

## עפ"ג 53976/05/16 - נחמן גבאי נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים  
עפ"ג 53976-05-16

לפני כב' השופטים: י' נועם - סגן נשיא, ר' פרידמן-פלדמן ומ' בר-  
עם סגן הנשיא י' נועם

המערער

נחמן גבאי

על-ידי ב"כ עו"ד חגית רייזמן-אבודרהם

נגד

המשיבה

מדינת ישראל

באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים

### פסק דין

#### **השופטת ר' פרידמן-פלדמן:**

1. ערעור על גזר דינו של בית-משפט השלום בירושלים (כבוד השופט י' מינטקביץ') מיום 10.4.2016 בת"פ 11803-07-14, לפיו נגזר על המערער מאסר למשך שישה חודשים לריצוי בפועל, ומאסר על תנאי, לאחר שהורשע בעבירה של החזקת סם שלא לצריכה עצמית בלבד.

#### **ההליכים בבית-משפט קמא:**

2. המערער הורשע, על-פי הודאתו, בהחזקת סם שלא לצריכה עצמית, בכך שביום 29.6.2014 החזיק בסם מסוכן מסוג חשיש במשקל 2277.50 גרם נטו, שלא לצריכה עצמית. על פי האמור בכתב האישום, הסם הוזמן על ידי אדם בשם אברהם עזרן. תפקידו של המערער היה לקבל את הסמים מאחרים ולהעבירם לאברהם עזרן, וכך נעשה.

3. כעולה מגזר הדין, עונשו של אברהם עזרן נגזר בהתאם להסדר טיעון "סגור" אליו הגיעו הצדדים, בין היתר למאסר בפועל למשך 18 חודשים, כולל הפעלת שני מאסרים על תנאי.

4. בגזר דינו קבע בית-משפט קמא כי מתחם העונש ההולם הוא בין שישה לבין 24 חודשי מאסר בפועל לריצוי ממש. בית המשפט התייחס לסוג ולכמות הסם; ולכך שהסם הוחזק בידי המערער לזמן קצר, אך המערער מילא חלק מרכזי ברכישתו והיה חלק ממעגל הפצת הסמים. כן התייחס בית-משפט קמא לחומרת העבירות הקשורות בהפצת סמים, ולפסיקה הנוהגת, הכוללת מאסר משמעותי.

לעניין העונש בתוך המתחם, התייחס בית-משפט קמא לגילו הצעיר של המערער; להיעדר הרשעות קודמות; ולנסיבותיו האישיות והמשפחתיות של המערער, כעולה מתסקירי שירות המבחן שהוגשו בעניינו. צוין כי להערכת שירות המבחן,

הרקע לעבירות היה מצוקה כספית של המערער ורצון להשיג רווח קל. בנוסף התייחס בית המשפט להליך השיקומי בו השתתף המערער, במסגרת הוסטל "החוט המשולש", ולהערכת שירות המבחן כי גזירת מאסר ממש תביא לנסיגה במצבו של המערער ותסכן את ההליך השיקומי.

בית-משפט קמא סבר כי עונש מאסר לריצוי בעבודות שירות "מאזן באופן הולם בין שיקולי שיקומו של הנאשם והמלצת שירות המבחן ובין חומרת המעשים", אך מחוות דעת הממונה על עבודות שירות עלה, כי המערער הצהיר בראיון שאינו יכול לרצות עונש מאסר בעבודות שירות, וכי הוא מעדיף לרצות עונש מאסר ממש. כמו כן סירב המערער למסור בדיקה לגילוי סמים.

בית משפט קמא ציין בגזר דינו כי גילו הצעיר של המערער; היעדר עבר פלילי; הודאת המערער במיוחד לו וקבלת אחריות על מעשיו; וההליך השיקומי שעבר המערער, תחת פיקוח שירות המבחן - מצדיקים חריגה לקולא ממתחם העונש ההולם, כך שבמקום מאסר לריצוי ממש, ירצה המערער מאסר בדרך של עבודות שירות.

בית המשפט התייחס לטיעוני ב"כ המערער, לפיהם המערער אינו בקשר עם משפחתו ואינו יכול להתגורר עמה, ולא יוכל לשהות בישיבה אם ירצה עבודות שירות, ולפיכך, לדבריה, אם יגזר על המערער עונש מאסר לריצוי בעבודות שירות, הוא "יזרק לרחוב". בית המשפט סבר כי דברים אלו עומדים בסתירה לאמור בתסקירי שירות המבחן, לפיהם המערער נמצא בקשר עם משפחתו, אשר תומכת בו ומעודדת אותו בדרכו החדשה.

בית המשפט התייחס גם להסבר שנתן המערער לסירובו לבדיקה לאיתור סמים, ודחה הסבר זה.

בסיכומו של דבר ציין בית המשפט "שקלתי להשית על הנאשם מאסר בעבודות שירות, עונש אשר גם הוא חורג לקולא מהמתחם, אך עדיין יש בו לבטא את חומרת מעשיו של הנאשם. כפי שפורט, הנאשם סיכל את האפשרות להשית עליו מאסר שירוצה בעבודות שירות ולא הותיר מנוס מלגזור עליו מאסר לריצוי ממש. אני ער, כמובן, לאפשרות להשית על הנאשם של"צ, כפי שהמליץ שירות המבחן. בנסיבותיו של תיק זה, עונש זה נראה לי מקל מדי ביחס לחומרת העבירה בה הורשע הנאשם ומהווה חריגה גדולה מדי ממתחם העונש ההולם. מעבר לכך, כי לאור העובדה שהנאשם הוא שסיכל את האפשרות להשית עליו מאסר בעבודות שירות, לא מצאתי הצדקה להקל עמו מעבר למה ששקלתי לאחר קבלת התסקיר, ולהמנע מהטלת מאסר".

לפיכך, ולאור מכלול נסיבותיו האישיות של המערער, גזר בית-משפט קמא עונש הנמצא בתחתית מתחם העונש ההולם, כמפורט לעיל.

### **תסקירי שירות המבחן:**

5. מתסקירים שהוגשו במהלך הדיונים בבית-משפט קמא, עלה כי המערער שולב בהוסטל "החוט המשולש" בירושלים, לאחר ששהה במעצר במשך כשלושה חודשים. הוא השתלב בתהליך טיפולי משמעותי, כולל לימודים ועבודה. המערער סיים בהצלחה תכנית טיפולית של 12 חודשים במקום והמשיך לתכנית בוגרים. עם סיום התכנית השתלב המערער בישיבה ובקהילה בבת עין. קצין המבחן התייחס לחומרת מעשיו של המערער ומסוכנותם, ומנגד לתהליך השיקומי-טיפולי שעבר המערער במשך כשנה וחצי, לאחר מעצר של כשלושה חודשים, ומבלי שנפתחו נגדו תיקים נוספים, וציין כי עונש מאסר בין כותלי הכלא עלול להביא לנסיגה ולסכל את השיקום שעבר המערער. לגבי מאסר בעבודות שירות, ציין כי

עונש כזה עלול לפגוע בתפקודו ובהמשך התפתחותו של המערער. לפיכך המליץ על שירות לתועלת הציבור בהיקף של 140 שעות וצו מבחן למשך שנה.

6. במהלך הדיון בערעור, הוגש תסקיר משלים של שירות המבחן. מהתסקיר המשלים עולה כי המערער ממשיך ללמוד בישיבה ביישוב "בת עין", הוא מרגיש כי מצא את מקומו והשתלב במקום. המערער לומד במקום בתנאי פנימייה מלאים, ומגיע לבקר את משפחתו רק בסופי שבוע. המערער הביע רצונו לנהל אורח חיים תקין, ושיתף בחששות מתוצאות מההליך הפלילי. משיחה עם מנכ"ל המרכז החינוכי בבית עין, עלה כי הלומדים במקום יכולים לעבוד באופן חלקי, מספר שעות במשך היום, אולם אם יוטל על המערער מאסר לריצוי בעבודות שירות, בגינו יעדר מהישיבה במשך רוב שעות היום, לא יאפשרו למערער המשך מגורים בישיבה.

קצין המבחן העריך כי המערער יתקשה לעמוד בהתחייבויות הכרוכות בביצוע עונש של עבודות שירות, מאחר שהינו ללא גורמי תמיכה משמעותיים אשר יוכלו לתמוך בו בתקופת ביצוע העונש, והוא עלול להישאר ללא מקום מגורים.

### **טיעוני ב"כ הצדדים:**

7. ב"כ המערער מיקדה טיעוניה בהליך השיקומי שעבר המערער, וטענה כי בית-משפט קמא טעה בכך שהחמיר עם המערער, חרף הליך השיקום הממושך והמוצלח שעבר, חרף גילו הצעיר, חלקו הקטן בביצוע העבירה, היעדר כל מעורבות פלילית נוספת ורקע אישי קשה. נטען כי בעניינו של המערער, השיקול המכריע הינו השיקול השיקומי, המצדיק חריגה ממתחם העונש ההולם.

נטען כי שליחתו של המערער לכלא עלולה להשפיע על המערער לרעה.

ב"כ המערער חולקת גם על מתחם העונש ההולם, כפי שנקבע על ידי בית-משפט קמא, וטענה כי יש להעמיד את המתחם בין ענישה מותנית לבין 12 חודשי מאסר בפועל.

עוד טענה כי לא היה מקום השוות את עניינו של המערער לזה של עזרן, בשל חלקם השונה ומעמדם השונה של השניים בביצוע העבירה, נוכח עברו הפלילי של עזרן והפעלת שני מאסרים מותנים שהיו תלויים ועומדים נגדו.

לפיכך ביקשה לבטל את עונש המאסר בפועל ולאמץ את המלצת שירות המבחן.

