



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 4346/21

לפני: כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ג' קרא
כבוד השופט י' אלרון

המערערת: מדינת ישראל

נ ג ד

המשיבים: 1. רועי עצטה
2. אופיר עידו

ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו
ב-ת"פ 318-01-21 מיום 6.5.2021 שניתן על ידי כב' השופט
ב' שגיא

תאריך הישיבה: ה' באב התשפ"א (14.7.2021)

בשם המערערת: עו"ד שרית משגב

בשם המשיבים: עו"ד עודד סבוראי

פסק-דין

השופט י' אלרון:

1. לפנינו ערעור מטעם המדינה על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (השופט ב' שגיא) בת"פ 318-01-21 מיום 6.5.2021, בגדרו נגזרו על המשיבים עונשים של 9 חודשי מאסר בפועל לריצוי בדרך של עבודות שירות, לצד ענישה נלווית, בשל הרשעתם בעבירה של יבוא סם מסוכן מסין, מסוג GBL, בנפח של 4.315 ליטרים, תוך שימוש בפרופיל בדוי ברשת האינטרנט.

עיקרי העובדות הצריכות לעניין

2. על פי המתואר בכתב האישום המתוקן, המשיבים הם בני זוג, אשר עובר ליום 16.11.2020, החליטו לייבא סם מסוכן מסוג GBL. לצורך כך, המשיבים איתרו, באמצעות פרופיל בדוי ברשת האינטרנט, אדם המתגורר בסיין, הזמינו ממנו 4.315 ליטרים של הסם ושילמו תמורתם 300 דולר, בודעם שהסם יישלח מסיין לישראל.

לאחר ביצוע ההזמנה, ומתוך כוונה לטשטש את זיקתם לחבילת הסם, פנה המשיב 1, על דעתה של המשיבה 2, לידידתו מ' וביקש ממנה לקבל את החבילה עבורו, באמתלות שונות, זאת מבלי שחשף בפניה את תוכנה האמיתי של החבילה. כמו כן, קיבל המשיב 1 מ-מ' את מספר תעודת הזהות שלה, ובהתאם לכך שינו המשיבים את כתובת משלוח החבילה לכתובת מגוריה של מ'.

ביום 13.12.2020, אותר הסם בחבילה על-ידי רשויות המכס בנמל התעופה בן גוריון. בעקבות זאת, החבילה הועברה למשטרת ישראל.

ביום 20.12.2020, הגיע שוטר מחופש לשליח מטעם חברת השילוח ומסר ל-מ' את החבילה לאחר תיאום מוקדם עמה. בסמוך לכך, הגיעו המשיבים ונטלו את החבילה מ-מ'.

ההליך בבית המשפט המחוזי

3. המשיבים הורשעו בבית המשפט המחוזי בעבירה של יבוא סם מסוכן, לפי סעיף 13 יחד עם סעיף 19א לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973 (להלן: הפקודה). הרשעת המשיבים התבססה על הודאותיהם בעובדותיו של כתב האישום המתוקן, במסגרת הסדר טיעון שהוסכם בין הצדדים, למעט לעניין העונש.

4. בגדרם של הטיעונים לעונש, המערערת הגישה את גיליון הרישום הפלילי של המשיב 1, אשר על פיו, יש לחובתו רישום פלילי ללא הרשעה משנת 2018 בעבירות של התנהגות פרועה במקום ציבורי ושל שימוש בכוח כדי למנוע מעצר, בגינן הוטל עליו צו של"צ. בנוסף, הגישה המערערת בהסכמה חוות דעת מומחה של ד"ר ברקוביץ', מנהל אגף אכיפה ופיקוח במשרד הבריאות, העוסקת במאפייני סם ה-GBL, המוכר כ"סם אונס", ובסיכון החברתי בשימוש לרעה בו (להלן: חוות-הדעת).

המערערת טענה כי מתחם העונש ההולם בעניינם של המשיבים הוא בין 16-30 חודשי מאסר בפועל, כאשר העונש המתאים למשיב 1 הוא בשליש התחתון של המתחם, ובעניינה של המשיבה 2 – בתחתית המתחם.

