



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני:

אלוף דורון פיילס - הנשיא
 תא"ל אורלי מרקמן - המשנה לנשיא
 אל"ם מאיה הלר - שופטת

בעניין:

בוא XXX טוראי ב' ג' – המערער (ע"י ב"כ, רס"ן עומר קנובלר)

נגד

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

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי זרוע היבשה שניתן בתיק ז"י (מחוזי) 109\16 (סא"ל איתי ברסלר-גונן – אב"ד; רס"ן אורן ניבו – שופט; סרן ברק ביטון – שופט) ביום 6.2.2018. הערעור (חומרת העונש) התקבל.

פסק דין

רקע

1. ביום 17.4.2016, הוגש כנגד המערער, טור' ב' ג', כתב אישום, המייחס לו עבירה של מעשה מגונה בנסיבות של אינוס, לפי סעיפים 348(א), 345(א)(4) ו-355 לחוק העונשין, התשל"ז – 1977. לאחר שמיעת ראיות, הורשע המערער, בדעת רוב, בעבירה שיוחסה לו.

2. כעולה מהכרעת הדין, ביום 3.12.2014, במהלך הטירונות, בשבוע "שטח", שובצו המערער והמתלונן ללינה באוהל משותף. עוד קודם לכן, בעת שהטירונים התארגנו ללינת לילה באוהלים שנועדו לשניים, התעמתו המערער והמתלונן באופן מילולי, והמערער איים על

המתלונן שיפגע בו. המתלונן ואף המערער פנו, כל אחד בנפרד, למפקדם וביקשו שלא לישון באותו אוהל. המפקדים לא שעו לבקשתם והחליטו, כי השניים יחלקו את אותו האוהל.

3. תחילה שמר המתלונן ולאחריו המערער. לאחר מכן,

"לפנות בוקר, ביום 4.12.2014, כשעדיין שררה חשכה בחוץ, הכניס הנאשם, שהיה ער, את ידו מתחת לתחתוניו של המתלונן ששכב ישן על בטנו בתוך האוהל [בשק שינה] לצדו של הנאשם, ומישש את ישבנו של המתלונן וזאת לשם גירוי או ביזוי מיני. המתלונן, שהתעורר ממעשיו של הנאשם התעשת, סילק את ידו של הנאשם, אסף את חפציו וברח לתוך תאי השירותים כשהוא ממרר בבכי, ולאחר מכן הצטרף לחבריו במסדר הבוקר. הנאשם עצמו קם לשמור אחרון בסבב השמירה".

4. בעקבות הרשעתו כאמור, הושתו על המערער ארבעה חודשי מאסר בפועל ו-17 חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים, שלא יעבור עבירה של מעשה מגונה או עבירת מין אחרת, לפי סימן ה' בפרק י' בחוק העונשין. כמו כן, הוטל על המערער לשלם למתלונן פיצויים בסך 3,000 ש"ח.

5. המערער לא השלים עם פסק הדין בעניינו וערער הן כנגד הרשעתו והן כנגד חומרת העונש. בהמשך, לאחר הדיון בערעור, בעקבות הערותינו, חזר בו המערער מן הערעור על הכרעת הדין ומיקד את טענותיו בעונש המאסר בפועל שהושת עליו, "בעיקר לאופן ריצוי העונש בדרך של מאסר ממש, חלף עבודות צבאיות".

גזר- הדין והשתלשלות העניינים בבית הדין המחוזי

6. מן העדויות והמוצגים השונים שהוגשו לבית הדין קמא, עולה, כי הגם שהמתלונן דיווח על המקרה זמן קצר לאחר שארע, המערער, אשר עזב את יחידתו ימים ספורים לאחר המקרה, ונעדר ממנה למשך כחמישה חודשים, נחקר בפרשה בחודש מאי 2015, בתום היעדרותו הנ"ל. המערער פוטר משירות צבאי ביום 3.8.2015, ומפרוטוקול הדיונים בבית הדין קמא, עולה, כי אף שכתב האישום הוגש, כאמור, ביום 17.4.2016 – אותר המערער עובר ליום 21.11.2016. משפט ההוכחות החל ביום 10.5.2017 וגזר הדין ניתן ביום 6.2.2018.

7. בשלב הראיות לעונש, ביקש המתלונן, נפגע העבירה, להשמיע דברים. הוא תיאר, כי אף שחלפו כשלוש שנים ממועד האירוע, התקשה להגיע אל בית הדין. המתלונן עמד על חשיבות המעמד עבורו ומסר, כי העובדה שהמערער לא הביע חרטה על מעשיו מקשה עליו. המתלונן פירט, כי האירוע מעסיק אותו רבות וציין כי בעקבותיו, גם היום, הוא מתקשה לבטוח באנשים. הוא מסר, כי במשך זמן רב ניסה לחפש מסגרת טיפולית מתאימה. וכי כשנתיים לאחר האירוע החל בטיפול שבועי, שנמשך עד היום ומסייע לו להתמודד עם המקרה.

8. לבית הדין הוצגה הערכת המסוכנות המינית של המערער, מיום 27.11.2017. על-פי חוות הדעת, לאחר שנבחנו, בין היתר, הרקע המשפחתי המורכב של המערער, התפתחותו המינית ותפיסותיו בנושא, כמו גם הכחשת האירוע על-ידיו – התרשם מעריך המסוכנות, כי המעשה המיני קשור בתפיסתו של המערער את קורבן העבירה כדמות חלשה, וכי הוא "מבטא את יכולותיו הנמוכות בוויסות דחפיו התוקפניים והעברה של אותם דחפים כאמצעי להשפלה ולביזוי מיני". הוטעם, כי בהתחשב בפקטורים הדינמיים והסטטיים, ובעובדה, כי המערער לא מגלה אמפתיה לקורבן – מסוכנותו המינית היא **בינונית-גבוהה**. בואר גם, כי "אם ישולב בטיפול ייעודי בתחום האלימות והמין והטיפול יהא מוצלח, מסוכנותו המינית עשויה לפחות".

9. המערער בוגר שמונה שנות לימוד. בעדותו לפני בית הדין קמא מסר, כי גדל ללא אב. הוא ואמו עלו לישראל בשנת 2000. השניים נתונים בחובות כבדים והמערער מסייע בכלכלת המשפחה מגיל צעיר. המערער פירט אף על מצב נפשי מורכב, לאורך שנים, ועל מצוקה נפשית בעקבות משבר בזוגיות וקשיים כלכליים. אמו של המערער פירטה אף היא על קשייהם הכלכליים ועל חלקו המרכזי של המערער בפרנסת המשפחה.

10. בקבעו את מתחם העונש ההולם, קבע בית הדין קמא הנכבד את הדברים הבאים:

"אין להכביר מילים על המעשה המכוער שביצע הנאשם במתלונן, בפגיעה בגופו ובנפשו של המתלונן כמו גם בתחושת העלבון הבושה ואובדן הביטחון של המתלונן לאחר המעשה. הנאשם אמנם לא בחר לשהות עם המתלונן באותו אוהל, ולמעשה עובדה זו נכפתה על שניהם, אולם הוא ניצל עובדה זו כדי לפגוע במתלונן, שישן בסמוך לו ולא היה ער להתנגד לו.

הערכים החברתיים המוגנים בעבירה זו הם שמירה על כבודו, פרטיותו והאוטונומיה של אדם על גופו. הנאשם כאמור, ביצע את עבירת המעשה המגונה בעניינינו שעה שהמתלונן היה ישן... ופגע גם בערך המוגן של הפגיעה בחופש הרצון והבחירה החופשית של המתלונן.

הנאשם פגע גם בערכים הצבאיים של רעות ובטחון החיילים זה בזה...

...נציין כי אף אם, כטענת הסנגור, המעשה היה של ביזוי מיני ולא למטרת גירווי מיני, הרי שלא בהכרח מדובר בשיקול לקולה. אדרבא, **ביזוי מיני נתפס כרצון לפגוע מינית בקורבן**, והפגיעה בקורבן היא תכלית המעשה, בשונה ממעשה של תקיפה של סיפוק מיני, שהפגיעה בקורבן היא תוצאת המעשה ולא תכליתו...

הנזק שנגרם למתלונן – מדובר בנזק ממש. גם אם לא הוכח במשפט היקף הנזק ועוצמתו, עדיין ניכר היה כי המתלונן חווה משבר אישי עמוק, והצללת שהוא נושא עמו עמוקה וקשה לאיחוי. הדברים הותירו רושם בבית הדין בשלב בירור האשמה ונשמעו שוב בעת פרשת העונש... לטעמנו, עצמת הפגיעה בערכים המוגנים בנסיבות המקרה שלפנינו אינה פעוטה, בעיקר נוכח הרצון מצד הנאשם לפגוע במתלונן. עם זאת, ידענו לצערנו מקרים של פגיעה חמורה יותר. בהקשר זה, יש צדק עם הסנגור שעל בית הדין לבחון

את עצמת הפגיעה בשים לב למעשה עצמו ולא בהכרח נוכח סעיף החיקוק בו הורשע".

11. בהתאם, "בשים לב נסיבות ביצוע העבירה, לחומרת המעשה ומידת אשמתו של הנאשם ובשים לב לעצמת הפגיעה בערכים המוגנים ומדיניות הענישה הנוהגת בבתי הדין הצבאיים בעיקר", נקבע **מתחם עונש הולם בין שניים לשמונה חודשי מאסר בפועל**.

12. אשר למידת עונש המאסר בפועל, נקבע תחילה, כי אין מקום לסטות ממתחם העונש ההולם, מאחר שהמערער "לא עבר הליך שיקום והוא גם לא ביטא רצון או נכונות לכך". בכל הנוגע לשיקולים לקביעת העונש בתוך מתחם העונש ההולם, פירט בית הדין קמא את הדברים הבאים:

"הנאשם כבן 25 עוד חודשיים. כאמור, יש לו שתי הרשעות בעבירות של היעדר מן השירות שלא ברשות, עליהן נשפט פעמיים לעונשי מאסר. הנאשם היה עריק בתקופת שירותו הצבאי ולא סיים שירות זה... אנו נותנים דעתנו לפגיעה הקשה שתהיה לאמו של הנאשם שנתמכת על ידו כלכלית... הנאשם בחר לנהל משפט וברור שבחירה זו לא עומדת לו לרועץ... עם זאת, העובדה שלא הביע אפילו אמפתיה לסבלו של הקורבן יש בה משום היעדר כל מאמץ מצדו לתיקון תוצאות העבירה וצמצום הנזק שנגרם למתלונן... לא מצאנו לתת משקל לחלוף הזמן... נכון הוא כי אין לזקוף לחובת הנאשם שברח מחקירה שלא ידע עליה, אולם בכל מקרה לא מדובר בחלוף זמן משמעותי ובוודאי שלא כזה שפגע בנאשם. שיקול נוסף שיש לשקול בתוך המתחם... ההרתעה, ליחיד ולרבים. שיקול זה חשוב ביותר במערכת הצבאית, הכופה מצבים מסויימים על חיילים, והוא נדרש הן כדי להעביר מסר בלתי מתפשר לפגיעות מיניות בין חיילים והן כדי להעביר מסר לקורבנות שקולם נשמע ושהמערכת הצבאית לא מוכנה לקבל מקרים אלו בתוכה. כאמור, טען הסניגור בהתבסס על דו"ח וועדת דורנר... שראוי להעדיף הליכי שיקום על פני מאסרים קצרים. טענה זו לא רלוונטית במקרה שלפנינו כאשר אין כל הליך שיקום על הפרק וכאשר הנאשם כלל לא נוטל אחריות ואפילו לא מוכן לגלות אמפתיה לסבלו של הקורבן".

13. לנוכח האמור, מצא בית הדין להעמיד את עונש המאסר בפועל על ארבעה חודשים בכליאה ממשית. בואר עוד, כי "אילו לא שקלנו את הפגיעה הקשה באמו של הנאשם, לא מן הנמנע שהיה עונשו של הנאשם גבוה יותר". בד בבד, נקבע, כי יתרת עונש המאסר, כנדרש על-פי חוק, תיעשה בדרך של מאסר מותנה.

14. בהמשך, בכל הנוגע לעתירת ההגנה אשר לאופן נשיאת עונש המאסר בפועל, נקבע, כי נוכח אופי המעשים אין מקום להורות כי המערער ירצה עונש זה בדרך של עבודה צבאית. הוטעם, כי:

"הענישה צריכה לשדר מסר מרתיע ומסר זה לא אחת נתפס לא הולם כאשר העונש אינו מאסר מאחורי סורג ובריח. שיקול נוסף רלוונטי נעוץ בהיעדר חרטה והיעדר גילוי אמפתיה לקורבן העבירה ואף זאת יש קושי ליישב יחדיו עם ריצוי עונש בדרך שיש בה כדי להקל ועלולה לפגום במסר החברתי והעונשי המועבר לציבור בכלל ולציבור החיילים בפרט. שיקול נוסף שיש לתת עליו את הדעת מטעמנו הוא בחירתו של הנאשם להיות עריק מצה"ל. עבודה צבאית, כדרך לריצוי עונש, יש בה משום אמירה של הנאשם כלפי שלטונות הצבא שהוא רוצה שלא להיכלא בגין מעשיו אלא לעבוד עבור הצבא במקום שהצבא יאפשר לו. אמירה זו אינה עולה בקנה אחד עם עבר של עריקות".

ערעור ההגנה

15. ההגנה סבורה, כי מתחם עונש המאסר בפועל ומידתו, אינם הולמים את נסיבות המקרה ואת חומרתו. נטען, כי אין די בבחינת המעשים בראי סעיף העבירה, מושא הרשעתו של המערער וכי יש לבחון את נסיבותיו הקונקרטיים של המעשה, ואלה, אינן מן החמורות. בדומה, סבורה ההגנה, כי פסקי הדין ששמשו את בית הדין קמא בבחינת מדיניות הענישה הנוהגת, כגון: ע/12/15 **סמל חלילי נ' התובע הצבאי הראשי** (2015) ו-ע/44/16 **רב"ט טאפש נ' התובע הצבאי הראשי** (2016) – אינם רלוונטיים לבחינת עונשו של המערער. לדידה של ההגנה, בנסיבות הרשעתו של המערער, ראוי היה להסתפק במאסר מותנה או, לכל היותר, במאסר בפועל בדרך של עבודה צבאית. ההגנה הפנתה לעניין זה לע/54,61/14 **התובע הצבאי הראשי נ' סרן מסרי** (2014) ול-ע/147/10 **התובע הצבאי הראשי נ' רס"ל שרף** (2010).

16. עוד נטען, כי יש ליתן משקל רב לחלופי הזמן מאז האירוע, להיותו של המערער אזרח ולהשתלבותו במעגל העבודה. נטען, כי חלופי הזמן במקרה זה אינו רובץ לפתחו של המערער, אשר כפי שציין בית הדין קמא, נעדר מן השירות הצבאי ולא ידע כי נפתחה בעניינו חקירה. נטען עוד, כי אף בהמשך, לאחר הגשת כתב האישום, לא ידע המערער כי הוא נדרש לבית הדין המחוזי, אלא בסמוך למועד התייצבותו אליו.

17. אשר לאופן נשיאת עונש המאסר בפועל, טענה ההגנה כי ברוח המלצותיה של ועדת דורנר (דו"ח הוועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים, אוגוסט 2015), ופסיקת בית המשפט העליון בנושא (בג"ץ 1892/14 **האגודה לזכויות האזרח ואח' נ' השר לביטחון פנים** (טרם פורסם, 13.6.2017)), מטעמים של שיקום, יש להעדיף את דרך המאסר בעבודה הצבאית על פני מאסר בכליאה ממשית. נטען גם, כי הנמקתו של בית הדין קמא בכל הנוגע לשיקולי הרתעת הרבים ובכל הנוגע לעברו של המערער, אשר נכשל בעבירות של היעדר מן השירות הצבאי, כבסיס לדחיית עתירת ההגנה בנושא – שגויה ואינה מתאימה. הסנגור סבור, כי משנמצא המערער מתאים לעבודה צבאית על-ידי הגורם המוסמך, הרי שאי-התאמתו לשירות צבאי אינה משנה דבר.

תשובת התביעה

18. התביעה סמכה ידיה על קביעותיו של בית הדין קמא ועתרה להותיר את גזר-הדין על כנו. נטען, כי העונש שהושת על המערער עולה בקנה אחד עם הפגיעה בערכים החברתיים, לנוכח נסיבותיו הצבאיות המובהקות של המקרה, ובהן: פגיעה מינית של חייל בחייל אחר, בעיצומה של הכשרת טירונים, ב"שטח", כאשר נכפה על המתלונן לשהות בסמוך למערער ותוך ניצול מצב של שינה. התביעה הדגישה, כי עסקינן בנגיעה באיבר מוצנע מתחת לבגדים ובנוזק של ממש למתלונן, נפגע העבירה.

19. לשיטת התביעה, לנסיבות חומרה אלה, יש להוסיף את הערכת המסוכנות המינית הגבוהה, אי-נטילת האחריות על-ידי המערער במהלך החקירה והמשפט בבית הדין קמא והיעדר האמפתיה למתלונן. לדידה של התביעה, אף אם נפלה טעות באופן הנמקת גזר הדין של הערכאה קמא בהקשר זה, התמונה הכוללת, מחייבת עונש מאסר בפועל בכליאה ממשית. התביעה הפנתה בעניין זה אל פסיקת בית הדין הצבאי לערעורים בע/6/17 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל סולימני** (2017).

בחינת הדברים**מתחם העונש ההולם**

20. כידוע, על-פי הוראות חוק העונשין, מתחם העונש ההולם "הוא אמת-מידה נורמטיבית, המשקללת את הערך החברתי שנפגע כתוצאה מן העבירה, מדיניות הענישה הנהוגה ביחס לעבירה זו ונסיבות ביצועה, לרבות מידת אשמו של הנאשם" (ע"פ 1323/13 **חסן נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 5.6.2013), וסעיפים 40 ו-40ג(א) לחוק העונשין).

21. העבירה של מעשה מגונה באחר נועדה להגן על ערכים חברתיים בסיסיים – **ריבונותו של הפרט על גופו וזכותו לכבוד** (ראו: ע/40/17 **סגן שרון נ' התובע הצבאי הראשי** (2017); ע/62/16 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל ברום** (2016); ע/93,94/08 **סמ"ר גורי נ' התובע הצבאי הראשי** (2009)). מעשיו של המערער, אשר באישון ליל, בעת שהמתלונן ישן בשק שינה, נגע באיבר אינטימי שלו, מתחת לבגדים, וחדל ממעשיו רק לאחר שהמתלונן התעורר ונמלט על נפשו – מלמדים על פגיעה משמעותית באותם הערכים, וכפי שנקבע, בנסיבות דומות, "אין צורך בדמיון פורה על מנת לדמיין את תחושת חוסר האונים, החרדה וההשפלה" שחש נפגע העבירה (ע/71/16 **טור' ורדה נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 13 (2016)).

22. דבריו של המתלונן בבית הדין קמא, מלמדים אף הם, על מידת הפגיעה בכבודו, בריבונותו על גופו ובתחושת הביטחון העצמי שלו. הנזק שנגרם למתלונן בעקבות מעשיו של המערער והצללת שנחרטה בו, הם ביטוי מובהק למידת הפגיעה בערכים דלעיל.

23. ודוקו: בנסיבות המקרה, אין באפשרות כי המעשה נעשה לשם "ביזוי מיני" ולא לשם "גירוי מיני", כטענת הסנגור, כדי להפחית ממידת אשמו של המערער או להקהות מחומרת מעשיו. יפים לכאן הדברים הבאים:

"...המכנה המשותף לשלוש המטרות המנויות בהגדרת 'מעשה מגונה': גירוי מיני, סיפוק מיני, ביזוי מיני, מסכם עצמו בתכלית של הגנת כבודו, פרטיותו וצניעותו של הקורבן... נזכור ונשמור: תכלית העבירה הקרויה מעשה מגונה אינה אך הגנה על-דרך הסתם על שלמות גופו, על צנעת פרטיותו ועל כבודו של האדם. ענייננו הוא בערכים שעבירות המין נועדו להגן עליהם. ערכים מרוכזים וצפופים הם הנגזרים מכבוד האדם, ערכים הם בעלי משקל סגולי כבד. ועל-כך נוסף, כי **אם תכלית החוק היא להגן על הקורבן, על האדם המותקף, מה מנו של זה יהלוך אם לתוקף היתה כוונה 'מינית' או אם היתה לו כוונת 'ביזוי', והרי גם-כך גם-כך נושא הוא בביזוי.**" (הדגשות הוספו, ע"פ 6255/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3), 168, עמ' 179-180 (2000); וראו גם: ע"פ 8271/14 בן נתן רצון נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 18.7.2016)).

24. והדברים אף עולים בקנה אחד עם הוראת המחוקק לעונש מזערי בעבירה של מעשה מגונה, בנסיבות שבהן הורשע המערער (סעיף 355 לחוק העונשין).

25. זאת ועוד, ביצוע העבירה במהלך הטירונות, בשבוע "שטח", בתוככי אוהל צפוף, מלמד על פגיעה ממשית בערכי היסוד המצויים בבסיסה של המסגרת הצבאית – ערכים של **רעות ואמון הדדי**. כידוע, לאורך שנים, שב בית דין זה והדגיש את מחויבותו של צה"ל להגן על שלומם וכבודם של חיילים וחיילות, אשר משרתים בצה"ל מכוח חובת השירות הכללית (ראו: עניין חלילי לעיל; ע/115/04 רס"ל בן אבו נ' התובע הצבאי הראשי (2005)). הדברים מקבלים משנה חשיבות במקרה דנן, עת בהיותו חייל צעיר בטירונות, בהוראת מפקדיו ובניגוד לבקשתו, נכפה על המתלונן ללון עם המערער "בשטח" ולחלוק עמו אוהל צר מידות. הפגיעה בערכי ליבה אלה **מחייבת מסר חד וברור, באמצעות ענישה מחמירה** (ראו והשוו: רע"פ 391/17 פלוני נ' התובעת הצבאי הראשי (טרם פורסם, 15.1.2017); עניין ורדה לעיל; עניין חלילי לעיל; ע/46/13 רב"ט נזאל נ' התובע הצבאי הראשי (2013); ע/55/06 התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט גבאי (2006)).

26. ברוח זו, בחינת מדיניות הענישה הנוהגת מעלה כי, בנסיבות העניין, בהתחשב בהיקף הפגיעה באינטרס החברתי המוגן ובמידת אשמו של המערער, **אין להתערב במתחם העונש ההולם**, כפי שקבע בית הדין קמא, בין שניים לשמונה חודשי מאסר בפועל (להיקף

ההתערבות של ערכאת הערעור במתחם העונש ההולם ראו: ע"פ 3931/13 באום נ' מדינת ישראל, בפסקה 10 (טרם פורסם, 10.6.2014). מכל מקום, כפי שנראה להלן, העונש שנקבע בתוכו, אינו חורג מן הראוי והמקובל (ראו והשוו: עניין ברום לעיל; עניין ורדה לעיל; עניין טאפש לעיל; ע/23/17 התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט גולומבק (2017)).

מידת העונש ואופן ריצויו

27. השאלה מהם סיכויי השיקום של נאשם נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט (ראו: רע"פ 3058/18 רחמילוב נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 23.4.2018); רע"פ 430/17 אזולאי ואח' נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (טרם פורסם, 7.3.2017)). בענייננו, כעולה מהתנהלותו של המערער ומדבריו לפני הערכאה קמא, בהתאם לאמור בהערכת המסוכנות המינית – ניתן לקבוע כי המערער אינו נוטל אחריות למעשיו, אינו מביע חרטה ואינו מגלה אמפתיה לקרבן העבירה ולנזק שנגרם לו (על משקלם של נתונים אלה בעת הערכת פוטנציאל השיקום של נאשם, במסגרת תיקון 113 לחוק העונשין, ראו לאחרונה: ע"פ 6637/17 קרנדל נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 18.4.2018)). כל אלה מלמדים, כי בהתאם להתרשמותה של הערכאה הדיונית, פוטנציאל השיקום של המערער איננו רב ואין ליתן לו משקל של ממש לקולה.

28. מנגד, יש ליתן משקל לחומרה לשיקול ההרתעה האישית, לנוכח המסקנות הכלולות בהערכת המסוכנות המינית בענייניו של המערער וכן, בנסיבות המקרה דנן, אף לשיקולי ההרתעה הכללית.

29. מלאכת הענישה היא לעולם אינדיבידואלית (ראו: ע"פ 1903/13 עיאשה נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 14.7.2013); ע"פ 2849/13 מדינת ישראל נ' טגבה (טרם פורסם, 13.8.2013); וע"פ 7552/14 אגבריה נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 23.6.2015)), ויש לשקלל ברגישות ובזהירות את כלל הנתונים הרלוונטיים, בראי שיקולי הענישה המקובלים. במקרה שלפנינו, הגם שנתוניו של המערער דלים ונסיבותיו האישיות אינן קלות, מחייבת התמונה הכוללת, באיזון הראוי, להורות כי המערער יישא את עונש המאסר בפועל בכליאה (ראו והשוו הדיון בעניין סולימאני לעיל). כפי שפירטנו במקרה אחר:

"...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" (עניין ברום לעיל, פסקה 28).

30. נבהיר עוד, כי אף אם נפלה שגגה בדרך ההנמקה של קביעת בית הדין קמא באשר לאופן ריצוי עונש המאסר בפועל (ודומה כי אכן, אין בעובדה שהמערער הורשע בעבר בעבירות של היעדר מן השירות כדי להביא, מנייה וביה, לכך שלא ניתן יהיה להטיל עליו עונש מאסר

בעבודה צבאית) – אין בכך כדי לשנות ממסקנתנו בעניין זה. כאמור, שוכנענו, כי די בצבר נסיבות החומרה שהובאו לפני בית הדין קמא, כדי להצדיק את קביעה זו. כידוע:

"ערכאת הערעור אינה בוחנת את 'הנמקת' העונש, אלא את 'התאמתו' – הן מבחינת המידה והן על-פי הסוג – להתנהגות הנפסדת שבגינה נגזר. לכן, היתה ההנמקה מוטעית, אך מידת העונש הולמת, אין מקום להתערבות; והיפוכו של דבר: אם הייתה ההנמקה 'נכונה' אך מידת העונש בלתי הולמת – יש מקום להתערבות" (י' קדמי, **על סדר הדין בפלילים**, חלק שני (ספר שני), מהדורה 2009, בעמ' 1957); וראו גם: ע/17/26 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' אסטפייב** (2017); ע/17/78 **רב"ט חי לוי נ' התובע הצבאי הראשי** (2017); ע/01/169 **התובע הצבאי הראשי נ' סא"ל סטפנסקי** (2002)).

31. עם זאת, בסופו של יום, נוכח **פרק הזמן הממושך שחלף** מאז האירוע ואף בהתחשב בחזרתו של המערער מן הערעור על הכרעת הדין, המבטאת, אף אם במידה מוגבלת, נטילת אחריות למעשה – סברנו כי ניתן להקל מעט בעונשו של המערער. אשר על כן, מצאנו להקל במשכו של עונש המאסר בפועל ולהעמידו על **שלושה חודשים**.

32. ערעור ההגנה מתקבל, אפוא, כמפורט לעיל.

33. על המשיב להתייצב ביום ה', 31.5.2018, עד לשעה 10:00, בבס"כ **XXX**, לשם ריצוי עונש המאסר בפועל.

ניתן והודע היום, כ"א באייר התשע"ח, 6 במאי 2018, בפומבי ובמעמד הצדדים.

| | שופטת | המשנה לנשיא | הנשיא |
|-------|-------|-------------|--------------------|
| למקור | נאמן | העתק | חתימת המגיה: _____ |
| מכני | קורל | סרן | |
| הדין | בית | קצינת | תאריך: _____ |