8. המשיבה מתנגדת להקלה בעונשו של המערער. נטען כי "יש ניסיון להתאים את העונש לפי התכנית והנוחות של הנאשם. העיקר שלא יפגע במהלך החיים בתקין שלו". לטענת ב"כ המשיבה, מדובר בעבירה חמורה של החזקת סם מסוכן מסוג חשיש, בכמות העולה על שני ק"ג, ונדרשת ענישה מחמירה לשם מלחמה בנגע הסמים. לדבריה, ישנם מקרים בהם ניתן לסטות לקולא ממתחם העונש ההולם, וכאן נעשה הדבר בבחינת מאסר לריצוי בעבודות שירות. אך אין לסטות מהמתחם עד כדי הסתפקות בשירות לתועלת הציבור, תוך התעלמות מהעבירה ומהאינטרס הציבורי. לדבריה, שיקולי שיקום אינם חזות הכל.

## דין והכרעה:

9. המערער הורשע, כאמור, בעבירה של החזקת סם שלא לצריכה עצמית, בכך שקיבל והעביר לאחר סם מסוכן מסוג חשיש בכמות העולה על שני ק"ג. מדובר בעבירה חמורה, המצדיקה הטלת עונש מאסר בפועל, ולו לתקופה קצרה, גם כאשר מדובר במי שזו הסתבכותו הראשונה בפלילים.

10. אין בעניינינו מחלוקת, כי מאז נתפס המערער מחזיק בסמים ומשתף פעולה בהעברתם בין המעורבים השונים, שהם במעצר ושוחרר, עבר המערער תהליך שיקומי ארוך, ועל פי שירות המבחן מוצלח.

המשיבה איננה חולקת על כך שהמקרה מתאים לחריגה ממתחם העונש ההולם, אך לטענתה, די בהמרת מאסר בפועל, במאסר לריצוי בעבודות שירות, ואילו הטלת שירות לתועלת הציבור מקלה יתר על המידה ומחטיאה את מטרות הענישה.

מתסקיר שירות המבחן עולה כי מאסר לריצוי בעבודות שירות אינו אפשרי במקרה זה, ולו מן הטעמים הטכניים של היעדר מקום מגורים, מצב אשר ידרדר את מצבו של המערער ויפגע בתהליך השיקומי הארוך והמוצלח שעבר. דהיינו, לא מדובר בסיכול האפשרות לעבודות שירות על ידי המערער, אלא בנתונים אובייקטיביים שכלל הנראה לא יאפשרו למערער לבצע עבודות שירות, ובסופו של דבר יגיע לריצוי עונש מאסר בכלא.

בנסיבות אלה, כאשר הברירה שנתרה היא בין ענישה מקלה יחסית, שתאפשר המשך שיקומו של המערער, לבין מאסר בפועל שעלול לפגוע בתהליך השיקומי הממושך ולדרדר את המערער, ועל רקע נסיבותיו המיוחדות של המערער, גילו הצעיר והיעדר עבר פלילי, וכן תוך התחשבות בהסדר טיעון שנעשה בעניינו של עזרן - יש לבחור, באופן חריג, בדרך השיקום, ולא לשלוח את המערער חזרה אל מאחורי סורג ובריח, אלא לאפשר לו לבצע שירות לתועלת הציבור ולהעמידו בצו מבחן.

יש לזכור עוד כי המערער ישב במעצר מספר חודשים, שינוכו משישה חודשי מאסר בפועל שגזר עליו בית-משפט קמא; כי המערער שהה במעצר בית מלא בתקופת השיקום; וכי ניתן להניח שלאור התהליך השיקומי המוצלח והיעדר הסתבכות נוספת בפלילים, ינוכה שליש מתקופת המאסר - כך שיתרת תקופת המאסר שיהיה על המערער לרצות, תהייה קצרה ביותר.

תקופת מאסר כזו איננה מצדיקה פגיעה בשיקום הממושך שעבר המערער.

11. לאור האמור לעיל, אנו מקבלים את הערעור כמפורט להלן:

א. חלף מאסר של שישה חודשים, שגזר בית-משפט קמא על המערער, ייגזר על המערער מאסר בפועל למשך חודשיים וחצי - תקופה החופפת את ימי מעצרו של המערער בתיק זה, מיום 29.6.2014 ועד 14.9.2014. למען הסר ספק -

המערער סיים לרצות את תקופת המאסר בפועל.

ב. המערער יבצע שירות לתועלת הציבור בהיקף של 240 שעות, במסגרת מנהל קהילתי אזורי גוש עציון, בהתאם לתכנית שתוכן על ידי שירות המבחן.

מובהר למערער כי אם לא יבצע את השל"צ כנדרש, יגזר עליו עונש אחר תחתיו.

ג. ניתן בזה צו מבחן למשך שנה.

ד. יתר חלקי גזר הדין יעמדו בעינם.

**המזכירות תשלח עותקים מפסק-הדין לב"כ הצדדים, לשירות בתי-הסוהר ולשירות המבחן.**

**ניתן היום, כ"ד באב התשע"ז, 16 באוגוסט 2017, בהיעדר הצדדים (על-פי הסכמתם).**

משה בר-עם, שופט

רבקה פרידמן-  
פלדמן, שופטת

יורם נועם, סגן נשיא