



ע"פ 1621/20 - מאיר צגאי נגד מדינת ישראל

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

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי באר
שבע בתפ"ח 32966-12-17 (הנשיאה ר' יפה-כ"ץ
והשופטים ג' שלו וא' משניות) שניתן ביום 27.1.2020

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

פסק-דין

השופט א' שטיין:

הערעור



1. ערעור זה מופנה נגד הכרעת הדין בתפ"ח (מחוזי ב"ש) 32966-12-17 (הנשיאה ר' יפה-כ"ץ, והשופטים ג' שלו וא' משניות) שניתנה ביום 24.10.2019, ובגדרה נמצא המערער אשם בביצועם של שני ניסיונות לעשיית מעשה סדום בנסיבות אינוס, עבירה לפי סעיפים 347(ב) ו-345(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין או החוק) בנסיבות של סעיף 25 לחוק; של מעשה מגונה, עבירה לפי סעיף 348(א) לחוק; של הטרדה מינית, עבירה לפי סעיפים 3(א)(5) ו-5(א) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998; ושל שימוש לרעה בכוח המשרה, עבירה לפי סעיף 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: המתלון), היה אחד מאותם העצורים.

כתב האישום

3. 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 המתלון כלים במקלחת שמחוץ לתאו, כשהוא לבוש בתחתונים, וכשסיים, הורה לו המערער לנקות גם את קירות המקלחת. המתלון עשה כן, ולאחר מכן פשט את בגדיו והתקלח, בעוד המערער ממתיין לו מחוץ למקלחת כשהוא מחזיק בבגדים נקיים עבור המתלון. כשהמתלון סיים להתקלח, אמר לו המערער ללכת עירום לתאו – והמתלון עשה כן, כשהמערער מלווה אותו. כשהגיעו לתא, מסר המערער למתלון את הבגדים; הסתכל עליו כשהתלבש; ועזב את התא. סמוך לאחר מכן, נכנס המערער לתאו של המתלון; הכניס אצבע לפיו של המתלון; ואמר לו, שהוא צריך "לזיין" אותו. המתלון ביקש מהמערער שיעזוב אותו, אבל אז הוציא המערער את האצבע מפיו של המתלון; אחז במותניו וסובב אותו, כך שעמד מאחוריו. המערער משך את מכנסיו ותחתוניו של המתלון למטה; חשף את פלג גופו התחתון; וכופף את המתלון לעבר דלת התא. המתלון ניסה להשתחרר מאחיזת המערער, אחז בסורג הדלת והתרומם, אך המערער אחז בו שוב, וכופף את פלג גופו העליון של המתלון למטה, כשהמתלון ממשיך לעמוד ומבקש מהמערער שיעזוב אותו. אז מרח המערער רוק באמצעות ידו על ישבנו של המתלון, באזור פי הטבעת, ואמר למתלון שיש לו איבר מין קטן ושייתן לו "להכניס רק את הקצה", כאשר הוא מצמיד את איבר מינו לישבנו של המתלון בניסיון להחדירו לפי הטבעת. המתלון 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 המתלון, עד אשר הגיע לסיפוק מיני ושפך את זרעו על בגדיו של המתלון. בשלב זה, רכס המערער את מכנסיו; יצא מהתא – שם הותיר את המתלון; ולאחר מכן הביא למתלון מגבת להתנגב בה.

4. סמוך לאחר מכן – חזר המערער אל התא והוציא ממנו את המתלון; אזק את ידיו; והובילו למטבחון, כשהוא סוגר את הווילון. שם, נגע המערער בחזהו של המתלון מעל לבגדים; סובב אותו ונצמד אליו מאחור כשהוא מחכך את גופו בגופו של המתלון, ומצמיד את איבר מינו לישבנו של המתלון, מעל הבגדים. המתלון ניסה להתחמק מהמערער ולהשתחרר מאחיזתו, כשידיו אזוקות, וביקש מהמערער שיעזוב אותו. רק לאחר זמן מה הפסיק המערער את מעשיו; החזיר את המתלון לתאו ונכנס עמו, כשהוא מותיר את האזיקים. שוב נצמד המערער אל המתלון מאחור; אחז במכנסיו של המתלון והפשילם, יחד עם תחתוניו, וגם פתח את מכנסיו והפשילם, עם התחתונים עד לברכיים. המערער דחף את המתלון קדימה, עד שהמתלון נפל לעבר כיור המים בתא ונשען עליו, ואז – המערער נעמד מאחוריו, מרח



רוק באמצעות כף ידו על אזור פי הטבעת של המתלון ואמר לו שהוא רוצה להחדיר את איבר מינו לפי הטבעת שלו. המתלון אחז בכיור וניסה להתחמק עם פלג גופו התחתון ממגעו של המערער, בניסיון למנוע ממנו להחדיר את איבר המין שהיה בין פלחי ישבנו של המתלון; ואכן המערער לא הצליח להחדיר את איבר מינו לפי הטבעת של המתלון, אולם המשיך להתחכך בו עד שהגיע לסיפוק מיני.

5. במהלך מעשיו של המערער, נפלה נעלו של המתלון מרגלו, וכאשר המערער הגיע לסיפוק מיני - שפך את זרעו על בגדיו של המתלון ועל הנעל שנפלה. לאחר שבא על סיפוקו, התלבש המערער ויצא מהתא, כאשר הוא מותיר את המתלון בתא.

6. למחרת בבוקר - ביום שבת - בזמן שהמערער היה שוב במשמרת באגף, הוא ניגש לתאו של המתלון; נטל את המגבת בה התנגב המתלון לאחר מעשי המערער; והורה לו לשטוף את רצפת התא באמצעות ציוד שמסר לו, והמתלון עשה כן. כשהמתלון סיים לשטוף את התא, המערער נטל ממנו את הציוד, ואמר לו שאם הוא רוצה שהמערער "יזין אותו שוב", שיקרא לו.

פסק הדין קמא

7. פסק הדין קמא עומד על שלושה נדבכים: (1) עדות המתלון, שנמצאה אמינה לחלוטין; (2) ממצאי דנ"א שהראו את הימצאות זרעו של המערער על תחתוניו ועל רפידת נעלו של המתלון; (3) שקרי המערער, שתחילה הכחיש כל מגע עם המתלון, ואף את האפשרות שאונן ושפך את זרעו, ואחר-כך ניסה לתרץ את הימצאות זרעו בתחתוניו של המתלון באמצעות גרסת חפות חדשה, לפיה הוא אונן בסביבתו של המתלון ושפך את זרעו, והמתלון ניצל זאת בדרך מתוכננת שכללה איסוף הזרע ושמירתו בתוך פרטי לבושו ונעלו 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).

8. בית משפט קמא לא האמין למערער ודחה את תזת האוננות מכל וכל הן בשל שקרי המערער - שעיקריהם יפורטו בהמשך דברי - והן מפאת היותה עדות כבושה. עניין זה עומד במרכזו של הערעור דכאן מסיבה פשוטה: לאחר שידענו כי זרעו של המערער נמצא בתחתוניו ובנעלו של המתלון, 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 במתלון לפחות מעשה סדום אחד תוך שהיה מספקת סיוע מהותי לעדות המתלון 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.

9. 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 10-14 שנות מאסר, ולבסוף גזר את עונשו של המערער באמצע המתחם.

10. מכאן הערעור.

טענות הצדדים

11. 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 שלידי המקלחת ובזמן ש[המתלונן] התקלח הוא אונן וגמר בתחתונים ובגופיה שלקח ו[ל]אחר מכן שם אותם בעמדה של הבגדים המלוכלכים שלידי 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."

12. 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.

13. לחלופין טוען המערער כי עונש המאסר שהושת עליו הינו בלתי מידתי וחוסר 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.

14. 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 ושאינן כל סיבה שנתערב בה.

15. 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 לחוק העונשין 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

16. 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 לחברי 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 לחברי להעמיד את תקופת מאסרו של המערער מאחורי סורג ובריש על עשר שנים, מבלי להתערב ברכיבי העונש האחרים.

17. אפרט כעת את טעמי להמלצות אלה.

ערעור על ההרשעה

תזת האוננות – האם יש בכוחה לעורר ספק סביר?

18. 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.

19. סבורני כי בית משפט קמא צדק בקבעו כי תזת האוננות היא גרסת חפות שקרית שהמערער המציאה כמפלג 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 ימצא 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.



20. 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' 366-368 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).

21. לנוכח דברי המערער עצמו, כדי שתזת האוננות תימצא אמינה, צריך להתרחש צירוף המקרים כדלקמן:

- א. מטעמים השמורים עמו, המערער בוחר לאונן במקום גלוי לעין ליד מקלחת כשמאחורי דלתה הסגורה מתקלח אסיר.
 - ב. 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.

22. 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 נעלו של המתלונן, הסניגורית העלתה היפותזה שהמתלונן מרח שם את הזרע שאסף כדי לשוות אמינות לעלילת השווא שרקם נגד מרשה. בהקשר זה, יצוין כי המתלונן אמר בעימות עם המערער כי הוא - המתלונן - אכן "שם" 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 לגנון 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 וחששו 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 נעלו.

23. שלישית, לנוכח חיוניותה של תזת האוננות להגנתו של המערער, כיצד ייתכן שהסניגור שייצגו 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 הלן 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.

24. 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 ידען נ' מדינת ישראל, פסקה 28 (26.7.2012); ע"פ 5606/10 בוניפד נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (19.12.2012); יעקב קדמי על הראיות חלק רביעי, 1953-1952 (מהדורה משולבת ומעודכנת, 2009); גבריאלי הלוי תורת דיני הראיות כרך ב 292-288 (2013)). ואם אכן מדובר במחדל סניגוריאלי, ניכרה ואשמחדל כאמור לכלהפחות מתקרב לכשל בייצוגו של המערער (ראו והשוו: ע"פ 446/01 רודמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 25, 45 (2002); ע"פ 2950/11 חן נ' מדינת ישראל, פס' 54 (8.5.2014)). 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 בגימוב נ' מדינת ישראל, פסקה 29 (23.8.2012); ע"פ 6028/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (20.3.2014)).

25. 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.

26. 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

27. 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 מאוויו



המיניים תוך שימוש בכוח. המערער גם לא נטל אחריות על מעשיו ולא הביע חרטה עליהם. המערער ראוי אפוא לעונש מחמיר ומרתיע במיוחד.

28. ברם, גם עונש זה אינו יכול לחרוג ממדיניות הענישה הנקוטה בדינו 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 בע"פ 6616/10 אפרתיני' מדינת ישראל (22.6.2011); ואלה היו עובדותיו:

המתלוננת הגיעה ברכבה לחניון. שם היא הבחינה במערער, אותלאהכירה; ומשנכחה לדעת שהמערער הולך בעקבותיה, נכנסה לרכבה וסגרה את הדלת. המערער פתח את הדלת והרכבו נגרר אתה. המתלוננת חצתה את גדר הרכב ונפלה על פניה. המערער חסם את פיה ואמר לה שיהרגה אם תצעק. המערער השכיב בכוח את המתלוננת על הרצפה. הפך אותה כשגבה מופנה אליו, הוריד את בגדיה התחתונים, וניסה להחזיר את איבר מינו לפיה בטבעת של התוך שהוא מכה אותה ומונע ממנה לזעוק. המערער התקשה לבצע את זממו. המתלוננת לא חדלה מלצעוק, ולכן הכה אותה המערער בחוזק הבראשה עד שהכתה את הרצפה. לשמעה צעקות, נחלצו עובדי אורח לעזרתה 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 מהחלצים למערער. המערער נמלט מהמקום, אך אחר כך אותרו ונעצר. הוא נדון ל-8 שנות מאסר בפועל, ובית משפט זה אישר את עונשו.

29. 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 בידי כנאמנה – 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 בענייני עונש מאסר של 12 שנים (ראו והשוו: ע"פ 2717/08 פלוני' מדינת ישראל (15.4.2010), מקרה שבו הוטלו על המערער 8 שנות מאסר בגין הטרדה מינית, מעשים מגונים ותוך שימוש באמצעי לחץ ואיומים, ניסיון לבצע מעשה סדום ומעשה אינוס – עבירות שהלה ביצע תוך ניצול מעמדו כממונה על המתלוננת בעבודתה).

30. אשר על כן, אציע לחברי 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.

השופט 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? חברי 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

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).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט