|  |  |
| --- | --- |
| **בית משפט השלום ברמלה** | |
| ת"פ 20928-07-12 מדינת ישראל נ' אתן (עציר) | 09 מאי 2013 2013 |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| בפני | **כב' ה**שופטהישאם אבו שחאדה | |
| בעניין: | **המאשימה - מדינת ישראל  ע"י פרקליטות מחוז מרכז  באמצעות המתמחה מר דניאל אשכנזי** |  |
|  |
|  | **נגד** | |
|  | **הנאשם - וארי איני אתן – הובא ע"י שב"ס  באת כוח הנאשם עו"ד קטי צווטקוב. נוכח מתורגמן לשפה התאית מר דורון שריזלי** |  |
|  |
| חקיקה שאוזכרה:  [פקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973](http://www.nevo.co.il/law/4216)  [חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301)    חקיקה שאוזכרה:  [פקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973](http://www.nevo.co.il/law/4216)  [חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301)  **ג ז ר ד י ן** | | |

**כתב האישום ועיקרי הכרעת הדין**

1. הנאשם הורשע לאחר שמיעת הראיות בביצוע עבירה של ייבוא סם מסוכן לפי סעיפים 13 ו-19א ל[פקודת הסמים המסוכנים](http://www.nevo.co.il/law/4216) [נוסח חדש] התשל"ג 1973 (להלן: פקודת הסמים המסוכנים). הנאשם וגיסו ג'אן-און קריאנגקראי (להלן : ג'אן און) הם אזרחי תאילנד, אשר במועדים הרלבנטיים לכתב האישום התגוררו ועבדו בישראל. בתאריך 14.5.2012 יצא ג'אן און מישראל לבקר את משפחתו בתאילנד.

2. במועד שאינו ידוע במדויק למאשימה, עובר ליום 27.6.2012 או בסמוך לכך, ביקש הנאשם מאשתו אשר בתאילנד להביא לג'אן און שתי תמונות של מלך תאילנד (להלן : **התמונות**), כאשר הוא יודע שבתוך מסגרותיהן מוסלק סם מסוכן. לבקשת הנאשם, בתאריך 27.6.2012 בשעות הבוקר, הגיעה אשתו של הנאשם לביתו של ג'אן און בתאילנד, מסרה לו את התמונות וביקשה שיקח אותן במזוודתו לישראל ויעבירן לנאשם. ג'אן און הסכים, מבלי שידע כי מוסלק בהן סם מסוכן. בהמשך סייעה אשתו של הנאשם לג'אן און לארוז את המזוודה ואת התמונות בתוכה. בתאריך 29.6.2012 הגיע ג'אן און לישראל בטיסת חברת "רויאל ג'ורדניאן" מבנגקוק. ג'אן און נשא במזוודתו את התמונות כאשר בתוך מסגרותיהן מוסלק סם מסוכן מסוג מתאמפטאמין במשקל כולל של כ- 50 גרם נטו, המחולק לעשרות אריזות פלסטיק עטופות בנייר דבק.

3. הנאשם כפר בכתב האישום והתיק נקבע לשמיעת ראיות. הנאשם לא חלק על כך שהתמונות שהובאו על ידי ג'אן און היו אמורות להגיע לידיו, אך טענתו המרכזית היא שלא ידע על קיומם של הסמים בתמונות (פרוט' עמ' 23 ש' 9 – 11).

4. להלן עיקרי הכרעת הדין:

א. לאחר הגעת התמונות עם הסמים לישראל מתאילנד הן היו אמורות להיות מועברות על ידי הנאשם לאזרח תאילנד בישראל בשם מונג קונג (להלן: **מונג**), ואשר לא אותר על ידי המשטרה.

ב. הנאשם "**הקל**" על ייבוא הסמים לישראל, כמשמעותו של ביטוי זה בסעיף 13 ל[פקודת הסמים המסוכנים](http://www.nevo.co.il/law/4216), בכל הדרכים שלהלן: הסכים לשמש כחוליית קישור בין מונג שאמור לקבל את התמונות לידיו לבין ג'אן און שבאמצעותו התמונות היו צריכות לעבור מתאילנד לישראל; ניצל את הקרבה המשפחתית שבינו לבין ג'אן און, היות בנות זוגם אחיות, על מנת לרכוש את אמונו שיסכים להעביר את התמונות; הנאשם יצר קשר עם אמו שתסכים לקבל מאחותו של מונג את התמונות ולאחר מכן יצר קשר עם אשתו שתעבירם לג'אן און שנשוי לאחותה. לפיכך, נקבע כי מתקיים אצל הנאשם היסוד העובדתי לביצוע עבירה של ייבוא סמים מסוכנים.

ג. הנאשם אישר בפה מלא בחקירתו הנגדית בבית המשפט ואף בהודעתו השנייה במשטרה (ת/2) כי אכן חשד בכוונותיו של מונג כמי שייתכן ומעוניין בייבוא סמים לישראל באמצעות התמונות שאותן יעביר ג'אן און. מקור החשד היה בכך שלנאשם היה ידוע שמונג עסק בישראל בעבירות של סחר בסמים. לטענת הנאשם הוא ביקש מאשתו ומאמו לבדוק את התמונות היטב בטרם ימסרו אותן לג'אן און בשל חשדו שיהיה מוסתר בהן סמים. הנאשם לא יצר קשר ישיר עם ג'אן און וגם לא ביקש מאשתו ואמו לעדכן את ג'אן און אודות החשד שמקונן בליבו. חרף החשד שהתעורר אצל הנאשם, הוא בכל זאת נתן לכל שרשרת החוליות הנחוצות להשלמת ההעברה של התמונות מתאילנד לישראל להתבצע ללא מפריע. בנסיבות אלה קבעתי כי הנאשם **עצם את עיניו** מהאפשרות שבתמונות היו מוסתרים סמים, ולכן יש לראותו כמי שמודע לעובדה שבתמונות שיובאו לישראל על ידי ג'אן און היו סמים.

**טענות הצדדים לעונש**

5. מטעם הנאשם העידו כעדי הגנה מר גיורא אולייניק ובנו, שהינם המעסיקים של הנאשם בישראל ואשר לטענתם, הנאשם מועסק במשק חקלאי שבניהולם במושב עין ורד. המעסיקים של הנאשם הכירו אותו במשך כמעט חמש שנים ולטענתם, הנאשם היה עובד רציני ואחראי ומעולם לא היתה לו מעורבות בעולם הסמים.

6. באת כוח המאשימה עמדה על החומרה המשמעותית בביצוע עבירות של ייבוא סמים קשים, דבר שמחייב ענישה מרתיעה וממשית. המאשימה הפנתה לשני גזרי דין שניתנו על ידי בתי המשפט המחוזיים בעבירות של ייבוא קוקאין בכמויות הקרובות לכמות שבמקרה שבפני ונגזרו עונשים של שנתיים וחצי בתיק אחד ושלוש שנים בתיק אחר ([ת"פ (מח' – ת"א) 2035-09-12](http://www.nevo.co.il/case/4476278); [ת"פ (מח' – חי') 39322-08-10](http://www.nevo.co.il/case/4569392)). כמו כן, לעניין רכיב המאסר, המאשימה טענה כי מתחם העונש ההולם בנסיבותיו של הנאשם ונסיבות ביצוע העבירה, נע בין שנתיים לשלוש שנות מאסר בפועל.

7. באת כוח הנאשם, הדגישה כי לנאשם אין עבר פלילי קודם ובמהלך כל תקופת שהותו בישראל לא היה מעורב בביצועה של עבירה כלשהי. בנוסף, הסמים היו מיועדים לאדם אחר ובפועל לא היתה לנאשם טובת הנאה כלשהי מהבאתם לישראל והפנתה לאסופת פסקי דין שבהם היה מדובר בכמות גדולה של סמים והוטלו עונשים נמוכים יותר מהעונש שלו עותרת המאשימה. הנאשם ציין שהינו נשוי ואב לחמישה ילדים בטווח גילאים שבין שנה ל-17 שנים, ולטענתו הוא מרגיש כשעיר לעזאזל של מונג שהסמים היו מיועדים עבורו.

**דוגמאות לענישה בעבירה של ייבוא מתאמפטאמין**

8. להלן דוגמאות של פסקי דין שבהן היה מדובר בייבוא לישראל של סם מסוג מתאמפטאמין. יובהר כי בדוגמאות שיובאו להלן מדובר בייבוא של סם מסוג מתאמפטאמין בדרך של "כדורים" ומבלי שתהיה אינדיקציה לגבי ה"משקל" של הסם. כל הפסיקה שתובא להלן פורסמה באתר "נבו".

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| מספר הליך וערכאה | שם נאשם | מספר כדורים | עונש מאסר בפועל |
| [ע"פ 4659/12](http://www.nevo.co.il/case/5587855) – עליון | סיריפונג | 1,084 | 18 חודשים |
| ת"פ 46896.02.11 – מחוזי מרכז | טאראכאי | 900 | 13 חודשים |
| ת"פ 46883/02/11 – מחוזי מרכז | קנונקגג | 1,000 | 13 חודשים |
| ת"פ 21485/01/11 – מחוזי מרכז | תאיפינפרום | 1,960 | 24 חודשים |
| ת"פ 50514/12/10 – מחוזי מרכז | סופאקסורן | 2,181 | 20 חודשים |
| ת"פ 4678/03/11 – מחוזי תל אביב | ניפון | 2,790 | 31 חודשים |
| ת"פ 23831/10/12 – מחוזי מרכז | וונגמאלט | 3,570 | 30 חודשים |
| ת"פ 10316/04/11 – מחוזי מרכז | קאופיינוק | 3,660 | 30 חודשים |
| ת"פ 51034/12/10 – מחוזי מרכז | דואנקכוטה | 6,037 | 40 חודשים |

9. כאמור, בכל הפסיקה הנ"ל, לא היתה התייחסות למשקל של הסם. כמו כן, במקרה שבפני לא הובאה כל ראיה מטעם מי הצדדים שתסביר כמה כדורים של סם מסוג מתאמפטאמין ניתן להפיק מהכמות של 50 גרם המאוזכרת בכתב האישום. במילים אחרות, קיים קושי אינהרנטי להגדיר מה הוא מתחם עונש הולם לעבירה נשוא כתב האישום על פי הפסיקה הנ"ל. בפרקים הבאים אבהיר את הדרך שבה הגדרתי את מתחם העונש ההולם למקרה שבפני, תוך היזקקות לפסיקה אחרת מזו שפורטה בטבלה שהובאה לעיל.

**"מידת האשם" ו-"מידת הנזק" כפרמטרים מנחים בקביעת מתחם העונש ההולם**

10. מטרתו של תיקון 113 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) תשל"ז –1977 הוגדרה בסעיף 40א לחוק העונשין תשל"ז – 1977 (להלן: **חוק העונשין**) ואשר קובע כדלקמן:

"מטרתו של סימן זה לקבוע את העקרונות והשיקולים המנחים בענישה, המשקל שיש לתת להם והיחס ביניהם, כדי שבית המשפט יקבע את העונש המתאים לנאשם בנסיבות העבירה"

11. העיקרון המנחה בענישה הוגדר בסעיף 40ב ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), ואשר לפיו:

"העיקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשי העבירה, בנסיבותיו **ומידת אשמו של הנאשם** ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו (בסימן זה – העיקרון המנחה)".

(ההדגשה לא במקור)

12. הרכיב של "מידת אשמו של הנאשם" בביצוע העבירה הוא עיקרון מנחה בענישה ואשר קיבל ביטוי גם בסעיפים נוספים ב[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301). כך למשל, בסעיף 40ט(א)(1) ו-(2) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) נקבע:

"40ט. (א) **בקביעת מתחם העונש ההולם** למעשה העבירה שביצע הנאשם כאמור בסעיף 40ג(א), יתחשב בית המשפט בהתקיימותן של **נסיבות הקשורות בביצוע העבירה**, המפורטות להלן, **ובמידה שבה התקיימו**, ככל שסבר שהן משפיעות על חומרת מעשי העבירה **ועל אשמו של הנאשם**:

1. **התכנון** שקדם לביצוע העבירה;
2. **חלקו היחסי** של הנאשם בביצוע העבירה ומידת ההשפעה של אחר על הנאשם בביצוע העבירה".

(ההדגשה לא במקור)

13. ודוק, מידת אשמו של הנאשם בעת ביצוע העבירה, קרי, מידת התכנון שקדמה לביצוע העבירה וכן חלקו היחסי של הנאשם בביצוע העבירה, קובעת את **"מתחם העונש ההולם",** וזאת להבדיל מ-"העונש המתאים" בתוך מתחם העונש ההולם. ללמדך, כי יהיו **מתחמי עונש שונים** לנאשמים שונים שביצעו את **אותה עבירה**, ולא מתחם עונש אחד ויחיד לפי סוג העבירה שבוצעה, כאשר אחד הקריטריונים המרכזיים שיבדילו בין מתחם אחד למשנהו הוא **מידת אשמו** של הנאשם בביצוע העבירה.

14. שיקול נוסף שהינו רלוונטי **לקביעת מתחם העונש ההולם**, וזאת להבדיל מהעונש המתאים בתוך מתחם העונש ההולם, הוא **הנזק שנגרם**, או **שהיה צפוי להיגרם** מביצוע העבירה. סעיף 40ג(א) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) קובע כדלקמן:

"בית המשפט יקבע **מתחם עונש הולם** למעשה העבירה שביצע הנאשם בהתאם לעיקרון המנחה, ולשם כך יתחשב **בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, במידת הפגיעה בו,** במדיניות הענישה הנהוגה, ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירה כאמור בסעיף 40ט".

(ההדגשה לא במקור)

15. כמו כן, סעיף 40ט(א)(3) ו-(4) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) קובע כדלקמן:

40ט. (א) **בקביעת מתחם העונש ההולם** למעשה העבירה שביצע הנאשם כאמור בסעיף 40ג(א), יתחשב בית המשפט בהתקיימותן של נסיבות הקשורות בביצוע העבירה, המפורטות להלן, ובמידה שבה התקיימו, ככל שסבר שהן משפיעות על **חומרת מעשי העבירה** ועל אשמו של הנאשם:

1. **הנזק שהיה צפוי להיגרם** מביצוע העבירה;
2. **הנזק שנגרם** מביצוע העבירה".

(ההדגשה לא במקור)

16. העולה מהסעיפים שהובאו לעיל הוא שמתחם העונש ההולם לא נקבע **באופן בלעדי** לפי סוג העבירה שבוצעה אלא הוא מושפע באופן ישיר משני פרמטרים מרכזיים והם **מידת האשם** בביצוע העבירה **ומידת הנזק** שנגרם או היה צפוי להיגרם מביצוע העבירה. כל אחד מהפרמטרים הללו יכול להשפיע באופן **עצמאי ונפרד** על גבולותיו של מתחם העונש ההולם. על כן, בבוא בית המשפט לבדוק מה היא "מדיניות הענישה הנוהגת" לגבי עבירה מסוימת, זאת כרכיב מנחה בקביעת מתחם העונש ההולם, לא די בכך שיבחן פסקי דין שדנו ברמת הענישה הנוגעת לאותה עבירה, תוך התייחסות למידת הנזק, אלא עליו **לדקדק** ולבדוק את "**מידת** **האשם"** של הנאשמים באותה פסיקה לעומת **"מידת האשם"** של הנאשם שניצב בפניו.

17. ב[ע"פ 5741/11](http://www.nevo.co.il/case/6030418) **סוארכה נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (20.1.13), שדן בעבירה של ייבוא סמים, כבוד השופט הנדל קבע בפסקה 3 לפסק הדין כדלקמן:

"כמובן, התייחסות למגמה הכללית של החמרה בעבירות סמים מהסוג בו הורשעו המערערים, אין בה די. בכלל של ענישה אינדיבידואלית טמונה החובה לבדיקה פרטנית של המקרה. לענייננו, יש שלוש נקודות שדורשות דיון.

האחת, **הסדר הטיעון** (...)

השניה, **כמות הסם**. הפסיקה הטילה עונשים חמורים בהתאם לכמות הסם בעבירות ייבוא (...). מלאכת גזירת הדין היא מלאכת מחשבת אך לא מלאכת מחשב. עם זאת, "הכמות" מהווה מרכיב, ולעיתים מרכיב דומיננטי, במעשה העבירה, ובתור שכזה כבודו במקומו מונח. הענקת משקל למשקל הסם אינה בגדר שיקול זר או לא רלוונטי (...).

השלישית, **מעמד המערערים בשרשרת הסם**. בלדרות בנסיבות תיק זה אינה מהווה סיבה להקל בעונשים שנגזרו עליהם. ב[ע"פ 226/89](http://www.nevo.co.il/case/17915297) *זפה נ' מדינת ישראל* [פורסם בנבו] (15.3.1990) נפסק כי "ככל שחשוב לפגוע ישירות בספקי הסם ובמפיצו, לא פחות חשוב מכך להרתיע מפני יבואו לארץ אפילו יבוא זה מתבצע ע"י בלדרים 'תמימים' המתפתים להצעות מפתות ורווחים קלים". בית המשפט חזר ושנה עיקרון זה גם בפרשיות רבות אחרות. (ראו למשל: [ע"פ 3820/09](http://www.nevo.co.il/case/5917767) *מדינת ישראל נ' אוחיון* [פורסם בנבו] (6.9.09)). עבירת היבוא היא הנתון המחמיר. (...) לשון אחר, המונח "בלדר" אינו כותרת שמסיימת את חובתו של בית משפט לבחון את המקרה על פי נסיבותיו. אין דין אחד לכל בלדר ובלדר, אלא העניין ייבדק על פי מעשיו בתיק הקונקרטי".

