



בבית המשפט העליון

ע"פ 210/19

לפני: כבוד השופט א' שטיין

המבקש: יאיר זהר

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

בקשה לעיכוב ביצוע פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב ב-ת"פ 52083-03-17 מיום 19.12.2017 שניתן על ידי כב' השופט קפאח ציון

בשם המבקש: עו"ד ירום הלוי

בשם המשיבה: עו"ד תמר פרוש

החלטה

1. לפניי בקשה לעיכוב ביצוע עונש המאסר אשר הושת על המבקש על ידי בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו (השופט צ' קאפח) בת"פ 52083-03-17 ביום 19.12.2018, וזאת עד להכרעה בערעור על פסק הדין שהלה הגיש לבית משפט זה. ערעור זה מופנה בעיקרו נגד הכרעת הדין. במעמד גזר הדין, קבע בית משפט קמא את מועד תחילת ריצוי עונש המאסר ליום 3.2.2019. לאחר שהגיעה הבקשה דנן לידיי, הוריתי על עיכוב ביצוע עונש המאסר עד למתן החלטה אחרת.

כתב האישום

2. ביום 27.3.2017 הוגש נגד המבקש ונאשם נוסף (להלן: נאשם 1) כתב אישום מתוקן, המייחס להם ביצוע בצוותא של ניסיון שוד בנסיבות מחמירות, עבירה לפי סעיף 402(ב) בצירוף סעיפים 25 ו-29 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק); החזקה ונשיאת נשק, עבירה לפי סעיף 144(א) רישא בצירוף סעיפים 144(ב) רישא ו-29 לחוק; ונקיפת הגורמת חבלה של ממש בנסיבות מחמירות, עבירה לפי סעיף 382(א) בצירוף

סעיפים 380 ו-29 לחוק; וכן קשירת קשר לביצוע פשע, עבירה לפי סעיף 499(א)(1) לחוק.

3. מכתב האישום המתוקן עולה, כי עובר ליום 17.12.2016, המבקש והנאשם 1 קשרו קשר ביניהם ועם אחרים, אשר זהותם איננה ידועה לתביעה (להלן: האחרים), לבצע שוד בחנות תכשיטים הממוקמת באזור כיכר המדינה בתל-אביב (להלן: החנות). ביום 19.12.2016 בסביבות השעה 18:00, קיבל הנאשם 1, לשם ביצוע השוד, כלי רכב שהיה ברשות בעליו עד לאותו הזמן (להלן: הרכב), וזאת בידיעתו ובהסכמתו של המבקש, אשר הכיר את בעלי הרכב. לאחר מכן, בסביבות השעה 18:50, הנאשם 1 ושלושת האחרים הגיעו באמצעות הרכב אל סמטה אחורית בקרבת החנות, כשברשותם כפפות, כובעי גרב, אקדח טעון בכדורים, פטיש ושק. באותה העת, הגיע המבקש לקרבת החנות ושהה שם לאורך האירוע. בחנות נכחו באותה שעה בעל החנות ושני עובדים שהתכוונו לקראת סגירת החנות (להלן: המתלוננים). הנאשם 1 ושניים מן האחרים יצאו מהרכב והלכו לעבר החנות כשהם רעולי פנים, עוטים כפפות על ידיהם ומצוידים באקדח, פטיש ושק. כשהגיעו לפתח החנות, הכה הנאשם 1 בפטישו בדלת הסגורה, וזו נשברה. הנאשם 1 והאחרים שהיו עמו נכנסו לחנות בעודם אוחזים באקדח, בפטיש ובשק. בכניסתם לחנות צעקו לעבר המתלוננים צעקות שלא יוזזו, שיביאו את התכשיטים ויגלו היכן חבויה הכספת. בתגובה לצעקות, אחד המתלוננים נעל את הכספת והנאשם 1 והאחרים איימו על המתלוננים עם האקדח והפטיש שלא יזוזו ממקומם. לאחר מכן, הנאשם 1 רוקן חלק מתכולת החנות אל תוך השק ובמקביל דרש מאחד המתלוננים לפתוח את הכספת. המתלונן הסביר לו כי הכספת נעולה ואין ביכולתו לפתוח אותה. בתגובה לכך, הכה הנאשם 1 את אותו מתלונן בפניו, דחף אותו, דרך את אקדחו וניסה לפתוח את הכספת בעצמו בלא הצלחה. המתלונן הפיל את האקדח מידו של הנאשם 1 בניסיון למנוע את השוד. בתגובה לכך, הנאשם 1 הכה את המתלונן, דחפו והפילו לרצפה. האחרים שהיו עם הנאשם 1 הכו את המתלונן בידיהם ובאמצעות הפטיש. לאחר מאבק, הנאשם 1 נטל את האקדח מידיו של המתלונן ונמלט מהמקום יחד עם האחרים באמצעות הרכב, אותו נטשו ברחוב סמוך. השק עם השלל נותר בחנות. המתלונן שהוכה סבל משטפי דם וחתך באצבעו.

פסק הדין קמא

4. ביום 10.10.2018, לאחר שמיעת הוכחות, הגיע בית משפט קמא למסקנה כי הוכח מעבר לכל ספק סביר כי המבקש ביצע את העבירות שיוחסו לו בכתב האישום המתוקן והרשיעו בעבירות אלה. ביום 19.12.2018 השית בית משפט קמא על המבקש

שש שנות מאסר בפועל בניכוי ימי מעצרו; חמישה עשר חודשי מאסר על תנאי לתקופה של שלוש שנים מיום שחרורו מן המאסר לבל יעבור עבירת רכוש מסוג פשע או עבירת אלימות מסוג פשע; וכן שמונה חודשי מאסר על תנאי לתקופה של שנתיים מיום שחרורו מן המאסר לבל יעבור עבירת רכוש מסוג עוון או עבירת אלימות מסוג עוון.

5. המבקש ערער על פסק דינו של בית משפט קמא בטענה כי הרשעתו התבססה על ראיות נסיבתיות שאינן מספיקות להרשעה. המבקש פירט וטען, כי לא היה שום קשר בינו לבין הנאשם 1, וכי כלל לא הכיר אותו בזמן שבו בוצעו העבירות בהן הורשעו השניים. כמו כן טען המערער, כי בית משפט קמא טעה בקביעת ממצאים עובדתיים לחובתו, תוך שימוש שגוי בכללי הראיות.

6. בד-בבד, הגיש המבקש את בקשתו הנוכחית.

טענות הצדדים

7. בא-כוח המבקש העלה בפניי שלל של טענות אשר תקפו את פסק הדין קמא ותמכו בבקשתו הנוכחית. חלקן הגדול של טענות אלו לא התאימו למסגרת של בקשה בדבר עיכוב ביצוע עונש המאסר וכמה מהן מוטב היה אילו לא נטענו כלל. טענות כאמור תועדו בפרוטוקול הדיון ואינני רואה טעם להידרש אליהן.

8. הטענות הראויות, שבהן אדון ואכריע, התייחסו למסכת הראיות כדלקמן:

א. הקשר הטלפוני השוטף בין הנאשם 1, בעודו משתמש בטלפון סלולרי שמספרו 054-887-8052 (להלן: טל"ט 052), לבין בן שיחו אשר השתמש בטלפון סלולרי שמספרו 050-511-0025 (להלן: טל"ט 025). איכון השיחות בין שני מכשירי טלפון אלה ביום השוד, 19.12.2016, הראה כי המשווחים נעו מיבנה – עיר מגוריהם של הנאשם 1, של המבקש ושל בעלי הרכב – אל אזור כיכר המדינה בתל-אביב, ששם, כאמור, נמצאת החנות בה בוצע השוד (שלא צלח). שיחות אלה נוהלו, בין היתר, החל משעה 14:52 ועד לשעה 18:58.

ב. השוד עצמו אירע בשעה 18:54, ואחת השיחות בין שני מספרי הטלפון הללו החלה בשעה 18:41 והסתיימה בשעה 18:58. הווה אומר: שיחה זו נוהלה תוך כדי ביצוע השוד.

- ג. מצלמות האבטחה שפעלו בחנות הראו כי השודדים – שהיו רעולי פנים עם כיסוי ראש מלא – לא החזיקו בטלפון נייד; וכך העיד גם אחד המתלוננים (בעל החנות).
- ד. היות הנאשם 1 מחזיק בטל"ס 052 הוכחה, בין היתר, בהודעת אביו. היות הנאשם 1 מבצע השוד (שכאמור לא צלח) ושאר העבירות דלעיל הוכחה, בין היתר, בראיית דנ"א אשר הופקה מהשק שהשודדים שמטו במנוסתם מהחנות.
- ה. היות המבקש מחזיק בטל"ס 025, אף היא הוכחה ואין לגביה מחלוקת אמתית.
- ו. המבקש מסר הודעות שקריות במשטרה, שלפי הנראה נועדו להרחיקו מטל"ס 025 ומהיכרותו עם בעלי הרכב.
- ז. המבקש טען כי הינו מחזיק במכשירי טלפון סלולרי רבים, בהיותו בעל מסעדה שמפעיל שליחים, וייתכן שטל"ס 025 היה בשימוש של אחד השליחים או, למצער, בשימוש של אהרון לנקרי – קרוב משפחתו של המבקש ואחד משליחיו במסעדה – שבשעתו נעצר בקשר לשוד, אולם שוחרר לאחר החקירה ולא הועמד לדין. המבקש לא זימן איש מהשליחים הללו למתן עדות, ובית משפט קמא זקף עובדה זו לחובתו.
9. בהתבסס על ראיות אלה (ועל ראיות אחרות, שחשיבותן פחותה), הגיע בית משפט קמא למסקנה כי המבקש היה בן שיחו של הנאשם 1 בשיחות שתוארו לעיל. הווה אומר: המבקש נטל חלק בשוד כשותף שמארגן ומתאם את הפעולות כאשר הוא משתמש בטל"ס 025.
10. באשר לעובדה המוכחת שהשודדים לא החזיקו בידיהם שום מכשיר טלפון, קבע בית משפט קמא ממצאים כדלקמן:

"[...] בית המשפט בתוך עמו יושב. כיום קיימות אוזניות אלחוטיות, שאינן מצריכות החזקת הטלפון ביד. באירוע זה האוזניות היו מתחת לכיסוי הראש. הדברים הינם בחזקת ידיעה שיפוטית. אין הדבר עומד בסתירה לכך שהמתלונן לא שמע חילופי דברים בין השודדים לבין אלמוני, אולם,

כמאמר התובע, הדעת נותנת כי המפעיל החזיק "קו פתוח" על מנת להאזין, או לתת הוראות, במהלך השוד" (עמ' 11 להכרעת הדין מיום 10.10.2018; ההדגשה הוספה – א.ש.).

11. ביחס למסכת ראיות זו, העלה בפניי בא-כוח המבקש את הטענות הבאות:

א. מכלול הראיות הנסיבתיות משאיר ספק לגבי חלקו של המבקש במעשה השוד, וממילא אינו מוכיח את היותו שותף לשוד – וזאת גם בהתחשב בשקריו, שאותם אפשר לתרץ ולהסביר בדרכים שאינן שוללות את חפותו.

ב. בית משפט קמא טעה בהפעילו את דוקטרינת הידיעה השיפוטית ביחס לעובדות שהיו טעונות הוכחה מעבר לכל ספק סביר: שימוש באוזניות אלחוטיות על ידי השודדים. הממצא שנקבע על יסוד שימוש מוטעה זה בידיעה שיפוטית הפיג את התהיות אשר עלו בנוגע לניהולה של שיחת טלפון תוך כדי ביצועו של שוד אלים בחנות וכיסה "חור" בראיות התביעה.

12. המשיבה, מצדה, טענה כי פסק הדין קמא מבוסס היטב; כי הרשעת המבקש עומדת על יסודות איתנים; כי בית משפט קמא צדק בהפעילו את דוקטרינת הידיעה השיפוטית; וכי בנסיבות העניין אין מקום לעכב את ביצוע העונש שהושת על המבקש, וזאת משום שהלה נדון לתקופת מאסר ארוכה, סיכויי ערעורו אינם טובים ויש לו עבר פלילי מכביד.

דיון והכרעה

13. השיקולים שעל יסודם יש להכריע בבקשה בדבר עיכוב ביצועו של עונש פלילי נקבעו, כידוע, בע"פ 111/99 שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 241 (2000) (להלן: הלכת שוורץ), והם כוללים: את חומרתה של העבירה בה הורשע המבקש; את אורכו של עונש המאסר שהושת עליו; את הסכנה לביצוע עבירות נוספות, לשיבוש מהלכי המשפט או להימלטות מאימת הדין שתהא נשקפת ממנו אם יהלך חופשי עד להכרעה בערעורו; את נסיבותיו האישיות; וכן – עיקר העיקרים – האם יש למבקש "סיכויים לכאוריים טובים" להצליח בערעורו (שם, בעמ' 277-281). בעניין השיקול האחרון, מקום שמדובר במבקש שהורשע בעבירה חמורה – והגדרה זו בוודאי כוללת ניסיון לשוד – ישנה חשיבות רבה בביצועו המיידית של העונש; ועל כן בקשת העיכוב תצלח אך ורק אם יעלה בידי המבקש

להציג טענת ערעור "[..] מוגדרת וכבדת-משקל לכאורה, שאין לה מענה ברור אשר מניח את הדעת" (ראו ע"פ 5735/18 גודובסקי נ' מדינת ישראל, פסקה 24 (9.1.2019)).

14. סבורני כי המבקש דנן עמד בנטל זה. טענתו כי בית משפט קמא עשה שימוש אסור בידיעתו האישית, להבדיל מידיעה שיפוטית, היא טענה מוגדרת וכבדת-משקל לכאורה (ראו פסק דינה של השופטת ד' דורנר בע"א 2246/01 קיבוץ מעיין צבי נ' קרישוב, פ"ד נח(5) 215, 272-273 (2004)). כך הוא גם לגבי הסקת מסקנות מהחלטת המבקש שלא לזמן איש מהשליחים למתן עדות. תודעת האשמה איננה ההסבר הסביר היחיד להחלטה זו ולקו ההגנה אשר ננקט על ידי המבקש בנוגע לאהרון לנקרי; ומשכך, יש בפיו של המבקש טענת ערעור רצינית גם בעניין הזה (ראו ע"פ 9274/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה כג והאסמכתאות המובאות שם (2.12.2009)).

לכאורה, בית משפט קמא יכול היה לבסס את הרשעת המבקש מבלי להסתמך על הידיעה השיפוטית ומבלי לזקוף לחובת המבקש את אי זימון השליחים למתן עדות. לכאורה, ניתן היה לבסס את הרשעת המבקש על איכוני הטלפון, שקשרו את המבקש לנאשם 1, לקרבת המקום בו בוצע השוד על ידי אותו נאשם (יחד עם האחרים) ולנסיעה לאותו מקום מיבנה, העיר בה התגורר המבקש; וכן על קשרי המבקש עם בעלי הרכב; ועל שקריו בחקירה. ברם, שופט אשר דן בבקשה בדבר עיכוב ביצוע עונש אגב ערעור איננו רשאי – וממילא איננו יכול – להיכנס לנעלי הערכאה הדיונית ולשנות את ההנמקה שערכאה זו נתנה לפסק הדין מושא הערעור (ראו הלכת שוורץ, עמ' 279). בצדק או שלא בצדק, בית משפט קמא ראה צורך לבסס את הכרעת הדין על הידיעה השיפוטית ועל אי זימון השליחים כאמור לעיל. עניינים אלו יעמדו בבוא העת לדיון ולהכרעה בפני המותב אשר ידון בערעור המבקש לגופו, והם אינם פתוחים לדיון בפניי. בנוסף, קיימת עמימות מסוימת לגבי תרומתו של המבקש לביצוע העבירה – עניין שגם הוא יוכרע בערעור לכאן או לכאן. לעניינו של עיכוב הביצוע המבוקש כאן, עלי לצאת מתוך הנחה כי מדובר בקביעת ממצאים שהיו חיוניים להרשעת המבקש; ולאחר שבדקתי ומצאתי, כי בפי המבקש טענה רצינית וכבדת משקל אשר באה לתקוף ממצאים אלה, לא נותר לי אלא לקבוע כי המבקש הרים את הנטל המוטל עליו לפי הלכת שוורץ בכל הקשור לסיכויי הערעור.

15. באשר לסיכויי ההימלטות מאימת הדין ולמסוכנות הנשקפת מהמבקש בעודו מהלך חפשי – מבלי להקל ראש בסיכונים אלו, הנני סבור כי ניתן למזערם, אם לא לאינם, על ידי קביעת ערובות קשיחות כתנאי לעיכוב הביצוע.

16. אשר על כן, הנני מורה על עיכוב ביצועו של עונש המאסר שהושת על המבקש על ידי בית משפט קמא, וזאת עד להכרעה בערעורו ובכפוף לכך שהמבקש יפקיד בבית משפט קמא ביטחונות כדלקמן: עירבון כספי או ערבות בנקאית בסך של 200,000 ₪; התחייבות עצמית וערבות צד ג' על סך כולל של 250,000 ₪. ביטחונות אלה יופקדו עד ליום 7.3.2019, שעה 12:00, ובאין הפקדה כאמור יפקע עיכוב הביצוע מאליו והמבקש יתייצב לריצוי מאסרו ביום 10.3.2019, עד לשעה 12:00, בהתאם להוראות אשר נקבעו בגזר הדין של בית משפט קמא. כמו-כן, יתייצב המבקש בתחנת המשטרה הקרובה למקום מגוריו, אחת לשבוע, ביום א'; וכן תיאסר יציאתו מהארץ עד להכרעה בערעור והלה יפקיד כל דרכון שברשותו בבית משפט קמא.

ניתנה היום, ט"ז באדר א' התשע"ט (21.2.2019).

ש פ ט