

בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

תא"ל	אורלי	מרקמן	-	המשנה לנשיא
אל"ם	נועה	זומר	-	שופטת
אל"ם	רמי	בן עמי	-	שופט

בעניין :

*** רב"ט ש' כ' – המערער (ע"י ב"כ, עו"ד ירון פורר)

נ ג ד**התובע הצבאי הראשי – המשיב (ע"י ב"כ, רס"ן ליאור עייש ; סרן אינה אברמוב)**

ערעור על פסק-דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי הצפון שניתן בתיק צפון (מחוזי) 141/19 (סא"ל סיגל טורג'מן חזן – אב"ד ; רס"ן חוף אדן – שופט ; רס"ן עידן אדיב - שופט) ביום 17.1.2021. הערעור (חומרת העונש) התקבל חלקית.

פ ס ק – ד י נ**רקע**

1. רב"ט ש' כ', המערער, הורשע לפי הודאתו בכתב אישום מתוקן בעבירה של הטרדה מינית, לפי סעיפים 3(א)(א5) ו-5(א) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח - 1998 ; ובעבירה של שיבוש מהלכי משפט, לפי סעיף 244 לחוק העונשין, התשל"ז - 1977.

2. מכתב האישום המתוקן והפרטים הנוספים עולה, כי עובר ליום 25.2.2018 נענה המערער לבקשתו של חייל אחר, סמל עומרי, להפיץ תמונות עירום של חיילת שעמה היה סמל עומרי במערכת יחסים זוגית, ואשר במסגרתה שלחה לו את התמונות (להלן : המתלוננת). סמל עומרי ביקש לנקום במתלוננת על התנהלותה במהלך מערכת היחסים ביניהם.

באמצעות מכשירו הסלולארי של המערער, צילמו המערער וסמל עומרי, מתוך צג המכשיר הסלולארי של סמל עומרי, לפחות שבע תמונות, שבהן ניתן לראות את המתלוננת כאשר היא בעירום מלא או חלקי. בחלק מהתמונות, ניתן לראות את פניה ולזהותה. בהמשך לכך, פרסם המערער את התמונות, ללא הסכמתה של המתלוננת, באמצעות מכשירו הסלולארי, ביישומון ה"וואטספ", במסגרת קבוצה המכונה "רק סרטונים בלי דיבורים". קבוצה זו מיועדת לשיתוף סרטונים בעלי תוכן מיני, ומנתה באותה עת לפחות עשרה משתמשים שונים. בד בבד עם הפצת התמונות, הפיץ המערער בקבוצה תמונה של פרופיל ה"פייסבוק" של המתלוננת, ובו שמה המלא ותמונתה. לאחר האמור, במועד שאינו ידוע, מחק המערער ממכשירו הסלולארי את תמונותיה של המתלוננת, וכן את כל השיחות שניהל בנוגע להפצת התמונות, ואת כלל השיחות בקבוצת ה"וואטספ", שבה הפיץ את התמונות. החקירה החלה בעקבות תלונה שהגישה המתלוננת במצ"ח, לאחר שקיבלה הודעה מאזרח כי תמונות שלה, בעלות תוכן מיני, מופצות במרשתת.

3. בית הדין קמא השית על המערער, בגין הרשעתו, 135 ימי מאסר לריצוי בפועל, בכליאה ממשית, לצד עונשי מאסר מותנה והורדה לדרגת טוראי. עוד נפסקו לנפגעת העבירה פיצויים בסך 6,000 ש"ח, שישולמו לה ב-12 תשלומים שווים.

4. ההגנה לא השלימה עם חומרתו של עונש המאסר בפועל שהושת על המערער, ומכל מקום, עתרה להורות כי ירוצה בדרך של עבודה צבאית. מכאן הערעור שלפנינו.

