



בבית המשפט העליון

ע"פ 4443/10

בפני : כבוד השופט נ' הנדל

המבקש : שבתאי קיקוזאשוילי

נ ג ד

המשיבה : מדינת ישראל

בקשה לעיכוב ביצוע פסק דינו של בית המשפט המחוזי
בירושלים מיום 28.4.2010 בתפ"ח 616/09 שניתן על ידי
הושפטים י' צבן, ח' בן עמי וג' כנפי-שטייניץ

תאריך הישיבה : ד' בתמוז התש"ע (16.06.2010)

בשם המבקש : עו"ד אריאל הרמן

בשם המשיבה : עו"ד עינת גרוסמן

החלטה

1. מונחת בפניי בקשה לעיכוב ביצוע גזר דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים בתפ"ח 616/09 (השופטים י' צבן, ח' בן עמי וג' כנפי-שטייניץ), אשר השית על המבקש 4 שנות מאסר בפועל ושנה מאסר על תנאי לבל יבצע עבירה מסוג פשע בתוך שנתיים ממועד שחרורו. המבקש הורשע ברוב דעות בעבירה של אינוס לפי סעיפים 345(א)(1) ו-345(א)(4) לחוק העונשין, התשל"ז – 1977 (להלן 'חוק העונשין').

2. הרקע העובדתי, כפי ששורטט על ידי בית המשפט המחוזי, הינו כדלקמן: בשעה 20:11 בלילה 11.3.2009 יצאה המתלוננת מהפאב בו בילתה עם חבריה, כשהיא שיכורה והכרתה מעורפלת. היא החלה להקיא סמוך לעמדת השומר בכניסה לפאב ואז ראה אותה המבקש, הרימה ונתן לה לשותות מים. לאחר מכן, הרים המבקש

את המתלוננת בשנית, הלך איתה לכיוון חניון סמוך והניחה על המדרכה. בחלוף דקות מספר שב המבקש למקום, נשא את המתלוננת בידיו למקום נסתר ובעל אותה. זאת, כאשר המתלוננת כל אותה העת שכובה על הארץ כשהכרתה מעורפלת. עד הראייה המרכזי למעשים מושא האישום, שעדותו אומצה במלואה על ידי בית משפט קמא, העיד כי משראה את המבקש נושא את המתלוננת למקום הנסתר, החל להתקרב למקום אך נתקל בעובר אורח נוסף שאמר לו כי ניגש למבקש והוכה על ידו. העד הזעיק משטרה וניגש בשנית לעבר המבקש, אשר באותה עת היה מצוי מעל המתלוננת כאשר מכנסיו ותחתוניו מופשלים והוא מבצע תנועות של משגל. משנשאל המבקש לפרש מעשיו, ענה לעד כי הדבר אינו מעניינו, שהוא "מזיין" את המתלוננת וכי ירביץ לעד אם לא יעזוב את המקום. העד אשר חשש שהמבקש יכה אותו – התזז לעברו גז מדמיע והלך להזעיק עזרה. הוא הוביל את השוטרים למקום האירוע ושם ראה שוב את המבקש שוכב מעל המתלוננת כאשר מכנסיו ותחתוניו מופשלים.

בית המשפט המחוזי הרשיע פה אחד את המבקש בהכרעת הדין הראשונה בביצוע עבירת אינוס וזיכה אותו מחמת הספק מעבירות תקיפה וניסיון תקיפה לפי סעיפים 379 ו-25 לחוק העונשין. לאחר מתן הכרעת הדין הראשונה, שמיעת המתלוננת לעניין העונש וקבלת תסקיר שירות המבחן – התקבלו תוצאות בדיקת המעבדה לזיהוי פלילי, לפיהן על תחתוניה של המתלוננת נמצאו מספר פרופילי DNA של תאי זרע, אשר העיקרי שבהם שייך לאדם אחר שאינו המבקש. לא נמצאו תאי זרע או עור (אפיתל) מגופו של המבקש בגופה של המתלוננת או על בגדיה. בעקבות הראיות החדשות הגיעו הצדדים להסכמה שההרשעה תבוטל ובית המשפט המחוזי שב לדון בתיק. בהכרעת הדין השנייה ציין בית משפט קמא כי סלע המחלוקת בין הצדדים נסב סביב שתי שאלות: האחת, סוגיית הסכמתה של המתלוננת למעשים שנעשו בגופה ומצב הכרתה בשעם ביצועם. השנייה, שאלת החדירה. באשר לשאלת ההסכמה שררה תמימות דעים כי המתלוננת הייתה נטולת יכולת ליתן הסכמה חופשית למגע המיני עם המבקש. צוין כי המתלוננת הייתה "במצב הקרוב מאוד לעילפון: לא יכלה ללכת או לדבר, ובקושי מסרה את שמה" (פסקה 11 לפסק דינה של השופטת ח' בן עמי, הכרעת הדין השנייה). עוד הודגש כי "הנאשם עצמו ידע מה מצבה של המתלוננת ועל-פי עדותו שלו סבר פעמיים, טרם ביצוע מעשיו, שיש להזמין אמבולנס כדי לטפל בה, אך הוא נמנע מכך, נשא את המתלוננת כגוויה לפינה, הפשיטה, הפשיט עצמו וקיים עמה מגע מיני" (פסק דינו של השופט י' צבן, הכרעת הדין השנייה). ביחס לשאלת החדירה, נחלקו הדעות: לפי דעת הרוב, אין בראיות החדשות לכרסם בגרעין הקשה של הראיות המפלילות נגד המבקש לעניין עבירת האינוס. זאת, בהתבסס בין היתר על עדות

הראייה. לפי דעת המיעוט יש בראיות החדשות לעורר ספק אם המבקש החדיר את איבר מינו לאיבר מינה של המתלוננת ומשכך יש להרשיעו בביצוע מעשה מגונה לפי סעיף 348(א) בנסיבות סעיף 345(א)(4) לחוק העונשין.

3. לטענת המבקש, סיכויי הערעור הינם "בהסתברות הנדרשת בבקשה לעיכוב ביצוע". צוין בפניי כי הערעור הינו הן על הכרעת הדין והן על גזר הדין. הוא מקיף סוגיות רבות ובהן שאלת היסוד הנפשי של המבקש בעת ביצוע העבירות, הטיעון בדבר אי עריכתן של בדיקות מספקות, אכיפה בוררנית, טענת הגנה מן הצדק הנוגעת לאי העמדה לדין של האדם אשר פרופיל ה-DNA שלו נמצא בתחתוני המתלוננת וטענה בדבר אי העברת הדיון למותב אחר לאחר ביטול ההרשעה הראשונה. הודגש כי עסקינן ב"מקרה נדיר", בו בוטלה הרשעתו הראשונה של המבקש כולה ולא רק הרשעתו לעניין סוגיית הבעילה. בנוסף, גורס בא כוחו של המבקש כי יש ליתן משקל לדעת המיעוט בהכרעת הדין השנייה. עוד נמסר בדיון בפניי כי המבקש לא הפר את תנאי מעצר הבית בהם היה נתון ומשכך לא נעורים חששות בדבר הימלטות מהדין או מסוכנות. כמו כן, נטען שמצבו הבריאותי של המבקש עלול להתדרדר בכלא.

מנגד, ציינה באת כוח המדינה בפניי כי הוגש ערעור על קולת העונש שהושת על המבקש. העבירה בה הורשע המבקש הינה עבירה חמורה שנסיבותיה חמורות ביותר ולשיטתה, הדבר אף עולה מדעת המיעוט בהכרעת הדין השנייה. תקופת המאסר שנגזרה על המבקש ארוכה וגם לפי דעת המיעוט יש להרשיעו, אך בעבירה שחומרתה פחותה יותר. המשיבה סבורה כי עדותו של המבקש הייתה מתפתחת ושהלה ניסה להתאימה לממצאים ולעדויות. באשר לטענת ההגנה מן הצדק, הוטעם כי קיים קושי ראייתי בהעמדתו לדין של האדם האחר, שדגימות ה-DNA שלו נמצאו בתחתוניה של המתלוננת. לעניין מסוכנותו של המבקש, השיבה המדינה כי הלה אומנם נעדר עבר פלילי בעבירות מין, אולם באמתחתו הרשעות בעבירות אלימות הרלוונטיות להרשעה הנוכחית.

4. הלכה היא כי בעצם הגשת ערעור אין להצדיק עיכוב ביצוע גזר הדין. עונש מאסר יש לבצע באופן מיידי לאחר מתן גזר הדין. כלל זה נשען על האינטרס הציבורי באכיפה אפקטיבית של החוק ושמירת אמון הציבור במערכת אכיפת החוק. עיכוב ביצוע עונש מאסר יינתן רק במקרים שנתקיימו בהם נסיבות אשר משקלן עולה על משקלו של האינטרס הציבורי המתבטא באכיפה מיידי של הענישה (ראו ע"פ 111/99 ארנולד שוורץ נ' מדינת ישראל, נד(2) 243 (2000)). בבוא בית המשפט לאזן

בין האינטרס הציבורי לבין זכויותיו של הנאשם, שומה עליו לשוות לנגד עיניו שיקולים כגון: חומרת העבירה ונסיבות ביצועה; אורך תקופת המאסר שנגזרה על הנאשם; סיכויי ערעור; קיומו או העדרו של עבר פלילי לנאשם; אופן התנהגותו במהלך המשפט; ומגוון נסיבותיו האישיות הייחודיות לו ועשויות להיות רלוונטיות בבחינת עניינו (ראו ע"פ 7389/01 דוד וייס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (5) 183 (2002)).

כמו בהרבה מבחנים משפטיים מורכבים ומאוזנים, קל יותר להציגם מאשר ליישמם במקרה הקונקרטי. נדמה כי לעתים אין מנוס מלהפעיל את חוש המשפטן בבוא בית המשפט להעריך את סיכויי הערעור ולשלב נתון זה יחד עם הנתונים הרלוונטיים הנוספים. כאן, ייתכן שהערעור על הכרעת הדין יידחה. עם זאת, המבקש עיכוב ביצוע אינו חייב להצביע על "סיכויים בולטים לזכות בערעור או עיוות בולט בפסק הדין המרשיע". די בטענות רציניות אשר יש בהן, על פי אופיין ומהותן אם תתקבלנה, כדי להשפיע על תוצאות הערעור. קיומן של טענות כאלה מהווה "שיקול נכבד להצדקת עיכוב המאסר" (עניין שוורץ, עמוד 280). במקרה דנא השתלשלות ההליכים, דעת המיעוט, הראיות המדעיות וטענות הסנגור נגד הנמקת פסק הדין – הובילו אותי למסקנה כי באיזון הכולל נכון לקבל את הבקשה ולקבוע את הערעור בהקדם. בהגיעי למסקנה זו נלקחו בחשבון היעדר עברו הפלילי של המבקש והיעדר טענה בדבר הפרת תנאי השחרור במהלך התנהלות המשפט. יודגש, שוב, בכך אין משום שלילת טענות התביעה, לפיהן דין הערעור על הכרעת הדין להידחות. צודק הסנגור בטענתו כי היה אם בית המשפט יאמץ את דעת המיעוט – סביר להניח כי בכך יהא להשפיע על העונש. מהעבר האחר, יצוין כי המדינה הגישה ערעור על קולת העונש.

5. סיכומי של דבר, דעתי היא כי יש לקבל את הבקשה ולהורות על עיכוב ביצוע עונש המאסר עד למתן פסק דין בערעור. התיק ייקבע לשמיעה בחודשים הקרובים.

ניתנה היום, ט' בתמוז התש"ע (21.6.2010).

ש ו פ ט