 

**בבית הדין הצבאי לערעורים**

בפני:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **תא"ל נועה זומר** | **-** | המשנה לנשיאה |
| **אל"ם מאיה גולדשמידט אל"ם רמי בן עמי** | **-**  **-** | שופטת  שופט |

בעניין:

**מ/\*\*\*\*\*\*\* סמל א' ק' –** המערער (ע"י ב"כ, רס"ן נעמאן חטיב; סרן יוסי אלבז)

**נ ג ד**

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

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי חיל האוויר שניתן בתיק ח"א (מחוזי) 136/21 (סא"ל לידור דרכמן – אב"ד; רס"ן יניב קלעי - שופט; רס"ן אושרי טלגאוקר - שופט) ביום 28.2.2023. הערעור (חומרת העונש) נדחה.

**פ ס ק - ד י ן**

**רקע**

1. המערער, סמל א' ק' , הורשע, לאחר שמיעת ראיות, בעבירה של מעשה מגונה לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין, תשל"ז - 1977, וזוכה מעבירה נוספת של מעשה מגונה. נגזרו עליו שבעה חודשי מאסר בפועל, עונשי מאסר מותנים והורדה לדרגת טוראי. לנפגעת העבירה נפסקו פיצויים בסך 3,500 ש"ח.
2. המערער לא השלים עם עונש המאסר בפועל שנגזר עליו, ועתר לקיצור משכו באופן משמעותי ולהמרתו בעונש של מאסר שירוצה בדרך של עבודה צבאית.

**השתלשלות העניינים ופסק הדין של בית הדין המחוזי**

1. ביום 1 ביולי 2021 הוגש נגד המערער כתב אישום שייחס לו שתי עבירות של מעשה מגונה כנגד נפגעת העבירה, שבוצעו בימים 31 בינואר 2021 ולמחרת, 1 בפברואר 2021. ביום 19 באוקטובר 2022, לאחר שמיעת ראיות, מצא בית הדין קמא הנכבד לתת אמון מלא בגרסתה של נפגעת העבירה ולדחות את גרסת המערער כבלתי מהימנה. עם זאת, מצא בית הדין לזכותו מחמת הספק מן העבירה הראשונה שיוחסה לו, תוך שנקבע כי נותר ספק באשר למודעותו ל"שינוי לבבות" שחל אצל נפגעת העבירה באירוע הראשון. המערער הורשע, אפוא, בעבירה השנייה שיוחסה לו, של מעשה מגונה שבוצע למחרת.
2. כרקע לאירוע, יבואר, כי המערער שירת בתפקיד של נהג משא ועובד כללי בגדוד של "כיפת ברזל" בחיל האוויר. נפגעת העבירה הוצבה לשרת בגדוד זמן קצר לפני האירועים המתוארים בכתב האישום. בין השניים התפתחה היכרות, וביום 31 בינואר 2021 הם שוחחו ואף התנשקו בהסכמה. בשעות הערב נפגשו בחדר האוכל, שם התנשקו והמערער אף נגע בחזהּ של נפגעת העבירה מעל בגדיה, הניח את ידיו על מותניה בסמוך לישבנה וכן הניח את ידיו על איבר מינה, מעל מכנסי ה"טייץ" שלבשה. בשלב זה אמרה נפגעת העבירה למערער שאינה מעוניינת במגע, והוא הפסיק לגעת בה. עם זאת, בסמוך לכך התנשקו שוב. בית הדין מצא כאמור לזכות את המערער מן העבירה שיוחסה לו בגין השתלשלות עניינים זו, ולהרשיעו בעבירה שיוחסה לו בגין אירועי היום שלמחרת, שתוארו כמובא להלן:

"ביום 1 בפברואר 2021, שהו השניים במשרדה של מפקדתם וצפו בצוותא בפרק של תכנית 'האח הגדול', בעודם משוחחים ועושים זה לזה 'נעים ביד'. בשלב מסוים, קירב הנאשם את נפגעת העבירה אליו ונגע בחזהּ מעל לחולצתה. הנפגעת בתגובה, מסרה כי אינה מעוניינת במגע והתרחקה ממנו. בהמשך אמר הנאשם לנפגעת העבירה כי הוא מעוניין לקיים עמה יחסי מין, אך היא השיבה כי אינה מעוניינת בכך. בשלב זה הציע הנאשם לנפגעת העבירה, לגשת עמו למקום נטוש ליד הגדוד. תחילה סירבה הנפגעת להצעתו של הנאשם, אולם בהמשך, לאחר נסיונות שכנוע, התרצתה לבסוף והצטרפה אליו למקום.