ההליכים בבית הדין המחוזי ועיקרי גזר הדין

5. כתב האישום הוגש ביום 7.5.2019. המערער הורשע במיוחס לו ביום 10.12.2019. שמיעת הטיעונים לעונש נדחתה ליום 21.1.2020, כדי לאפשר להגנה להצטייד בתסקיר לעונש. במועד זה, לא התייצב המערער לדיון עקב מחלה. ישיבה נוספת נקבעה ליום 28.1.2020, כדי לאפשר למתלוננת להעיד, בנוסף להצהרתה כנפגעת עבירה, אשר הוגשה לבית הדין. המערער החל להעיד לעונש, תוך שהביע התנצלות בפני המתלוננת, ואז ביקש הסניגור לדחות את המשך הטיעונים, כדי להיערך לשמיעת עדות המערער במלואה ולהציג את התסקיר לעונש. הדיון הבא נקבע ליום 2.3.2020, אך נדחה, עקב אילוצי התביעה. מאז, נקבעו מספר מועדים להמשך הדיון (30.3.2020, 12.5.2020, 9.6.2020, 18.8.2020, 25.10.2020), אך הללו בוטלו, בשל מגבלות הקשורות בנגיף קורונה ואילוצים שונים.

6. הדיון התחדש אך ביום 6.12.2020, ואז הושלמה הגשת הראיות ושמיעת הטיעונים לעונש. בתום הדיון, הופנה המערער לראיון אצל רמ"ד שיקום במקמצי"ר, לשם בחינת התאמתו לריצוי עונש מאסר בדרך של עבודה צבאית, תוך שהובהר כי אין בהפניה זו כדי להביע עמדה ביחס לעונש שיושת עליו. ביום 20.12.2020 חיוותה רמ"ד שיקום את דעתה, כי המערער מתאים לריצוי עונש כאמור.

גזר הדין ניתן ביום 17.1.2021, ובו הושת על המערער מאסר לריצוי בכליאה ממשית. 7. להשלמת התמונה נציין, כי נגד סמל עומרי תלוי ועומד כתב אישום בגין חלקו במעשים, אך היות שעזב את הארץ עוד קודם להגשתו של האישום, משפטו טרם החל. 8. בגזר הדין בעניינו של המערער נקבע תחילה, כי העבירות שבהן הורשע - הטרדה מינית על ידי פרסום משפיל, ושיבוש מהלכי המשפט - הן בגדר אירועים נפרדים, הראויים כל אחד למתחם עונש הולם משלו.

9. אשר לעבירת ההטרדה המינית, הודגשו "נצחיותם" של תמונות וסרטונים בעידן הטכנולוגי והקלות שבהפצתם, לצד הפגיעה בכבודה של המתלוננת והפגיעה בערכי הרעות והאמון החייבים לשרור בין חיילים. הוטעם, כי אף שהמתלוננת העבירה את תמונותיה לסמל עומרי מרצונה, במסגרת יחסיהם, הרי שלא נתנה את הסכמתה להפצת התמונות. נקבע, כי משהיה המערער מודע למניעיו של סמל עומרי בבקשתו כי יפיץ עבורו את התמונות, הרי שיש לראותו כמי שנטל חלק במזימתו של סמל עומרי להתנקם כך במתלוננת. בית הדין הדגיש, כי הסבריו של המערער, כאילו ביקש לרצות את סמל עומרי, אינם מפחיתים מחומרת מעשיו, מה גם שמחק את התמונות ממכשירו הסלולארי, בלבד, ולא בקבוצת ה"וואטספ" שאליה העביר את התמונות - אשר נועדה, כאמור, לשיתוף סרטונים בעלי תוכן מיני. צוין עוד, כי המערער לא התריע בפני המתלוננת על הדברים בשלב שקדם לפתיחת החקירה.

10. בית הדין פירט, כי עדותה של המתלוננת לפניו הותירה רושם אותנטי וכאוב, של מי שעודנה מקבלת פניות בעקבות הפצת התמונות, ואשר צלקות הפגיעה ניכרות בה, חרף חלוף הזמן.

