



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני:

תא"ל אורלי מרקמן - המשנה לנשיא
אל"ם מאיה הלר - שופטת
אל"ם אבנר בן זקן - שופט

בעניין:

התובע הצבאי הראשי – המערער (ע"י ב"כ, סרן שגב רום; סרן שחף חיטמן-אפיני)

נגד

מ/XXX סמל ב' ט' – המשיב (ע"י ב"כ, סרן עמית שוחנצקי)

ובעניין:

מ/XXX סמל ב' ט' – המערער (ע"י ב"כ, סרן עמית שוחנצקי)

נגד

התובע הצבאי הראשי – המשיב (ע"י ב"כ, סרן שגב רום; סרן שחף חיטמן-אפיני)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי זרוע היבשה שניתן בתיק ז"י (מחוזי) 268/16 (סא"ל מאיר ויגיסר – שופט; רס"ן אריאל הירש – שופט; רס"ן דוד-חי יונצ'ה – שופט) ביום 22.5.2017. ערעור התביעה (קולת העונש) נדחה. ערעור ההגנה (חומרת העונש) נדחה.

פ ס ק - ד יןרקע

1. סמל ב' ט', המערער, הורשע על-פי הודאתו, בעבירה שעניינה פגיעה בפרטיות, לפי סעיפים 1, (3)2 ו-5 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981; בעבירה שעניינה הטרדה מינית, לפי סעיפים 3(א)+5(א) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998 ובעבירה שעניינה התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955.

2. בית הדין קמא גזר על המערער, עונש של ארבעה (4) חודשי מאסר בפועל באופן שחודשיים (2) מתוכם ירוצו בכליאה ממשית וחודשיים (2) נוספים ירוצו בדרך של עבודה צבאית, לצד עונש מאסר מותנה והורדה לדרגת טוראי. עוד נפסק, כי המערער ישלם לנפגעת העבירה פיצויים בסך 5,000 ש"ח.

3. הצדדים לא השלימו עם העונש שהושת בגזר הדין ומכאן הערעור שלפנינו.

גזר הדין וההליכים לפני בית הדין המחוזי

4. בית הדין קמא עמד בגזר-דינו, על נסיבות ביצוע העבירות, כדלהלן:

"בתאריך 27/11/2015... קיימו הנאשם ונפגעת העבירה יחסי מין. במהלך האקט המיני **צילם הנאשם 2-3 סרטונים וכ-3 תמונות** של האקט המיני באמצעות מצלמת היסלפ"י שבמכשיר הטלפון הסלולרי שלו וזאת כאשר נפגעת העבירה ערומה, **ללא הסכמתה וללא ידיעתה**. הנאשם אף **הקליט באמצעות יישומון ה'Whatsapp'** את נפגעת העבירה במהלך האקט המיני, ללא הסכמתה וללא ידיעתה. לאחר מכן... הלכו הנאשם, רב"ט מ' ס' ונפגעת העבירה לחדר האוכל של הסגל וקיימו שם יחסי מין. **רב"ט מ' ס' צילם סרטון של האקט המיני**, בעודם ערומים, באמצעות מכשיר הטלפון הסלולרי שלו, **בידיעת הנאשם וללא ידיעתה והסכמתה** של נפגעת העבירה. לאחר האמור שלח רב"ט מ' ס' את הסרטון לנאשם. בנוסף, שלח רב"ט מ' ס' את הסרטון, באמצעות יישומון ה'Whatsapp', לקבוצה המכונה 'עד מתי', **בה חברים 5 אנשים**. בתחילת חודש דצמבר 2015... בעת שקיים יחסי מין עם נפגעת העבירה, **צילם הנאשם תמונה** באמצעות מצלמת היסלפ"י שבמכשירו הסלולרי וזאת כאשר נפגעת העבירה ערומה וכשחלק מאבריה האינטימיים נגלים בתמונה. הנאשם עשה כן ללא ידיעתה וללא הסכמתה של נפגעת העבירה. בסמוך לאחר האירועים המפורטים, במועד שבין סוף חודש נובמבר 2015 לחודש דצמבר 2015, **הציג הנאשם את הסרטונים** שצולמו לרב"ט מ' ס' וכן לסמל **א** ואחרים המשרתים יחד עמו כטבחים בבסיס. עוד הציג

הנאשם את אחד הסרטונים שצילם לשניים מחבריו. החקירה נפתחה בעקבות דיווח של מפקדת בט"ר ניצנים בדבר חשד לצילום והפצה של סרטוני מין ביחידתה. הנאשם הודה בחקירתו באישומים המיוחסים לו והביע חרטה. לאחר שנודע לנאשם על כך שנפתחה חקירת מצ"ח בגין האירועים המפורטים בכתב האישום, ועל אף זאת, העלים הנאשם ראיות בכך שמחק ממכשיר הטלפון הסלולרי שלו את הסרטונים והתמונות אשר צולמו על ידו כמפורט לעיל".

