|  |
| --- |
| בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים |

|  |
| --- |
| ע"פ 1621/20 |

|  |  |
| --- | --- |
| לפני: | כבוד השופט י' עמית |
|  | כבוד השופטת ד' ברק-ארז |
|  | כבוד השופט א' שטיין |

|  |  |
| --- | --- |
| המערער: | מאיר צגאי |

|  |  |
| --- | --- |
|  | נ ג ד |

|  |  |
| --- | --- |
| המשיבה: | מדינת ישראל |

|  |
| --- |
| ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי באר שבע ב[תפ"ח 32966-12-17](http://www.nevo.co.il/case/23416174) (הנשיאה ר' יפה-כ"ץ והשופטים **ג' שלו** וא' משניות) שניתן ביום 27.1.2020 [פורסם בנבו] |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| תאריך הישיבה: | ז' באייר התשפ"א | (19.4.2021) |

|  |  |
| --- | --- |
| בשם המערער: | עו"ד טלי גוטליב; עו"ד דן נתיב |

|  |  |
| --- | --- |
| בשם המשיבה: | עו"ד עמרי כהן |

ספרות:

גבריאל הלוי **תורת דיני הראיות**

[יעקב קדמי **על הראיות - חלק ראשון - הדין בראי הפסיקה**](http://www.nevo.co.il/safrut/bookgroup/2156)

חקיקה שאוזכרה:

[חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [25](http://www.nevo.co.il/law/70301/25), [280](http://www.nevo.co.il/law/70301/280), [345(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1), [347(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/347.b), [348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a), [355](http://www.nevo.co.il/law/70301/355)

[חוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998](http://www.nevo.co.il/law/72507): סע' [3(א)(5)](http://www.nevo.co.il/law/72507/3.a.5), [5(א)](http://www.nevo.co.il/law/72507/5.a)

מיני-רציו:

\* המערער הוא סוהר שהורשע בביצוע שני ניסיונות למעשי סדום בנסיבות אינוס, בעצור בטחוני שהיה נתון תחת מרותו בכלא. הוחלט פה אחד לדחות את הערעור על הכרעת הדין. מאידך, הוחלט ברוב דעות לקבל את הערעור נגד גזר הדין ולהפחית את תקופת מאסרו של המערער מ-12 שנים ל-10 שנים וזאת נוכח מדיניות הענישה הנוהגת בגין ניסיון לבצע מעשה סדום בנסיבות אינוס. לדעת המיעוט יש מקום לדחות גם את הערעור על גזה"ד.

\* עונשין – עבירות – עבירות מין

\* עונשין – עבירות – שימוש לרעה בכוח המשרה

\* עונשין – ענישה – מדיניות ענישה: שיקולים לחומרה

\* עונשין – ענישה – מדיניות ענישה: עבירות מין

\* עונשין – ענישה – מדיניות ענישה: התערבות ערכאת ערעור

.

המערער הוא סוהר שהורשע בביצועם של שני ניסיונות למעשי סדום בנסיבות אינוס, בעצור בטחוני שהיה נתון תחת מרותו בכלא ובעבירות של מעשה מגונה; הטרדה מינית ושימוש לרעה בכוח המשרה. המערער מלין על הרשעתו ולחילופין טוען המערער לקיצור עונש המאסר לתקופה בת 12 שנים אשר הושת עליו בעקבות הרשעתו.

.

ביהמ"ש העליון (מפי השופט א' שטיין, בהסכמת השופט י' עמית) קיבל את הערעור בחלקו (כנגד דעתה החולקת של השופטת ד' ברק-ארז שסברה כי יש לדחות את הערעור במלואו) מהטעמים הבאים:

פסק הדין קמא עומד על שלושה נדבכים: (1) עדות המתלונן, שנמצאה אמינה לחלוטין; (2) ממצאי דנ"א שהראו את הימצאות זרעו של המערער על תחתוניו ועל רפידת נעלו של המתלונן; (3) שקרי המערער, שתחילה הכחיש כל מגע עם המתלונן, ואף את האפשרות שאונן ושפך את זרעו, ואחר-כך ניסה לתרץ את הימצאות זרעו בתחתוניו של המתלונן באמצעות גרסת חפות חדשה, לפיה הוא אונן בסביבתו של המתלונן ושפך את זרעו, והמתלונן ניצל זאת בדרך מתוחכמת שכללה איסוף הזרע ושמירתו בתוך פרטי לבושו ונעלוֹ ובדיית הסיפור על היותו קורבן של כמעט-מעשה-סדום אשר בוצע על ידי סוהר – עלילה שקרית שמטרתה קבלת הטבות משירות בתי הסוהר, ואולי אף שחרור מן המעצר (להלן: תזת האוננות). במסגרת הערעור, המערער טוען לחפותו באחזו בתזת האוננות. לחלופין טוען המערער כי עונש המאסר שהושת עליו הינו בלתי מידתי וחסר תקדים בחומרתו.

לדעת כל ההרכב, אין בתזת האוננות לעורר ספק סביר ולכן הרשעת המערער בכל העבירות בהן הוא נמצא אשם בדין יסודה. בימ"ש קמא צדק בקבעו כי תזת האוננות היא גרסת חפות שקרית שהמערער המציאהּ כמפלט אחרון, באין אפשרות אחרת לסדוק את חומת הראיות המפלילות שעמדה מולו. ראשית, תזת האוננות היא אכן עדות כבושה. שנית, תזת האוננות איננה אמינה כשלעצמה. שלישית, ככל שתזת האוננות היא גרסה רצינית – באשר היא, ורק היא, יכלה לעורר ספק סביר לגבי אשמתו של המערער במיוחס לו – מחדלה של המשטרה, אשר בחרה שלא לגבות גרסה חוזרת מהמערער, ועמו כל יתר מחדלי החקירה שעליהם הלין המערער, מתגמד בהשוואה להחלטת הסניגור שייצגוֹ בבימ"ש קמא שלא להציג למתלונן שום שאלות ממוקדות (!) בנוגע לתזת האוננות ולהסתפק בהצגת גרסתו של המערער מבלי להיכנס לפרטים ומבלי לשאול את המתלונן על פברוק הראיות. סביר להניח שהסניגור ידע מה הוא עושה ועל כן הוא נמנע מלשאול שאלות כאמור כדי לא לקבל תשובות שהיו עלולות לפגוע בהגנת שולחו. הימנעותה של באת-כוח המערער מלטעון לכשל בייצוג ומלהציג את תגובת הסניגור שקדם לה בהגנה על שולחה – למרות הערות ביהמ"ש בעניין – אומרת דרשני.

מאידך, באשר לעונש, השופט שטיין סבור כי אף שהמערער ראוי לעונש מחמיר ומרתיע במיוחד, עונש המאסר שהושת עליו ע"י ביהמ"ש קמא חורג מהרף העליון של העונשים המוטלים בגין ניסיון לבצע מעשה סדום בנסיבות אינוס. המקרה הקרוב ביותר לענייננו מבחינת נסיבותיו נדון והוכרע ב[ע"פ 6616/10](http://www.nevo.co.il/case/6247242) בענין אפרתי שם נדון המערער ל-8 שנות מאסר בפועל. ניסיון המערער דשם לבצע מעשה סדום במתלוננת היה אלים הרבה יותר ממעשיו של המערער דכאן. אולם, המערער דכאן עשה שימוש ציני ובוטה בכוח השררה של סוהר בכלא וזאת, כלפי אסיר חסר הגנה, שאותו הוא השפיל וניסה לאנוס פעמיים, ולא רק פעם אחת. בנסיבות אלה, המערער ללא ספק ראוי לעונש שעולה על 8 שנות מאסר, אך השופט שטיין מתקשה לראות כיצד ניתן להצדיק בעניינו עונש מאסר של 12 שנים. לפיכך סבור השופט שטיין כי יש להעמיד את תקופת מאסרו של המערער מאחורי סורג ובריח על עשר שנים, מבלי להתערב ברכיבי העונש האחרים. השופט עמית מצטרף למסקנה זו.

לדעת המיעוט (השופטת ד' ברק-ארז) יש לדחות גם את הערעור על גזה"ד. ביצוע עבירות מין על-ידי מי שאמון על כליאתו של אדם כרוך ברמת חומרה מיוחדת. הוא מבטא את התגלמות המצוקה של "אין לאן לברוח" – פשוטו כמשמעו. העצור נתון למרותם של המחזיקים בו באופן מוחלט. אין לו לאן לברוח לא רק בשעת המעשה – אלא גם כאשר זה תם. הוא נדון לראות את הפוגע בו גם לאחר מכן, שהרי הוא זה שאמור לשמור עליו. במקרה דנן, עומקה של הפגיעה אף התבטא בכך שלא רק שלא היה לאן לברוח, אלא שעד לשלב מאוחר יחסית אף לא היה היכן להתלונן – כפי שהדברים התבטאו בחוסר האמון הבסיסי שבו נתקלה התלונה בשלב הראשון. אין צריך לומר שלכך נלווית הפגיעה בערכים מוגנים נוספים, שעליהם עמד ביהמ"ש המחוזי – אלה הנוגעים לשמירה על האמון במערכת הכליאה, שהיא חלק חשוב ממערכת עשיית הצדק.

|  |
| --- |
| פסק-דין |

השופט א' שטיין:

**הערעור**

1. ערעור זה מופנה נגד הכרעת הדין ב[תפ"ח (מחוזי ב"ש) 32966-12-17](http://www.nevo.co.il/case/23416174) (הנשיאה **ר' יפה-כ"ץ**, והשופטים **ג' שלו** ו**א' משניות**) שניתנה ביום 24.10.2019 [פורסם בנבו], ובגדרה נמצא המערער אשם בביצועם של שני ניסיונות לעשיית מעשה סדום בנסיבות אינוס, עבירה לפי [סעיפים 347(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/347.b) ו-[345(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), התשל"ז-1977 (להלן: **חוק העונשין** או **החוק**) בנסיבות של [סעיף 25](http://www.nevo.co.il/law/70301/25) לחוק; של מעשה מגונה, עבירה לפי [סעיף 348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a) לחוק; של הטרדה מינית, עבירה לפי [סעיפים 3(א)(5)](http://www.nevo.co.il/law/72507/3.a.5) ו-[5(א)](http://www.nevo.co.il/law/72507/5.a) ל[חוק למניעת הטרדה מינית](http://www.nevo.co.il/law/72507), התשנ"ח-1998; ושל שימוש לרעה בכוח המשרה, עבירה לפי [סעיף 280](http://www.nevo.co.il/law/70301/280) לחוק העונשין. לחלופין טוען המערער לקיצור עונש המאסר לתקופה בת 12 שנים אשר הושת עליו בעקבות הרשעתו כאמור, לצד עונשים נלווים שכללו חיוב לשלם לנפגע העבירה פיצויים בסך של 150,000 ₪, בגזר הדין מיום 27.1.2020.
2. לפי הממצאים שנקבעו על ידי בית משפט קמא, עבירות אלה בוצעו על ידי המערער בהיותו סוהר באגף העצורים הביטחוניים בכלא שקמה שבאשקלון (להלן: **הכלא**) כשנפגע העבירות כאמור, מ.א. (להלן: **המתלונן**), היה אחד מאותם העצורים.