(ההדגשה במקור)

18. כמו כן, ב-[ע"פ 972/11](http://www.nevo.co.il/case/5738608) **מדינת ישראל נ' יניב יונה** [פורסם בנבו] (4.7.12) כבוד השופט הנדל קבע בפסקה 4 בפסק הדין את הדברים הבאים:

"למאבק בנגע הסמים יש שותפים רבים. חלקם מתמקדים בחינוך מניעתי ובהסברה. אחרים מסייעים בהליכי הגמילה. לצידם פועלים גם אנשי אכיפת החוק, שתפקידם לסכל את עבירות הסמים וללכוד את העבריינים. אף בית משפט נוטל חלק חשוב במאבק, באמצעות הטלת עונש מרתיע על מי שהורשע בעבירות סמים. בכל זאת, תוך מתן משקל – בין היתר – **לכמות הסם ואיכותו, טיב עבירת הסמים שבוצעה, תרומתו של הנאשם להתגשמות העבירה ועברו הפלילי** (השוו: [ע"פ 8031/10](http://www.nevo.co.il/case/6119015) *אורוסקו-צ'אבז* נ' *מדינת ישראל* (1.3.12))".

(ההדגשה לא במקור)

19. עינינו הרואות, כי בעבירות סמים, בית המשפט העליון מייחס חשיבות **למידת הנזק**

שנגרמה מביצוע העבירה (קרי, סוג הסם וכמות הסם) ובנוסף למידת האשם של הנאשם

בביצוע העבירה (קרי, תפקידו בשרשרת הפצת הסם). ככל שכמות הסם היא גדולה יותר, אזי הנאשם צפוי לקבל עונש חמור יותר. עם זאת, כמות הסם וסוג הסם אינם שיקולים בלעדיים ויש תמיד לבחון את חלקו של הנאשם בשרשרת הפצת הסם וזאת כפרמטר מרכזי בעת קביעת העונש. יוצא מכך שיהיו מצבים ששני נאשמים יבצעו את אותה עבירה, מבחינת כמות וסוג הסם, ועל כל אחד מהם יוטל עונש אחר על פי תפקידו בשרשרת הפצת הסם.

20. לסיכום, **מידת האשם ומידת הנזק** הם שני פרמטרים מרכזיים בקביעת **מתחם העונש ההולם**. כל אחד מהם יכול להשפיע באופן עצמאי על קביעת מתחם העונש ההולם. בעבירות סמים, **מידת הנזק** תיבחן על פי סוג הסם וכמות הסם, **ומידת האשם** תיבחן על פי תפקידו של הנאשם בשרשרת הפצת הסם. נשווה לנגד עינינו שני מקרים : מקרה אחד שבו מדובר בעבירת סם כאשר מידת הנזק היא בדרגה מסוימת (היינו סם מסוג מסוים ובכמות מסוימת, למשל ייבוא מתאמפטאמין במשקל של 50 גרם, כמו במקרה שבפני) ומקרה אחר שבו מידת הנזק היא זהה (היינו ייבוא של אותו סוג סם בכמות זהה). בעת שלכל אחד ממבצעי העבירה היתה "**מידת אשם**" שונה (היינו לכל אחד מהם היה תפקיד היררכי שונה בשרשרת הפצת הסם), אזי, לכל אחד מהם יהיה **מתחם עונש שונה מהאחר.** ודוק, לא יהיה מתחם עונש אחד לגבי שניהם שבתוכו ייקבע עונש "מתאים" שונה לכל אחד מהם, אלא יהיו **שני מתחמי עונש שונים**, שייקבעו על פי תפקידו של כל אחד מהם בשרשרת הפצת הסם. הדבר עולה במפורש מלשון הוראות החוק שהובאו לעיל (סעיפים 40ב, 40ט(א)(1) ו-(2), 40ג(א), 40ט(א)(3) ו-(4) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301)).

**סיווג הסם מסוג מתאמפטאמין : האם סם קשה או סם קל**

21. ב[פקודת הסמים המסוכנים](http://www.nevo.co.il/law/4216) אין קלסיפיקציה של הסמים השונים לפי קטגוריה של חומרה, אך בפסיקה קיימת הבחנה בין "סמים קשים" לבין "סמים קלים". כך למשל חשיש נתפס כסם קל (ראו למשל [בש"פ 2374/09](http://www.nevo.co.il/case/5828978) **מוסא נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (13.4.09) פסקה 8 להחלטתו של כבוד השופט מלצר), ובעוד שקוקאין והרואין נתפסים כ"סמים קשים" (ראו למשל [ע"פ 8033/11](http://www.nevo.co.il/case/5605610) **סאלם נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (19.9.12) סעיף 3 לפסק דינו של כבוד השופט סולברג; [ע"פ 3625/11](http://www.nevo.co.il/case/6245080) **פלוני נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (6.11.12) פסקה 6 לפסק דינו של כבוד השופט סולברג; [בש"פ 8262/12](http://www.nevo.co.il/case/5606303) **אילדנפירי נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (28.11.12) פסקה 9 להחלטתה של כבוד השופטת ברק ארז; [ע"פ 1905/12](http://www.nevo.co.il/case/5578372) **דהן נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (8.11.12) פסקה ח' לפסק דינו של כבוד השופט רובינשטיין; [בש"פ 1627/13](http://www.nevo.co.il/case/6712757) **מלכם נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (14.3.13) פסקה יא' להחלטתו של כבוד השופט רובינשטיין).

22. לגבי הסם מסוג מתאמפטאמין טרם הובהר ע"י בית המשפט העליון אם מדובר בסם "קשה" או בסם "קל". ב-[ת"פ (מח' – מרכז) 21485-01-11 מדינ](http://www.nevo.co.il/case/3650828)**ת ישראל נ' תאיפינפרום** [פורסם בנבו] (14.4.11) כבוד סגן הנשיא השופט כספי ציין לגבי סם זה את הדברים הבאים:

"בענייננו **אין המדובר בסם הנמנה על הסמים הקשים** הנפוצים, אך העניין לנו **בכמות גדולה** של טבליות".

(ההדגשה לא במקור)

לעומת זאת, ב-[ת"פ (מח' – מרכז) 51034-12-10 מדינת](http://www.nevo.co.il/case/4189371) **ישראל נ' דואנקכוטה** [פורסם בנבו] (12.6.11) כבוד השופטת ליאורה ברודי, ציינה את הדברים הבאים:

"אשר לסם המכונה "יאבה" – מדובר בגרסה תאילנדית של "מתאמפיטאמין" (שעל פי רוב מכיל גם תערובת של קפאין). הסם נפוץ במדינות דרום מזרח אסיה בקרב עובדים. ומשמש בעיקר כסם מרץ, ולאו דווקא למטרת בילוי והנאה. כן ידוע כי סם זה נחשב **לממכר מאוד**. הפועל היוצא **מכך הוא שהנזק שנגרם בהפצת כמות סם כה גדולה** בקרב העובדים התאילנדים הוא **רב ומשמעותי** – כאמור בצידו הן נזק פיזי והן נזק נפשי. הנוטלים את הסם אף מסכנים את בריאותם כתוצאה מעבודה במשך שעות רבות של היממה, ללא מנוחה, לה זקוק אדם העוסק בעבודה פיזית קשה".

(ההדגשה לא במקור)

23. על מנת ללמוד באם מדובר בסם "קשה" או סם "קל" יש לפנות לסעיף 31(3) וגם לתוספת השניה של [פקודת הסמים המסוכנים](http://www.nevo.co.il/law/4216). בסעיף 31(3) ל[פקודת הסמים המסוכנים](http://www.nevo.co.il/law/4216) נקבע כי מי שהחזיק סם מסוג המפורט בתוספת השניה בכמות העולה על הכמות המפורטת לצידו, חזקה שהחזיק בסם שלא לצריכה עצמית ועליו הנטל לסתור את החזקה. בתוספת השניה נקבע כי לגבי קנבוס ושרף של קנבוס (חשיש) הכמות היא 15 גרם. לעומת זאת, בעת שמדובר בקוקאין והרואין הכמות היא 0.3 גרם. הפערים המשמעותיים בכמויות מלמדים על החומרה היתרה בהחזקת הירואין וקוקאין לעומת החזקת קנבוס, ומכאן ההגדרה של הרואין וקוקאין כסמים "קשים" לעומת חשיש שהוגדר כסם "קל". לגבי מתאמפטאמין הכמות היא 0.2 גרם. לגבי אמפטאמין נקבעה כמות דומה של 0.2 גרם. לפיכך, הנני קובע כי מתאמפטאמין הוא "סם קשה". כמו כן, אעשה אנאלוגיות, בעת קביעת מתחם העונש ההולם, מפסקי דין שניתנו בעבירות שבהן היה מדובר ב-"סם קשה" (הרואין או קוקאין) בכמויות של עשרות גרמים, כמו הכמות במקרה שבפני, מאחר והפסיקה בסוגי סם אלה היא ענפה יותר מאשר בסם מסוג מתאמפטאמין, עם התייחסות מפורשת ל**-"משקל".**

24. למען ההשוואה, אביא בפרק הבא סקירה של הדין האנגלי בעבירה של ייבוא סמים ואראה שגם שם, כמו בישראל בתיקון 113 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), ישנם **מתחמי עונש שונים** לנאשמים שביצעו את אותה עבירה עם **מידת נזק זהה** (מבחינת כמות הסם וסוג הסם), כאשר הקריטריון המאבחן בין הנאשמים לצורך איתור מתחם העונש, הוא **מידת האשם** בביצוע העבירה, קרי תפקידו של כל אחד מהם בשרשרת הפצת הסם.

**המצב באנגליה**

הקמת מועצה שתנסח הנחיות ענישה

25. באנגליה הוקמה מועצה הנקראת sentencing council בשנת 2009 מכוח סעיף 118 ל- **Coroners and Justice Act 2009** (להלן: **החוק**). ניתן לעיין בנוסח המעודכן של החוק באתר שלהלן www.legislation.gov.uk . תפקיד המועצה לנסח הנחיות ענישה (sentencing guidelines) שיחייבו את בתי המשפט, וזאת על מנת להבטיח **אחידות בדרך קביעת העונש**, וזאת להבדיל **מתוצאות ענישה אחידות**. המועצה הנוכחית הינה גוף שממשיך את פעילותן של וועדות שונות שהיו בעבר באנגליה בנושא הנחיות ענישה. להתפתחות הדין באנגליה בנושא הנחיות הענישה, ראו : רות קנאי "בין אמנות למדע : גזירת הדין כאומנות" **עלי משפט** ח' (תש"ע) 217, 229 – 231. ראו גם :

Andrew Ashworth **Sentencing and Criminal Justice** (5th edition,

Cambridge University Press, 2010) pp. 51 – 65.

26. כמו בדין האנגלי, תיקון 113 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) מטרתו להביא **לאחידות בדרך קביעת העונש, ולא לתוצאות ענישה אחידות** (ראו דברי ההסבר להצעת חוק העונשין תיקון (92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה) התשס"ו – 2006 (הצ"ח 241, טז' בסיון התשס"ו, 12 ביוני 2006, עמ' 446)).

חומרת העבירה תיקבע על פי "מידת האשם" בביצוע העבירה ו"מידת הנזק"

27. בדין האנגלי בסעיף 143(1) לחוק הנקרא  **Criminal Justice Act 2003**, נקבע כדלקמן :

“In considering the **seriousness** of any offence, the court must consider the offender’s **culpability in committing the offence** and any **harm** which the offence caused, was intended to cause or might foreseeably have caused.”

(ההדגשה לא במקור)

28. ניתן לעיין בנוסח המעודכן של החוק הנ"ל באתר שלהלן: www.legislation.gov.uk. על מנת לבאר את אופן יישומו של הסעיף הנ"ל, המועצה (באחד מגלגוליה הקודמים) פרסמה הנחיות ענישה כלליות (שהינן בתוקף עד היום) ואשר חלות על כל סוגי העבירות בנוגע לאופן הגדרת חומרתה של עבירה (seriousness of the offence). הנחיות אלה באות להבהיר את היחס שבין שני הפרמטרים המנחים בקביעת חומרת העבירה והם "האשם" (culpability) בביצוע העבירה ו"הנזק" (harm) שנגרם או שהיתה כוונה לגרום להתרחשותו או שהיה צפוי להיגרם מביצוע העבירה. הנחיות אלה נקראות:

**Overarching Principles : Seriousness** (להלן: **ההנחיות להגדרת חומרת העבירה**). ההנחיות פורסמו בשנת 2004 ועודכנו בשנת 2007. ניתן למצוא את ההנחיות באתר האינטרנט של המועצה בכתובת שלהלן : www.sentencingcouncil.judiciary.gov.uk.

קביעת מידת האשם לפי מצבו הנפשי של הנאשם ביחס לנזק

29. בסעיפים 1.6 ו- 1.7 להנחיות להגדרת חומרת העבירה נקבע כדלקמן:

“1.6. Four levels of criminal culpability can be identified for

sentencing purposes.

* 1. Where the offender :

1. has the **intention**, with the highest culpability when an offence is planned. The worse the harm intended, the greater the seriousness .
2. is **reckless** as to whether the harm is caused, that is, where the offender appreciates at least some harm would be caused but proceeds giving no thought to the consequences even though the extent of the risk would be obvious to most people.
3. has **knowledge** of the specific risks entailed by his actions even though he does not intend to cause the harm that results.
4. is guilty of **negligence**.

Note : There are offences where liability is strict and no culpability need be proved for the purposes of obtaining a conviction, but the degree of culpability is still important when deciding sentence. The extent to which recklessness, knowledge or negligence are involved in a particular offence will vary.”

(ההדגשה במקור)

30. יוצא מכך, שקיימת חשיבות בעת קביעת מידת האשם בביצוע העבירה למצב הנפשי של הנאשם ביחס לנזק. אם העבירה בוצעה מתוך "**כוונה**" לגרום את הנזק, הדבר יראה כאשם בדרגה הגבוהה ביותר שלו. ככל שהנאשם רצה לגרום לנזק גדול יותר, אזי חומרת העבירה תהיה בהתאם. דרגה נמוכה יותר של אשם היא בעת שהעבירה בוצעה במצב דברים של "**פזיזות או קלות דעת**" לגבי האפשרות שייגרם נזק מביצוע. לאחר מכן, ישנה דרגת אשם נמוכה יותר שנובעת מ-"**ידיעה**" של הסיכונים הנלווים למעשים שבוצעו על ידי הנאשם גם אם אין כוונה לגרום לנזק שנגרם בפועל או שהיה צפוי להיגרם. דרגת האשם הנמוכה ביותר היא של **"רשלנות"**. גם במקרים שבהם מדובר בעבירה של אחריות קפידה, עדיין יש חובה לבחון את מידת האשם בביצוע העבירה בעת קביעת גזר הדין. כמו כן, "עוצמת" הפזיזות, הידיעה או הרשלנות, יכולה להשתנות ממקרה למקרה.

מידת האשם בעבירה של ייבוא סמים תיקבע לפי "התפקיד" בשרשרת הפצת הסם

31. בנוסף לארבע דרגות האשם שנקבעו בהנחיות להגדרת חומרת העבירה, ואשר חלות על כל סוגי העבירות, קיימות גם דרגות אשם שהינן ייחודיות לעבירה ספציפית, לרבות בעבירות סמים. המועצה פרסמה מספר הנחיות ענישה לפי סוגי עבירות (כגון רכוש, אלימות ועוד) וביניהן הנחיות ענישה בעבירות סמים : **Drug Offences Definitive Guideline** (להלן: **הנחיות ענישה בעבירות סמים**) ואשר חלות על כלל הנאשמים שגילם הוא מעל 18 שנים. ההנחיות פורסמו בינואר 2012 ועודכנו במרץ 2012. ניתן למצוא את הנוסח המלא והמעודכן של ההנחיות בעבירות סמים באתר של המועצה בכתובת שלהלן: www.sentencingcouncil.judiciary.gov.uk.

32. הנחיות הענישה בעבירות סמים מחולקות לפי סוגי העבירות על פי המסגרות הבאות :

א. ייבוא ;

ב. אספקה או הצעה לספק, וכן החזקה של סם עם כוונה לספקו לאחר;

ג. ייצור של סם או גידול של שתלי קנבוס ;

ד. התרת שימוש בחצרים;

ה. החזקה רגילה של סם.

33. לכל אחת מהמסגרות הנ"ל שמחולקות לפי סוג העבירה ישנן הנחיות ענישה נפרדות. כמו כן, בכל סוג עבירה ישנן הנחיות משנה לפי סוג הסם. בנוסף ישנם גם מתחמי עבירה ועונשי מוצא שנקבעים לפי מידת האשם ומידת הנזק. למען ההמחשה ניקח למשל את העבירה של ייבוא סמים.

34. אלמנט **מידת האשם** לגבי העבירה של **ייבוא סמים** מחולק על פי הנחיות הענישה בעבירות סמים, לשלוש קטגוריות משנה של אשם. קיומו של אחד או יותר מהמאפיינים שמפורטים באחת מקטגוריות המשנה ייקבע את מידת האשם של הנאשם:

א. **תפקיד מוביל :** (leading role) התארגנות רחבת היקף לשם קניה ומכירה של סמים בהיקף מסחרי; קשרים משמעותיים בשרשרת הפצת הסם ויכולת השפעה משמעותית על אחרים בתוך השרשרת; קשרים הדוקים עם הספק המקורי; ציפייה לעשיית רווחים כספיים משמעותיים; שימוש בעסק ככיסוי לפעילות עבריינית; שימוש לרעה בתפקיד שמבוסס על אמון ואחריות (כגון עובד ציבור).

ב. **תפקיד משמעותי** : (significant role) תפקיד ניהולי או ביצועי בשרשרת הפצת הסם; יכולת השפעה על אחרים בין על דרך של הפחדה, הפעלת לחץ או מתן טובת הנאה; מונע מטעמים כספיים או טובת הנאה אחרת, בין אם פועל לבד ובין אם לא; קיומה של מודעות והבנה להיקף פעילותו.

ג. **תפקיד מופחת** (lesser role) : מבצע פעולה מוגדרת לפי הוראות שמקבל; ביצוע העבירה היה כתוצאה מפחד, לחץ או כפייה; מעורבות הנובעת מנאיביות או ניצול; חסר כל השפעה על אלא המצויים בדרג גבוה ממנו בשרשרת הפצת הסם; מודעות או הבנה נמוכים ביותר, אם בכלל, על היקף הפעילות; במקרה שבו פעל לבד, יש לבדוק אם ייבא את הסם לשימושו העצמי, בהתחשב בסוג האישום ונסיבות המקרה.

סוג הסם כקריטריון מנחה בקביעת מידת הנזק

35. החוק הרלבנטי באנגליה המסדיר את נושא הסמים המסוכנים הוא:

**Misuse of Drugs Act 1971** (להלן: **חוק הסמים**), ואשר הינו החוק המקביל באנגליה ל[פקודת הסמים המסוכנים](http://www.nevo.co.il/law/4216) שחלה בישראל. ניתן לעיין בנוסח המעודכן של החוק באתר שלהלן: www.legislation.gov.uk.

36. סעיף 2 לחוק הסמים קובע שלוש קבוצות של סמים Class A, Class B, Class C ובתוספות לחוק ישנה קלסיפיקציה של סוגי הסם השונים לפי שלוש הקבוצות הנ"ל, כאשר קטגוריה של Class A היא הקטגוריה החמורה מבין השלוש. עבירות הסמים מוגדרות בסעיפים שונים לפי סוגן וחלות על כל שלוש קבוצות הסמים שצוינו לעיל : איסור ייבוא וייצוא (סעיף 3 לחוק הסמים), איסור ייצור ואספקה (סעיף 4), איסור החזקה (סעיף 5), איסור שימוש בחצרים (סעיף 8). כמו כן, ישנה עבירה נפרדת של איסור גידול קנבוס (סעיף 6). בעבירה של החזקת סם שלא כדין ישנה הבחנה בין החזקה רגילה (possession of drug) (סעיף 5(1)) לבין החזקת סם במטרה לספקו לאחר possession with intent to supply)).

37. בתוספת הרביעית לחוק הסמים, ואשר נושאת כותרת Prosecution and Punishment of Offences ישנה טבלה מפורטת לפי סוגי העבירות שהובאו לעיל ואשר מגדירה את העונש המקסימאלי לכל סוג של עבירה ולכל קבוצת סם.

38. סוג הסם משפיע באופן ישיר על הגדרת העונש המקסימאלי לעבירה. כך למשל בעבירת ייבוא סמים, העונש המקסימאלי יהיה גבוה יותר בעת שמדובר בסם מקטגוריית Class A, כגון הרואין וקוקאין, לעומת העונש המקסימאלי בעת שמדובר בייבוא של סם מסוג

Class B, כגון קנבוס ושרף קנבוס (חשיש). להלן טבלה להמחשה :

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **קטגוריית סם** | **דוגמאות של סוגי סמים** | **עונש מקסימאלי בעבירה של ייבוא סמים** |
| **Class A** | הרואין, קוקאין, אקסטזי, LSD | מאסר עולם |
| **Class B** | קנבוס, אמפטאמין וקטאמין | 14 שנות מאסר בפועל ו/או קנס |

כמות הסם כקריטריון מנחה בקביעת מידת הנזק

39. בנוסף לקריטריון בדבר **"סוג הסם"**, לצורך קביעת מידת הנזק שנגרם לחברה או שהיה צפוי להיגרם לה מביצוע העבירה, קיים קריטריון נוסף והוא **"כמות הסם"**. על פי הפרק שדן **בייבוא סמים** בהנחיות ענישה בעבירות סמים, קיימות ארבע קטגוריות משנה של נזק (קטגוריות 1 עד 4) לפי כמות הסם וסוג הסם, כפי שניתן לראות מהטבלה שלהלן :

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **קטגוריית נזק/**  **סוג הסם** | **קטגוריה 1** | **קטגוריה 2** | **קטגוריה 3** | **קטגוריה 4** |
| **הרואין**  **או קוקאין** | 5 ק"ג | 1 ק"ג | 150 גרם | 5 גרם |
| **אקסטזי** | 10,000 טבליות | 2,000 טבליות | 300 טבליות | 20 טבליות |
| **LSD** | 250,000 ריבועים | 25,000 ריבועים | 2,500 ריבועים | 170 ריבועים |
| **אמפטאמין** | 20 ק"ג | 4 ק"ג | 750 גרם | 20 גרם |
| **קנבוס** | 200 ק"ג | 40 ק"ג | 6 ק"ג | 100 גרם |
| **קטאמין** | 5 ק"ג | 1 ק"ג | 150 גרם | 5 גרם |

40. כמויות הביניים ייבחנו על פי השאלה לאיזו כמות בקטגוריות הנ"ל הכמות שיובאה היא קרובה יותר. כך למשל, כמות של 15 גרם הרואין תהיה שייכת לקטגוריה 4 בעוד שכמות של 115 גרם תהיה שייכת לקטגוריה 3.

איתור מתחם העונש לפי מידת האשם ומידת הנזק

41. לפי הנחיות הענישה בעבירות סמים, לאחר שבית המשפט קבע את קטגוריית העבירה (היינו מידת האשם ומידת הנזק), על בית המשפט לאתר את "מתחם העבירה" (offence range) הרלבנטי לנאשם מתוך מספר מתחמים המפורטים בהנחיות. הביטוי "מתחם העבירה" הינו הביטוי המקביל באנגליה לביטוי "מתחם העונש ההולם" ב[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) בישראל. למען הנוחות נקרא להלן לביטוי "מתחם העבירה" בדין האנגליה "**מתחם העונש**". בתוך כל מתחם עונש ישנו עונש מוצא (starting point) שהינו העונש ההתחלתי שבית המשפט מתחיל ממנו. לאחר שבית המשפט שוקל את מכלול הנסיבות הוא יכול לקבוע את העונש המתאים בתוך המתחם בכך שיעלה מעונש המוצא עד לתקרה של המתחם, או לחילופין לרדת מעונש המוצא עד לנקודה התחתונה בתוך המתחם. עונש המוצא ומתחם העונש חל על כל הנאשמים. במקרים חריגים ומיוחדים, בשל שיקולי צדק, בית המשפט יכול לפסוק שלא לפי המתחם, וזאת בין לקולא ובין לחומרה. בטבלה שלהלן נביא דוגמא למתחמי עונש בעבירה של **ייבוא סמים מסוג Class A** (כגון הרואין וקוקאין). המספרים המפורטים בטבלה לגבי העונש הם שנות מאסר בפועל. מתחם העונש מושפע מקטגוריית האשם (תפקיד מוביל, תפקיד משמעותי ותפקיד מופחת), ומקטגוריית הנזק (קטגוריות 1 עד 4, לפי כמות הסם). כאשר מדובר בכמויות סם המצויות בקטגוריה 4 ישנה הפנייה בהנחיות הענישה הנוגעות לייבוא סמים להנחיות הענישה הנוגעות להחזקה של סם על מנת לספקו לאחר (היינו החזקת סם שלא לצריכה עצמית) ,ומטעמי נוחות הכנסתי אל תוך הטבלה גם את האמור בהנחיות בעניין החזקת סם על מנת לספקו לאחר, כאשר מדובר בכמות סם השייכת לקטגוריה 4.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **קטגוריית אשם /**  **קטגוריית נזק** | **תפקיד מוביל** | **תפקיד משמעותי** | **תפקיד מופחת** |
| **קטגוריה 1**  5 ק"ג הרואין או קוקאין | עונש מוצא : 14  מתחם עונש:12- 16 | עונש מוצא : 10  מתחם עונש : 9 - 12 | עונש מוצא : 8  מתחם עונש : 6 - 9 |
| **קטגוריה 2**  1 ק"ג הרואין או קוקאין | עונש מוצא : 11  מתחם עונש : 9 - 13 | עונש מוצא : 8  מתחם עונש :  6 וחצי עד 10 | עונש מוצא : 5  מתחם עונש :  3 וחצי עד 7 |
| **קטגוריה 3**  150 גרם קוקאין או הרואין | עונש מוצא :  8 וחצי  מתחם עונש :  6 וחצי עד 10 | עונש מוצא :  4 וחצי  מתחם עונש :  3 וחצי עד 7 | עונש מוצא : 3  מתחם עונש :  2 עד 4 וחצי |
| **קטגוריה 4**  5 גרם הרואין או קוקאין | עונש מוצא :  5 וחצי  מתחם עונש :  4 וחצי עד 7 וחצי | עונש מוצא :  3 וחצי  מתחם עונש :  2 עד 5 | עונש מוצא : 1 וחצי  מתחם עונש : צו מוגבר של שירות לתועלת הציבור עד 3 שנות מאסר בפועל |

42. מהטבלה הנ"ל עולה שנאשם יכול לייבא סם מסוג מסוים ובכמות מסוימת ולהיות **במתחם עונש אחד**, ובעוד שנאשם אחר יכול לבצע את אותה עבירה, היינו לייבא את אותו סוג סם ובאותה כמות, ולהיות **במתחם** **עונש אחר**. השוני בין נאשמים אשר מצויים באותה קטגוריית נזק, נעוץ **בתפקיד** של כל אחד מהם. כך למשל, נאשם שייבא סם מסוג הרואין או קוקאין במשקל של 150 גרם (קטגוריה 3 של נזק) יהיה במתחם עונש שנע בין 6 וחצי ל- 10 שנות מאסר אם חלקו בביצוע העבירה היה של "**תפקיד מוביל".** לעומת זאת, נאשם אחר שייבא סם מאותו סוג ובאותה כמות, יהיה במתחם עונש שנע בין 3 וחצי ועד 7 שנות מאסר מאסר אם חלקו בביצוע העבירה היה של "**תפקיד משמעותי**". נאשם שחלקו בביצוע העבירה של ייבוא סם מאותו סוג ואותה כמות, היה של "**תפקיד מופחת**", מתחם העונש בעניינו יהיה בין 2 ועד 4 וחצי שנות מאסר.

43. בית המשפט לערעורים בהליכים פליליים (Court of Appeal Criminal Division) התייחס בפסיקתו לנושא הנחיות הענישה בעבירות סמים, לרבות בעבירה של ייבוא סמים. את הפסיקה שתובא להלן ניתן למצוא גם באתר האינטרנט www.bailii.org. בפסק הדין בעניין **R v Boakye** [2012] EWCA Crim 838 בית המשפט חזר על הקביעה שמידת הנזק תיקבע על פי סוג הסם וכמות הסם (פסקה 34 לפסק הדין) ושיהיו **מתחמי עונש שונים** לנאשמים שתפקידם בביצוע עבירת הייבוא של הסם היה שונה, היינו מתחם עונשאחד למי שהיה לו תפקיד מוביל בייבוא הסם, מתחם עונש שני למי שהיה לו תפקיד משמעותי ומתחם עונש שלישי למי שהיה לו תפקיד מופחת (פסקה 37 לפסק הדין). ראו גם :

(**R v Healey** [2012] EWCA Crim 1005; **R v Lewis** [2012] EWCA Crim 1414).

לאחר איתור מתחם העונש יש לקבוע את העונש המתאים בתוך המתחם

44. לפי הנחיות הענישה בעבירות סמים, לאחר שבית המשפט מאתר את מתחם העונש הרלבנטי לנאשם שניצב בפניו, על פי הפרמטרים של מידת האשם ומידת הנזק, עליו לקבוע את העונש "המתאים" בתוך המתחם. בהנחיות הענישה בעבירות סמים, בפרק הדן בעבירה של ייבוא סמים, ישנה רשימה בלתי סגורה של שיקולים לחומרה ולקולא שבית המשפט אמור לקחתם בחשבון בקביעת העונש "המתאים" בתוך המתחם. **שיקולים לחומרה כוללים**: הרשעות קודמות תוך התייחסות לסוג העבירות שבהן הורשע והדמיון עם העבירה שבגינה יש לתת את גזר דין; שימוש בקטין להעברת הסם לאחר; העבירה בוצעה בעת שהנאשם היה משוחרר בערבות או אסיר ברישיון; תחכום רב בהסתרת הסם למניעת איתור; קיומו של ניסיון להעלים ראיות; הסמים עורבבו עם חומרים רעילים ומזיקים להגדלת רווחים; משקל נקי גבוה של הסם. **שיקולים לקולא כוללים**: היעדר תחכום בהסתרת הסם ; מעורבות עקב הפחדה או כפייה שאיננה מגעת לכדי הגנת הכורח במשפט פלילי; חוסר ידיעה של הנאשם לגבי סוג הסם, תוך בדיקת מידת הסבירות לגבי היעדר הידיעה ; אירוע חד פעמי; משקל נקי נמוך של הסם ; היעדר הרשעות קודמות ; חרטה ; נאשם נורמטיבי ; מצב רפואי קשה ; גיל ; קיומה של מגבלה קוגניטיבית ; וכן היותו של הנאשם מטפל יחיד של קרוב משפחה התלוי בו.

45. לסיכום, בדין האנגלי ישנה חלוקה של שלוש קטגוריות עיקריות של אשם בעבירות סמים: תפקיד מוביל, תפקיד משמעותי ותפקיד מופחת. קטגוריות אלה מתווספות על קטגוריית האשם הכלליות שחלות בכל סוגי העבירה על פי יחסו הנפשי של הנאשם לנזק שנגרם או שהיה צפוי להיגרם מביצוע העבירה (כוונה לגרום לנזק, לעומת פזיזות לאפשרות שייגרם נזק, לעומת ידיעה שיכול שייגרם נזק, לעומת רשלנות בצפיית האפשרות שייגרם נזק). יובהר כי עונשי המוצא ומתחמי העונש שנקבעו בדין האנגלי אינם רלבנטיים לענייננו ואינני עושה כל אנאלוגיות ממתחמים אלה למתחם העונש ההולם במקרה שבפני. הדין האנגלי הובא בהרחבה על מנת להמחיש את הסוגיה של **מתחמי עונש שונים** לנאשמים שביצעו עבירות זהות, בדגש על **מידת נזק זהה** (מבחינת סוג הסם וכמות הסם), כאשר השוני במתחמים מוכרע על פי **השוני במידת האשם**.

**המצב בישראל**

46. אעמוד להלן על דוגמאות מהפסיקה בישראל שבהם מדובר בעבירות שעניינן סמים "קשים", וזאת על מנת להגדיר את מתחם העונש ההולם לייבוא סמים "קשים" לישראל במשקל של 50 גרם בעת שלמבצע העבירה היה "**תפקיד משמעותי**" בביצוע העבירה. בנוסף, אגדיר את מתחם העונש ההולם לייבוא סמים "קשים" לישראל, כאשר **מידת הנזק** **היא זהה** (היינו ייבוא אותו סוג סם ובאותה כמות), ומבצע העבירה היתה **מידת אשם נמוכה** יותר, היינו היה לו **"תפקיד מופחת**" בביצוע העבירה. הנאשם שבפני, בבירור איננו נמנה על הקטגוריה של "**תפקיד מוביל**" ולכן אינני רואה צורך להגדיר מהו מתחם העונש ההולם לגבי ביצוע עבירה של ייבוא סם "קשה" במשקל של 50 גרם, כאשר הנאשם מצוי בקטגורית אשם של "תפקיד מוביל", וזאת מחמת חוסר רלוונטיות.

47. לאחר שאקבע מהו מתחם העונש ההולם בשני סוגי התפקידים, "משמעותי" לעומת "מופחת", כאשר **מידת הנזק היא זהה** (היינו ייבוא מתאמפטאמין במשקל 50 גרם) אקבע **לאיזה מתחם עונש הולם** שייך הנאשם שבפני לפי **מידת אשמו,** היינו האם הוא בעל "תפקיד משמעותי" או שמא בעל "תפקיד מופחת". בשלב הסופי אגדיר את העונש המתאים בתוך מתחם העונש ההולם שקבעתי בעניינו.

