בלמ"ס

מטכ"ל (מחוזי) 1385/13

בבית הדין הצבאי המחוזי

במחוז שיפוטי מטכ"ל

בפני: סא"ל שחר גרינברג - אב"ד

סרן טטיאנה מושיחייב - שופטת

סרן מעיין בר עם - שופטת

בעניין: התובע הצבאי (ע"י ב"כ, סגן עמית גרינהויז)

נגד

ח/XXX רב"ט ת' ט' (ע"י ב"כ, רס"ן עדי אייזנר)

חקיקה שאוזכרה:

חוק העונשין, תשל"ז-1977: סע' 40ב, 355, ה' לפרק י'

הכרעת דין

על פי הודאתו, מורשע הנאשם בעבירה המיוחסת לו בכתב האישום המתוקן ובפרטים הנוספים.

- **ניתנה היום, 20/03/2016 , א' אייר תשע"ח, והודע בפומבי ובמעמד הצדדים.**

_____	_____	_____
שופטת	**אב"ד**	**שופטת**

בבית הדין הצבאי המחוזי
במחוז שיפוטי מטכ"ל
בפני: **סא"ל רונן שור - אב"ד**
סרן עמית יונרמן - שופטת
סרן סתיו גרין - שופטת

בעניין: התובע הצבאי **(ע"י ב"כ, סרן מאשה יודשקין)**

נגד

ח/XXX רב"ט ת' ט' **(ע"י ב"כ, רס"ן עדי אייזנר)**

גזר דין

רקע

1. הנאשם, רב"ט ת' ט', הורשע לפי הודאתו בעבירה של מעשה מגונה תוך ניצול מצב של חוסר הכרה או מצב אחר המונע לתת הסכמה חופשית.

2. לפי כתב האישום המתוקן, בחודש ספטמבר 2013 בחדר המגורים של בסיס מ"צ השרון הבחין הנאשם כי השמיכה בה היה מכוסה טוראי ד' ט' (להלן – המתלונן), חייל אשר שירת עמו באותה עת ואשר ישן עמו באותו החדר, נפלה מגופו כך שנחשף גופו הערום בעודו ישן. לאחר שהבחין בכך, צילם הנאשם תמונה של גופו הערום, ובכלל זה איבר מינו, של המתלונן באמצעות מכשיר הטלפון הנייד שלו. לאחר מכן, ניגש הנאשם אל מיטתו של המתלונן ונגע באיבר מינו ובגופו של האחרון בעודו ישן, למשך מספר שניות. בעקבות כך אמר המתלונן מתוך שינה "לא לא". אז נגע הנאשם פעם נוספת באיבר מינו של המתלונן למשך מספר שניות והכול בזמן שהמתלונן ישן, וזאת בסך הכול למשך כחצי דקה. לאחר מכן, הכניס הנאשם את איבר מינו של המתלונן לפיו וביצע בו מין אוראלי במשך כעשרים שניות. את האמור לעיל עשה הנאשם לצורך גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים.

3. לפי מסמך הפרטים הנוספים, מעשהו של הנאשם התגלה לאחר שיום למחרת האירוע ניגש המתלונן אל הנאשם וביקש שממנו לומר מה קרה בערב הקודם. הנאשם סרב בתחילה לספר למתלונן על שאירע, האחרון קרא למפקדם ואזי הנאשם תיאר בפניהם את שהתרחש. הנאשם מחק את התמונה אותה צילם ממכשיר הטלפון הנייד שלו.

4. מתצהיר של נפגע העבירה מחודש נובמבר 2015 עולה, כי המתלונן סובל עד היום מנדודי שינה וסיוטים, התפרצויות זעם ובכי ללא סיבה, אינו מסוגל לשהות בחדר עם גברים אחרים והוא מתקשה ביחסי אישות. צוין, כי המתלונן עבר ועודנו עובר טיפולים פסיכיאטריים, הוא חווה "פלאשבקים" מהאירוע, ללא שהדבר נותן לו מנוח, והוא מתקשה באופן ממשי ביצירת אינטימיות עם בנות המין השני, בשונה מן העבר. הודגש, כי חייו של המתלונן השתנו לרעה מקצה לקצה בעקבות האירוע.

5. הנאשם השלים שירות צבאי מלא ותקין כחייל בתפקיד כללי, ושירת בעת ביצוע העבירה במשטרה הצבאית. מפקדיו ציינו, כי החייל מקצועי ומסור לעבודתו ואהוד על חבריו. הנאשם סובל מבעיות רפואיות אלו ואחרות, לרבות מחלת חום מחזורית.

6. כתב האישום המקורי הוגש לבית הדין תוך זמן קצר מאז ביצוע העבירה, בחודש נובמבר 2013. בחודש מאי 2014 הודה הנאשם בעובדות כתב האישום והוסכם בין הצדדים כי הנאשם יישלח למסלול טיפולי, ללא התחייבות מצד התביעה באשר לנוסח כתב האישום או לעונש. נוכח האמור, נדחו הדיונים בתיק מעת לעת ולבסוף נשלח הנאשם גם להערכת מסוכנות. בחודש מרץ 2016 הודה הנאשם בכתב האישום המתוקן לעיל.

<u>התהליך הטיפולי</u>

7. מסיכום הטיפול שנערך לנאשם על-ידי הקרימינולוגית גב' אתי רחמים בחודש יולי 2014, והוגש בהסכמה, עולה כי תפקודו של הנאשם לאורך השנים היה נורמטיבי. בסמוך לאירוע נשוא כתב האישום חווה הנאשם משבר מוטיבציה על רקע קשיים מבית, שבגינם ביקש להיפגש עם גורמי

ברה"ן בצבא. באותה עת אף התמודד עם אבדות בנפש של קרובים רבים, הרבה לבכות והתכנס בתוך עצמו והיה חסר שקט ומנוחה.

8. בתחילת התהליך הטיפולי לא הצליח הנאשם להסביר את המניע למעשיו והיה מאוד מבולבל ביחס אליו, הגם שהכיר בכך שמדובר בהתנהגות חריגה ובעייתית. לאורך כל התהליך הטיפולי, גילה הנאשם בושה גדולה סביב הפגיעות שביצע והביע חרטה עמוקה. משום תחושתו הרעה ובושתו בגין המעשים שביצע, הוא מחק את התמונה שצילם באופן מיידי והתוודה על מעשיו.

9. למרות הבלבול ביחס לסיבות שהביאו את הנאשם לביצוע הפגיעות, התרשמה הגב' רחמים כי הנאשם לוקח אחריות על מעשיו – הוא מודה בביצועם, מבין את המשמעויות וההשלכות של מעשיו, חש בושה גדולה ורגשות אשם כנים סביב ביצועם ומוכן לבצע פעולות מעשיות לשם מניעתם ותיקונם ככל הניתן. התרשמותה היא, כי הנאשם ביצע את העבירות, בין היתר, בשל תחושות חוסר שליטה בחייו, דימוי עצמי נמוך ובלבול וקושי רב סביב קבלת המשיכה המינית ההומוסקסואלית שלו, אותה היה לו קושי רב לברר לאור הרקע התרבותי והאישי המסורתי והנוקשה ממנו הגיע. כמו כן, מצאה הקרימינולוגית משמעות להתפרצות התנהגות זאת בתקופה האמורה, באופן רגרסיבי ואימפולסיבי, לאור התמודדות עם לחצים, תסכולים ומשברים אובייקטיביים אותם חווה.

10. הודגש, כי הנאשם גילה לאורך כל הדרך אמפתיה לנפגע העבירה, כך שזו התפתחה והעמיקה עם התהליך הטיפולי, תוך שציין את הפגיעה באמון המתלונן. לטעמה של עורכת חוות הדעת, עצם חשיפת דבר הפגיעה, היכולות האמפתיות של הנאשם, תחושת הבושה ורגשות האשם והתהליך המשפטי המתנהל כנגדו – היוו גורם הרתעתי משמעותי וממשי עבורו ומשפיעים באופן חיובי על מניעת הישנות המעשים בעתיד; תוך שלהתרעה נוספו, בעקבות התהליך הטיפולי, ממדים פנימיים כנים. הנאשם אף הביע רצון לקיים מפגש איחוי, בכדי לענות על הצרכים הרגשיים והחומריים של נפגע העבירה.

11. הנאשם התמיד בטיפול הארוך ושיתף פעולה באופן מיטבי. התקדמותו הטיפולית הייתה חיובית וכעת יש בידיו את הכלים לזהות את גורמי הסיכון הספציפיים לביצוע הפגיעה המינית, את עיוותי החשיבה בהם השתמש בעבר ואת דרכי ההתמודדות עמם.

12. הוטעם, כי אחד מגורמי הסיכון של הנאשם היה טמון בבלבול המשמעותי שחווה בכל הנוגע למשיכתו המינית, באופן שהשפיע אף על דימויו וקבלתו העצמיים. במהלך הטיפול עיבד הנאשם את הרגשות והתחושות הנלוות להתמודדות עם המשיכה המינית ההומוסקסואלית, ברמה האישית והחברתית כאחת. הרקע המשפחתי והתרבותי ממנו מגיע הנאשם מגנה יחסים שאינם הטרו-סקסואליים וכל חריגה מהמסגרת עלולה להביא לתגובה חברתית קיצונית. התהליך הטיפולי העניק לנאשם את האפשרות לשוחח ולהשלים עם נטייתו המינית ולבחון דרכים למימושה מתוך הסכמה וכבוד הדדיים. במקביל, החל הנאשם לבסס תחומים שונים בחייו.

13. עוד צוין, כי חשיפת דבר הפגיעה, קל וחומר פגיעות מיניות כאשר הרקע הוא מסורתי נוקשה, היא תהליך מורכב. הנאשם הביע פחד קיומי אותנטי ביחס לגילוי הפגיעה וההתמודדות עם התהליך המשפטי בביתו ובכפרו. כיום, אין לנאשם גורמי תמיכה בקהילתו והוא בוחן אפשרויות לערוך שינויים שיובילו אותו לקהילה מקבלת יותר.

14. הגב' רחמים העידה בפני בית הדין ועמדה על תעצומות הנפש הנדרשות להתמודדות עם התהליך הטיפולי, בעוד במקרה דנן הדגש הושם על ניתוב הדחפים המיניים למקומות לא פוגעניים. הנאשם ביצע את העבירה כאשר התמודד בצורה שגויה עם מצבי לחץ ומשבר וקבלת ההחלטות שלו הייתה בעייתית באותה תקופה. הנאשם שיתף את משפחתו כי הוא מצוי בתהליך משפטי שקשור בפגיעות מיניות, אך לא על רקע הומוסקסואלי. הנאשם הביע תסכול רב מהעדר יכולתו להתקדם בחייו לאור אי הוודאות הטמונה בתהליך המשפטי. הנאשם מתעתד להעתיק את מקום מגוריו ויוכוון לגורמים בקהילה הלהט"בית שיסייעו לו בתהליך היציאה מהארון. הנאשם עשה כברת דרך מרשימה בטיפול – שמיצה עצמו לעניין הפגיעה המינית – והוא

זקוק למעקב והמשך התמודדות בקהילה. הערכת המסוכנות, עליה יורחב בסמוך, היא חריגה ברמתה הנמוכה.

<u>הערכת המסוכנות</u>

15. חוות הדעת של המרכז להערכת מסוכנות נערכה בחודש יולי 2015. משפחתו, חבריו וקהילתו של הנאשם אינם מודעים לעבירה שביצע, להליך המשפטי ולנטייתו המינית של הנאשם; וקיים פחד של ממש מצד הנאשם ביחס לגילוי נטייתו המינית. נוכח הקושי להתמיד בשקרים מול בני משפחתו הוא מצוי בקשר הדוק עם המטפלת ומפקדתו לשעבר.

16. הנאשם סיפר על התנהלות נוקשה של האב בבית בכלל וכלפי הנאשם בתחום המיני בפרט, בד בבד עם הגילוי העצמי של משיכתו ההומוסקסואלית שלא הובילה עד כה ליחסים מיניים. ההתרשמות היא, כי חרף הטיפול שסייע לו לשלוט בדחפיו המיניים, עדיין קיימים אצל הנאשם דחפים מיניים מוגברים עמם הוא מנסה להתמודד בדרכים שונות. בכוונתו לעבור לגור בתל אביב שם יוכל לממש את נטייתו המינית מתוך הסכמה וראיית צרכי האחר.

17. הנאשם היה כן ושיתף פעולה באופן מלא עם הבדיקה, תוך שניכרה חרדה רבה מגילוי נטייתו המינית כמו גם עבירות המין שביצע בקרב משפחתו וכפרו. גם כאן ציין, כי ביצע את הפגיעות המיניות בתקופה קשה בחייו כאשר במקביל התקשה להתמודד עם דחפים מיניים חזקים. הוא לקח אחריות מלאה על העבירה שביצע, תוך שהיה מודע לפגיעות שביצע בקורבן ולניצול מצבו לצרכיו המיניים; וגילה אמפתיה כלפי הקורבן ולבושה שחש מול חבריו, הגם שעדיין אינו מודע באופן מלא להשלכות מעשיו. ניכר שגילה בושה וחרטה אותנטיים בשל הפגיעה המינית שביצע, מודע לנסיבות חייו שעמדו בבסיס הפגיעה ולוקח עליהן אחריות מלאה.

18. עורכת חוות הדעת התרשמה, כי קיימת אצל הנאשם הפנמה של התכנים הטיפוליים והוא מודע לגורמי הסיכון המצביים מהם צריך להימנע בכדי שעבירות המין לא יישנו על ידו. הוא הביע אמון רב במטפלת המשמשת

עבורו דמות תומכת כמעט יחידה, בשל תחושות האיום שחש ממשפחתו וקהילתו בה הוא מתגורר.

19. נמצא, כי לא קיימת סטייה מינית, אלא דחפים מיניים הומוסקסואליים מוגברים אצל הנאשם, להם לא יכול היה לתת ביטוי נורמטיבי בשל החינוך המיני הנוקשה שקיבל בבית כמו גם הסביבה המסורתית בה גר. קיימת הפנמה של התכנים הטיפוליים, אך עדיין הוא מתקשה לתת מענה לדחפיו המיניים נוכח סביבת מגוריו שאינה מודעת לנטייתו. שילוב גורמי הסיכון מצביעים על **רמת מסוכנות נמוכה-בינונית**. הומלץ על המשך הקשר הטיפולי של הנאשם עם המטפלת לצורך ליוויו בתהליך השינוי וההתאקלמות במקום המגורים החדש.

<u>טיעוני הצדדים</u>

20. **התביעה הצבאית** עתרה להשית על הנאשם עונש מאסר בפועל שירוצה בדרך של כליאה ממשית, מאסר מותנה, פיצוי ממשי לנפגע העבירה והורדה לדרגת טוראי. התביעה עמדה על החומרה במעשי הנאשם, שבוצעו באופן הדרגתי. הנאשם ניצל את העובדה כי המתלונן, שסמיכותו לנאשם נבעה משירותם הצבאי המשותף ומיקום העבירה בתוככי היחידה, ישן בעת ביצוע המעשים. עבירות מין גורמות לפגיעה בשלמות גופם ולשבר בנפשם של הקורבנות, כאשר במקרה דנן המתלונן נפגע באופן ממשי ובצורה חריפה וארוכת טווח, כתוצאה ממעשי הנאשם. הבכורה צריכה להינתן לעיקרון ההלימה ולענישת המינימום הקבועה בחוק. התהליך הטיפולי שעבר הנאשם ונסיבותיו האישיות צריכות לקבל מקום בתוך מתחם העונש ההולם, כך שיימצא בחלקו התחתון, אך אין מקום לחריגה מן המתחם משיקולי שיקום, נוכח החומרה היתרה במעשי הנאשם.

21. **ההגנה** לעומתה ביקשה להסתפק במאסר מותנה (ולמצער במאסר בפועל שירוצה בדרך של עבודה צבאית), פיצויים והורדה בדרגה. ההגנה עמדה על נתיב חייו בכלל והעדר ההבשלה המינית בפרט של הנאשם, שהובילוהו לביצוע העבירה. המדובר בעבירה נקודתית, קצרה ולא מתוכננת, שארעה לפני קרוב לשלוש שנים. הנאשם נטל אחריות, סיפר למתלונן את שאירע למחרת האירוע והתחרט על מעשיו. הנאשם התמיד ועבר בהצלחה את

התהליך הטיפולי אותו שילם מכיסו ועמד בתקופת מבחן משמעותית. גם הערכת המסוכנות שנקבעה היא נמוכה-בינונית. הנאשם, שעובד כיום ומתמודד במקביל עם מחלה המגבילה את תפקודו היומיומי, צריך להמשיך במסלול השיקום. שליחתו לריצוי מאסר מאחורי סורג ובריח תנתק את הנאשם מגורמי הליווי ותוביל למשבר שיחזירו לאחור.

22. **הנאשם** בדברו האחרון הביע צער ובושה על המעשה, הרבה להתייחס באמפתיה למתלונן ותיאר את קורותיו עקב ההליך המשפטי.

<u>מתחם העונש ההולם</u>

23. במסגרת הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה, נקבע בסעיף 40ב לחוק העונשין, התשל"ז–1977, כי העיקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו.

24. בתי המשפט עמדו לא אחת על חומרתן היתרה של עבירות מין בכלל, ואלו המבוצעות בתוככי הצבא בפרט, ועל הצורך להחמיר בענישה בגינן. כפי שהדגיש בית הדין הצבאי לערעורים: "עבירות מין המתבצעות בתוככי היחידה הצבאית, פוגעות, ראשית כל, בכבודו, בנפשו ובשלמות גופו של הקורבן. מעבר לכך, יש במעשה פגיעה בסביבת השירות של המשרתים בצבא מכוח חוק, ובצורך להבטיח כי סביבה זו תהא בטוחה, מוגנת וחופשייה מכל חשש לפגיעות על רקע מיני או אחר" (ע/11/15 **רב"ט עטייה נ' התובע הצבאי הראשי** (2015), בפסקה 13).

25. הנאשם במעשיו הרעים פגע בצורה קשה וחמורה בכבודו של המתלונן כאדם, השפילו קשות וחדר לפרטיותו באופן בוטה. הוא ניצל את הקרבה הנכפית בין החיילים, מתוקף השירות המשותף, ופגע בשלמות גופו ובאמונו של המתלונן, כמו גם במרקם היחסים והאמון שצריך לשרור בין חיילים ביחידה. כפי שהוטעם לא מכבר:

> "חיילות (ומובן כי גם חיילים) צריכים להרגיש בטוחים ומוגנים בבסיסיהם, גם מפני מעשים מגונים ועבירות מין

> אחרות. כדי לעקור עבירות מסוג זה מנוף חיי הצבא מנהל הצבא מאבק עיקש, שנות דור לפחות, שביטויו באכיפה נמרצת, פלילית, פיקודית ומינהלית. בתי הדין הצבאיים, בפסיקתם, מביאים לידי ביטוי את מידת הפסול שבמעשים והסלידה מהם ואת הצורך במיגור התופעה" (ע/67/15 **רס"ם כהן נ' התובע הצבאי הראשי** (2016), בפסקה 22)

26. קל וחומר, כאשר הנאשם ניצל לרעה את מצבו של קורבן העבירה, שישן אותה עת ומנע ממנו להתנגד או להביע את הסתייגותו מן המעשים שבוצעו בגופו. בכך פגע הנאשם אף בחופש הרצון והבחירה של המתלונן. הנאשם השתמש, למעשה, בגופו של המתלונן, ככלי בכדי לספק את יצריו המיניים. הנאשם הגדיל טיפין טיפין את חומרת מעשיו והעצימם, בעודו מצלם תחילה את גופו העירום של המתלונן, עובר לנגיעה באיבר מינו מספר פעמים, ולאחר שהמתלונן מביע מתוך שינה את התנגדותו למעשים וכלה במין אוראלי שביצע הנאשם במתלונן.

27. בית המשפט העליון שב וקבע לא מכבר, כי "בקביעת מתחם העונש ההולם ובגזירת הדין בגדרו אין די כמובן בהתייחסות לסעיף העבירה בה הורשע הנאשם, אלא העיקר הוא בעובדות ובנסיבות האירועים הספציפיים בגינן הורשע הנאשם..." (עע"פ 5980/15 **מדינת ישראל נ' זדה** (2016), בפסקה 8; עע"פ 1997/13 **פלוני נ' מדינת ישראל** (2013), בפסקה 12). משכך, הגם שהנאשם הורשע בעבירה של מעשה מגונה, העיקר טמון בנסיבות הספציפיות של האירוע בו הורשע הנאשם. מידת הפסול במעשי הנאשם אינה זהה, שכן ברי כי ההתרחשות האחרונה – ביצוע מין אוראלי במתלונן שישן אותה עת ולאחר שהאחרון מלמל את התנגדותו למעשים הקודמים – חמורה ופוגענית יותר מקודמותיה.

28. אמנם, העבירה שביצע הנאשם הייתה חד-פעמית ולא מתוכננת, ללא היבטים של ניצול מעמד או דרגה למימוש יצריו המיניים. אולם, הנזק שנגרם מביצועה אינו מבוטל. המתלונן תיאר את השבר האישי והנפשי שנגרם לו כתוצאה ממעשי הנאשם, הטלטלה שעבר והקשיים הניכרים שהוא נושא עמו גם תקופה משמעותית לאחר הפגיעה שחווה. הפגיעות שמעשה העבירה

הותירו במתלונן הן מתמשכות ואינן פשוטות. המתלונן עובר דרך חתחתים ואנו תקווה כי ימצא מזור למכאוביו העמוקים ולצלקות שנותרו בנפשו ויצלח בהתאוששות ובשיקום חייו. מכל מקום, חובה עלינו להתחשב בנפגע העבירה כשיקול מרכזי בענישה (השוו: ע"פ 5936/13 **פלוני נ' מדינת ישראל** (2015), בפסקה 7).

29. בד בבד, איננו יכולים להתעלם מן הסיבות שהביאו את הנאשם לבצע את העבירה. ברמה המיידית אין ספק, והנאשם לא טוען אחרת, כי המעשים בוצעו לשם גירוי וסיפוק מיניים. עם זאת, בנדון דידן ניתן להתחקות אחר השתלשלות העניינים ומצבו האישי והנפשי של הנאשם שמהווים את סיבות העומק שהובילו, בסופו של יום, את הנאשם לפגיעה שהשית על המתלונן. בפני בית הדין הובאו ראיות המאפשרות לעמוד על הלך נפשו הפנימי של הנאשם עובר לביצוע העבירה, וזאת נוכח נסיבות חייו וקווי אישיותו. הסתכלות אינטגרטיבית וכוללת על מצבו הנפשי של הנאשם לאורך השנים מאפשרת לבית הדין להתרשם בדבר מצבו עובר לביצוע העבירה, ופועל יוצא בדבר הסיבות הפנימיות שהובילו את הנאשם לביצוע המעשים (השוו: ע/48,49/15 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל לנדאו** (2015), בפסקה 15; מטכ"ל (מחוזי) 1221/14 **התובע הצבאי נ' סמל לנדאו** (2014)).

30. מן התשתית העובדתית שהוצגה לבית הדין עולה, כי הנאשם ביצע את העבירות, בין היתר, בשל תחושות חוסר שליטה בחייו, דימוי עצמי נמוך ובלבול וקושי רב סביב קבלת נטייתו המינית, במיוחד על הרקע התרבותי והמשפחתי ממנו הגיע. בתקופה האמורה התמודד הנאשם עם לחצים, תסכולים ומשברים אובייקטיביים אותה חווה באופן רגרסיבי ואימפולסיבי. הנאשם לא יכול היה לתת ביטוי נורמטיבי לדחפיו המיניים בשל החינוך המיני הנוקשה שקיבל בבית כמו גם הסביבה המסורתית בה גר. יפים הדברים מקום בו הנאשם שמר, ועודו שומר, בסוד מסביבתו הקרובה את נטייתו המינית ההומוסקסואלית; והוא אחוז פחד ואימה שמא הדברים ייוודעו ברבים.

31. אין ספק, כי הנאשם יכול היה להימנע מן המעשה ומצופה ממנו לשלוט על יצריו, גם אם הוא מתמודד עם קשיים משמעותיים בחייו האישיים. יחסים

מיניים חייבים להתבסס על הסכמה הדדית וראיית צרכי האחר. בד בבד, לא ניתן לכחד כי לא עסקינן במעשים שבוצעו על רקע של סטייה מינית. תהליכי העומק האישיים שעבר הנאשם, הקשיים המשמעותיים עמם התמודד וייסורי הנפש הפנימיים והתמידיים – תרמו אף הם את תרומתם והביאו את הנאשם לפרוק את דחפיו המיניים בדרך פסולה ולא נורמטיבית ולפגוע בשלמות גופו ובנפשו של המתלונן.

32. לעניין מדיניות הענישה הנוהגת נציין, כבר בתחילה, כי "מעשים מגונים ראויים, ברגיל, לענישה מחמירה שביטויה במאסר לריצוי בפועל... משכו של המאסר ולעיתים אף אופן ריצויו, נגזרים מאיזון ההיבטים המחמירים והנסיבות המקלות" (עניין **כהן** לעיל, בפסקה 22). כמובן, שלא ניתן להשוות באופן מדויק כל מקרה ומקרה, והדברים נבחנים על-פי מידת חומרתו של המעשה, מהות המעשים ותדירותם, ניצול יחסי מרות בין מבצע העבירה לקורבנה, עוצמת הפגיעה בקורבן העבירה, הודאה בביצוע העבירה ונטילת אחריות על המעשים, הערכת המסוכנות, שאלת השיקום ונסיבותיו האישיות של הנאשם.

33. נביא כמה דוגמאות העשויות ללמד על מדיניות הענישה הנוהגת:

א. רע"פ 5205/15 **טנוס נ' מדינת ישראל** (2015) – המערער הורשע, לאחר ניהול משפט הוכחות, בשתי עבירות של מעשה מגונה, בכך שנגע בחלקה הפנימי של ירך המתלוננת, באזור המפשעה, בשי אירועים שונים. למערער עבר פלילי בעבירות דומות ונמצא כי המסוכנות המינית גבוהה. הושתו על המערער 12 חודשי מאסר בפועל.

ב. ע/76,77/15 **רס"ב סראיעה נ' התובע הצבאי הראשי** (2016) – המערער הורשע לאחר שמיעת ראיות בעבירות של מעשה מגונה בכוח והטרדה מינית. בין היתר, אחז המערער בחזה של המתלוננת מספר פעמים, חרף גילוי התנגדותה, וניסה להחדיר את ידו לתוך מכנסיה. רמת המסוכנות של המערער נמצאה נמוכה-בינונית, תוך שהודגש ניצול מעמדו הפיקודי. על המערער הושתו 5 חודשי מאסר בפועל, חודש אחד מהם בכליאה ממשית והיתרה בדרך של עבודה צבאית, וכן פיצוי בסך 3,000 ₪.

ג. עניין **כהן** לעיל – המערער הורשע בעבירה של מעשה מגונה, בכך שביצע שרשרת רצופה ועיקשת של מעשים מגונים, שנעשו חרף התנגדות מפורשת של המתלוננת, בעוד בין השניים פערי גיל, מעמד ודרגה. בית הדין לערעורים הקל באופל סמלי בעונשו של המערער והשית עליו 9 חודשי מאסר בפועל ו- 4,000 ₪ פיצויים.

ד. ע/46/15 **סמל קוויליאקוב נ' התובע הצבאי הראשי** (2015) – המערער הורשע בעבירה של מעשה מגונה, בכך שהצמיד את איבר מינו לישבנה של המתלוננת בחוזקה והתחכך בגופה עם איבר מינו. הנאשם ניהל משפט הוכחות וביטא עמדות שליליות כלפי הקורבן, ללא שזיהה בהתנהלותו בעייתיות. בשל גלגולו של התיק, הועמד עונשו על 45 ימים בכליאה ממשית ופיצויים בסך 3,500 ש"ח.

ה. ע/12/15 **סמל חלילי נ' התובע הצבאי הראשי** (2015) – המערער הורשע לאחר שמיעת ראיות בשלושה אישומים של מעשה מגונה תוך ניצול מצב המונע ליתן הסכמה חופשית. המערער נגע באיבר מינו של המתלונן מספר פעמים והביא להזדקפותו. רמת מסוכנתו נמצאה בינונית עד נמוכה. הוטלו על המערער 8 חודשי מאסר בפועל וכן פיצויים בסך 1,800 ש"ח.

ו. עניין **עטייה** לעיל – המערער הורשע בעבירה של מעשה מגונה, בכך שחרף סירובה של המתלוננת אחז באיבריה המוצנעים. הושתו על המערער 100 ימים בכליאה ממשית לצד פיצוי בסך 3,000 ₪.

ז. ע/46/13 **רב"ט נזאל נ' התובע הצבאי הראשי** (2013) – הנאשם הורשע על-פי הודאתו ולאחר שנשמעו חלק מן הראיות, בעבירות של מעשה מגונה, מעשה מגונה תוך ניצול מצב המונע ליתן הסכמה חופשית ומעשה מגונה בכוח. המערער נגע באזורים אינטימיים בגופן של שתי חיילות, כשהן ישנות, ליטף ונישק ובאחד המקרים אף הפעיל כוח כשהוא שומע וחש את התנגדותן למעשים ולא שועה לדבריהן. רמת המסוכנות של

המערער נמצאה בינונית, הוא לא הפנים את מלוא הפסול והחומרה במעשיו ולא הכיר בצורך לקבל טיפול. הושתו על הנאשם 12 חודשי מאסר בפועל וכן פיצויים בסך 3,500 ₪ לכל אחת מהמתלוננות.

ח. רע"פ 3169/12 **אלדין נ' מדינת ישראל** (2012) – המערער הורשע בעבירה של מעשה מגונה, לאחר שניצל מעמדו כשוטר כדי לפגוע מינית במתלוננת. הערכת המסוכנות נמצאה בינונית. הושתו על המערער 16 חודשי מאסר בפועל לצד פיצוי בסך 10,000 ₪.

ט. ע/75/11 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל מצוינים** (2011) – המערער הורשע בעבירה של מעשה מגונה תוך ניצול מצב המונע ליתן הסכמה חופשית, כאשר בספינה בה שהו יחדיו, במספר הזדמנויות ובעת שהמתלוננת ישנה, נגע ומישש את חזה מעל חולצתה, כאשר חלק מן המעשים הביאו את המשיב לידי סיפוק מיני. לאחר התחשבות בשורת נסיבות לקולא, הושתו על המשיב 4 חודשי מאסר בפועל לצד פיצויים בסך 2,000 ₪.

י. ע/63/05 **סרן דיאקין נ' התובע הצבאי הראשי** (2005) – המערער הורשע בעבירה של הטרדה מינית, בכך שנגע באבר מינו של המתלונן, ששהה בעמדת שמירה, מעל ומתחת למכנסיו ומעל התחתונים, בנוסף לנגיעות בירכו של המתלונן. על המערער הושתו חודשיים מאסר בפועל בדרך של עבודה צבאית.

יא. ע/171/01 **רס"ל חלב נ' התובע הצבאי הראשי** (2002) – המערער הורשע בעבירה של מעשה מגונה, בכך שליטף את ירכה ואיבר מינה של קצינה, ליטף את שדה וחזה של המתלוננת והעביר את אצבעות כף ידו על שפתיה. הושתו על המערער ארבעה חודשי מאסר בפועל.

34. בנסיבות אלה, מצאנו כי מתחם העונש ההולם את מעשיו של הנאשם נע **בין 4-12 חודשי מאסר בפועל** וזאת בצד מאסר מותנה (כאשר עונש המאסר המינימאלי יכול שיינתן באופן של ריצוי בפועל ובאופן של ריצוי על תנאי), פיצויים לטובת נפגע העבירה והורדה בדרגה.

35. לא מצאנו שיש מקום לחרוג ממתחם העונש ההולם, משיקולי הגנה על שלום הציבור או משיקולי שיקום. אנו סבורים, כי ניתן להלום בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיה ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו, באמצעות גזירת העונש בתוך מתחם הענישה שנקבע. הגם שמצאנו כי ישנם שיקולי שיקום של ממש בנדון דידן, הרי שנוכח חומרתו היתרה של מעשה העבירה, לא מצאנו לחרוג ממתחם העונש הולם. לטעמנו, שיקולי השיקום – שצריכים לקבל ביטוי של ממש במקרה דנן – יבואו לידי חשבון בעת גזירת העונש בתוך מתחם העונש ההולם, כפי שיפורט בסמוך.

<u>גזירת העונש בתוך מתחם העונש ההולם</u>

36. הנאשם הינו צעיר בימים ונעדר עבר פלילי. שירותו הצבאי, למעט האירוע נשוא כתב האישום, היה תקין ומועיל. נוכח הרשעתו בדין, צפוי הרישום הפלילי ללוותו במשך שנים ארוכות. ברי כי הטלת עונש של מאסר עשויה לפגוע בו, בשים לב לשיקולי השיקום הנכוחים המתקיימים בענייננו ועלייתו על דרך חדשה.

37. הנאשם שיתף פעולה עם רשויות אכיפת החוק והודה בחקירתו במיוחס לו. למעשה, הוא התוודה בפני המתלונן על אודות שאירע כבר למחרת האירוע ומחק באופן מיידי את התמונה שצילם במהלכו. הנאשם הודה במעשיו אף בבית הדין וחסך זמן שיפוטי משמעותי, לרבות הצורך בשמיעת עדותו של נפגע העבירה, על כל המשמעות הטמונה בכך. הוא ניסה לתקן את תוצאות העבירה ואף הביע נכונות להשתתף במפגש איחוי, בכדי לענות על הצרכים הרגשיים והחומריים של נפגע העבירה. מאז המעשה החמור והפסול שביצע הנאשם, חלפה תקופה ארוכה, בה הוכיח הנאשם כי התרחק ת"ק פרסה מן העבירה הפוגענית שביצע.

38. לא ניתן להתעלם בשלב גזירת הדין משאלת נטילת האחריות על-ידי הנאשם על מעשיו, שכן המדובר בשיקול הנוגע לליבת מלאכת הענישה וקשור בקשר הדוק למרבית שיקולי הענישה – סיכויי השיקום, הרתעת היחיד והגנה על שלום הציבור. כפי שעמד על כך בית המשפט העליון:

"השאלה אם הנאשם, לאחר שנמצא אשם, נוטל אחריות למעשים שבהם הורשע עומדת במרכזו של שיקול השיקום, שכן לקיחת אחריות והבעת חרטה הם קריטריונים חיוניים שבהם נעזרים בתי המשפט וקציני שירות המבחן לצורך הערכת פוטנציאל השיקום של הנאשם שלפניהם. שיקולים אלו מהווים גם אינדיקציה חשובה לצורך בהרתעת הנאשם, שהרי אי לקיחת אחריות מצידו עשויה להעיד על צורך בהרתעה קשה יותר באמצעות השתת עונש כבד יותר. כמו כן הם נוגעים לצורך בהגנה על הציבור, שכן היעדר חרטה ואי נטילת אחריות על המעשים מעידים ברוב המקרים על מסוכנות וחשש מוגבר לחזרה על המעשים בעתיד" (ע"פ 8421/12 **בן חיים נ' מדינת ישראל** (2013), בפסקה 20; ראו גם: ע"פ 4277/14 **אלזבידי נ' מדינת ישראל** (2015), בפסקה 52)

39. הן מחוות הדעת שהוצגו לבית הדין, הן ממכלול הנסיבות והן מדברו האחרון של הנאשם אנו למדים כי הנאשם נטל אחריות על מעשיו והפנים בצורה אמיתית את החומרה והפסול הטמונים בהם. הוא גילה לכל אורך הדרך אמפתיה רבה כלפי נפגע העבירה ופוסע מאז האירוע בנתיב השיקום. בשים לב לתהליך האישי שעבר ועובר הנאשם מאז גילוי הפרשה, יש לנו יסוד להאמין כי יהיה העקוב למישור והנאשם אכן עלה על דרך הישר, תוך שמסוכנותו המינית היא נמוכה.

40. לטעמנו, ועל רקע התשתית העובדתית שהוצגה בפנינו, קיימות נסיבות חיים קשות של הנאשם שהייתה להן השפעה על ביצוע מעשה העבירה. הנאשם אוצר בקרבו את סודו בדבר נטייתו המינית מזה שנים ארוכות ללא אוזן קשבת ובהעדר תמיכה מן האנשים הקרובים לליבו. נקל לשער את הלבטים עמם מתמודד הנאשם בכל יום ויום ואת הקשיים המלווים אותו כל העת, במיוחד על הרקע התרבותי והחברתי ממנו הוא מגיע. הנאשם כאדם צעיר נדרש להסתיר את המתרחש בליבו ובנפשו מתוך החשש לגינוי; הוא נאלץ לכסות על הווייתו ומאפיין מרכזי בזהותו בשל פחד ואימה נוכח השלכות קיצוניות שעלולות להיגרם אם סודו יתגלה. התמודדותו הפנימית ארוכת

השנים עם נטייתו המינית היא התמודדות מייסרת, הדורשת תעצומות נפש ותמיכה משמעותית מן הסביבה. כפי שתואר לעיל בהרחבה, המדובר בנסיבות חיים שהייתה להן השפעה על ביצוע מעשה העבירה.

41. בד בבד, לא ניתן להתעלם מן החומרה הממשית הטמונה במעשיו של הנאשם ולנזק המשמעותי וארוך הטווח שהשית על נפגע העבירה. על בית הדין לאזן בצורה מידתית בין שיקולי ההרתעה והגמול לבין שיקולי השיקום. כפי שהובהר בפסיקה, "שיקולי השיקום אינם חזות הכול, ובצדם ניצבים שיקולי גמול והרתעה" (עניין כהן לעיל, בפסקה 24). בל נשכח, כי "להטלת עונש על נאשם יש לעיתים השלכה על שיקומו של נפגע עבירה, והדברים נכונים במיוחד בעבירות מין", וזאת מעבר למירוק עוונו של הנאשם טרם יחזור לחיק החברה (ע"פ 4604/15 **פלוני** לעיל, בפסקה 3 לחוות-דינו של השופט עמית; ראו גם פסקה י"א לחוות-דעתו של המשנה לנשיאה רובינשטיין; ראו גם: רע"פ 4218/15 **אמסלם נ' מדינת ישראל** (2015), בפסקה 8). בנדון דידן, הטלת עונש מאסר שירוצה בדרך של עבודה צבאית תחטיא את מטרות הענישה ולא תהלום את היבטי החומרה המשמעותיים שהתקיימו במקרה דנן.

42. אכן, הנאשם נדרש להמשיך ולפסוע בנתיב השיקום עליו עלה. אולם, יש להבחין בין התמודדות טיפולית עם הפגיעה המינית שביצע לבין התמודדות מורכבת מול האתגרים הנובעים מנטייתו המינית. הקרימינולוגית הגב' רחמים ציינה, כי התהליך הטיפולי העיקרי שעבר הנאשם מיצה עצמו וכי הוא מודע לגורמי הסיכון המצביים מהם נדרש להימנע בכדי שעבירות המין לא יישנו על ידו. בנסיבות הללו, איננו סבורים כי ריצוי עונש מאסר בפועל בדרך של כליאה ממשית, לתקופה מתונה, תשיב את הנאשם לאחור ותפגע בנתיב השיקום בו הוא פוסע מזה פרק זמן משמעותי. המוטיבציה לשיקום אינה אמורה להתאיין, גם אם ירצה הנאשם עונש מאסר. יפים דבריו של השופט עמית בהקשר דומה: "אל לנו להחליש את ביטחונו העצמי של המערער להתמודד בכוחותיו-שלו עם חווית הכלא, שאינה פשוטה כלל ועיקר, ואף לצאת ממנה מחוזק, לאחר שיצלח גם מכשול קשה זה" (ע"פ 4604/15 **פלוני** לעיל, בפסקה 3 לחוות-דעתו של השופט עמית).

43. על רקע אי-הוודאות שליוותה את הנאשם במהלך השנים האחרונות, הוא טרם אזר עוז לממש את רצונו ולהעתיק את מקום מגוריו לסביבה מקבלת ותומכת, שתוכל לסייע לו להמשיך בתהליך השיקום. גורמי המקצוע המליצו על המשך הקשר הטיפולי של הנאשם עם המטפלת לצורך ליוויו בתהליך השינוי וההתאקלמות במקום המגורים החדש. המדובר אף באינטרס של החברה כי הנאשם יממש עצמו בצורה חופשית ובטוחה וישמש אזרח תורם ומועיל. אכן, התמודדותו עם תגובתם של אחרים לנטייתו המינית תמשיך עוד תקופה ארוכה. אנו מחזקים את ידיו כי ימשיך בנתיב החיובי בו הוא פוסע וימצא חן ושכל טוב בעיני אלוהים ואדם.

44. אכן, "לפנינו פרשה קשה וההכרעה בה קשה, מדירת שינה, בחינת 'אוי לי מיוצרי אוי לי מיצרי' (בבלי ברכות ס"א, א')" (ע"פ 4604/15 פלוני נ' מדינת ישראל (2015), בפסקה א' לחוות-דעתו של המשנה לנשיאה רובינשטיין). במקרה דנן, בית הדין נדרש לאזן בין מערכות ערכים ושיקולים שונות: עיקרון ההלימה מזה ועיקרון השיקום מזה.

45. מכלול השיקולים שפורטו לעיל הובילנו למסקנה, כי יש מקום להקל בעונשו של הנאשם מן העונש המזערי הקבוע לפי סעיף 355 לחוק העונשין. שורת טעמים שפורטה לעיל מהווים לטעמנו "טעמים מיוחדים" המצדיקים את התוצאה העונשית אליה הגענו, ובראשם השיקום המשמעותי והמרשים שעבר הנאשם – בשונה ממקרים רבים אחרים שהובאו לעיל בפסיקה, נטילת האחריות הכנה והפנמה אמיתית של הפסול במעשיו, חלוף הזמן הממשי מאז ביצוע העבירה והעובדה כי לראשונה יצרה עונש מאסר בכליאה לתקופה לא מבוטלת (השוו: עניין **מצוינים** לעיל, בפסקה 12). בנסיבות הללו, החלטנו להשית על הנאשם עונש המצוי ברף התחתון של מתחם העונש ההולם, תוך הטלת עונש מאסר מותנה לתקופה משמעותית, בצד פיצוי ממשי של נפגע העבירה.

46. על-כן, החלטנו להטיל על הנאשם את העונשים הבאים:

א. ארבעה (4) חודשי מאסר בפועל בכליאה ממשית. הנאשם יתייצב ביום 29/5/16 עד השעה 10:00 בבס"כ XXX לתחילת ריצוי העונש.

ב. שנים עשר (12) חודשי מאסר על-תנאי למשך שלוש (3) שנים, שלא יעבור עבירת מין, לפי סימן ה' לפרק י' לחוק העונשין.

ג. שישה (6) חודשי מאסר על-תנאי למשך שלוש (3) שנים שלא יעבור עבירה של הטרדה מינית או פגיעה בפרטיות.

ד. הורדה לדרגת טוראי.

ה. פיצוי בסך ארבעת אלפים (4,000) ש"ח לנפגע העבירה, לפי פרטים שתעביר התביעה. הפיצוי ישולם עד ליום 1/07/160.

- **זכות ערעור כחוק.**
- **ניתן והודע היום, 23/05/16, ט"ו באייר התשע"ו, בפומבי ובמעמד הנאשם והצדדים.**

_____	_____	_____
שופטת	**אב"ד**	**שופטת**

העתק נכון מהמקור
רס"ן איריס קלי
ק' בית הדין

נערך על ידי: אלונה ברונשטיין
בתאריך: 09/07/2017
חתימת המגיה: א' ב'

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן