 

**בבית הדין הצבאי לערעורים**

בפני:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **אלופה אורלי מרקמן** | **-** |  הנשיאה  |
| **אל"ם מאיה גולדשמידט סא"ל (מיל') רון שפירא** | **-**  **-**  |  שופטת שופט  |

בעניין:

**מ/\*\*\*\*\*\*\* סגן** **מ' ד' א' –** המערער (ע"י ב"כ, עו"ד עדי אייזנר)

**נ ג ד**

**התובע הצבאי הראשי –** המשיב (ע"י ב"כ, רס"ן אליסף מלמד; סרן גל קנריק)

ובעניין:

**התובע הצבאי הראשי –** המערער (ע"י ב"כ, רס"ן אליסף מלמד; סרן גל קנריק)

**נ ג ד**

**מ/\*\*\*\*\*\*\* סגן מ' ד' א' –** המשיב (ע"י ב"כ, עו"ד עדי אייזנר)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי הצפון שניתן בתיק צפון (מחוזי) 253/21 (סא"ל ענת שחר ויינברג – אב"ד; סא"ל שאול ארבל - שופט ; רס"ן מרב לוי - שופטת) ביום 13.2.2024. ערעור ההגנה (הכרעת הדין וחומרת העונש) נדחה. ערעור התביעה (קולת העונש) נדחה.

**פ ס ק - ד י ן**

1. נגד המערער, סגן מתן דוד אור, הוגש לבית הדין המחוזי, ביום 13 באוקטובר 2021, כתב אישום שייחס לו עבירות של מעשה מגונה, לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין, התשל"ז - 1977, מעשה מגונה בנסיבות המונעות מתן הסכמה חופשית, לפי סעיפים 348(א) ו-345(א)(4) לחוק העונשין והתנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו - 1955.
2. לאחר שמיעת ראיות, הורשע המערער, ביום 20 באוגוסט 2023, בכלל העבירות שיוחסו לו בכתב האישום. ביום 13 בפברואר 2024 הושת על המערער, בדעת רוב, עונש מאסר בפועל בן 11 חודשים (דעת המיעוט סברה כי יש להשית על המערער מאסר בפועל בן שמונה חודשים). כן הושתו על המערער, פה אחד, 12 חודשי מאסר מותנה למשך שלוש שנים, בגין עבירות פשע לפי סימן ה' בפרק י' לחוק העונשין וחמישה חודשי מאסר מותנה למשך שלוש שנים, בגין עבירות לפי החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח - 1998, עבירת עוון לפי סימן ה' לפרק י' לחוק העונשין ועבירה של פגיעה בפרטיות. המערער הורד לדרגת טוראי וכן חויב בתשלום פיצויים בסך 7,000 ש"ח לנפגעת העבירה.
3. שני הצדדים לא השלימו עם פסק דינו של בית הדין קמא. התביעה ערערה על קולת עונשו של המערער וביקשה להחמיר ברכיב המאסר בפועל. ההגנה ערערה, כפי שיבואר להלן, על חלקים מסוימים בהכרעת הדין. כן טענה כי יש להקל בעונשו של המערער, אף אם ידחה ערעורה על הכרעת הדין.
4. נבחן תחילה את ערעור ההגנה בנוגע להכרעת הדין ולאחר מכן את ערעורי הצדדים בנוגע לעונש.

**הערעור על הכרעת הדין**

כתב האישום והכרעת הדין של בית הדין קמא

1. בכתב האישום תואר, כרקע למעשי העבירות, כי המערער ונפגעת העבירה, קצינה בדרגת סרן, הכירו זה את זה משירות משותף בעבר, באותה היחידה וכן כי הייתה להם ידידה משותפת, קצינה בשם נועה. ביום 31 בדצמבר 2020 התארחו השניים בביתה של נועה, ביחד עם חברים נוספים. לקראת חצות, עלתה נפגעת העבירה לחדר השינה של נועה והחליפה את בגדיה למכנסי פיג'מה ארוכים ו"סווטשירט", שמתחתיו לבשה חולצת "סטרפלס" שחורה ללא חזייה. לאחר חצות, בעת שישבו במרתף הבית, הודיעה נפגעת העבירה לנוכחים כי היא עייפה ובכוונתה ללכת לישון, ועלתה לקומת המטבח. המערער עלה בעקבותיה וניסה לשכנע אותה להישאר עמם או לצאת עמו לטיול בחוץ. נפגעת העבירה סירבה מספר פעמים להצעותיו ואמרה לו שבכוונתה לישון. לבסוף אמרה לו שהיא מתכוונת לצפות בסדרת טלוויזיה והוא מוזמן להצטרף אליה אם ירצה, אך לאחר מכן היא הולכת לישון. המערער סירב ונפגעת העבירה חיבקה אותו, נשקה ללחיו, איחלה לו לילה טוב ועלתה לחדר. מכאן תוארו בכתב האישום שני אירועים מרכזיים:

האירוע הראשון - בעוד נפגעת העבירה התארגנה לשינה בחדר, הגיע לשם המערער. נפגעת העבירה מסרה לו כי היא עייפה וברצונה לישון, והוא השיב כי יישב איתה מעט. נפגעת העבירה נכנסה למיטה ושכבה בה בצמוד לקיר, כשפניה מופנות אליו והמערער יושב לידה. סמוך לאחר מכן קם המערער, סגר את דלת החדר וניסה לנעול אותה. המערער כיבה את האור, הסיר את האקדח שנשא עליו ונשכב ליד נפגעת העבירה. הוא נצמד אליה והחל מלטף אותה מתחת לעורפה ולכתפה ובבית החזה העליון. בשעה 00:59 שלחה נפגעת העבירה הודעה לחברתה נועה, שבה ביקשה ממנה לבוא אל החדר. נועה הגיעה אל החדר כעבור מספר דקות ושאלה לפשר העניין. בהכרעת הדין נקבע, כי נפגעת העבירה פנתה אל נועה בנוכחות המערער ואמרה לה "תעיפי אותו ממני, תקחי אותו ממני, הוא נוגע בי, מתקרב אלי, קחי אותו ממני, אני סך הכל רוצה לישון", או מילים דומות. המערער השיב על הדברים באמרו: "בסדר, אל תעשי פוזות, לא עשיתי שום דבר שאת לא רוצה, אל תעשי עניין", ואז קם ועזב את החדר. נועה עזבה אף היא את החדר לאחר מספר דקות, ונפגעת העבירה נרדמה.

האירוע השני - המערער שב לחדר כ-45-40 דקות לאחר האירוע הראשון, בעת שנפגעת העבירה ישנה. המערער נשכב מאחורי נפגעת העבירה ונצמד אליה, תוך שהוא מניח את ידו על חזהּ של נפגעת העבירה, בין חולצת הסטרפלס לחולצת הפיג'מה. נפגעת העבירה התעוררה משנתה והבחינה בידו של המערער המונחת על חזהּ. בחלוף כעשר שניות שבמהלכן הבינה את המתרחש וזיהתה שמדובר במערער, הזיזה את ידו ושאלה אותו למעשיו (בגין חלק זה של האירוע השני יוחסה למערער בכתב האישום העבירה שעניינה מעשה מגונה תוך ניצול מצב המונע מתן הסכמה חופשית).

לאחר האמור, נטען, כי המערער שב וליטף את חזהּ של נפגעת העבירה, והיא הזיזה את ידו בשנית. או אז הוריד המערער את חולצת הסטרפלס שלבשה נפגעת העבירה כלפי מטה, כך שחזהּ נותר חשוף, נגע בשדהּ הימני ותפס עם אצבעותיו בפטמה. בתגובה הרימה נפגעת העבירה את חולצתה והזיזה את ידו של המערער מחזהּ. לאחר מכן שב והניח המערער את ידו על חזהּ של הנפגעת מספר פעמים והיא ביקשה ממנו שיחדל ממעשיו או הזיזה את ידו. תוך כדי המעשים התחכך המערער בגופה של נפגעת העבירה.

לאחר מכן העביר המערער את ידו על מותניה של נפגעת העבירה והניחהּ על איבר מינה, מעל מכנסיה, בשלוש הזדמנויות שונות, כאשר בכל אחת מהן הזיזה נפגעת העבירה את ידו. באחת ההזדמנויות, המערער גם הכניס את ידו מתחת למכנסיה כך שידו הגיעה עד לקו תחתוניה, בניסיון להגיע ולגעת באיבר מינה, אך היא הוציאה את ידו משם.

בהמשך לכך, בעוד נפגעת העבירה שכובה על צידה, הוריד המערער את צידו הימני של מכנסיה, עד אשר הגיעו מעל לברכיה וישבנה נותר חשוף. המערער החל לגעת ולהתחכך בה והצמיד את מפשעתו לישבנה. נפגעת העבירה העלתה את מכנסיה חזרה והמערער שב והוריד אותם, תוך שאמר לה "בואי נשכב, בואי נגמור עם זה כבר". נפגעת העבירה שאלה אותו מה הוא עושה, והוא השיב "אני אביא קונדום". נפגעת העבירה השיבה לכך בשלילה והעלתה את מכנסיה. המערער הוסיף וניסה לשכנעה עוד מספר פעמים ואף שב והוריד את מכנסיה, נצמד אליה והתחכך בגופה. אך לאחר שהיא המשיכה להתנגד למעשים והעלתה את מכנסיה פעם אחר פעם לאחר שהורדו על ידי המערער, עד שלבסוף חדל ממעשיו.

להשלמת התמונה יצוין, כי על פי הראיות שהובאו לפני בית הדין, בהמשך הלילה, נותרו המערער, נפגעת העבירה ונועה ללון בחדרה של נועה.