5. ההגנה טענה כי אין בפקודת הסמים חזקה בנוגע לכמות שאינה לשימוש עצמי בסם ה-GBL, וכי נקודת המוצא לדיון היא שיבוא הסם על-ידי המשיבים היה לצריכה עצמית. בנוסף, ציינה ההגנה את נסיבות חיייהם של המשיבים ואת העובדה שהודו במעשים. לעניין מתחם העונש ההולם, ההגנה טענה כי המתחם נע בין הטלת של"צ עם הרשעה לבין 9 חודשי מאסר לריצוי בעבודות שירות. לבסוף, הביעו שני המשיבים צער על מעשיהם.

6. ביום 6.5.2021, גזר בית המשפט המחוזי את דינם של המשיבים. בגזר דינו, עמד בית המשפט על כך כי מדובר בעבירה חמורה ובכמות בלתי מבוטלת של סם מסוכן, אשר כעולה מחוות הדעת שהוגשה – ניתן להכין ממנה אלפי מנות. נקבע כי בקביעת מתחם העונש ההולם, יש לקחת בחשבון את התכנון שקדם לביצוע העבירה, לרבות השימוש בפרופיל בדוי לצורך רכישת הסמים; איתור אדם נוסף שיקבל עבור המשיבים את החבילה מבלי לחשוף את תוכנה; ושינוי כתובת השילוח, מתוך רצון וכוונה לטשטש את זיקתם של המשיבים אל החבילה.

עם זאת, קבע בית המשפט המחוזי כי מידת הפגיעה בערכים המוגנים כתוצאה ממעשי המשיבים היא "בינונית", ויש בכך להפחית במעט מחומרת העבירה מהטעמים הבאים: האחד, מאחר שלא נטען כי המשיבים התכוונו להפיץ את הסם או למכור אותו לאחרים. השני, העובדה שהסם נתפס על-ידי רשויות החוק עוד בנמל התעופה בן גוריון, וכתוצאה מכך לא נגרם נזק קונקרטי בפועל.

על יסוד נימוקים אלו, ולאחר שעמד על הפסיקה הרלוונטית, קבע בית המשפט המחוזי כי מתחם העונש ההולם את מעשי כל אחד מהמשיבים הוא בין 9 חודשי מאסר לריצוי בדרך של עבודות שירות לבין 24 חודשי מאסר. נקבע כי בנסיבות דנן, בצירוף המשקל שיש לתת להודאתם ולחרטה שהביעו, יש למקם את עונשם של המשיבים בתחתית מתחם הענישה שנקבע.

7. נוכח זאת, נגזרו על המשיבים עונשים של 9 חודשי מאסר בפועל לריצוי בדרך של עבודות שירות, 6 חודשי מאסר על תנאי, קנס כספי בסך של 10,000 ש"ח לכל אחד

מן המשיבים, וכן חילוט בסך 60,000 ש"ח שהופקדו לטובת שחרור כלי-רכב שהוחזר להם.

8. ערעור המדינה שלפנינו נסוב על קולת גזר דינו של בית המשפט המחוזי, ומופנה כלפי עונש המאסר בעבודות שירות שהוטל על המשיבים.

הערעור על גזר הדין

9. בערעורה טוענת המדינה, כי בגזר דינו של בית המשפט המחוזי נפלו טעויות מהותיות המצדיקות את התערבותה של ערכאת הערעור. לטענתה, טעה בית המשפט המחוזי כאשר גזר על המשיבים עונשים שאינם עולים בקנה אחד עם מדיניות הענישה הנוהגת בעבירות של יבוא סם מסוג GBL, כפי שהתוותה הפסיקה בעניין זה. המדינה ציינה כי העונשים אינם הולמים את חומרת העבירות ואת מידת אשם של המשיבים, ואף חוטאים לשיקולים של הרתעת היחיד, הרתעת הרבים וההגנה על שלום הציבור.

בהקשר זה נטען, כי עצם הקביעה שהרף התחתון של מתחם העונש ההולם, בנסיבות העניין, יכול שיהיה בדרך של עבודות שירות – מהווה טעות משפטית, בשל הסטייה הברורה ממדיניות הענישה הנוהגת. לטענת המערער, חומרת המעשים ונסיבותיו של התיק מחייבות את החמרת העונש על דרך של השתת מאסר מאחורי סורג וברית.

עוד טענה המערער, כי נוכח כמות הסם שייבאו המשיבים, בהיקף של אלפי מנות שימוש, יש להתייחס לטענתם "כי יבאו את הסם לשימוש עצמי" כטענה בלתי סבירה ואף מופרכת.

אשר להנמקתו של בית המשפט המחוזי את הפחית מחומרת המעשה, טענה המערער כי בית המשפט שגה פעמיים בהקשר זה, הן בשל הקביעה כי אין ראיה שהמשיבים התכוונו לסחור בסם – מאחר שראיה כאמור אמנם מהווה חומרה יתרה, אך היעדרה לא מהווה נסיבה מקלה; והן בשל הקביעה שלא נגרם כל נזק קונקרטי – תוצאה זו נבעה אך ורק מפעולתן של רשויות אכיפת החוק, אשר היו ערניות דיין ומנעו כניסה של כמות גדולה של הסם לתוך ישראל.

בדיון שהתקיים לפנינו, טענה המדינה כי לאור הריונה של המשיבה 2, ייתכן שיש מקום להבחין לעניין העונש בין שני המשיבים. צוין כי על אף שמדובר בנסיבה אישית

שיש בה כדי להשפיע על מידת העונש בעניינה של המשיבה 2, המדינה סבורה כי עדיין קיימת הצדקה להטיל עונש מאסר בפועל גם בעניינה.

10. מנגד, טען בא-כוח המשיבים בדיון שהתקיים לפנינו, כי המשיבים הם בני זוג צעירים ונורמטיביים, אשר עובר לביצוע העבירה חוו משבר, שבעקבותיו יבאו את הסם לצורך פעילות פרטית שלהם, וזאת על רקע מגפת הקורונה שפגעה אף היא בשיקול דעתם.

עוד נטען כי מדובר באירוע חד פעמי של הזמנה באמצעות רשת האינטרנט, אשר לא באה לידי מימוש, והסם עצמו לא יצא משליטתם. בנוסף נטען, כי אין ראייה שהמשיבים התכוונו להפיץ או לסחור בסם; והמשיבים הודו בישיבה הראשונה בבית המשפט המחוזי, ונטלו אחריות מלאה. מבחינת נסיבות אישיות, טען בא-כוחם של המשיבים, כי המשיבה 2 נטולת עבר פלילי ולחובת המשיב 1 עבירת התפרעות שבגינה קיבל אי הרשעה ושל"צ. כעת בני הזוג עומדים בפני היריון ראשון והטעות שעשו ועליה הם מצרים, רובצת כעננה עצומה מעליהם.

דיון והכרעה

11. לאחר עיון בטענות המדינה, שמיעת טענות באי-כוח הצדדים בדיון שהתקיים לפנינו, ועיון בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, אציע לחבריי כי נקבל את ערעור המדינה על קולת העונש בכל הנוגע למשיב 1, כפי שיפורט להלן.

12. הלכה ידועה היא כי ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בעונש שנגזר על הנאשם בערכאה הדיונית, ואין זה מדרכה למצות את הדין עם הנאשם, אלא בנסיבות שבהן ניכרת בגזר הדין סטייה מהותית וכולטת מהענישה המקובלת במקרים דומים, או ממדיניות הענישה הראויה (ראו למשל: ע"פ 1465/20 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 9 (19.3.2020); ע"פ 864/19 מדינת ישראל נ' חיאוי, פסקה 14 (10.7.2019)).

ואולם, המקרה שלפנינו נמנה עם אותם מקרים המצדיקים התערבות בגזר דינו של בית המשפט המחוזי.

13. בית משפט זה חזר והדגיש בפסיקותיו את החומרה הרבה הנלווית לעבירות סמים, ובפרט לעבירות שעניינן יבוא והפצת סמים מסוכנים, אשר יש בהן כדי לסכן את שלום הציבור ולהרחיב את מעגל המשתמשים בסמים והמכורים להם (ראו: ע"פ 667/21 מדינת

ישראל נ' בן פורת, פסקה 18 לפסק דיני (10.3.2021) (להלן: עניין בן פורת). עוד קבעה הפסיקה כי יש צורך בהטלת ענישה מחמירה ומרתיעה על מבצעים של עבירות סמים, אשר תתמוך במאבק למיגורן (ע"פ 8048/19 פיצ'חדזה נ' מדינת ישראל, פסקה 11 לפסק דיני (4.6.2020)).

וכפי שהדגשתי בעניין בן פורת:

"הדברים אמורים ביתר שאת ביחס לעבירות של יבוא והפצת סם ה-GBL, כבענייננו, אשר בשל מאפייניו הייחודיים קיים חשש של ממש כי ייעשה בו שימוש לביצוע עבירות מין, תוך סימום ואלחוש הקורבנות בלי שיבחינו בכך באופן שימנע מהם לזכור את אשר אירע" (עניין בן פורת, פסקה 18 לפסק דיני).