השניים נכנסו לתוך מכולה הנמצאת במקום, שם התנשקו ביניהם בהסכמה. נפגעת העבירה שבה והניחה את ידיה על צווארו של הנאשם. בשלב זה החלה הנאשם לפתוח את חולצת מדי הב' שלבשה הנפגעת. היא בתגובה מסרה לו שאינה מעוניינת לעשות 'שום דבר' וסירבה להרמת החולצה שלבשה. אף על פי כן הרים הנאשם את החולצה שלבשה מתחת למדי הב' והחל לגעת בחזהּ. הנפגעת שבה ואמרה לנאשם כי אינה מעוניינת וביקשה ממנו לחדול ממעשיו. על אף האמור, פתח הנאשם את חגורתה של הנפגעת ואת הכפתור הראשון במכנסיה. בשלב מסוים עברו ידיה של הנפגעת מצווארו של הנאשם לצדי גופה. הנאשם רצה להמשיך ולפתוח את כפתורי מכנסיה, אך היא עצרה מבעדו מלעשות כן. או אז הכניס הנאשם את ידו מתחת למכנסיה ותחתוניה של נפגעת העבירה והזיז את ידו על גבי איבר מינה למשך מספר דקות, עד שביקשה כי יפסיק והוא נעתר לה. בשלב זה ביקש הנאשם מנפגעת העבירה שתפתח גם לו את כפתורי המכנסיים אך היא סירבה לעשות כן. הנאשם המשיך לגעת באיבר מינה למשך מספר שניות נוספות, באומרו 'עוד קצת', עד אשר ביקשה ממנו בשנית לחדול, ואז, כעבור מספר שניות, שעה לבקשתה. בהמשך אמר הנאשם לנפגעת שלא לספר לאף אחד על אשר אירע והשניים יצאו מהמקום".

1. מהראיות שהובאו בפני בית הדין קמא עלה, כי המערער, יליד שנת 2001, שירת בצה"ל כשנתיים עד לפיטוריו בגין "התנהגות רעה וחמורה". אין לחובתו עבר פלילי, אולם נרשמו לחובתו מספר עבירות משמעת. עם זאת, בחוות דעתו, ציין מפקדו של המערער כי האחרון ביצע את שירותו על הצד הטוב ביותר וללא בעיות משמעת, וזאת למרות קיומם של קשיים משמעותיים מבית. כן הוצגו לבית הדין מכתבה של יועצת בית הספר שבו למד, ובה ציינה כי המערער היה תלמיד חיובי ונבון, שהצליח בלימודיו על אף קשיי קשב וריכוז משמעותיים שעמם התמודד. הוגש גם מכתבו של ראש עיריית בית שאן, שם מתגורר המערער, שמסר כי המערער תרם במסגרת פעילויות התנדבותיות בעיר, לרבות חונכות לילדים וסיוע לקשישים.
2. בעדויותיהן של אמו וסבתו של המערער תוארו נסיבות מורכבות, אשר מטעמים של צנעת הפרט לא יפורטו במלואן. בתמצית, יצוין, כי המערער גדל ללא דמות אב, בתמיכתן של אמו וסבתו, וכי אמו השקיעה רבות בחינוכו, על אף טראומות משמעותיות שחוותה בעברה. כיום המערער תומך בסבתו, המתמודדת עם מחלה קשה וקשיים רפואיים ניכרים. אמו תיארה כיצד השפיע ההליך המשפטי על מצבו הנפשי של המערער, ומסרה כי איבד את שמחת החיים והפך ל"שבר כלי של ממש". הנאשם, אשר לא העיד בשלב הראיות לעונש, תיאר בדבריו בטרם מתן גזר הדין את מאמציו להשלים את לימודיו ולהתגייס לצה"ל, את מצבו הנפשי המורכב ואת רצונו לבנות את עתידו המקצועי ולטפל בעצמו. עם זאת, כפי שציין בית הדין קמא, לא הביע חרטה או נטילת אחריות למעשים שבהם הורשע.
3. עוד הובא בפני בית הדין קמא, כי המערער פנה לאחר הרשעתו לטיפול פרטני שבועי ב"מרכז לאבחון וטיפול לאוכלוסיות עוברי חוק", על אף הכחשתו את העבירה, נוכח נכונותו לבחון את התנהלותו ורצונו לערוך ביקורת עצמית. לאחר שנמצא שהוא מתאים לטיפול במרכז החלה עמו עבודה במסגרת טיפול פרטני שבועי.
4. בהערכת המסוכנות שנערכה למערער בחודש דצמבר 2022 צוין, כי המערער "שולל ביצוע העבירה אך מודה שנהג בחוסר גבולות בכך שמיהר לקיים עם הקורבן מגע מיני בלי שהכירהּ ומדבר על כך שאולי לא היה רגיש לרצונותיה בשעת מעשה". מעשיו משקפים, כך הוטעם "אלמנט של קומפולסיביות ללא קבלת המרחב של העומד מולו" והוא נהג "באופן אופורטוניסטי תוך ניצול הזדמנות למגע מיני", ככל הנראה בשל בדידותו ורצונו בקשר עם נפגעת העבירה, תוך שהשליך עליה את כוונותיו והתקשה לקבל את התנגדותה כאשר לא נעתרה לו. ההתרשמות הייתה כי קיים אצלו בלבול במסרים שמועברים אליו - ויחד עם זאת הוא מחזיק בתפיסה שלפיה מעשים כגון אלה שבהם הורשע הם פסולים, ומביע צער על פגיעה אפשרית בנפגעת העבירה, אף אם הוא מתקשה לקבל בשלב זה אחריות מלאה למעשיו.