11. בשים לב לכל האמור, למדיניות הענישה הנהוגה ולצורך להחמיר בענישה בעבירות אלה, קבע בית הדין קמא מתחם עונש הולם הנע בין 100 ל-200 ימי מאסר לריצוי בפועל, לצד עונשי מאסר מותנה, פגיעה בדרגה ופסיקת פיצויים. בתוך המתחם, התחשב בית הדין בנסיבותיו האישיות והמשפחתיות של המערער, ובנטילת האחריות שלו, כבר במהלך החקירה, תוך שהפליל את סמל עומרי וערך עמו עימות. עוד צוינו החרטה הכנה

שהביע, והתנצלותו בפני המתלוננת - תחושות שביטא גם בפני עורכת התסקיר לעונש. חלוף הזמן מאז ביצוען של העבירות - כשלוש שנים, שבמהלכן סיים המערער את שירותו הצבאי והחל בדרכו האזרחית - נשקל אף הוא, כשיקול משמעותי לעונש.

12. בית הדין ציין, כי התלבט, האם השיקולים הנוגעים לחלוף הזמן ולשיקום המערער מאפשרים להיעתר לבקשת ההגנה, כי מאסרו של המערער ירוצה בדרך של עבודה צבאית, גם אם יחייב הדבר להשית עליו תקופה ממושכת יותר של מאסר בפועל. כאמור לעיל, המערער נמצא אמנם מתאים לריצוי עונש מאסר בדרך של עבודה צבאית, אך בסופו של דבר, לאחר ששב ושקל את טיעוני הצדדים, מצא בית הדין כי נוכח הקלות הבלתי נסבלת שבביצוע המעשים הנדונים, והנזק המשמעותי שנגרם למתלוננת, מתחייב מסר חריף, שלפיו שיקולי ההלימה וההרתעה אינם מאפשרים להימנע מכליאה ממשית.

13. במכלול השיקולים, מצא בית הדין להשית על המערער, בגין עבירת ההטרדה המינית, מאסר לריצוי בפועל, בכליאה ממשית, למשך 135 ימים. עוד פסק כי עליו לפצות את המתלוננת בשיעור של 6,000 ש"ח.

14. אשר לעבירה של שיבוש מהלכי משפט, צוינה פגיעתה בערכים המוגנים של קיום חקירות, גילוי האמת ושמירה על טוהר ההליך השיפוטי. בדומה לע/45,47/17 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' סדון** (2017), מצא בית הדין לקבוע מתחם ענישה של מאסר לריצוי בפועל, לתקופה שבין חודש לחודשיים, לצד מאסר מותנה. לאור שיתוף הפעולה של המערער בחקירה (לעומת סמל עומרי, שהכחיש בחקירתו כל קשר לביצועם של המעשים), מצא בית הדין להשית על המערער מאסר בפועל בן חודש ימים. בהתחשב בסמיכות הזמנים בין העבירות, בנסיבותיהן של העבירות ובנסיבותיו של המערער, החליט בית הדין להורות על חפיפה מלאה של העונשים (כפי שאף עתרה התביעה בטיעוניה, במסגרת ההסכמות בין הצדדים).

15. על המערער הושתו, אפוא, העונשים המנויים בפסקה 3 לעיל.

