



**בבית הדין הצבאי לערעורים**

בפני:

תא"ל אורלי מרקמן - המשנה לנשיא

אל"ם גועה זומר - שופטת

אל"ם רמי בן עמי - שופט

בעניין:

**אאאא סמל מרון כוהניאן – המערער**

**נגד**

**התובע הצבאי הראשי – המשיב**

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי זרוע היבשה בתיק ז"י (מחוזי) 465/18 (סא"ל מאיר ויגיסר – אב"ד; רס"ן אמיר דורון – שופט; סרן לירז גולן – שופטת) מיום 12.9.2019. הערעור (חומרת העונש) נדחה.

**פסק-דין**

רקע

1. סמל מרון כוהניאן, המערער, הורשע לפי הודאתו בכתב אישום מתוקן, לאחר הליך של גישור, בעבירה של הטרדה מינית, לפי סעיפים 3(א) ו-5(א) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998; בעבירה של הטרדה מינית, לפי סעיפים 3(א) ו-5(א) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998; ובעבירה של התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955.
2. בית הדין קמא השית על המערער, בגין הרשעתו, שבעה (7) חודשי מאסר בפועל, לצד מאסר מותנה והורדה לדרגת טוראי. עוד נפסקו לנפגעת העבירה פיצויים בסך 10,000 ש"ח, אשר הועברו לה עוד קודם למועד הטיעונים לעונש.
3. ההגנה לא השלימה עם עונש המאסר בפועל שהושת על המערער בגזר הדין ומכאן הערעור שלפנינו.

ההליכים בבית הדין המחוזי ועיקרי גזר הדין

4. בית הדין קמא עמד בגזר דינו על נסיבות ביצוע העבירות, כדלהלן:
 

"במועדים הרלוונטיים לכתב האישום, שירת הנאשם כנגד לוגיסטיקה בגדוד XXX (להלן: 'היחידה'), ונפגעת העבירה שירתה כחיילת ביחידה. לשניים היכרות מוקדמת משירותם הצבאי המשותף ביחידה.

ביום 14 בנובמבר 2017, לפנות בוקר, נפגשו הנאשם והנפגעת בחדרו של הנאשם ביחידה, וקיימו מגע אינטימי. תוך כדי המגע האינטימי, צילם הנאשם, באמצעות מכשירו הסלולארי, תמונות וסרטונים של האקט המיני, כשפניה של הנפגעת מוסתרים.

בהמשך לכך, שלח הנאשם באמצעות יישומן הווטסאפ, **ללא הסכמתה** של נפגעת העבירה, את התמונות והסרטונים של האקט המיני לאנשים שונים; בבוקרו של אותו היום, שלח הנאשם **שמונה תמונות** לנגד לוגיסטיקה ביחידה; ביום 2 בינואר 2018, שלח הנאשם לאזרחית **חמש תמונות ושלושה סרטונים**; וביום 14 בינואר 2018, שלח הנאשם לאזרחית אשר שירתה בעבר בחמ"ל היחידה **ארבע תמונות**.

בארבע הזדמנויות שונות, במהלך החודשים אפריל ומאי בשנת 2018: פעמיים ביום 2 באפריל 2018, ביום 11 באפריל וביום 29 במאי, פנה הנאשם לארבעה אנשים שונים באמצעות יישומן הטלגרם, במטרה שיצורף לקבוצות חברים סגורות ורבות

משתתפים ביישומונים, שמטרתן שיתוף תמונות וסרטונים אינטימיים. התנאי להצטרפות הוא שיתוף תמונות וסרטונים בעלי אופי מיני של כל המבקש להצטרף לקבוצה. על כן, שלח הנאשם לכל אחד מארבעת האנשים האמורים **שלוש או ארבע תמונות** של האקט המיני. הוא צירף לתמונות ששלח תמונת צילום מסך של עמוד הבית של נפגעת העבירה ביישומון האינסטגרם, **כך שניתן יהיה לזהות שהיא המצולמת בתמונות**, וכל זאת – ללא הסכמתה.

...

החקירה נפתחה בעקבות תלונתה של נפגעת העבירה בדבר הפצת תמונות וסרטונים אינטימיים שלה ביישומון הטלגרם, ולאחר שמספר חברים בקבוצות רבות משתתפים פנו אליה וידעו אותה על הפצת תמונותיה" [ההדגשות במקור].

5. מטעם התביעה הוגש לבית הדין קמא תצהיר של נפגעת העבירה, שבו תיארה כי פוטרה משירות ביטחון בשל הקשיים הנפשיים שחוותה מאז המקרה, ובשל חוסר

יכולתה להמשיך ולהשתלב בצה"ל. היא התנתקה ממשפחתה ומחבריה, ועקב קשייה הנפשיים אין היא מסוגלת להתמיד במקום עבודה כלשהו, כך שמצבה הכלכלי הידרדר. למצבה הנפשי ישנן השלכות בריאותיות, והיא חווה התקפי חרדה תכופים. עוד הוסיפה, כי בחלוף שנה מן המקרה, שבו תמונותיה והתפרסמו ביישומון הטלגרם, פרסום שגרם לה נזק דומה, פעם נוספת (התביעה הודיעה, כי אין ראיות הקושרות את המערער לפרסום זה).

