

## ע"פ 5953/23 - פלוני נגד מדינת ישראל

### בית המשפט העליון

ע"פ 5953/23

לפני: כבוד השופטת ר' רונן

המערער: פלוני

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו  
בע"פ 34012-07-23 מיום 30.7.2023 שניתנה על  
ידי כב' השופט ע' מאור

תאריך הישיבה: כ"א באב התשפ"ג (8.8.2023)

בשם המערער: עו"ד תומר בנישתי

בשם המשיבה: עו"ד מירי קולומבוס

### החלטה

1. לפני ערעור (לפי סעיף 87(ד) לחוק העונשין, התשל"ז-1997; להלן: חוק העונשין) על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' השופט ע' מאור) מיום 30.7.2023 בע"פ 34012-07-23, בה נדחתה בקשת המערער לעיכוב ביצוע עונש מאסר בפועל לתקופה של 40 חודשים עד להכרעה בערעור בעניינו. עונש המאסר הושת על המערער בגזר דינו של בית המשפט בבית המשפט השלום בתל אביב (כב' השופט א' קורנהאוזר) בתפ"ע 69333-01-20 מיום 4.6.2023, ותחילתו ביום 13.8.2023.

2. ביום 29.1.2020 הוגש כתב אישום כנגד המערער לבית משפט השלום בתל אביב (להלן: בית משפט השלום). על פי כתב האישום המתוקן מיום 10.5.2021, יוחסו למערער עבירות של בעילה אסורה בהסכמה לפי סעיף 346(א)(1) לחוק העונשין; גרם בעילה אסורה בהסכמה לפי סעיף 346(א)(1) וסעיף 350 לחוק העונשין; החזקת חומר תועבה לפי סעיף 214(ב3) לחוק העונשין; וכן הטרדה מינית לפי סעיף 3(א)(4) בנסיבות סעיף 3(א)(6)(א) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998.

כתב האישום מייחס למערער שני אישומים. על פי המתואר באישום הראשון, בין התאריכים 9.8.2017 עד 4.9.2017 יצר המערער קשר עם המתלוננת (שהייתה אז קטינה כבת 15.5) - תחילת באמצעות היישומון "Instagram" ולאחר מכן באמצעות היישומונים "Tango" ו-"WhatsApp". במהלך תקופה זו ניהל המערער עם המתלוננת התכתבויות אינטנסיביות, בעלות תוכן מיני, בודעו כי היא קטינה.

בהתאם למתואר בכתב האישום, המערער בעל את המתלוננת בהסכמתה, וכן גרם לה לבצע מעשה בעילה בגופה בהסכמתה. בנוסף, החזיק המערער ברשותו עד ליום 7.12.2017 חומר תועבה ובו דמותו של קטין.

3. כתב האישום ייחס למערער אישום נוסף, אולם בתום פרשת התביעה, חזרה בה המשיבה מהמיוחס לו באישום השני, לאור אי התייצבות המתלוננת באישום זה. משכך - בית המשפט הורה על זיכוי הנאשם מהמיוחס לו באישום השני.

4. לאחר שמיעת ראיות בעבירות שיוחסו לו באישום הראשון, ביום 2.5.2023 הרשיע בית משפט השלום את המערער במיוחס לו על פי אישום זה. ביום 4.6.2023 ניתן גזר הדין, ובו הושתו על המערער העונשים הבאים: מאסר למשך 40 חודשים; מאסר על תנאי למשך 12 חודשים, והתנאי שהוא לא יעבור עבירת מין מסוג פשע במשך שלוש שנים; מאסר על תנאי למשך 6 חודשים, והתנאי הוא שלא יעבור עבירת מין מסוג עוון במשך שלוש שנים; וכן פיצוי למתלוננת בסך 50,000 ₪.

בדיון שהתקיים במעמד מתן גזר הדין, ביקש בא כוח המערער לדחות את ביצוע העונש בחודשיים, מהסיבה שהמערער נאלץ לעבור ניתוח יומיים לאחר מתן גזר הדין וההחלמה צפויה לטענתו לקחת מעל לחודש ימים. בא כוח המשיבה הסכים למתן הארכה, אם כי ביקש כי פרק הזמן שיינתן לעיכוב העונש יקוצר. בהחלטה בתום הדיון הורה בית משפט קמא על עיכוב ביצוע עונש המאסר בכפוף להפקדה בסך 15,000 ₪, ערבות עצמית וצד ג' בסך 40,000 ₪ כל אחת וכן עיכוב יציאה מהארץ. נקבע כי המערער יחל לרצות את עונשו החל מיום 13.8.2023.

ערעור ובקשה לעיכוב ביצוע בבית המשפט המחוזי

5. ביום 16.7.2023 הגיש המערער ערעור לבית המשפט המחוזי בתל אביב על הכרעת דינו וגזר דינו. בד בבד,

הגיש המערער בקשה לעיכוב ביצוע רכיב המאסר בפועל.

