



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני:

תא"ל אורלי מרקמן - המשנה לנשיא
אל"ם מאיה הלר - שופטת
אל"ם רמי בן עמי - שופט

בעניין:

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

נגד

ח/XXX טור' ז' מ' – המשיב (ע"י ב"כ, עו"ד יובל קגן)

ובעניין:

ח/XXX טור' ז' מ' – המשיב (ע"י ב"כ, עו"ד יובל קגן)

נגד

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

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המטכ"ל שניתן בתיק מטכ"ל (מחוזי) 187/16 (סא"ל שחר גרינברג – אב"ד; סרן אפרת בוחבוט – שופטת; סרן מורג ניר – שופט) ביום 22.3.2017. ערעור התביעה (קולת העונש) התקבל. ערעור ההגנה (חומרת העונש) נדחה.

פ ס ק - ד י ן

1. המערער, טור' ז' מ', הורשע על-פי הודאתו, בכתב אישום מתוקן, בשתי עבירות שעניינן מעשה מגונה, לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין, התשל"ז-1977. ההרשעה נסבה על כך, שבליל 23.1.2016, נכנס אל מגורי השומרות במחנה "דוריי" (תל השומר), וניגש אל מיטתה של אחת החיילות, בעודה ישנה על בטנה. המערער הכניס את ידו מתחת לשמיכה ונגע בירכה ובישבנה מעל לבגדיה. משנעורה משנתה, הניח אצבעו על שפתיו וסימן לה להיות שקטה. בהמשך, הכניס את ידו בין חזה לבין המיטה ונגע בחזה מעל לבגדיה. לאחר מכן, ניגש אל חיילת אחרת, אשר ישנה במיטה סמוכה וצבט בישבנה מעל לבגדיה. אף חיילת זו התעוררה עקב הנגיעה בה. המערער ניסה לגעת בחיילת נוספת, אשר ישנה בחדר.
2. בית הדין קמא השית על המערער שלושה (3) חודשי מאסר בפועל, מהם חודשיים (2) בכליאה ממשית וחודש נוסף בדרך של עבודה צבאית. כן הושת על המערער עונש מאסר מותנה והוא חויב בפיצויים בסך 5,000 ש"ח, סכום אשר שולם לשתי המתלוננות בטרם ניתן גזר הדין.
3. שני הצדדים לא השלימו עם מידת העונש ומכאן הערעור שלפנינו.

ההליך בבית הדין קמא וגזר הדין

4. מטעם התביעה הצבאית, הוצגה לפני בית הדין קמא הצהרתה של אחת מנפגעות העבירה, שבה תיארה את השלכות המעשה עליה: "נלקחה לי תחושת הביטחון, השמחה, האמון, העצמאות והתחושה הרגשית". המתלוננת פנתה בכתובים לבית הדין וביקשה כי העונש יהלום את מידת הפגיעה בה, ויעביר מסר של הגנה על נפגעות עבירה, שכמותה.
5. מראיות ההגנה שהובאו לפני בית הדין קמא עולה, כי המערער גדל במשפחה תומכת ובסביבה נורמטיבית וחיו ידעו שיגרה בטוחה עד אשר ביום הולדתו ה-18 הותקפו, הוא ואחיו, במכות, בסמוך לביתם. בחלוף כשנה, הותקף המערער, פעם נוספת, על-ידי אותו תוקף. בזו הפעם נחתך המערער בצווארו באמצעות חפץ חד, ונדרש לניתוח, לאשפוז ולהליך שיקומי ממושך. בעקבות מקרים אלו אובחן המערער כמי שסובל מסימפטומים של פוסט טראומה עם מאפיינים דיכאוניים וחרדתיים והפרופיל הרפואי שלו הורד. בהתאם, שונה שיבוצו. פטירת סבתו

ומחלתו של אביו, הכבידו אף הן, מבחינה רגשית, על המערער. זאת ועוד, אמו של המערער תיארה לפני בית הדין המחוזי את תחושת הבושה ורגשות האשמה שליוו אותו לאחר האירוע מושא כתב האיטום וחקירתו במצ"ח, שכן, לדבריה, אין המעשים מאפיינים את המערער. מפקדו הנוכחי שיבח את תפקודו.

6. מטעם ההגנה הוגשה חוות-דעתה של הגברת רחמים, קרימינולוגית שיקומית, אשר אף העידה לפני בית הדין. חוות-דעתה מפרטת על התהליך הטיפולי שעובר המערער והתמדתו בו. גברת רחמים התרשמה כי העבירות בוצעו על "רקע מצוקה גדולה סביב הטראומה הקשה שחוה בעקבות התקיפות שבוצעו נגדו... הבילוי הלילי עם חבריו ושתיית האלכוהול, היוו עבורו כלי לשחרור שליטה, לבריחה ושכחת הקשיים עמם מתמודד". עוד צויין כי המערער "מגלה בושה ועבר תהליך בו הביע אמפתיה לנפגעות". בעדותה אישרה, כי טענה שלפיה נאשם אינו זוכר את המעשה העברייני בשל שימוש באלכוהול "מצביע על רמת מסוכנות משמעותית יותר". מנגד הוסיפה, כי המערער "מודע לגורמי הסיכון וזה מפחית מסוכנות".

7. בהתאם לסעיף 6 לחוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין, התשס"ו-2006, הונחה לפנינו הערכת המסוכנות המינית של המערער. מעריכת המסוכנות התרשמה כי לאירועי התקיפה שחוה השפעה משמעותית על המערער, אשר מתמודד עם תסמיני פוסט-טראומה. אירועים אלו, כמו-גם ההתמודדות עם פטירת סבתו ומחלת אביו, פגעו משמעותית בתפקודו התקין. בצד זאת, נוצר במהלך הבדיקה הרושם כי המערער "היה ממוקד ביצירת רושם על פני אותנטיות ותשובותיו יצרו רושם של 'טוב מכדי להיות אמיתי'". מעריכת המסוכנות אף העריכה כי "הטיפול בו נמצא כרגע הינו ממוקד קוגניציה וכך מחזק את הגנותיו הנוקשות". מעריכת המסוכנות סברה כי דווקא טיפול מסוג אחר יסייע למשיב להבין את עבירות המין שביצע. לבסוף הוערך המערער כבעל מסוכנות מינית **בינונית-נמוכה** וזאת, בין היתר, בהינתן כי המערער "פגע בשתי קורבנות זרות לו, שאינן בנות משפחה, בעודו תחת השפעת אלכוהול", שעליו משליך המערער את כל האחריות לביצוע מעשיו. צוין, כי משפחתו של המערער מהווה גורם תמיכה עבורו וכי ההליכים הפליליים יוצרים הרתעה משמעותית. "עם זאת, ניכר דימוי עצמי נמוך, שימוש רב במנגנוני הגנה וקושי בחשיפה אמיתית של קשיים ומצוקות כמו גם קושי להכיר בחלקיו הפוגעניים".

8. בית הדין קמא נתן דעתו לנסיבות ביצוע העבירה; לפגיעתם של המעשים בערכים מוגנים ובהם – כבוד האדם ופרטיותו של המתלוננת; התחשב בנזק אשר נגרם לנפגעות העבירה, וקבע כלדקמן –

"חרף חומרת מעשיו של הנאשם, אין מדובר במעשים מגונים שבוצעו תוך שימוש בכוח, והמגע בגופן של החיילות נעשה מעל בגדיהן. כמו כן, מדובר באירוע אחד בו ביצע הנאשם את המעשים בעצמו ולא בצוותא עם אחרים. נסיבות אלה מציבות את מעשי הנאשם ברף נמוך במנעד החומרה של עבירות המין... עם זאת, אין חולק כי מעשיו של הנאשם חמורים ואין להקל עימם כלל. הפסיקה הדגישה כי הפגיעה באוטונומיית הרצון הפרטי של חילות שהן קורבן למעשים מגונים בתוך המסגרת הצבאית, מחייבת השתתפות עונשים מחמירים, הכוללים מאסר בפועל לתקופה משמעותית".

9. בהתאמה, קבע בית הדין קמא, כי מתחם העונש ההולם נע בין **חודשיים לחמישה חודשי מאסר בפועל** "כאשר לפחות חלקם ירוצו בכליאה ממשית". אשר למידת העונש שיש להשית על המערער בתוככי מתחם הענישה שנקבע, התחשב בית הדין קמא בהודאתו של המערער ובנטילת האחריות על מעשיו, הגם שצויין כי המערער "לא שיתף פעולה בחקירתו, שמר על זכות השתיקה וטען כי אינו זוכר את המעשים... בהשפעת אלכוהול"; במצבו הנפשי של המערער, אשר הותאם לו פרופיל נפשי בעקבות אירועי האלימות כנגדו; בפרסום שמו בתחקיר שבוצע ביחידה; בשירותו הצבאי התורם; בעברו הנקי; בהליך הטיפול החיובי ובהערכת המסוכנות המינית; וקבע כי צבר נסיבות אלו "מצדיק הטלת עונש אשר יכלול רכיב מאסר ממשי לתקופה משמעותית על מנת לבטא את שיקולי ההלימה וההרתעה מחד גיסא, אך שלא יעלה על תקופת המאסר המלווה ברישום פלילי מופחת, מאידך גיסא".

ערעור ההגנה

10. ההגנה עתרה כי נקל בדינו של המערער, כך שנורה כי עונש המאסר לא ירוצה בכליאה ממשית או, לחלופין, נורה לקצר את משך המאסר בפועל שהושת. נטען, כי נסיבותיו הייחודיות של המערער מצדיקות סטייה לקולה ממתחם העונש ההולם שנקבע וזאת מטעמים של שיקום. למצער, נטען, כי ראוי היה לקבוע את עונשו של המערער בספו התחתון של המתחם שנקבע.

11. הוטעם, כי לאור הפגיעות הפיזיות שחוה המערער, אך בעיקר בשל הפגיעות הנפשיות שנלוו לתקיפתו, מן הראוי לאפשר למערער להתמיד בהליך הטיפול שבו החל זה מכבר ובהתאם לחוות-דעתה של הגברת רחמים, המדובר ב"תהליך חיובי ומיטיב", אשר בעקבותיו, המערער "מתנהל בצורה תקינה ושונה". הוטעם, כי הטלת עונש אשר יחייב את שליחתו של המערער אל מאחורי סורג ובריח יעמיד את המערער "בסיכון ממשי".

12. בא-כוח המערער הוסיף ועמד על נסיבות המקרה, שהיה קצר במשכו והוא תולדה של מצבו הנפשי המורכב של המערער, בתקופה האמורה, ולפיכך, חריג לאורחותיו. נטען עוד, כי המערער הודה ונטל אחריות מלאה על מעשיו, ועשה כל שבאפשרותו על-מנת להקל על נפגעות העבירה ולפצותן על שפגע בהן. לדידה של ההגנה, שגה בית הדין קמא, עת לא נתן לנסיבות האמורות את המשקל ההולם בעת גזירת העונש.

ערעור התביעה

13. התביעה הצבאית עתרה להתערב במתחם העונש ההולם שנקבע, אשר לדידה, אינו משקף את חומרת הפגיעה בערכים המוגנים, את מדיניות הענישה הנוהגת ואת היבטי החומרה המשתקפים ממעשי המערער במקרה דנן, ובהם: ביצוע המעשים כלפי שתי חיילות וניסיון לפגוע בחיילת נוספת; ניצול חוסר יכולתן של המתלוננות להתנגד למעשיו, שעה שבוצעו בשנתן; נגיעה באיברים אינטימיים של המתלוננות, אף אם נעשתה שלא מתחת לבגדיהן; ניצול תפקידו כסמל מבצעים ונוכחותו בתפקיד ביחידה על-מנת להכנס למגורי השומרות ביחידה, תוך הפרת פקודות הצבא.

14. כן עתרה התביעה הצבאית להחמיר בעונש המאסר בפועל שהוטל על המערער, הן בנוגע למשכו והן באשר לאופן ריצויו, כך שיישא רישום פלילי "מלא". באי-כוח התביעה לא התעלמו, בעתירתם, מנסיבותיו האישיות של המערער, ומן הטראומה הקשה שחוה, אך ציינו, כי אין ליתן לאלו משקל בכורה בנסיבות העניין. הוטעם, כי חרף הודאתו של המערער, עולה מחוות דעתה של מעריכת המסוכנות כי המערער אינו נוטל אחריות מלאה למעשיו ומשליך "את האחריות למעשיו כולה על האלכוהול". כך-גם, הודגש, בחוות הדעת, כי הטיפול שבו נוטל המערער חלק, אינו מקדם את תובנותיו ביחס לביצוע עבירות המין, אלא אך "מחזק את הגנותיו הנוקשות". אשר על כן, נטען, כי לא היה מקום ליתן משקל כה רב לשיקול השיקום בעניינו של המערער, כפי שבא לידי ביטוי בגזר הדין. כן נטען, כי בית הדין קמא שגה עת לא נתן ביטוי מתאים, בגזירת העונש, לנזק אשר נגרם לנפגעות העבירה.

דיון והכרעה

15. מעשיו של המערער מתאפיינים במספר היבטי חומרה בולטים. עניין לנו בפגיעה במספר חיילות, אשר היו מחויבות ללון בחדר השומרות שבמחנה "דוריי" לשם ביצוע משימתן הצבאית. במצב דברים זה, נפגע באורח משמעותי האמון אשר

חייב לשרור בין חיילים המשרתים באותה היחידה, ולצד הפגיעה הבולטת בערכים כגון: הרעות, המשמעת הצבאית והלכידות החברתית, ערכים שהינם אבני יסוד לתקינות התנהלותה של כל יחידה צבאית. במקרה זה נפגעו באופן בולט, גם הערכים שנועדו להגן על כבודן, על פרטיותן של החיילות וריבונותן על גופן. יפים לכאן הדברים הבאים :

"צנעת הפרט היא זכותו של אדם. היא משקפת את כבודו... היא, ואולי בעיקר היא, ממחישה את 'מותר האדם מן הבהמה' (קהלת ג', יט)... 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. אחרות הלוחמים – ובענייננו אחרות הלוחמות והלוחמים – היא הבסיס לקיומה של יחידה צבאית... האמון הבלתי מסויג, בין הלוחמים... הוא תנאי מקדמי לתפקודה של פלוגה לוחמת. היא היא: הרעות. רעות ואחוה נדחות מפני ביזוי והשפלה. רעות אינה מתקיימת בהעדר אמון" (ע/55/06 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט גבאי** (2006)).

16. לענייננו יפות אף הקביעות בע/71/16 **טור' ורדה נ' התובע הצבאי הראשי** (2016). באותו עניין עמד בית-דין זה על "תחושת חוסר האונים, החרדה וההשפלה" שהן מנת חלקן של נפגעות עבירה, חיילות צעירות, אשר מתעוררות נוכח מגע של אדם זר בגופן, באישון ליל, תוך חדירה לחדרן, במקום שהוא בעל זיקה ברורה לשירות הצבאי, ובענייננו – בתוככי מחנה צבאי (ראו גם: ע/23/17 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט גולומבק** (2017); ע/62/16 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל ברום** (2016)). כידוע – המחנה הוא ביתו של החייל, וביתו של אדם – מבצרו. לא בכדי חזר בית-דין זה ושנה בדבר החובה להגן על שלומם וכבודם של המשרתים בצה"ל והצורך בהכבדת הענישה כלפי מי אשר פוגע בהם. קל וחומר, כאשר פגיעה זו נעשתה על-ידי מי שניצל את תפקידו כסמל מבצעים, לשם גישה לחדר שבו לנו המתלוננות, אשר נוכחותן במקום התחיבה, בשל משימת שמירה שהוטלה עליהן מבלי שניתנה בידן היכולת לבחור את מקום שירותן ואת אלו המשרתים עמן (ראו: עניין **גולומבק הנ"ל**; ע/6/17 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל סולימני** (2017); רע"פ 391/17 **פלוני נ' התובע הצבאי הראשי** (טרם פורסם, 15.1.2017); ע/12/15 **סמל חילי נ' התובע הצבאי הראשי** (2015); ע/46/13 **רב"ט נזאל נ' התובע הצבאי**

הראשי (2013). לפיכך, משהפר המערער את הוראות הצבא הקובעות איסור ברור על כניסת חיילים לתוך מגורי חיילות, בנסיבות המקרה כפי שפורטו, ונגע באיברים מוצנעים של שתי חיילות, ראוי הוא לענישה מחמירה. ביטוי מובהק לפגיעה האמורה מצוי בדברים שפירטה נפגעת העבירה, באשר לאובדן תחושת הביטחון האישי ואובדן היכולת ליתן אימון בזולת, כתוצאה ממעשיו של המערער כלפיה. אמנם, כפי שנטען על-ידי ההגנה, בעבור המערער המדובר באירוע קצר מועד, אך בעבור נפגעת העבירה, המדובר באירוע אשר מלווה אותה והשפעתו עליה, היא ארוכת טווח.

17. בחינת נסיבות המעשים ומדיניות הענישה הנהוגה (ראו: עניין **גולומבק הנ"ל**; עניין **סולימני הנ"ל**; עניין **ברום הנ"ל**; עניין **ורדה הנ"ל**; ע/44/16 **רב"ט טאפש נ' התובע הצבאי הראשי (2016)**; ע/11/15 **רב"ט עטייה נ' התובע הצבאי הראשי (2015)**; ע/93/04 **טור' מייסטר נ' התובע הצבאי הראשי (2004)**), מלמדים כי בנסיבות העניין, בשים-לב להיקף הפגיעה בערכים המוגנים ובמידת אשמו של המערער, ראוי היה להעמיד את מתחם העונש ההולם ברף גבוה יותר, בין **שלושה לשבעה** חודשי מאסר בפועל. אמנם, המערער ביקש לשכנענו כי מידת אשמו במקרה זה פחותה במידת מה, נוכח ביצוע המעשים בהשפעת אלכוהול, ואולם הפסיקה מלמדת כי יש לראות בעובדה זו דווקא נסיבה לחומרה (ראו: ע"פ 8255/16 **פלוני נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 9.4.2017)).

18. עולה מן המקובץ לעיל, כי יש להחמיר אף בעונשו של המערער. אכן, לזכותו של המערער נסיבות לקולה – רקעו נורמטיבי וזוהי לו הסתבכותו הראשונה עם רשויות החוק; שירותו הצבאי, ככלל, תקין ומפקדו שיבח את תפקודו ביחידתו; מצבו הנפשי של המערער אינו שפיר בשל היותו-עצמו קורבן לתקיפה חמורה בשתי הזדמנויות, תקיפה שהותירה חותם פיזי ונפשי על המערער. עם זאת, מידת ההתחשבות בנסיבות מקלות אלו מוגבלת וזאת לאור חומרת המעשים, שעליה עמדנו בהרחבה לעיל, ולאור המסר הברור שחייב לצאת מלפני בית-דין זה, בדבר הוקעתם של מעשים כגון אלו, שמקומם לא יכירנו במסגרת הצבאית.

19. יוער, כי ההגנה ביקשה ללמוד גזירה שווה מעניין **סולימני הנ"ל**, לעניינו של המערער דכאן, וזאת בשים-לב להליך הטיפול השיקומי שבו נוטל המערער חלק מזה תקופה ממושכת. דא עקא, שבהתאם לחוות-דעתה של מעריכת המסוכנות, נמצאנו למדים, כי בשונה מעניין **סולימני**, אין הטיפול בעניינו של המערער נושא פרי, חרף ההתמדה בו. נהפוך הוא. המערער אינו מבין לעומק את עבירות המין שביצע וממשיך "להטיל" את האחריות למעשיו על שתיית האלכוהול. אשר על כן, אף אם קיים למערער פוטנציאל שיקום, נוכח המוטיבציה שהוא מגלה לכך

ובהתחשב במשפחתו התומכת, עדיין, בשלב זה, טרם מימוש הפוטנציאל, סברנו, כי אין מקום לחרוג לקולה ממתחם העונש ההולם ואין להעדיפו על-פני שיקולי ההלימה וההרתעה במקרה דנן.

20. סוף דבר, ומשאין זו דרכה של ערכאת הערעור למצות את הדין בקבלה ערעור תביעה, בהתחשב בנסיבות לקולה שמנינו – סברנו כי הגם שיש להחמיר בעונש, אין הכרח להורות על הארכת משך המאסר בפועל וניתן, בנסיבות העניין, להורות כי **שלושת (3) חודשי המאסר** שנגזרו על המערער על-ידי בית הדין קמא, ירוצו, **כולם, בכליאה ממשית.**

21. ערעור התביעה על קולת העונש מתקבל, אפוא, כך שהמערער ירצה שלושה (3) חודשי מאסר בפועל בכליאה ממשית. אין שינוי ביתר רכיבי הענישה.

22. ערעור ההגנה, נדחה.

23. המערער יתייצב לתחילת ריצוי עונשו ביום 4.6.2017, עד השעה 10:00, בבס"כ **XXX**, בצריפין.

ניתן והודע היום, כ"ה באייר התשע"ז, 21 במאי 2017, בפומבי ובמעמד הצדדים.

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