 

**בבית הדין הצבאי לערעורים**

בפני:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **תא"ל נועה זומר** | **-** | המשנה לנשיאה  |
| **אל"ם מאיה גולדשמידט** **אל"ם איתמר דשל** | **-** **-**  |  שופטת שופט |

בעניין:

**מ/XXXXXXX סמל גיא בן סדון –** המערער (ע"י ב"כ, סא"ל (מיל') בני קוזניץ; סרן אהרן פופקו)

**נ ג ד**

**התובע הצבאי הראשי –** המשיב (ע"י ב"כ, רס"ן אוהד מנור; סרן תכלת מרדכי פייגנסון)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי הדרום שניתן בתיק דרום (מחוזי) 207/23 (אל"ם מאיר ויגיסר – אב"ד; סא"ל אנסטסיה סורז'נקו – שופטת; רס"ן ספיר מוטיאי – שופטת) ביום 28.10.2024. הערעור התקבל.

**פ ס ק - ד י ן**

1. המערער, סמל גיא בן סדון, הורשע על פי הודאתו בכתב אישום מתוקן המייחס לו עבירה של מעשה מגונה, לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין, תשל"ז - 1977. בעקבות הרשעתו הושת עליו עונש מאסר בפועל בן שבעה חודשים ומחצה, וכן עונשי מאסר מותנים. עוד נפסקו לנפגעת העבירה פיצויים בסכום של 8,000 ש"ח.
2. ההגנה לא השלימה עם פסק דינו של בית הדין קמא הנכבד, והיא מבקשת להקל במשכו של עונש המאסר בפועל ולקבוע כי ירוצה בדרך של עבודה צבאית.

**פסק דינו של בית הדין המחוזי**

1. מכתב האישום המתוקן ומן הראיות שהובאו בפני בית הדין המחוזי עלה, כי המערער, שהתגייס לצה"ל באוגוסט 2021 ושירת כלוחם, הכיר בחודש מאי 2022 את נפגעת העבירה, ששירתה כרכזת בחנות ה"כוורת" בבסיס יחידתם. במסגרת קשר ידידותי שהתפתח ביניהם הם התראו ב"כוורת" ודיברו על חייהם האישיים, בין היתר על העדפותיהם המיניות. ביום 16 בנובמבר 2022 בשעות הערב פנה המערער אל נפגעת העבירה באמצעות יישומון ה"אינסטגרם" והם התכתבו ביניהם. לאחר שבירר אם היא נמצאת ב"כוורת", הגיע המערער לשם, רכש עבור הנפגעת שוקולד והשניים שוחחו על מערכות היחסים הזוגיות שלהם ועל הרגליהם המיניים.

לאחר כעשרים דקות של שיחה, יצאו השניים מחנות ה"כוורת", ונפגעת העבירה מסרה למערער כי בכוונתה לעזוב את המקום. הוא אמר לה כי הוא שומע "רעש מוזר מאחורי ה'כוורת'" וביקש ממנה לבוא עמו לבדוק את מקור הרעש. בתחילה התנגדה, אולם לבסוף נענתה להפצרות המערער ובאה עמו. הם החלו בהליכה, כשהמערער הולך מאחורי נפגעת העבירה, וכשהגיעו לצד המבנה, תפס את כתפה הימנית, סובב אותה כשפניה מול פניו, דחף אותה, הצמיד את גבהּ לקיר ותפס בידיו את שתי כתפיה, מבלי שהיא הגיבה למעשיו.

לאחר מכן המשיך המערער והניח את ידו השמאלית על צווארה של נפגעת העבירה, כשאגודלו על לחיה, והחל לנשקה בפיה, העביר את לשונו על שפתיה ושיניה, ניסה לדחוף את לשונו לתוך פיה ואמר לה ששפתיה בשרניות ויפות. היא לא הגיבה ולא שיתפה פעולה עמו. בד בבד העיר הערות מיניות על שפתיה וישבנה, אחז את ישבנה בידו הימנית וסטר עליו. הנפגעת לא הגיבה, אך המערער המשיך במעשיו, נשק לצווארה ונשך אותו, הוריד את ידו השמאלית לכיוון בטנה, פתח את חגורת מכנסיה, אחז בחלק הקדמי העליון של מכנסיה, משך אותו בחוזקה כלפי מטה, כך שפתח את שני הכפתורים העליונים, והניח את ידו על איבר מינה מעל מכנסיה. את כל האמור, ביצע המערער ללא תגובה מצידה של הנפגעת, עד שבשלב מסוים תפסה את ידו השמאלית של המערער והזיזה אותה ממכנסיה, דחפה את המערער לאחור בשתי ידיה ועזבה את המקום.