עיקר ערעורו של המערער על הכרעת הדין בעניינו התמקד בשאלה האם ההתכתבויות בין המערער למתלוננת יכלו לשמש כראיית סיוע לעדות המתלוננת, כפי שקבע בית משפט השלום. נטען אף כי בית משפט השלום טעה עת קבע כי המערער היה מודע לגילה של המתלוננת; כי המערער והמתלוננת קיימו יחסי מין; וכן כי המערער החזיק בחומר תועבה.

לעניין גזר הדין טען המערער כי מתחם הענישה שנקבע בעניינו היה מחמיר יתר על המידה ולא תואם את נסיבותיו האישיות.

6. ביום 30.7.2023, בסופו של דיון שהתקיים במעמד הצדדים, דחה בית משפט קמא את בקשת המבקש לעיכוב ביצוע עונש המאסר. בית המשפט נימק את החלטתו בכך שהעבירות בהן הורשע המערער הן חמורות; ועל המערער הושתו 40 חודשים מאסר בפועל - עונש משמעותי שאינו קצר, ואין חשש כי עד שתתקבל הכרעה בעניינו ירצה את מלוא המאסר.

עוד עמד בית משפט קמא על כך שהמערער ביסס את בקשתו לעיכוב ביצוע על נסיבותיו האישיות, אך אלו אינן מצדיקות את עיכוב העונש. בית משפט קמא ציין כי נדמה שסיכויי הערעור אינם גבוהים - כאשר הכרעת הדין שניתנה בעניינו של המערער מפורטת ומנומקת. אף ביחס לגזר הדין סיכויי הערעור נמוכים, שכן מצבו הרפואי של המערער נדון בהרחבה על ידי בית משפט קמא ואין בו חדש. בית משפט השלום אף התייחס לניתוח שעבר המערער בחודש יוני 2023, ועיכב בשל כך את ביצוע עונש המאסר.

על החלטה זו הוגש הערעור שלפניי.

טענות המערער

7. בהודעת הערעור טוען המערער כי שגה בית משפט קמא עת קבע כי למערער מיוחסת "בעילה אסורה" ולא "בעילה אסורה בהסכמה" (ראו: פרוטוקול ישיבת יום 30.7.2023, עמ' 3, ש' 15), טעות שבוודאי השפיעה על החלטתו בבקשה לעיכוב ביצוע. עוד טוען המערער כי בית משפט קמא לא נימק מדוע סיכויי הערעור אינם גבוהים, ומשכך לא עמד בחובת ההנמקה.

בנוסף, נטען כי בית משפט קמא לא עיין ולא נדרש למסמכים הרפואיים של המערער שיש בהם לטענתו כדי לתמוך בבקשתו לעיכוב ביצוע. המערער טוען כי מצבו הרפואי קשה; נקבעה לו 10% נכות ממשד הביטחון בשל הגבלת תנועה בקרסול; 42% נכות מביטוח לאומי בשל פגיעה בעבודה שהביאה לפריצת דיסק ובהמשך לניתוח כריתת הדיסק. אך לאחרונה, עבר המערער ביום 6.6.2023 ניתוח שהוא מתאושש ממנו בימים אלה. למערער בעיות שונות בעמוד השדרה והוא סובל מכאבים.

לטענת המערער, בית המשפט המחוזי לא נתן דעתו לפסיקה שצורפה לבקשה לעיכוב ביצוע, שבה קיבל בית המשפט בקשות לעיכוב ביצוע של עונשים חמורים יותר ובמעשים חמורים יותר.

המערער מדגיש כי ערעורו אינו עוסק בתקיפת ממצאי מהימנות שנקבעו על ידי בית משפט השלום, אלא במסקנות שהסיק מהם, וכן ביחס לטעויות שנפלו בהכרעת הדין. במסגרת הערעור ביקש המערער מבית משפט קמא לבחון האם ראיות סיוע שעליהן התבסס בית משפט השלום אכן יכולות לשמש כראיות סיוע. לשיטת המערער - בשל כך עשוי בית משפט קמא להורות על זיכוי.

אף לעניין גזר הדין טוען המערער כי העונש שהושת עליו אינו מידתי בנסיבות העניין. בית משפט השלום לא הביא בחשבון את נסיבותיו המקלות של המערער, ובהן העדר קבלת תסקיר שירות מבחן בהיותו אדם בן 56 ואב לשני ילדים; זהו מאסרו הראשון והסתבכותו הראשונה בפלילים; מדובר באדם נכה בעל מוגבלויות רבות; חלף זמן משמעותי מביצוע העבירות - כ-6 שנים. המערער מוסיף כי התייצב לכל הדיונים כסדרם.