**כתב האישום**

1. בכתב האישום שהוגש נגד המערער לבית משפט קמא נטען כי ביום 1.12.2017, שהיה יום שישי בשבוע, החל המערער את משמרתו בכלא בשעות הערב. באותה עת שטף המתלונן כלים במקלחת שמחוץ לתאו, כשהוא לבוש בתחתונים, וכשסיים, הורה לו המערער לנקות גם את קירות המקלחת. המתלונן עשה כן, ולאחר מכן פשט את בגדיו והתקלח, בעוד המערער ממתין לו מחוץ למקלחת כשהוא מחזיק בבגדים נקיים עבור המתלונן. כשהמתלונן סיים להתקלח, אמר לו המערער ללכת עירום לתאו – והמתלונן עשה כן, כשהמערער מלווה אותו. כשהגיעו לתא, מסר המערער למתלונן את הבגדים; הסתכל עליו כשהתלבש; ועזב את התא. סמוך לאחר מכן, נכנס המערער לתאו של המתלונן; הכניס אצבע לפיו של המתלונן; ואמר לו, שהוא צריך "לזיין" אותו. המתלונן ביקש מהמערער שיעזוב אותו, אבל אז הוציא המערער את האצבע מפיו של המתלונן; אחז במותניו וסובב אותו, כך שעמד מאחוריו. המערער משך את מכנסיו ותחתוניו של המתלונן למטה; חשף את פלג גופו התחתון; וכופף את המתלונן לעבר דלת התא. המתלונן ניסה להשתחרר מאחיזת המערער, אחז בסורג הדלת והתרומם, אך המערער אחז בו שוב, וכופף את פלג גופו העליון של המתלונן למטה, כשהמתלונן ממשיך לעמוד ומבקש מהמערער שיעזוב אותו. אז מרח המערער רוק באמצעות ידו על ישבנו של המתלונן, באזור פי הטבעת, ואמר למתלונן שיש לו איבר מין קטן ושייתן לו "להכניס רק את הקצה", כאשר הוא מצמיד את איבר מינו לישבנו של המתלונן בניסיון להחדירו לפי הטבעת. המתלונן התגונן והזיז את גופו, ובכך מנע מהמערער להחדיר את איבר מינו לפי הטבעת שלו, בעוד שהמערער מניע את אגנו ומחכך את איבר מינו בישבנו ובפי הטבעת של המתלונן, עד אשר הגיע לסיפוק מיני ושפך את זרעו על בגדיו של המתלונן. בשלב זה, רכס המערער את מכנסיו; יצא מהתא – שם הותיר את המתלונן; ולאחר מכן הביא למתלונן מגבת להתנגב בה.
2. סמוך לאחר מכן – חזר המערער אל התא והוציא ממנו את המתלונן; אזק את ידיו; והובילו למטבחון, כשהוא סוגר את הווילון. שם, נגע המערער בחזהו של המתלונן מעל לבגדים; סובב אותו ונצמד אליו מאחור כשהוא מחכך את גופו בגופו של המתלונן, ומצמיד את איבר מינו לישבנו של המתלונן, מעל הבגדים. המתלונן ניסה להתחמק מהמערער ולהשתחרר מאחיזתו, כשידיו אזוקות, וביקש מהמערער שיעזוב אותו. רק לאחר זמן מה הפסיק המערער את מעשיו; החזיר את המתלונן לתאו ונכנס עמו, כשהוא מותיר את האזיקים. שוב נצמד המערער אל המתלונן מאחור; אחז במכנסיו של המתלונן והפשילם, יחד עם תחתוניו, וגם פתח את מכנסיו והפשילם, עם התחתונים עד לברכיים. המערער דחף את המתלונן קדימה, עד שהמתלונן נפל לעבר כיור המים בתא ונשען עליו, ואז – המערער נעמד מאחוריו, מרח רוק באמצעות כף ידו על אזור פי הטבעת של המתלונן ואמר לו שהוא רוצה להחדיר את איבר מינו לפי הטבעת שלו. המתלונן אחז בכיור וניסה להתחמק עם פלג גופו התחתון ממגעו של המערער, בניסיון למנוע ממנו להחדיר את איבר המין שהיה בין פלחי ישבנו של המתלונן; ואכן המערער לא הצליח להחדיר את איבר מינו לפי הטבעת של המתלונן, אולם המשיך להתחכך בו עד שהגיע לסיפוק מיני.
3. במהלך מעשיו של המערער, נפלה נעלו של המתלונן מרגלו, וכאשר המערער הגיע לסיפוק מיני – שפך את זרעו על בגדיו של המתלונן ועל הנעל שנפלה. לאחר שבא על סיפוקו, התלבש המערער ויצא מהתא, כאשר הוא מותיר את המתלונן בתא.
4. למחרת בבוקר – ביום שבת – בזמן שהמערער היה שוב במשמרת באגף, הוא ניגש לתאו של המתלונן; נטל את המגבת בה התנגב המתלונן לאחר מעשי המערער; והורה לו לשטוף את רצפת התא באמצעות ציוד שמסר לו, והמתלונן עשה כן. כשהמתלונן סיים לשטוף את התא, המערער נטל ממנו את הציוד, ואמר לו שאם הוא רוצה שהמערער "יזיין אותו שוב", שיקרא לו.