במהלך עדויות ההגנה לעונש, ביקשה נפגעת העבירה, באמצעות התביעה, כי תינתן לה אפשרות לומר מספר דברים לפרוטוקול. התביעה הודיעה כי מבחינתה, ניתן יהיה להעידה בסיום הבאתן של ראיות ההגנה לעונש, והסניגור דאז הסכים לכך – אלא שבמהלך עדותה של אמו של המערער, שבה פירטה על השינוי לרעה במצבו הנפשי של בנה, וביקשה את סליחתה של נפגעת העבירה, עזבה האחרונה את אולם בית הדין, לאחר הטחת דברים (שנרשמו בפרוטוקול), באם ובמערער. כפי שציין בית הדין קמא, פנייתה של התביעה אל נפגעת העבירה, בשאלה האם תהיה מעוניינת להוסיף בכל זאת דברים על תצהירה, נענתה על-ידיה בשלילה. בשלב זה,

ביקש הסניגור לזמנה לעדות. בקשתו נדחתה על-ידי בית הדין קמא, בשל התרשמותו מסערת הרוחות שבה הייתה נפגעת העבירה נתונה, כמו גם בשל העובדה כי תצהירה הוגש בהסכמה. בית הדין דחה גם את בקשת הסניגור להגיש ראיות מתוך חומרי החקירה (עמוד מתוך צילום מסך ממכשירו הסלולארי של המערער, עמוד מתוך עדותה של נפגעת העבירה ותמלול העימות שנערך בין השניים), משום שחומרים אלה עמדו לרשות הסניגור עוד קודם לגיבושו של הסדר הטיעון, ומשום שהעובדות שאותן ביקשה ההגנה להוכיח באמצעות המסמכים אינן מוצאות ביטוי בכתב האישום המתוקן ובפרטים הנוספים המוסכמים.

6. אשר לשירותו הצבאי של המערער, כנגד לוגיסטיקה, בין השנים 2008-2018, ציין בית הדין קמא את תעודות ההצטיינות הרבות שהוגשו ואת עדויות האופי החיוביות שנשמעו בעניינו. מנגד, צוינה עובדת שחרורו מן השירות על רקע החקירה במקרה זה, ועל רקע הרשעתו בעבירה של שימוש והחזקת סם מסוכן מסוג קנאביס (תיק ז"י (מחוזי) 251/18), בגין שימוש בסם ביום 30.6.2018 בביתו, ובגין החזקת סם, עד ליום 3.7.2018, בתיקו האישי שאותו הניח בארנו ביחידה. בגזר הדין, במסגרת הסדר טיעון, נידון המערער לעונש של שבעה ימי מאסר בפועל, בכליאה ממשית, ולארבעה-עשר ימי מאסר בפועל, לריצוי בדרך של עבודה צבאית. עוד נידון לעונשי מאסר מותנים ולהורדה מדרגת רס"ל לדרגת סמל.

7. לבית הדין קמא הוגשו, מטעם ההגנה, תסקיר עונש, כפי שנערך על-ידי הקרימינולוגית השיקומית, סרן (מיל") ד"ר לאה איציק, וכן חוות דעת שערך קרימינולוג קליני, ד"ר ויטלי טבלב, שכותרתה "חוות דעת מומחה לעניין מסוכנות מינית". להתרשמותה של עורכת התסקיר, נטילת האחריות של המערער על המעשה היא פורמאלית בלבד, תוך ניסיון להשליך על נפגעת העבירה את האחריות למעשיו, באופן המצריך התערבות טיפולית בכל הקשור ליחסו של המערער לנשים ולעיוותי חשיבה קוגניטיביים המאפיינים סוג זה של עבירות. גם ד"ר טבלב, אשר העיד לפני בית דין קמא, התרשם מבעיות אישיותיות ומעיוותי חשיבה, המצריכים טיפול – הגם שלדעתו, החרטה והאמפתיה שאותן מביע

המערער כלפי נפגעת העבירה הן כנות. העבירות בוצעו, להתרשמותו של ד"ר טבלב, על רקע תחושות ריקנות, שעמום, חשיבה אימפולסיבית והיעדר ריסון עצמי, אך לא על רקע סטיה מינית. מסקנתו הייתה, לאחר ראיון שערך למערער ולבני משפחתו, תוך שימוש בכלים להערכת מסוכנות מינית, היא כי ההסתברות לפגיעה מינית מצד המערער באחרים בעתיד – נמוכה.

8. בדבריו לפני בית הדין קמא, ביקש המערער להביע חרטה על הצער שגרם לנפגעת העבירה, למשפחתו ולמפקדיו, וביקש לאפשר לו להשתקם ולפתוח בדרך חדשה. הוא אישר, כי לא פנה עדיין לטיפול כלשהו, אף שהוא "מוכן להיכנס להליך כזה".

9. בית הדין קמא קיבל את עמדתם המוסכמת של הצדדים, שלפיה יש להתייחס למכלול המעשים כאל אירוע אחד. בקביעתו של מתחם העונש ההולם, צוינו הערכים החברתיים שנפגעו מביצוע העבירה, והם כבודה ופרטיותה של נפגעת העבירה, בצד ערכי הרעות והאמון החייבים לשרור בין חיילים, ואשר נועדו, בין היתר, להבטיח סביבת שירות מוגנת. הוטעם, כי הפצת סרטוני מין טומנת בחובה פגיעה קשה בערכים שפורטו, לנוכח אופיים המבזה והמשפיל של המעשים, הקלות הטכנולוגית שבהפצת הסרטונים, הפיתוי לרכוש מעמד או לזכות בטובות הנאה באמצעות צילום הסרטונים והפצתם, ו"נצחיותם" של הסרטונים, הזמינים בכל עת לשליפה עתידית, משעה שהופצו בקרב רבים ברשת. בשים לב לכל אלה, למידת הנזק שנגרם לנפגעת העבירה ולתכנון שאפיין את העברת הסרטונים, בשל צירוף תמונתה של נפגעת העבירה כך שניתן יהיה לזהותה, והכל לאור מדיניות הענישה כפי שהותוותה בבית המשפט העליון (ע"פ 5090/18 **מדינת ישראל נ' פלוני** (טרם פורסם, 18.11.2018) ובבית הדין הצבאי לערעורים (בין היתר, ע/41,42/17 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל טבע** (2017); ע/45,47/17 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' סדון** (2017); ע/26,33/19 **סמל נהרי נ' התובע הצבאי הראשי** (2019)) – קבע בית הדין קמא מתחם ענישה שבין ששה לשנים-עשר חודשי מאסר בפועל, בכליאה ממשית.

10. בתוך המתחם, שקל בית הדין קמא את העובדה כי המערער לא החל בקבלת טיפול, אף שנקבע כי הוא דרוש, והדגיש כי ממילא, שיקול השיקום נדחה כאן מפני שיקולי ההלימה וההרתעה. עם זאת, בשים לב לחוות דעתו של ד"ר טבלב, שלה מצא בית הדין קמא לייחס משקל של ממש, בדבר המסוכנות המינית הנמוכה הנשקפת מן המערער, ולאור הודאתו באשמה והעדויות החיוביות שנשמעו בעניינו – החליט בית הדין למקם את עונשו בסמוך לרף התחתון של מתחם העונש שקבע, ולהטיל עליו, כאמור, עונש של שבעה חודשי מאסר בכליאה ממשית, לצד העונשים שנמנו לעיל.

### ערעור ההגנה

11. ההגנה הלינה על אופן קביעתו של מתחם העונש ההולם על-ידי בית הדין קמא. נטען, כי לא היה מקום להסתמך על ע"פ 5090/18 פלוני הנ"ל, השונה בנסיבותיו, וכי קביעתו של מתחם עונש, המחמיר על מדיניות הענישה הנהוגה, נעשתה מטעמי הרתעה בלבד, ולפיכך אינה ראויה. מעבר לכך, סירובו של בית הדין קמא לאפשר הגשת ראיות לעונש, אשר נועדו, כנטען, ללמד על הסכמתה של נפגעת העבירה לצילום האקט המיני ואף לשליחתו לאדם אחר, מנע, לדעת ההגנה, שקילה של נסיבה משמעותית המקהה את חומרת העבירה, והביא, בהכרח, לעיוות דין.

12. כמו כן, לטענת ההגנה, שירותו התורם והמועיל של המערער בצה"ל, קטיעת הקריירה הצבאית שאותה תכנן, וקבלת האחריות על המעשים – לא נשקלו דיים בקביעת עונשו של המערער, והיה בהם כדי להצדיק הסתפקות ברף התחתון של מתחם העונש, וכן להביא לקביעה בדבר ריצוי המאסר בדרך של עבודה צבאית. לדידה של ההגנה, סיכויי שיקומו של המערער עולים במובהק מאורח חייו הנורמטיבי, ממסוכנותו הנמוכה, מן האמפתיה שאותה הוא מביע כלפי נפגעת העבירה ומרצונו לעבור הליכי טיפול, ואף בהם היה כדי להצדיק חריגה לקולה ממתחם העונש שנקבע.

ההגנה טענה גם נגד מועד הגשתו של כתב האישום בעניינו של המערער, יממה אחת בלבד לאחר השימוע שנערך בתיק, באופן המלמד, לדעתה, על כי השימוע נעשה שלא בלב פתוח ובנפש חפצה. נטען, כי אף בכך יש כדי להצדיק התחשבות בעונש. הסנגורים הבהירו, כי אין ברצונו של המערער לחזור בו מהודאתו באשמה, חרף "מחדלים שאירעו במהלך ההגעה להסדר הטיעון ולאחריו", אך בד בבד, הפנו לדבריו של הסניגור בערכאה קמא, שלפיהם, נוכח התנהלות התביעה בהעברת חומרי החקירה, נאלץ לנהל את הגנתו של המערער "בידיים קשורות", ואף לדבריו שלפיהם "אולץ להסכים להליך של גישור".

### תשובת התביעה

13. התביעה עתרה כי נותר את פסק דינה של הערכאה קמא על כנו. נטען, כי העונש שהוטל על המערער משקף את נסיבות החומרה המיוחדות, של הפצת תמונותיה של נפגעת העבירה, במועדים שונים ולאורך זמן, תחילה לגורמים מסוימים ולאחר מכן לקבוצות בלתי מסוימות של נמענים, המיועדות לשיתוף תמונות וסרטונים אינטימיים, והכל תוך שהוא גורם לנפגעת העבירה נזק רב ביותר.

14. אשר לטענות ההגנה כנגד ההתנהלות שקדמה להגשתו של כתב האישום ולהודאתו של המערער באשמה, הטעימה התביעה כי אף אם חולקים הסניגורים על דרך ההגנה ועל החלטותיו המקצועיות של הסניגור בערכאה קמא, הדברים אינם עולים כדי טענה של כשל בייצוג. בזמן הקצר שחלף מאז הליך השימוע ועד הגשתו של כתב האישום אין כדי ללמד על פגם בשימוע עצמו, ומכל מקום ההודאה באשמה ניתנה לאחר הליכים סדורים של קבלת חומר חקירה וגישור בבית הדין קמא.

### בקשה להגשת ראיות נוספות מטעם ההגנה

15. עובר לדיון בערעור, ביקשו הסניגורים כי הקרימינולוגית החברתית-שיקומית, הגב' מורן דוידיאן ממרכז "התחלה חדשה", אשר החלה, לאחרונה, לטפל במערער, תעיד לפנינו. משבקשה זו אינה עומדת באמות המידה להגשת ראיות בערעור (ראו, למשל, ע"פ 6630/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 8 לפסק הדין (טרם פורסם, 10.7.2014)); ב"ש/17/114 סמל אזריה נ' התובע הצבאי הראשי (2017)) – הוגש, בהסכמת התביעה, מסמך עדכון של מרכז "התחלה חדשה" בעניינו של המערער. כעולה מן המסמך, נערכה למערער בדיקת התאמה לטיפול ייעודי בתחום עבירות המין ביום 20.10.2019, שבסיומה הומלץ לשלבו בטיפול פרטני. בהמשך יוחלט אם לשלבו גם בטיפול קבוצתי. הטיפול הפרטני, שבו החל המערער בחודש אוקטובר 2019, מתקיים במתכונת דו שבועית. להתרשמותה של המטפלת הפרטנית, הגב' דוידיאן, משתף המערער פעולה עם ההליך הטיפולי, והוא מגלה מוטיבציה גבוהה להיתרם ממנו.

לאור האמור במסמך, הדגישו הסניגורים כי הותרת עונש המאסר על כנו תוביל לגדיעת הטיפול במערער, שכן לטענתם אין אפשרות להמשיך ולקיימו בבסיס הכליאה. התביעה התנגדה לכל דחיה של ריצוי העונש על רקע ההליך הטיפולי החדש.

### דיון והכרעה

#### **מתחם העונש ההולם**

16. כאמור, המערער הורשע בעבירה של הטרדה מינית, בגין כך ששלח שמונה תמונות של אקט מיני שקיים בחדרו ביחידה עם נפגעת העבירה, בבוקר שלאחר מכן, לנגד אחר המשרת ביחידה. בשתי הזדמנויות שונות נוספות, רחוקות בזמן – כחודש ומחצה וכחודשיים לאחר המפגש המיני – שב ושלח חמש תמונות ושלושה סרטונים לאזרחית, וארבע תמונות לאזרחית אשר שירתה ביחידה בעבר. עוד



הורשע בעבירה של הטרדה מינית בחלופה המחמירה של פרסום משפיל (סעיף 3 (א)(א5) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998), בכך שבתקופה שבין ארבעה חודשים ומחצה לאחר האקט המיני ועד ששה חודשים ומחצה לאחריו, שלח תמונות (ארבע-עשרה במספר) של האקט המיני, בארבע הזדמנויות שונות, לארבעה משתמשים בלתי מזוהים ביישומון הטלגרם. בעוד שבתמונות ובסרטונים ששלח לחברו ליחידה ולשתי האזרחיות, לא ניתן היה לראות את פניה של נפגעת העבירה – הרי שלמשתמשי הטלגרם צירף המערער גם את צילום המסך של עמוד הבית של נפגעת העבירה ביישומון האינסטגרם, כך שניתן יהיה לזהות כי היא המצולמת בתמונות. העברת התמונות נעשתה לצורך צירופו של המערער לקבוצות חברים סגורות ורבות משתתפים ביישומונים, שמטרתן שיתוף תמונות וסרטונים אינטימיים, וכחלק מעמידה ב"תנאי ההצטרפות" לקבוצות. הפצת תמונותיה של נפגעת העבירה, בכל ההזדמנויות, **נעשתה ללא הסכמתה.**

17. בשנת 2014, הוספה לספר החוקים העבירה של הטרדה מינית על-ידי פרסום משפיל, לפי סעיף 3(א)(א5) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998 (חוק למניעת הטרדה מינית (תיקון מס' 10), התשע"ד-2014, ס"ח 263), אשר העונש המרבי הנקוב בצידה, בדומה לעונש המרבי בעבירה של פגיעה בפרטיות במזיד, עומד על חמש שנות מאסר. כעולה מהצעת החוק, הגדרת פרסום של תצלום, סרט או הקלטה של אדם, המתמקד במיניותו, בנסיבות שבהן הפרסום עלול להשפיל את האדם או לבזותו, כהטרדה מינית, ולא רק כפגיעה בפרטיותו, "נועדה להבהיר כי מדובר בעבירה מתחום עבירות המין, וכי הפגיעה שהיא גורמת חמורה ביותר ובעלת מאפיינים של פגיעה מינית" (דברי ההסבר להצעת חוק למניעת הטרדה מינית (תיקון מס' 9) (פרסום תצלום, סרט או הקלטה המתמקד במיניותו של אדם), התשע"ג-2013, הצעות חוק הכנסת 516, 58).

18. כפי ששב וקבע בית דין זה, "הקידמה הטכנולוגית וזמינות הצילום בעידן הדיגיטלי, אחסונו והפצתו, מחייבים את מערכת השפיטה לתרום את תרומתה

למלחמת החורמה בתיעוד פוגעני של הזולת, תוך רמיסת כבודו ופרטיותו" (ע/19/26,33/19 **סמל נהרי** הנ"ל (2019), והאסמכתאות שם).

אכן,

"בעידן הטכנולוגי שבו אנו חיים, תמונות מסוג זה הופכות תוך זמן קצר ל'יוראליות', נפוצות לכל עבר על גבי הרשת האינטרנטית, מאוחסנות ומתויקות, זמינות לשליפה עתידית ב'קליק'. יוער כי בתיקון מס' 10 לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, שנחקק בשנת 2014, נקבע כי 'פרסום תצלום, סרט או הקלטה של אדם, המתמקד במיניותו, בנסיבות שבהן הפרסום עלול להשפיל את האדם או לבזותו, ולא ניתנה הסכמתו לפרסום' מהווה הטרדה מינית – עבירה שעונשה המרבי 5 שנות מאסר. החוק הוא תולדה של פרשייה חמורה שהסעירה את המדינה: סרטונים בעלי אופי מיני בהשתתפות נערה קטינה הופצו בתוכנת 'ווטסאפ' ומצאו את דרכם לעשרות אלפי אנשים. התיקון לחוק בא להבהיר כי הפצת תמונה או סרטון מסוג זה לא רק שפוגעת פגיעה קשה בפרטיות, אלא שהדבר אף שקול לפגיעה מינית. זאת ועוד: על פי התיקון, האחריות הפלילית להפצת תמונה או סרטון פוגעניים מיוחסת לא רק לאדם הראשון ב'שרשרת ההפצה' – אלא גם לכל אדם שקיבל לידייו את אותם תמונה או סרטון, ובחר להעבירם הלאה. ואולם גם לאחר התיקון לחוק אנו עדים לקלות שבה מופצים ברשתות ובתוכנות החברתיות תכנים מיניים פוגעניים, כדבר שבשגרה. מדובר בתופעה מסוכנת, מחפיצה ואלימה, ויש לפעול למיגורה – בראש ובראשונה בכלים חינוכיים, בבית ובבית הספר, ובה במידה נודע תפקיד מרכזי לרשויות החוק האמונות על האכיפה".

(ע"פ 8863/15 **פלוני נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 7.6.2016). לקביעה, מטעמי הרתעה, כי המדובר בעבירה המצדיקה ככלל הרשעה, גם אם מדובר בקטין, ראו לאחרונה את רע"פ 5745/19 **פלוני נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 23.10.2019). ראו גם את רע"פ 1728/17 **פלוני נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 10.3.2017).

19. בית המשפט העליון נדרש לראשונה לעונש הראוי בגינה של עבירת ההטרדה המינית על-ידי פרסום משפיל בע"פ 5090/18 **פלוני** הנ"ל. אמנם, כפי שצינו בפנינו הסנגורים, באותו מקרה לא נקבעו גבולותיו של מתחם העונש, אשר שיקף גם עבירה של סחיטה באיומים כלפי נפגעת העבירה שם. עם זאת, בית המשפט העליון הטעים כי עבירת ההטרדה המינית היא שיקול להחמרתו של המתחם, בין היתר, לשם הרתעת הרבים, בשים לב לביזוי האדם המופיע

בסרטונים ולהצגתו כאובייקט מיני, להנאת הצופים והשומעים, ללא הסכמתו: "על אף הכלים הקיימים המאפשרים הסרה של חומרים מן הרשת, הרי שנוכח הקושי להתחקות במרחב הווירטואלי אחר חומרים ולמנוע את המשך הפצתם, הפגיעה עשויה להיות מתמשכת ולא להתמצות במקרה בודד ומגודר. כל אלה מייצרים יחס הפוך בין חומרת המעשים לקלות עשייתם – בבחינת 'היד קלה על המקלדת'" (שם, פס' 10). כפי שציין בית המשפט העליון, רמות החומרה משתנות בהתאם לגורמים שונים: גיל הנפגע או הנפגעת; מערכת היחסים בין המפיץ לנפגעת; זהות הנמענים של ההפצה (הקבוצה החברתית של הנפגעת, ציבור רחב, ועוד); הסכמה לרכיב בשרשרת המעשים שקדמו להפצה (המעשה המיני או התיעוד); מועד תכנון ההפצה (מראש, במהלך המעשה המיני או בדיעבד), ועוד.

20. ביישום לענייננו, אין חולק כי האקט המיני בין המערער לבין נפגעת העבירה התקיים בהסכמתה. כתב האישום המתוקן אינו מציין מפורשות כי נפגעת העבירה הסכימה גם לתיעוד הדברים – אך בית הדין קמא הניח זאת לטובת המערער וגזר את דינו של המערער בהתבסס על כך, כעובדה מוסכמת (פס' 27(א) ופס' 33 לגזר הדין). בכך נענו, למעשה, טענות ההגנה כנגד אי קבלתן של ראיות נוספות מטעמה לעניין זה, בשלב הטיעונים לעונש. אשר לראיות הנוספות שהגשתן לא הותרה, ואשר נועדו, לטענת ההגנה, להראות את הסכמתה של נפגעת העבירה להפצת התיעוד לאחד מחבריו של המערער (פס' 21 לגזר הדין) – הרי שמצאנו כי בדין סירב בית הדין קמא לאפשר זאת. על כתב האישום המתוקן והפרטים הנוספים לכלול, כידוע, את כל העובדות והנסיבות הקשורות בביצוע העבירה (סעיף 40(ד) לחוק העונשין, התשל"ז-1977). החריג לכלל זה מופיע בסעיף 40(ב)(2) לחוק העונשין, הקובע כי "בית המשפט רשאי, לבקשת אחד מהצדדים, להתיר להביא ראיות בעניין נסיבות הקשורות בביצוע העבירה בשלב הטיעונים לעונש, אם שוכנע כי לא הייתה אפשרות לטעון לגביהן בשלב בירור האשמה או אם הדבר דרוש כדי למנוע עיוות דין". היות שהנסיבות שאותן ביקשה ההגנה להוכיח באמצעות הראיות הנדונות נכללו בחומרי החקירה אשר היו בידיה, מבעוד מועד, "נראה

אפוא כי היעדרן מכתב האישום המתוקן מעיד על כך שהצדדים לא הסכימו עליהן ועל כך שהמערער ובא כוחו העדיפו להגיע להסדר טיעון חרף השמטתן" (ע"פ 3457/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 6 לפסק הדין (טרם פורסם, 12.3.2019); וראו גם ע/41,42/17 סמל טבע הנ"ל, פס' 19 לפסק הדין, והאסמכתאות שם). שנית, ולאור העובדה כי המערער לא קיבל את הסכמתה של נפגעת העבירה לאף לא אחד ממעשי ההפצה המתוארים בכתב האישום המתוקן, לחבריו או למשתמשי הטלגרם השונים, תוך שלאחרונים גם צירף את תמונתה, כדי להבטיח את זיהוייה – אין בטענה כי הסכימה להפצת התיעוד לאדם ספציפי כדי להשפיע על גזר הדין, אף אילו הובאה נסיבה זו בחשבון. מכאן, כי אין גם חשש לעיוות דין המצדיק הגשת ראייה בעניין זה (ע"פ 3457/18 פלוני הנ"ל, שם).

21. נסיבות העבירה הנוספות אף הן מצדיקות ענישה מחמירה: הזמן שחלף מאז האקט המיני ועד להפצת התיעוד (מלבד העברתן הראשונה של התמונות, בבוקר שלאחר מכן), כמו גם הזמן שחלף בין הפצה להפצה – נתון המצביע על תכנון (סעיף 40ט(א)(1) לחוק העונשין); הסיבות שהביאו את המערער להפיץ את התמונות למשתמשי הטלגרם (סעיף 40ט(א)(5) לחוק העונשין) – הרצון להתקבל לקבוצות רבות משתתפים, שמטרתן שיתוף תמונות וסרטונים אינטימיים, השלוב, מניה וביה, גם בהיקף הנזק שנגרם מביצוע העבירה (סעיף 40ט(א)(4) לחוק העונשין), ולראיה, פתיחתה של החקירה בעקבות פניות של חברים בקבוצות הללו אל נפגעת העבירה; ותצהירה של הנפגעת, בדבר הקשיים הנפשיים, המשפחתיים, החברתיים והכלכליים שאותם חוותה בעקבות המקרה, ושבה וחוותה בעקבות פרסום נוסף של תמונותיה בחלוף שנה (ללא קשר למערער, אך כפועל יוצא מ"נצחיות התמונות", מעת שהועברו ליישומון הטלגרם), המדבר בעד עצמו. אכן, "לעיתים מניעיו של המטריד יכולים להיות נקמה בקרבן; לעיתים הם יכולים לנבוע מרצון לקנות מעמד חברתי או סתם מיצר מציצנות. המשותף למקרים אלה הוא שבכולם המפרסם פוגע בכבודו הסגולי של הקרבן" (הדר דנציג-רוזנברג ורוני רוזנברג "פורנוגרפיית נקם כהטרדה מינית" חוקים ט 265, 289-290 (2017)).

22. לכל אלה מצטרפת הפגיעה בערכים מוגנים נוספים, הייחודיים למסגרת הצבאית, שעניינם ערך הרעות ויחסי האמון החייבים לשרור בין חיילים ומי שמצויים בדרגת פיקוד, דוגמת המערער. יוזכר, כי המערער מיהר להעביר תמונות מן האקט המיני לנגד אחר ביחידה, בבוקר שלאחר מכן, ובהמשך העביר תמונות גם לחיילת ששירתה בעבר ביחידה. לכן, סברנו, כי מתקיימות במקרה זה גם נסיבות צבאיות ייחודיות לחומרה, אשר שומה כי יובאו במניין השיקולים (ראו והשוו: רע"פ 391/17 **פלזני נ' התובע הצבאי הראשי** (טרם פורסם, 15.1.2017); וכן ע/41,42/17 **סמל טבע הנ"ל**; ע/45,47/17 **סמל סדון הנ"ל**; ע/40/17 **סגן שרון נ' התובע הצבאי הראשי** (2017)).

23. נסיבות העבירה של הטרדה מינית על-ידי פרסום משפיל, שבה הורשע המערער, בולטות בחומרתן גם אל מול מקרים קודמים אשר נדונו בבית דין זה, בעבירה זו או בעבירות הטרדה מינית או פגיעה בפרטיות. כך, אושרו בבית דין זה, בעבירות של הטרדה מינית, תוך הפצת סרטונים שצולמו, מתחמי עונש שבין שלושה עד ששה חודשי מאסר בע/45,47/17 **טור' סדון הנ"ל**; ובמקרים שבהם לא תועד אקט מיני עם אחר, 75-150 ימי מאסר, בע/7/18 **סמל היימן נ' התובע הצבאי הראשי** (2018), וכן 45-120 ימי מאסר בע/26/18 **טור' קופריאשין נ' התובע הצבאי הראשי** (2018)). בעבירות שעניינן הצגת תמונות, אך ללא העברתן לאחרים או למרשתת אושרו מתחמים של ארבעה עד שמונה חודשי מאסר בע/26,33/19 **סמל נהרי הנ"ל**, וחודשיים עד ששה חודשי מאסר בע/41,42/17 **סמל טבע הנ"ל**). בעבירות של פגיעה בפרטיות ומעשה מגונה עקב כך, ללא תיעוד אקט מיני וללא הפצת התמונות כלל אושרו מתחמים של ארבעה עד שבעה חודשים בע/40/17 **סגן שרון הנ"ל**, וכן חודשיים עד ששה חודשי מאסר בע/6/17 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל סולימאני** (2017).

חומרת הנסיבות בענייננו, המתבטאת בהעברתן החוזרת ונשנית של תמונותיה של נפגעת העבירה, במהלך אקט מיני, לידידיו של המערער ובהמשך לארבעה משתמשי טלגרם, כדי להתקבל לקבוצות רבות משתתפים שבהן משותפים תכנים

אינטימיים – אכן מצביעה על שיקולי הלימה מובהקים. לפיכך, ובשים לב לעוצמת הפגיעה בערכים המוגנים, מתחם העונש ההולם שנקבע על ידי בית הדין קמא, בין ששה לשנים-עשר חודשי מאסר בפועל, הוא ראוי. לא ראינו להתערב במתחם זה – אף בהינתן "הראשוניות של הטלת עונש בגין עבירה של הטרדה מינית על ידי פרסום משפיל" (ע"פ 5090/18 הנ"ל, בפס' 17 לפסק הדין), וגם בשים לב כי על החמרה במדיניות הענישה להתבצע באופן הדרגתי (ראו, למשל, ע"פ 4406/19 **מדינת ישראל נ' סובח** (טרם פורסם, 5.11.2019)).

24. לאור העבירות שבהן הורשע, לא נדרשה בעניינו של המערער הערכת מסוכנות לפי חוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין, התשס"ו-2006. מומחה ההגנה ד"ר טבלב קבע, כי ההסתברות כי המערער יפגע מינית באחרים היא נמוכה, ולאחר שמיעת עדותו, מצא בית הדין קמא ליתן לה משקל של ממש, ולהתחשב בה כאחד משיקולי ההקלה בעונש, בתוך מתחם העונש. מנגד, אכן לא היה מקום לחרוג ממתחם העונש ההולם לקולה, מטעמי שיקום. כפי שציין ד"ר טבלב עצמו, והדברים מופיעים גם בתסקיר העונש שהגישה ההגנה, עיוותי החשיבה ותפיסות העולם העומדים ברקע העבירות מצריכים טיפול. המערער החל בהליך טיפולי רק לאחרונה, עובר לדיון בערעור ולאחר מתן גזר הדין בעניינו, וכידוע, "פסיקתו של בית משפט זה קבעה כי על-מנת לחרוג ממתחם הענישה ההולם משיקולי שיקום, יש לבחון באיזה שלב של ההליך השיקומי מצוי הנאשם, ובתוך כך לסטות ממתחם הענישה ההולם במקרים נדירים בלבד, שבהם ישנו סיכוי ממשי ומובהק לכך שהנאשם ישתקם" (ע"פ 8377/18 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פס' 13 לפסק הדין (טרם פורסם, 31.7.2019)). ראו והשוו גם ע/17/23 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט גולומבק** (2017)).

### **מידת העונש**

25. הודאתו של המערער באשמה, תוך הפקדה מראש של הפיצויים לטובת נפגעת העבירה, וכן קיומה של מעטפת התמיכה המשפחתית והנכונות (שהבשילה

בינתיים) לעבור טיפול – שימשו, בצדק, נימוקים להטלת עונש מאסר ברף התחתון של המתחם שנקבע.

26. לא מצאנו להורות על הפחתת העונש, עד לסיפו התחתון של מתחם העונש (ששה חודשים), כעתירת ההגנה. חוות הדעת ותעודות ההצטיינות שהוגשו בעניינו של המערער מצביעות אמנם על התנהגותו החיובית ותרומתו הרבה בשירות. מנגד, אין להתעלם מן ההרשעה הנזקפת לחובתו, בעבירה של שימוש והחזקה בסם מסוג קנאביס, אשר הביאה להשתת עונשי מאסר והורדה בדרגה, ובצירוף לתיק הנדון, לשחרורו מצה"ל.

27. היבטי החומרה הייחודיים במעשיו של המערער, כמפורט בהרחבה לעיל, אינם מאפשרים אף להיעתר לבקשתה הנוספת של ההגנה, לעניין ריצוי המאסר בדרך של עבודה צבאית. שיקול השיקום, בנסיבות, מקבל מעמד משני לעומת שיקולים מובהקים של הלימה והרתעה, אשר לאור עוצמתם, אין ניתן להימנע מכליאה ממשית (ראו ע/16/62 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל ברום** (2016)); בקשת רשות ערעור בעניינו נדחתה, ברע"פ 391/17 **פלוני הנ"ל** (2017)). שיקולי ההלימה וההרתעה המתקיימים בנסיבות העניין, בשים לב גם לשיקולי הענישה במסגרת הצבאית, מאפשרים להותיר בצריך עיון את הדיון בטענותיה הנוספות של ההגנה, לגבי יישום ההמלצות הכלולות ב"דו"ח הוועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים", בראשותה של כבוד השופטת דורנר (וראו ע/18/26 **טור' קופריאשין הנ"ל**). גם בתיקון מס' 133 לחוק העונשין, המאפשר להמיר עונש מאסר לתקופה של עד תשעה חודשים בעבודות שירות אין כדי להועיל למערער, שכן "ברי כי בית המשפט רשאי לקבוע כי גם עונש של עד תשעה חודשים ירוצה מאחורי סורג ובריח; גם טרם חקיקת התיקון לחוק, הטיל בית המשפט עונשים מאחורי סורג ובריח על אף שתקופת המאסר היתה כזו שניתן לרצותה על דרך של עבודות שירות" (רע"פ 1031/19 **שלבי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 28.2.2019)).

28. לבסוף, לא מצאנו כי טענות ההגנה בדבר הגשתו של כתב האישום יממה בלבד לאחר הליך השימוע מצדיקות התחשבות בעונש, בבחינת "התנהגות רשויות

אכיפת החוק" (סעיף 40א(9) לחוק העונשין), שכן מלבד סמיכות הזמנים, לא הונחה תשתית, ודאי לא במאזן ההסתברויות הנדרש (סעיף 40(ג) לחוק העונשין), לכך שטענות ההגנה לא נשקלו על-ידי התביעה לגופן, בטרם הוגש כתב האישום. אשר לדברי הסניגור דאז, בישיבת הטיעונים לעונש בערכאה קמא, שלפיהם לא קיבל מן התביעה את מלוא חומר החקירה, ואף נאלץ להסכים להליך הגישור, שכן נתבקשה תגובת ההגנה לאישום – נפנה להמשך דבריו באותה ישיבה, שבהם הדגיש כי המערער ומשפחתו ביקשו שלא לנהל את התיק, אלא להותיר את הפרשה מאחוריהם. עוד יש לציין, כי ככל שלסניגורים המייצגים את המערער כעת ישנן השגות על שיקול דעתו והחלטותיו של הסניגור בערכאה קמא, הרי ש"אין עורך דין שלא יהיה בידי להוסיף טענה על טענות קודמו... החלפת ייצוג אינה פתח ל'מקצה שיפורים' בקו ההגנה שננקט על-ידי הייצוג הקודם ולהעלות רעיונות נוספים בחוכמה שלאחר מעשה" (ע"פ 6986/13 **אוחיון נ' מדינת ישראל**, פס' 29 לפסק הדין (טרם פורסם, 25.6.2015); וראו, בדומה, לגבי טענות כשל בייצוג, את ע/16/37/35 **התובע הצבאי הראשי נ' סמ"ר חמוס וערעור שכנגד**, פס' 30-34 לפסק הדין (2017)). הודאת המערער באשמה ניתנה, כזכור, בתום הליך וולונטרי של גישור, לאחר שכתב האישום בעניינו תוקן, בהתאם להסכמות שבין הצדדים, ואף כיום, כפי ששבו והדגישו הסניגורים, הוא אינו מבקש לחזור בו מהודאתו.

29. בשולי גזר הדין, יש לברך על השתלבותו של המערער בהליך הטיפול הפרטני, לאחרונה. חזקה על רשויות הכליאה כי ישקלו לאפשר את המשך הפגישות גם בתוככי בסיס הכליאה.

### סוף דבר

30. מצאנו, אפוא, לדחות את ערעור ההגנה על חומרת העונש שהוטל. המערער יתייצב לריצוי עונשו בבס"כ XXX ביום 17.11.2019 עד השעה 10:00.



ניתן והודע היום, ט"ז במרחשוון התש"ף, 14 בנובמבר 2019, בפומבי ובמעמד הצדדים.

\_\_\_\_\_

שופט

שופטת

המשנה לנשיא

חתימת המגיה: \_\_\_\_\_

העתק      נאמן      למקור

סגן      עמית      כהן

תאריך: \_\_\_\_\_

קצין      בית

הדין