5. מהראיות שהובאו לפניו, למד בית הדין קמא, כי המערער השתחרר מצה"ל בחודש אוגוסט 2016, ימים בודדים לאחר שהוגש כתב האישום נגדו ולאחר ששירת שירות צבאי מלא כטבח. כעת נמנה המערער עם מערך המילואים. כן עלה, בעקבות האמור בחוות-דעת קרימינולוגית-יישומית, שנערכה בעניינו של המערער, כי הוא מתגורר עם אמו, העובדת כמוכרת בחנות בגדים וכי הוריו גרושים. בחוות הדעת צוין, כי המערער בעל רקע נורמטיבי, גדל במשפחה בה נחשף ליחסים הסבוכים שבין הוריו ולכן הוא "חסר מיומנויות תקשורת אינטימיות". עורכת חוות הדעת, הגברת לוי סיאל, התרשמה, כי "ייתכן שהצילום של האקט המיני סיפק עבורו מעין 'הוכחה' לגבריותו, הן בפני עצמו והן בפני חבריו בבסיס ומחוצה לו", אף כי המערער עצמו שלל זאת. צוין גם, כי "גילו הצעיר וחוסר ניסיונו בחוויה זוגית המלווה ברגשות חמים ואוהבים, תרמו אף הם להתנהגות פזיזה וקלת דעת... אשר לא חווה אותם כהתנהגות פוגענית היות והעריך שנפגעת העבירה מודעת לכך שצילם תוך כדי האקט המיני". לבסוף נכתב כי המערער מגלה הבנה לטעותו ומביע חרטה על מעשיו. אמו של המערער וכן מעסיקו מסרו, כי המערער מסייע לאמו בשגרת היום-יום ואף בפרנסת הבית.

6. בדבריו לפני בית הדין, הביע המערער צער על כך שנפגעת העבירה עזבה את אולם בית הדין לאחר שסיימה להעיד, משום שביקש להתנצל לפניו באופן אישי.

7. נפגעת העבירה תיארה בבית הדין קמא את הנזקים ארוכי הטווח, שהיו מנת חלקה, נוכח מעשיו של המערער. היא ציינה, כי לאחר שנודעו לה מעשיו של המערער (וחבריו) היא ניסתה לשים קץ לחייה ומאז היא מטופלת על-ידי גורמי בריאות הנפש באופן תדיר. כן מסרה, כי הסרטונים שצולמו שלא בידיעתה, הגיעו לגורמים אף מחוץ לבסיס, לרבות למכריה בעיר מגוריה וכי יש מי שניתק עימה קשר בשל כך. בית הדין קמא בחר ליתן לעדותה של נפגעת העבירה, בכל הנוגע לנזק שנגרם לה, **משקל מוגבל**. וזאת, משתוכן הדברים לא הועבר להגנה מבעוד מועד. בהתאם, התחשב בית הדין קמא בעת קביעת מתחם העונש ההולם **"בעיקר במהות המעשים, כשהם בפני עצמם ובנוק הפוטנציאלי שגלום בהם"**. בית הדין קמא הוסיף וציין כי

"הנזק הפוטנציאלי ממעשי הנאשם הוא אדיר... לצילום סרטונים המתעדים יחסי אישות אינטימיים, ואיברים מוצנעים ופרסומם ברבים תוצאות הרסניות כלפי כל אדם, באשר הוא אדם. לשם הוכחת עובדה זו, לא נדרשה לנו עדותה של נפגעת העבירה, אלא רק השכל הישר, ההיגיון הבריא וניסיון החיים".

8. בהמשך, בבואו לקבוע את מתחם העונש ההולם, התייחס בית הדין המחוזי לערכים החברתיים אשר נפגעו כתוצאה ממעשיו של המערער, ובכלל זאת הצורך להגן על כבודן של החיילות, פרטיותן וערך הרעות, החייב לשרור בין חיילים המשרתים באותה יחידה. בואר, כי מעשיו של המערער פגעו פגיעה משמעותית בערכים החברתיים האמורים, בעיקר משום "שהפר את אמונה של בת זוגו לקיום יחסי האישות ואת היותה חשופה במהלכם" ומאחר ש"הציג (אך לא הפיץ בעצמו דרך המרשתת) את הסרטונים בפני רבים אחרים".

9. בהתחשב בערכים החברתיים שנפגעו, במימדי הפגיעה בהם, בנסיבות ביצוע העבירות, לרבות התכנון שקדם להן, ביצוע המעשים בצוותא עם חייל אחר ופוטנציאל הנזק לנפגעת העבירה, ובמדיניות הענישה הנהוגה (בית הדין הפנת, למשל, אל ע/17/6 התובע הצבאי הראשי נ' סמל יובל סולימני (2017) והפסיקה שאוזכרה) – לאור כל אלו, קבע בית הדין קמא את מתחם העונש ההולם בין חודשיים מאסר בכליאה ממשית לבין שישה חודשי מאסר בפועל, חלקם בכליאה ממשית וחלקם לריצוי בדרך של עבודה צבאית.

10. בית הדין ראה לקבוע את עונשו של המערער בתוככי מתחם העונש שנקבע. בעשותו כן, התחשב בית הדין המחוזי בהודאתו של המערער ונטילת האחריות על-ידו, בנושנות העבירות, בשחרורו משירות צבאי ובעברו הנקי. מנגד, קבעה הערכאה קמא, כי המערער לא פעל על מנת לתקן את תוצאות העבירה או לשם פיצוי המתלוננת. בהינתן כל אלה, ראה בית הדין קמא למקם את עונשו של המערער "ברף נמוך יחסית של מתחם הענישה שקבענו ולאזן את ההקלה בעונש המאסר בפועל בעונש מאסר מותנה מרתיע ובפיצויים לנפגעת העבירה".

ערעור ההגנה

11. ההגנה עתרה להקל בעונשו של המערער על דרך של הימנעות מהטלת עונש מאסר בכליאה ממשית. טענות ההגנה כוונו, בעיקר, כנגד החלטת בית הדין קמא לאפשר לנפגעת העבירה להעיד על הנזק שנגרם לה כתוצאה מביצוע מעשיו של המערער. נטען, כי החלטה זו אינה עולה בקנה אחד עם הוראת סעיף 40(ב)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, המאפשר לבית הדין להתיר הבאת ראיות "בעניין נסיבות

הקשורות בביצוע העבירה בשלב הטיעונים לעונש, אם שוכנע כי לא היתה אפשרות לטעון לגביהן בשלב בירור האשמה או אם הדבר דרוש כדי למנוע עיוות דין". לדידה של ההגנה, לא התקיימו חריגים אלו בעניינו של המערער, זאת במיוחד מאחר שהודאתו של המערער נמסרה במסגרת ההסכמות בין הצדדים, ביחס לסעיפי העבירות בכתב האישום ולעובדות שפורטו בו. במצב דברים זה, נטען, מהווה תוכן דבריה של נפגעת העבירה חומר חקירה שיש להעבירו לעיון הנאשם עם הגשת כתב האישום, על-מנת שלא תפגע הגנתו ולא יופתע מעובדות חדשות הקשורות בנסיבות ביצוע העבירות, בשלב מתקדם של ההליך המשפטי, לאחר ההרשעה. אשר על כן, הוסיפה ההגנה וטענה, כי שגה בית הדין קמא עת אפשר לנפגעת העבירה להעיד, ויותר מכך, עת נתן משקל לתוכן עדותה, אף אם המדובר ב"משקל מוגבל". נטען גם, כי קביעת בית הדין בעניין סותרת את החלטתו הקודמת של בית הדין קמא, שלפיה "ככל שהמתלוננת העידה או תעיד על פרטים שאינם בגדר ההסכמות שבין הצדדים ההרכב לא ייתן להם כל משקל במסגרת גזר הדין".

12. עוד נטען, כי ראוי היה להורות על ריצוי עונש המאסר בפועל כולו בדרך של עבודה צבאית, וכי נוכח גילו הצעיר של המערער, ריצוי המאסר בדרך של עבודה צבאית הולם את מטרות הענישה. הוטעם, כי בנסיבות המעשה ונוכח נסיבותיו של העושה, ובכלל זאת, לאור סיום שירותו הצבאי של המערער באופן תקין, הזמן הרב שחלף ממועד ביצוע העבירות ועד עתה, ואף בשים-לב להתרשמותה של הקרימינולוגית היישומית – יש לאפשר את המשך שיקומו של המערער ולהעדיפו על פני השגתו לאחור.

ערעור התביעה

13. התביעה עתרה להחמיר בעונשו של המערער, באופן אשר יבטא נכונה את הפגיעה החמורה הגלומה במעשיו של המערער בערכים החברתיים שפורטו לעיל, ובהם – הזכות לפרטיות וערך הרעות וייתן ביטוי לפוטנציאל הנזק המשמעותי הניבט ממעשים אלו, לאור קלות השכפול והפצת התמונות והסרטונים במדיה הוירטואלית. כן עמדה התביעה הצבאית על היבטי החומרה המשתקפים ממעשי המערער במקרה דנן, ובהם: היקף המעשים, החזרה עליהם ושיתופם של אחרים בתוצרי התייעוד שערך; והעלמת ראיות מרגע שנודע למערער על פתיחת החקירה.

14. התביעה הצבאית גרסה כי שגה בית הדין קמא עת נתן משקל מוגבל בלבד לעדותה של נפגעת העבירה, אשר העידה על הנזקים שנגרמו לה ובכך חטא, כנטען, לתכליותיו של חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001. נטען, כי קביעותיו של בית הדין מנוגדות לאמור בסעיף 18 לחוק זה, המאפשר לנפגע עבירה להגיש תצהיר על

"כל פגיעה ונזק שנגרמו לו בשל העבירה... בדיון בעניין גזר דינו של הנאשם". הוטעם גם, כי בעניינו של המערער הועברה הצהרת נפגעת העבירה להגנה מבעוד מועד ואף בכך שגה בית הדין, עת קבע כי ההצהרה לא הועברה מראש. לבסוף, טענה התביעה הצבאית, כי מידת ההתחשבות שיש ליתן לנסיבותיו האישיות של המערער ולפוטנציאל שיקומו צריכה להיות מועטה וזאת בשים-לב לחומרת מעשיו.

דיון והכרעה

עדותה של נפגעת העבירה

15. נוכח טיעוניהם של באי-כוח הצדדים בנוגע למשקל הראוי, שהיה על בית הדין קמא לייחס לעדותה של נפגעת העבירה, בשים-לב לעיתוי העברת תוכנה לידיעת ההגנה, סברנו כי יש לבחון שאלה זו תחילה. כאמור, טענה ההגנה כי לא היה מקום לאפשר עדות זו כלל ולחלופין עתרה שלא להסתמך על העדות, ככל שהיא חורגת מהמסגרת העובדתית המוסכמת שבכתב האישום, לרבות ביחס לתיאור הנזק שנגרם לנפגעת העבירה. מנגד, סברה התביעה כי ראוי היה ליתן לעדות זו משקל מלא, על כל חלקיה. כפי שהראינו, בחר בית הדין קמא לילך בדרך ביניים ולתת לעדותה של נפגעת העבירה "משקל מוגבל", בהתחשב בעיתוי העברתה, לידיעת ההגנה.

16. המחוקק, כמו-גם בתי המשפט, הכירו במעמדם המיוחד של נפגעי העבירה בחליך הפלילי (ראו: **חוק זכויות נפגעי עבירה**, הני"ל; ע"פ 9150/08 **מדינת ישראל נ' ביטון** (טרם פורסם, 23.7.2008); ע"פ 5860/14 **לביא נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 6.3.2016)). עוד טרם חוקק תיקון מספר 113 לחוק העונשין (חוק העונשין (תיקון 113), התשע"ב-2012) קבע בית המשפט העליון, כי למתלונן מוקנית זכות מלאה להעיד על אודות הפגיעה אשר נגרמה לו כתוצאה ממעשה העבירה, אף אם דבריו חורגים מן המסגרת העובדתית של כתב האישום:

"דומה כי הסכמה בין המדינה לנאשם בדבר עובדות כתב האישום היא עניין שונה ונפרד מהגשת ראיות במסגרת הטיעון לעונש, אשר יבססו במישור העובדתי, את הפגיעה שנגרמה לקרבן עבירה. בנוסף... העיד מטעם המשיבה המתלונן עצמו אודות הפגיעה שנגרמה לו. דומה כי אין חולק על כך שהמתלונן רשאי היה להעיד אודות הפגיעה שנגרמה לו ולמסור תמונה מלאה של השלכות המקרה על חייו, תוך שבאפשרות בא כוח המערער לחקרו בחקירה נגדית. כל עוד התשתית העובדתית לגזירת הדין היא זו בה הורשע הנאשם, אין בדברים פסולי" (ע"פ 3277/10 **אגבריה נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 2.2.2011)).

17. נשאלת השאלה, אפוא, האם סעיף 40 לחוק העונשין, אשר תוקן במסגרת תיקון 113 הנ"ל ואשר הסדיר בחקיקה את מסגרת הבאת הראיות והעלאת הטענות בשלב הטיעונים לעונש, בכל הנוגע לנסיבות הקשורות בביצוע העבירה, צמצם את זכויותיו של נפגע העבירה בכל הקשור לעיתוי העברת הצהרתו או מסירת עדותו. להלן נביא את נוסח הסעיף במלואו:

"40י הוכחת נסיבות הקשורות בביצוע העבירה

(א) בית המשפט יקבע כי התקיימו נסיבות הקשורות בביצוע העבירה, על בסיס ראיות שהובאו בשלב בירור האשמה.

(ב) על אף האמור בסעיף קטן (א) —

(1) בשלב הטיעונים לעונש, הנאשם רשאי להביא ראיות מטעמו, ובלבד שאינן סותרות את הנטען על ידו בשלב בירור האשמה, והצדדים רשאים להביא ראיות שנקבע בחיקוק כי יובאו בשלב זה;

(2) בית המשפט רשאי, לבקשת אחד מהצדדים, להתיר להביא ראיות בעניין נסיבות הקשורות בביצוע העבירה בשלב הטיעונים לעונש, אם שוכנע כי לא היתה אפשרות לטעון לגביהן בשלב בירור האשמה או אם הדבר דרוש כדי למנוע עיוות דין.

(ג) בית המשפט יקבע כי התקיימה נסיבה מחמירה הקשורה בביצוע העבירה אם היא הוכחה מעבר לספק סביר; בית המשפט יקבע כי התקיימה נסיבה מקילה הקשורה בביצוע העבירה אם היא הוכחה ברמת ההוכחה הנדרשת במשפט אזרחי.

(ד) בלי לגרוע מהוראות סעיף קטן (ב)(2), הודה הנאשם בעובדות כתב האישום, בין לאחר שמיעת הראיות ובין לפני כן, יכלול כתב האישום שבו הודה את כל העובדות והנסיבות הקשורות בביצוע העבירה" (ההדגשות הוספו).

18. עניינו הרואות, כי בצד הכלל, שלפיו בית המשפט קובע מהן הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה על בסיס הראיות שהוגשו לו בשלב בירור האשמה, דהיינו עד למועד הכרעת הדין, קיימים שני חריגים, שמכוחם יכולה התביעה להגיש ראיות גם מאוחר לשלב זה. חריג אחד, עניינו הבאת ראיות, אשר נקבע בחיקוק כי יובאו בשלב זה (סעיף 40(ב)(1)). החריג הנוסף, עניינו הבאת ראיות, באישור בית הדין, כדי למנוע עיוות דין (סעיף 40(ב)(2)).

19. עם זאת, עניין לנו בנאשם אשר הודה בעובדות כתב האישום ולפיכך, חלה עליו הוראת סעיף 40(ד) לחוק העונשין, הקובעת, כי יחול אך החריג הקבוע בסעיף 40(ב)(2) לחוק העונשין, המחייב את אישורו של בית הדין להבאת הראיות בשלב זה (וראו: ע"פ 6802/14 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 6.1.2015); ע"פ 3667/13 ח'טיב נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 14.10.2014)).

20. בע/51/16 סמל אלמליח נ' התובע הצבאי הראשי (2016) נדרש בית דין זה, בהרחבה, לסוגיה דומה. נוכח חשיבות הדברים שנקבעו באותו מקרה לעניינו של המערער, נביא להלן, בפירוט, את סקירתו של בית הדין באשר למצב הנורמטיבי ותכליתו של חוק זכויות נפגעי עבירה, וכן את מסקנותיו ביחס לסמכות בית הדין לקבל לידי הצהרת נפגע עבירה, אף אם זו לא הוצגה לעיון ההגנה מבעוד מועד –

"חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, מגדיר בסעיף 1 לחוק את תכליתו: 'חוק זה מטרתו לקבוע את זכויותיו של נפגע עבירה ולהגן על כבודו כאדם, בלי לפגוע בזכויותיהם על פי דין של חשודים, נאשמים ונידונים'. ... סעיף 18 לחוק, אשר דן בהצהרת נפגע עבירה, קובע לאמור:

(א) נפגע עבירה זכאי למסור הצהרה בכתב לגוף החוקר או לתובע, על כל פגיעה ונזק שנגרמו לו בשל העבירה, לרבות נזק גוף, נזק נפשי או נזק לרכוש; מסר הנפגע הצהרה כאמור, זכאי הוא שהתובע יביא את הצהרתו לפני בית המשפט בדיון בעניין גזר דינו של הנאשם'... על-פי תקנה 11 לתקנות זכויות נפגעי עבירה, שהותקנה מכוח סעיף זה –

(ב) הועבר חומר החקירה לתובע ולא מסר נפגע העבירה הצהרה לחוקר כאמור בתקנת משנה (א), או שברצונו למסור הצהרה מעודכנת, זכאי נפגע העבירה למסור את ההצהרה למזכירות לשכת התביעות המשטרתית או למזכירות הפרקליטות הפלילית שהועבר אליה חומר החקירה, במשלוח בדואר רשום, בפקסימילה או במסירה אישית, בכל עת עד למועד הדיון בגזר הדין.

(ג) הצהרת הנפגע תובא לפני בית המשפט בעת הדיון בענין גזר הדין כאמור בסעיף 18 לחוק, אם קיבל אותה התובע לפני מועד הדיון האמור'... עוד נזכיר, כאמור, כי בטופס 2 לתקנות זכויות נפגעי עבירה, שעל גבו מוסרים נפגעי עבירה את ההצהרה, כלולים, בין היתר, הדברים הבאים:

ידוע לי כי כל המידע שמסרתי במסמך זה מהווה חומר חקירה ובהתאם לחוק הוא יועמד לעיון הנאשם או סניגורו וכי אני עשוי להיחקר על כך בבית המשפט.

ידוע לי כי אני זכאי/ת להביא הצהרת נפגע זו לתובע עד למועד הדיון בגזר הדין... נא פרט/י את הפגיעות והנזקים שגרמה לך העבירה. אפשר להתייחס לפגיעה ונזק מכל סוג, לרבות פגיעת גוף, פגיעה נפשית (כאב וסבל, פחד, אבל וכיוצא באלה), נזק לרכוש או הפסד ממוני'... עולה מן המקובץ, כי המחוקק הראשי ומחוקק המשנה, יצרו הסדר ייחודי, מקיף וכולל בכל הנוגע להגשת ההצהרה מטעמו של נפגע עבירה בהליך הפלילי. הסדר, המשקף את המעמד שניתן לנפגע העבירה בהליך הפלילי, כפי שבא לידי ביטוי בפסיקת בתי המשפט. יפים לכאן דבריו הבאים של בית המשפט העליון:

'בית המשפט אמור לשמש כאן, ולמעשה בכל שלבי ההליך, כמגן הקורבנות אשר ניצבים בהליך ללא ייצוג ובמצב פגיע. חוויית ההופעה בבית המשפט מול הפוגע לא קלה היא לנפגע העבירה, ועל בית המשפט לוודא שחווייה זו לא תפגע

בקורבן פגיעה נוספת מעבר לזו שחוה בזמן ביצוע העבירה... על מערכת המשפט, בצד שמירת זכויות הנאשם בהליך המתנהל נגדו, גם לפרוש חסותה על נפגעי עבירה באשר יהיו, הפונים אל רשויות האכיפה להתלונן, והעומדים על דוכן העדים חשופים בצריח בסיטואציה קשה ביותר. קיימת חשיבות בכך שלנפגעי העבירה יתאפשר לומר את דברם ללא מורא, תוך כלכול צעדיהם לפי בחירתם וצו מצפונם, על מנת שיובטח כי תימנע מהם 'טראומה חוזרת' בעת בירור עניינם' (ע"פ 9150/08 **ביטון**, הנ"ל).

ברוח זו, ועל אף שהצהרתו של נפגע עבירה מהווה, ככלל, תומר חקירה, שיש להעבירו מבעוד מועד לעיון ההגנה, מתיר ההסדר הקיים לנפגע העבירה להעביר הצהרה על הפגיעה והנזק שנגרמו לו בעקבות ביצוע העבירה... אף בשלבים מאוחרים של ההליך הפלילי... **הוראת סעיף 40 לחוק העונשין, נוכח ייחודו של הנושא ואופן הסדרתו בדין, אינה מונעת את הגשתן של ההצהרות בשלב הטיעונים לעונש**, ויש להפנות בעניין זה אף להוראת סעיף 40(ב)(2) לחוק העונשין, המאפשרת להגיש ראיות בנוגע לנסיבות הקשורות בביצוע העבירה, 'אם הדבר דרוש כדי למנוע עיוות דין'... עמדתה של התביעה הצבאית וכפי שבואר, אף עמדת משרד המשפטים, שלפיה, במקרים מתאימים, יש להתיר חקירה נגדית של נפגע עבירה על הדברים הכלולים בהצהרה, משקפת, לטעמנו, את האיזון הראוי בחקשור זה. בראי עקרונות היסוד עליהם עמדנו לעיל, בחינת ההסדר הנורמטיבי האמור בחוק זכויות נפגעי עבירה וחוק סדר הדין הפלילי; ההשוואה בין מעמדו של תסקיר נפגע עבירה להצהרת נפגע עבירה; תוכנה של ההצהרה, כאמור בסעיף 18 לחוק זכויות נפגעי עבירה; והפרטים הכלולים בטופס 2 לתקנות הנ"ל – כל אלה מלמדים על כך, שבמקרים מתאימים, לאחר שתיבחן מידת הנחיצות של החקירה והתועלת האפשרית הכרוכה בה, ראוי כי בית הדין יתיר חקירה נגדית של נפגע העבירה על הצהרתו... הדברים אמורים, ביתר שאת, מקום שבו כוללת הצהרתו של נפגע עבירה פרטים, החורגים מעולמו האישי-הסובייקטיבי, כמו למשל, פרטים על נזק לרכוש או הפסד ממוני (ראו סעיף 18 לחוק זכויות נפגעי עבירה), וכן מקום בו נפגע העבירה הביע נכונותו להתייצב בבית הדין ולהשיב לשאלות על הצהרתו".

21. מן המקובץ לעיל עולה, כי תיקון 113 לחוק העונשין לא הביא לשינוי זכותו של נפגע העבירה להגיש לבית הדין, בשלב הראיות לעונש, הצהרה "על כל פגיעה ונזק שנגרמו לו בשל העבירה, לרבות נזק גוף, נזק נפשי או נזק לרכוש" או להעיד על הפגיעות והנזקים שנגרמו לו בשל ביצוע העבירה. קביעה זו נסמכת הן על לשון החוק והן לאור הכלל שלפיו יש לפרש את לשון החקיקה באופן שיגשים את תכליתה, כאמור (פרופ' ברק, **פרשנות במשפט**, חלק שני פרשנות בחקיקה 84-86

(1994); עע"מ 2190/06 **מדינת ישראל נ' Bueno Gemma** (טרם פורסם, 13.5.2008).

22. בענייננו, הועברה הצהרתה של נפגעת העבירה לעיון ההגנה, בערבו של מועד ישיבת הטיעונים לעונש. זאת ועוד, המתלוננת נאותה להתייבב לפני בית הדין ולהיחקר על-ידי ההגנה על תוכן עדותה. עיון בפרוטוקול הדיון שנערך בבית הדין קמא מלמד, כי ההגנה, התמקדה בחקירתה הנגדית של המתלוננת בשאלות העוסקות בעיתוי נכונותה להעיד ובחרה שלא לשאול כלל שאלות העוסקות בנוזקים שנגרמו לה או בשיקומה. עדותה של המתלוננת לא נסתרה אפוא בנושאים אלו.

23. במצב דברים זה, שגה בית הדין קמא, בקביעתו כי יש ליתן אך "משקל מוגבל" לעדותה של נפגעת העבירה, מאחר "שההגנה לא קיבלה את המידע בעניין הנוזק ארוך הטווח שנטען כי נגרם למתלוננת" עובר למשא ומתן שהתנהל בין הצדדים.

24. אכן, טוב תעשה התביעה הצבאית אם תקדים ותעביר את מלוא המידע שברשותה, לרבות ביחס לנוזקים שנגרמו לנפגע העבירה לידיעת ההגנה, וזאת על-מנת שלא תפגע הגנתו של נאשם והוא יוכל לכלכל צעדיו באופן מרבי ומיטבי. עם זאת, משקבע המחוקק, כי נפגע עבירה זכאי להגיש הצהרתו או להעיד עליה גם בשלב הטיעונים לעונש, וזאת לאור החשיבות לאפשר לנפגעי העבירה להשמיע את קולם בהליך הפלילי, ומשבית הדין התיר להגנה לחקור את נפגעת העבירה בחקירה נגדית, לא היה מקום להימנע מליתן את מלוא המשקל הראייתי לאותה עדות, אשר פירטה על אודות הנוזקים ארוכי הטווח שנגרמו למתלוננת, במקרה דנן – אך ורק מהטעם, שתוכנה לא הועבר לידיעת ההגנה, עובר להרשעת המערער.

25. משקבענו כך, נפנה עתה לדון בערעורי הצדדים, לגופם.

בחינת העונש

26. העבירות שבהן הורשע המערער, שעניינן פגיעה בפרטיות והטרדה מינית, בעקבות צילומה של המתלוננת, בתמונות ובסרטונים, וכן הקלטת אודיו (שמע) של קולה, והכל במהלך קיום יחסי מין, במספר הזדמנויות, לאחר תכנון מסוים, ללא הסכמתה ושלא בידיעתה, ואף הצגתם לאחרים – נועדו להגן על ערכים חברתיים מרכזיים ובהם ההגנה על כבודו של הפרט, ההגנה על צנעת פרטיותו וההגנה על ערך הרעות, אשר חייב לשרור בין חיילים, המשרתים באותה היחידה. בית-דין זה, לאורך השנים, הדגיש את חשיבותם של ערכים אלה והצורך להגן מפני הפגיעה בהם. כך, למשל, נקבע בע/55/06 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט גבאי** (2006):

"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]דעי טוב ורע... ותפקחנה עיני שניהם וידעו כי עירקם הם ויתפרו עלה תאנה ויעשו להם חגלתי' (בראשית ג', ה, ז). אמרו אפוא: משעומד אדם על דעתו, יש לכבד את רצונו בדבר פרטיותו... במערכת הצבאית, על ייחודה, קיימות דרכים ראויות להבטיח את פרטיות החייל והחיילת, בשים לב למהות היחידה ותנאיה. אמרו אפוא: בלבשו את מדיו, ובפושטו אותם, במקלחת או בכל מקום אחר, חייל זכאי לשימור זכויותיו כאדם בכלל, ובעניינים הנוגעים לצנעת הפרט בפרט. זכות זו איננה עניין מגדרי אלא, כאמור, זכות אנושית, הנתונה לכל אדם, זכר ונקבה כאחד. אלו גם אלו נבראו בצלם: 'כי בצלם אלהים עשה את האדם' (בראשית ט', ו)... המערער פגע פגיעה קשה בערכי צה"ל. 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".

27. המערער במעשיו, פגע פגיעה של ממש בערכים אלו. ניכר, כי התעלם לחלוטין מן האמון שנתנה בו המתלוננת, אשר קיימה עימו יחסי מין מלאים, במספר הזדמנויות, מבלי שסברה כי אלו יתועדו וכי תיעודה במהלך האקט המיני (כאמור – הן בתמונות, הן בסרטונים והן בתיעוד קולי), יהפוך לנחלת הכלל.

28. המערער לא העיד ולא סיפק כל הסבר למעשיו. במסגרת ראיות ההגנה, ניסתה עורכת חוות הדעת הקרימינולוגית להתחקות אחר המניע לביצוע העבירות, תוך שציינה כי "ייתכן שהצילום של האקט המיני סיפק עבורו מעין 'הוכחה' לגבריותו, הן בפני עצמו והן בפני חבריו בבסיס ומחוצה לו". כאמור, המערער עצמו לא מסר הסבר אחר למעשיו. בכל מקרה, וזה העיקר – בין שהמעשים נעשו בשל רצונו של המערער להתרברב על כיבושיו המיניים ובין שאלו נעשו על-מנת לבזו למתלוננת, הרי שחומרתם בולטת ורבה ומצביעה על אדישות ביחס לפגיעה לנפגעת העבירה, הגלומה בהם.

29. על החומרה היתרה, הכרוכה בצילום סרטונים מעין אלו והצגתם לאחרים, 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)).

30. בדומה, הדגיש אף בית-דין זה את שיקולי ההלימה ושיקולי ההרתעה המתקיימים במקרים דומים, וכן את היבטי החומרה הייחודיים לביצוע העבירות במסגרת הצבאית. בואר, כי העבירות, שבגינן נותן המערער את הדין, הפכו "זמינות וקלות" שכן "היכולת הטכנולוגית מאפשרת לכל מי שאוחז בטלפון נייד לבצע מעשים שעניינם פגיעה בפרטיותם של חיילות וחיילים. לדאבון הלב, נגע זה פשה במחנה. גם החשש מפני הפצת התמונות והגדלת מעגל הפגיעה הפוטנציאלי, יש בו כדי להעצים את הנזק אשר נגרם כתוצאה מן המעשים. מטבע הדברים, מרגע שצולמו התמונות, אין לנפגעות העבירה שליטה על היקף הפגיעה בפרטיותן ובכבודן, וזאת בהעדר יכולת למנוע את הפצת התמונות, בין בדרך של הצגתן... ובין בדרך של העברתן לצד שלישי" (עניין סולימני הנ"ל). בהתאם, נפסק, כי מתחייבת הכבדת היד על מי שמהין להפר את כללי ההתנהגות הבסיסיים שבין אדם לחברו, תוך העדפתה של האדרת שמו על פני קלונו של האחרון. דברים אלו יפים אף לעניינו של המערער, אשר לא רק שהפר במעשיו את חובת האמון האישי כלפי המתלוננת, אלא רמס את ערך הרעות, החייב לשרור בין חיילים המשרתים באותה היחידה והציג את צילומיה של המתלוננת לחיילים נוספים המשרתים באותו בסיס, באופן שבושה ברבים, מבלי שבאפשרותה לבחור או לשנות את מקום שירותה הצבאי. זאת ועוד, למעשים הנלוזים, כאמור, חבר גם חברו של המערער, רבי"ט מ' ס', אשר שימש באותה עת כמפקדה של המתלוננת, ואף בכך טמון נופך של חומרה. נוכח כך, סברנו כי מתקיימות במקרה זה אף נסיבות צבאיות ייחודיות, אשר שומה כי יובאו במניין השיקולים בעת גזירת הדין (ראו והשוו: רע"פ 391/17 פלוני נ' התובע הצבאי הראשי (טרם פורסם, 15.1.2017)).

31. במצב דברים זה, בדין קבע בית הדין קמא, כי בהתאם לעקרון ההלימה ובראי מדיניות הענישה הנוהגת, לא ניתן היה להימנע מהשתת עונש מאסר בפועל, אשר חלקו, לכל הפחות, ירוצה בכליאה ממשית, על-מנת שיבטא, לצד שיקולי ההלימה, אף מסר של גינוי המעשים ושל הרתעת הרבים והיחיד.

32. אשר לשיקולים לקולה, בית הדין קמא התחשב בעובדה כי המערער אך הציג את התמונות לאחרים (ביחידה ומחוצה לה) ואלו עדיין נותרו בשליטתו; בהודאתו של המערער ונטילת האחריות על שאירע; בפרק הזמן שחלף מאז ביצוע המעשים, שבמהלכו סיים המערער את שירותו הצבאי; בכך שזוהי הסתבכותו הראשונה של המערער עם רשויות החוק; ובפוטנציאל לשיקומו.

33. כאמור, התביעה הצבאית עתרה להחמיר בעונשו של המערער. אף שקבענו כי שגה בית הדין קמא עת לא נתן את מלוא המשקל לנזקים ארוכי הטווח אשר נגרמו לנפגעת העבירה, על-פי עדותה, הרי שבפועל, משנשקלו הנזקים הפוטנציאליים הכרוכים במעשיו של המערער, אין לקבוע, כי נפלה בעניין זה, בסופו של דבר, טעות מהותית.

34. במהלך הטיעון בערעור, הוסיפה ההגנה וטענה, כי לאחר שניתן גזר-דינו של המערער נשפט מעורב נוסף בפרשה (ז"י (מחוזי) 269/16 **התובע הצבאי נ' רב"ט יונתנוב** (2017)). נטען, כי לאור העונש אשר הושת על מעורב זה, שהועמד על ארבעה חודשי מאסר בפועל לריצוי בדרך של עבודה צבאית ונוכח חלקו בפרשה, אשר כלל גם שליחת סרטונים במרשתת, יש להורות, אף בעניינו של המערער, על ריצוי עונש המאסר כולו בדרך של עבודה צבאית. לאחר שעיינו בגזר הדין ושמענו את טיעוני הצדדים ביחס להסדר הטיעון שהתגבש באותו מקרה, בשים-לב לנסיבותיו הייחודיות של אותו נאשם, אשר לקה בבריאותו לאחר ביצוע המעשים, סברנו כי אין בו כדי להשליך על עונשו של המערער.

35. סוף דבר, בחינת פסק-דינה של הערכאה קמא, מעלה אפוא, כי בית הדין המחוזי בחן את כלל נסיבות המעשה והעושה, ועמד על כל שיקולי הענישה הנוגעים לעניין. בהתאם, אין לקבוע כי נפלה שגגה בגזר הדין, בוודאי לא שגגה מהותית, המצדיקה את התערבות ערכאת הערעור (ראו והשוו: ע/3/17 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' קובלצ'וק** (2017)).

36. ערעורי הצדדים נדחים, אפוא.

37. על המערער להתייצב בבסי"כ XXX, לשם ריצוי עונש המאסר בפועל, ביום 30.7.2017, עד לשעה 10:00.

ניתן והודע היום, א' באב התשע"ז, 24 ביולי 2017, בפומבי ובמעמד הצדדים.

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

