**בבית הדין הצבאי לערעורים**

בפני:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **תא"ל (מיל') אבי לוי**  | **-** |  אב"ד  |
| **אל"ם מאיה גולדשמידט** **אל"ם (מיל') מאיה הלר**  | **-** **-**  |  שופטת שופטת |

בעניין:

**מ/\*\*\*\*\*\*\* רב"ט א' ר' –** המערער (ע"י ב"כ, עו"ד אילן כץ; עו"ד קובי מרגולוב)

**נ ג ד**

**התובע הצבאי הראשי –** המשיב (ע"י ב"כ, רס"ן מאשה יודשקין; סרן טל ואקיל; סרן שני שחר)

ובעניין:

 **התובע הצבאי הראשי –** המערער (ע"י ב"כ, רס"ן מאשה יודשקין; סרן טל ואקיל; סרן שני שחר)

**נ ג ד**

**מ/\*\*\*\*\*\*\* רב"ט א' ר' –** המשיב (ע"י ב"כ, עו"ד אילן כץ; עו"ד קובי מרגולוב)

ערעורים על פסק הדין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי חיל האוויר שניתן בתיק ח"א (מחוזי) 96/20 (סא"ל סיגל טורג'מן חזן - אב"ד; רס"ן יערה בלזם - שופטת; רס"ן יואב שם טוב - שופט) ביום 2.8.2022. התיק הושב לבית הדין קמא.

**ה ח ל ט ה**

1. ביום 7 בנובמבר 2022 נשמעו בפנינו ערעורי הצדדים על פסק הדין שניתן בעניינו של רב"ט א' ר' , המערער, ובו הורשע על ידי בית הדין הצבאי המחוזי בעבירה של מעשה מגונה, לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין, תשל"ז – 1977, ונדון לעונש מאסר בפועל בן שישה חודשים, מתוכם חמישה חודשים בכליאה ממשית וחודש לריצוי בדרך של עבודה צבאית, לצד עונשי מאסר מותנה, הורדה לדרגת טוראי ותשלום פיצויים לנפגעת העבירה.
2. התביעה עתרה בערעורה להרשיע את המערער בעבירה החמורה יותר שיוחסה לו בכתב האישום וממנה זוכה – עבירה של מעשה מגונה בנסיבות השוללות מתן הסכמה חופשית, לפי סעיפים 348(א) ו-345(א)(4) בצירוף סעיף 355 לחוק העונשין. לחלופין, עתרה להרשיע בניסיון לביצוע עבירה זו. כן ביקשה להחמיר בעונש המאסר בפועל שהוטל עליו, בין אם יתקבל ערעורה לעניין הכרעת הדין ובין אם לאו. ההגנה לא ערערה על הכרעת הדין, ועתרה בערעורה להקל בעונש המאסר בפועל שהוטל על המערער ולהורות כי ירוצה כולו בדרך של עבודה צבאית.
3. במהלך הדיון בערעורים הערנו, כי הכרעת הדין אינה מפרטת ממצאי מהימנות ביחס לסוגיה המרכזית העומדת בבסיס ערעור התביעה, היינו בשאלה האם היה המערער מודע לכך שנפגעת העבירה שרויה היתה במצב השולל ממנה מתן הסכמה חופשית, שעה שהחל בביצוע המעשה המגונה שבעשייתו הורשע. בנסיבות אלו, הותירו הצדדים לשיקול דעתנו את ההחלטה בשאלה, אם יש מקום לפסוק בטענותיהם בערעורים, על אף החוסר הקיים בהנמקת בית הדין קמא, במסגרת פסק הדין בערעור, או שמא ראוי להשיב את הדיון לבית הדין המחוזי לשם השלמת ההנמקה בסוגיה זו.
4. לאחר הדיון במעמד הצדדים, עיון יסודי בסוגיות העובדתיות והמשפטיות המתעוררות למקרא הכרעת הדין וערעור התביעה בהמשך לבחינה המעמיקה שקיימנו ולא בלי התלבטות, באנו לכלל מסקנה, כי בנסיבות העניין אין מנוס מהשבת התיק לבית הדין קמא לשם הבהרת הנמקתו.

נציין כי בית הדין קמא הנכבד קיבל כמהימנה את עדותה של נפגעת העבירה ולעומת זאת, מצא כי אין לייחס משקל לעדותו של המערער. בהתאם, קבע בהכרעת דינו, שיש לקבל באופן מלא את גרסתה של נפגעת העבירה וכי יש לדחות את גרסת המערער. לפיכך נקבע, במסגרת תאור ממצאי העובדה בהכרעת הדין, באשר לאירוע, כך: "בחלוף מספר דקות נרדמה המתלוננת. **בעודה ישנה** הרגישה שהנאשם מתחכך בישבנה באמצעות איבר המינו הזקור והיא התעוררה". חרף זאת, בהכרעת הדין נכללה קביעה בעניין היסוד הנפשי שליווה את מעשיו של המערער רק בהתייחס לעבירה שעניינה מעשה מגונה (שבה הורשע המערער בסופם של דברים) ונקבע כי המערער "בחר לעצום את עיניו בנוגע לאפשרות שאינה מסכימה". אף שבית הדין קמא הנכבד קבע כי מעשיו של המערער החלו בעודה ישנה, נמנע בית הדין מלהתייחס, בפסק דינו, להיקף המודעות של המערער בשלב **תחילת המעשים**, היינו לשאלת מודעותו של המערער לכך שנפגעת העבירה ישנה באותו שלב (התייחסות אשר לכאורה התבקשה בשים לב לקביעת בית הדין קמא בדבר קיומו של שלב שכזה בפועל). יוצא, שהכרעת הדין אינה כוללת התייחסות והנמקה בנוגע לשאלת מודעותו של המערער לנסיבות השוללות מתן הסכמה חופשית של נפגעת העבירה (ואף לאפשרות כי השימה עצמה ישנה). כאמור, בהיעדר הנמקה ביחס ליסוד הנפשי של המערער, מצאנו קושי מהותי בהכרעה לגופם של דברים בערעור התביעה על הכרעת הדין.

1. אנו מורים, אפוא, על השבת התיק לבית הדין קמא, לשם השלמת ההנמקה ביחס לסוגיה זו. חזקה על בית הדין קמא, כי יידרש לסוגיה זו בהקדם.
2. לאחר השלמת ההנמקה בהכרעת הדין, ייקבע המתווה להמשך הדיון בערעורים שלפנינו.

ניתנה והודעה היום, י"ב בטבת התשפ"ג, 5 בינואר 2023, בלשכה, ותועבר לצדדים על ידי קצין בית הדין.

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

 אב"ד שופטת שופטת

**חתימת המגיה: \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ העתק נאמן למקור**

 **סרן כפיר לב**

**תאריך: \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ קצין בית הדין**