מעריכת המסוכנות עמדה על כך שבעניינו של המערער קיימים גורמי סיכון ובהם "מינימיזציה של פוטנציאל הפוגענות הגלום בו, וללא מודעות לחלקיו התוקפניים, ללא מודעות לטריגרים הרגשיים לביצוע המעשים וללא מודעות למצבי סיכון. סבור שאין סיכון שיבצע מעשים דומים בעתיד ועל כן הוא נטול אסטרטגיות למניעת הישנות עבירות מין בעתיד". מנגד צוין, כי יש בהליך המשפטי כדי להרתיעו, וכי הוא מנהל אורח חיים נורמטיבי ומגלה רצון לטיפול, אף אם המוטיבציה שהוא מגלה היא חיצונית בעיקרה, ונשענת על חששו מפני גזר הדין. פורט עוד כי המערער הוא בעל שאיפות נורמטיביות, קיימת אצלו יציבות תעסוקתית, מוסר עבודה גבוה ומחוייבות למקומות עבודה ולימודים, וכן יציבות בניהול מערכות יחסים בין אישיות מיטיבות. כמו כן יש לו מקורות תמך מסביבתו הקרובה, המגנה התנהלות פוגענית וחסרת גבולות.

לאחר שקילת כלל הפקטורים הוערכה מסוכנותו של המערער כבינונית-נמוכה, וכן הומלץ לו על המשך טיפול ייעודי לצורך "הבנה של מעגל העבירה".

1. בפני בית הדין קמא הונח אף תצהירה של נפגעת העבירה, שבו פירטה על הפגיעות והנזקים שנגרמו לה עקב האירוע, לרבות תחושות של שנאה עצמית, סיוטים וקושי להירדם, פחדים וחרדות, שהובילו לצורך בטיפול פסיכולוגי.
2. בקביעתו של מתחם העונש ההולם עמד בית הדין קמא על הנסיבות המחמירות בביצוע העבירה, שעניינן ניצול האמון שנתנה נפגעת העבירה במערער, זמן קצר לאחר שהגיעה ליחידה, וההסלמה שחלה במעשיו של המערער במהלך האירוע, על אף התנגדותה של הנפגעת, עד כדי מגע ישיר באיבריה המוצנעים, לרבות באיבר מינה מתחת לבגדיה. הוטעם, כי על אף שהאירוע החל לאחר קיומו של מגע מוסכם בין השניים, היה על המערער להפסיק את המגע לאלתר משעה שנפגעת העבירה הציבה לו גבול ברור. עוד עמד בית הדין קמא על הנזק שנגרם לנפגעת העבירה ועל הפגיעה הקשה בכבודה, גופה ונפשה, לצד הפגיעה בערכים מוגנים נוספים הייחודיים למערכת הצבאית, שעניינם השירות המשותף, הרעות, הערבות ההדדית והאמון בין משרתים ביחידה. מנגד, התחשב בית הדין בכך שמדובר באירוע חד פעמי שלא ננקטו במהלכו כוח או איומים. לאור האמור לעיל, ולאחר בחינת מדיניות הענישה בפסיקת בית המשפט העליון ובפסיקת בית דין זה, קבע בית הדין קמא כי מתחם העונש נע בין חמישה ל-11 חודשי מאסר בפועל בכליאה ממשית, תוך שדחה את בקשת ההגנה להורות על ריצוי המאסר בדרך של עבודה צבאית, משיש בכך "להוביל להחטאת היבטי החומרה שבמעשים ולשדר מסר סלחני שאינו עומד בהלימה לחומרתם" .
3. בהמשך לכך, מצא בית הדין קמא שלא לקבל את עתירת ההגנה לסטות לקולה ממתחם העונש שנקבע מטעמי שיקום. צוין, כי על אף גורמי התמך הקיימים, ועל אף רצונו של המערער להתחיל בהליך שיקומי, הרי שההליך מצוי בראשיתו, והמערער עודנו מכחיש את ביצוע העבירה ולא הביע חרטה על מעשיו. בתוך המתחם, מצא בית הדין לשקול את שיקולי הרתעת היחיד והרבים וכן ציין כי המערער אינו זכאי להקלה השמורה למי שנוטל אחריות למעשיו, מביע חרטה ואף חוסך את עדותה של נפגעת העבירה, על כל המשתמע מכך. לצד הקולה, התחשב בית הדין בכך שהמערער החל כאמור בהליך טיפולי, בנסיבותיו האישיות והמשפחתיות ובכללן גילו הצעיר, העדר עבר פלילי, התנהגותו החיובית ותרומתו לחברה, וכן במצבה הרפואי של סבתו, שאותה הוא סועד. כן התחשב בפגיעה שתיגרם למערער עקב השתת עונש מאסר בפועל, בשים לב לכך שהשתלב בלימודי קולינריה והוא אף מבקש לעבוד בתחום זה. לאור כלל האמור, סבר בית הדין כי יש להשית על המערער עונש מאסר שימוקם "בחציו התחתון אך בקירוב לאמצעו של המתחם", ולפיכך העמיד את עונשו של המערער על שבעה חודשי מאסר בפועל, לצד כאמור, הורדה בדרגה, מאסר מותנה משמעותי ופיצויים לנפגעת העבירה.

**טיעוני הצדדים בערעור**

1. ההגנה עתרה בערעורה, לקבוע בעניינו של המערער מתחם עונש הולם הנע בן חודשיים לחמישה חודשי מאסר בפועל בדרך של עבודה צבאית - ואף עתרה לסטות לקולה ממתחם זה, מטעמי שיקום. לטעמה, שגה בית הדין קמא כאשר קבע כי קיימת חומרה יתרה בנסיבות ביצוע העבירה, בשל טיב המגע שבו מדובר, ולא שקל די הצורך את נסיבות הקולה, שעניינן היותו של האירוע ספונטני, שתחילתו בהסכמה, כחלק ממערכת יחסים שהחלה להתרקם בין המערער לנפגעת העבירה וכללה גם נשיקות ומגע קודם - והכל, ללא שימוש בכוח, אלימות או איומים ומבלי שיש בין המערער לנפגעת העבירה פערי דרגה או מעמד.
2. בהמשך לכך הפנתה ההגנה לפסיקת בית דין זה (ע/64/11 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' שליאן** (2011); ע/11/15 **רב"ט עטייה נ' התובע הצבאי הראשי** (2015); ע/23/17 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט גולומבק** (2017); ע/30,31/17 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' משריקי** (2017); ע/5/18 **טור' גפורוב נ' התובע הצבאי הראשי** (2018); ע/7/22 **התובע הצבאי הראשי נ' סמ"ר יפרח** (2022); ע/12,13/22 **סמ"ר אמסלם נ' התובע הצבאי הראשי** (2022) - המלמדת, לטענתה, כי מתחם העונש שנקבע מחמיר יותר, באופן משמעותי, ממדיניות הענישה הנהוגה.
3. עוד ההגנה סבורה כי בפסק דינו של בית הדין קמא לא ניתן משקל מספק לנסיבות חייו האישיות של המערער ולסיכוייו הגבוהים לשיקום, לגילו הצעיר ולנטילת האחריות - המתבטאת בתשלום הפיצויים לנפגעת ובאי-הגשת ערעור על הכרעת הדין המרשיעה. עוד הגישה ההגנה לעיוננו (בהסכמת התביעה) מסמך עדכני בנוגע למצבה הרפואי של סבתו של המערער, תוך שנטען כי עניין זה לא הודגש דיו בטיעוני ההגנה לעונש בבית הדין קמא, משום שהמערער לא היה מודע לחומרת המצב. נטען, כי המערער מתגורר עם סבתו ותומך בה באופן יומיומי, והשתת עונש של מאסר תפגע גם בכך.
4. ההגנה הגישה לנו ראיה חדשה נוספת, שעניינה עדכון בנוגע להליך הטיפולי שעובר המערער (ראיה שהוגשה בהסכמת התביעה, תוך הסתייגות ממשקלם של חלקים מסוימים במסמך). מן העדכון שהוגש עולה כי המערער ממשיך בהליך הטיפולי; כי מתן גזר הדין הוביל לתחושות חרדה ומצב רוח ירוד; וכי אף שהמערער חש תחושות של כשלון ואכזבה עצמית, אלה אינן מפחיתות מתחושת האחריות שלו כלפי נפגעת העבירה, ומהבנתו, שהתגבשה בשלב הטיעונים לעונש, בדבר הנזק שנגרם לה. כן נטען, כי המערער מביע נכונות לבחון לעומק את התנהגותו המינית, והמחויבות שלו להליך היא פנימית ולא בשל שיקולי רווח משני. צוין, כי הטלת עונש מאסר בפועל תפגע בהישגי הטיפול עד כה, שכן כך לא תתאפשר רציפות בעיבוד התכנים הטיפוליים. לבסוף בואר, כי תכנית הטיפול המתוכננת תארך שנה ותתקיים בתדירות שבועית.
5. עוד טוענת ההגנה, כי בגזר הדין לא ניתן משקל מספק לחלוף הזמן מאז האירוע ועד היום, שבמהלכו הוכיח המערער כי הוא מנהל אורח חיים נורמטיבי, מקיים מזה תקופה ממושכת קשר זוגי, השלים את לימודיו והתקבל למקום עבודה, שבו הוא אמור להתחיל לעבוד.
6. התביעה עתרה שלא להתערב בפסק דינו של בית הדין קמא. להשקפתה אין חומרה יתרה בעונש שהוטל על המערער, והוא אף מצוי ברף התחתון של מתחם העונש שאותו עתרה לאמץ בטיעוניה בבית הדין קמא (בין שבעה ל-12 חודשים). התביעה טענה, כי מעשיו של המערער מצויים במדרג גבוה של המעשים המגונים, והעבירה בוצעה כשהוא מתעלם באופן חוזר ונשנה מהתנגדות מפורשת מצד נפגעת העבירה, תוך שמעשיו הסלימו עם התקדמות האירוע. נטען, כי על אף שזוכה מאחד מפרטי האישום הרי שיש לשקול, כי עקב ניהול ההליך לא נחסכה עדות המתלוננת והמערער לא הביע כל חרטה גם לאחר הרשעתו; וכי בית הדין קמא התחשב בשיקולים הממתנים הנוגעים למשכו הקצר של האירוע, ולאי נקיטת כוח או איומים. כן סבורה התביעה, כי על אף שבין המערער לנפגעת העבירה לא שררו יחסי מרות, הרי שהיו ביניהם הבדלי מעמד, שנבעו מכך שנפגעת העבירה היתה חיילת חדשה שהגיעה ליחידה זה מקרוב, ומצאה במערער, כחייל ותיק בגדוד, אוזן קשבת. עוד עמדה התביעה על כך שמדיניות הענישה הנהוגה מלמדת על מגמה של החמרה בגין עבירות מין, ודאי מקום שבו הנידון לא נטל אחריות על מעשיו.
7. כאמור, התביעה חלקה על המשקל שיינתן לחלקים מתוך חוות הדעת העדכנית שהוצגה על אודות ההליך הטיפולי שבו החל המערער. נטען, כי קביעות מסוימות בחוות הדעת מנוגדות לקביעות מפורשות של בית הדין קמא, וכי המערער יוכל להמשיך בהליכי השיקום גם לאחר סיום עונש המאסר. כן נטען, כי נסיבותיו האישיות של המערער אכן נשקלו על ידי בית הדין קמא, אשר אף בחר למקם את ונשו של המערער בסמוך לרף התחתון של מתחם הענישה שנקבע.

**דיון והכרעה**

1. דין הערעור להידחות. כידוע "אין זו מדרכה של ערכאת הערעור להתערב במידת העונש שהערכאה הדיונית השיתה על הנאשם, אלא במקרים שבהם ניכרת חריגה קיצונית ממדיניות הענישה הנוהגת במקרים דומים או כאשר נפלה על פני הדברים טעות מהותית ובולטת בגזר הדין" (ע"פ 3879/21 **סלומון נ' מדינת ישראל**, פסקה 27 (10.8.2022)). בנסיבות העניין, סברנו כי העונש שגזר בית הדין קמא על המערער הולם את טיב המעשים שבהם הורשע, ומכאן שאין זה מסוג המקרים המצדיקים את התערבותנו.
2. ממצאי העובדה שנקבעו בבית הדין קמא מעלים, כי בין המערער לנפגעת העבירה התפתחו יחסי ידידות וקרבה, וכאמור, היא אף מצאה בו אוזן קשבת עם הגעתה ליחידה ונתנה בו אמון. אף שיחסי השניים התהדקו והם התקרבו זה לזו, הרי שבאופן עקבי ומפורש עמדה נפגעת העבירה על כך שאינה חפצה במגע בעל אופי מיני עם המערער, מלבד נשיקה. כך עולה הן מהתנהלותה בערב שקדם לאירוע, עת עצרה את ניסיונותיו של המערער לגעת באיבר מינה ואמרה לו שאינה מעוניינת בכך; והן למחרת, במפגש שקדם להליכת השניים למכולה, עת ישבו השניים במשרד והנפגעת דחתה את ניסיונותיו של המערער לגעת בחזהּ, וכן הבהירה לו באופן מפורש כי אינה מעוניינת לקיים עמו יחסי מין.
3. חרף עמדתה הידועה של נפגעת העבירה, ניצל המערער את הסכמתה לשהות עימו ביחידות במכולה, לאחר שהתרצתה לנסיונות השכנוע שלו; ולמעשה, לאחר הגעתם לשם, חלה אף הסלמה בהתנהלותו, עת התעלם פעם אחר פעם מהתנגדותה המפורשת של הנפגעת לניסיונותיו לקיים עמה מגע החורג מגבולות הסכמתה הראשונית. תחילה התעלם מהתנגדותה להרמת חולצתה, ונגע בחזהּ בניגוד לרצונה; ובהמשך, התעלם מכך שהסירה את ידיה מצווארו ומסרה לו שאינה מעוניינת להמשיך, פתח את חגורתה וכפתור מכנסיה, הכניס את ידו מתחת למכנסיה ותחתוניה ונגע באיבר מינה החשוף, ואף לאחר שביקשה כי יפסיק עשה זאת פעם נוספת.
4. כידוע העיקרון המנחה בענישה הוא עיקרון **ההלימה** (סעיף 40ב' לחוק העונשין; ע"פ 1077/22 **קאדר נ' מדינת ישראל**, פסקה 11 (1.6.2022)); ובמסגרתו יש להתחשב במידת הפגיעה בערכים החברתיים שנפגעו מביצוע העבירה, בנסיבות הקשורות בביצוע העבירה ובמדיניות הענישה הנהוגה. מכאן שמדיניות הענישה הנהוגה היא רק אחד השיקולים המשפיעים על קביעת מתחם העונש ההולם (ע"פ 3698/20 **מחאמיד נ' מדינת ישראל**, פסקה 11 (3.11.2020); ע"פ 6193/20 **בר זכאי נ' מדינת ישראל** (25.3.2021)); ע/2,4/23 **רס"ב חשאן נ' התובע הצבאי הראשי וערעור שכנגד**, פסקה 30 (2023)). וכבר נפסק, כי עבירות המין נפרשות על פני טווח מעשים ונסיבות רחב, ויקשה להקיש מעונש שנגזר במקרה אחד למשנהו. העונש המוטל בכל מקרה נתון הוא תוצר של מכלול רחב של שיקולים ונסיבות ואין להסיק מדיניות ענישה מהשוואה של מספר מוגבל של מקרים עם נסיבות שונות, באופן שיחטא למורכבות מלאכת הענישה (ע"פ 3619/14 **פלוני נ' מדינת ישראל** , פסקאות 32-31 (3.9.2015); ע"פ 6160/21 **פלוני נ' מדינת ישראל,** פסקה 15 (18.7.2022); ע/12,13/22 **סמ"ר אמסלם** לעיל, בפסקה 34).
5. בשים לב לנסיבות המחמירות שבוארו לעיל, המגלמות התעלמות מרצונה של נפגעת העבירה, פעם אחר פעם, תוך מגע באיבריה האינטימיים ביותר מתחת לבגדיה, הרי שאין ליתן משקל רב לכך שמדובר באירוע קצר יחסית, כפי שטענה ההגנה - שכן מדובר במעשה המצוי ברף הגבוה ביחס לעבירות של מעשה מגונה. מכאן שראויה גם ההבחנה שערך, בפירוט רב, בית הדין קמא, בין ענייננו לבין אירועים שנדונו בפסיקה שאותה הציגה ההגנה, ואשר עסקו ברובם במקרים שחומרתם פחותה, ובחלקם גם נדונו לפני פרק זמן ממושך, ואינם משקפים את מגמת ההחמרה בפסיקה בשנים האחרונות בעניינם של עברייני מין. כפי שנפסק, מגמה זו באה לבטא את חומרת העבירות, את הנזק שנגרם לנפגעי העבירה ואת שיקולי הרתעת היחיד והרבים (ר' ע"פ 4018/20 **לוגסי נ' מדינת ישראל**, פסקה 23 לפסק דינו של כב' השופט מינץ (30.12.2021); ע"פ 3265/22 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 10 לפסק דינו של כב' השופט אלרון (2.11.2022); ע"פ 4124/21 **מדינת ישראל נ' רימוני**, פסקה 11 (1.6.2022)).
6. מעשיו של המערער הובילו לפגיעה משמעותית ביותר בגופה, בכבודה ובפרטיותה של נפגעת העבירה, כפי שניתן ללמוד גם מעדותה ומהתצהיר שהוגש; והם מגלמים גם פגיעה בערכים המוגנים הייחודיים לשירות הצבאי, שעניינם הרעות, השירות המשותף ותחושת המוגנות בבסיסי הצבא. נכון אמנם, כי בין המערער לנפגעת העבירה לא שררו יחסי מרות או פיקוד, אולם כפי שתואר לעיל, המערער היה משענת עבורה כחייל ותיק, בעוד שהיא היתה חיילת חדשה אשר רק הגיעה ליחידה וביקשה את סיועו, והמעשה כולו אירע בבסיס צבאי בין שני חיילים המשרתים יחדיו. נקבע לא אחת בפסיקת בית דין זה כי למסגרת הצבאית מאפיינים ייחודיים, וכי בכל הנוגע לעבירות מין המבוצעות בתוככי היחידות ובמהלך השירות הצבאי יש לנקוט ענישה מחמירה, משיקולים של הלימה. חיילי צה"ל מתגייסים לשירות חובה מכוח חוק, ומקום שירותם אינו נתון לבחירתם. צה"ל חייב, אפוא, להגן על שלומם ועל כבודם של החיילים והחיילות המשרתים בו (ע/32,33/21 **רס"ר שיליאן נ' התובע הצבאי הראשי וערעור שכנגד,** פסקה 85 (2022)).
7. בשים לב לאמור, מצאנו כי אין מקום להתערב במתחם העונש ההולם כפי שנקבע על ידי בית הדין קמא, ומקובלת עלינו קביעתו שלפיה ריצוי עונש המאסר בעבודה צבאית, בנסיבות העניין, חוטא לעיקרון ההלימה.
8. לא מצאנו גם לקבל את עתירת ההגנה לסטות ממתחם העונש ההולם מטעמי שיקום. סעיף 40ד(א) לחוק העונשין מורה, כי ניתן יהיה לחרוג ממתחם העונש ההולם מקום שבו מצאה הערכאה השיפוטית כי הנאשם "השתקם או שקיים סיכוי של ממש שישתקם"; 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)). 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 נ' מדינת ישראל**, פסקאות 23-24 לחוות דעתה של כב' השופטת ברק ארז (18.4.2018)). עוד יש לבחון את השלב בהליך השיקומי שבו מצוי הנאשם, שכן נפסק כי סטייה ממתחם העונש ההולם תהא ראויה 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); עניין **חשאן** לעיל, פסקה 33).
9. לא כך הם פני הדברים בענייננו. יש לברך אמנם על רצונו של המערער להשתתף בהליך טיפולי ועל התמדתו בו גם לאחר מתן גזר הדין. גם לתשלום הפיצויים לנפגעת העבירה ולאי-הגשת ערעור על ההרשעה משמעות, בהיבט של קבלה - אף אם מאוחרת - של אחריות. אולם, כאמור, אף מהמסמך העדכני שהוגש על ידי המערער עולה, כי ההליך הטיפולי מצוי בראשיתו בלבד, וכי למעשה, טרם נרשמה התקדמות משמעותית בפגישות שבהן השתתף המערער עד כה, ומטרות הטיפול האלמנטריות, עודן תלויות ועומדות; לכך יש להוסיף את הפער בין התרשמותה של מעריכת המסוכנות המינית לבין חוות הדעת שהוגשה מטעמו של המערער בדבר הטעם שעומד מאחורי המוטיבציה לטיפול. לאור האמור, לא ניתן לקבוע, כי מתקיימים במערער אותם סיכויי שיקום מובהקים הנדרשים לשם סטיה לקולה ממתחם העונש ההולם (ראו והשוו ע"פ 1229/19 **סלומינסקי נ' מדינת ישראל**, פסקה 14 (1.7.2019)).
10. בהעדר טעם המצדיק לסטות לקולה ממתחם הענישה, מצאנו כי האיזון שערך בית הדין קמא, בעת שגזר על המערער עונש המצוי בחלקו התחתון של מתחם העונש שנקבע, הוא סביר וראוי. טיב המעשים אכן מחייב התחשבות בשיקולי הרתעת היחיד והרבים; מאידך, בשיקולים אלה אין כדי לגבור על השיקולים האינדיבידואליים בעניינו של המערער, שעניינם נסיבותיו האישיות ושיקולי השיקום (ע"פ 1964/20 **אספה נ' מדינת ישראל**, פסקאות 13-15 (12.8.2020)). ואכן בית הדין שקל את גילו הצעיר של המערער והפגיעה שתיגרם לו בכל הנוגע להשתלבות בתעסוקה, העדר העבר הפלילי, המוטיבציה שהוא מגלה לטיפול והשתתפותו במפגשים טיפוליים, חוות דעת מפקדו והעדויות על השתתפותו במסגרות התנדבותיות וכן את נסיבותיו האישיות הסבוכות.
11. לא נעלם מעינינו מצבה הרפואי של סבתו של המערער, ומטעם זה אפשרנו הגשת מסמך עדכני בעניין זה. שקלנו את המפורט שם, ולא סברנו כי יש בו כדי להטות את הכף, משנתונים אלה עמדו גם בפני בית הדין קמא.
12. לאור כל האמור לעיל, סברנו כי העונש שהושת על המערער, גם אם אינו קל, הוא מאוזן ומכל מקום, לא מצאנו להתערב בו. הערעור נדחה אפוא. על המערער להתייצב לריצוי עונשו ביום 23 במאי 2023, עד השעה 10:00, במתקן הכליאה בס"כ 416.

ניתן והודע היום, י' באייר התשפ"ג, 1 במאי 2023, בפומבי ובמעמד הצדדים.

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

המשנה לנשיאה שופטת שופט

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

**סרן כפיר לב**

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