ערעור ההגנה

16. ההגנה מיקדה את ערעורה בעונש שהושת על המערער בגין עבירת ההטרדה המינית, ובעיקר, כמפורט לעיל, בהוראתו של בית הדין קמא כי עונש המאסר ירוצה על ידי המערער בכליאה ממשית, ולא בדרך של עבודה צבאית. הוטעם, כי הפנייתו של המערער לראיון אצל רמ"ד שיקום במקמצ"ר, לאחר טיעונים מקיפים לעונש, ועל אף הבהרתו

של בית הדין קמא כי אין בכך כדי להצביע על התוצאה העונשית בעניינו של המערער, יצרה אצלו "ציפיה אנושית (גם אם לא – מכל וכל – אינטרס הסתמכות במובן המשפטי)" (ע"פ 5925/13 **זאהדה נ' מדינת ישראל**, פסקה י"ז (טרם פורסם, 23.4.2014)). נטען, כי יש בנתון זה כדי להשליך על העונש הראוי, וכי לא לחינם העיד בית הדין קמא על עצמו כי התלבט בעניין זה, וכי שקל להורות על ריצויו של עונש המאסר בפועל בדרך של עבודה צבאית, גם אם לתקופה ממושכת יותר.

17. לגופו של עניין, נטען על ידי ההגנה כי נסיבות העבירה אינן מצויות ברף הגבוה של החומרה. כך, נטען כי המערער לא היה יוזם המעשים או בעל העניין בהם, ובניגוד למקרים אחרים, מעשיו אינם מקימים עבירה נוספת של מעשה מגונה; התמונות עצמן לא צולמו על ידי המערער, ונוכח אי-היכרותו עם המתלוננת, אין גם פגיעה ישירה בערך האמון ביניהם; המערער פעל באופן ספונטני, מתוך שיקול דעת רגעי מוטעה, על מנת לרצות את סמל עומרי - ולא כדי לחבור לרצונו של הלה להתנקם במתלוננת; התמונות שהופצו אינן מתעדות אקט מיני, הן הופצו פעם אחת בלבד לקבוצת "וואטספ" סגורה ומצומצמת, ונמחקו לאחר מכן על ידי המערער ממכשירו הסלולארי, מיוזמתו - ולפי הנטען בערעור, מתוך חרטה.

18. הוטעם, כי בפועל, המערער הוא היחידי שנותן את הדין בגין המעשים, שכן, כאמור, סמל עומרי עזב את הארץ עוד קודם שהוגש כתב האישום בעניינו. נטען, כי לעומת סמל עומרי, נטל המערער אחריות על מעשיו (כפי שהתרשמה גם עורכת התסקיר לעונש), הפליל את סמל עומרי וצפוי לשמש עד מרכזי נגדו. המערער אף התנצל בפני המתלוננת, והביע רצון לפצותה (הגם שהוער על ידי ההגנה, כי עדותה בדבר הנזק שנגרם לה לא נתמכה בראיות חיצוניות).

19. נטען, כי די היה בחלוף הזמן מאז המעשים ועד לגזירת הדין - כשלוש שנים תמימות - כדי להביא להוראה בדבר ריצוי המאסר בדרך של עבודה צבאית, ולא בדרך של כליאה, מה גם שחלפה כשנה ומחצה מאז סיים המערער את שירותו. בינתיים, החל המערער את דרכו כאזרח; תוצאותיה הרישומיות של ההרשעה צפויות להכביד עליו ממילא; הוא עצמו מסייע כלכלית לאביו, הסובל מנכות בשיעור של 100 אחוזים, ולאמו, העובדת במשרה חלקית בלבד וסועדת את האב. נטען עוד, כי במכלול הנסיבות, היה על בית הדין קמא לייחס משקל רב לאמור בתסקיר לעונש, שם נקבע סיכון נמוך להישנות התנהגות דומה מצד המערער בעתיד. המלצתה של עורכת התסקיר, בדומה לעתירת ההגנה, הייתה על ענישה בעלת אופי חינוכי, שתתמוך בשאיפתו של המערער לנהל אורח חיים תקין, בדגש על חלופת מאסר.

20. נוכח כלל האמור, נטען כי נתוני המקרה, לצד מדיניות הענישה הנהוגה במקרים חמורים יותר, לא הצדיקו קביעת מתחם שבין 100 ל-200 ימי מאסר בפועל; וכי מכל מקום, היה על בית הדין קמא לקבוע את עונש המאסר ברף התחתון של המתחם שנקבע, ולהורות, כאמור, על ריצויו בדרך של עבודה צבאית. ההגנה אף הביעה את הסכמתה להחמרתו של רכיב המאסר בפועל, אם ירוצה בדרך של עבודה צבאית, ואף להגדלתו של סכום הפיצוי למתלוננת.

תשובת התביעה

21. התביעה עתרה להימנע מלהתערב בפסק הדין של הערכאה קמא ולהותירו על כנו. הודגש, כי אף בהיעדר תכנון מקדים, ביצועה של העבירה הנדונה, במרחב הווירטואלי, מתאפיין במיידיות, ב"נצחיות" ובהתממשות של פוטנציאל הנזק. כראיה לכך, הוטעם כי המתלוננת (שעדוּתה זכתה לאמונו של בית הדין קמא, ולכן איננה נדרשת לתימוכין ראייתיים), עודנה מקבלת הודעות בעקבות פרסום תמונותיה, והשלכות הפרסום מלוות אותה גם כיום. המערער, מצידו, לא נקט צעדים לצמצום הנזק, שכן מחיקת התמונות בוצעה במכשירו הסלולארי, ולא בקבוצת ה"וואטספ" שאליה נשלחו. לאור האמור, גרסה התביעה כי מדיניות הענישה הראויה בעבירות מסוג זה, לנוכח היבטי גמול והרתעה, היא של מאסר בכליאה ממשית, וכי המערער (שעונשו נגזר בשליש התחתון של מתחם העונש ההולם שנקבע) אינו יכול להיבנות מן ההחלטה לבחון את התאמתו לריצוי העונש בדרך של עבודה צבאית, מה עוד שהחלטה זו לוותה בהבהרה, כי אין בה כדי ללמד על החלטתו הסופית של בית הדין בנושא.

22. עוד נטען, כי נטילת האחריות של המערער איננה מלאה, נוכח גלגול האחריות לאירוע על סמל עומרי. בואר, כי האחרון אמנם נמצא בחו"ל, אך מיד כשישוב ארצה, ניתן יהיה לחדש את ההליכים בעניינו, כך שאין לטעון להפליה בין שני המעורבים באירוע. אשר לחלוף הזמן, הודגש כי כתב האישום הוגש בחודש מאי 2019, כארבעה חודשים בלבד לאחר סיומה של החקירה וכחודשיים לאחר קיומו של שימוע בתיק. מאז הרשעתו של המערער, ביום 10.12.2019, נדחו הדיונים בתיק מפאת אילוצים שונים, ברובם המכריע שלא ביוזמת התביעה - ומכל מקום, נושנותה של עבירה כמו זו הנדונה כאן איננה השיקול העיקרי, בהינתן הפגיעה הנגרמת עדיין למתלוננת, כאמור לעיל.

דיון והכרעה

23. בע/45/19 סמל כוהניאן נ' התובע הצבאי הראשי (2019) נסקרה בהרחבה ההיסטוריה החקיקתית של עבירת ההטרדה המינית על ידי פרסום משפיל, אשר

הוספה לספר החוקים בשנת 2014, כשלצידה עונש מרבי של חמש שנות מאסר - מתוך ראיית המחוקק את הפרסום לא רק כפגיעה בפרטיות, אלא גם כהטרדה מינית חמורה. עוד הוזכרה שם פסיקתו של בית המשפט העליון, אשר התוותה את הענישה המחמירה הראויה לעבירה זו,

"בין היתר לשם הרתעת הרבים. הפצתו של תיעוד מבזה או משפיל המתמקד במיניותו של אדם היא תופעה פסולה מכול וכול. הפצת סרטונים מיניים מבזה את המופיעה בהם – ועל פי רוב זו אישה או נערה צעירה... תוך חדירה להיבטים הפרטיים ביותר של חייה... המתועדת, מוצגת בתור אובייקט מיני להנאת הצופים והשומעים. היא נחשפת לעיני כול, פשוטו כמשמעו, בלי שביקשו את הסכמתה. יסוד ההסכמה חשוב במיוחד, שכן הוא מבטא את האוטונומיה של הפרט במובנה המובהק ביותר, דהיינו בהחלטות של אדם אילו פרטים אינטימיים לחשוף לאחרים, למי לחשוף אותם ובניסיונו לשלוט בדימוי שלו בקרב מכריו ובציבור בכלל".

(ע"פ 5090/18 **מדינת ישראל נ' פלוני**, פסקה 10 (טרם פורסם, 18.11.2018)).

וכפי ששב בית המשפט העליון והטעים, בימים אלה, "לאור הפגיעה הקשה בקורבן הנלווית לביצוע העבירה, ובשים לב לכך שלא פעם האפשרות לאתר את העברייני מוגבלת ביותר, נחוצה לגישתי מדיניות ענישה מחמירה, אשר תרתיע עבריינים פוטנציאליים מלבצע את מעשיהם" (רע"פ 1024/21 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 9 (טרם פורסם, 17.3.2021)).

24. דומה, כי הקלות שבה הועברו תמונותיה האינטימיות של המתלוננת ממכשירו של סמל עומרי אל מכשירו של המערער, וממנו אל קבוצת ה"וואטספ" המיועדת לשיתוף תכנים מיניים - היא בבחינת דוגמה מובהקת לרעה החולה שעמה ביקש המחוקק להתמודד, באמצעות חקיקת העבירה. וכפי 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/33,26/19 **סמל נהרי נ' התובע הצבאי הראשי** (2019), והאסמכתאות שם).

25. אכן, לא היה זה המערער שצילם את התמונות, או הפר אמון אשר נתנה בו המתלוננת באופן אישי - ואין נטען כי ביקש, כמו סמל עומרי, להתנקם במתלוננת. ברם, משהיה המערער מודע למניעיו של סמל עומרי בהפצת התמונות, ונקט צעדים שאפשרו את הוצאת הדבר אל הפועל, עד כדי צירוף פרופיל ה"פייסבוק" של המתלוננת, ובו שמה המלא ותמונתה, אל התמונות שהפיץ - הפך, בהכרח, כפי שציין בית הדין

קמא, לשותף שווה בביצוע המעשים. לא לחינם, "על פי התיקון, האחריות הפלילית להפצת תמונה או סרטון פוגעניים מיוחסת לא רק לאדם הראשון ב'שרשרת ההפצה' - אלא גם לכל אדם שקיבל לידי את אותם תמונה או סרטון, ובחר להעבירם הלאה" (ע"פ 8863/15 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסק דינה של השופטת ברון (טרם פורסם, 7.6.2016)).

26. משנקט המערער צעדים אקטיביים להפצת התמונות, אל פלטפורמה שמטרתה המוצהרת היא **שיתוף** תכנים מיניים - אין תימה כי המתלוננת, שדבריה זכו לאמון מלא בבית הדין קמא, עודנה מקבלת הודעות מטרידות, על כל ההשלכות הנובעות מכך (ואשר תוארו בפירוט בעדותה), גם בחלוף שנים :

"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'". (ע"פ 5090/18 **פלוני הנ"ל**, פסקה 10).

27. לכל אלה מצטרפת הפגיעה בערכי הרעות ויחסי האמון החייבים לשרור בין חיילים. אף אם התמונות צולמו במסגרת מערכת היחסים שבין סמל עומרי למתלוננת, ולא אגב ניצול תנאיו של השירות הצבאי - הרי היה זה אותו שירות משותף, של המערער ושל סמל עומרי, אשר הביא את המערער להיעתר לבקשתו של סמל עומרי. וכפי שציין המערער בעדותו במסגרת הטיעונים לעונש, "עומרי היה טבח, אני הייתי חדש בגדוד ורציתי חברים חדשים. לא בדרך הנכונה".

28. לנוכח האמור, ועל אף התרשמותה של עורכת תסקיר העונש מסיכון נמוך להישנות המעשים, לא ראינו להתערב במתחם העונש ההולם שנקבע בבית הדין קמא, הנע בין 100 ל-200 ימי מאסר בפועל. מתחם זה קל יותר, בצדק, מזה שאושר בע/45/19 **סמל כוהניאן הנ"ל**, של ששה עד שנים-עשר חודשי מאסר בפועל - היות שבענייננו, בשונה מעניין **כוהניאן**, אין מדובר כאמור בניצול של מערכת יחסים שבין המפיץ לנפגעת העבירה, ואין המדובר בתכנון של ההפצה ובהפצה חוזרת, כבנסיבות הנדונות שם (ראו והשוו את משתני החומרה שהוגדרו בע"פ 5090/18 **פלוני הנ"ל**, בפסקה 14, ובהם 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).

29. אף בהעמדת עונשו של המערער, בתוך המתחם, על 135 ימי מאסר לריצוי בפועל, לא ראינו להתערב. בתקופה זו של מאסר יש כדי לשקף נכונה את ההתחשבות בהודאתו של המערער באשמה, בשיתוף הפעולה שלו בחקירה ובנכונותו להתנצל בפני המתלוננת ולפצותה. עוד מגלם העונש את ההתחשבות בנסיבותיו האישיות והמשפחתיות של המערער, ואת הפגיעה של העונש במשפחתו, שבה הוא תומך כלכלית.

30. על אף האמור, סברנו כי יש להתערב בהחלטה על **אופן ריצוי העונש**. תחילה, נציין כי בעובדת הפנייתו של המערער לראיון לבחינת התאמתו לריצוי עונש מאסר בדרך של עבודה צבאית, כשלעצמה, אין כדי להביא לקבלת הערעור, שכן, כאמור גם בפסיקה שאליה הפנתה ההגנה, "עצם החלטת בית המשפט להורות על קבלת חוות דעת מטעם הממונה על עבודות שירות אינה מקימה אינטרס ציפיה בר הגנה" (ע"פ 1438/14 **בראזי נ' מדינת ישראל**, פסקה 9 (טרם פורסם, 26.3.2014)); ועניינו, אף לדידה של ההגנה, אינו נמנה עם מקרים שבהם אין כל אפשרות סבירה להשתת מאסר לריצוי בדרך של עבודה צבאית, שאז הפניה לראיון כאמור תהיה "משגה אשר יתכן כי נכון יהיה להביאו במניין שיקולי הענישה בשלב הערעור, גם אם כשיקול משני, שהרי מדובר בסוג של עינוי דין שלא הייתה לו הצדקה" (ע"פ 4609/14 **בסט נ' מדינת ישראל**, פסקה 32 (טרם פורסם, 1.3.2015)).

לצד זאת, לא למותר להזכיר, כי "ייתבו בתי המשפט לנהוג אם יזמינו חוות דעת מן הממונה על עבודות שירות רק בשעה שיגיעו לכלל סברה מגובשת, כי אם תהא חוות הדעת חיובית אכן יגזרו עונש שירות בעבודה" (ע"פ 8704/08 **הייב נ' מדינת ישראל**, פסק דינו של השופט רובינשטיין (טרם פורסם, 23.4.2009)).

31. נדגיש, כי ברגיל, ראוי היה, מטעמים של הלימה והרתעה, להורות, כפי שעשה בית הדין קמא, כי עונשו של המערער ירוצה **כולו בדרך של כליאה ממשית**. ברם, כידוע, "מלאכת הענישה היא לעולם אינדיבידואלית, וכרוכה ברכיבים הנוגעים למעשה העבירה וכן לעושה המסוים שחטא בה" (רע"פ 5248/20 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 4 (טרם פורסם, 18.8.2020); ע/6/17 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל סולימאני** (2017)). בעניינו, אין להתעלם **מחלופ הזמן** מאז ביצוען של העבירות - **למעלה משלוש שנים**. אמנם, כמבואר לעיל, ייחודה של העבירה שבה הורשע המערער, בין היתר, הוא ב"נצחיות" התמונות, משעה שהופצו. אלא שההליך בעניינו של המערער התמשך וחרג, באופן ניכר, מפרקי הזמן המאפיינים את מערכות האכיפה והשיפוט הצבאיים (ראו,

למשל, ע"ת/31/06 **התובע הצבאי הראשי נ' סא"ל מזור**, פסקה 8, והאסמכתאות שם (2008)). כתב האישום הוגש רק בחלוף **כשנה ושלושה חודשים** מאז ביצוען של העבירות; ואף לאחר שהודה המערער והורשע במיוחס לו בכתב האישום המתוקן, בחודש דצמבר 2019 - חלפה **למעלה משנה** עד לגזירת דינו, מסיבות שונות, שבעיקרן לא היו תלויות בהגנה. במשך כל אותו זמן, נותר המערער במצב של חוסר ודאות מתמשך, ויש בכך כדי להשפיע על עונשו, ולהצדיק, בנסיבות ייחודיות אלה, הקלה בעונש המאסר בפועל, כך שחלקו יומר למאסר שירוצה בדרך של עבודה צבאית (ראו, למשל, ע"פ 7704/13 **מרגולין נ' מדינת ישראל**, פסקה 38 לפסק דינו של השופט שהם (טרם פורסם, 8.12.2015)). אכן, "העיקרון המקובל על כולנו הוא כי על העונש להינתן, ולהתבצע, קרוב ככל הניתן למועד ביצוע העבירה, ולעומת זאת עונש הניתן זמן רב לאחר ביצוע העבירה מאבד הרבה מכוחו המרתיע, כאשר מנגד רואים את הנאשם בתקופה זו כמי שנשא בעונש, כאשר חרב הדין מתהפכת מעל לראשו" (ע"פ 2103/07 **הורוביץ נ' מדינת ישראל**, פסקה 337 (טרם פורסם, 31.12.2008)).

32. בהינתן כלל האמור, מצאנו לקבל חלקית את עתירת ההגנה, ולהורות כי 45 ימים, מבין 135 ימי המאסר בפועל שהושתו על המערער, ירוצו בדרך של כליאה, בעוד היתרה תרוצה בדרך של עבודה צבאית, בתנאים הקבועים בחוות דעתה של רמ"ד שיקום במקמצ"ר מיום 20.12.2020.

33. אין שינוי ביתר רכיבי העונש שהושתו על המערער, בהוראה בדבר חפיפת העונשים בגין שתי העבירות שבהן הורשע, ובסכום הפיצויים שנפסק למתלוננת.

סוף דבר

34. מצאנו, אפוא, לקבל חלקית את ערעור ההגנה על חומרת העונש שהוטל. המערער יתייצב לריצוי 45 ימי מאסר בכליאה ממשית בבס"כ 416 ביום 5.4.2021, עד השעה 11:00.

35. לאחר שישלים את תקופת הכליאה, ירצה המערער את יתרת המאסר בפועל שהוטל עליו, למשך 90 ימים נוספים, בדרך של עבודה צבאית. עליו להתייצב לשם כך במקום ובמועד, כפי שתורה לו רמ"ד שיקום במקמצ"ר.

ניתן והודע היום, י"א בניסן התשפ"א, 24 במארס 2021, בפומבי ובמעמד הצדדים, ויועבר לעיונה של רמ"ד שיקום במקמצ"ר.

שופט

שופטת

המשנה לנשיא

למקור

נאמן

העתק

חתימת המגיה: _____

לביא

עדי

סמ"ר

הדין

בית

קצינת

תאריך: _____