בדיון שהתקיים לפניו ביום 7.8.2023 חזר ב"כ המערער על עיקרי טענותיו. מנגד הדגישה ב"כ המשיבה כי הכלל הוא ריצוי מידי של עונש המאסר, וכי יש להביא בחשבון בהקשר זה גם את מצבה הנפשי של המתלוננת, ואת ההשלכה של דחייה אפשרית בתחילת ריצוי עונש המאסר על מצב זה.

דיון והכרעה

8. הכלל הוא כידוע כי על הנאשם להתחיל לרצות את עונשו מיד לאחר גזר דינו, וביצוע עונש מאסר יעוכב רק בנסיבות חריגות (ראו למשל: ע"פ 5829/21 קירשנבאום נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (19.10.2021); ע"פ 151/21 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (19.1.2021); ע"פ 3475/23 אזולאי נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (11.5.2023)). כדי לבחון האם התקיימו נסיבות חריגות המצדיקות את עיכוב ביצוע עונש המאסר, יש להתייחס לשיקולים שנקבעו בע"פ 111/99 שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 241 (2000).

שיקולים אלה נועדו לאזן בין האינטרס של המערער שלא לרצות עונש מאסר שיסתבר בסופו של דבר שלא היה מקום לריצויו; לבין החששות שעלולים לנבוע מדחיית ביצוע העונש. בכלל זה יש לבחון בין היתר את חומרת העבירה ונסיבות ביצועה; את תקופת המאסר שנגזרה על הנאשם; את טיב הערעור וסיכויי הצלחתו; את עברו הפלילי של הנאשם והתנהגותו במהלך המשפט; את נסיבותיו האישיות; ואת השאלה האם מדובר בערעור על חומרת העונש (ראו: ע"פ 8313/22 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 9 וההפניות שם (7.12.2022) (להלן: עניין פלוני)).

9. יישום הכללים הללו על עובדות המקרה דן מביא לטעמי למסקנה לפיה ניתן להיעתר לבקשה ולעכב את ביצוע המאסר. כך, המערער הוא בן 56 ונעדר עבר פלילי למעט המקרה נושא הבקשה דן. הוא התייצב לכל הדיונים כסדרם ואף היה משוחרר לאורך ההליך המשפטי שהתקיים בעניינו. המדינה לא טענה כי יש חשש להימלטות שלו מאימת הדין או למסוכנות הנשקפת ממנו. מאז ביצוע העבירה המיוחסת למערער חלף פרק זמן ממושך - של כ-6 שנים, כלומר האינטרס של ריצוי העונש בסמוך לאחר ביצוע העבירה לא יתקיים במקרה דן ממילא (ראו והשוו: ע"פ 2186/23 אבו עאנם נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (16.3.2023)).

עמוד 4

10. זאת ועוד - ב"כ המערער ציין בישיבת יום 8.8.2023 כי נקבע מועד לדין בערעורו - ביום 27.11.2023. היינו הדחייה בתחילת ריצוי העונש (אם הערער יידחה), איננה לפרק זמן ממושך אלא למספר חודשים בלבד. לאלה יש להוסיף כי המערער מערער גם על הכרעת הדין - ואף אם סיכויי הערעור אינם גבוהים, כאשר יש ערעור גם על הכרעת הדין ולא רק על חומרת העונש, זהו שיקול נוסף שיש להביאו בחשבון ביחס לאפשרות של עיכוב ביצוע עונש המאסר (ראו והשוו: עניין פלוני, בפסקה 11).

כן יש להביא בחשבון את מצבו הרפואי של המערער - שאף שיוכל לקבל טיפול גם במסגרת השב"ס, מהווה אף הוא שיקול בין היתר השיקולים בבקשה כגון זו. כזכור, ביצוע עונש המאסר אף נדחה בהחלטתו של בית משפט השלום לתקופה של כחודשיים, ליום 13.8.2023 בשל מצבו הרפואי של המערער וניתוח שהוא היה אמור לעבור יומיים לאחר גזר הדין ופרק הזמן שנדרש לו להחלים ממנו.

11. מול כל אלה - טענות המדינה מתמקדות באינטרס של ריצוי מידי של העונש ובאינטרס של המתלוננת. אין להקל ראש בשני האינטרסים הללו - אולם לאור כל האמור לעיל, אינני סבורה כי בנסיבות המקרה דנן יש להורות על ביצוע מידי של העונש רק בשלהם.

12. לכן, אני נעתרת לבקשה לעיכוב ביצוע. תחילת ריצוי המאסר של המערער תידחה עד למתן פסק דין בערעור שהוא הגיש לבית המשפט המחוזי בע"פ 34012-07-23. התנאים שנקבעו על ידי בית המשפט השלום בהחלטתו לעיכוב ביצוע גזר הדין יעמדו בעינם.

ניתנה היום, כ"א באב התשפ"ג (8.8.2023).

שׁוֹפֵט