14. על הסיכון החברתי ותופעות הלוואי שבשימוש בסם שבנידון, ניתן ללמוד מחוות הדעת המקצועית אשר הוגשה בהסכמה. כעולה ממנה, סם מסוג GBL מוכר כחומר בעל השפעה פסיכו-אקטיבית הגורם לשיפור מצב הרוח, לתחושת רוממות ולהפחתת עכבות. במינונים מתאימים הסם אף גורם לטשטוש, לערפול הכרה ולירידה בזיכרון. הסם זמין ונצרך כנוזל שקוף חסר טעם וריח. בשל תכונות אלו הסם אינו מורגש כאשר מוסיפים אותו למשקאות שונים.

עוד עולה מחוות הדעת, כי בשל מאפייני הסם, נעשה בו שימוש לצורך ניצול מיני – הסם משמש תוקפים מינית על מנת לנטרל את התנגדות הקורבנות ומוכר כ"סם אונס". בשל ערפול החושים שהוא גורם, הסם מונע מקורבנות התקיפה לזכור את אשר אירע. בנוסף, הסם מתנקה מהגוף תוך זמן קצר, דבר המקשה על איתורו בבדיקת מעבדה.

לעניין המינונים צוין, כי GBL נצרך לרוב במינונים זעירים של 1 עד 3 מ"ל. משכך, מכמות של 4.315 ליטרים שנתפסו בענייננו, ניתן להכין אלפי מנות סם העלולות לסכן את בריאות הציבור. הבעייתיות המרכזית העולה בהקשר זה מחוות הדעת, היא כי המשתמשים עצמם אינם יודעים את המינונים שהם צורכים – מצב המוביל בקלות לנטילה של "מינון יתר" הגורם להרעלה ואף למוות.

15. בית משפט זה פסק, לא אחת, מהי מדיניות הענישה הראויה בעבירות סמים מסוג GBL:

”נפישותו של הסם הנדון וסכנותיו מחייבים ענישה מחמירה, מאחורי סורג ובריה, לתקופה ארוכה. זהו העונש ההולם, וכך מתחייב על מנת להשיג הרתעה אפקטיבית” (ע”פ 7026/11 מדינת ישראל נ’ פלוני (26.2.2012)).

בשורה של פסקי-דין שבאו לאחר מכן, בית משפט זה חזר והדגיש את החומרה שביבוא סם מסוכן מסוג GBL (ראו: ע”פ 7714/11 מדינת ישראל נ’ דילן (17.5.2012); ע”פ 2992/12 מזרחי נ’ מדינת ישראל (14.8.2012)), וככלל נקבע, כי בהיעדר נסיבות מיוחדות במינן, מי שיורשע בעתיד בעבירה של סחר או החזקה בסם זה, ידון למאסר ממשי בפועל.

לא למותר לציין כי באותן פרשיות שאוזכרו לעיל, אשר נפסקו בתחילת הדרך ולפני קרוב לעשור, נמנע בית משפט זה מלהחמיר את עונשי המאסר בדרך של עבודות שירות, אשר הוטלו בבתי המשפט המחוזיים, למאסרים מאחורי סורג ובריה, וזאת מטעמים שונים, אשר אינם רלוונטיים למקרה שלפנינו: הטעם הראשון נעוץ בהתחשבות של בית המשפט בנסיבות חיים אישיות קשות של מבצעי העבירות. הטעם השני, ראשוניות הענישה ביחס לסם ה-GBL, אשר נכנס לפקודת הסמים המסוכנים רק בשנת 2007, ועוד היה “חדש” בזירה.

יפים לענייננו הדברים שנקבעו בעניין רפאל בהקשר זה על ידי השופט ג’ קרא:

”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” (ע”פ 5826/19 מדינת ישראל נ’ רפאל (21.1.2020) (להלן: עניין רפאל)).

16. ביטוי ממשי למדיניות הענישה הראויה בעבירות של יבוא וסחר בסם GBL, ניתן בשתי פרשות שונות בבית משפט זה מן העת האחרונה. בעניין רפאל, נקבע כי בעבירות של יבוא וסחר בסם GBL אין לשקול ענישה שאינה כוללת רכיב של עונש מאסר בפועל (עניין רפאל, פסקה 19); ובעניין בן פורת, שם קבעתי כי:

“ענישה בגין המסכת העובדתית המתוארת בכתב האישום, שאינה כוללת רכיב של מאסר בפועל מאחורי סורג ובריח, תהא נעדרת את ההלימה המתאימה מבחינה עונשית לחומרתן היתירה של הנסיבות והעבירות בהליך הפלילי שלפנינו” (עניין בן פורת, פסקה 19).

17. בענייננו, אין חולק כי המשיבים יבאו כמות גדולה של סם, השווה לאלפי מנות שימוש, וזאת לאחר תכנון מוקדם ומוקפד של ביצוע העבירה, תוך נקיטת פעולות של הסתרה וטשטוש נסיבות ביצועה וזיקתם של המשיבים אל הסם. כמו כן, יש לתת משקל לחומרא להטעיה שנקטו המשיבים כלפי חברתם מ', ולשימוש שעשו בפרטיה האישיים למטרה עבריינית, באופן שהעמיד אותה בסיכון ממשי להרשעה בפלילים.

ויצוין, כי במקרה דנן, לא נתבקשו תסקירי שירות מבחן בעניינם של המשיבים, וממילא לא הוצגו בעניינם נסיבות חיים מיוחדות המצדיקות הימנעות ממאסר בפועל, למעט הריונה של המשיבה 2, כפי שנטען בדיון שנערך לפנינו.

נוכח זאת, מתחייבת ענישה מחמירה בענייננו, אשר תכלול רכיב של עונש מאסר בפועל מאחורי סורג ובריח. ואולם, במקרה דנן, יש מקום להבחין בין המשיבים לעניין זה על יסוד שני טעמים רלוונטיים. האחד, הריונה של המשיבה 2; השני, עברו הפלילי של המשיב 1.

מבין שני טעמים אלו, עובדת הריונה של המשיבה 2 יש בה כדי נסיבה אישית משמעותית להבחנה בין השניים לעניין ההתערבות בעונשיהם.

הבחנה זו בין שני המשיבים בענייננו עולה בקנה אחד עם מטרות תיקון 113, בדבר הבניית שיקול הדעת בענישה, בקביעת העונש המתאים לנאשם בנסיבות המקרה. במטרה זו בא לידי ביטוי עקרון האינדיווידואליזציה בענישה:

“המחוקק ביקש להתרחק מהתפישה של שוויון פורמלי, המדגישה את ההתאמה בין חומרת העבירה למידת העונש, ובחר לחזק את התפישה של שוויון מהותי אשר מביאה בחשבון גם את הנסיבות האישיות של הנאשם שאינן קשורות לביצוע העבירה. מקומם של הרכיבים האינדיווידואליים ניכר כבר בסעיף המטרה המדגיש את התאמת העונש הן לנאשם הן לנסיבות העבירה” (יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך ג', עמ' 1461 (2014)).

18. בנסיבות אלו, ולנוכח מכלול השיקולים שהוצגו לעיל, לרבות הצורך בענישה ההולמת את סוג הסם שבענייננו, ואת החומרה הגלומה בעבירת היבוא, אציע לחבריי לקבל את ערעור המדינה ביחס למשיב 1, ולהעמיד את עונשו על 18 חודשי מאסר לריצוי בפועל. עם זאת, אציע שלא להחמיר בעונשה של המשיבה 2 בשל הנסיבות והנימוקים שפורטו לעיל. יתר רכיבי גזר הדין יוותרו בעינם.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ג' קרא:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' אלרון.

המשיב 1 יתייצב לשאת בעונש המאסר בפועל שהוטל עליו ביום 1.9.2021 עד השעה 10:00 בימ"ר ניצן, או על פי החלטת שירות בתי הסוהר, כשברשותו תעודת זהות או דרכון. על המערער לתאם את הכניסה למאסר, כולל האפשרות למיון מוקדם, עם ענף אבחון ומיון של שירות בתי הסוהר, בטלפונים: 08-9787377 או 08-9787336.

המשיבה 2 תתייצב לשאת בעונש עבודות השירות שנגזר עליה ביום 1.9.2021,
כפי שהוחלט בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, או על פי החלטת הממונה על עבודות
השירות.

ניתן היום, י"ט באב התשפ"א (28.7.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט