



בבית המשפט העליון

ע"פ 8313/22

לפני: כבוד השופטת ר' רונן

המערער: פלוני

נגד

המשיבים: 1. מדינת ישראל
2. המתלוננת

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי ירושלים
מיום 23.10.2022 בתיק תפע 05-20-38072

תאריך הישיבה: י"ג בכסלו התשפ"ג (07.12.22)

בשם המערער: עו"ד חן הולנדר; עו"ד טל אשכנזי
בשם המשיבה 1: עו"ד מורן פולמן; עו"ד שני פוגולדה

החלטה

1. לפניי בקשה לעיכוב ביצוע עונש מאסר בפועל לתקופה של 30 חודשים, שהושת על המבקש בגזר דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופטת ח' מרים לומפ) בתפ"ע 05-20-38072 מיום 23.10.2022, ואשר תחילתו ביום 11.12.2022, וזאת עד להכרעה בערעור שהגיש.

2. ביום 16.5.2022 הורשע המבקש לאחר ניהול הליך הוכחות במיוחד לו בכתב האישום: עבירה של ביצוע מעשה מגונה, לפי סעיף 348(ב) לחוק העונשין התשל"ז-1977 (להלן: החוק).

3. על פי המתואר בכתב האישום, בין השנים 2009-2012, כאשר המתלוננת ס.ר. (להלן: המתלוננת) הייתה קטינה בכיתה ב' או ג', היא נהגה לשחק עם אחיינו של המבקש,

שכנה א.ת. (להלן: האחיינ). במהלך תקופה זו, באחת השבתות בהן שיחקה המתלוננת עם האחיינ בביתו, שהה גם המבקש בבית. כאשר הוריו של האחיינ ישנו שנת צהריים, ניגש המבקש לחדרו של האחיינ בו הוא שיחק עם המתלוננת, תפס את המתלוננת והשכיב אותה על מיטתו של האחיינ, החזיק את ידיה לצדדים על המיטה ונישק אותה בפה עם לשונו. המתלוננת ניסתה להדוף את המבקש ללא הצלחה. בהמשך, מישש המבקש את רגלה של המתלוננת, נגע באיבר מינה תוך שהוא מושך את תחתוניה וכן ליטף את איבר מינה מעל לתחתונים. בנוסף, במועד אחר, כאשר המתלוננת שהתה עם האחיינ ועם המבקש בסלון ביתו של האחיינ, תפס המבקש את המתלוננת ונישק אותה בפה עם לשונו, ללא הסכמתה.

4. כאמור, ביום 23.10.2022 הרשיע בית משפט קמא את המבקש. הוא קבע כי הוא נותן אמון מלא בעדותה של המתלוננת בדבר המעשים שביצע בה המבקש, עדות שאלה מתווספים מצבה הנפשי כמו גם שקרי המבקש והודאתו. ביחס להודאה נקבע כי היא קבילה, אף שמשקלה נמוך לאור קיומם של שני מחדלי חקירה (העדר תיעוד חזותי של החקירה, והעדר הודעה על הזכות להיוועץ בסניגור ציבורי).

במסגרת גזר הדין בחן בית המשפט את הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה ואת מדיניות הענישה הנוהגת, והעמיד את מתחם העונש ההולם בין 24 ל-48 חודשי מאסר בפועל. בסופו של דבר הושת על המבקש עונש של 30 חודשי מאסר בפועל, לצד עונשים נוספים עליהם המבקש לא מערער. בהתאם להחלטת בית משפט קמא, עונש המאסר יחל ביום 11.12.2022. מכאן בקשת עיכוב הביצוע שלפניי.

5. בבקשתו, עותר המבקש כי ביצוע עונש המאסר יעוכב עד להכרעה בערעורו. לעמדתו, ישנו סיכוי כי הערעור שהגיש יתקבל. במהלך הדיון טען ב"כ המערער כי הוא אינו מתכוון לערער על ממצאי מהימנות שנקבעו על ידי בית משפט קמא. טענתו לגבי הכרעת הדין היא כי בית משפט קמא שגה בשקלול הראיות: במשקל הרב שנתן לעדות המתלוננת; בהיעדר המשקל שנתן לעדותו של האחיינ, שהיה נוכח, לדברי המתלוננת, בעת ביצוע העבירות; ובמשקל שנתן לכשלים בהודאתו של המבקש במשטרה.