מספר ימים לאחר מכן, כאשר הנפגעת נעלה את דלתות ה"כוורת", ניגש אליה המערער מאחור, הניח את ידיו על מותניה וקירב אליה את פלג גופו התחתון. היא הסירה את ידיו, הדפה אותו באמצעות כתפה הימנית ועזבה את המקום בריצה, כשהמערער שואל "לאן את רצה?". בחלוף מספר דקות פנה אליה באמצעות יישומון ה"אינסטגרם" ושאל היכן היא. נפגעת העבירה השיבה שאינה מעוניינת לדבר עימו וביקשה שישמור ממנה מרחק.

1. נפגעת העבירה, אשר השתחררה בינתיים משירותה הצבאי, העידה בפני בית הדין קמא במסגרת ראיות התביעה לעונש. בעדותה פירטה את השפעותיו ארוכות הטווח של האירוע על חייה, לרבות היותו אחד הגורמים שהובילו לסיום קשר זוגי ממושך. לשאלת ההגנה, אישרה כי במפגש שהיה לה עם המערער במהלך החקירה אמרה לו כי בכוונתה לבקש שיקלו עימו. לדבריה, עשתה כן כדי להביא את המערער לספר את האמת, ובכך לסיים את החקירה ולהתמודד עם התחושות הקשות שליוו אותה במהלכה. כפי שהטעימה, היא אינה מבקשת לנקום במערער, אלא למנוע הישנות של מקרים דומים.
2. אשר למערער, עלה מן הראיות שהובאו בפני בית הדין קמא, כי הוריו גרושים, וכי הוא מתגורר עם אמו. הקשר עם אביו התנתק לפני מספר שנים. בחודש אפריל 2024, מיד לאחר שסיים את שירותו הסדיר כלוחם, נקרא המערער לשירות מילואים, שאותו השלים בחודש ספטמבר 2024. מפקדיו תיארו אותו בהמלצותיהם כחייל מסור, מחויב ומלא מוטיבציה, אשר תרם באופן משמעותי ללחימה והצטיין גם ביחסי אנוש ובבניית סביבת עבודה "חיובית ושיתופית". בתסקיר עונש שהוגש, ציינה עורכת התסקיר כי המערער נוטל אחריות על מעשיו ומבטא רגשות של בושה, אשמה וחרטה, "אשר נחוו כאותנטיים". להתרשמותה, ההליך המשפטי משמש עבור המערער גורם מרתיע, ואמו ובת זוגו הן בגדר מערכת תמיכה משמעותית. תואר עוד כי מצבו הנפשי הושפע מאז מעצרו בגין האירוע, והוא חש תחושות של דכאון, חרדה ואכזבה עצמית מכך שפגע בנפגעת. לפיכך המליצה עורכת התסקיר על הפחתה בעונשו, ועל הפנייתו, בתום ריצוי העונש, לטיפול רגשי ופסיכו-חינוכי להבנת התנהלותו ולאימוץ כלים להתנהלות אדפטיבית.
3. בהערכת המסוכנות שנערכה למערער צוין, כי הוא נוטל אחריות על ביצוע העבירה, חש בושה, כעס ואשמה שנחוו אותנטיים, והדגיש כי מעולם לא רצה לפגוש באיש וכי ביקש "להיות מישהו שאני לא, מישהו שיותר כאילו גברי". לצד זאת הביע המערער "עיוותי חשיבה האופייניים לאנשים פוגעים מינית, סוג של הדדיות והסכמה", שכן לטענתו סבר כי בינו לבין הנפגעת היה מתח מיני, וכי הסכימה למעשים שבגינם הורשע. מעריכת המסוכנות תיארה חוויות מחייו של המערער, שהובילו אותו לקושי בדימוי העצמי (אלה לא יפורטו מטעמי צנעת הפרט), והעריכה כי המעשים בוצעו גם על רקע זה. גם מעריכת המסוכנות התרשמה מחרטה אותנטית, מאמפתיה כלפי הנפגעת, מן ההרתעה הנעוצה בהליך המשפטי וממערכת תמיכה משמעותית שלה זוכה המערער, במישור המשפחתי והזוגי. במכלול השיקולים, ועל אף שלא השתלב בטיפול ייעודי, והוא נעדר בשלב זה תובנה באשר לטריגרים שעמדו בבסיס העבירות, הוערכה מסוכנותו המינית כ**נמוכה.** הומלץ, כי ישולב בטיפול רגשי שיסייע לו "לבחון את התנהלותו בסיטואציה הפוגענית" ולעבד את המשבר בעקבות העבירה.
4. בדבריו לפני בית הדין בטרם גזירת דינו, הביע המערער חרטה, טען כי מעשיו אינם תואמים למערכת הערכים שלו והצר עליהם. כן תיאר את השפעת האירועים על מצבו הנפשי ואת הפגיעה של עונש מאסר שייגזר עליו בו ובאמו. לבסוף גם ציין, כי בכוונתו להשתלב בעתיד בטיפול וכי פנה לגורמי הרווחה לבחינת התאמתו לתכנית טיפולית.
5. בבואו לקבוע את מתחם העונש ההולם, עמד בית הדין קמא על היבטי החומרה בנסיבות ביצוע העבירה - הכוללים את תכנון האירוע, "לכידתה" של נפגעת העבירה באופן המצמצם את יכולת התגובה שלה, ההסלמה במעשיו וסיומם ביוזמתה של נפגעת העבירה. עוד נקבע כי האירוע המאוחר יותר, ימים ספורים לאחר מכן, אמנם לא מהווה עבירה נוספת אך "מוסיף נופך חומרה לאירוע כולו ומשפיע גם על קביעת המתחם". טענת ההגנה, שלפיה יש להקל עם המערער בשל הפגיעה ביכולתו להבין את הפסול במעשהו (סעיף 40ט(א)(6) לחוק העונשין), כיוון שלא הבין כנדרש את חוסר הסכמתה של נפגעת העבירה - נדחתה, תוך שנקבע כי המערער "הודה בכתב האישום המתוקן ולא הוכח כי הוא סובל מקושי בהבנת סיטואציות חברתיות". לצד זאת, לאור משכו הקצר של האירוע, בהעדר שימוש בכוח רב, משהמגע היה מעל לבגדיה של נפגעת העבירה ומשהאירוע הסתיים עם גילוי ההתנגדות מצד נפגעת העבירה, בואר כי "מדובר במעשים שאינם ברף החומרה הגבוה ביותר של עבירת המעשה המגונה".
6. בהמשך לכך, עמד בית הדין קמא על מידת הפגיעה של מעשי המערער בערכים המוגנים שעניינם כבוד האדם, שלמות גופו, פרטיותו והאוטונומיה שלו וכן הערכים המוגנים הייחודיים למסגרת הצבאית - הרעות, האמון בין חיילים ואמון הציבור בצה"ל. בשים לב לאמור, ולמגמת ההחמרה בענישה בעבירות מין (ע/53/24 **רס"ל (מיל') פרץ נ' התובע הצבאי הראשי** (2024); ע/51,52/24 **טור' אבו סריה נ' התובע הצבאי הראשי** (2024); ע/25/24 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' ש'** (2024); ע/21,22/24 **סא"ל חלואני נ' התובע הצבאי הראשי** (2024); ע/14,15/24 **סגן דור נ' התובע הצבאי הראשי** (2024); ע/32/23 **רב"ט כהן נ' התובע הצבאי הראשי** (2023); ע/15/23 **סמל קבסה נ' התובע הצבאי הראשי** (2023); ע/12,13/22 **סמ"ר אמסלם נ' התובע הצבאי הראשי** (2022)) - נקבע מתחם העונש ההולם בטווח שבין שישה ל-12 חודשי מאסר בפועל.
7. בעת קביעת מידת העונש נדחתה עתירת ההגנה לחרוג לקולה ממתחם העונש ההולם בשל שיקולי שיקום, ולא התקבלה טענתה כאילו יש לראות את שירותו הצבאי הממושך של המערער כלוחם כהליך שיקום שהסתיים. כך או כך, צוין כי המערער אינו עומד באמות המידה שנקבעו לחריגה ממתחם העונש ההולם מטעמי שיקום (ע"פ 6637/17 **קרנדל נ' מדינת ישראל** (18.4.2018)), שכן אף שהביע חרטה ו"מוטיבציה מסוימת" לשיקום, וחרף ההמלצה כי ישתלב בטיפול רגשי כחלק מהליך השיקום, לא עשה כן, וזאת על אף הזמן הרב שחלף מאז האירוע. צוין עוד, כי גם בדבריו בפני בית הדין, התמקד המערער בנזקים שנגרמו לו בעקבות האירוע, ולא הביע התנצלות לפני נפגעת העבירה שנכחה באולם או אמפתיה כלפיה.
8. בתוך המתחם, התחשב בית הדין קמא בהתרשמותה של מעריכת המסוכנות מחרטתו של המערער, ובהודאתו של המערער באשמה, תוך נטילת אחריות וחיסכון בזמן שיפוטי. כן נשקלו עברו הנקי וגילו הצעיר של המערער, חלוף הזמן מאז האירוע (כשנתיים), נסיבותיו האישיות המורכבות של המערער ושירותו התורם והמשמעותי, במסגרת מלחמת "חרבות ברזל". כל אלה הביאו את בית הדין קמא לקבוע כי "ניתן למקם את עונשו של ה[מערער] בחלקו התחתון של מתחם העונש ההולם, אם כי לא בתחתיתו ממש", ולגזור למערער עונש של מאסר בפועל בן שבעה חודשים ומחצה כאמור; וזאת לצד תשלום הפיצוי שנקבע כי ראוי שיהיה משמעותי, לאור עוגמת הנפש הרבה שנגרמה לנפגעת העבירה והנזק שמלווה אותה גם היום.

**טיעוני הצדדים בערעור**

1. **ההגנה** עותרת לקביעתו של מתחם עונש הולם שהרף התחתון שלו יאפשר תוצאה רישומית של רישום מופחת. לחלופין, עתרה כי עונשו של המערער יחרוג לקולה ממתחם העונש שנקבע. לשיטתה, נפלו בגזר הדין פגמים משמעותיים שהובילו לתוצאה עונשית "בלתי סבירה ובלתי צודקת", וההחמרה עם המערער נעשתה בניגוד לעיקרון ההלימה. כך, נטען כי לא ניתן לייחס למערער תכנון מוקדם לביצוע המעשים, וכי הטענה שהשקיע מאמץ בהבאתה של נפגעת העבירה אל מאחורי מבנה ה"כוורת" היא "תיאור קיצוני לדברי שכנוע קצרים". עוד סבורה ההגנה כי שגה בית הדין קמא כאשר דחה את הטענה שלפיה המערער לא הבין את הפסול במעשיו - וזאת לאור גילו הצעיר בזמן ביצוע העבירה ולאור דבריו למעריכת המסוכנות, המלמדים על ראיית האירוע כאי הבנה. נטען אפוא כי ראוי להשית עליו עונש מאסר בדרך של עבודה צבאית, בדומה למקרים אחרים (ע/53,55/23 **רס"ל ענטנברג נ' התובע הצבאי הראשי** (2023); ע/7/22 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל יפרח** (2023); ע/16,17/23 **סרן יסיה נ' התובע הצבאי הראשי** (2023); ע/30,31/17 **משריקי נ' התובע הצבאי הראשי** (2017)).
2. עוד טענה ההגנה כי החלטת בית הדין קמא לאפשר לנפגעת להעיד לעונש, מבלי שהועברו להגנה מבעוד מועד עיקרי עדות או הצהרת נפגע עבירה, פגעה בזכויותיו הדיוניות של המערער, שכן לא ניתן היה להיערך לחקירתה הנגדית, בדבר הנזק שנגרם לה עקב האירוע. נטען, כי ניתן משקל יתר לעדותה של נפגעת העבירה בעניין זה, משלא הוצגו ראיות אובייקטיביות התומכות בטענותיה או מבססות קשר סיבתי בין האירוע לבין מצבה הנפשי כעת. מנגד, הודגשה העמדה הסלחנית שהביעה הנפגעת כלפי המערער במהלך החקירה, אשר יש בה לפי הנטען להעיד על תפיסתה את האירוע ואת מידת ההשפעה האמיתית שהייתה לאירוע עליה.
3. לבסוף טענה ההגנה, כי למערער פוטנציאל שיקום משמעותי, נוכח חלוף הזמן, נטילת האחריות והבעת החרטה הכנה. הוטעם, כי הטיפול שהומלץ לו אינו כזה המיועד לפוגעים מינית, אלא טיפול רגשי, וכי פנייתו של המערער לטיפול התעכבה בשל שירות המילואים הממושך. בהסכמת התביעה, הגישה ההגנה ראיה חדשה, מיום 1 בדצמבר 2024, שעניינה התייחסות של הפסיכולוג שאליו פנה המערער לטיפול. כפי שנכתב שם, הפסיכולוג פגש במערער שלוש פעמים בחודש נובמבר 2024, והתרשם ממוטיבציה לשיקום ולשינוי דרכיו. עוד המליץ הפסיכולוג כי המערער יפגוש בקב"ן בכלא, כדי לדון בהמשך קיום המפגשים הטיפוליים, באופן פרונטלי או מקוון ברציפות. עוד הפנתה ההגנה לנסיבותיו האישיות המורכבות של המערער ולהשפעת המאסר עליו ועל משפחתו, להקרבה הרבה של המערער במסגרת שירותו הצבאי, בסדיר ובמילואים, ולשיתוף הפעולה המלא שלו עם רשויות אכיפת החוק.
4. **התביעה**, מצידה, סבורה כי אין מקום להתערבות בגזר דינו של המערער. אשר לנסיבות ביצוע העבירה נטען, כי אף אם לא ניתן להצביע על תכנון ארוך טווח, הרי שהתקיים "תכנון נקודתי", שבמסגרתו ניסה המערער לשכנע את נפגעת העבירה להתלוות אליו, במטרה לממש את מעשיו. צוין, כי על כוונותיו של המערער ניתן ללמוד גם מההזדמנות הנוספת שבה נגע בנפגעת, ללא קבלת הסכמתה. הוטעם, כי משעה שהודה המערער בכתב האישום המתוקן, על העובדות המופיעות בו, ההגנה אינה יכולה לסטות מן המסד העובדתי המוסכם (סעיף 40י(ד) לחוק העונשין), ואינה יכולה לטעון כי לא הבין את הפסול במעשיו. אדרבה, נטען כי בדבריו של המערער למעריכת המסוכנות, בדבר אי הבנת האירוע, יש דווקא כדי להצביע על עיוותי חשיבה, ולא על קושי קוגניטיבי אובייקטיבי להבין את המתרחש.
5. לשיטת התביעה, זכותו של המערער להליך הוגן לא נפגעה בעת העדתה של נפגעת העבירה. צוין, כי להגנה הועברה מבעוד מועד פרפראזה של עדותה, וכי על פי הדין, ניתן אף להגיש תסקיר הצהרת נפגע עבירה ובהם פירוט הנזק שנגרם לו, מבלי לחייב את הנפגע בעדות ובחקירה נגדית. על כל פנים הוטעם, כי ההגנה לא הפנתה לנפגעת העבירה כל שאלה בנוגע לנזק שנגרם לה, ואף לא ביקשה שהות במהלך עדותה על מנת להיערך לחקירה נגדית במישור זה.

עוד סבורה התביעה, כי לא ניתן לראות בשירותו הצבאי של המערער (שהוסכם אמנם כי היה מועיל ותורם) כהליך שיקום, שעה שבפועל אינו נוקט בצעד כלשהו כדי לשנות את דפוסי החשיבה שלו. נטען, כי בית הדין נתן משקל הולם לשיקולי הקולה, ובהם הבעת החרטה של המערער, בעת מיקום עונשו בשליש התחתון של מתחם העונש ההולם. אשר לראיה החדשה שהגישה ההגנה, כמפורט לעיל, מסרה התביעה כי אף שיש לברך על נכונותו של המערער להתחיל בפגישות עם גורם טיפולי, הרי שמדובר בשלוש פגישות טיפוליות בלבד, והמסמך שהוגש נעדר נתונים מהותיים - לגבי מהותה של התוכנית הטיפולית, הקשר בינה לבין עבירת המין הנדונה ועיוותי החשיבה שאובחנו לגבי המערער, משכה של התכנית וסיכוייו של המערער לסיימה בהצלחה.

**דיון והכרעה**

1. לאחר בחינת טיעוני הצדדים, מצאנו כי אין להתערב במתחם העונש ההולם שנקבע על ידי בית הדין קמא. בבית הדין בחן את כלל נסיבות ביצוע העבירה ובהן, משכו הקצר של האירוע, שבו לא ננקט כוח רב, ואשר כלל מגע מעל הבגדים בלבד, שנפסק מיד עם הבעת ההתנגדות מצד נפגעת העבירה. לצד זאת, בדין, הודגשו גם הנסיבות לחומרה. כך, אין לקבל את טענות ההגנה, כי המערער לא תכנן את האירוע, אף אם מדובר בתכנון קצר מועד ונקודתי (ראו למשל ע"פ 4592/15 **פדידה נ' מדינת ישראל**, פסקה כ"ו (8.2.2016)). יוזכר, כי בענייננו, לאחר שנפגעת העבירה ביקשה לעזוב את המקום, שכנע אותה המערער לבוא עמו אל מאחורי ה"כוורת", בתואנת שווא כי הוא שומע רעש במקום, וכך השיג את מטרתו - לשהות עמה ביחידות, במקום מבודד. לאחר מכן הלך האירוע והסלים, כאשר הצמיד המערער את נפגעת העבירה אל הקיר, נישק אותה בפיה ובצווארה, סטר על ישבנה, פתח שני כפתורים במכנסיה ונגע באיבר מינה על המכנסיים; וכל זאת תוך התעלמות מחוסר שיתוף הפעולה שלה, עד שהתעשתה והדפה אותו ממנה. המערער שב ופגע באוטונומיה של הנפגעת על גופה, בחלוף מספר ימים, בעת שהתקרב אליה מאחור, נגע במותניה וקירב אליה את פלג גופו התחתון. אף אירוע זה הסתיים כאשר נפגעת העבירה הזיזה את ידיו ועזבה את המקום.
2. לא מצאנו לקבל את טענת ההגנה כי ניתן לקבוע שהמערער לא הבין את הפסול שבמעשהו (סעיף 40ט(א)(6) לחוק העונשין). כידוע, קביעת נסיבות הקשורות לביצוע העבירה נעשית על בסיס ראיות שהובאו בשלב בירור האשמה (ראו סעיף 40י לחוק העונשין), והבאת ראיות מטעם הנאשם בשלב הטיעונים לעונש תיעשה בתנאי שאינן סותרות את הנטען על ידו בשלב בירור האשמה (סעיף 40י(ב)(1) לחוק העונשין). על הערכאה השיפוטית לקבוע את התשתית העובדתית והנסיבתית המלאה המהווה בסיס לגזר הדין בהתאם לפירוט העובדתי בכתב האישום, ולא ניתן להידרש לעובדות שאינן מופיעות בו - ודאי מקום שבו כתב האישום תוקן במסגרת הסדר טיעון, ו"מתוך הבנה כי הסכמת הצדדים היא שעומדת בבסיס כתב האישום המתוקן וכל שינוי או תוספת הנוגעת לנסיבות ביצוע העבירה, כפופים לתנאים המחמירים הנקובים [בסעיף 40י(ב)(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40j.b.2) לחוק" (ע"פ 858/20 **ג'ארבאן נ' מדינת ישראל,** פסקה 18 והאסמכתאות שם (2.7.2020)). אכן, האמור בכתב האישום "מחייב הן את בית המשפט, שלא יידרש לעובדות שאינן מופיעות בו, הן את הנאשם - שהודאתו בו מבטאת הסכמה לתכניו ואף הצהרה כי אין בו יותר מאשר עשה וכן שלא נשמטה עובדה או נסיבה שביכולתן לסייע לו" (ע"פ 5057/22 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 25 (28.12. 2022)).
3. יתר על כן, בהתאם לסעיף 40י(ג) לחוק העונשין, קביעה שלפיה התקיימה נסיבה מקלה דורשת הוכחה ברמה הנדרשת במשפט האזרחי. מכאן שאת טענת ההגנה בעניין זה יש להוכיח ברמת הוכחה של מאזן הסתברויות, ואין די בהעלאת ספק סביר (ראו ע/41,42/24 **טור' לוי נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 19 (2024); ע/38/21 **טור' אסרס נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 22 (2021)). בענייננו, הודה המערער בכתב האישום המתוקן כלשונו, מבלי להעלות כל טענה בדבר אי-הבנת הפסול שבמעשהו - ואף בשלב הטיעונים לעונש, לא נשמעה טענה כאמור מפיו, שכן בחר שלא להעיד. ההגנה ביקשה להסתמך על דבריו למעריכת המסוכנות, בשלב **שלאחר** הרשעתו, ולפיהם בהעדר התנגדות אקטיבית מצד נפגעת העבירה למעשיו סבר שהם מוסכמים. ברם, כפי שקבעה מעריכת המסוכנות, הדברים מבטאים "עיוותי חשיבה האופייניים לאנשים פוגעים מינית כגון ייחוס הסכמה, הדדיות ויוזמה...". גם עורכת התסקיר לעונש התרשמה באופן דומה. אין המדובר, לכן, בהוכחה, ברמת הוכחה של מאזן הסתברויות, כי המערער לא יכול היה להבין את הפסול שבמעשיו (להבדיל מלגלות לגביהם עיוותי חשיבה), בין אם בשל גילו או בשל נסיבה אחרת (רע"פ 1135/21 **ניגוסה נ' מדינת ישראל**, פסקה 7 (17.3.2021)).
4. כידוע נסיבה נוספת שנבחנת בעת קביעת המתחם, עניינה הנזק שנגרם מביצוע העבירה ובענייננו - הנזק שנגרם לנפגעת כפי שפורט בעדותה (סעיף 40ט(א)(4) לחוק העונשין; ע/67,69/24 **סמל איצקוביץ נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 13 (2024); ע/36,37/24 **סרן אבו סויד נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 62(2024); ע/58/19 **טור' תורג'מן נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 19 (2024)).
5. אשר לטענותיה של ההגנה בעניין הוכחת הנזק לנפגעת, לא מצאנו כי בנסיבות העניין, נפגעו זכויותיו הדיוניות של המערער באופן המחייב את התערבותנו בקביעת המתחם. יוזכר, כי קיימות לפי דין שלוש חלופות שונות להצגת דבריו של נפגע עבירה בפני הערכאה השיפוטית: עריכת תסקיר נפגע עבירה בהתאם לסעיף 187(ב) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב - 1982 (במקרה זה קובע סעיף 191א(ג) לחוק כי הנפגע לא ייקרא להעיד על הדברים האמורים בתסקיר); הגשת הצהרת נפגע עבירה בדבר הנזקים שנגרמו לו בהתאם לסעיף 18 לחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א - 2001 (שאז, במצבים מסוימים, תותר חקירתו של הנפגע על הצהרתו: ע"פ 2906/19 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 17 (14.7.2019); ע/51/16 **סמל אלמליח נ' התובע הצבאי הראשי** (2016)); והאפשרות הניתנת לתביעה, בהתאם לסעיף 190 לחוק העונשין, להעיד את נפגע עבירה בשלב הטיעונים לעונש (ראו בג"ץ 6968/23 **פלוני נ' הרכב בית משפט מחוזי בירושלים,** פסקה 28 (17.10.2023)).
6. בענייננו, בחרה נפגעת העבירה להעיד, בחקירה ראשית ונגדית, חלף הגשת הצהרה. טרם עדותה נמסרה לבאי כוח ההגנה תמצית בנוגע לעדותה הצפויה, שבה הובהר כי תעסוק אך בנזק הנפשי שנגרם לה בעקבות האירוע. כידוע, הנזק שנגרם לנפגעי עבירות מין טבוע בעצם ביצוע העבירה (ע/37/23 **סמ"ר פלג נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 30 (2023)); גם ללא הצגת תסקיר נפגע העבירה, "המסקנה שלפיה עבירות מין מותירות בקורבנותיהן... נזקים נפשיים קשים מתחייבת על פי השכל הישר וניסיון החיים" (ע"פ 5839/22 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 13 (27.10.2022)). בענייננו, הקפידה נפגעת העבירה בבית הדין לתאר את הנזק שנגרם לה עקב האירוע, ונמנעה מלהעצימו. כך למשל, לא ביקשה למתוח קשר ישיר בין האירוע לבין הפרידה מבין זוגה, אלא ציינה כי האירוע "האפיל על הזוגיות... זו לא הסיבה העיקרית". זאת ועוד, אף חקירתה הנגדית לא עסקה כלל בנזק שנגרם לה, אלא אך בשיחתה עם המערער במהלך החקירה שבה מסרה לו כי אינה מבקשת להחמיר בעונשו. מכאן שלא סברנו כי באי-העברת פירוט רחב יותר על נזקיה של הנפגעת, נפגעו זכויותיו הדיוניות של המערער, באופן המשליך על עונשו.
7. מעשיו של המערער אירעו בתוך בסיס צבאי שנפגעת העבירה שירתה בו מכוח תפקידה, תוך ניצול יחסי האמון והידידות שנרקמה ביניהם, על רקע השירות המשותף. בכך, פגע המערער הן בערכים המוגנים שעניינם הגנה על כבודה של נפגעת העבירה והאוטונומיה שלה על גופה, והן בערכי צה"ל ובהם ערך הרעות והאמון שבין המשרתים בו, שהם "מאבני היסוד של בניין היחידה הצבאית ותנאי הכרחי לתפקודה" (ע/16,18/23 **סרן יסיה נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 26 (2023)). השירות במסגרת הצבאית הוא חובה על פי דין, ועל צה"ל מוטלות האחריות והחובה להגן על שלומם ועל כבודם של משרתי צה"ל בעת שהותם במסגרת זו (ע/21,22/23 **סמל אסולין נ' התובע הצבאי הראשי וערעור** שכנגד, פסקה 32 (2023); ע/2,4/23 **רס"ב חשאן נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 28 (2023); ע/32,33/21 **רס"ר שיליאן נ' התובע הצבאי הראשי,** פסקה 85 (2022)).
8. בשים לב לאמור, ולנוכח מגמת ההחמרה בענישה של עברייני מין, אשר תכליתה לבטא את שיקולי ההלימה וחומרת העבירות, את הנזק שנגרם לנפגעי העבירה ואת שיקולי הרתעת היחיד והרבים (ע"פ 3265/22 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 10 לפסק דינו של השופט אלרון (2.11.2022); ע"פ 2444/22 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 11 (14.11.2022); ע"פ 166/23 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 10 (18.5.2023)), משסברנו כי הפסיקה שאליה הפנתה ההגנה עניינה במקרים שחומרתם אינה מגעת לזו של האירוע שבפנינו; ולאור מדיניות הענישה שנקבעה בבית דין זה בעבירות דומות (ראו: ע/51,52/24 **טור' אבו סריה** לעיל; ע/25/24 **טור' ש'** לעיל; ע/32/23 **רב"ט כהן** לעיל; ע/15/23 **סמל קבסה** לעיל; ע/12,13/22 **סמ"ר אמסלם** לעיל) - הרי שלא מצאנו חומרה יתרה במתחם העונש ההולם שקבע בית הדין קמא.
9. בעת קביעת מידתו של עונש המאסר, לא מצאנו לקבל את עתירת ההגנה לחריגה ממתחם העונש ההולם מטעמי שיקום. כידוע מורה סעיף 40ד(א) לחוק העונשין כי ניתן יהיה לחרוג ממתחם העונש ההולם מקום שבו מצאה הערכאה השיפוטית כי הנאשם "השתקם או שקיים סיכוי של ממש שישתקם"; וזאת מתוך הכרה בכך שלעיתים, במקרים המתאימים לכך, יש ליתן מעמד בכורה לשיקול השיקומי, על פני עיקרון ההלימה (ע"פ 6958/18 **מצלאח נ' מדינת ישראל**, פסקה 32 (22.1.2020)).
10. עם זאת, את שאלת השיקום יש לבחון בכל מקרה בהתאם לנסיבותיו, תוך שהמונח "סיכוי של ממש" התפרש ככזה המחייב בחינה של מגוון שיקולים, כגון - מוטיבציית הנאשם להשתקם; הצלחה בהליכים טיפוליים שהוא עובר; הבעת חרטה עמוקה ואינדיקציות לשינוי אמיתי בהתנהגותו ובדרך חשיבתו (ע"פ 6637/17 **קרנדל** לעיל, פסקאות 23-24 לחוות דעתה של כב' השופטת ברק ארז). אינדיקציות שכאלה לא הוצגו בפנינו. אמנם המערער ניחם על מעשיו, ואף תרם רבות בשירותו כלוחם בשירות סדיר ולאחר מכן במסגרת שירות המילואים בתקופת הלחימה; אולם נפסק כי הבחינה ביחס לסיכויי השיקום נעשית, בין השאר, ביחס לשלב של ההליך השיקומי שבו מצוי הנאשם, ומן הראוי לסטות ממתחם העונש ההולם רק במקרים הנדירים שבהם קיימים סיכויי שיקום מובהקים, המצדיקים, בבחינת יוצא מהכלל, לסטות ממנו לקולה (ע"פ 8377/18 **פלוני נ' מדינת ישראל,** פסקה 13 (31.7.2019); ע"פ 1229/19 **סלומינסקי נ' מדינת ישראל**, פסקה 14 (1.7.2019)). לכך יש להוסיף, כי כידוע, שיקולי השיקום, אינם חזות הכל, ולצידם ניצבים שיקולי ענישה נוספים, ובהם גם שיקולי הלימה והרתעה. הבכורה, כידוע, ניתנה לעיקרון המנחה בענישה, הוא עיקרון ההלימה (רע"פ 9269/17 **אבו עישא נ' מדינת ישראל** (15.1.2018); ע"פ 1859/22 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקאות 24-26 (8.6.2022)).
11. לצד האמור, סברנו כי בנסיבות העניין, ובפרט לאחר שההגנה הציגה לעיוננו מסמך המלמד על כי המערער פנה והחל בטיפול מתאים בטרם החל בריצוי עונשו, **לפנים משורת הדין** -ניתן להקל באופן מתון בעונשו, בתוך המתחם שנקבע. לעניין זה התחשבנו גם בשיקולים שמנה בית הדין קמא, אשר הובילו לקביעת עונשו בסמוך לרף התחתון של מתחם העונש ההולם וביניהם - חלוף הזמן מאז האירוע, גילו הצעיר של המערער, הערכת מסוכנותו המינית כנמוכה, נסיבותיו המשפחתיות הסבוכות, שירותו הצבאי התורם, הודאתו באשמה ונטילת האחריות, תוך חיסכון בזמן שיפוטי באופן שייתר את עדותה של נפגעת העבירה בשלב בירור האשמה.
12. בעניין אחרון זה נעיר, כי בית הדין קמא לא נתן משקל מספק להבעת החרטה של המערער, ומתח ביקורת שאינה מוצדקת על דבריו של המערער טרם גזירת דינו, כאילו המערער היה מרוכז אך ורק בנזקים שנגרמו לו. מעיון בפרוטוקול הדיון עולה כי המערער האריך בדבריו, תוך שציין בין השאר כי "אני כן רוצה להדגיש את הסליחה שלי והאשמה שלי... היה לי מאוד קשה להשלים עם זה שפגעתי במישהי בצורה הזאת... "זה ממש לא אופייני לי ועד עכשיו אני מצטער ומתחרט ואפילו די שונא את עצמי על הרגע שכן פגעתי... אני מתאר לעצמי כמה הנפגעת סבלה מזה". התביעה אף אישרה במענה לטענות ההגנה בערעור, כי דבריו של המערער נמסרו, לבקשתו ותוך הקדמת סדר הדברים הרגיל, בשעה שנפגעת העבירה נכחה באולם, על מנת שתוכל לשמוע את התנצלותו. להבעת החרטה בבית הדין יש לצרף גם את ביטויי החרטה האותנטיים של המערער, שמהם התרשמו הן מעריכת המסוכנות והן עורכת התסקיר לעונש, ויש בכך כדי לחזק את מידת האמון ברצונו בטיפול ובשיקום, שכנזכר החל לצאת אל הפועל - אף אם באיחור, בין היתר, בשל שירות המילואים של המערער. לצד זאת לא סברנו כי ראוי להורות על נשיאת עונש המאסר, אף לא בחלקו, בדרך של עבודה צבאית, שכן מצאנו כי אין בכך כדי לבטא את מלוא היבטי החומרה שבמעשי המערער (ראו ע/67,69/24 **סמל איצקוביץ** הנ"ל בפסקה 18 (2024)).
13. מטעמים אלה מצאנו, כאמור לפנים משורת הדין, להעמיד את עונש המאסר בפועל של המערער על 200 ימי מאסר (בניכוי ימי מעצרו במהלך החקירה, כפי שנקבע על ידי בית הדין קמא). אין שינוי ביתר רכיבי הענישה.
14. ערעור ההגנה מתקבל אפוא, במובן האמור.

ניתן והודע היום, 12 בינואר 2025, י"ב בטבת התשפ"ה, בפומבי ובמעמד הצדדים

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

 המשנה לנשיאה שופטת שופט

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

 **סרן נועם בזיזה**

**תאריך: \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ קצינת בית הדין**