

## ע"פ 5826/19 - מדינת ישראל נגד דורי רפאל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 5826/19

לפני: כבוד השופט נ' הנדל  
כבוד השופט ג' קרא  
כבוד השופט ע' גרוסקופף

המערערת: מדינת ישראל

נ ג ד

המשיב: דורי רפאל

ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-  
יפו בת"פ 39201-05-18 מיום 23.6.2019 שניתן על  
ידי כב' השופט יוסי טופף

תאריך הישיבה: ד' בכסלו התש"ף (2.12.2019)

בשם המערערת: עו"ד אופיר טישלר  
בשם המשיב: עו"ד אמיר מורשתי  
בשם שירות המבחן: הגב' ברכה וייס

**פסק-דין**  
\*\*

השופט ג' קרא:

ערעור המדינה על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופט י' טופף) מיום 23.6.2019 בת"פ 39201-05-18, בגדרו הושתו על המשיב תשעה חודשי מאסר בפועל לריצוי על דרך של עבודות שירות; מאסרים מותנים; קנס בסך עשרים וארבעה אלף ש"ח; והתחייבות כספית בסכום שלושים וחמישה אלף ש"ח.

1. המשיב הורשע על פי הודאתו, בעבירות שעניינן יבוא סם מסוכן לפי סעיף 13 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973 (להלן: הפקודה); החזקת סם מסוכן שלא לשימוש עצמי לפי סעיף 7(א) בצירוף 7(ג) רישא לפקודה; קשירת קשר לפשע (יבוא סם מסוכן) לפי סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין התשל"ז-1977 יחד עם סעיף 13 לפקודה; וסחר בסם מסוכן לפי סעיף 13 לפקודה. הסם מושא האישומים הוא סם מסוכן מסוג GBL (להלן: GBL או הסם) אשר המשיב ביקש לייבא עשרים ליטר ממנו (20 ל') מסין לישראל במספר משלוחים, וזאת יחד עם אחר שזהותו אינה ידועה.

2. על פי עובדות כתב האישום המתוקן, בחיפוש שנעשה בביתו של המשיב נתפסה כמות של כעשרה ליטרים (10 ל') GBL שהתקבלו בשני משלוחים; שניים עשר בקבוקונים אשר הכילו 209.5 מ"ל GBL; בקבוקון אשר הכיל 0.2087 גרם MDMA; בקבוקון שהכיל 0.3273 גרם KETAMINE; מספר רב של בקבוקונים ריקים ומשקל אלקטרוני. בהמשך, נתפסו על ידי משטרת ישראל שני משלוחים נוספים שהכילו יחד כשמונה ליטרים (8 ל') GBL.

המשיב הורשע עוד במכירת GBL לשני אנשים שונים בכמויות של 150 מ"ל GBL ו-30 מ"ל GBL בעדמ קיבל 650 ש"ח, ו-450 ש"ח בהתאמה.

גזר דינו של בית המשפט המחוזי

3. בית המשפט המחוזי קבע כי מכלול העבירות מהווה אירוע מתמשך אחד לצורך קביעת מתחם הענישה, ועמד על מידת הפגיעה הממשית בערכים החברתיים - הגנה על שלום הציבור, בטחונו ובריאותו מפני השפעתה ההרסנית של צריכת סמים וההכרח בענישה מרתיעה כלפי אלה הלוקחים חלק בהפצתם.

אשר לנסיבות הקשורות בביצוע העבירות, ציין בית המשפט את כמות הסם הגדולה שיובא, סוגו ואת מידת אשמו הגבוהה של המשיב שנובעת מהתכנון המוקדם והמוקפד שנלווה למעשיו. עם זאת, קבע כי המשיב יבא את הסם למטרות צריכה עצמית בניסיונו להתמודד עם קשיים שחווה; כי מכר את הסמים במסגרת חברתית לשניים מחבריו לצורך שיפור מצב רוחם בלבד; כי הסמים לא יובאו למטרות סחר או רווח והמשיב אינו "סוחר סמים"; וכי בפוטנציאל הנזק יש להתחשב בנזק שהיה נגרם לציבור לולא היה נתפס הסם, אך אין לכלול במסגרתו את השימוש בסם כ"סם אונס".

לאחר שעמד על מדיניות הענישה הנוהגת, קבע בית המשפט את מתחם העונש ההולם החל משניים עשר חודשי מאסר ועד עשרים ושישה חודשי מאסר לריצוי בפועל.

4. בקביעת העונש ההולם זקף בית המשפט לחובת המבקש את חומרת העבירות שביצע והשפעותיו המסוכנות של השימוש בסם. לזכות המשיב שקל בית המשפט את הודאתו ושיתוף פעולתו עם המשטרה, את לקיחת האחריות והחרטה שהביע, את שיתוף הפעולה עם שירות המבחן ואת מצבו הרפואי והמשפחתי של המשיב כפי שעלה מתסקיר שירות המבחן.

בית המשפט הדגיש את רצונו של המשיב בניהול אורח חיים נורמטיבי; את ההליך השיקומי שהחל בו שלהתרשמות שירות המבחן מקדם את הפחתת רמת הסיכון הנשקפת ממנו; את ההשפעה המרתיעה שבתקופת מעצרו הממושכת של המשיב; וכי שליחתו למאסר בפועל במהלך ההליך השיקומי שהחל, עלולה לגרום להתדרדרות במצבו.

לאור האמור, מצא בית המשפט לחרוג לקולא ממתחם הענישה ההולם, והשית על המשיב עונש כמפורט לעיל.

#### טענות הצדדים

5. המדינה טוענת כי אין הלימה בין העונש שגזר בית המשפט על המשיב לחומרת מעשיו ונסיבות ביצועם, וכי אלו מחייבים את החמרת עונשו על דרך של השתת מאסר מאחורי סורג ובריאח.

6. לעמדת המדינה, בגזר דינו של בית המשפט המחוזי נפלו טעויות מהותיות המצדיקות את התערבות ערכאת הערעור. כך נטען, לא ניתן משקל ראוי לכמות הסם הגבוהה שייבא המשיב - כעשרים ליטר GBL, ולכך שהחזיק סמים נוספים, בקבוקונים ריקים ומשקל אלקטרוני. עוד נטען כי בית המשפט שגה משקבע כי המשיב אינו "סוחר סמים". לאור אלה המדינה טוענת כי נדרש היה לקבוע מתחם ענישה הולם גבוה יותר ומכל מקום, לא התקיימו בעניינו של המשיב נסיבות יוצאות דופן המצדיקות חריגה ממתחם העונש ההולם מטעמי שיקום.

7. בדיון שהתקיים לפנינו הדגיש בא כוח המדינה את מאפייניו של הסם בהם הכמות הקטנה הנדרשת כדי להביא קורבן פוטנציאלי לחוסר ישע, את השימוש שנעשה בסם כסם אונס, על פוטנציאל הנזק הכרוך בכך; זמינותו והשימוש בו; והקושי לזהות את הסם לאחר שנצרף; ועל כן, טען כי יש להטיל ענישה מרתיעה בגין ייבוא הסם. עוד טען כי הודאתו של המשיב בסחר לצד כמות הסם שייבא, לא עולה בקנה אחד עם קביעתו של בית משפט קמא כי מדובר ב"ייבוא לצורך צריכה עצמית". משהסם יובא לארץ לצורך הפצתו ומכירתו, יש להתייחס לאפשרות הסבירה כי הסם ישמש כסם אונס.

מנגד, טען בא כוח המשיב כי עד כה לא הושת עונש מאסר מאחורי סורג ובריאח בתיקים העוסקים בעבירות בסם GBL; כי המדינה לא דרשה להכריז על המשיב כסוחר סמים; וכי המשיב סייע למשטרה בתפיסת שמונה ליטרים מהסם במשלוחים הנוספים. עוד עמד בהרחבה על התסקיר המשלים מטעם שירות המבחן בעניינו של המשיב וסיכויי שיקומו הגבוהים, לרבות התרשמות הגורמים המטפלים כי הטלת עונש מאסר מאחורי סורג ובריאח תביא לפגיעה בשיקומו.

#### דיון והכרעה

8. לאחר עיון בערעור ונספחיו, ושמיעת טענות באי כוח הצדדים בדיון, אציע לחבריי כי נקבל את ערעור המדינה על קולת העונש.

9. הלכה היא כי התערבות ערכאת הערעור בעונש שנקבע על ידי הערכאה הדיונית שמורה למקרים חריגים בלבד בהם נפלה טעות מהותית בגזר הדין או כאשר העונש שנגזר חורג במידה ניכרת ממדיניות הענישה הנוהגת או

הראויה במקרים דומים (ראו מבין רבים: ע"פ 864/19 מדינת ישראל נ' ח'נאו (10.7.2019)). כזה הוא הערעור שלפנינו. להלן אתיחס לטעויות שנפלו בגזר דינו של בית המשפט המחוזי המצדיקות התערבות.

10. במסגרת קשר בין המשיב לאחר ביקש המשיב לייבא לארץ 20 ליטר של סם מסוכן מסוג GBL. בהמשך הגיעו לארץ בשני משלוחים כעשרה ליטרים של סם, שנתפסו במהלך חיפוש בביתו של המשיב. עוד שמונה ליטרים נתפסו על ידי משטרת ישראל לאחר שהמשיב בחקירתו גילה לחוקריו על הגעתם לארץ.

הכמות הגדולה של הסם בענייננו, מלמדת כשלעצמה, על ייבוא שלא לצריכה עצמית; מכמות הסם שנתפסה ניתן להכין יותר מ-5,000 מנות; בביתו של המשיב נמצאו 12 בקבוקונים שהכילו את הסם ועוד מספר רב של בקבוקונים ריקים ומשקל אלקטרוני. החזקת הסם, כשהוא מחולק למנות, ועוד בקבוקונים ריקים רבים ומשקל אלקטרוני מלמדים על החזקה שלא לצריכה עצמית אלא להפצה; מכירת שני בקבוקונים שהכילו סם מסוג GBL לשני אנשים שונים, עבורם קיבל המשיב תמורה כספית; נסיבה זו של סחר בסם מסוכן בהצטרפה לייבוא והחזקת סם בכמות גדולה אינה מתיישבת עם החזקה לצריכה עצמית; בביתו של המשיב נתפסו שני בקבוקונים בהם נמצאו שני סוגי סמים שונים קטמין ו-MDMA; אם לא די בכל אלה, המשיב הודה בבית המשפט בעובדות כתב האישום ובהוראות החיקוק שייחסו לו החזקת סם שלא לצריכתו העצמית.

כל האמור טופח על פני קביעתו של בית המשפט המחוזי, שהמשיב "ייבא את הסם לצריכה עצמית". העובדה שהמשיב לא הוכרז כ"סוחר סמים", הכרזה שנדרשת לצרכי חילוט רכוש אין בה לשנות מן העובדה כי המשיב סחר בסמים, כעולה מהרשעתו של המשיב בעבירת סחר בסמים בניגוד לסעיף 13 לפקודה.

11. העובדה שהמשיב מכר את הסם בשתי הזדמנויות לשניים מחבריו לצרכי "הפקת הנאה אישית של התרוממות רוח" אינה מקהה מחומרת המעשה. עצם העובדה שהמשיב שלח ידו בסם לצורכי ייבוא ובהמשך לצורכי הפצתו, היא הצובעת את מעשיו בצבעי חומרה עזים.

12. הרקע והמניע לשימוש של המשיב בסם, ומכירתו לאחרים "לצרכי שיפור מצב הרוח", אינם יכולים לשמש נסיבות שראוי להתחשב בהן. סם מטבעו הינו חומר משנה תודעה, שלשימוש בו נלוות תופעות נוספות לבד מ"שיפור מצב הרוח". עיון בחוות דעת של ד"ר רוני ברקוביץ' מנהל אגב אכיפה ופיקוח במשרד הבריאות, שהוגשה מטעם המדינה, בעניין הסם הנדון מלמד, כי סם זה "כשהוא נלקח כסם הוא גורם לאופוריה ומפחית עכבות. כיום נעשה שימוש לרעה בסם בדומה לאקסטזי, כסם מועדונים, לצורך שיפור מצב הרוח ותחושת רוממות... שימוש נוסף הנעשה בסם... מוכר כ'סם אונס' ומונע מהקורבנות לזכור את אשר אירע". חוות הדעת מתייחסת גם לתופעות הלוואי השונות, לרבות מקרי מוות שנמצאו קשורים לשימוש ב-GBL.

13. מכירת או אספקת סם על ידי המשיב לאחרים, בין בתמורה ובין שלא בתמורה, גם אם הם מחוג מכריו הקרובים, הינה פתח לזליגת הסם לידי אחרים, העלולים לעשות בו שימוש כסם אונס ועל פוטנציאל הנזק הכרוך בכך לא אכזיב מילים.

14. בע"פ 2992/12 מזרחי נ' מדינת ישראל (14.8.2012) (להלן: עניין מזרחי) התייחס בית משפט זה למדיניות

הענישה הראויה שיש ליישם בעבירות של סחר בסם מסוכן מסוג GBL.

"ראוי, על דרך הכלל, שנאשם שיורשע בסחר בסם מסוכן יטופל באמצעים מחמירים, לרבות עונש מאסר בפועל. זה המקום לציין כי הפסיקה בנושא הסחר וההחזקה בסם מסוג GBL איננה רבה, שכן סם זה הפך לבלתי-חוקי בישראל רק בשנת 2007, ואולם כבר מסתמנת מגמה שאיננה מקלה ראש בסחר ובהחזקה בסם האמור (ראו, לדוגמה: ע"פ 7026/11 מדינת ישראל נ' פלוני (26.2.2012) (להלן: פרשת פלוני); ע"פ 7714/11 מדינת ישראל נ' דילן (17.5.2012) (להלן: פרשת דילן))."

15. בית משפט זה, מנימוקים של ראשוניות הענישה בעבירות סחר והחזקה שלא לצריכה עצמית, בעבירות סם מהסוג הנדון, ומתוך התחשבות בשיקולים של נסיבות פרטניות של מבצעה, היה נכון לנקוט בענישה מתונה. אלא, שבחלוף יותר מעשור מאז נחשפנו כחברה לסם האמור, על הרעות הכרוכות בשימוש בו והנזק הפוטנציאלי הנלווה לשימוש זה, הגיעה העת להחמרת הענישה. מה גם, שהעניין שלפנינו מצדיק גישה זו.

16. בענייננו מתקיימות נסיבות חומרה שלעצמן מצדיקות החמרה ממשית של הענישה, ואלו הן: כמות הסם שנתפסה היא גדולה מאוד, ומספיקה ללמעלה מ-5,000 מנות סם. באף לא אחד מהתיקים שהגיעו לבית משפט זה היתה כמות כה גדולה של סם; בעניין מזרחי, כמות הסם היתה 3.5 ליטר; בפרשת פלוני, כמות הסם עמדה על 2.5 ליטר; בפרשת דילן, עמדה כמות הסם על כליטר אחד; בע"פ 7920/12 מדינת ישראל נ' בן קידר (30.1.2013) כמות הסם עמדה על 5 ליטר. ביתר הפסיקה המחוזית, שבית משפט קמא סקר בגזר דינו, כמויות הסם אינן מתקרבות לכמויות כאן. נסיבות ואופן החזקת הסם; מגוון הסמים: GBL, קטמין ו-MDMA ומכירת סמים בשתי הזדמנויות לאחרים.

17. מול מכלול נסיבות החומרה שפורטו לעיל עומד המשיב על נסיבותיו האישיות ומבקש כי לא נתערב בגזר דינו של בית המשפט המחוזי כך שנמנע משליחתו למאסר מאחורי סורג ובריה, שכן מאסרו הממשי לעת הזו, כשהוא מצוי בתהליך שיקומי, עלול לגרום להחמרה ונסיגה במצבו הנפשי. לתמיכה בעמדתו מפנה המשיב להמלצת שירות המבחן המבקשת להימנע מהחמרה בענישה ושליחתו לריצוי מאסר ממשי.

18. לאחר שעיינתי בגזר דינו של בית המשפט קמא ובתסקיר שירות המבחן ושמעתי דברי נציגת שירות המבחן, אציע לחבריי כי נקבל את ערעור המדינה ונחמיר בעונשו של המשיב. יש לזכור, כי העיקרון המנחה בתיקון 113 הינו עקרון ההלימה, שלו זכות הבכורה. "השיקום איננו חזות הכל, ומן הראוי להסיג שיקול זה לאחור, ולבכר על פניו הלימה לחומרת המעשים ולתוצאותיהם הקשות" (ע"פ 7997/15 פאהום נ' מדינת ישראל (1.10.2017); ראו גם ע"פ 1421/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 30 (18.7.12); רע"פ 8511/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (3.5.2018)).

19. הצטברות נסיבות החומרה בענייניו של המשיב וכפי שפירטתי לעיל, אינו מותיר איפוא מקום לשקול ענישה שלא ייכלל בה רכיב של ריצוי מאסר בפועל כאמירה נורמטיבית המכוונת להילחם בתופעת הפצת הסם על כל חוליותיה. בחלוף השנים מוצתה אפוא מידת החסד שנטה בית המשפט עם עוברי עבירות בסם מסוכן זה. הדברים מתחייבים אפוא בנסיבות ענייננו. אלמלא נסיבותיו האישיות של המשיב, בהינתן חומרת העבירות ונסיבות ביצוען, ההחמרה בענישה עלולה היתה להיות משמעותית יותר, נוסף על כך, ובהתחשב בכך שערכאת הערעור אינה ממצה את הדין עם משיבים (ע"פ 774/17 חטאב נ' מדינת ישראל (27.3.2019)), בהלכה לפיה החמרה בענישה תיעשה בהדרגה ולא באבחה אחת (ראו ע"פ 2891/12 מדינת ישראל נ' רבעא (15.07.2012)) ועמדת המדינה בטיעון בעל פה במסגרת הערעור,

עמוד 5

אציע כי נעמיד את עונשו של המשיב על ששה עשר חודשי מאסר לריצוי בפועל, כשמתוך תקופה זו תנוכה תקופת מעצרו בגין ההליכים בתיק זה. יתר רכיבי גזר הדין יותרו בעינם.

שופט

השופט נ' הנדל:

אני מסכים.

שופט

השופט ע' גרוסקופף:

אני מסכים.

שופט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ג' קרא.

המשיב יתייצב לריצוי עונשו בימ"ר ניצן ביום 23.2.2020 עד לשעה 10:00, כשברשותו תעודת זהות. על המשיב לתאם את הכניסה למאסר כולל האפשרות למיזן מוקדם, עם ענף אבחון ומיזן של שב"ס, טלפונים 08-9787377, 08-9787336.

ניתן היום, כ"ד בטבת התש"פ (21.1.2020).

שופט

שופט

שופט

עמוד 6

---