**פסק הדין קמא**

1. פסק הדין קמא עומד על שלושה נדבכים: (1) עדות המתלונן, שנמצאה אמינה לחלוטין; (2) ממצאי דנ"א שהראו את הימצאות זרעו של המערער על תחתוניו ועל רפידת נעלו של המתלונן; (3) שקרי המערער, שתחילה הכחיש כל מגע עם המתלונן, ואף את האפשרות שאונן ושפך את זרעו, ואחר-כך ניסה לתרץ את הימצאות זרעו בתחתוניו של המתלונן באמצעות גרסת חפות חדשה, לפיה הוא אונן בסביבתו של המתלונן ושפך את זרעו, והמתלונן ניצל זאת בדרך מתוחכמת שכללה איסוף הזרע ושמירתו בתוך פרטי לבושו ונעלוֹ ובדיית הסיפור על היותו קורבן של כמעט-מעשה-סדום אשר בוצע על ידי סוהר – עלילה שקרית שמטרתה קבלת הטבות משירות בתי הסוהר, ואולי אף שחרור מן המעצר (להלן: **תזת האוננות**).
2. בית משפט קמא לא האמין למערער ודחה את תזת האוננות מכל וכל הן בשל שקרי המערער – שעיקריהם יפורטו בהמשך דבריי – והן מפאת היותה עדות כבושה. עניין זה עומד במרכזו של הערעור דכאן מסיבה פשוטה: לאחר שידענו כי זרעו של המערער נמצא בתחתוניו ובנעלו של המתלונן, תזת האוננות היא בגדר תרחיש אחד ויחיד שעולה בקנה אחד עם חפותו של המערער. בכל יתר התרחישים, נמצא את המערער אשם במיוחס לו: ראיית הדנ"א מזהה אותו מעבר לכל ספק סביר כמי שניסה לבצע במתלונן לפחות מעשה סדום אחד תוך שהיא מספקת סיוע מהותי לעדות המתלונן לאורכה ולרוחבה של כל יריעת המחלוקת שבין המדינה, מצד אחד, לבין המערער, מהצד השני. זאת, לצד שקרי המערער אשר נועדו להרחיקו מהעבירות שעבר ואף מזירתן. הפרכת שקרים אלה על ידי המדינה מוסיפה תוספת משקל משמעותית לראיותיה.
3. אין תמה אפוא, כי בית משפט קמא הרשיע את המערער בעבירות בהן הואשם לאחר שתזת האוננות קרסה. באשר לעונשים אשר הושתו על המערער, בבסיסם עומדת החומרה היתרה של מעשיו שעיקרם ביצוע עבירות מין ברוטליות בעציר חסר-הגנה, תוך ניצול כוחו ומרותו של המערער כסוהר. בית המשפט גם ציין את מעילתו של המערער באמון שתלו בו המדינה ומעבידו, שירות בתי הסוהר. בית משפט קמא קבע על כן כי מדובר במעשים מזעזעים שחומרתם היתרה מאפילה על נסיבות חייו הלא פשוטות של המערער, אשר ברגיל יכלו להוות שיקול לקולא. כמו כן ציין בית המשפט כי המערער בחר לנהל את משפטו, בו הכחיש את המיוחס לו, לא לקח שום אחריות על מעשיו וממילא לא הביע ביחס אליהם שום חרטה. בית המשפט קבע כי מתחם העונש הראוי עומד במקרה דנן על 14-10 שנות מאסר, ולבסוף גזר את עונשו של המערער באמצע המתחם.
4. מכאן הערעור.

**טענות הצדדים**

1. המערער טוען לחפותו באחזו בתזת האוננות. לדברי באת-כוחו, המערער הוא אדם פשוט, שעלה ארצה מאתיופיה, ושמתקשה לבטא את עצמו בעברית ובכלל. כמו כן טוענת הסניגורית, כי המערער התבייש במעשה האוננות ומסיבה זו בחר, תחילה, להסתירו מחוקריו ואחר כך סיפר אודותיו בסוד לאחד החוקרים, רס"ר אריק מרציאנו, אשר רשם את הדברים במזכר ת/5. מזכר זה, המאושר בחתימת המערער, מביא את הדיווח הבא:

"בזמן הכנת טופסי המעצר של [המערער] היום, ולאחר [שהמערער] שוחח עם העורך דין שלו והתייעץ אתו, [המערער] ביקש לשוחח אתי ביחידות, ניגשתי עם [המערער] לחדר שלי, ושם [המערער] סיפר לי שהוא מתבייש לספר משהו, אמרתי לו שאני גבר והוא גבר והוא לא צריך להתבייש ושהוא יכול לספר לי הכל, [המערער] אמר לי שביום שישי בזמן [שהמתלונן] התקלח הוא עמד מחוץ למקלחת ולקח תחתונים וגופיה מהעמדה של הבגדים שליד המקלחת ובזמן ש[המתלונן] התקלח הוא אונן וגמר בתחתונים ובגופיה שלקח ו[ל]אחר מכן שם אותם בעמדה של הבגדים המלוכלכים שליד המקלחת. בזמן שאני כותב מזכר זכ"ד זה [המערער] נמצא לידי ומאשר את תוכן המזכר. בסיום השיחה עדכנתי את רפ"ק מיכל אלמוג על תוכן השיחה."

1. בהתבסס על מזכר זה, טוענת הסניגורית כי המערער כלל לא כבש את תזת האוננות וכי בית משפט קמא טעה בהתייחסו אל תזה זו כאל עדות כבושה. כמו כן מלינה הסניגורית על מחדלי חקירה שונים שעיקרם אי-בדיקתה של תזת האוננות וחוסר התייחסות רצינית, לדבריה, להיות המתלונן עציר בטחוני מתוחכם וערמומי שהתנסה בחקירות שב"כ.
2. לחלופין טוען המערער כי עונש המאסר שהושת עליו הינו בלתי מידתי וחסר תקדים בחומרתו – זאת, בין היתר, בהתחשב בתלאות שהלה עבר בהגשימו את חלום העלייה ארצה מאתיופיה ובהיותו אשם אך ורק בניסיון לביצוע מעשה סדום, ולא בעבירה מוגמרת.
3. מנגד, סומכת המדינה את ידיה על הכרעת הדין ועל גזר הדין נושא הערעור, על כל נימוקיהם. בהקשרה של הכרעת הדין, מדגישה המדינה את הרושם האמין שהותיר המתלונן, חרף היותו עבריין ביטחוני, על בית משפט קמא; את ממצאי הדנ"א אשר תומכים בעדות המתלונן; ואת שקרי המערער אשר נאמרו בחקירתו, במהלך העימות עם המתלונן, ובעדותו בפני בית המשפט. המדינה טוענת כי שקרים אלה נועדו להרחיק את המערער מביצוע העבירות; ובאשר לתזת האוננות – לטענת המדינה, תזה זו נולדה כתירוץ שיקרי באמצעותו ביקש המערער לנטרל את ממצאי הדנ"א. המדינה סבורה אפוא, כי הרשעת המערער עומדת על תשתית ראייתית איתנה ושאין כל סיבה שנתערב בה.
4. באשר לעונש המאסר – לטענת המדינה, המערער עשה מעשים קיצוניים בחומרתם עד כדי יצירת קושי אמיתי למצוא מקרה דומה ממנו ניתן לגזור את העונש שראוי להשית עליו. מעשים כאלה – ממשיכה המדינה וטוענת – נמצאים ברף העליון של החומרה, ועושיהם חייבים להיענש בהתאם לכך תוך התחשבות לא רק בעונש המינימום הקבוע [בסעיף 355](http://www.nevo.co.il/law/70301/355) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) אלא גם בעונש המרבי אשר נקבע בחוק לצד העבירה של מעשה סדום בנסיבות אינוס. המדינה סבורה אפוא כי אין מקום שנתערב גם בעונש שבית משפט קמא השית על המערער בהתבסס על עובדות המקרה ועל עיקרון ההלימה.

**דיון והכרעה**

1. אקדים ואומר, כי לאחר שקילת הטענות שבעלי הדין העלו בפנינו, בכתב ובעל-פה, הגעתי למסקנה כי הרשעת המערער בכל העבירות בהן הוא נמצא אשם בדין יסודה. אשר על כן, אציע לחבריי לדחות את הערעור על ההרשעה. באשר לעונש – בדיקת התקדימים שעיצבו את מדיניות הענישה הנקוטה בידינו העלתה כי בית משפט קמא השית על המערער עונש מאסר אשר חורג מהרף העליון של העונשים המוטלים בגין **ניסיון** לבצע מעשה סדום בנסיבות אינוס. מטעם זה, אציע לחבריי להעמיד את תקופת מאסרו של המערער מאחורי סורג ובריח על עשר שנים, מבלי להתערב ברכיבי העונש האחרים.
2. אפרט כעת את טעמיי להמלצות אלה.

**ערעור על ההרשעה**

**תזת האוננות – האם יש בכוחה לעורר ספק סביר?**

1. הערעור שהגיש המערער נגד הרשעתו תלוי כל כולו בשאלה האם יש בכוחה של תזת האוננות, הנישאת בפיו, כדי לעורר ספק סביר לגבי אשמתו? ככל שקיימת אפשרות סבירה כי בתזת האוננות יש אמת, נהיה חייבים לפקפק באמינות גרסתו של המתלונן ולזכות את המערער מכל העבירות בהן הוא נמצא אשם. מאידך, באין אפשרות סבירה כאמור – כפי שטוענת המדינה וכפי שקבע בית משפט קמא – מן הדין יהיה לדחות את הערעור על ההרשעה.
2. סבורני כי בית משפט קמא צדק בקבעו כי תזת האוננות היא גרסת חפות שקרית שהמערער המציאהּ כמפלט אחרון, באין אפשרות אחרת לסדוק את חומת הראיות המפלילות שעמדה מולו. ראשית אציין, כי תזת האוננות היא אכן עדות כבושה, כפי שנקבע על ידי בית משפט קמא. זאת, מאחר שהמערער הכחיש באופן גורף את המיוחס לו, שלל לחלוטין כל אפשרות שזרעו יימצא על פרטי לבושו של המתלונן, ולא העלה את תזת האוננות עד אשר שוחח עם עורך דינו אחרי העימות עם המתלונן – כמתועד במזכר ת/5 עליו נתן בית משפט קמא את דעתו בפסקה 28 להכרעת הדין. לא זו אף זו: כפי שציין בית משפט קמא באותה פסקה, המערער אף נמנע מלהעלות את תזת האוננות במענה לכתב האישום ובחר להעלותה בעדותו רק אחרי ששמע את עדות המתלונן.
3. שנית, תזת האוננות איננה אמינה כשלעצמה. המערער נחקר בנוגע אליה בבית משפט קמא ולא ידע להסביר כיצד ייתכן שהמקום שבו בחר לאונן נמצא ליד המקלחת בה המתלונן התקלח באותו הזמן ומדוע בחר לאונן במקום גלוי לעין. במקום לתת הסבר קוהרנטי למעשיו, בחר המערער לתת עדות מתחמקת ולמעשה כלל לא השיב לחלק משאלות התובעת (ראו: עמ' 368-366 לפרוטוקול ההליך קמא מיום 25.10.2018). המערער גם העיד כי המתלונן התקלח, כמקובל, מאחורי דלת סגורה וכי חלון הדלת אפשר למי שנמצא במקלחת לראות את האדם שעומד מחוץ לדלת רק מהכתפיים ומעלה (שם, בעמ' 369). כמו כן עומת המערער עם חוסר ההיתכנות של הסיטואציה שבה הוא – המערער – מאונן במקום גלוי לעין ליד מקלחת אליה אמור להגיע סוהר אחר תוך דקות ספורות כדי ללוות את האסיר המתקלח חזרה לתאו (שם, בעמ' 370). בתגובה לכך, כל שיכול היה המערער לתת הוא סדרה של תשובות מתחמקות ובלתי מובנות (שם, בעמ' 371).
4. לנוכח דברי המערער עצמו, כדי שתזת האוננות תימצא אמינה, צריך להתרחש צירוף המקרים כדלקמן:
5. מטעמים השמורים עמו, המערער בוחר לאונן במקום גלוי לעין ליד מקלחת כשמאחורי דלתה הסגורה מתקלח אסיר.
6. האסיר מבחין במעשה האוננות של המערער מבלי לראות את המעשה עצמו, ואחרי שהוא מסיים להתקלח תר אחרי פרטי הלבוש, בהם השתמש המערער כדי לנגב את זרעו, מוצא אותם, שומר אותם בתאו ואחר כך עושה בהם שימוש כ"ראיית הזהב" המאמתת את עלילת השווא שבדה, אשר לפיה סוהר ממוצא אתיופי ניסה לבצע בו מעשה סדום בניגוד לרצונו.

צירוף מקרים זה, על שני חלקיו, נראה בלתי סביר עד כדי דמיוני.

1. באת-כוחו של המערער סבורה כי המתלונן הוא אדם מתוחכם וערמומי ועל כן צירוף מקרים זה אינו בלתי סביר ואינו דמיוני. באשר לזרעו של המערער שנמצא על נעלוֹ של המתלונן, הסניגורית העלתה היפותזה שהמתלונן מרח שם את הזרע שאסף כדי לשוות אמינות לעלילת השווא שרקם נגד מרשה. בהקשר זה, יצויין כי המתלונן אמר בעימות עם המערער כי הוא – המתלונן – אכן "שׂם" חלק מהזרע בנעל של עצמו כדי לשמור על הראיה מפאת החשש שפרטי הלבוש הנושאים את זרעו של המערער יילקחו ממנו ויועלמו על ידי סוהרים או אנשי שב"כ, אשר יבקשו לגונן על המערער (ראו: עמ' 18 לעימות). דא עקא, דברים אלה נמסרו באופן חופשי במהלך העימות כחלק מהבעת אי-האמון של המתלונן, כאסיר ביטחוני, כלפי סוהרים ואנשי זרועות הביטחון וחששוֹ כי אלה ינסו לטייח את ניסיונותיו של המערער לבצע בו מעשה סדום בכוח. דברים אלה אינם עוזרים אפוא למערער בשל חוסר ההיתכנות של צירוף המקרים אשר מרכיבים את תזת האוננות שלו. גם אם נכיר בסבירותה של האפשרות שהמערער ירצה לאונן במקום גלוי לעין מטעמים כאלה או אחרים – שלדידי אינם בנמצא – לא נוכל להכיר בסבירותו של תרחיש בכיכובו של אסיר אשר במקרה מוצא את עצמו מתקלח באותו מקום, מחוץ לתאו וללא השגחת סוהר; אשר מבחין במעשה האוננות של המערער, חרף הימצאו מאחורי דלת בלתי שקופה; ואשר מצליח להגיע לפרטי הלבוש בהם ניגב המערער את זרעו, אחרי שהמערער עוזב את המקום, ודואג להעביר חלק מהזרע אל תוך נעלוֹ.
2. שלישית, לנוכח חיוניותה של תזת האוננות להגנתו של המערער, כיצד ייתכן שהסניגור שייצגוֹ בבית משפט קמא נמנע מלחקור את המתלונן על כל פרטיה? באת-כוח המערער, שטענה לפנינו, לא יכלה לענות לשאלה זו, וכל מה שהיה לה למסור לנו הוא שאינה מעלה טענה בדבר כשל בייצוג. תחת זאת, בחרה הסניגורית לבקר את חוקרי מרשה על שאלה לא חקרוהו על תזת האוננות לאחר שהלה מסר לרס"ר מרציאנו את הדברים שתועדו בת/5. ביקורת זו איננה בלתי מוצדקת, ואף בית משפט קמא ציין זאת בהכרעת הדין. יחד עם כך, ככל שתזת האוננות היא גרסה רצינית – באשר היא, ורק היא, יכלה לעורר ספק סביר לגבי אשמתו של המערער במיוחס לו – מחדלה של המשטרה, אשר בחרה שלא לגבות גרסה חוזרת מהמערער, ועמו כל יתר מחדלי החקירה שעליהם הלין המערער, מתגמד בהשוואה להחלטת הסניגור שלא להציג למתלונן **שום שאלות ממוקדות (!)** בנוגע לתזת האוננות ולהסתפק בהצגת גרסתו של המערער מבלי להיכנס לפרטים ומבלי לשאול את המתלונן על פברוק הראיות.
3. סביר להניח שהסניגור ידע מה הוא עושה ועל כן הוא נמנע מלשאול שאלות כאמור כדי לא לקבל תשובות שהיו עלולות לפגוע בהגנת שולחו. אם כך היו פני הדברים, לא נותר לנו אלא להסיק מכך את המסקנות המתבקשות אשר מספקות חיזוק נוסף לעדות המתלונן (ראו והשוו: [ע"פ 7653/11](http://www.nevo.co.il/case/5603199) **ידען נ' מדינת ישראל**, פסקה 28 (26.7.2012) [פורסם בנבו]; [ע"פ 5606/10](http://www.nevo.co.il/case/5780070) **בוניפד נ' מדינת ישראל**, פסקה 27 (19.12.2012) [פורסם בנבו]; יעקב [קדמי על הראיות חלק](http://www.nevo.co.il/safrut/bookgroup/2156) רביעי, 1953-1952 (מהדורה משולבת ומעודכנת, 2009); גבריאל הלוי [**תורת דיני הראיות**](http://www.nevo.co.il/safrut/bookgroup/2373) כרך ב 292-288 (2013)). ואם אכן מדובר במחדל סניגוריאלי, ניכר הוא שמחדל כאמור לכל הפחות מתקרב לכשל בייצוגו של המערער (ראו והשוו: [ע"פ 446/01](http://www.nevo.co.il/case/5701980) **רודמן נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(5) 25, 45 (2002); [ע"פ 2950/11](http://www.nevo.co.il/case/5684170) **חן נ' מדינת ישראל**, פס' 54 (8.5.2014) [פורסם בנבו]). תרחיש זה חייב את באת-כוח המערער לטעון לקיומו של כשל בייצוג ולהציג בפנינו תגובה מפורטת של הסניגור שייצג את המערער בבית משפט קמא (ראו, למשל: [ע"פ 8868/11](http://www.nevo.co.il/case/5596268) **בגימוב נ' מדינת ישראל**, פסקה 29 (23.8.2012) [פורסם בנבו]; [ע"פ 6028/13](http://www.nevo.co.il/case/7985516) **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 8 (20.3.2014)[פורסם בנבו]).
4. אוסיף, כי הימנעותה של באת-כוח המערער מלטעון לכשל בייצוג ומלהציג לפנינו את תגובת הסניגור שקדם לה בהגנה על שולחה – למרות ההערות שהשמענו באוזניה בעניין זה במהלך הדיון – אומרת דרשני. אם לסניגור היתה סיבה טובה שלא לחקור את המתלונן על תזת האוננות, סיבה זו קרוב לוודאי קשורה לאשמת המערער במיוחס לו. מאידך, אם לסניגור לא היתה סיבה טובה שלא לחקור את המתלונן על תזת האוננות – שכן חקירה זו יכלה לדלות מפיו של המתלונן דברים אשר יכלו לסייע למערער בהגנתו – עלינו לדעת מהי אותה סיבה, והנטל ליידע אותנו על כך מוטל על המערער. המערער לא ניסה להרים, וממילא לא הרים, נטל זה למרות שמדובר בנטל קל של מתן הסבר. בנסיבות אלו, מותר לנו, ולדידי, אף חובה עלינו, לראות בהימנעות הסניגור מלחקור את המתלונן על פרטיה של תזת האוננות משום חיזוק למהימנות עדותו של המתלונן. כפועל יוצא מכך, תזת האוננות, שממילא סבלה מחולשות רבות, קורסת תחתיה.
5. קריסתה של תזת האוננות מוליכתנו למסקנה אחת ויחידה: הוכח מעבר לספק סביר כי המערער ביצע את המעשים הפליליים המיוחסים לו ובדין הורשע בגינם על ידי בית משפט קמא, שכאמור האמין לעדותו של המתלונן לאחר שהתרשם ממנה לטובה. אשר על כן, לא נותר לנו אלא לדחות את הערעור ככל שזה בא לתקוף את הכרעת הדין. הכרעת דין זו עומדת על יסודות איתנים, ולנו אין כל עילה להתערב בה.

**ערעור על אורך תקופת המאסר**

1. המערער ניצל באופן ציני וברוטלי את פער הכוחות העצום שבין סוהר לכלוא. המערער השפיל את המתלונן, רמס את רצונו ופגע בגופו – תוך מעילה באמון שהמדינה הפקידה בידיו. המערער עשה זאת כדי לספק את מאווייו המיניים תוך שימוש בכוח. המערער גם לא נטל אחריות על מעשיו ולא הביע חרטה עליהם. המערער ראוי אפוא לעונש מחמיר ומרתיע במיוחד.
2. ברם, גם עונש זה אינו יכול לחרוג ממדיניות הענישה הנקוטה בידינו במקרים דומים של ניסיון לבצע אונס או מעשה סדום בנסיבות אינוס. אני לומד על מדיניות זו ממקרים שרק דומים למקרה שלפנינו – זאת, מאחר שלא עלה בידי למצוא שום פסק דין של בית המשפט העליון שעניינו אינוס אסיר בידי סוהר, או ניסיון לבצע עבירה כאמור (לרבות מעשה סדום). המקרה הקרוב ביותר לענייננו מבחינת נסיבותיו נדון והוכרע ב[ע"פ 6616/10](http://www.nevo.co.il/case/6247242) **אפרתי נ' מדינת ישראל** (22.6.2011) [פורסם בנבו]; ואלה היו עובדותיו:

המתלוננת הגיעה ברכבה לחניון. שם היא הבחינה במערער, אותו לא הכירה; ומשנוכחה לדעת שהמערער הולך בעקבותיה, נכנסה לרכבה וסגרה את הדלת. המערער פתח את דלת הרכב וגרר את המתלוננת החוצה לכיוון גדת נהר הירקון. המתלוננת צועקת והתחננה בפני המערער שירפה ממנה. המערער חסם את פיה ואמר לה שיהרגה אם תצעק. המערער השכיב בכוח את המתלוננת על השיחים, הפך אותה כשגבה מופנה אליו, הוריד את בגדיה התחתונים, וניסה להחדיר את איבר מינו לפי הטבעת שלה תוך שהוא מכה אותה ומונע ממנה לקום. המערער התקשה לבצע את זממו. המתלוננת לא חדלה מלצעוק, ולכן הכה אותה המערער בחוזקה בראשה עד שהכרתה התערפלה. לשמע הצעקות, נחלצו עוברי אורח לעזרת המתלוננת. המערער טען בפניהם כי מדובר ב"חברתו". המתלוננת הבהירה כי אינה מכירה את המערער וזה הלם, בתגובה, בפניה עם אגרופו. בעקבות כך, התפתח מאבק פיסי בין אחד המחלצים למערער. המערערת נמלט מהמקום, אך אחר כך אותר ונעצר. הוא נדון ל-8 שנות מאסר בפועל, ובית משפט זה אישר את עונשו.

1. מקרה זה כמובן אינו חופף את העובדות אשר נפרשו לפנינו בגדרי הערעור הנוכחי. ניסיון המערער דשם לבצע מעשה סדום במתלוננת היה אלים הרבה יותר ממעשיו של המערער דכאן. אולם, המערער דכאן עשה שימוש ציני ובוטה בכוח השררה של סוהר בכלא – כוח שהמדינה הפקידה בידיו כנאמנהּ – וזאת, כלפי אסיר חסר הגנה, שאותו הוא השפיל וניסה לאנוס פעמיים, ולא רק פעם אחת. בנסיבות אלה, המערער ללא ספק ראוי לעונש שעולה על 8 שנות מאסר, אך יחד עם כך – ועם כל הסלידה שמעשי המערער מעוררים – הנני מתקשה לראות כיצד ניתן להצדיק בעניינו עונש מאסר של 12 שנים (ראו והשוו: [ע"פ 2717/08](http://www.nevo.co.il/case/6244444) **פלוני נ' מדינת ישראל** (15.4.2010) [פורסם בנבו], מקרה שבו הוטלו על המערער 8 שנות מאסר בגין הטרדה מינית, מעשים מגונים תוך שימוש באמצעי לחץ ואיומים, ניסיון לבצע מעשה סדום ומעשה אינוס – עבירות שהלה ביצע תוך ניצול מעמדו כממונה על המתלוננת בעבודתה).
2. אשר על כן, אציע לחבריי לקבל את הערעור באופן חלקי ולהעמיד את עונשו של המערער על עשר שנות מאסר בפועל. שאר רכיבי גזר הדין יישארו על כנם.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  | ש ו פ ט |

**השופט י' עמית**:

אני מסכים.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **השופטת ד' ברק-ארז**: |  | ש ו פ ט |

1. האם בית המשפט המחוזי החמיר בעונשו של המערער, סוהר שהורשע בביצועם של שני ניסיונות למעשי סדום בנסיבות אינוס, בעצור שהיה נתון תחת מרותו, וזאת במידה המצדיקה התערבות בעונש? חבריי משיבים על שאלה זו בחיוב. דעתי שונה. על כן, אילו דעתי הייתה נשמעת היינו דוחים את הערעור לא רק על הכרעת הדין, אלא גם על גזר הדין.

2. לא ניתן להכחיש: העונש שהושת על המערער הוא חמור. אולם, לשיטתי הוא אינו חמור במידה המצדיקה התערבות בו. מסקנתי זו נתמכת הן בגישה המצמצמת להתערבות בעונש שהטילה הערכאה הדיונית, והן בנסיבות המקרה, שהן מפליגות בחומרתן. ביצוע עבירות מין על-ידי מי שאמון על כליאתו של אדם כרוך ברמת חומרה מיוחדת. הוא מבטא את התגלמות המצוקה של "אין לאן לברוח" – פשוטו כמשמעו. העצור נתון למרותם של המחזיקים בו באופן מוחלט. הוא מנותק ממערכות תמיכה של משפחה וחברים. אין לו לאן לברוח לא רק בשעת המעשה – אלא גם כאשר זה תם. הוא נדון לראות את הפוגע בו גם לאחר מכן, שהרי הוא זה שאמור לשמור עליו. במקרה דנן, עומקה של הפגיעה אף התבטא בכך שלא רק שלא היה לאן לברוח, אלא שעד לשלב מאוחר יחסית אף לא היה היכן להתלונן – כפי שהדברים התבטאו בחוסר האמון הבסיסי שבו נתקלה התלונה בשלב הראשון. אין צריך לומר שלכך נלווית הפגיעה בערכים מוגנים נוספים, שעליהם עמד בית המשפט המחוזי – אלה הנוגעים לשמירה על האמון במערכת הכליאה, שהיא חלק חשוב ממערכת עשיית הצדק.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  | ש ו פ ט ת |

הוחלט פה אחד לדחות את הערעור על הכרעת הדין, כאמור בפסק דינו של השופט **א' שטיין**. כמו כן, הוחלט ברוב דעות, כנגד דעתה החולקת של השופטת **ד' ברק-ארז**, לקבל את הערעור נגד גזר הדין ולהפחית את תקופת מאסרו של המערער ל-10 שנים, כאמור בפסק דינו של השופט **א' שטיין**.

ניתן היום, ז' בתמוז התשפ"א (17.6.2021).

5129371

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 54678313ש ו פ ט | ש ו פ ט ת | ש ו פ ט |

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

20016210\_F08.docx עב

מרכז מידע, טל' 077-2703333, 3852\* ; אתר אינטרנט, [https://supreme.court.gov.il](https://supreme.court.gov.il/)

י' עמית 54678313-1621/20

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](http://www.nevo.co.il/advertisements/nevo-100.doc)