למחרת היום סיפרה נפגעת העבירה לנועה ולאמה על האירועים שהתרחשו. בימים שלאחר מכן סיפרה הנפגעת על שארע לחברות נוספות, להוריה, למפקדהּ ולממונת היוהל"ם ביחידתה, שאליה פנתה כבר ביום א' שלאחר סוף השבוע האמור. במאי 2021 הגיעה נפגעת העבירה למסור דיווח במרכז התמודדות ותמיכה בצה"ל (מהו"ת) וכן הגישה תלונה במצ"ח, שבעקבותיה נפתחה החקירה כנגד המערער.

1. המערער כפר באשמה, וטען כי בינו לבין נפגעת העבירה היה מגע אחד בודד וקצר, שנעשה בהסכמתה ואף בהובלתה, וכלל אך ורק מגע בחזהּ, מעל ומתחת לחולצתה.
2. לאחר שמיעת ראיות, הורשע המערער בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום כפי שפורט לעיל. בית הדין הבהיר, כי הוכח לפניו שבמהלך האירוע הראשון נגע המערער בבית החזה העליון של נפגעת העבירה ובצלעותיה בלבד, וזאת לאחר שנפגעת העבירה בעדותה, לא ידעה לומר בוודאות האם המערער נגע בשלב זה בחזהּ, מעל או מתחת לחולצתה.
3. בית הדין קמא ביסס את הכרעת דינו המפורטת והמנומקת, על ממצאי מהימנות שנקבעו בנוגע לעדויותיהם של נפגעת העבירה, המערער ועדים נוספים שנשמעו בפניו. נקבע כי עדותה של נפגעת העבירה, אשר כתב האישום מבוסס על גרסתה, הייתה "מפורטת, ברורה ורהוטה". הוטעם, כי השיבה בגילוי לב לכלל השאלות שהופנו אליה והותירה בעדותה "רושם מהימן ביותר". צוין עוד, כי נפגעת העבירה התמודדה עם חקירה נגדית מורכבת, והשיבה בכנות על שאלות הנוגעות להתנהגותה באירוע. נפגעת העבירה הבהירה כי באירוע הראשון לא נערך כל שיח בינה לבין המערער, שכן חשה תחושת קיפאון וכל שהצליחה לעשות היה לשלוח את ההודעה לחברתה נועה, במטרה לגרום לה להגיע למקום ולסיים את האירוע. כן הבהירה נפגעת העבירה, כי בשום שלב של האירוע לא נתנה את הסכמתה למעשיו של המערער.
4. בית הדין דחה את טענות ההגנה בנוגע לחוסר סבירות והיעדר הגיון של התנהלותה של נפגעת העבירה. בית הדין הצביע על חיזוקים חיצוניים לעדותה - תלונתה המיידית לפני נועה (ובהמשך גם לאמהּ של נועה), השיח שניהלה עם חברותיה ומפקדהּ בעקבות האירועים, וכן התרשמותם של עדים אלה ממצבה הנפשי בעקבותיהם. חיזוק נוסף נמצא בתכתובת בין נפגעת העבירה לבין המערער בבוקר שלאחר האירוע, שבה ציין המערער, בין השאר, כי הוא מבקש "סליחה אם היה בינינו 'תאקל'. זה לא הסגנון שלי. נפלט לי".
5. שונה בתכלית הייתה התרשמותו של בית הדין קמא מעדותו של המערער. בואר כי על רקע הרושם שהותיר, כאדם אינטליגנטי ואיכותי, עוררה התנהלותו, הן בחקירה והן בעדותו בבית הדין, קושי, ונקבע כי הוא "מנסה להסתיר טפח ואף טפחיים". המערער תיאר בחקירה במצ"ח כי הבין מהתנהלותה של נפגעת העבירה באותו ערב וכן במפגש קודם שלהם, כחודשיים קודם לכן, שהיא מעוניינת במגע עמו. כמו כן, טען כי בערב האירוע, הוא פנה לישון במיטתה של נועה, ואילו נפגעת העבירה היא שהגיעה לחדר אחריו ונצמדה אליו. לדבריו הוא "הבין את המסר" והחל לגעת בחזהּ, מעל ומתחת לחולצתה, בעוד נפגעת העבירה מגיבה בגניחות. בהמשך, בעדותו בבית הדין, שינה המערער חלקים נרחבים מגרסתו. בין השאר, אישר כי הוא זה שהניח ידו על נפגעת העבירה, לראשונה.
6. בדומה, אף התנהלותו של המערער במהלך העימות בינו לבין נפגעת העבירה עוררה תמיהות. המערער הקפיד להקריא את גרסתו מן הכתב ונמנע מלהשיב לסימני השאלה שהתעוררו. בית הדין קבע כי התנהלותו של המערער בחקירה מלמדת על תחושה של "חשש ואפילו תחושת אשמה". הגרסאות שמסר ביחס לחלקה של נפגעת העבירה באירועים "השתנו לאורך כל הדרך" ולא זכו לחיזוקים חיצוניים. כך למשל, טענתו כי נפגעת העבירה הביעה עניין כלפיו במהלך הערב נסתרה בעדויות הנוכחים במקום, וכך גם נסתרו פרטים נוספים שמסר בדבר מהלך הערב ונסיבות לכתו לישון. טענת המערער על כך שחלקים רבים מן ההתרחשויות בערב, שהיה מבחינתו שגרתי ונטול אירועים מיוחדים, חמקו מזכרונו, לנוכח הזמן שחלף עד לפתיחת החקירה, לא זכתה לאמון בית הדין, אשר עמד על כך שלפי עדות המערער, האירוע גרם לשבר גדול ביחסיו עם בת זוגו, וכן התרשם מהשיחות שניהלו המערער ונועה בעקבות האירוע. נפסק אפוא כי "סוגיית הזכרון משתנה לפי הסוגיות הנשאלות והשלב במהלך החקירה או העדות", וכי גרסתו של המערער בנושא אינה סבירה ואינה הגיונית.
7. לאור ממצאי המהימנות המובהקים, השית בית הדין קמא ממצאים שבעובדה על פי עדותה של נפגעת העבירה. נקבע כי: "בהתאם לממצאים העובדתיים שקבענו, בשלב הראשון של האירוע המתלוננת לא הגיבה למעשים, ובחלקו השני של האירוע, נגע ה[מערער] במתלוננת כשהיא ישנה וברגע שהתעוררה הביעה המתלוננת את אי הסכמתה למעשים באופן פיזי ומילולי".
8. עוד נקבע כי המערער היה מודע בבירור לכך שנפגעת העבירה אינה מסכימה למעשיו: ביחס לאירוע הראשון, נמצא כי לא היה מקום לכך שהמערער יניח או יסיק כי קיבל את הסכמתה של נפגעת העבירה, נוכח הקשר השטחי ביניהם קודם לאירוע, ובשים לב להיעדר התגובות של נפגעת העבירה למעשיו. בשום שלב, לא ניתן היה ללמוד על רצונה במגע אינטימי עמו. בואר כי המערער גם אישר בעדותו כי לא היה בינו לבין נפגעת העבירה שיח מילולי בנושא, אך טען כי למד על הסכמתה למעשים מן הדברים שהתרחשו לפני כן. המערער אף ציין, בהקשר אחר, כי "מי שלא רוצה שיגעו בה קמה והולכת". בית הדין למד מן התמונה שהוכחה לפניו על הלך הרוח של המערער ועל תפיסתו המוטעית בנוגע לשאלת ההסכמה שעליו לברר לפני מגע אינטימי באחרת. נקבע כי בנסיבות העניין, היה על המערער לקבל את הסכמתה המפורשת של נפגעת העבירה למגע ומכל מקום, לכל הפחות, ניתן לראותו כמי שעצם את עיניו להעדר הסכמתה של נפגעת העבירה. בהמשך לכך נקבע, כי בקשתה של נפגעת העבירה להרחיק את המערער מהחדר בעקבות האירוע הראשון, מלמדת על מודעותו המלאה לאי הסכמתה למעשיו באירוע השני.
9. בכל הנוגע לשאלת ההוכחה של העבירה של מעשה מגונה בנסיבות המונעות מתן הסכמה חופשית, בגין חלקו הראשון של האירוע השני - עמד בית הדין על כך שנפגעת העבירה הבהירה למן ראשית הדברים כי היא עייפה ומבקשת לישון; כי המערער יצא מהחדר לאחר האירוע הראשון ושב אליו כעבור 45 דקות לפחות; ו"בשעת לילה מאוחרת, וללא כל תקשורת כלשהי לרבות מילולית עם המתלוננת, נשכב במיטה ונגע בחזהּ". בנסיבות אלה נקבע, כי המערער היה מודע לכך שנפגעת העבירה ישנה ולכל הפחות עצם את עיניו מלברר סוגיה זו, על אף החשד הקיים. בהתאם, מאחר שמצב של שינה נכלל בין רכיביו של סעיף 345(א)(4) לחוק העונשין, במסגרת ההגדרה של "חוסר הכרה" או "מצב אחר המונע ממנה לתת הסכמה חופשית" - משנמצא לקבל באופן מלא את עדותה של נפגעת העבירה, שלפיה התעוררה כשידו של המערער נוגעת בחזהּ - דחה בית הדין את טענת ההגנה שלפיה לא ניתן לשלול אפשרות לסימולטניות בין הנחת ידו של המערער על חזהּ של נפגעת העבירה לבין רגע התעוררותה, והרשיע את המערער בעבירה כאמור.
10. בית הדין אמנם הניח, לטובת המערער, כי "משלא ניתן לקבוע... ממצא עובדתי באשר לפרק הזמן שנגע ה[מערער] בחזהּ של המתלוננת בטרם התעוררה, ייחשב פרק הזמן לזכותו של ה[מערער] כרגעים ספורים טרם התעוררה המתלוננת"; אך לצד זאת הדגיש, כי על פי עדותה של נפגעת העבירה, גם לאחר שהתעוררה משנתה היתה נתונה במצב של ערפול חושים טבעי ואף שאלה את המערער "מה אתה עושה" בטרם החלה להרחיק את ידו.
11. משכך, ולאחר שנדחו גם טענות ההגנה בדבר ריבוי עבירות וכפל אישומים, הורשע כאמור המערער בכלל העבירות שיוחסו לו בכתב האישום, ובהן גם עבירה של התנהגות שאינה הולמת, הנגזרת מדרגתו ומעמדו.

טענות הצדדים בערעור ההגנה על הכרעת הדין

1. ההגנה מסרה, כי אינה מבקשת להשיג בערעורה כנגד הרשעתו של המערער בעבירות של מעשה מגונה והתנהגות שאינה הולמת והוסיפה, כי אין היא עותרת להתערב בממצאי המהימנות שנקבעו על ידי בית הדין קמא. נטען לפנינו כי טענותיה של ההגנה נעוצות במישור המשפטי של פרשנות והסקת מסקנות ועניינן בשתי סוגיות מרכזיות: הראשונה מכוונת כנגד קביעת בית הדין קמא שלפיה התנהגותו של המערער באירוע הראשון עולה כדי מעשה מגונה, והשנייה מכוונת כנגד הרשעתו של המערער ביחס לחלקו הראשון של האירוע השני בעבירה של מעשה מגונה תוך ניצול מצב המונע מתן הסכמה חופשית. לטעמה של ההגנה גם בגין חלק זה של האירוע, יש להרשיע את המערער בעבירה של מעשה מגונה בלבד.
2. אשר להרשעתו של המערער בעבירה של מעשה מגונה בגין האירוע הראשון - נטען, כי נפגעת העבירה התקשתה לזכור את סדר האירועים המדוייק בשלב זה והעידה כי המערער נגע בה "בבית החזה העליון ובאזור הצלעות". לשיטת ההגנה, מאחר שהמגע לא היה באיבר מוצנע או מתחת לבגדיה של נפגעת העבירה, הרי שהוא "נדמה יותר כחיבוק" ולפיכך, לא ניתן להסיק ממנו על מטרה מינית של המערער, כנדרש בהגדרת העבירה. ההגנה סבורה, כי היה על בית הדין "לקיים דיון באשר לאפשרות כי המגע המתואר עולה לכדי מעשה מגונה במשמעותו החוקית. זאת בראי פעולותיה של המתלוננת כמו גם לאור טיב המגע", והפנתה לכך שבדיווחים של נפגעת העבירה ליוהל"ם ואף בדבריה לחבריה בעקבות האירוע הראשון, לא נמצא פירוט על קיומו של המגע באירוע הראשון. ההגנה טענה עוד כי נפגעת העבירה אישרה בעדותה בבית הדין ששליחת ההודעה לנועה יכולה היתה לנבוע גם מעצם חדירתו של המערער למרחב האישי שלה, בכך שנכנס למיטה ונצמד אליה.
3. כן נטען, כי לא ניתן לקבוע שהמערער היה מודע או עצם את עיניו לאי הסכמתה של נפגעת העבירה למעשיו. כך הפנתה ההגנה לעדות שמסר אביה של נועה, בפרשת ההגנה, ולפיה כשיצא למסדרון הקומה השנייה לנקות את צרכי הכלבה המשפחתית, הבחין בנפגעת העבירה ובמערער עולים לחדר ונראים צמודים וצוחקים. נטען, כי בית הדין לא דן בפער שבין עדות זו לבין עדותה של נפגעת העבירה, על אף ששתי העדויות נמצאו אמינות בעיניו. כן טענה ההגנה, כי לצורך כתיבת ההודעה לנועה הייתה נפגעת העבירה חייבת לזוז, ותזוזתה יכולה היתה להידמות כהיצמדות אל המערער. לאור כל האמור, סבורה ההגנה כי יש להטיל "ספק של ממש" ביחס למודעות המערער לגבי עמדתה של נפגעת העבירה ביחס למעשים באירוע הראשון.
4. באשר להרשעתו של המערער בחלקו הראשון של האירוע השני - נטען, כי עדותה של נפגעת העבירה אינה מובילה למסקנה הכרחית כי המגע בה החל קודם להתעוררותה. לחלופין, נטען כי יש להניח שהמערער לא היה מודע לנסיבה המחמירה. לשיטת ההגנה, משנפגעת העבירה לא ידעה לומר האם התעוררה בשל המגע או כשהמערער כבר נוגע בה, לא ניתן לשלול סימולטניות בין המגע לבין שלב ההתעוררות. כמו כן, מאחר שהתנגדותה למעשים הובעה זמן קצר לאחר מכן, לא ניתן לייחס למערער מודעות לכך שישנה באותה עת. בהקשר זה, הפנתה ההגנה גם לאירוע הראשון, שבמהלכו שכבה נפגעת העבירה על צידה בדומה לתחילתו של האירוע השני, אך היתה ערה, ומכאן, כנטען, אין בעצם העובדה שנפגעת העבירה שכבה במיטה כדי להוביל בהכרח למודעות המערער לכך שהיא נרדמה.
5. ההגנה אף השיגה על קביעת בית הדין קמא שלפיה, הנסיבה המחמירה משתרעת גם על פרק הזמן, שבו נפגעת העבירה החלה להתעורר ועד ששבה אל חושיה. נטען כי הרחבה זו מהווה "הנמכה משמעותית של רף ההוכחה הנדרש במשפט הפלילי לעניין היסוד הנפשי בעבירה", ודאי שעה שהמערער היה שתוי ובמצב תודעתי משובש.
6. לשיטת ההגנה עניינו של המערער נבדל מזה שנדון בע/20,21/22 **סמל רקנאטי נ' התובע הצבאי הראשי** (2023), שם התקבל ערעור התביעה והמערער הורשע בעבירה של מעשה מגונה בנסיבות המונעות מתן הסכמה חופשית. בעניין **רקנאטי** נבחן אירוע, שבמהלכו חבורה של חיילים המשרתים יחדיו, פנו לישון יחד, לאחר מסיבה בסלון ביתה של המארחת. המערער שם החל לחכך את איבר מינו בישבנה של נפגעת העבירה שישנה לפניו ובסמוך אליו, מבלי לבדוק את מצבה הקוגניטיבי. היא מצידה, התעוררה כתוצאה ממעשיו והחלה לבצע פעולות שנדמו כמתוך שינה, בניסיון להרחיקו ולהניאו ממעשיו, עד שלבסוף הצליחה לעשות כן. נטען, כי בענייננו, במובחן מעניין **רקנאטי,** נמשך המגע בעת שנפגעת העבירה ישנה, פרק זמן קצר ביותר אם בכלל, ונפגעת העבירה התנגדה למעשיו של המערער באופן גלוי, לאחרשהתעוררה.
7. מנגד, ביקשה התביעה לסמוך ידיה על הכרעת דינו של בית הדין קמא. אשר לאירוע הראשון, התביעה הפנתה לכלל נסיבותיו - נסיונו של המערער לנעול את הדלת, כיבוי האור, היצמדותו אל נפגעת העבירה במשך מספר דקות והמגע בה. נטען כי נסיבות אלו מלמדות על קיומו של היסוד העובדתי בעבירה של מעשה מגונה. בהיבט היסוד הנפשי נטען, כי נוכח היכרותם השטחית של נפגעת העבירה והמערער עובר לאירוע, הרי שבהיעדר כל ביטוי מצד נפגעת העבירה לכך שהסכימה למגע מיני, היה על המערער לברר את הסכמתה למעשיו. כן נטען, כי המשך המעשים באירוע השני, מלמדים אף הם, בדיעבד, על כוונתו המינית של המערער באירוע הראשון.
8. אשר לאירוע השני, נטען, כי נוכח פרק הזמן שחלף מאז האירוע הראשון, בשים לב לכך שנפגעת העבירה הבהירה למערער כי היא מתכננת לישון ולמודעותו לכך שאינה מעוניינת במגע אינטימי עמו, כעולה מתגובתה הברורה באירוע הראשון; וכן בהעדר כל תקשורת מילולית עובר למגעו בנפגעת העבירה, אשר מסרה כי התעוררה כשהמערער נוגע בה ואף חשה כי נפגעה יכולתה להתגונן מפניו - הרי שלא זו בלבד שכל נסיבות העבירה מתקיימות, אלא שאכן מדובר באירוע חמור אשר הצדיק לייחס למערער את סעיף העבירה המחמיר.

דיון והכרעה

1. נבחן להלן את טענות ההגנה כסדרן. נקודת המוצא להכרעתנו, היא כי ככלל, אין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאי מהימנות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית, אשר התרשמה באורח ישיר מן העדויות שהובאו לפניה ומהשתלבותן במארג הראיות הכולל, ולה עדיפות על פני התרשמותה העקיפה של ערכאת הערעור (ע"פ 1464/21 **קפוסטין נ' מדינת ישראל,** פסקה 30 והאסמכתאות שם (11.9.2022); ע"פ 3082/22 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 32 (21.2.2023)). כאמור, אף ההגנה טענה כי אינה חולקת על ממצאי המהימנות, שנקבעו על ידי בית הדין קמא, אם כי, כפי שנראה בהמשך, בפועל, טענותיה המשפטיות כרוכות למעשה, בנסיון להשיג על ממצאי המהימנות שנקבעו בנוגע לגרסתה של נפגעת העבירה ואף ביחס לגרסתו של המערער.

האירוע הראשון

1. בחלק זה של הערעור כוונו טענותיה של ההגנה כנגד הממצא העובדתי שלפיו נקבע, כי המערער נגע בנפגעת העבירה באזור בית החזה וכי מגעו והיצמדותו אל נפגעת העבירה נועדו לסיפוקו המיני, ואף כנגד קביעת הממצא העובדתי כי המערער היה מודע להיעדר ההסכמה של נפגעת העבירה למגעו. כאמור, טענות אלו, אינן אלא, ניסיון להשיג על קביעת ממצאי מהימנות ברורה ומנומקת היטב, הן ביחס לגרסתה של נפגעת העבירה והן ביחס לגרסתו המתפתחת של המערער, ודי בכך, כדי להביא לדחייתן. מעבר לנדרש, מצאנו להעמיק ולבחון גם את המסד הראייתי ואת הנמקות בית הדין קמא בנושא. כפי שנראה להלן, גם ניתוח זה, מוביל לדחיית הטענות.
2. הלכה פסוקה היא כי העבירה של "מעשה מגונה" היא "עבירת התנהגות ... [ה]מורכבת מהיסוד העובדתי של מעשה בעל אופי מיני ומהיסוד הנפשי של רצון העושה לגרום לגירוי, סיפוק או ביזוי מיניים" (ע"פ 4125/20 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 25 (14.9.2021)). נפסק, כי "להבדיל מעבירות אחרות שיש בהן הבחנה ברורה בין היסוד העובדתי שבעבירה לבין היסוד הנפשי בה, בעבירה של עשיית מעשה מגונה קשה להתעלם מכך שיש זרימה בין היסוד הנפשי לבין היסוד העובדתי. היסוד הנפשי והיסוד העובדתי שבעבירה אינם הרמטיים זה לזה. היסוד הנפשי חודר על דרך האוסמוזה אל היסוד העובדתי, והיסוד העובדתי עשוי לשנות צבעו על-פי היסוד הנפשי" (ע"פ 9603/09 **פלוני נ' מדינת ישראל,** פסקה 13 (27.9.2011)).
3. בחינת ההתרחשות באירוע הראשון מעלה, כי התנהלותו של המערער במהלכו נחוותה על ידי נפגעת העבירה כפגיעה מינית בה, ולא רק בשל עצם כניסתו למיטה, לאחר שניסה לנעול את הדלת וכיבה את האור. נפגעת העבירה תיארה כי: "אני מרגישה שהוא מתקרב אליי ואני מרגישה שהוא מתחכך בי. אני מרגישה את הגוף שלו נוגע בשלי, מתחיל לגעת לי באזור של בית החזה, של הצלעות (מדגימה מגע מהאיזור של מתחת לבית השחי לכיוון מטה, מדגימה מגע בבית החזה הימני ובכתף)". נפגעת העבירה ציינה אמנם בכנות כי אינה זוכרת היכן בדיוק היה המגע: "זה מה שקרה בחלק הזה, ההצמדות של מתן ושהוא נגע לי בבית החזה מלטף אותי באזור השד ומתקרב אליי, אבל אני לא זוכרת אם המגע היה בשד עצמו או ליד, לא זוכרת אם הזזתי לו את היד או לא". ראיה נוספת בעניין זה, היא כי התנהלות המערער באירוע הובילה אותה לשלוח את ההודעה לחברתה נועה, בבקשה שתבוא לחדר ותחדול את המערער ממעשיו: "הרגשתי שהיא תציל אותי מהמצב... לא ידעתי מה לעשות, הרגשתי כלואה, רציתי שהיא תגאל אותי מייסוריי".
4. נפגעת העבירה גם עמדה לאורך עדותה על הטענה, שלפיה את מעשי המערער יש לחלק לשני אירועים שונים: "החלק הראשון הינו החלק שבו הייתי ערה ומתן נגע בי ללא הסכמתי ואז שלחתי את ההודעה לנועה והאירוע נגדע. החלק השני זה החלק שבו ישנתי והתעוררתי מהמגע של מתן בגוף שלי"; ברי אפוא כי היא חוותה גם את האירוע הראשון, כמו האירוע השני, כאירוע של מעשה מיני שנעשה בה בניגוד לרצונה. כך הטעימה, כי את תחושת הטראומה שחוותה החלה להרגיש כבר אז: "טרם שליחת ההודעה לנועה אמרתי שאני לא מאמינה שזה קורה לי... אחרי שהוא נגע בי בבית החזה, אחרי שהוא נצמד אלי הרגשתי לא בנוח והרגשתי חילול של המרחב הפרטי שלי. כשהוא נגע לי בבית החזה בכתף וביד, בחלק העליון של היד".
5. בתגובה לשאלות רבות של ההגנה, במטרה לברר מה עורר בה את התחושה כי נפגעה באירוע הראשון, שבה והבהירה נפגעת העבירה כי חשה מצוקה וחוסר אונים מקרבתו של המערער אליה במיטה ומהחדירה למרחב הפרטי שלה: "אני שלחתי לנועה את ההודעה כשהוא היה ממש קרוב אליי, אחרי שהוא נכנס למיטה ונצמד אלי". ככל הנראה חלפו מספר דקות בלבד מרגע שליחת ההודעה ועד הגעתה של נועה אך "זה הרגיש לי כמו נצח", וכן: "אם בחלק הראשון אמרתי שאני לא זוכרת איפה נגע בי, גם המגע בגופי כשאני במיטה וכשאני סך הכל רוצה לישון, המגע היה לא נעים... מתן התקרב אליי, היצמדות היא גם מגע... היצמדות הינה מגע כאשר אתה נצמד לגופו של אדם, אתה נוגע בו, זה עובדה". לצד זאת, נפגעת העבירה שבה והבהירה, כי מצדו של המערער היה גם מגע מעבר להיצמדות ומעשיו חרגו מכך וגרמו לה לתחושה שהמערער "אכן פלש לאיבר האישי שלי, לגופי", אף שלא זכרה את טיבו המדויק, בעת שקפאה ולא הצליחה להגיב. כך, ציינה בעדותה, כי: "המגע הראשוני היה לי מאוד לא נעים גם אם הוא לא נגע לי בחזה. היה לי לא נעים שמישהו נצמד אלי במיטה, כופה את גופו עליי, מכבה את האור, סיטואציה מחרידה כשהייתי ערה".
6. בנוגע לשיחות שקיימה עם חבריה על האירוע, מסרה נפגעת העבירה, כי "את החלק הראשון אני לא זוכרת לכמה אנשים סיפרתי אבל הדבר שהכי נצרב לי זה החלק שהתעוררתי ומתן נגע לי בחזה ומשם כל הדברים. כשישבתי עם חברים וסיפרתי להם, לא ישבתי וסיפרתי כמו בעדות במצ"ח או לממונת יוהל"ם. לא התחלתי לפרט להם מה קרה כל מאית השנייה ועל איזה צד שכבתי. סיפרתי באופן כללי את הדבר הטראומטי ביותר עבורי, ההתעוררות כשאדם נוגע לך בגוף". לא למותר לציין, כי חלפו כחמישה חודשים בין שמיעת הדברים מנפגעת העבירה ועד לגביית האמרות של חבריה במצ"ח, שבמהלכן התבקשו לתאר את הדברים. נפנה בהקשר זה גם להלכה הפסוקה, שלפיה "אין לצפות מנפגעת עבירת מין המצויה במצב נפשי קשה והבוחרת לשתף מי מחבריה בחוויה הטראומטית שעברה או תרצה בהכרח לפרוש ביניהם סיפור מלא ומפורט לפרטי פרטים של אותו האירוע..." (ע"פ 3677/21 **מדינת ישראל נ' שללאשווילי**, פסקה 13 (13.2.2022)); ולהלכה שלפיה הימנעות מהזכרת פרטים מסוימים או סתירות בכל הנוגע למהלך האירוע, אינן פוגמות ב"גרעין הקשה" של העדות (ע"פ 8444/15 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 14 (27.10.2016), ראו בעניין זה גם ע/1,3/23 **רס"ן סונגו נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 104 והאסמכתאות שם (2023)).
7. בע"פ 4125/20 **פלוני** לעיל (פסקאות 23-38), בואר, כי משהרכיב ההתנהגותי של עבירת "המעשה המגונה" מוגדר באופן רחב, השאלה מה דינה של התנהגות מסויימת נבחנת בראי "האדם הסביר", דהיינו לפי המוסכמות החברתיות. בהתאם, אף בענייננו, פסיפס העובדות הכולל מבסס, כפי שקבע בית הדין קמא, את היסוד העובדתי בעבירה של מעשה מגונה, בהתאם למבחנים המקובלים.
8. אשר ליסוד הנפשי, גרסתו של המערער אשר טען כי הניח שנפגעת העבירה מעוניינת במגע מיני עמו לנוכח הקשר שנוצר ביניהם עובר לאירוע (ומכאן שאף הוא חווה את השתלשלות העניינים ביניהם כבעלת אופי מיני), נדחתה כבלתי מהימנה ובלתי מבוססת. ניסיונו של המערער לשכנע את נפגעת העבירה, טרם פנתה לישון, לצאת אתו לסיבוב בשכונה, נענה בשלילה על ידיה; וגם כאשר נכנס לחדרה של נועה בעקבותיה, הבהירה לו נפגעת העבירה כי היא עייפה מאוד ומעוניינת לישון.
9. אף בעדות אביה של נועה, שאליה הפנתה ההגנה, אין כדי לשנות ממצאים אלו. יוער, כי הן נפגעת העבירה והן המערער לא טענו כי עלו ביחד במדרגות לחדרה של נועה, והאב, אשר העיד, כי זכרונו לקוי עקב השפעות מתמשכות של מחלת הקורונה, לא שלל בחקירתו הנגדית את האפשרות כי ראה את השניים ביחד עקב יציאה לשירותים בקומת חדרי השינה. עניין זה עולה בקנה אחד גם עם עדותה של נפגעת העבירה, שלפיה באחת הפעמים שבהן יצאה מהחדר לשירותים הבחינה באביה של נועה מנקה את צרכי הכלבה, ואף המערער נכח במקום. מכל מקום, בית הדין קמא הסתייג מן היכולת לבסס על דברי האב ממצאים שבעובדה.
10. בהמשך לכך, על אף שהמערער, ידע כי נפגעת העבירה מעוניינת רק לישון, ניסה לנעול את הדלת, כיבה את האור ונשכב בצמוד לגופה של נפגעת העבירה. המערער החל לגעת בגופה, באזור בית החזה, מבלי לבקש בשום שלב את הסכמתה ותוך התעלמות מוחלטת מרצונה (ויוזכר, כי הפסיקה קבעה מקדמת דנא כי "די לה לאישה שתביע את אי-הסכמתה באורח קל, ולו מכללא, ואין היא נדרשת למעשה או לדיבור שלמעלה מכך" (ע"פ 5612/92 **מדינת ישראל נ' בארי**, פ"ד מח(1) 302, 374 (9.12.1993); ע"פ 8987/12 **טרשתי נ' מדינת ישראל,** בפסק דינה של כב' השופטת ארבל (28.10.2013)).
11. תמונת העובדות שהוכחו כנדרש, מבססת אפוא, אף את הקביעה בדבר התקיימות היסוד הנפשי של המערער, אשר גרסתו בנושא, ממילא נדחתה כבלתי מהימנה, הן ביחס למודעותו לאי הסכמתה של נפגעת העבירה למעשיו והן ביחס למניע של סיפוק מיני, שעמד מאחוריהם. בדין קבע בית הדין קמא, כי המסקנה המתחייבת ממערכת הנסיבות שהוכחה לפניו, היא כי המערער היה מודע לכך שנפגעת העבירה אינה מעוניינת בקרבתו ובמעשיו. זאת ועוד, בית הדין הבהיר גם, כי בשים לב לתשובותיו של המערער ולתפיסתו את האירוע, הרי שהמערער, לכל הפחות, עצם את עיניו ביחס לשאלת הסכמתה של נפגעת העבירה למעשים (ראו סעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין), וזאת כתחליף מהותי לדרישת המודעות.
12. למעלה מן הנדרש, נציין כי בחינה כוללת של אירועי אותו לילה, ובהם אופן תחילתו של האירוע השני (גם אז נשכב המערער לצד נפגעת העבירה, שכבר ישנה, והחל לגעת בה באיברים אינטימיים על אף שידע היטב כי אינה חפצה בכך), מלמדת אף היא על מודעותו לאי הסכמתה (או על עצימת עיניים) ואף על המניע המיני למעשיו, במהלך האירוע הראשון. בדין, אפוא, הורשע המערער בעבירה של מעשה מגונה בגין חלקו הראשון של האירוע ואין להתערב בקביעותיו של בית הדין קמא בעניין זה.

חלקו הראשון של האירוע השני

1. סעיף 345(א)(4) לחוק העונשין נועד לתת מענה למנעד של מקרים שבהם פלוני בועל אשה, תוך ניצול היעדר יכולתה לגבש הסכמה חופשית למעשה המיני. זאת למשל במצב של **שינה**, או כל מצב אחר פיזי או נפשי שבו היתה שרויה, אשר מנע ממנה את היכולת לתת הסכמה חופשית לקיום המעשה המיני. ההנחה בבסיסו של הסעיף היא כי קיום מגע מיני עם אשה המצויה במצב המונע ממנה מתן הסכמה חופשית, הוא "משום ניצול לרעה שלה, בשל חוסר יכולתה לגבש הסכמה למעשה המיני ביחס לטיבו. לפיכך גם אם לא הובעה באופן מפורש או ממשי חוסר הסכמה מצד האשה, קמה בסעיף הקטן האמור, בהתקיים נסיבותיו מעין 'חזקת אי הסכמה' שהינה תולדה של מצב הקרבן בעת האירוע" (ע"פ 7296/07 **תורן נ' מדינת ישראל**, פסקה 12 (12.8.2010); ע"פ 4443/10 **קחקוזאשוילי נ' מדינת ישראל**, פסקה 25 (20.12.2012)). בואר עוד בהלכה הפסוקה כי לא נדרש להוכיח לשם קיום יסודות העבירה, כי יכולתה של האשה נשללה באופן מוחלט ודי בכך שהיתה החלשה מהותית של יכולת זו (ע"פ 2092/21 **לוז'ין נ' מדינת ישראל**, פסקה 28 (30.10.2022); ע"פ 5297/15 **קסה נ' מדינת ישראל**, פסקה 14 (27.9.2017)).
2. כאמור, גם טענה זו של ההגנה עניינה בבקשה להשיג על גרסתה של נפגעת העבירה ולהתערב בממצאי המהימנות המנומקים והמבוססים שנקבעו ביחס אליה וביחס לגרסת המערער, ודי בכך כדי לדחותה.
3. לפי עדותה של נפגעת העבירה אשר כאמור, זכתה למשקל רב ולתימוכין רבים: "נרדמתי בסביבות השעה 1:15... בערך 45 דקות לאחר מכן **התעוררתי כשהיד של הנאשם בתוך החזה שלי**... לא יודעת לומר אם מתחת לבגדים, זה היה מעל בגד, אבל לא יודעת להגיד איזה בגד... אני יודעת להגיד שזה היה על החזה שלי, **ישנתי באותו הרגע**... חשוב לי להסביר, התעוררתי כשהיד של מתן על החזה הימני שלי בעודי שוכבת על צד שמאל של הגוף שלי, צמודה לקיר" (ההדגשות כאן ובהמשך מעדותה של נפגעת העבירה אינן במקור).
4. אף בחקירתה הנגדית עמדה נפגעת העבירה באופן עקבי על כך שהתעוררה **כתוצאה** ממגעו של המערער בגופה. כך, למשל, כאשר פירטה בנוגע לקיומם של שני אירועים נפרדים: "החלק השני זה החלק שבו **ישנתי והתעוררתי מהמגע** של מתן בגוף שלי"; כאשר התייחסה לדברים שאותם מסרה לחבריה בעקבות האירוע: "סיפרתי באופן כללי את הדבר הטראומטי ביותר עבורי, **ההתעוררות כשאדם נוגע לך בגוף**", וכן: "הוא פלש לי למקומות הכי אינטימיים שלי ונכנס למיטה בזמן שאני ישנה. **פגע בי וביכולת שלי להתגונן מתוך שינה.** זה דבר איום ונורא... הכי עצוב שתוקפים אותך כשאתה ישן... יש חלק בו קמתי משינה שבן אדם נוגע לי בגוף". בדומה, בתשובה לשאלה ישירה של ההגנה בנוגע לאפשרות קיומה של סימולטניות בין המגע וההתעוררות, השיבה נפגעת העבירה בנחרצות כי: "אני התעוררתי כשנגעו לי בחזה", וכן: "אני קמתי כשהיד שלו היתה על החזה שלי, על שד ימין שלי".
5. הדברים עולים אף מדברים שמסרה נפגעת העבירה בסמוך לאחר האירוע. כך למשל בהתכתבות עם נועה חברתה: "קמתי בלילה שהיד שלו על הציצי שלי. זה נראה לך הגיוני?"; בהודעה שכתבה לחבר בשם אריאל: "קמתי אחרי 46 דקות בערך שהיד שלו מעל הטופ שלי, הוא נצמד אלי מאחורה עם הזין שלו. קמתי, לקח לי זמן להתאפס, לא האמנתי שזה קורה..."; בפרוטוקול השיחה עם מהות: "קמתי כשהיד שלו בתוך החזה שלי" ובעימות עם המערער: "אני קמתי שהיד שלך בתוך החזה שלי. ככה אני קמתי. זה האירוע הטראומטי שלי. ככה אני קמתי".
6. עולה, אפוא, כי בהתאם לגרסתה הבהירה והקוהרנטית של נפגעת העבירה, לא זו בלבד שהתעוררה כשהיא חשה את מגעו של המערער על חזהּ, אלא שמגע זה **הוביל אותה להתעורר**, ובניגוד לטענות ההגנה - יש לקבוע כי לא נותר ספק גם בנוגע לסוגיה זו.
7. בנסיבות אלה מתקיים באופן מובהק הרציונל הגלום בעבירה - ההגנה על מי שאינה נמצאת במצב המאפשר לה להסכים למגע המיני בה. ואמנם, נפגעת העבירה מסרה בעדותה כי יכולתה להתגונן מפני מעשיו של המערער נפגעה נוכח מצב השינה שבו היתה נתונה. כמו כן, בהתאם לפרשנות הסעיף בהלכה הפסוקה, כמפורט לעיל, שלפיה העבירה משתרעת גם על פרק הזמן שבו **נחלשה** יכולתה של נפגעת העבירה לגבש הסכמה חופשית, הרי שבדין קבע בית הדין קמא, כי יש להרשיע את המערער בעבירה זו גם בגין מעשיו המיניים שבוצעו בפרק הזמן הנוסף, הקצר אמנם, שלקח לנפגעת העבירה, כדבריה, "להתאפס", לאחר שהחלה מתעוררת משינה עמוקה והתקשתה להגיב על מעשיו של המערער. טענת ההגנה בדבר "הנמכת הרף הראייתי" אינה עולה בקנה אחד עם ההלכה הפסוקה בסוגיה זו.
8. לא מצאנו ממש גם בטענות ההגנה בנוגע להיעדר המודעות של המערער לכך שנפגעת העבירה היתה שקועה בשינה. כפי שבואר לעיל, המערער עזב את החדר שבו פנתה נפגעת העבירה לישון, לאחר האירוע הראשון, שבו הבהירה לו באופן ברור כי אינה מעוניינת בכל מגע מצידו. נפגעת העבירה אף שבה וציינה, מספר פעמים, כי היא מעוניינת לישון וכי היא עייפה. המערער שב לחדר **חשוך** שבו נפגעת העבירה הייתה שכובה על צידה במיטה, **כ-45 דקות לאחר שעזב את החדר** (וזאת בשונה מהאירוע הראשון שבו עלה לחדר זמן קצר אחרי נפגעת העבירה וראה אותה מתכוננת לשינה). זאת ועוד, על אף כלל הנתונים שהצביעו על מצב השינה של נפגעת העבירה באותה עת, המערער לא ניסה לשוחח עמה או לברר את מצבה הקוגניטיבי, ולכל הפחות, יש לקבוע כי עצם את עיניו מלברר קיומה של נסיבה זו. למותר לציין, כי בוודאי שאין להשליך לאחור, כטענת ההגנה, מן ההתנגדות שגילתה נפגעת העבירה למעשיו של המערער, בהמשכו של האירוע לאחר שהתעוררה, על מודעותו לכך שישנה בראשיתו של האירוע.
9. עוד יש לציין כי טענה זו אף אינה מתיישבת עם גרסתו של המערער (שנמצאה בלתי מהימנה), אשר תיאר מגע מיני, שבוצע בהסכמתה של נפגעת העבירה כשהיתה ערה. המערער עצמו לא העיד, בשום שלב, כי טעה לחשוב שנפגעת העבירה ערה, וכבר הוטעם בפסיקת בית המשפט העליון כי הגם שבמקרים המתאימים, יבחן בית המשפט בעצמו הסבר אפשרי, העשוי להתיישב עם חפותו של נאשם, אף אם הלה לא סיפק הסבר כזה, הרי שבחינה שכזו תיעשה ביחס להסבר אפשרי, שהוא בעל **אחיזה בחומר הראיות** (ראו ע"פ 1250/07 **אבו סולב נ' מדינת ישראל**, פסקה 6 (13.12.2007)). מכאן שעל הערכאה השיפוטית לבחון תרחישים חלופיים ובלבד שהם מעוגנים בחומר הראיות ואין להתייחס לתרחישים היפותטיים שאין להם ביסוס בו (ע"פ 3372/11 **קצב נ' מדינת ישראל**, פסקאות 146-152, 163-184 (10.11.2011)).
10. ערעור ההגנה על הכרעת הדין נדחה אפוא במלואו.

**הערעורים על העונש**

השתלשלות ההליכים וגזר דינו של בית הדין קמא

1. כתב האישום בעניינו של המערער הוגש בחודש אוקטובר 2021. בסיומם של הליכים מקדמיים, מסר המערער את תשובתו לאשמה בחודש מאי 2022, ובחודש יולי 2022 החלה שמיעת הראיות. במהלך שמיעת הראיות חל עיכוב של ארבעה חודשים בהמתנה לחזרתה לארץ של אחת מעדות התביעה ששהתה בחו"ל. שמיעת הראיות הסתיימה אפוא במאי 2023, ובאוגוסט 2023 ניתנה הכרעת הדין. הטיעונים לעונש נשמעו מספר חודשים לאחר מכן, בחודש ינואר 2024, הן בשל פרוץ מלחמת "חרבות ברזל" והן לאור עיכוב שחל בהשלמת הערכת המסוכנות המינית בעניינו של המערער. גזר הדין בעניינו ניתן לבסוף בחודש פברואר 2024. מכאן שחלפו כשלוש שנים בין האירועים לבין סיום ההליך בבית הדין קמא.
2. בשלב הראיות לעונש הוצגה לבית הדין הצהרתה של נפגעת העבירה, שבה תיארה את השפעתם המשמעותית של האירועים עליה. בין השאר פירטה, כי היא חשה מצולקת מהאירוע ומחוללת בגוף ובנפש, כי היא מתקשה לסמוך על גברים ושקועה לעיתים במחשבות על האירוע באופן הפוגע בתפקודה. נפגעת העבירה מסרה אף כי הליכי החקירה והמשפט הממושכים הקשו עליה, וכי בעקבות המקרה והשלכותיו, פנתה לטיפול אצל פסיכולוג, הכרוך בעלות כספית משמעותית.
3. המערער הופנה לאחר הרשעתו להערכת מסוכנות מינית, שבסיכומה נמצא כי המסוכנות הנשקפת ממנו היא **בינונית**. מעריכת המסוכנות התרשמה כי הוא בעל קווי אישיות נרקיסיסטית, המתקשה לראות את פגיעתו באחרים עד אשר הדבר פוגע בו. בואר, כי הרקע לעבירה אינו נעוץ בסטייה מינית, אלא הוא אישיותי ונסיבתי. נמצא, כי המערער אינו מגלה הבנה ביחס לגורמים שהובילו אותו לביצוע העבירה והוא אינו מגלה אמפתיה לנפגעת העבירה, אלא עסוק בעיקר במחירים שהוא משלם, תוך שהוא נוטה לייחס הדדיות לנפגעת העבירה, להכחיש למזער ולנרמל את העבירות. צוין כי לאורך הבדיקה בלט שימוש בעיוותי חשיבה, כי המערער לא הביע רצון, צורך או מוטיבציה לטיפול, וכי רק בסוף הבדיקה שינה עמדתו בעניין זה מבלי שהוסבר השינוי בהתייחסותו ונותר הרושם כי הוא סבר שמדובר בתשובה טובה יותר מבחינתו. לבסוף עמדה מעריכת המסוכנות על החשיבות שבשילוב המערער בטיפול ייעודי קבוצתי לעברייני מין.
4. אשר לנסיבותיו האישיות של המערער, הובא לפני בית הדין קמא כי הוא נעדר עבר פלילי, אולם נרשמו לחובתו במהלך שירותו הצבאי מספר עבירות משמעת. מפקדו ציין כי המערער הוא קצין מוכשר, אשר תרם ליחידה באופן משמעותי. בעקבות פתיחת החקירה הושעה המערער מתפקידו ולאחר מכן שוחרר מצה"ל. בשנה האחרונה החל המערער ללמוד מדעי המחשב, הוא מתגורר עם בת זוגו ועובד למחייתו.
5. המערער לא העיד בשלב הראיות לעונש, אולם בדברים שמסר בטרם גזר הדין סיפר על הקושי שלו לראות את עצמו כעבריין מין וטען כי לאחר תהליך ארוך, הבין ששגה בקריאת הסיטואציה והביע צער על הנזק שנגרם לנפגעת העבירה.
6. התביעה הצבאית עתרה לפני בית הדין קמא לקבוע מתחם עונש הולם הנע בין 12 ל-18 חודשי מאסר בפועל, ולמקם את עונשו של המערער בשליש העליון של המתחם. לצד זאת ביקשה להורידו לדרגת טוראי, ולקבוע את הפיצוי המירבי האפשרי על פי חוק השיפוט הצבאי לנפגעת העבירה. לעומתה, ביקשה ההגנה לקבוע מתחם עונש הולם בן חודשי מאסר ספורים, שאפשר כי ירוצו לפחות בחלקם בדרך של עבודה צבאית, ולמקם את עונשו של המערער בתחתית המתחם, מתוך איזון גם עם עונש ההורדה בדרגה.
7. בעת קביעת מתחם העונש ההולם עמד בית הדין קמא על חומרת המעשים ועל פגיעתם בערכי היסוד של כבוד האדם, ההגנה על שלמות גופה ונפשה של נפגעת העבירה, והאוטונומיה שלה על גופה. הוטעם, כי בשורה של מקרים דומים נקבעה מדיניות ענישה של מאסר בפועל, בכליאה, למשך חודשים ארוכים, באופן המשקף את שיקולי ההלימה ואת מגמת ההחמרה בענישה בעבירות מין. בית הדין בחן את מדיניות הענישה, כפי שבאה לידי ביטוי גם בפסיקת בית דין זה בשנים האחרונות, ביחס לעבירות מין, לרבות במקרים של עבירות מין אשר בוצעו תוך ניצול המצב המונע התנגדות, והפנה בין היתר, לע/12/15 **סמל חלילי נ' התובע הצבאי הראשי** (2015); ע/44/16 **רב"ט טאפש נ' התובע הצבאי הראשי** (2016); ע/62/16 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל ברום** (2016); ע/12,13/22 **סמ"ר אמסלם נ' התובע הצבאי הראשי** (2022); ע/32/23 **רב"ט כהן נ' התובע הצבאי הראשי** (2023), ע/15/23 **סמל קבסה נ' התובע הצבאי הראשי** (2023) וכן ע/21,22/22 **רקנאטי** לעיל. בסופה של בחינה נקבע על ידי בית הדין קמא מתחם עונש הולם, הנע בין **שבעה לארבעה עשר חודשי מאסר בפועל**, בצירוף מאסר מותנה, הורדה בדרגה ורכיב של פיצויים לנפגעת העבירה.
8. בעת קביעת עונשו של המערער בתוך מתחם העונש ההולם, נחלקו דעות השופטים. כל השופטים סברו כי לצד ההתחשבות בנזק למערער הנלווה להרשעתו בעבירת מין מסוג פשע ולעונש של מאסר בפועל, כמתחייב, אשר יביאו לקטיעת לימודיו האקדמיים, יש לשקול את העובדה כי אינו זכאי להתחשבות השמורה למי שנוטל אחריות למעשיו ואף את הערכת המסוכנות המינית שנקבעה בעניינו. עם זאת, בית הדין קמא התחשב לקולה בכך שדינו של המערער נגזר כשלוש שנים לאחר האירועים, בשל עיכובים כמבואר לעיל, שחלקם אינם לפתחו. בד בבד, צויין, כי המערער לא השכיל לנצל את פרק הזמן שחלף כדי לעבור תהליך טיפולי וגם אינו מעוניין בכך.
9. שופטי הרוב סברו כי יש לייחס את משקל הבכורה לשיקולי ההלימה ושיקולי ההרתעה השונים, אשר בהינתן משקלו הנמוך של שיקול השיקום בנסיבות דכאן, אינם מאפשרים לקבוע את עונש המאסר בפועל במחצית התחתונה של מתחם העונש ההולם. בהתאם נקבע, כי יש להעמידו על 11 חודשי מאסר בפועל. שופט המיעוט סבר לעומת זאת, כי בשים לב להיעדרו של עבר פלילי, לכך שעל פי הערכת המסוכנות להליך המשפטי היתה השפעה מרתיעה וממשית עבור המערער, לכך שבזמן שחלף לא הסתבך בעבירה נוספת ובראי תמהיל הענישה הכולל, לרבות הורדתו בדרגה - יש להשית עליו מאסר בפועל בן שמונה חודשים. נפסק, אפוא כדעת הרוב, להשית על המערער **11 חודשי מאסר בפועל**. לצד עונשים אלה הושת על המערער כאמור, עונש מאסר מותנה וכן הוטל עליו לשלם פיצויים לנפגעת העבירה.

טענות הצדדים בערעורים על העונש

1. בערעורה טענה **ההגנה**, כי העונש שהושת על המערער חורג לחומרה ממדיניות הענישה הנהוגה שהושתה במקרים בעלי נסיבות מחמירות יותר, הכוללות שימוש באלימות, שיבוש הליכי משפט או מתן חומרים משכרים לשם ניצול המצב המונע שליטה; וכן במקרים שבהם התקיימו נסיבות צבאיות מובהקות, שלשיטת ההגנה, אינן רלוונטיות בנסיבות דכאן. בין השאר, הפנתה ההגנה לע/8/21 **סמ"ר אריאל זנו נ' התובע הצבאי הראשי** (2021), ע/12,13/23 **סמ"ר אמסלם** לעיל, ע/21,22/22 **סמל רקנאטי** לעיל וע/32/23 **רב"ט** **כהן** לעיל וביקשה לאבחן את עניינו של המערער לקולה מאותם פסקי דין. נטען, כי בעניינו של המערער עסקינן באירוע קצר וחד פעמי, ומכאן שיש להתערב במתחם העונש ההולם שנקבע ולהקל בו.
2. כמו כן נטען, כי נפלה שגיאה בהחלטת שופטי הרוב לקבוע את עונשו של המערער בחלקו העליון של מתחם העונש ההולם, תוך מתן משקל יתר לאי נטילת האחריות של המערער, ולמעשה - כך נטען - לכך שכפר באשמות וניהל את משפטו. מנגד, נטען, כי בית הדין קמא לא נתן משקל מספק לכך שהמערער הוא אדם נורמטיבי, ללא עבר פלילי, אשר לא הסתבך בעבירות נוספות גם בפרק הזמן המשמעותי שחלף מאז המקרה. ההגנה אף סבורה כי ראוי היה ליתן משקל רב יותר למשמעות הרגשית הנלווית להורדתו של המערער מדרגות קצונה, על אף היעדר מאפיינים צבאיים בולטים באירוע, כנטען. לשיטתה, ראוי היה למתן את משכו של עונש המאסר בפועל, כפי שסבר שופט המיעוט שיש לעשות.
3. **התביעה** מנגד, שבה על עתירתה לקבוע מתחם עונש הולם הנע בין 12 ל-18 חודשי מאסר בפועל ולמקם את עונשו של המערער בשליש העליון של המתחם. בטיעוניה עמדה התביעה על הנסיבות המחמירות של האירועים, והדגישה את התוקפנות והאגרסיביות שאפיינו את מעשיו של המערער, אשר המשיך במעשיו חרף גילויי ההתנגדות חוזרים ונשנים של נפגעת העבירה לאחר שהתעוררה, באירוע המאוחר יותר. התביעה אף הדגישה את הנזק הרב שנגרם לנפגעת העבירה בעקבות מעשיו של המערער ואת השלכותיהם עליה. נטען עוד, כי מעשיו של המערער מגלמים גם פגיעה בערכים צבאיים מוגנים, בשים לב לנורמות ההתנהגות הגבוהות הנדרשות מחיילים ומפקדים גם מחוץ לכתלי הבסיס, לנוכח מאפייני האירוע ובשים לב לכך שהמערער הכיר את נפגעת העבירה במהלך שירות צבאי משותף.
4. להשקפת התביעה קיימות בעניינו של המערער נסיבות חומרה משמעותיות לעומת אלו שהתקיימו באירוע שנדון בע/21,22/22 **רקנאטי** לעיל (שם הוחמר עונש המאסר לשבעה חודשים ומחצה בעקבות קבלת ערעור התביעה, תוך שהובהר כי אין ממצים עמו את הדין). כן הפנתה התביעה למגמת ההחמרה בענישה של עברייני מין ולפסיקת בית המשפט העליון בנושא (ע"פ 5248/18 **משה נ' מדינת ישראל** (10.10.2018); ע"פ 4528/13 **מוחמד נ' מדינת ישראל** (22.9.2014); וע"פ 2272/16 **פלוני נ' מדינת ישראל** (7.5.2018)).
5. לצד האמור, נטען כי בהתאם להכרעתם של שופטי הרוב, יש להעמיד את עונשו של המערער בחלקו העליון של המתחם. נטען, כי בראי הערכת המסוכנות של המערער, אין לתת משקל לקולה לחלוף הזמן, אשר המערער לא השכיל לנצל לטיפול ולשיקום, וכי בנסיבות אלה יש ליתן משקל רב לשיקולי הרתעת היחיד ולשיקולי הרתעת הרבים. בשולי טיעוניה ציינה התביעה, כי נמנעה אמנם מלערער על סכום הפיצוי שהושת, אך להשקפתה ראוי היה להשית על המערער את מלוא סכום הפיצוי האפשרי על פי דין.

דיון והכרעה

1. כלל ידוע הוא כי ערכאת הערעור לא תיטה להתערב בעונש שנגזר על ידי הערכאה הדיונית, והתערבות זו שמורה למקרים חריגים שבהם נפלה טעות מהותית ובולטת בגזר הדין, או מקום שבו העונש שהוטל חורג באופן קיצוני ממדיניות הענישה הנוהגת בנסיבות דומות (ע"פ 6123/23 **מדינת ישראל נ' פלוני**, פסקה 22 והאסמכתאות שם (22.2.2024)). נקדים ונבהיר, כי בשים לב לאמור, **ולא בלי התלבטות, על אף שסברנו כי העונש שהושת על המערער מקל, לא מצאנו לקבל את ערעור התביעה ולהחמיר בו**. פשיטא כי לא מצאנו לקבל גם את ערעור ההגנה.
2. במעשיו של המערער מגולמות מספר נסיבות חומרה בולטות, בכל אחד מהאירועים, בוודאי בהצטברם. התמונה המלאה משקפת הסלמה גוברת בהתנהלותו של המערער, אשר כבר באירוע הראשון ניסה לנעול את הדלת, וללא כל רקע קודם, נשכב לצד נפגעת העבירה, נצמד אליה והחל נוגע בגופה, על אף שמסרה לו כי ברצונה ללכת לישון. חומרה יתרה נעוצה במעשיו בהמשך - על אף שעם הגעתה של נועה, אשר הוזעקה לחדר על ידי נפגעת העבירה, הובהר למערער כי מעשיו אינם רצויים, שב המערער לחדר והחל נוגע בגופה של נפגעת העבירה בשעה שהיא ישנה. אף מעשיו בהמשך, לנוכח התנגדותה הברורה של נפגעת העבירה לאורך האירוע, הנגיעות באיבריה האינטימיים והנסיונות החוזרים להפשיטה מבגדיה - כל אלה מלמדים על תוקפנות, על כוחניות ועל התעלמות בוטה מרצונה של נפגעת העבירה. כמו כן, בעת בחינת נסיבות ביצוע העבירות, יש לשקול אף את הנזק המשמעותי שנגרם לנפגעת העבירה, עקב מעשי המערער, כפי שתיארה בתצהיר מטעמה (סעיף 40ט(א)(4) לחוק העונשין).
3. נסיבות החומרה שנמנו לעיל, מלמדות על פגיעה חמורה בערכים המוגנים של שמירה על כבודה של נפגעת העבירה, ההגנה על פרטיותה והאוטונומיה שלה על גופה. נפסק לא אחת כי: "עבירות מין הן מהעבירות החמורות שבחוק העונשין. בעבירות אלו יש משום חילול הגוף וכבוד האדם, הפשטת האדם מאנושיותו ורמיסת האוטונומיה שלו. עבריין מין משתמש בזולתו ככלי לסיפוק צרכיו ויצריו המיניים; הוא הופך אותו מסובייקט לאובייקט שתכלית קיומו מתמצית בריצוי צרכיו.. ובמקרים רבים... הפגיעות המיניות מובילות לצלקות עמוקות בנפש אשר מוצאות ביטוי בפגיעה בתפקוד השוטף במסגרות החיים השונות. ברי כי העונש שנגזר בעבירות מין צריך לשקף את הסלידה ממעשים אלה" (ע"פ 3657/23 **כהן נ' מדינת ישראל**, פסקה 18 (13.8.2023); וכן ראו ע"פ 9207/23 **פלוני נ' מדינת ישראל,** פסקה 40 (2.5.2024); ע/33,37/23 **סמ"ר פלג נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 32 (2023)).
4. בנסיבות העניין, מתקיימת גם פגיעה בערכים הצבאיים המוגנים, הייחודיים למסגרת הצבאית - ערך הרעות, האמון בין החיילים ואמון הציבור בצה"ל (הגם שהזיקה הצבאית בנסיבות דכאן מצומצמת במידת מה מזו שהתקיימה במקרים שנדונו בע/1,3/23 **רס"ן סונגו** לעיל, ע/33,37/23 **סמ"ר פלג** לעיל וע/21,22/22 **סמ"ר רקנאטי** לעיל). המערער הוא קצין אשר פגע מינית בקצינה אחרת, שאותה הכיר במסגרת השירות הצבאי וכבר נפסק כי בעת קביעת מתחם העונש ההולם, יש לייחס משקל גם למאפייניה הייחודיים של המסגרת הצבאית ולצרכיה (רע"פ 391/17 **פלוני נ' התובעת הצבאית הראשית**, פסקה 12 (15.1.2017)); וכי יש להחמיר בענישה בגין עבירות מין המבוצעות במהלך השירות הצבאי, כחלק מן ההגנה על שלומם ועל כבודם של המשרתים בצה"ל (ע/32,33/21 **רס"ר שיליאן נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 85 (2022); ע/16,18/23 **סרן יסייה נ' התובע הצבאי הראשי,** פסקה 25 (2023)).
5. לנוכח מגמת ההחמרה בענישה בגין עבירות מין, כעולה מפסיקת בית המשפט העליון (ראו: ע"פ 166/23 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 10 (18.5.2023); והפסיקה שאליה הפנתה התביעה: ע"פ 4528/13 **מוחמד** לעיל,ע"פ 2272/16 **פלוני** לעיל**,** ע"פ 5248/18 **משה** לעיל; וראו גם פסיקת בית דין זה מן השנים האחרונות: ע/21,22/24 **סא"ל חלואני נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 42(2024), אם כי שם, גולמה בעונש התחשבות במצב נפשי חריג; ע/12,13/22 **סמ"ר אמסלם** הנ"ל; ע/32/23 **רב"ט כהן** הנ"ל וע/15/23 **סמל קבסה** הנ"ל), בנסיבות ביצוע העבירות - אין חומרה יתרה במתחם העונש שקבע בית הדין קמא והוא אף מקל.
6. במסגרת טענות הצדדים בערעורים על העונש, לנוכח ההרשעה בעבירה של מעשה מגונה בנסיבות המונעות מתן הסכמה חופשית, לפי סעיפים 348(א) ו-345(א)(4) לחוק העונשין התייחסו שני הצדדים לעונש המאסר בפועל שהושת בעניין **רקנאטי** לעיל - שבעה חודשים וחצי, זה בכה וזה בכה. בחינת אותו מקרה, מעלה כי בעניינו של המערער מתקיימים מספר היבטי חומרה בולטים, שלא התקיימו בעניין **רקנאטי** לעיל. השתלשלות העניינים, הפער בין האירועים והצברם, כמו גם התוקפנות שהפגין המערער לאורך האירוע השני, כל אלה מלמדים על חומרה יתרה במעשיו של המערער שלפנינו. יש לציין עוד, כי בעניינו של **רקנאטי** ניתן משקל רב לעיכוב המשמעותי שחל בהליכים, עיכוב בן ארבע שנים, שבחלקו נבע מהשפעת נגיף קורונה ובחלקו נבע גם משלב הערעור מאחר שפסק הדין הוחזר לבחינה נוספת בערכאה קמא; וכן ניתן משקל לכלל בדבר אי מיצוי ההחמרה בעונש בעת קבלת ערעור התביעה על קולתו.
7. עוד יש לציין, כי על פי סעיף 355 לחוק העונשין, המתקיים בעניינו של המערער, נוכח הרשעתו בעבירה של מעשה מגונה תוך ניצול מצב המונע התנגדות, לא יפחת עונש המאסר הכולל שיוטל מרבע מהעונש המרבי שנקבע לצד אותה עבירה (דהיינו 21 חודשי מאסר), וזאת אלא אם מתקיימים טעמים מיוחדים המצדיקים לחרוג מכך. הוטעם בהלכה הפסוקה, כי העונש המזערי הנקוב לצד עבירה הוא בבחינת אינדיקציה לחומרה המיוחסת לה ולמידת הפגיעה בערכים המוגנים הנלווית לה. בהתאם, נפסק כי: "מתחם העונש ההולם והעונש המזערי קשורים הם בקשר אמיץ" (ע"פ 8500/22 **אביטבול נ' מדינת ישראל**, פסקה 17 (10.7.2023)), וכי ראוי שלא לקבוע את הרף התחתון של מתחם העונש ההולם מתחת לעונש המזערי שלצד העבירה, אלא אם מתקיימים טעמים מיוחדים (ראו ע"פ 5617/19 **מדינת ישראל נ' פלוני**, פסקה 17 לפסק דינו של השופט אלרון (26.8.2021); ע"פ 4876/15 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקאות 31 - 34 לפסק דינו של השופט סולברג והאסמכתאות שם (3.12.2015)).
8. עם זאת, כפי שציינו לעיל, בסופו של דיון, לאחר התלבטות, על אף היבטי החומרה של המעשים - לא מצאנו להתערב במתחם העונש ההולם, כעתירת התביעה.
9. קביעתנו זו נעוצה גם בעתירת התביעה לקבוע מתחם עונש הולם בין 12 ל-18 חודשי מאסר בפועל, שאינו רחוק ממתחם העונש ההולם שקבע בית הדין קמא - בין שבעה ל-14 חודשי מאסר בפועל. ואכן, בחינת המתחם שנקבע בראי מדיניות הענישה הנהוגה, מלמדת כי הגם שהוא מקל במידת מה (בעיקר בקביעת הרף התחתון שלו), אין הוא מגלם טעות בולטת המצדיקה את התערבות ערכאת הערעור בהתאם לכללים שנקבעו בנושא בהלכה הפסוקה (ראו לעניין זה ע/21,22/24 **סא"ל חלואני** בפסקה 44 והאסמכתאות שם).
10. לא מצאנו לקבל את עתירת ההגנה בנוגע לאופן קביעת עונשו של המערער בתוך המתחם. בעניין זה מקובלת עלינו דעת הרוב באשר למשקלם הרב של שיקולי ההרתעה השונים בנסיבות העניין ומנגד, היקפו המצומצם של שיקול השיקום, כעולה מכלל הנתונים.
11. לצד זאת, שקלנו גם את פרק הזמן הניכר שחלף מאז מועד ביצוע העבירות, כשיקול שלא להחמיר בעונשו של המערער ואת העובדה, כי המערער סיים זה מכבר את השירות הצבאי, בעקבות האירוע (ראו ע/21/16 **סמל ביליק נ' התובע הצבאי הראשי** (2022); ע/7/22 **התובע הצבאי הראשי נ' סמ"ר יפרח**, פסקה 21 (2022)). עוד שקלנו את תמהיל הענישה, הכולל גם את הורדת המערער ששירת כקצין, לדרגת טוראי. כל אלה, במצטבר, הובילו אותנו להימנע מלהחמיר בעונשו של המערער בתוך המתחם שנקבע, ולהימנע מלהתערב בגזר דינו של בית הדין קמא.
12. בשולי פסק הדין נעיר, כי מקובלת עלינו עמדת התביעה, שלפיה בנסיבות העניין, ראוי היה לקבוע סכום גבוה יותר של פיצויים לטובת נפגעת העבירה. נזכיר כי סעיף 35 לחוק השיפוט הצבאי מגביל את סכום הפיצוי שניתן להשית על נאשמים המורשעים בבתי דין צבאיים באופן הנמוך בהרבה מתקרת הפיצויים שנקבעה בסעיף 77 לחוק העונשין, ואף נמתחה על כך ביקורת (ראו למשל: ע/31,32/21 **רס"ר שיליאן נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 103 והאסמכתאות שם (2022)). ועדיין, ניתן וראוי היה לחייב את המערער בתשלום פיצויים בסכום גבוה יותר (בגין כל אחת מן העבירות שבהן הורשע), ובכך להגשים את תכלית הפיצוי בהליך הפלילי - הענקת סעד מיידי לנפגע העבירה וביטוי הכרה חברתית בסבלו (ע"פ 5860/14 **לביא נ' מדינת ישראל,** פסקה 16 (6.3.2016); ע/56,58/16 **סמל ימין נ' התובע הצבאי הראשי**(2017); ע/31,32/21 **רס"ר שיליאן** לעיל, פסקה 103). ברם, בהעדר ערעור תביעה בנושא זה, אין העניין מונח לפתחנו, והערה זו היא למעלה מן הצורך.
13. סוף דבר, ערעור ההגנה על הכרעת הדין ועל חומרת העונש נדחה. ערעור התביעה על קולת העונש נדחה אף הוא.

ניתן והודע היום, י"ח סיוון בתשרי התשפ"ד, 24 ביוני 2024, בפומבי ובמעמד הצדדים.

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

 הנשיאה שופטת שופט

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

 **סרן כפיר לב**

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