48. הפסיקה שתובא להלן תתמקד בסמים "קשים" (הרואין וקוקאין) בעבירה של החזקת סם שלא לצריכה עצמית בכמויות של עשרות גרמים, כמו המקרה שבפני. הפסיקה היא של בית המשפט העליון ופורסמה באתר "נבו". אינני רואה כל מניעה לביצוע אנאלוגיה מהעבירה של החזקת סם שלא לצריכה עצמית לעבירה של ייבוא סמים, לצורך קביעת מתחם העונש ההולם, במיוחד כאשר מדובר באותה קטגוריית סם (סם קשה) ובכמויות דומות.

מתחם העונש ההולם כאשר מידת האשם היא של "תפקיד משמעותי"

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **מספר הליך וערכאה** | **שם נאשם** | **סוג עבירת סם** | **כמות הסם (הרואין/קוקאין)** | **עונש מאסר בפועל** |
| [ע"פ 6658/04](http://www.nevo.co.il/case/6076925)עליון | סאטל | החזקה שלא לצריכה עצמית | 80 גרם | **שנתיים** |
| [ע"פ 2410/07](http://www.nevo.co.il/case/5831254)  עליון | תורכ | החזקת שלא לצריכה עצמית | 68.6 גרם | **שלוש שנים** |
| [ע"פ 810/11](http://www.nevo.co.il/case/5727295)עליון | בורגרקר | החזקה שלא לצריכה עצמית | 59.16 גרם | **שלוש שנים** |
| [ע"פ 5374/12](http://www.nevo.co.il/case/5590128)עליון | אברג'יל | החזקה שלא לצריכה עצמית | 43 גרם | **שלוש שנים** |

49. בכל אחד מפסקי הדין שהובאו בטבלה הנ"ל **לא היתה הפעלה של מאסר מותנה מתיקים קודמים**. במילים אחרות, העונש שהוטל ומובא בטור השמאלי של הטבלה הוא באופן מוחלט בגין עבירת הסם שבוצעה, והנתון המשתנה בין הנאשמים השונים הוא נסיבות אישיות כגון קיומו או העדרו של עבר פלילי. בכל התיקים מדובר במי שהחזיק את הסמים עבור עצמו על מנת לקדם אינטרסים כלכליים אישיים שלו, ועם מודעות מלאה לגבי כמות הסם וסוג הסם, ומכאן הבחירה של פסיקה זו כמייצגת את המקרים שבהם מדובר בקטגוריית אשם של "תפקיד משמעותי". הכמויות שנבחרו הן של עשרות גרמים, כמו המקרה שבפני. התמונה המצטיירת מהפסיקה הנ"ל היא שהעונשים נעים בין שנתיים לשלוש שנות מאסר. כמו כן, באת כוח המאשימה הציגה בפני בשלב הטיעונים לעונש שני גזרי דין של בתי המשפט המחוזי בעבירה של ייבוא קוקאין בכמויות הקרובות למקרה שבפני והענישה שם היתה מאסר בפועל לשנתיים וחצי בתיק אחד ושלוש שנות מאסר בפועל בתיק האחר ([ת"פ (מח' – ת"א) 2035-09-12; ת"](http://www.nevo.co.il/case/4476278)[פ (מח' – חי') 39322-08-10](http://www.nevo.co.il/case/4569392)), היינו בהתאמה לפסיקה שהובאה לעיל של בית המשפט העליון.

50. במקרה אחר שנדון בפני, [ת"פ 24143-01-11 (רמ'](http://www.nevo.co.il/case/2744344)) **מדינת ישראל נ' זיתון** [פורסם בנבו] (9.7.12), היה מדובר בשני נאשמים שהורשעו בעבירה של החזקת סם שלא לצריכה עצמית. האחד החזיק סם מסוג הרואין במשקל 83 גרם והשני החזיק סם מסוג הרואין במשקל של 20 גרם. לגבי שני הנאשמים קבעתי בפסקה 55 לגזר הדין כי מידת האשם של כל אחד מהם בעת ביצוע העבירה שבה הורשע היתה בקטגוריה של "**תפקיד משמעותי**". לפיכך, קבעתי כי מתחם העונש ההולם לגבי הנאשם שהחזיק 83 גרם נע בין שנתיים ל-4 שנות מאסר בפועל, ובסופו של דבר, הטלתי עליו שלוש שנות מאסר. כמו כן, קבעתי כי מתחם העונש ההולם לגבי הנאשם שהחזיק 20 גרם נע בין 8 חודשים ל- 24 חודשי מאסר בפועל, והטלתי עליו 14 חודשי מאסר בגין תיק זה, אשר חלקו בחופף וחלקו במצטבר למאסר מותנה של 18 חודשים שהיה תלוי ועומד כנגדו, כך שסך הכל נדון ל- 28 חודשי מאסר. הנאשמים הגישו ערעור על גזר הדין לבית המשפט המחוזי במחוז מרכז והערעור נדחה ([ע"פ 114/12](http://www.nevo.co.il/case/6900494), הרכב כבוד השופטים מנחם פינקלשטיין, זהבה בוסתן והדס עובדיה [לא פורסם] (31.10.12)). פסק הדין **זיתון** הנ"ל הובא כאן על מנת להמחיש שגם שם קבעתי את העונש לגבי כל אחד מהנאשמים בנפרד לפי "**מידת האשם**" (תפקיד בשרשרת הפצת הסם) ו-"**מידת הנזק" (**כמות הסם וסוג הסם).

51. לפיכך, הנני קובע כי לגבי העבירה של ייבוא סם מסוג מתאמפטאמין במשקל של 50 גרם, כאשר קטגוריית האשם הינה של "**תפקיד משמעותי**", מתחם העונש ההולם נע בין שנתיים ל-שלוש שנות מאסר בפועל. יצוין כי בשלב הטיעונים לעונש המאשימה טענה כי מתחם העונש ההולם לעבירה שבה הורשע הנאשם, נע בין שנתיים לשלוש שנות מאסר. טענה זו מקובלת עלי, אך בכפוף לסייג האמור שהדבר הוא נכון בעת שהעבירה בוצעה בקטגוריית אשם של "תפקיד משמעותי".

מתחם העונש ההולם כאשר מידת האשם היא של "תפקיד מופחת"

52. בעת שמדובר בנאשם שביצע עבירת סמים ומשתייך לקטגוריית אשם של "תפקיד מופחת", מתחם העונש ההולם הינו מצומצם יותר ממתחם העונש ההולם בגין ביצוע עבירה זהה, מבחינת כמות הסם וסוג הסם, וקטגוריית האשם היא של "תפקיד משמעותי". נביא שתי דוגמאות לעניין זה:

א. ע"פ 1282/07 **בן אבו נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (25.7.07). במקרה זה היה מדובר בנהג מונית, ללא עבר פלילי קודם שנתבקש להעביר 96.74 גרם הרואין באמצעות המונית שעליה עבד מאדם אחד שלא הכיר לאדם אחר שלא הכיר תמורת סך של 500 ₪. בית משפט המחוזי השית על המערער עונש של 28 חודשי מאסר בפועל. בית משפט העליון קיבל את ערעורו והקל בעונשו כך שרכיב המאסר עמד על 24 חודשים, כאשר נלקחו בחשבון הנתונים שלהלן: עברו הנקי של המערער; העדר ידיעתו של המערער לגבי סוג הסם שהעביר, דבר המלמד על דרגת האשם הנמוכה בביצוע העבירה.

ב. [ע"פ 3820/09](http://www.nevo.co.il/case/5917767) **מדינת ישראל נ' אוחיון** [פורסם בנבו] (6.9.09). במקרה זה היה מדובר בנהג מונית, אשר תפקידו היה למסור לאדם מסוים סם מסוג הרואין במשקל של 300 גרם ברוטו ולקבל לידיו את התמורה בסך של 55,000 ₪. בית משפט המחוזי בירושלים הטיל עליו 9 חודשי מאסר בפועל. המדינה ערערה על קולת העונש וערעורה נדחה. בית משפט העליון לקח בחשבון את כל הנתונים שלהלן: העדר עבר פלילי; המשיב נמצא במדרג הנמוך של שרשרת הפצת הסם מאחר ולא היה מעורב בהשגת הסם ומעסקת הסם שהתרקמה, לא היה צפוי להפיק כל רווח; המשיב בן 58 שנים, נשוי ואב לשישה ילדים; שכרו של המשיב מהאירוע העברייני היה 200 ₪ עבור נסיעה רגילה במונית; הערעור נשמע בסמוך למועד שהמשיב צפוי לסיים את מאסרו.

53. מהפסיקה הנ"ל אנו למדים שבעת שמדובר בנאשם שמבצע עבירת סם ומידת אשמו היא של "**תפקיד מופחת**" יש לנהוג בו בדרך שונה מאשר במקרים שבהם מדובר בנאשם שביצע את אותה עבירה ומידת אשמו היא של "**תפקיד משמעותי**". כמויות הסם בפסיקה שהובאה לעיל (96.74 גרם ו-300 גרם) הינה גדולה באופן משמעותי מכמות הסם במקרה שבפני (50 גרם). על כן, ניתן לבסס את מתחם העונש ההולם על פסיקה זו, אף בדרך של קל וחומר. הנני קובע כי מתחם העונש ההולם לייבוא 50 גרם מתאמפטאמין, כאשר מדובר בנאשם שנמצא בקטגוריית אשם של "**תפקיד מופחת**", נע בין 9 חודשים ל- 24 חודשי מאסר בפועל.

**קביעת מידת האשם של הנאשם**

54. הנני סבור כי הנאשם שבפני נמצא בקטגוריית אשם של "**תפקיד מופחת**" ולכן מתחם העונש ההולם לעבירה שביצע נע בין 9 חודשים ל-24 חודשי מאסר בפועל. להלן נימוקיי:

א. על פי הראיות שהובאו בפני, הסמים היו מיועדים לעובד זר מתאילנד שנמצא בישראל בשם מונג. לא הוכח בפני כי הנאשם היה אמור לקבל **טובת הנאה כלשהי** מהבאת הסמים לישראל. יוזכר, כי קיומה של טובת הנאה מייבוא הסמים לישראל הינה בגדר **נסיבה לחומרה** שיש להוכיח **מעל לכל ספק סביר** (ראו הוראות סעיף 40י(ג) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301)) ובכל מקרה, לא הוכח בפני ברמת ההוכחה הדרושה כי לנאשם היתה אמורה לצמוח טובת הנאה כלשהי מהמעשה העברייני שבו הורשע.

ב. הנאשם הורשע בעבירת ייבוא של סמים עקב כך ש"**הקל**" על ייבוא הסמים, ומכאן תפקידו כחוליה חיונית לביצוע העבירה. בפסיקה נקבע כי אומנם המקל יראה כמבצע של העבירה המושלמת של ייבוא ולא יראה כמסייע, אך נתון ה"הקלה" בייבוא יש לקחתו בחשבון **בעת קביעת גזר הדין** ([ע"פ 946/04 מדינת ישראל נ' עובד פ"ד נח](http://www.nevo.co.il/case/5736485) (6) 951, 960 (2004); [ע"פ 5232/10](http://www.nevo.co.il/case/5696718) **אבו ג'ומעה נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו](8.4.13) (פסקה 34 לפסק הדין של כבוד השופט דנצינגר);

ג. בהכרעת הדין נקבע שהנאשם חשד כי ג'אן און עלול להביא עימו מתאילנד לישראל סמים, אך בפועל הנאשם **לא ידע את סוג וכמות הסם** (ראו בהרחבה סעיפים 8 עד 10 להכרעת הדין). במילים אחרות, הנאשם היה מודע ל-"**סוג**" הנזק שנגרם או שהיה צפוי להיגרם לחברה מהעבירה שביצע (קרי, שמדובר בעבירה של ייבוא סמים), אך לא היה מודע ל-"**מידת**" הנזק (קרי, סוג הסם וכמות הסם). המחוקק עמד על חשיבותו של רכיב "מידת" הנזק בקביעת מתחם העונש ההולם בסעיפים 40ג(א) ו- 40ט(א)(3) ו-(4) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301). היעדר מודעותו של הנאשם ל-"**מידת**" הנזק מהעבירה שביצע, מלמד על **התפקיד המופחת** (lesser role) שיועד לנאשם ואשר נמצא בתחתית השרשרת של ייבוא הסמים. להגדרת הביטוי "תפקיד מופחת", באנאלוגיה מהנחיות הענישה בעבירות סמים בדין האנגלי, ואשר נקראות **Drug Offences Definitive Guidelines**, ראו לעיל בפסקה 34(ג) לגזר הדין.

ד. באנלוגיה מהנחיות הענישה בדין האנגלי בעניין הגדרת חומרת העבירה הידועות כ- **Overarching Principles : Seriousness**, היסוד הנפשי של הנאשם היה של **עצימת עיניים,** ואשר מציב אותו בדרגת אשם נמוכה יותר מהמבצע העיקרי שלא נתפס, הוא מונג, שלו היתה "כוונה" (intention) לגרום ל-"נזק" של ייבוא 50 גרם מתאמפטאמין לישראל. את הנאשם שבפני ניתן להציב בדרגת אשם של "פזיזות" (recklessness) או "ידיעה" (knowledge) ביחס לאפשרות גרימת הנזק, שהינן דרגות אשם נמוכות יותר מ-"כוונה" (intention). לגבי אופן קביעת דרגת האשם כנגזרת מיחסו של מבצע העבירה באשר לנזק שנגרם או שהיה צפוי להיגרם ממעשה העבירה, לפי הדין האנגלי, ראו בהרחבה לעיל בפסקאות 27 עד 30 לגזר הדין.

**העונש המתאים בתוך מתחם העונש ההולם**

55. בעת קביעת העונש המתאים בתוך מתחם העונש ההולם (שנע בין 9 ל- 24 חודשי מאסר בפועל) לקחתי בחשבון את הנסיבות שלהלן שאינן קשורות בביצוע העבירה (ראו סעיף 40יא ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301)):

א. מדובר בנאשם ללא עבר פלילי קודם;

ב. נשוי ואב לילדים;

ג. במהלך כל תקופת שהייתו בישראל, כחמש שנים, לא נפתחו כנגדו תיקים כלשהם, לרבות בעבירות סמים, כפי שעלה גם מעדויות המעסיקים שלו שהתייצבו לדיון בבית המשפט בשלב הטיעונים לעונש.

56. בית המשפט העליון עמד על הצורך בענישה מחמירה אשר תרתיע מפני ביצוע עבירות של הפצת נגע הסמים, וזאת אף כשעבירות אלה מתבצעות ע"י אזרחים זרים ([ע"פ 226/89 זפה נ' מדינת ישראל פ"ד מג](http://www.nevo.co.il/case/17915297)(2) 543, 544 (1990); [ע"פ 3920/00 פלונית נ' מדינת ישראל פ"ד נז](http://www.nevo.co.il/case/5892403)(2) 1, 19 (2003) ; [ע"פ 4555/00](http://www.nevo.co.il/case/5964117) **אנקלדה נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (13.12.2001)). כמו כן, נקבע כי יש להתחשב בקושי המיוחד הכרוך במאסרו של אזרח זר בישראל שאינו דובר את השפה וללא קרובי משפחה שיוכלו לתמוך בו וכי יש לאפשר לו, ככל שהדבר אפשרי, לשהות במחיצת אסירים דוברי שפתו ולהשתלב בעבודה ([ע"פ 4659/12](http://www.nevo.co.il/case/5587855) **סיריפונג נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (22.10.12) (פסקה 9 לפסק דינו של כבוד השופט דנצינגר).

57. לאור כל האמור לעיל, הנני משית על הנאשם את העונשים הבאים:

1. 17 חודשי מאסר בפועל בניכוי ימי מעצרו מיום 29.6.2012.
2. 10 חודשי מאסר על תנאי והתנאי הוא שבמשך 3 שנים ממועד שחרורו לא יבצע עבירה מסוג פשע לפי [פקודת הסמים המסוכנים](http://www.nevo.co.il/law/4216).
3. 4 חודשי מאסר על תנאי והתנאי הוא שבמשך 3 שנים ממועד שחרורו לא יבצע עבירה מסוג עוון לפי [פקודת הסמים המסוכנים](http://www.nevo.co.il/law/4216).
4. הנאשם ישלם קנס בסך של 4,000 ₪ או 20 ימי מאסר תמורתו. הקנס ישולם ב- 5 תשלומים חודשיים שווים ורצופים כאשר הראשון שבהם לא יאוחר מיום 1.7.13 והיתרה ב-1 לכל חודש שלאחריו, היה ואחד התשלומים לא ישולם במועד, אזי יעמוד מלוא סכום הקנס לפירעון מידי.

זכות ערעור תוך 45 יום.

5129371

54678313ניתן היום, כ"ט אייר תשע"ג, 09 מאי 2013, במעמד הצדדים.

5129371

הישאם אבו שחאדה 54678313-/

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן