



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

אלוף דורון פיילס - הנשיא
 תא"ל אורלי מרקמן - שופטת
 אל"ם ראמטין סבטי - שופט

בעניין :

התובע הצבאי הראשי – המערער (ע"י ב"כ, רס"ן מתן פורשט ; סגן שחף חיטמן)

נגד

מ/XXX סמל א' ב' – המשיב (ע"י ב"כ, סרן עומר קנובלר)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי הצפון שניתן בתיק צפון (מחוזי) 387/15 (סא"ל אחסאן חלבי – אב"ד ; רס"ן סהר פיכמן – שופט ; רס"ן ארז זאבי – שופט) ביום 23.8.2016. הערעור (קולת העונש) התקבל.

פסק-דין

מסגרת ההליכים

1. סמל א' ב', **המשיב**, הורשע על-פי הודאתו בכתב אישום מתוקן, בעבירה של מעשה מגונה, לפי סעיף 348(א), 345(א)(4) ו-355 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. ההרשעה נסבה על כך, שבמהלך הלילה, בחדר המגורים ביחידה, נגע המשיב באיבר מינו של חייל אחר, המתלונן, מעל לתחתוניו, בעודו ישן. לאחר מכן, אונן המשיב והגיע לפורקן על מיטתו של המתלונן, בסמוך אליו. בהמשך, הסיר המשיב את חלקו הקדמי של תחתוניו של המתלונן ונגע באיבר מינו. בית הדין קמא השית על המשיב, בדעת רוב השופטים, ששה חודשי מאסר בפועל בדרך של עבודה צבאית, לצד 18 חודשי מאסר מותנה והורדה לדרגת טוראי. עוד נפסק כי על המשיב לשלם למתלונן פיצויים בסך 5,000 ש"ח.

התביעה לא השלימה עם גזר הדין ועתרה להחמיר בעונש המאסר בפועל, הן בנוגע למשך המאסר והן בנוגע לאופן נשיאתו, כך שירוצה בכליאה.

גזר הדין והשתלשלות העניינים בבית הדין המחוזי

2. בפתח גזר הדין, עמד בית הדין קמא על נסיבות ביצוע העבירה ופירט כדלהלן:

"בין התאריכים 19/11/14 - 20/11/14, בשעות הלילה, בבסיס חטמ"ר עציון, ביקש הנאשם מהמתלונן... כי יתיר לו לישון בחדרו והמתלונן הסכים. במהלך הלילה, לאחר שהמתלונן נרדם, התיישב הנאשם על מיטתו של המתלונן בסמוך אליו. בשלב מסוים, הוריד המתלונן את מכנסיו מתוך שינה ונשאר לבוש בתחתוני בוקסר וחולצה. בשלב זה נגע הנאשם באיבר מינו של המתלונן מעל תחתוניו ושיחק בו' במשך למעלה מדקה, זאת תוך שאיבר מינו של המתלונן זקור. לאחר מכן, הוריד הנאשם את מכנסיו ותחתוניו והחל לאונן, עד אשר הגיע לפורקן על מיטתו של המתלונן, סמוך למרכז גופו של המתלונן, תוך שהוא מכתים את הסדין בזרע. לאחר מכן, הוריד הנאשם את החלק הקדמי של תחתוניו של המתלונן, חלץ את איבר מינו ונגע בו למשך כדקה, תוך שהוא סובר כי המתלונן ישן. במהלך הזמן הזה התעורר המתלונן משנתו והבחין בנאשם אוחו את איבר מינו. המתלונן עצם את עיניו בחזרה והנאשם קם מהמיטה, חזר למיטתו שלו ונשכב לישון. כשהתעורר המתלונן, הבחין כי תחתוניו הוכתמו בזרעו של הנאשם בצידם הימני. האירוע נשוא כתב האישום נמשך למעלה מ-15 דקות".

3. הובהר, כי החקירה נגד המשיב נפתחה בעקבות תלונה שמסר המתלונן, כי המשיב "בכה בחקירתו במצ"ח מתחילתה ועד סופה, שיתף פעולה עם גורמי החקירה, הודה במיוחס לו בכתב האישום והביע חרטה עמוקה על מעשיו".

4. יש לציין, כי כתב האישום המקורי הוגש ביום 18.8.2015. הדיון בעניינו של המשיב נדחה מעת לעת על מנת לאפשר לצדדים למצות את המשא ומתן ביניהם, אשר הבשיל לכדי הודאתו של המשיב בכתב אישום מתוקן כמפורט לעיל. לאחר הרשתו ובטרם נערך דיון בשאלת עונשו של המשיב, עתרה ההגנה להפנותו לקבלת תסקיר מבחן וכן לדחות את ישיבת הטיעונים לעונש, כמו גם את הפנייתו של המשיב אל המרכז להערכת מסוכנות מינית, בשלושה חודשים, להשלמת הליך טיפולי שבו החל המשיב בראשית חודש פברואר 2016. בית הדין קמא דחה את

בקשת ההגנה לתסקיר מבחן. בצד זאת, על אף התנגדות התביעה, נעתר לבקשה לדחות את הדיון ואת מועד הפנייתו של המשיב להערכת מסוכנות, בשלושה חודשים.

5. בחלוף הזמן, ביום 14.6.2016, נערכה ישיבת הטיעונים לעונש. במהלך הדיון הוגשו מטעם התביעה תדפיסו האישי של המשיב וכן הצהרת נפגע מטעם המתלונן. בהצהרה פירט המתלונן, כי:

"מאז המקרה איני יכול לישון בחדר שיש בו עוד אנשים ואם אין לי ברירה אני פשוט משתדל להישאר ער. יש לי הרבה חלומות וסיוטים, ואני מרבה להתעורר בלילה. איבדתי אמון בסיסי באנשים ואני חושד בכל אחד. עברתי משבר רגשי גדול עם בת זוגי וכל מה שקשור ליחסי מין... כל הזמן שואל את עצמי מה עשיתי לא בסדר ולמה זה קרה לי".

6. ההגנה מצידה העידה את הגברת מאור מאיר-שפריר, קרימינולוגית קלינית, אשר הציגה לעיון בית הדין את חוות דעתה בענייניו של המשיב ואף מכתב ששלחה אל הסנגוריה הצבאית, אשר הפנתה את המשיב לטיפול ולהערכה אצל העדה, ובו ציינה כי המשיב הגיע אליה במצב רוח סוער ואף תיאר מחשבות אובדניות. בחוות דעתה, מסרה העדה פרטים על הרקע המשפחתי והאישי של המשיב, ופירטה כי הוא "מתגורר בישוב קטן, בן למשפחה דתית... מעיד על עצמו כבעל משיכה מינית לשני המינים, אך לא נתן ביטוי לרגשות אלו, הסתיר אותן מסביבתו וזאת לאור הקונפליקט הקיים בין נטייתו המינית לבין אורח חייו הדתי. תואר בנוסף הקשר עם בת זוגו לשעבר ועם בתו הקטנה וצוין כי הקשר עם בתו התחזק לאחרונה". הגברת מאור מאיר-שפריר חיוותה דעתה, כי "הקונפליקט המיני בו הוא [המשיב] מצוי וכן הפרידה מבת זוגו, הם אלו אשר היוו את הבסיס לביצוע דבר העבירה".

7. אשר לעדותה של הגברת מאיר-שפריר, ציין בית הדין קמא הנכבד את הדברים הבאים:

"במסגרת ההליך הטיפולי ניתן היה לזהות את הבנתו של הנאשם לזהות המינית שלו, קבלתו את הזהות הזו ופתירת הקונפליקט ממנו הוא סבל בינו לבין עצמו. כמו כן, ניתן היה לראות ניסיון של הנאשם לארגן את חייו האישיים, ניסיון אשר כלל שיפור ביחסיו עם בתו, מציאת עבודה חדשה וכן קבלת קידום בעבודה. באשר ליחסו של הנאשם לביצוע העבירה, צוין כי מלכתחילה לקח הנאשם

אחריות על מעשיו והביע חרטה עמוקה ואף דאג
לנפגע העבירה ולמצבו".

8. ההגנה הגישה לעיון בית הדין אף את חוות דעתו של קב"ן האוגדה, אשר תיאר את הרקע המשפחתי של המשיב ועדכן על אופן השתלבותו בשירות הצבאי. הקב"ן ציין בחוות דעתו, כי:

"ניכר שהנאשם מצוי במשבר הסתגלותי בעל מאפיינים דיכאוניים וזאת על רקע נסיבותיו האישיות ומצבי הלחץ בהם מצוי... האירוע בו היה מעורב הינו סיטואציה מורכבת אשר מאיימת לחשוף את נטייתו ומשיכתו המינית לגברים, נטייה אותה מסתיר בקנאות מסביבתו הקרובה ומתקשה לקבלה בעצמו. בנוסף מתמודד עם הורות מוקדמת ולא מתוכננת, אשר מהווה קונפליקט לאור מאבק משפטי המתנהל על מזונות".

9. בהמשך, הוצגו לעיון בית הדין מכתבי המלצה ממפקדיו של המשיב, אשר ציינו כי תפקודו כחייל היה משביע רצון ומקצועי, וכי נטל חלק, כנהג משא, במערכת "צוק איתן". עוד הוגשו מסמכים על מצבה הרפואי של אמו של המשיב ומכתבו של רב היחידה, אשר פירט, כי המשיב בא מרקע דתי וכי פרסום פרטי הרשעתו עלול להוביל לבידודו מן החברה שאליה הוא משתייך ואף ממשפחתו.

10. המשיב, בדבריו בסיום המשפט, הביע חרטה עמוקה על מעשיו.

11. בהתאם להוראת סעיף 6 לחוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין, התשס"ו-2006, הופנה המשיב להערכת מסוכנות. הגברת מקייטן, קרימינולוגית קלינית מן המרכז להערכת מסוכנות, העריכה כי למשיב מסוכנות בינונית-נמוכה. בית הדין קמא הנכבד, בסוקרו את עיקרי הערכת המסוכנות, פירט את הדברים הבאים:

"מדובר בנאשם אשר לוקח אחריות על מעשיו, מגלה חרטה ובושה סביב ביצוע העבירה וכן אמפתיה כלפי הקורבן. כמו כן צוין כי הנאשם מגלה תובנה באשר לחלק מהמניעים שהובילו אותו לבצע את העבירה, אך הוא נעדר תובנות ביחס לקיומם של מצבי סיכון בעתיד. הוסף כי הנאשם מתקשה לקבל את נטייתו המינית וכי סבור שביצוע העבירה נעשה על רקע בלבול בזהותו המינית וזאת לצד מצבי לחץ נוספים בהם היה נתון באותה תקופה ולא על רקע קיומה של סטייה מינית. עוד הוסף כי מכיוון שאף אחד מבני משפחתו או חבריו של הנאשם אינו יודע על ביצוע העבירה ועל נטיותיו המיניות, אין אדם בסביבתו אשר יכול להוות עבורו גורם תומך ומסייע בהימנעות מביצוע עבירות דומות בעתיד. עוד הוסף כי הנאשם הפגין תסכול

רב ממצבו הנוכחי ומכך שהוא מתגורר עם הוריו, מצוי בקושי כלכלי, עובד בשתי עבודות ומשלם מזונות, מסתיר מסביבתו את דבר ביצוע העבירה ואת נטייתו המינית ונתון בקונפליקטים רבים. כל אלה, המהווים מצבי לחץ, יכולים להוות עבור הנאשם גורמי סיכון. לצד זאת צוין כי נראה שההליך המשפטי מהווה עבור הנאשם כלשעצמו גורם הרתעה משמעותי".

12. לאחר מכן, נפנה בית הדין קמא לבחון את טיעוני הצדדים לעונש ובהמשך, לאחר שעמד על הפגיעה באינטרס הציבורי המוגן ובחן את מדיניות הענישה הנוהגת, קבע כי מתחם העונש ההולם, בנסיבות המקרה, **נע בין ארבעה לתשעה חודשי מאסר לריצוי בפועל**, לצד עונשים של מאסר מותנה, הורדה לדרגת טוראי וכן פיצויים למתלונן.

13. אשר לעונש הראוי, מצא בית הדין קמא להתחשב בפרטים הבאים –

"מדובר, כאמור לעיל, באדם צעיר בגילו, שהוא אב לילדה קטנה, שמגיע מרקע דתי. הרשעת הנאשם בעבירה מסוג פשע, וכן ענישה ממשית תהווה בוודאי פגיעה בו ובבני משפחתו, בפרט בתו הקטנה. הנאשם נטל אחריות על המעשה... וכן הביע חרטה עמוקה. הנאשם השתלב בחודשים האחרונים בהליך טיפולי... המטפלת ציינה כי קיימת חשיבות להמשך הטיפול על מנת לאפשר את המשך התקדמותו של הנאשם... כן יש לציין את שירותו התורם של הנאשם... וכן את עברו הפלילי הנקי. לצד זאת, יש לציין כי מעשה העבירה אירע בחודש נובמבר 2014, כאשר כתב האישום הוגש בחלוף תשעה חודשים, לקראת סיום פרק שירותו הצבאי".

14. בסופו של דיון, סברו כל השופטים, כי יש לקבוע את העונש בספו התחתון של מתחם העונש ההולם. ברם, בנוגע למידתו וטיבו של העונש נחלקו הדעות, כמפורט להלן:

"על אף המסקנה המשותפת של כלל השופטים באשר לצורך בנקיטה בקו ענישה מקל, לאור היבטי השיקום, נחלקו הדעות לגבי העונש הסופי שיוטל על הנאשם. **רוב השופטים סברו כי יהיה זה נכון להטיל על הנאשם שישה חודשי מאסר לריצוי בפועל, שירוצו בדרך של עבודות צבאיות**, בכדי לאפשר לנאשם להמשיך בהליך השיקומי בו החל מבלי לגדוע אותו, ובכדי למזער את הפגיעה בו ובבני משפחתו, ואילו שופט המיעוט סבר כי **חומרת המעשים מחייבת הטלת עונש מאסר לריצוי**

בפועל בכליאה ממשית, וזאת למשך ארבעה חודשים" (הדגשות אינן במקור).

ערעור התביעה

15. התביעה עתרה להחמיר באורח ניכר בעונש המאסר בפועל שהוטל על המשיב הן בנוגע למשכו והן באשר לאופן ריצויו. בהקשר זה הוטעם, כי יש להשית על המשיב עונש של מאסר בפועל בכליאה ממשית. בא-כוח התביעה עמד בהרחבה על היבטי החומרה במקרה דנן: טיב המעשים, משכו של האירוע, העובדה, כי התבצע בחדר ביחידה והאופן שבו ניצל המשיב את מצב השינה של המתלונן והנזק שנגרם לו. לדידו של התובע, נוכח נסיבות ביצוע העבירה, מדיניות הענישה הנוהגת ושיקולי הלימה, לא היה מקום ליתן משקל כה רב לשיקול השיקום בעניינו של המערער, כפי שבא לידי-ביטוי בגזר הדין.

16. עוד נטען, כי העובדה שהטיפול שבו השתלב המשיב איננו טיפול ייעודי לעברייני מין, ואף העובדה כי המשיב החל בו בעיצומו של ההליך המשפטי, מכרסמות באמינותו. משכך ואף נוכח האמור בחוות הדעת של מעריכת המסוכנות, על היעדר תובנה ביחס לזיהוי מצבי סיכון בעתיד – נטען כי יש להעניק לפוטנציאל השיקום בעניינו של המשיב משקל מוגבל, אם בכלל.

עמדת ההגנה

17. ההגנה סמכה ידיה על קביעותיו של בית הדין קמא ועתרה להותיר את גזר הדין על כנו. הסנגור הצבאי הראשי, אל"ם כהן, הפנה להמלצות הוועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים מחודש נובמבר 2015, **דו"ח דורנר**, שלפיהן:

"יש לפעול לצמצום השימוש במאסרים במקרים בהם המאסר אינו הכרחי להגבלת יכולת של עבריינים שהמסוכנות שלהם לחברה גבוהה, והרחבת השימוש בעונשים זולים יותר ויעילים יותר העומדים בעיקרון ההלימה, ובכך להביא להקצאה יעילה ונכונה יותר של המשאבים המופנים לטובת הנושא". (עמוד ג' פסקה 5)

לדידה של ההגנה, בנסיבות המקרה דנן ובהתאם להמלצות הדו"ח, יש להעדיף את השימוש באמצעי ענישה כמו מאסר בעבודה צבאית על פני מאסר בכליאה ממשית.

18. עוד הוטעם, כי יש ליתן משקל מלא לחוות הדעת, בעקבות ההליך הטיפולי-שיקומי שאליו הופנה המשיב, בעיקר נוכח החלטת בית הדין קמא, שלפיה, בהיעדר מקור סמכות בחוק, לא ניתן להפנות את המשיב לקבלת תסקיר מבחן.

19. ההגנה שבה והדגישה את האמפתיה שהפגין המשיב כלפי המתלונן; את חרטתו הכנה; את שיתוף הפעולה לכל אורך החקירה; את הרקע האישי המורכב; השלכותיהם של הרישום הפלילי ופרסום פרטיו של המשיב; ואף את פרק הזמן שחלף בין מועד החקירה למועד הגשת כתב האישום (תשעה חודשים). בהתאם, ונוכח שורה של אסמכתאות שהוצגו לעיונו, נטען, כי אין לקבוע שנפלה טעות בגזר-דינה של הערכאה קמא.

בחינת הדברים

מתחם העונש ההולם

20. העבירה שבה הורשע המשיב, מעשה מגונה באחר, נועדה להגן על ערכים חברתיים מרכזיים – ההגנה על ריבונותו של הפרט על גופו וההגנה על כבוד הזולת. בהקשר אחר, פסק בית המשפט העליון לאמור:

"מדינת ישראל חרתה על דגלה החוקתי את הדאגה לכבודו ולחרותו של כל נברא בצלם - זכר או נקבה, וזו ליבתו ותמציתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחרותו. אונס הוא פגיעה בנאנס באשר הוא, בצלם האנוש שלו, ובאוטונומיה הנפשית והגופנית שלו. הכאב, ההשפלה ותחושת חילולו של מבצרו הפרטי האינטימי של האדם - גופו, אין להם מזור. אמת, בתודעה ה'יקלאסית' האונס נקשר לאשה, אך כדברי רש"י בהקשר אחר, לפסוק 'כל אלמנה ויתום לא תענון' שמות כב, כא: 'הוא הדין לכל אדם, אלא שדיבר הכתוב בהווה, לפי שהם תשושי כוח ודבר מצוי לענותם'" (ע"פ 4164/09 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 29.7.2010), וראו גם: ע"פ 115,161/00 טייב נ' מדינת ישראל פ"ד נד(3) 289, עמ' 327-328).

ברוח זו קבע המחוקק לעבירה שבה הורשע המשיב עונש מינימום, שהוא רבע מהענישה הקבועה לצידה של העבירה.

21. מעשיו של המשיב בוצעו בעת שהמתלונן ישן והמשיב ניצל את חוסר יכולתו להתנגד לו. הנגיעות באיבר אינטימי של המתלונן ומעשה האוננות לצידו, שהסתיים בפורקן מיני של המשיב על מיטתו של המתלונן, רמסו ברגל גסה את כבודו של המתלונן ומהווים פגיעה קשה בריבונותו על גופו.

22. בבחינת מתחם העונש ההולם יש ליתן את הדעת על הנזק שנגרם לנפגע העבירה (ראו סעיף 40ט לחוק העונשין), וכבר נקבע כי –

"מדיניות הענישה בעבירות מין צריכה להיות מחמירה, ולבטא את הנזקים המשמעותיים הנגרמים לנפגעי עבירות אלה... וכן את האינטרס הציבורי בהרתעתם של עברייני מין פוטנציאליים ממימוש מזימותיהם" (ע"פ 1384/15 **אזברגה נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 16.12.2015), וראו גם: ע/44/16 **רב"ט טאפש נ' התובע הצבאי הראשי** (2016)).

23. במקרה דנן, כאמור, מסר המתלונן, כי מאז המקרה הוא שרוי במשבר רגשי עמוק, מתקשה לישון בחברת אחרים וסובל מסיוטים "כל הזמן שואל את עצמי מה עשיתי לא בסדר ולמה זה קרה לי".

24. נופך נוסף של חומרה, מצוי בנסיבות הצבאיות של המעשים ובפגיעה הקשה בערך הרעות וביחסי האמון שראוי כי ישררו בין חיילים, המשרתים באותה יחידה. בפסיקתו רבת השנים, שב והדגיש בית-דין זה את מחויבותו של צה"ל להגן על שלומם וכבודם של חיילים וחיילות, אשר משרתים בצה"ל מכוח חובת השירות הכללית ומכאן, את נחיצותו של מסר חד וברור, באמצעות ענישה מחמירה, במקרים של פגיעה בהם. וכך, נפסק בהקשר דומה:

"מעשיו של המערער מתאפיינים במספר היבטי חומרה בולטים. הוא ניצל לרעה את קירבתו למתלונן, על רקע שירותם הצבאי המשותף, התגנב אל מיטתו בעודו ישן ונגע באיבר מינו, נגיעה שגרמה לזקפה אצל המתלונן. המערער חזר על מעשיו פעם אחר פעם, ואלה חדלו רק משהמתלונן התעמת עימו והטיח בו שהוא מודע למעשי המערער. המעשים אירעו במתחם היחידה הצבאית, האמור להיות מקום מוגן ובטוח לחיילים המשרתים בו. בעניין דומה ציינו כי:

'חובת בית הדין היא לפרוש הגנה ראויה על חיילות, אשר אינן בוחרות את מקום שירותן ואת המשרתים עימן, אלא משובצות לתפקידן ולמקום שירותן בהתאם לצרכי הצבא. ענישה הולמת מתחייבת, אפוא, כלפי מי שמעז לרמוס את כבודן של חיילות ולפגוע בגופן ובנפשן' (ע/115/04 **רס"ל בן אבו נ' התובע הצבאי הראשי** (2005)).

לעניין זה אין נפקא מינה אם קורבן העבירה הוא חייל או חיילת, שכבודם ופרטיותם חוללו" (ע/12/15 **סמל חילי נ' התובע הצבאי הראשי** (2015); וראו גם: ע/46/13 **רב"ט נזאל נ' התובע הצבאי הראשי** (2013)).

25. בהתאם, מדיניות הענישה הנוהגת במקרים דומים, מצביעה על עונשי מאסר **בכליאה ממשית** לתקופות של מספר חודשים (ראו למשל: ע/171/01 **רס"ל חלב נ' התובע הצבאי הראשי** (2002), ע/93/04 **טור' מייסטר נ' התובע הצבאי הראשי**

(2004), ע/99/05 רב"ט מקלדה נ' התובע הצבאי הראשי (2005), עניין טאפש ועניין חלילי הנ"ל).

26. עולה מן המקובץ, כי בהתאם לעיקרון ההלימה, כמתחייב מנסיבות המקרה ועל-פי מדיניות הענישה, כמפורט לעיל, מתחם העונש שאותו קבע בית הדין קמא, בין ארבעה חודשי מאסר בפועל לבין תשעה חודשי מאסר בפועל – סביר ואין להתערב בו. עם זאת, כפי שנפרט להלן, מצאנו להתערב ביחס למידת העונש שנקבעה וביחס לאופן נשיאתו.

מידת העונש

27. תחילה נציין, כי נוכח הערכת המסוכנות, שהצביעה על מסוכנות בינונית-נמוכה, עברו הנקי של המשיב, שיתוף הפעולה בחקירה וחרטתו הכנה, סברנו כי אמנם ראוי היה ליתן משקל לפוטנציאל השיקום של המשיב. לטעמנו, התמונה שהצטיירה בעקבות מכלול הראיות ביחס להליך הטיפול-שיקומי, והאינטרס החברתי לעודד השתלבות של עבריינים בכלל ועברייני מין בפרט, בהליך מעין זה, הגם שאינו ייעודי לעברייני מין – חייבו ליתן משקל לאינטרס השיקום.

28. ברם, לנוכח טיב הפגיעה באינטרס הציבורי, כמפורט לעיל, והיקפה, על אף גילו הצעיר של המשיב והרקע האישי המורכב שלו – לא ניתן לייחס לשיקול השיקום משקל בכורה. בנסיבות המקרה, נוכח היבטי החומרה הייחודיים ובהם: מצבו של המתלונן בעת האירוע והנזק שנגרם לו, והזיקה בין המעשים לבין המסגרת הצבאית – מקבל שיקול השיקום מעמד משני לעומת שיקולים של הלימה והרתעה ואינו מאפשר להימנע מרכיב של **כליאה ממשית**.

29. עולה מן המקובץ, כי **בתוך** מתחם העונש ההולם, בנסיבות המקרה, יש להחמיר עם המשיב ולהורות על נשיאתו של רכיב המאסר בפועל, בכליאה ממשית, חלף עבודה צבאית.

30. משאין זו דרכה של ערכאת הערעור למצות את הדין בערעור התביעה על קולת העונש ועל רקע השלכות הענישה במקרה דנן, סברנו, כי נוכח ההחמרה באופן נשיאתו של רכיב המאסר בפועל, ניתן למתן במשכו ולהעמיד את עונש המאסר בפועל של המשיב על **ארבעה (4) חודשים בכליאה ממשית** (לדיון ביחס **וההבדל האיכותי** בין עונש מאסר בפועל בעבודה צבאית לעונש מאסר בפועל בכליאה ממשית, לעומת **ההבדל הכמותי** ביניהם, ראו: רע"פ 483/14 אמסלם נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 15.7.2014), ע"פ 5026/12 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 10.2.2013); וראו גם היחס בין הוראת סעיף 404א(ב)(2) להוראת סעיף

404א(ב)4 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, בכל הנוגע לתקופת המאסר בפועל, אשר אינה נושאת "רישום פלילי מלא", על-פי תיקון 63 לחוק השיפוט הצבאי).

31. ערעור התביעה על קולת העונש מתקבל, אפוא, כמפורט לעיל. יתר רכיבי הענישה כקביעת בית הדין קמא.

על המשיב להתייצב ביום ג', 3.1.2017, עד לשעה 9:00, בבס"כ XXX, לשם ריצוי עונש המאסר בפועל.

ניתן והודע היום, י"א בכסלו התשע"ז, 11 בדצמבר 2016, בפומבי ובמעמד הצדדים.

| שופט | שופטת | הנשיא |
|-------|-------|--------------------|
| למקור | נאמן | העתק |
| מכני | קורל | סגן |
| הדין | בית | קצינת |
| | | חתימת המגיה: _____ |
| | | תאריך: _____ |