות של המערער ומהנזק שייגרם לו ולמשפחתו אם ייאסר ולא התעלם מהודאתו המיידית של המערער אך אין בכל אלה כדי לחרוג לקולא ממתחם העונש ולהצדיק ריצוי מאסר בעבודות שירות.

6. בהתחשב בכך שהעונש נושא הערעור אינו סוטה לחומרה ממדיניות הענישה הנוהגת באשר להחזקת "סמי פיצוציות" ומתחשב בכל הנסיבות לקולא ולחומרה, אנו דוחים את הערעור.

המערער יתייצב לריצוי מאסרו בבית סוהר הדרים, ביום 7.5.17 עד השעה 10:00, או על פי החלטת שב"ס, כשברשותו תעודת זהות ופסק דין זה.

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

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

ניתן היום, ט' באדר תשע"ז (7 מרץ 2017) במעמד ב"כ הצדדים והמערער.

שמואל בורנשטיין, שופט

זהבה בוסתן, שופטת

**אברהם טל, נשיא
אב"ד**