



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני:

תא"ל אורלי מרקמן - המשנה לנשיא
אל"ם מאיה הלר - שופטת
אל"ם יעקב דקר - שופט

בעניין:

ח/XXX טוראי ר' ק' – המערער (ע"י ב"כ, רס"ן עומר קנובלר; סרן נתנאל יעקב-חי)

נגד

התובע הצבאי הראשי – המשיב (ע"י ב"כ, רס"ן מתן פורשט)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי זרוע היבשה שניתן בתיק ז"י (מחוזי) 273/17 (סא"ל מאיר ויגיסר – אב"ד; רס"ן ענת שחר-ויינברג – שופטת; סרן אריאל נוריאל – שופט) ביום 27.5.2018. הערעור (חומרת העונש) נדחה.

פסק-דין

רקע

1. טוראי ר' ק', המערער, הורשע, על-פי הודאתו בכתב אישום מתוקן, בעבירות של פגיעה בפרטיות לפי סעיפים 1, 2(3) ו-5 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ובעבירות של הטרדה מינית לפי סעיפים 5(א) ו-3(א)5(א) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998.

2. בית הדין קמא גזר על המערער, בדעת רוב, שלושה חודשי מאסר בפועל, מהם חודש מאסר בכליאה וחודשיים מאסר לריצוי בדרך של עבודה צבאית. אף דעת המיעוט ראתה להשית על המערער שלושה חודשי מאסר בפועל, אך סברה, כי עליו לרצות חודשיים מהם בכליאה וחודש בדרך של עבודה צבאית. כמו כן, הושתו על המערער ארבעה חודשי

מאסר על תנאי למשך שלוש שנים, לבל יעבור עבירה של פגיעה בפרטיות או כל עבירת מין אחרת, והוטל עליו לשלם פיצויים לטובת המתלונן, בסך 4,000 ש"ח.

3. ההגנה לא השלימה עם פסק הדין וערערה על חומרת עונש המאסר בפועל שהוטל על המערער וכן על אופן ריצויו.

נסיבות המעשה

4. בית הדין קמא עמד בגזר דינו על נסיבות ביצוע העבירות, כמפורט להלן:

"ביום 4.11.2016, שירת הנאשם כחניך בקורס הנהיגה בבה"ד XXX, יחד עם נפגע העבירה... במהלך שיחה בין השניים, מסר נפגע העבירה לנאשם כי הוא הולך לשירותים... לאחר מכן... הלך הנאשם לשירותים בעקבותיו, ונכנס לתא השירותים הסמוך לתא בו היה נפגע העבירה, בשעה שהאחרון עינג את עצמו מינית... בשלב זה, הרים הנאשם את מכשירו הסלולארי, וצילם את נפגע העבירה ללא הסכמתו. משהבחין נפגע העבירה בכך שהנאשם מצלם אותו, התיישב במהירות על האסלה ואמר לנאשם שבכוונתו להטיל את צרכיו. כמה דקות לאחר מכן, הכניס הנאשם, מתחת לדלת תא השירותים בו היה נפגע העבירה, את מכשירו הסלולארי וצילם סרטון בו נראים פניהם של הנאשם ושל נפגע העבירה, בהסכמת שניהם...

לאחר כמחצית השעה, בה שהו השניים בחדרו של נפגע העבירה, אמר האחרון לנאשם כי בכוונתו ללכת לשירותים וביקש ממנו לא להפריע לו. בהמשך הלכו השניים יחד לשירותים, לאחר מספר דקות יצא הנאשם מהשירותים... לאחר מכן שב הנאשם לתאי השירותים, נכנס לתא הצמוד לו, ובהמשך צילם הנאשם במכשירו הסלולארי סרטון, בו נראה נפגע העבירה מענג את עצמו, כאשר מכנסיו ותחתוניו מופשלים ואיבר מינו גלוי... זאת, ללא ידיעתו וללא הסכמתו...

מספר דקות לאחר מכן, הציג הנאשם בפני נפגע העבירה את הסרטון שצולם. נפגע העבירה ביקש ממנו למחוק את הסרטון... והנאשם עשה כן, בודעו כי הסרטונים יישמרו... במכשירו הסלולארי... למחרת היום, סיפר הנאשם לשמונה חניכים בקורס הנהיגה כי צילם את נפגע העבירה במצב אינטימי ובהמשך אף הציג להם את הסרטון שצילם... לבקשת אחד החניכים, שלח לו הנאשם את הסרטון."

5. נקבע עוד, כי "כשגילה נפגע העבירה על האירוע, הוא הגיב בסערת רגשות... סבל מסחרחורות, רעד, בכה והקיא מספר פעמים". נפגע העבירה התקשר אל המערער ומסר לו כי יפגע בו. בהמשך, בעקבות אותה שיחה, פנה המערער אל חייל אחר ואמר לו, כי אם נפגע העבירה יגע בו, "הוא ישים לו קסדה בראש". לאחר מכן, משהבין כי נפגע העבירה כועס עליו, ציין, בנוכחות חיילים אחרים, כי "אם נפגע העבירה יתקרב אליו, יפיץ את הסרטון ברשת הפייסבוק", על-מנת לבזותו.

6. להשלמת התמונה, נציין, כי בהצהרתו, פירט נפגע העבירה על כי בעקבות המקרה, ניתק את הקשר "עם חלק מהאנשים שראו את הסרטון בגלל המבוכה" וחש "ירידה

משמעותית בביטחון העצמי". נמסר עוד, כי מאז האירוע, הוא מתקשה ליזום קשר זוגי ומתבייש להתפנות או להתקלח ליד אנשים.

7. במסמך "הפרטים הנוספים" בואר, כי חקירת מצ"ח נפתחה בעקבות תלונתו של נפגע העבירה על האירוע, וכי לאחר שנודע על פתיחת החקירה, מחק המערער את הסרטון ואת התמונות שצילם. בחקירה עצמה, הודה המערער בחשדות שיוחסו לו והביע חרטה.

נסיבות העושה

8. המערער בוגר 11 שנות לימוד. בצבא הוכשר כנהג משא ולחובתו מספר עבירות משמעת, האחרונה שבהן היא מחודש דצמבר 2017.

9. ההגנה הציגה לבית הדין המלצות ממפקדיו של המערער. עיון במסמכים מעלה, כי המערער חווה ילדות קשה. אביו נפטר לפני מספר שנים עקב מחלה והמערער, אשר יחסיו עם אמו היו מורכבים, עבר בין פנימיות. בהמשך, בעקבות בעיות משמעת, עזב את לימודי התיכון בפנימייה והחל עובד לפרנסתו. מפקדיו של המערער ציינו כי בתחילת שירותו התקשה להשתלב במסגרת הצבאית, אך הדגישו, כי המערער עבר כברת דרך משמעותית וכי הוא מצוי בתהליך של שיפור. נמסר עוד, כי שירותו הצבאי של המערער כנהג בגדוד הנדסה קרבית, היה משמעותי ותורם. מפקד נוסף התייבב להעיד לטובתו, בשלב ראיות ההגנה לעונש, ופירט, כי כיום, המערער מוצב במפקדה ומשמש, בפועל, כמפקד ("סמל רכב"), האחראי על מספר נהגים ועל מספר רב של כלי רכב ביחידה.

10. המערער עצמו פירט בעדותו בבית הדין על נסיבות חייו המורכבות. הוא ציין, כי אמו אינה בקו הבריאות וכי הוא נדרש לסייע בפרנסת הבית. המערער סיפר על תפקידו ביחידה והוסיף, כי טעה בהתנהגותו כמפורט לעיל, ואף ביקש סליחה על שארע. עוד הוסיף, כי "חשבתני שזה יהיה מצחיק, אבל מסתבר שעשיתי טעות לא קטנה".

עיקרי גזר הדין של הערכאה קמא

11. בית הדין קמא, במסגרת בחינת מתחם העונש ההולם, עמד על נסיבות ביצוע העבירות, כמפורט לעיל, ועל הפגיעה בערכים המוגנים במקרה דנן. הוטעם, כי:

"מעשי הנאשם פגעו בפרטיותו ובכבודו של נפגע העבירה, שצולם ברגע משפיל, מבזה ומבידן. כאשר לא יכול להיות חולק על כך, שמידת החדירה לפרטיותו של נפגע העבירה היא במדרג הגבוה ביותר... מעשי הנאשם מגלמים פגיעה קשה בערכי צה"ל ובאמון שחייב לשרור בין החיילים המשרתים אלה לצד אלה, ובהם ערך הרעות והאחוה... מכאן, שמעשי הנאשם פגעו קשות בערכים חברתיים מוגנים ראשוניים במעלה".

הודגש גם, כי נסיבות ביצוע העבירה "מלמדות על כך שמדובר היה באירוע מתמשך, כאשר בכל נקודת זמן נתונה יכול היה הנאשם להתעשת ולחדול מביצוע מעשיו".

12. בהתאם ולאחר בחינת מדיניות הענישה הנוהגת במקרים דומים, קבע בית הדין, כי מתחם העונש ההולם נע "בין 45 ימי מאסר לבין ארבעה חודשי מאסר, אשר חלקו יכול להיות מרוצה בדרך של כליאה ממשית וחלקו בדרך של עבודות צבאיות, לצד מאסר מותנה, הורדה לדרגת טוראי ופיצוי כספי לנפגע העבירה" (ההדגשות הוספו).

13. בעמדו על פוטנציאל השיקום של המערער, פירט בית הדין את הדברים הבאים:

"הנאשם מגיע מרקע משפחתי לא פשוט... הנאשם התגייס לצה"ל בתאריך 4.9.2016. העבירה בה הורשע בוצעה חודשיים לאחר מכן... מאז ועד היום חלפה תקופה של שנה וחצי, יותר ממחצית תקופת שירותו הצבאי וכידוע לחלוף הזמן מאז ביצוע העבירה משמעות בעת קביעת מידת העונש... הנאשם עבר תהליך התבגרות משמעותי במהלך שירותו הצבאי... כיום הוא בעל תפקיד פיקודי... והוא מבצע את תפקידו בצורה טובה, וכי השינוי שעבר למן ראשית שירותו ניכר מאוד... הנאשם עבר תהליך התבגרות משמעותי אשר הפך אותו לאדם טוב יותר".

השופטים התרשמו, כי:

"קיימות אינדיקציות לשינוי עמוק בהתנהגותו ובדרך החשיבה שלו... השילוב בין השינוי המתבטא בהתייחסות הרגשית לאירוע... שינוי המתבטא גם בנטילת אחריות, כפרה והבעת אמפטיה לנפגע העבירה לבין האינדיקציה האובייקטיבית הברורה לקיומו של תהליך שיקומי-טיפולי מוצלח, וחזרה לדרך הישר, מצביע על סיכוי של ממש לשיקום".

14. בית הדין קבע, כי באיזון בין שיקולי הענישה הרלוונטיים ובהתחשב בנתוניו של המערער, יש להשית עליו עונש מאסר בפועל בן שלושה חודשים, שחלקו, לאחר שהמערער נמצא מתאים לרצות עבודה צבאית, ירוצה בדרך זו. בכל הנוגע להכרעה בדבר היחס בין שני המרכיבים של עונש המאסר בפועל – נחלקו דעות השופטים. שופט המיעוט סבר, כי היה מקום להטיל על המערער עונש מאסר ממושך יותר בכליאה (חודשיים), על רקע הפגיעה המשמעותית שנגרמה למתלונן, אשר חייבה מתן בכורה לשיקול ההלימה. מנגד, סברו שופטי הרוב, כי הגם שהפגיעה המשמעותית בערכים החברתיים כאמור, מחייבת להטיל על המערער עונש מאסר קצר שירוצה בכליאה ממשית, יש ליתן משקל מכריע לחלוף הזמן ולהליך השיקום בעניינו. בהתאם, נקבע בדעת רוב, כי המערער ירצה חודש מאסר בפועל בכליאה וחודשיים, בדרך של עבודה צבאית, לצד יתר רכיבי הענישה, כמפורט לעיל.

ערעור ההגנה

15. ההגנה עתרה לקבוע כי נסיבות המקרה והשתלשלות העניינים מלמדים על רקע היתולי למעשיו של המערער, ולא על ניסיון לפגיעה ולביזוי מיני. נטען, כי אין לפנינו "סיטואציה מינית או אגרסיבית, אלא אירוע שבמהלכו המערער חצה גבול מטושטש מתוך כוונת לצון טיפשית". בכך, לשיטת ההגנה, שונה עניינו של המערער ממקרים אחרים שעליהם התבסס בית הדין קמא. נטען גם, כי יש ליתן משקל לקולה לכך שהסרטון נשלח על-ידי המערער, לבקשת חייל אחר וכן, שדבריו של המערער, כי יפיץ את הסרטון ברשת "הפייסבוק", נאמרו שלא בנוכחותו של נפגע העבירה ובעקבות איום מצדו.

16. עוד נטען, כי המרחק הרב שעבר המערער מאז שנפלט ממסגרות הלימוד וחווה קשיי קליטה במסגרת הצבאית, ועד להיותו סמל רכב ביחידה, המפקד על חיילים – מלמד על מסלול שיקומי מוצלח למדי, אשר בהתאם להמלצת מפקדיו, לא יהיה ראוי לקטוע אותו בדרך של כליאה. לדידה של ההגנה, כברת הדרך שעשה המערער מצביעה על תמורות התנהגותיות ומלמדת על כך "שהשיל את הנורמות הקלוקלות שאפיינו את הסביבה בחברתה שהה בהתבגרותו". נטען, כי כליאתו של המערער עשויה להביא לנסיגה ולאימוץ מחדש של דפוסי התנהגות בעייתיים.

17. ההגנה סבורה, כי נוכח משקלו של אינטרס השיקום בעניינו של המערער, ראוי היה לסטות לקולה מן הרף התחתון במתחם העונש ההולם, וכי קביעת העונש בחלקו העליון של המתחם – שגויה.

18. נטען גם, כי בשנים האחרונות חל שינוי בתפיסה המקובלת בחברה בכל הנוגע למעמדו של שיקול השיקום בין שיקולי הענישה וכי התפיסה הרווחת כיום, אינה רואה טעם ענישתית-אפקטיבי בעונשי כליאה קצרים. בהקשר זה, הפנתה ההגנה ל"דו"ח הוועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים", בראשותה של השופטת דורנר ולבג"ץ 1892/14 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים** (טרם פורסם, 13.6.2017). באופן קונקרטי, נטען, כי במקרה דנן, אין מאסר בכליאה משרת תכלית ענישתית ראויה וכי מאסר בעבודה צבאית הוא המענה ההולם לשיקולי הענישה הקיימים.

עמדת התביעה

19. מנגד, עתרה התביעה להימנע מלהתערב בפסק דינה של הערכאה קמא. נטען, כי העונש שהושת על המערער אינו סוטה מן המקובל והוא אף נוטה לקולה. לדידה של התביעה, מעשיו של המערער חמורים ומכוערים. המערער רמס ברגל גסה את כבודו

ופרטיותו של נפגע העבירה, התעלם מבקשותיו ומרצונו, ושם אותו ללעג ולקלס בפני חבריו. מעשיו של המערער פגעו פגיעה קשה בערכי החברה המוגנים בכלל, ובמאפייניה היחודיים של המסגרת הצבאית בפרט. התביעה סבורה, אפוא, כי העונש שנגזר בדעת הרוב בבית הדין קמא, מבטא התחשבות מירבית בהליך שיקומו של המערער ואין לחרוג ממנו.

20. נטען גם, כי בהתאם למדיניות הענישה הנוהגת, משיקולים של הלימה והרתעה, מתחייב בנסיבות המקרה דן, עונש של כליאה, גם אם לתקופה קצרה. כמו כן, לשיטתה של התביעה, אין משמעו של עונש כליאה לתקופה קצרה סיכול הליך השיקום, ומכל מקום, התמדתו של המערער במסלול השיקום והצלחתו בו – מסורות בידיו שלו.

דיון והכרעה

מתחם העונש ההולם

21. ככלל, העבירות שבהן הורשע המערער, **פגיעה בפרטיות והטרדה מינית**, נועדו להגן על הערכים המצויים בלב ליבה של החברה הישראלית – **ההגנה על כבוד הזולת וצנעת הפרט**. כבר נפסק, לאמור:

"צנעת הפרט היא זכותו של אדם. היא משקפת את כבודו... היא, ואולי בעיקר היא, ממחישה את 'מותר האדם מן הבהמה' (קהלת ג', יט). משאכלו אדם וחווה מפרי עץ הדעת, הפכו הם '[ל]ידעי טוב ורע... ותפקחנה עיני שניהם וידעו כי עירמם הם ויתפרו עלה תאנה ויעשו להם חגרת' (בראשית ג', ה, ז). אמרו אפוא: משעומד אדם על דעתו, יש לכבד את רצונו בדבר פרטיותו" (בע/55/06 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט גבאי** (2006)).

22. הפגיעה בערכים אלה מקבלת משנה חומרה בעידן הטכנולוגי החדש, לנוכח זמינות המצלמות במכשירי הטלפון הניידים, המצויים ברשותו של כל אחד ואחד; ולנוכח הקלות הבלתי נסבלת, שבתיעוד המעשה הפוגע והפצתו ברבים, במרחב הווירטואלי. במרחב זה, מאבד נפגע העבירה את השליטה בתיעוד הפוגע ואין בידו להתחקות אחר מסלולי הפצתו. למעשה, הקרבן חסר אוניס ואינו יכול להגביל ולצמצם את הנזק, שנגרם לו. על החומרה היתרה, הכרוכה בצילום סרטונים מעין אלה והצגתם לעיני אחרים, עמד בית המשפט העליון בקבעו את הדברים הבאים:

"בית המשפט המחוזי היטיב לתאר את מידת החומרה, הרשעות והכיעור הטמונים בעבירה שביצע המבקש. המבקש, בודעו כי המתלוננת, שהיא גם ידידתו, אינה מודעת לצילום הסרטון ואינה מסכימה להפצתו, עשה מעשה נלוז, מתוך רצון לזכות באהדה חברתית, ופגע בכך פגיעה קשה ביותר במתלוננת. המבקש לא גילה, ולו שמץ של חמלה כלפי המתלוננת, ונראה בעליל כי הפצת הסרטון בקרב שבעה מחבריו, מעידה על אובדן דרך וזלזול בכל ערך של הגינות וכבוד

כלפי הזולת" (רע"פ 1728/17 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 10.3.2017)).

23. זאת ועוד, מימדי הפגיעה בערכים החברתיים הנ"ל, מתעצמים במסגרת הצבאית. בית דין זה עמד זה מכבר על הצורך להגן על פרטיותם של החיילים, אשר מכורח תפקידם ושירותם הצבאי שוהים בצוותא בשטח, בחדרי המחנה ואף במקומות "סמי צבאיים", כמו בית החייל. בהקשרים דומים, נדונו השלכותיהם החמורות של מעשים נלוזים כגון דא, המתבצעים תוך ניצול תנאי המסגרת הצבאית. בואר, כי:

"להגנה על ערכים אלה משנה חשיבות במסגרת הצבאית, לנוכח מאפייניה הייחודיים. החובה על-פי חוק לשרת בצבא ההגנה לישראל, מובילה, לעיתים קרובות, למגורים משותפים, בתנאים שבהם יחסי הרעות והאמון ההדדי, הם הערובה לשמירה על כבודם ופרטיותם של החיילים" (הדגשות הוספו, ע/7/18 סמל הימן נ' התובע הצבאי הראשי (2018); וראו גם: ע/6/17 התובע הצבאי הראשי נ' סמל סולימני (2017); ע/45,47/17 התובע הצבאי הראשי נ' טור' סדון (2017)).

ובדומה, הוטעם, כי:

"בלבשו את מדיו, ובפושטו אותם, במקלחת או בכל מקום אחר, חייל זכאי לשימור זכויותיו כאדם בכלל, ובעניינים הנוגעים לצנעת הפרט בפרט... אחוות הלוחמים – ובענייננו אחוות הלוחמות והלוחמים – היא הבסיס לקיומה של יחידה צבאית... האמון הבלתי מסויג, בין הלוחמים, ובינם לבין מפקדיהם, הוא תנאי מקדמי לתפקודה של פלוגה לוחמת. היא היא: הרעות" (הדגשות הוספו, עניין גבאי לעיל).

למרבה הצער, הפכו אירועים אלה לחזון נפרץ!

24. אשר לנסיבות המקרה דנן, אין בידינו לקבל את טענות ההגנה כאילו מדובר במעשה היתולי ולא ניתן להקל בחומרת המעשים, שבוצעו בתוככי בסיס הכשרה של חיילים צעירים, בתא השירותים, עת צילם המערער את חברו ליחידה, למגינת ליבו ובניגוד לרצונו. המערער ניצל את שהותו של נפגע העבירה בסיטואציה אינטימית, חדר למרחב האישי שלו ורמס את פרטיותו ברגל גסה. פעם אחר פעם, הפר המערער את צנעתו של נפגע העבירה ולא שעה לבקשתו לחדול מכך. למבוכתו הרבה של נפגע העבירה, הציף המערער במתרחש בתוך תא השירותים, שבו שהה ואף תיעד אותו ברגעים אישיים, בעת שאיבריו האינטימיים חשופים.

25. אם לא די בכך, התעלם המערער באופן בוטה מבקשתו המפורשת של נפגע העבירה למחוק את הסרטון, ואף הטעה אותו לחשוב כי עשה כן. חרף דבריו לנפגע העבירה, שמר המערער את הסרטון הפוגע במכשירו הסלולארי, הציגו לעיני חבריהם ליחידה, והעבירו

לרשות אחד מהם. התנהגותו של המערער אינה, אלא, **התנהגות מבזה ומשפילה, על רקע מיני, ואין בינה לבין בדיחות הדעת דבר וחצי דבר.**

26. אף בהמשך, לאוזני אותם חיילים, הרהיב המערער להשמיע דברי איום ובלע כלפי נפגע העבירה ובהם, האיום להפיץ את הסרטון לכולי עלמא, ברשת החברתית "פייסבוק". ללמדנו, שהיה המתלונן ער לפוטנציאל הסיכון שנשקף ממעשיו, להוסיף ולבזות את נפגע העבירה ולעוצמת הנזק שבידיו לגרום לו.

27. אין אלא לקבוע, שהמערער פגע קשות בכבודו ובפרטיותו של נפגע העבירה, **חייל צעיר, חברו להכשרה, ותיאור הנזקים שנגרמו לנפגע העבירה עקב מעשיו של המערער, מבטא היטב את מימדי הפגיעה בערכים החברתיים, כמפורט לעיל (ראו והשוו): עניין הימן לעיל).**

28. מעשיו של המערער, לנוכח הפגיעה המשמעותית בערכים חברתיים מרכזיים ומשמעותיים, משיקולים של הלימה ובראי מדיניות הענישה המקובלת (ראו והשוו): עניין **הימן לעיל**; עניין **סדון לעיל**; ע/15/37 **סמל מולה נ' התובע הצבאי הראשי** (2015); ע/14/111,113 **סמ"ר משיח נ' התובע הצבאי הראשי** (2015), ע/09/41 **התובע הצבאי הראשי נ' סמ"ר ליבה** (2009) – מחייבים ענישה משמעותית של מאסר בפועל למשך **מספר חודשים.**

29. אשר **למתחם העונש ההולם**, כפי שהבהרנו בעבר, קביעה של מתחם עונש מאסר בפועל **אחד, מבלי להבחין** בין החלופות לנשיאת עונש מאסר בפועל – עשוי לעורר קושי. כד, נקבע, כי:

"ככלל, כבר בעת בחינת מתחם העונש ההולם, ראוי יהיה ליתן משקל אף ליחס בין משכו של עונש מאסר בפועל בכליאה לבין משכו של עונש מאסר בפועל בעבודה צבאית (על היחס ועל ההבדל האיכותי והכמותי בין עונש מאסר בפועל בעבודה צבאית לעונש מאסר בפועל בכליאה ממשית, ראו: רע"פ 4944/14 **פינקס נ' מדינת ישראל**, פסקה 10 (16.7.2014); רע"פ 483/14 **אמסלם נ' מדינת ישראל** (19.5.2014), ע"פ 5026/12 **פלוני נ' מדינת ישראל** (10.2.2013); ע/16/62 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל ברום** (2016); ע/17/58 **טור' חנון נ' התובע הצבאי הראשי** (2017); והשוו גם בין הוראת סעיף 404א(ב)(2) להוראת סעיף 404א(ב)(4) לחוק השיפוט הצבאי, בכל הנוגע לתקופת המאסר בפועל, אשר אינה נושאת רישום פלילי מלא, על-פי תיקון 63 לחוק השיפוט הצבאי" (ע/17/64 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט רחמים** (2017)).

30. בחינת המקרה ונסיבותיו, בראי היקף הפגיעה בערכים החברתיים ומדיניות הענישה הנוהגת, מעלה כי מתחם העונש ההולם שקבע בית הדין קמא, מאסר בפועל בין 45 ימים לארבעה חודשים, **מתאים לעונש שכולו מאסר ממש.** במקרה של עונש מאסר בפועל, אשר חלקו במאסר ממש ויחלקו בעבודה צבאית, ראוי היה להעמיד את המתחם על **תקופות ממושכות יותר.**

31. מכל מקום, אף אם נפלה טעות בהקשר זה, כפי שנראה להלן אין בכך כדי להצדיק התערבות בפסק הדין, לנוכח מסקנתנו, כי בסופו של דבר, העונש שהושת על המערער הולם וראוי, ולא נפלה בו טעות מהותית (ראו והשוו: ע"פ 248/18 גבאי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 2.7.2018); ע/5/18 טור' גפורוב נ' התובע הצבאי הראשי (2018)).

מידת עונש המאסר בפועל

32. בעניינו של המערער, אין חולק כי לשיקולי השיקום מעמד רם. נסיבות חייו המורכבות של המערער וכברת הדרך המרשימה שעשה, מצביעים על שינוי בהרגלים, בחשיבה ובתפיסה הנורמטיבית. יש לפנינו "אינדיקציות לשינוי עמוק בהתנהגות ובדרך החשיבה" (ע"פ 6637/17 קרנדל נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 18.4.2018)). לכך יש להוסיף את גילו הצעיר של המערער, אשר נעדר עבר פלילי, את הבעת החרטה ואת נטילת האחריות למעשים. עם זאת, ברקע הדברים, יש לציין, כי אין לפנינו מי שהביע מוטיבציה להשתלב בטיפול ואף לא מי שנקט מאמץ להביע התנצלות לפני נפגע העבירה מאז המקרה ועד לדיון בבית הדין קמא (כעולה מעדותו של המערער שם). בהתאם, הגם שיש ליתן משקל נכבד לאינטרס השיקום בעניינו, אין לקבוע, בראי התמונה הכוללת, כי שיקול זה מטה את הכף לטובת חריגה מן הרף התחתון של מתחם העונש ההולם.

33. זאת ועוד, אין להתעלם מצורכי ההרתעה המתקיימים בנסיבות המקרה דנן (ראו סעיפים 140 ו-140 לחוק העונשין, התשל"ז-1977), על רקע השתלשלות העניינים ונוכח ההקשר הצבאי של המעשים (על מעמדם של שיקולי ההרתעה גם כאשר קיים פוטנציאל ממשי לשיקום, ראו: ע"פ 2457/18 אסרף נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 8.7.2018); עניין קרנדל לעיל; רע"פ 391/17 פלוני נ' התובע הצבאי הראשי (טרם פורסם, 15.1.2017); עניין הימן לעיל; ע/62/16 התובע הצבאי הראשי נ' סמל ברום (2016)). שיקולים אלה מחייבים להשית ענישה ממשית. בנסיבות המקרה והעושה, מטעמים של הלימה והרתעה, ועל מנת להעביר מסר נחרץ שלפיו אין להסכין עם מעשים חמורים אלו, במיוחד בתוככי המסגרת הצבאית, ויש להוקיעם – יש להטיל על המערער עונש מאסר בפועל ממשי, בכלא הצבאי, גם אם לתקופה קצרה.

34. כידוע, האיזון בין מכלול השיקולים ראוי כי ייעשה "תוך התחשבות בנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה, ותוך מתן דגש גם למאפייני המסגרת הצבאית, ייחודיותה ודרישותיה - שאף להם משקל לא מבוטל במלאכת הענישה" (הדגשות הוספו, עניין פלוני לעיל, פסקה 12). ואמנם, בחינת התמונה המלאה, בראי תכליות הענישה בדין הכללי ואף בהקשר הצבאי, מעלה כי שופטי הרוב בבית הדין קמא התחשבו במידה רבה בנסיבותיו האישיות של המערער ובפוטנציאל השיקום שלו, ואין לומר, כי

נפלה טעות בגזר-דינו. בית הדין איזן כדבעי בין שיקולי הענישה השונים, וקביעת תמהיל עונש המאסר בפועל והיחס בין מרכיביו, בשים-לב למשכו הקצר של המאסר הממשי (אשר, כאמור, ירוצה בכלא צבאי), נעשתה באופן ראוי, תוך מתן משקל הולם לצורכי השיקום במקרה דנן.

35. כאמור, ההגנה טענה לפנינו באריכות על אודות יישום ההמלצות הכלולות בדו"ח ועדת דורנר, בכל הנוגע להימנעות מהטלת עונשי מאסר קצרים והשימוש בעבודת שירות כחלופה להם. נעיר בהקשר זה, מבלי לרדת לעומק הדברים, כי מסקנות הוועדה בנושא נסמכו על שיקולים שונים ובהם – שיקולים כלכליים (ראו עמודים 59-60 לדו"ח). ניתוח הסוגיה והשיקולים שפורטו שם אינם זהים **בהכרח** לדיון בצורכי הענישה והשיקולים השונים במסגרת הצבאית. זאת ועוד, יש לציין, כי הוועדה הקפידה לכל אורך הדיון בסוגיה, לעמוד על **חשיבות שמירתו של עיקרון ההלימה** וצורכי הענישה הנגזרים ממנו (שם).

36. מכל מקום, כאמור, ככלל יש לבחון את היקף שיקולי הענישה ויחס הראוי ביניהם, לאחר בחינת **כלל הנסיבות הקונקרטיות** של כל מקרה ומקרה, בהתאם לכללים שהותוו בתיקון 113 לחוק העונשין ועל-פי הפסיקה שבעקבותיו. בענייננו, בחינת מכלול שיקולי הענישה הנוגעים לעניין והאיזון ביניהם, מעלה, כאמור, כי לא נפלה שגגה בפסק-דינו של בית הדין קמא, ובנסיבות אלו, אין להתערב בו (ראו: ע"פ 4668/14 **אפללו נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 18.2.2015)).

37. מצאנו אפוא, לדחות את ערעור ההגנה.

ניתן והודע היום, כ"ח בתמוז התשע"ח, 11 ביולי 2018, בפומבי ובמעמד הצדדים.

| שופט | שופטת | המשנה לנשיא | |
|-------|-------|-------------|--------------------|
| למקור | נאמן | העתק | _____ חתימת המגיה: |
| מכני | קורל | סרן | |
| הדין | בית | קצינת | _____ תאריך: |