המבקש סבור כי עדותו של האחיינ לפיה הוא איננו זוכר את האירועים המדוברים היא עדות מרכזית וחשובה בעלת משקל לא מבוטל, המקימה כשלעצמה ספק סביר באשמתו. ביחס לכשלים בהודאתו של המבקש במשטרה טוען המבקש כי משקלם היה אמור להוביל את בית משפט קמא למסקנה לפיה אין לתת לה כל משקל ולכל הפחות לתת לה משקל מועט. זאת משום שמדובר בהודאה שנגבתה בשפה שאינה שפתו של המבקש, ובהיעדר הודעה בפתח חקירתו על זכותו להיוועץ בסניגור ציבורי.

באשר לגזר הדין סבור המבקש כי קיימים סיכויים לא מבוטלים שערכאת הערעור תתערב ותקל בעונשו. זאת אף ללא תלות בשאלה אם יתקבל ערעורו על הכרעת הדין אם לאו. המבקש טוען כי בית משפט קמא שגה בקביעת מתחם העונש כאשר הסתמך על פסקי דין שחומרתם שונה מזו נושא המקרה דנן; וכי הוא שגה באופן התייחסותו לנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה בגזירת עונשו של המבקש בתוך המתחם. לטענתו, נסיבות אלה היו צריכות להוביל את בית משפט קמא לגזור את עונשו בחלק התחתון של מתחם הענישה ולא בחלק העליון של השליש התחתון של מתחם זה.

6. המבקש מוסיף כי אף נסיבותיו האישיות מוליכות למסקנה כי יש לעכב את ביצוע עונשו. המבקש נעדר עבר פלילי ולכן זוהי הפעם הראשונה שמוטל עליו עונש מאסר. מאז שנות העשרים לחייו, כאשר הוא ביצע לכאורה את המעשים בגינם הורשע, הוא לא הסתבך עם רשויות אכיפת החוק, והוא מנהל היום אורח חיים נורמטיבי וחיי משפחה יציבים. המבקש הוא אב למישה ילדים קטנים, כשהקטן בהם בן פחות מחודש ימים. הוא המפרנס היחיד במשפחתו, שאין לה כל סיוע אחר כאשר רעייתו אינה עובדת אלא מטפלת בילדים. עוד צוין כי המבקש שיתף פעולה באורח מלא לכל אורך הליך ההוכחות, וכי לא היה עצור או מוגבל באופן כלשהו באף אחד משלבי ההליך. בנסיבות אלה, לא מתעורר כל חשש להימלטות המבקש מאימת הדין.

7. לבסוף, המבקש טוען כי הושת עליו עונש מאסר קצר באופן יחסי, ומדובר בפרק זמן קצר אף יותר אם נלקחים בחשבון ניכויים עתידיים נוספים ככל שאלה יתקבלו. היות וערעורו של המבקש מופנה כנגד משך המאסר שהוטל עליו, וזאת בין השאר נוכח הפגיעה הצפויה לו מעצם שליחתו למאסר, הרי שאם יתחיל לרצות את עונשו, ייתכן ויהיה בכך כדי לייתר את הערעור בכל הנוגע למשך עונש המאסר.

דיון והכרעה

8. כידוע, ההלכה הפסוקה קבעה לא אחת כי ברגיל יש להתחיל באופן מיידי בריצוי עונש מאסר אשר הושת על מי שבית משפט הרשיע אותו בדין (ראו למשל את חוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) ביניש בע"פ 111/99 שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 241 (2000) (להלן: הלכת שוורץ) ומהעת האחרונה בש"פ 2226/22 אבו עסב נ' מדינת ישראל (3.4.2022)). מספר טעמים לכך – ראשית, לנאשם כזה לא עומדת עוד חזקת החפות; שנית, לאחר ההרשעה קיים חשש מפגיעה בביטחון הציבור ובשלומם אם הנאשם ישוחרר; ושלישית, בשל האינטרס באכיפה אפקטיבית של הדין ובהרתעת עבריינים פוטנציאליים אחרים.

לכן, עיכוב ביצוע גזר דין של מאסר בפועל יינתן רק כאשר ישנן נסיבות מיוחדות שמשקלן גובר על משקלו של האינטרס הציבורי שלעיל (ראו הלכת שוורץ).

9. כדי לבחון האם מתקיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות את עיכוב ביצוע עונש המאסר, על בית המשפט להביא בחשבון מכלול של נסיבות ולאזן ביניהן. כך, על בית המשפט לשקול את טיב הערעור וסיכויי ההצלחה שלו; את השאלה האם הערעור מוגש ביחס להכרעת הדין או רק על גזר הדין; את חומרת העבירה בה הורשע המבקש ואת נסיבותיה; את משך תקופת המאסר שנגזרה על המבקש; את החשש של הימלטות המבקש מאימת הדין; את עברו הפלילי של המבקש, התנהלותו במשפט ונסיבותיו האישיות; ואת השאלה האם היה משוחרר בערובה, ואם כן – האם הפר את תנאי השחרור (ראו למשל ע"פ 5203/15 נלסון נ' מדינת ישראל (6.8.2015)). כאמור, על בית המשפט הדן בבקשה לעיכוב ביצוע לאזן בין מכלול השיקולים הללו תוך התייחסות ל"מידת עוצמתם בנסיבות המקרה ולתת להם את המשקל היחסי ההולם... אין לקבוע כללים נוקשים להפעלת שיקול הדעת, אלא יש להתוות קווים מנחים להפעלתו" (ראו הלכת שוורץ, עמ' 276-277). הלכת שוורץ והפסיקה שבאה בעקבותיה מותירות אם כן שיקול דעת רחב לשופט היושב בדין לערוך איזון פרטני בגדרו של כל מקרה לגופו (ראו ע"פ 5957/12 אוהב נ' מדינת ישראל (2.1.2013)).

10. לאור האמור, שקלתי את מכלול השיקולים הרלוונטיים תוך איזון ביניהם, ואני סבורה כי יש להיעתר במקרה דנן לבקשת המבקש. בהתייחס לסיכויי הערעור – הרי פסק דינו של בית משפט קמא מבוסס בעיקרו על שיקולי מהימנות ועל האמון שהוא נתן במתלוננת. ב"כ המבקש היה מודע לכך, והבהיר בטיעונו בבית המשפט כי הוא אינו מבקש לחלוק על ממצאי המהימנות אלא להידרש למשקל היחסי של הנושאים השונים שנדונו בבית משפט קמא. ככלל, אין מקום בשלב זה, בטרם נדון הערעור לגופו, לקבוע מסמרות ביחס לסיכויי. כך או כך, גם אם מדובר בערעור שהסיכויים שיתקבל אינם גבוהים, הרי שלאור מכלול השיקולים האחרים, אני סבורה כי ניתן בנסיבות המיוחדות של המקרה דנן להיעתר לבקשה, וזאת לאור שיקולים אחרים הפועלים לזכות המבקש.

11. השיקולים העיקריים בשלהם הגעתי למסקנה זו הם העובדה שהמערער לא נעצר במסגרת ההליכים דנן ואף לא הוטלו עליו כל מגבלות. המבקש אף שיתף פעולה במהלך משפטו. למבקש אין עבר פלילי למעט העבירות נושא המקרה דנן, ונטען כי מאז העבירות שיוחסו לו בכתב האישום (שבוצעו לפני כעשר שנים), הוא לא הפר את הדין פעם נוספת. בנסיבות אלה, החשש של הימלטות המבקש מאימת הדין והחשש לשלום הציבור וביטחונו, אינם בעלי משקל גבוה בנסיבות המקרה.

שיקול רלוונטי נוסף הוא העובדה שהמעשים המיוחסים למבקש בוצעו כאמור לפני זמן רב. בנסיבות אלה, גם האינטרס הציבורי של ענישה "מיידית" איננו משמעותי וגם עניין זה הוא שיקול שיש להביאו בחשבון במסגרת מכלול השיקולים ביחס לעיכוב אפשרי של ביצוע עונש המאסר.

שיקול משמעותי נוסף שהבאתי בחשבון הוא העובדה שהמבקש לא ריצה מעולם עונש מאסר ואף לא היה עצור (אף לא במסגרת ההליך הנוכחי). משכך, גם אם סיכויי הערעור אינם גבוהים, יש לאזנם מול ההשלכה המשמעותית שתהיה למאסר בפעם הראשונה על המבקש וזאת בטרם קיבל הזדמנות לנסות להוכיח במסגרת הערעור כי לא היה מקום להרשיעו.

12. לכן, לאור מכלול הנימוקים שפורטו לעיל, אני מקבלת את הבקשה ומורה על עיכוב ביצוע עונש המאסר של המבקש עד להכרעה בערעורו. כל המגבלות שהושתו על המבקש ימשיכו לחול.

ניתנה היום, י"ג בכסלו התשפ"ג (7.12.2022).

ש ו פ ת