תיק מטכ"ל מחוזי 387/21

בבית הדין הצבאי פיקוד מטכ"ל

לפני:

**סא"ל רינת לוי-מוסקוביץ' - אב"ד**

**סא"ל שאול ארבל - שופט**

**סא"ל אוריין מרציאנו - שופט**

בעניין:

**התביעה הצבאית**

**נ'**

1. **ב/טור' מ.ח (בידי רס"ן מאי ארבל)**
2. **פ/ רס"ן (במיל') ה.ח. (בידי עוה"ד קובי מרגולוב ואלון הראל)**

 **גזר דין**

**רקע**

1. ביום 25.3.2021 הוקרא בבית הדין הצבאי לערעורים פסק דין במסגרת הליך משפטי שהתקיים בדלתיים סגורות כנגד הנאשם מס' 1 (להלן: "**נאשם 1**"), במסגרתו אושר גזר דינה של ערכאה קמא. פרטי ההליך נאסרו בפרסום וכן נאסר פרסומה של זהות הנאשם 1.
2. בסמוך לאחר מכן נערך בבית הדין הצבאי לערעורים דיון בבקשת הכתב מר יואב זיתון (להלן: "**הכתב**") לבטל או לצמצם את איסור הפרסום האמור. בדיון זה, אשר התנהל בדלתיים פתוחות, נכח גם הנאשם מס' 2, אחיו של הנאשם 1 (להלן: "**נאשם 2**"), אשר היה אותה עת בשירות מילואים פעיל. בסיום הדיון, לאחר יציאת השופטים מהאולם, הרים הכתב את מכשירו הסלולארי (להלן: "**הטלפון**") והחל לצלם ממרחק של מספר מטרים את נאשם 1 שהיה אזוק. או אז, התרחשו המעשים נשואי דיוננו, אשר עיקרם יפורט להלן. בגין מעשים אלו, הורשע הנאשם 1 בעבירות שעניינן היזק בזדון והתנהגות פרועה. הנאשם 2 הורשע בעבירות שעניינן סיוע להיזק בזדון, התנהגות פרועה והתנהגות שאינה הולמת את דרגתו ומעמדו בצבא.

**כתב האישום**

1. לפי כתב האישום בו הורשעו הנאשמים, הבחין הנאשם 2 בכתב מצלם את הנאשם 1, ניגש אליו ודרש ממנו להפסיק לצלמו. הנאשם 1 הצטרף לדבריו. הכתב הסביר לנאשמים כי להבדיל מהפרסום, הצילום עצמו כמו גם פרסום תמונה מטושטשת של הנאשם אינם מנוגדים לצו איסור הפרסום. הנאשם 2 התקרב לכתב, הנאשם 1 עמד מאחוריו והשניים דחקו את הכתב לפינת האולם. הם שבו ודרשו מהכתב מספר פעמים להפסיק לצלם את הנאשם 1 ולמחוק את התמונות שצילם. הנאשם 2 אף איים ליטול את הטלפון מידי הכתב.
2. אז, החל הנאשם 2 למשוך את הטלפון מידי הכתב שאחז בו בחוזקה, ובה בעת הכה נאשם 1 את הכתב באמצעות ידיו האזוקות. בשלב מסוים משך נאשם 2 את הטלפון בכוח, הדף את הכתב לאחור וציין שהוא עצמו קצין בצבא, הטלפון מוחרם וחל איסור לצלם את הנאשם 1. נאשם 2 מסר את הטלפון לנאשם 1 והשניים התרחקו לכיוון דלת היציאה. הכתב קרא ליתר הנוכחים לקחת חזרה את הטלפון ואף ניסה לקחתו מהשניים, אך הנאשמים חסמו את דרכו ומנעו ממנו להתקרב לטלפון. במקביל הגיעו לאולם מאבטחים ושוטרים צבאיים מבסיס הקריה, אשר ניסו להפריד בין הנאשמים לבין הכתב.
3. הנאשם 1 סירב לבקשת השוטרים להשיב את הטלפון, צעק לעבר הכתב "תעוף מפה", ואז הטיח מספר פעמים את הטלפון ברצפת האולם ובספסל עץ, עד שהפך בלתי שמיש, תוך שהוא צועק שהכתב עושה מעשה אסור שאינו חוקי.
4. יצוין, כי במהלך המעשים ולאחריהם, ניסה הכתב להתקרב לנאשם 1, להסביר לו כי פעל כחוק וכי בטלפון שמור מידע עיתונאי רגיש ואף לקחת מידיו את הטלפון. הנאשם 2 החזיק את הכתב ומנע ממנו להתקרב לנאשם 1 בכדי למנוע ממנו להמשיך ולנפץ את הטלפון. הנאשמים 1 ו-2 התפרעו והזיזו חלק מספסלי האולם ממקומם, ובמהלך ההתפרעות נפל נאשם 1 על הרצפה.
5. הנאשם 1 לא שעה לבקשת השוטרים למסור להם את הטלפון ועשה כן רק לאחר שיח ממושך עם השוטרים הצבאיים ועם גורמי האבטחה. זאת, לא לפני שדחף את הכתב לאחור, הדף את מי שניסה להתקרב ולהפריד בין הנאשמים לבין הכתב ולאחר שנאשם 2 צעק על הכתב וחצץ בינו לבין נאשם 1. בסופו של דבר, כאמור, מסר הנאשם 1 את הטלפון המנופץ לשוטרים ולגורמי האבטחה, והטלפון הוחזר לכתב.
6. במהלך האירוע נגרמו לכתב חתך באורך מספר סנטימטרים בידו הימנית, חבורות בידו וסימן אדום בפניו. לנאשם 1 נגרמו שברים בצלעות וחבלות בחזה ובברכיים.
7. תיק החקירה החל בעקבות תלונה שהגיש הכתב במשטרת ישראל. במהלך החקירה, הודה הנאשם 1 בכלל המיוחס לו, ואילו נאשם 2 הכחיש את המיוחס לו.

 **עתירת הצדדים לעניין העונש**

**רכיבי הענישה המוסכמים**

1. אחר הליך גישור מורכב, הציגו הצדדים הסדר טיעון חלקי בנוגע לשני הנאשמים; הצדדים הסכימו על הטלת עונש מאסר מותנה שאת משכו הותירו לשיקול דעתנו. כן הסכימו על הטלת רכיב ענישתי שעניינו פיצוי לטובת הכתב, בסך 1,500 מידי נאשם 1 ובסך 1,000 מידי נאשם 2.הצדדים נחלקו באשר לרכיבי הענישה הנוספים, אשר עניינם כליאה לגבי נאשם 1 והורדה בדרגה לגבי נאשם 2. בסופו של דבר סוכם, כי יטענו באופן חופשי ביחס אליהם, כפי שיפורט להלן.

**עתירת התביעה בנוגע לרכיבי הענישה שבמחלוקת**

1. בנוגע לנאשם 1 עתרה התביעה להטלת מאסר בפועל, תוך שהגבילה עתירתה לשני חודשי מאסר, וביקשה כי אלו ירוצו במצטבר לעונש שנגזר על הנאשם בתיקו הקודם. התביעה ציינה כי עתרה לענישה מדודה ביחס לנאשם 1, וזאת לנוכח נימוקיה של ההגנה בעניינו. בנוגע לנאשם 2, הסתפקה התביעה בעתירה יחידה שעניינה הורדה בדרגה, לדרגת סרן. התביעה ציינה לשאלתנו, כי הכתב מכיר את הסדר הטיעון וביקש שלא להוסיף מעבר לכך.
2. התביעה הציגה לעיונינו מספר פסקי דין הנסובים על עבירת ה**היזק** **בזדון.** היא הדגישה כי קשה לגזור מפסיקה זו גזירה שווה לענייננו, לנוכח מהות הפגיעה - לא רק בקניינו של הכתב כי אם גם בחופש העיתונות, כמו גם לאור הפרת הסדר בבית הדין הצבאי לערעורים, על החומרה הניבטת מכך. התביעה הגישה לעיונינו את פסק דינו של הנאשם 1, אשר נידון בגין שורת עבירות חמורות לשנות מאסר ממושכות, בפרשה שנקבע לגביה כי היא אחת מהפרשות החמורות שהובאו בפני בתי הדין הצבאיים. בנוגע לנאשם 2 הגישה התביעה את תדפיסו האישי, ממנו עלה כי הלה שירת בצה"ל משנת 1995 ופרש בשנת 2021, ומאז ביצע מילואים לתקופות ממושכות. כן הוסכם בין הצדדים כי שירת במילואים אף מעבר לאמור בתדפיס.

**עתירת ההגנה**

**נאשם 1**

1. הסנגורית של נאשם 1 (להלן: "**הסנגורית**") ביקשה להימנע מלהטיל על מרשה עונשים נוספים לבד ממאסר מותנה ופיצוי. הסנגורית טענה, כי אם בכל זאת ייגזר על מרשה עונש מאסר בכליאה, הרי שיש להחילו בחופף לעונש המאסר אותו הוא מרצה.
2. הסנגורית טענה כי הפסיקה שהציגה התביעה התאפיינה בתכנון או בבקשת נקם, שנעדרים בענייננו. לטענתה אותה תמכה בפסיקה, מרבית פסקי הדין הנסובים על היזק בזדון מסתיימים לכל היותר בהשתת מאסר בדרך של עבודה צבאית, ולעתים במאסר צופה פני עתיד בלבד. כן טענה הסנגורית, כי הטלת עונש מאסר תפגע בסיכויו של הנאשם 1 לקבל ניכוי מעונשו, וכי לא קיימים שיקולי גמול ייחודיים המצדיקים הטלת ענישה מצטברת.
3. הסנגורית מיקדה את טיעונה בסוגיית מידת האשם של נאשם 1. היא טענה כי נאשם 1 פעל בהלך רוח מיוחד של תחושת **פחד** **וסערת** **רגשות**, וביקשה כי נשקיף על מעשיו מנקודת מבטו וראות עיניו שלו. הסנגורית חידדה, כי בסמוך לפני האירוע אבדה תקוותו של הנאשם 1 להקלה בעונש. יתרה מכך, מעשיו של הנאשם נעוצים בחששו הכבד לביטחונו ככל שהפרשה תפורסם, והסנגורית ציינה כי פרסום הפרשה נאסר, ולא בכדי, בין היתר בשל חשש לביטחונו. צוין, כי הנאשם אינו עורך דין כך שלא ידע להבחין בין הצילום עצמו - שהוא מותר, לבין פרסומו האסור לפי צו איסור הפרסום. כן עמדה הסנגורית על כך שבפעולת הכתב היה מימד **מקנטר** מסוים, וכי הנאשם **התחרט** מיד לאחר האירוע. הסנגורית אף הציגה לעיוננו אסופת מסמכים אשר לסדנאות שונות שעבר הנאשם בתקופת הכליאה עד כה.
4. הנאשם 1 ציין בדברו האחרון כי טעה אך התחרט באופן מידיי, כי הציע לכתב לשלם על הטלפון שלו וכי במהלך האירוע הוא היה נתון בסערת רגשות בעקבות אובדן שבריר התקווה להקלה בעונשו, בסמוך קודם לכן. עוד ציין שהוא בעל משפחה וילדים, וכי את העונש הצפוי לו בתיק זה הוא צפוי להתחיל לרצות רק בעוד ארבע שנים.

**נאשם 2**

1. הסנגור של נאשם 2 (להלן: "**הסנגור**") ביקש כי נימנע מלהוריד בדרגה את הנאשם 2. הוא הגיש אסופת מסמכים, לרבות מסמכים רפואיים, המלצות ותעודות הצטיינות שצבר הנאשם 2 ברבות השנים, בתקופות שונות במהלך שירותו הצבאי. הסנגור עמד על כך שלנאשם שני תארים גבוהים במתמטיקה ובמדעי המחשב וכן במנהל עסקים, וכי הוא סבל בעבר ממחלה אשר הובילה לקביעת אחוזי נכות, אשר בגינה הוא מתקשה למצוא עבודה. הסנגור הסביר כי זהו הרקע לכך שמרשו משרת תקופות ארוכות במילואים בתנאי קבע.
2. הסנגור עמד על תפקידו של הנאשם 2 במילואים בתנאי קבע כמפקד בית מלאכה, תפקיד שלטענתו קצין בדרגת סרן אינו יכול למלא. להשקפת הסנגור, בנסיבות ענייננו, עתירת התביעה להורדה בדרגה נושאת בחובה לא רק נפקות הצהרתית כי אם נפקות כלכלית משמעותית, אשר צפויה להשפיע על משפחתו של הנאשם ועל ילדיו הקטינים.
3. הסנגור הצטרף לדברי הסנגורית בנוגע להלך הרוח של הנאשם 2, אשר חשש אף הוא מפרסום שם המשפחה, על הסכנה הכרוכה בכך לפגיעה בשלומה ובטחונה, בשים לב גם למגזר אליו משתייכים הנאשמים. אף הוא עמד על הקינטור של הנאשם בידי הכתב.
4. לטעמו של הסנגור, אין זה הוגן שבעקבות מעשה יחיד שנעשה בסערת רגשות שלא במסגרת התפקיד, תיפגע דרגה אותה הרוויח הנאשם בעמל רב, ובתוך כך ייפגע מקור פרנסתו של הנאשם, וזאת בנוסף לרישום הפלילי ולעונש המאסר המותנה שילווהו מעתה. הסנגור אף הגיש פסיקה ענפה לעניין רכיב ההורדה בדרגה.
5. הנאשם 2 לקח בדברו האחרון האחריות על מעשיו והביע צער עליהם. כן ציין כי עבד קשה כדי לקבל את דרגת הרס"ן וביקש כי נימנע מליטול אותה מידיו.

**דיון והכרעה**

1. תיקון 113 לחוק העונשין (התשל"ז-1977) במסגרתו ביקש המחוקק להבנות את שיקול הדעת בענישה קובע, כי העיקרון המנחה בענישה הוא עקרון **ההלימה.** עיקרון זה מבקש להבטיח יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם, לבין סוג ומידת העונש המוטל עליו.
2. לפי הוראות סעיף 40ג(א) לחוק העונשין, יש לקבוע ביחס לכל אירוע מתחם עונש הולם, המהווה אמת מידה נורמטיבית אשר משקללת את הערכים החברתיים שנפגעו כתוצאה ממעשה העבירה, את מידת הפגיעה בערכים אלו, את מדיניות הענישה הנהוגה ביחס לעבירה ואת נסיבות ביצועה, לרבות מידת אשמו של הנאשם (ע"פ 1323/13 **חסן נ' מדינת ישראל** (נבו 5.6.2013)). לאחר מכן, יש לקבוע את עונשו של הנאשם בתוך המתחם, בהתאם לנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה. סעיף 40ג(ב) לחוק מאפשר לבית המשפט לחרוג ממתחם העונש ההולם, לחומרה - משיקולי הגנה על שלום הציבור, או לקולה - משיקולי שיקום.
3. בענייננו, הציגו הצדדים כאמור הסדר טיעון חלקי, הכולל רכיבי ענישה מוסכמים לצד רכיבי ענישה המצויים במחלוקת. בטרם נדון בעתירת הצדדים לעניין עונשם של הנאשמים, נבחן כמצוות המחוקק את מתחם הענישה ההולם, תוך בחינת הערכים החברתיים בהם פגעו הנאשמים, מדיניות הענישה ביחס אליהם ונסיבות ביצוע העבירות, לרבות מידת אשמם של הנאשמים.
4. נציין, כי בשאלה האם העבירות אותן ביצע הנאשם מהוות אירוע אחד או מספר אירועים, מצאנו כי מדובר במסכת עבריינית אחת, הכוללות עבירות בעלות קשר ענייני הדוק, אשר אירעו באותו הזמן ובאותו המקום, כאשר עבירת ההתפרעות סייעה ואפשרה את עבירת ההיזק בזדון ([ע"פ 4910/13](removed.url) **אחמד ג'אבר נ' מדינת ישראל** (נבו 29.10.14)). בנסיבות אלו, להשקפתנו מדובר באירוע אחד אשר ניתן לקבוע לגביו מתחם ענישתי אחד, כאמור בסעיף 40 יג לחוק העונשין. לקביעת מתחם ענישה זה נעבור כעת.

**הפגיעה בערכים החברתיים**

1. חומרה של ממש נשקפת ממעשיהם של הנאשמים בענייננו; אלו פגעו באופן משמעותי מאד בקניינו ובכלי עבודתו של כתב צבאי, והם מגלמים אף פגיעה בחופש העיתונות ובהבטחת האפשרות של גורמי תקשורת לבצע את תפקידם החיוני בחברה דמוקרטית, ללא מורא ופחד. התפרעותם של השניים והשימוש באלימות הובילו אף לנזק גוף לכתב כמו גם לנאשם 1, תוך פגיעה בשלמות גופו של אדם. האירוע כולו התרחש באולם בית הדין הצבאי לערעורים, מעוז החוק והמשפט בצה"ל, ולא בכדי הוזעקו למקום כוחות שיטור ואבטחה רבים, אשר ביקשו לשמור על הסדר הציבורי במקום, כראוי לו.
2. מצאנו לנכון להדגיש כבר כעת, כי בראייתנו יש להבחין בין מידת הפגיעה הנשקפת לאינטרסים המוגנים במסגרת העבירות בהן הורשע הנאשם 1, לבין מידת הפגיעה הנשקפת להם במסגרת העבירות בהן הורשע נאשם 2, לא רק מבחינת מהות העבירות וההרשעה בסיוע להיזק בזדון אל מול העבירה המושלמת, (וכידוע, לפי סעיף 32 לחוק העונשין התשל"ז - 1977 עומד עונשה המירבי של עבירת הסיוע על מחצית מעונשו המירבי של המבצע) כי אם מבחינת טיב ומהות המעשים וחומרתם.
3. אמנם, הנאשם 2 היה הגורם שהבחין בצילום, החל את האירוע כולו ומשך את הטלפון בכוח מידי הכתב שהחזיק בו בחוזקה, תוך דחיפתו אחור. הוא אף עשה שימוש בתפקידו תוך שקבע שהוא קצין והטלפון מוחרם. לפיכך, אף כי לא היה במעשיו כדי לפגוע באמון חייליו של הנאשם 2, שכן אין מדובר במעשה שנעשה במסגרת תפקידו או ביחידתו, היה בהם כדי לפגוע באמון הציבור במובנו הרחב, שכן הנאשם ביצע את כלל האמור בעודו לובש מדים. כן פגעו מעשיו בדוגמה האישית המתחייבת ממפקד ומקצין לובש מדים.
4. ואולם, התרשמנו כי חלקו של הנאשם 2 באירוע כולו היה קטן משמעותית מזה של הנאשם 1; הנאשם 1 היה זה אשר הדף את הכתב מספר פעמים, היכה אותו בידיו האזוקות, הטיח בחוזקה את הטלפון פעם אחר פעם על הרצפה ועל ספסלי העץ עד שהפך בלתי שמיש. כן דחף את הכתב לאחור והדף את מי שניסה להתקרב ולהפריד בין הנאשמים לבין הכתב ואף סירב להישמע לגורמי השיטור. לנאשם זה אף נגרם נזק רפואי בצלעות, מה שעשוי ללמד על טיב ההתנהגות הפרועה בה נקט. לעומתו, הנאשם 2 אשר אמנם החל באירוע, התמקד במהלכו בעיקר בחציצה בין הנאשם 1 לגורמי השיטור והאבטחה, והאלימות שהפעיל נסובה בעיקר על משיכת הטלפון הנייד מידי הכתב שהחזיק בו בחוזקה תוך הדיפתו אחור.

**מדיניות הענישה הנוהגת**

1. הצדדים הציגו לעיוננו בעיקר פסיקה העוסקת בעבירת ההיזק בזדון;

ע/64/16 **רב"ט דביר נ' התובע הצבאי הראשי** (נבו 5.4.2017) במסגרתו נגזרו חודשיים מאסר בכליאה, קנס בסך 5,000 והורדה לדרגת טוראי על מי שהזיק לרכבו של מפקדו בדרך של שבירת פנס ומראה ובעיטה בפגוש. היה זה לאחר שהמפקד הורה על שיפוטו המשמעתי של המערער. המערער ביצע את המעשים לאחר תכנון, מתוך נקם והגם שמפקד אחר ניסה לגרום לו לחדול ממעשיו. בית הדין הצבאי לערעורים הקל בעונשו במידת מה והעמדו על ארבעים ימי כליאה, וזאת לפנים משורת הדין, לאחר שעבר תאונת דרכים שחייבה טיפול רפואי אינטנסיבי.

ע/18/98 **טור נעמת נ' התובע הצבאי הראשי** (1998) במסגרתו אושר בבית הדין הצבאי לערעורים עונש של ארבעים וחמישה ימי כליאה לצד מאסר מותנה, אשר הוטל על מי ששרטה במזיד את מכסה המנוע של מש"ק המשמעת ביחידתה לנוכח תפקידו.

1. מתוך הפסיקה שהגישה ההגנה, מצאנו רלוונטיים שני פסקי דין, העוסקים בפגיעה בקניין של בעל תפקיד על רקע תפקידו; האחד, תיק מטכ"ל 2859/14 **התובע הצבאי נ' טור' י.נ.** (5.10.2014) במסגרתו נגזרו מאסר מותנה וקנס על מי שגרם שורת נזקי רכוש לחדר הקב"נית לרבות ניפוץ דלת הזכוכית, בעיטה בחלון ואיומים כלפי בעלי תפקיד. בית הדין כיבד את ההסדר לנוכח הנסיבות הרפואיות שהובילו את הנאשם לביצוע העבירה, לרבות הפרעת אישיות גבולית עימה אובחן, כמו גם לנוכח התנדבותו והתעקשותו לשרת והבעת החרטה מצידו. השני, ת"פ (ב"ש) 14394-08-11 **מדינת ישראל נ' אבו צולב** (נבו 8.6.2015) במסגרתו גזר בית המשפט שורת עונשים שעיקרם מאסר מותנה, 200 שעות שירות לתועלת הציבור, צו מבחן והתחייבות כספית, על מי שהורשע בהתפרצות לבית עסק, גניבה והיזק לרכוש במזיד. זאת, תוך סטייה מממתחם העונש ההולם משיקולי שיקום שעיקרם טיפול גמילה מאלכוהול.
2. התקשינו ללמוד על רמת הענישה הראויה מהתקדימים אותם הגישה ההגנה, שכן בראשון מביניהם נגזר העונש תוך כיבוד הסדר טיעון, אשר אינו משקף בהכרח את רמת הענישה הראויה. בשני מביניהם סטה בית המשפט ממתחם הענישה ההולם משיקולי שיקום, ואולם לא סברנו כי בענייננו יש לומר כי הנאשם 1 בענייננו השתקם או שיש סיכוי של ממש שישתקם.
3. ואולם, גם פסקי הדין שהגישה התביעה אינם בהכרח מלמדים על מדיניות הענישה הראויה בענייננו; אמנם, בפסקי דין אלו נידון היזק לרכוש שביצעו חייל/ת כנגד רכוש של מפקד/בעל תפקיד. ואולם, בענייננו קיימים אלמנטים ייחודיים הנעדרים מאותם תקדימים; כך הוא, הואיל ובענייננו אין מדובר אך בהיזק לרכוש, כי אם בהתפרעות של ממש של שני אנשים מבוגרים בתוככי אולם בית דין, הכוללת הפעלת אלימות פיזית ומילולית אשר חייבו הזעקת כוחות שיטור ואבטחה.
4. הוספנו אם כן, ובחנו את מדיניות הענישה בעבירה שעניינה התנהגות פרועה או אירועי אלימות; בע/82/03 **קנטורסקי נ' התובע הצבאי הראשי** (נבו 22.3.2004), נידון מי שהורשע אחר שמיעת ראיות בעבירה שעניינה אלימות כלפי ממלא תפקיד, אשר הכה ובעט בשוטרי מצ"ח שהבחינו בו מנסה לעצור 'טרמפ' בניגוד להוראות. לאחר שנשקו האישי נלקח והועבר לשוטרים הצבאיים, שב ותקף שוטרת שישבה ברכב, וכאשר ניסו השוטרים להרחיקו ממנה הוא החל בבעיטות ובדחיפות כלפיהם. כתוצאה ממעשיו, נחבלו השוטרים קלות ונשברה שמשת הצד ברכב המשטרתי. לאחר האירוע אושפז המערער למשך חמישה ימים. באותו עניין דובר במי שפוטר מהשירות על רקע נפשי, והיה נשוי ואב לילד. הוטל עליו עונש חודש לריצוי בפועל בדרך של עבודה צבאית.
5. בע/56/07 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' טייץ וערעור שכנגד** (נבו 14.5.2007) נידון עניינו של מי שהיה מעורב באירוע אלים יחד עם מספר חיילים ביחידתו, והורשע בגין כך באלימות כלפי ממלא תפקיד. יצוין כי המשיב היה חלק מפרשיה, אשר הנאשם בעל התיק החמור במסגרתה נידון לחמישה וחצי חודשים, ואילו נאשמים אחרים שחלקם היה דומה לחלקו של הנאשם הורשעו כבענייננו בעבירה שעניינה התנהגות פרועה ונידונו לארבעים ימי כליאה ממשית. הוטלו על המשיב 60 ימי עבודה צבאית.
6. באנו לכלל מסקנה אפוא, כי ההיבטים המחמירים שצוינו לעיל, שעניינם התפרעותם של השניים בבית הדין הצבאי לערעורים, תוך הפעלת אלימות ואי הישמעות לגורמי השיטור והאבטחה, מחייבת את העלאת מתחם הענישה כולו כלפי מעלה ביחס לפסיקה שהוגשה בידי הצדדים בעבירת ההיזק בזדון לרכוש. זאת, לנוכח הצורך לשקף במסגרת מתחם הענישה גם את התפרעותם של הנאשמים, לבד מהפגיעה ברכוש.

**קביעת מתחמי הענישה**

1. נפנה אפוא לקביעת מתחמי הענישה בענייננו (על ההבדל שבין מתחם הענישה לבין טווחי הענישה בהסדר טווחים ראו לדוגמה ע"פ 512/13 **פלוני נ' מדינת ישראל** (נבו 4.12.2013)). בקביעת מתחם הענישה, נתנו דעתנו למדיניות הענישה שנקבעה בפסיקה, הן בעבירה שעניינה היזק בזדון והן בעבירת ההתפרעות. הבאנו בחשבון נסיבות נוספות הקשורות לביצוע העבירה, ובראשן הלך רוחם של שני הנאשמים בעת ביצוע המעשים, בשים לב לדבריו של הנאשם 1 אשר שטח לפנינו את התחושה בה היה נתון עת אפסה התקווה להקלה בעונשו דקות לפני האירוע. סברנו, כי תחושה דומה היתה מנת חלקו של אחיו, הנאשם 2. כמו כן, נתנו דעתנו לחששם של השניים מפרסום שמם ושמה של המשפחה, על רקע טיב המעשים בהם הורשע הנאשם 1 כמו גם מגזרם של שני הנאשמים. בבואנו לבחון את הסיבה לביצוע המעשים, ובהיעדר ראיות בנושא זה, הנחנו לטובת הנאשמים כי חרף הסבריו של הכתב, סברו השניים באמת ובתמים כי הכתב הוא זה שמפר את הדין, היינו את צו איסור הפרסום, וביקשו במעשיהם למנוע את פרסום תצלומם על החשש שבכך לביטחונם ולשלומם. נסיבות ייחודיות אלו מבחינות את ענייננו ממקרים אחרים של התפרעות או נקיטה באלימות.
2. בקביעת המתחם התחשבנו עוד בעובדה שמדובר במעשים שבוצעו באופן ספונטני, ללא תכנון מוקדם, בחלקו של כל אחד מהנאשמים באירועים, ובנזק שנגרם לכתב נזק הגוף והנזק הקנייני בטלפון שהוא כלי עבודתו. בנוגע לנאשם 2 שקלנו את העובדה שעשה שימוש בתפקידו על מנת לקבוע כי אסור לצלם וכי הטלפון מוחרם, כפי שאסור היה לו לעשות.
3. בסופו של יום, באנו לכלל קביעה, כי באשר לנאשם 1, יש לקבוע מתחם ענישתי הנע בין 45 ימי מאסר לריצוי בפועל ועד ל-75 ימי מאסר לריצוי בפועל. להבדיל, את חלקו של הנאשם 2 מצאנו כאמור פחות משמעותית מזה של הנאשם 1, והוא הורשע בעבירה שעניינה סיוע להיזק לזדון. מנגד, נאשם זה הורשע בנוסף גם בעבירה שעניינה התנהגות שאינה הולמת. בנסיבות כוללות אלו מצאנו שמתחם הענישה לגביו מתחיל ממאסר מותנה ומסתיים בחודש ימי מאסר לריצוי בפועל, אותו ניתן לרצות אף בעבודה צבאית, אך כי במסגרת רכיבי הענישה יש לשקול את האפשרות לפגוע בדרגתו של הנאשם 2 (לעניין זה ראו והשוו ע/88,89/11 **התובע הצבאי הראשי נגד אל"ם מור חיים** (2012)) במסגרתו נקבע כי בעקבות הרשעה בעבירת התנהגות שאינה הולמת, המבטאת בראש ובראשונה כישלון פיקודי וערכי, מתבקשת בחינת הטלת עונש של הורדה בדרגה).
4. זה המקום לציין, כי בעניינם של שני הנאשמים, לא מצאנו לחרוג ממתחם הענישה ההולם, לא לחומרה משיקולי ההגנה על שלום הציבור, ולא לקולה משיקולי שיקום (ראו סעיף 40ג(ב) לחוק העונשין).

**קביעת עונשיהם של הנאשמים בתוככי המתחם**

**נאשם 1**

1. בבואנו לקבוע את עונשו של הנאשם 1 בתוככי המתחם, התחשבנו בנטילת האחריות של הנאשם 1 על מעשיו, הן בחקירה והן לפנינו, בדבריו לפיהם מיד לאחר האירוע התחרט והציע לפצות את הכתב, בעברו הפלילי המכביד ובנזק הגוף שנגרם לו. נתנו דעתנו לאסופת המסמכים שהוגשה בעניינו, ואולם לא מצאנו כי יש ליתן למרבית הסדנאות שעבר הנאשם בכלא משקל ממשי בגזר הדין, בהיעדר קשר ישיר ואיתן דיו ביניהן לבין המעשים המתוארים בכתב האישום, פרט לסדנאות שעסקו בנושאים הקשורים לפתרון קונפליקטים ובעיות. כן נתנו דעתנו לשיתוף הפעולה של הנאשם 1.
2. סברנו, פה אחד, כי בגין המעשים שביצע הנאשם, ולנוכח חלקו הממשי בניפוץ הטלפון ובעיקר באלימות שהפעיל כלפי הכתב, יש למקם את עונשו בחלק האמצעי - עליון של מתחם הענישה. משהגבילה עצמה התביעה בעתירתה, מצאנו להיעתר לעתירתה במלואה, ולהעמיד את עונשו של הנאשם על חודשיים מאסר לריצוי בפועל. זאת, בשים לב לכלל הידוע לפיו אל לו לבית הדין להחמיר בעונשו של נאשם למעלה מן העונש המבוקש בידי התביעה ולהיות "יותר קטגור מהקטגור" (ראו לדוגמה ע/35/21 **טור' מור נ' התובע הצבאי הראשי** (נבו 18.10.2021)).
3. גם בשאלה האם יש מקום לצבור את העונש שהוטל במסגרת פסק דיננו זה לעונשו של הנאשם 1, או שמא יש לחפוף אותו, דעת כלל השופטים - כדעת התביעה. כידוע, סעיף 34(ב) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו 1955 קובע:

*"מי שנידון למאסר או למחבוש, ולפני שנשא כל ענשו חזר ונידון למאסר או למחבוש בשל עבירה אחרת, תקופת העונש השניה תתחיל מיד ובמקביל לראשונה, ואם נמצאה עודפת על הראשונה ישא לאחריה ביתרה; והוא, כשבית הדין שהטיל את העונש השני* ***לא הורה הוראה אחרת****".*

בדומה, קובע סעיף 45(ב) לחוק העונשין התשל"ז כך:

*"מי שנידון למאסר ולפני שנשא כל ענשו חזר ונידון למאסר, ובית המשפט שדן אותו באחרונה* ***לא******הורה******שישא******את******ענשי******המאסר****, כולם או מקצתם, בזה אחר זה, לא ישא אלא עונש מאסר אחד והוא של התקופה הארוכה ביותר".* (ההדגשות אינן במקור בית הדין).

1. בע"פ 7907/14 **ואזנה נ' מדינת ישראל** (נבו 22.2.2015) נדרש בית המשפט העליון לפרשנות סעיף 45(ב) לחוק העונשין. סעיף זה פורש כ:

"*הוראה טכנית פרשנית נייטרלית, שנועדה אך למלא את החסר מקום שבית המשפט* ***לא קבע*** *במפורש אם העונשים ירוצו באופן חופף או במצטבר*". נפסק, כי מוטל על בית משפט הגוזר עונש מאסר על מי שנדון למאסר בהליך קודם וטרם נשא את כל עונשו, **לדון** **ולהחליט** **בכל** **מקרה** **ומקרה** לגופו ולנסיבותיו **באופן** **מנומק**, האם העונש ירוצה **בחופף** או **במצטבר**".

באותו עניין נקבע עוד, כי:

"*ההסדרים הנורמטיביים בסוגיה זו עברו בשנים האחרונות שינוי מובהק לכיוון של* ***התרחקות מתפיסה*** *- פרשנית או מהותית - של עונשים חופפים כברירת מחדל, והענקת מעמד בכורה לתפיסה הבוחנת אירועים עברייניים נפרדים כל אחד בפני עצמו, תוך הפעלת שיקול דעת פרטני באספקלריה של* ***עקרון ההלימה****, אשר נקבע כעקרון המנחה בענישה*"... (ו)"*מחייב כי לכל מעשה עבירה בגינו הורשע הנאשם יינתן* ***ביטוי*** *הולם בקביעת עונשו, בעיקר כאשר מדובר באירועים נפרדים. במקרים כאלה,* ***חפיפת******עונשים******אינה******מתיישבת*** *לכאורה עם עקרון ההלימה, ובעיקר ככל שמדובר בחפיפה מלאה של עונשים, ומחייבת* ***הנמקה******משכנעת****.* (וראו עוד ע"פ 1552/15 **גואל נ' מדינת ישראל** (נבו 4.6.2015) ע/26/17 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' ולדיסלב אסטפייב** (נבו 29.3.2017)). (ההדגשות אינן במקור בית הדין).

1. לא זו אף זו; ברי, כי קביעה לפיה העונשים ירוצו במצטבר, תוביל למצב בו חוטא יוצא נשכר, קרי הנאשם לא ייענש דה פקטו על מעשים פליליים שביצע בעת מאסרו (ראו בדומה, רע"פ 3346/16 **ג'בארה נ' מדינת ישראל** (נבו 28.5.2019) במסגרתו קבע כב' השופט אלרון כי אין לתגמל נידון על התנהגות פושעת בדרך של חפיפת עונשי המאסר שהוטלו עליו).
2. משסברנו כי אין מקום ליתן יד למצב דברים בו הנאשם 1 לא ייענש כלל, הלכה למעשה, על העבירות נשואות תיק זה, מצאנו להיעתר לעתירת התביעה בנושא צבירת העונשים. לעניין זה, לאור חשיבות עיקרון ההלימה ולנוכח קביעת הפסיקה כי בגין חפיפת ענישה הנוגעת למעשים נפרדים מתחייבת הנמקה משכנעת, מצאנו לדחות את טענת הסנגורית לפיה נדרשים שיקולי גמול ייחודיים כדי להצדיק הטלת ענישה מצטברת.
3. זה המקום להעיר, כי לא מצאנו להקיש לענייננו מפסק הדין שהגישה ההגנה (ע"פ 4577/98 **דיין נ' מדינת ישראל** (פ"ד נה(2)405 (2001)) במסגרתו הורה בית המשפט על ריצוי מחצית העונש בגין שוד במצטבר למאסר העולם שנגזר בין עבירת רצח. כך הורה בית המשפט, הואיל ובאותו עניין היוותה עבירת השוד את אחד ממרכיביה של עבירת הרצח, והשתיים בוצעו ברציפות. לא כך הוא בענייננו.
4. אנו קובעים אפוא, כי עונש המאסר המוטל בגזר דיננו זה על הנאשם, ירוצה כולו **במצטבר** לעונש המאסר אותו מרצה הנאשם 1 בגין תיקו הקודם.
5. נוסף על כך, מצאנו לגזור על הנאשם עונש מאסר מותנה למשך חודשיים בכל עבירה שיש בה יסוד של פגיעה ברכוש הזולת או בגופו, אשר תחול למשך שלוש שנים מיום שחרורו מן הכלא, וכן לאמץ את הפיצוי שהוסכם בין הצדדים, בסך 1,500 , אשר ישולם לכתב.

**הנאשם 2**

1. ביחס לנאשם 2 הסכימו הצדדים כאמור על מאסר מותנה ועל פיצוי. לצד זאת, הסתפקה התביעה בעתירה יחידה להורדה בדרגה, כך שכלל לא נתבקשנו לשקול לגביו הטלת מאסר, אף לא כזה שירוצה בעבודה צבאית.
2. התביעה לא חלקה על כך שהעבירה בה עסקינן לא בוצעה בידי הנאשם 2 תוך כדי או במסגרת תפקידו. ואולם, עת ביצע הנאשם 2 את העבירות המיוחסות לו, הוא היה בשירות המילואים ונשא על כתפיו דרגות רס"ן. התביעה ביקשנו איפוא לפגוע בדרגתו של הנאשם, אשר לדבריה "*לא רק שלא היווה את הדוגמה האישית המצופה ממנו, אלא שפעל גם בשיקול דעת מוטעה והכל על רקע העובדה שמקצין מצופות נורמות התנהגות גבוהות יותר*". הסנגור כאמור התנגד להורדה בדרגה, מהטעמים שפורטו לעיל.
3. אין חולק, כי המעשים אותם ביצע הנאשם 2, בגינם יוחס לו גם פרט אישום שעניינו התנהגות שאינה הולמת, מבטאים כישלון פיקודי וערכי ואי עמידה ברמת ההתנהגות הראויה של המפקדים בצה"ל. זאת, הן בפן הפנימי שעניינו החוסן הערכי והנורמות הנדרשות ממפקדי צה"ל מתוקף שליחותם כמפקדים, והן בפן החיצוני, אשר תכליתו היא טיפוח ושימור אמון הציבור, לרבות משפחות החיילים והחברה כולה במפקדי צה"ל ובחייליו.
4. הפסיקה חזרה ושנתה כי על המפקד לשמש סמל ומופת לפקודיו בהילוכו, בנורמות ההתנהגות שלו, במקצועיותו, בכל אשר יפנה ויעשה (ע/34/21 **רס"ל כהן נגד התובע הצבאי הראשי**, (10.01.2022)). "*על רקע ייעודו של צה"ל, חשיבותו ומקומו המרכזי בחברה הישראלית, מתחייבת הדרישה בדבר אמת מידה ראויה של התנהגות מצד מפקדיו, בבחינת 'ממני תראו וכן תעשו'. צה"ל הוא צבא העם. חיילנו משרתים בו מכוח חובה שבחוק. על רקע זה קיימת חשיבות מיוחדת להטמעת ערך האמון בין החיילים למפקדים ובין המפקדים לציבור הרחב*" (פרשת **מור** **חיים**).
5. בעניין אוכלוסיית הקצינים שנתה הפסיקה, כי דרגות הקצונה, המבדילות את אוכלוסיית הקצינים מיתר המפקדים, תוך הענקת סמכות, אחריות ושררה, מחייבות קביעת נורמות התנהגות גבוהות ביותר, ברמה האישית, המקצועית והפיקודית. בעניין זה נקבע, כי "*בידי הקצין מופקדת אחריות כבדה. מותר הקצין מן החייל במנהיגותו, באחריותו היתרה, בדוגמה האישית... הקצין חבר חובת אמון לפקודיו, למפקדיו ולמקביליו בשדרת הפיקוד... מעמד הקצונה הוא מעמד מחייב... על המפקד להוות סמל ומופת לפקודיו בהילוכו, בנורמות ההתנהגות שלו, במקצועיותו, בכל אשר יפנה ויעשה* (ע/144/06 **התובע הצבאי הראשי נ' סרן בוטביה** (2008)). לרוב, נטילת דרגות קצונה נעשית כאשר מעשיו של קצין או נגד חותרים תחת האמון הבלתי מסויג אשר ראוי לשרור בין מפקד לפקודו.
6. הפגיעה בדרגה היא עונש ייחודי למסגרת הצבאי, וככלל מבטא נכונה את הכישלון הפיקודי הגלום בעבירה שביצע מפקד (**פרשת מור חיים**). לצד האמור, בואר בפסיקה, כי הפגיעה בדרגה היא רכיב ענישה בעל השלכות מרחיקות לכת על תפקידו של המפקד, על פוטנציאל קידומו בצבא ולעתים אף על מצבו הכלכלי (ע/70/09 **רס"ב פטרושקה נ' התצ"ר** (2010), ע' 143/13,25/14 **סא"ל קרקו נ' התצ"ר** (2015)). עוד נקבע, כי "*היותה של זכותו של אדם לשאת דרגה צבאית, שאותה השיג בעמל רב, זכות הקשורה לכבודו כאדם, אשר פגיעה בה היא פגיעה בכבודו*" (ראו תיק מיוחד 2/15 **התצ"ר נ' סא"ל ח'** המצטט את הצ"ח הממשלה, תשס"ד מס' 67, 232 לעניין תיקון סעיף 533 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו- 1955).
7. אמנם, בעבר שלטה בכיפה הגישה לפיה כישלון פיקודי משמעותי מחייב את שלילת דרגות הקצונה. ואולם, ברבות השנים, עם התפתחות תורת המידתיות ולצידה תורת האיזונים במשפט, כבש את הבכורה קו ענישה היוצר מתאם בין מידת הכישלון הפיקודי וכלל הנסבות לבין מידת ההורדה בדרגה (ע/256/96 **רס"ן ביבאס נ' התצ"ר וערעור שכנגד** (1996)). בדומה, בשים לב להשלכות הפגיעה בדרגה על תדמית ומעמד המפקד, ומאחר שלא פעם מדובר במפקדים אשר צברו לאורך השירות נקודות זכות רבות, נפסק כי יישומו של העיקרון ראוי כי ייעשה **באופן** **מידתי** ובהתאם לתמונה הכוללת.

**דעת שופטי הרוב**

1. ומשם לענייננו; נאמר ביושר כי התלבטנו ארוכות באשר לרכיב ההורדה בדרגה, לגביו נפסק כי הוא משרת את צרכי ההרתעה הכללית והאישית, ויש בו גם מימד של מניעה. התחשבנו מחד בטיב המעידה בה עסקינן, בחלקו של הנאשם 2 בתחילת האירוע ובכך שעשה כאמור שימוש בתפקידו. מנגד, שקלנו את התנהגותו החיובית של הנאשם 2 וכן את תרומתו לצה"ל לאורך שנים ארוכות כאמור בשורת ההמלצות והתעודות שהוצגו לנו. אלו מלמדות על כך שמדובר בקצין שזכה לאורך השנים להערכת מפקדים בכירים רבים, המתארים אותו כקצין מקצועי, ערכי, חרוץ, אחראי ומסור, נעים הליכות אשר מהווה דוגמה אישית ומודל לחיקוי. גם לאחר פרישתו מצה"ל, שירת הנאשם במילואים בתנאי קבע, כמפקד בית מלאכה המונה מעל מאה אזרחים עובדי צה"ל, נגדים וחיילים, האמון על ייצור חלקי רכב ונשק שונים. נתנו משקל אף למחלה הקשה עימה נאלץ הנאשם 2 להתמודד, בגינה אף הותאמה לו נכות צמיתה של 90%.
2. על בסיס האמור בהמלצות ובהיעדר עבר פלילי כלשהו, באנו לכלל מסקנה כי הנאשם 2 הוא אדם נורמטיבי אשר האירוע מהווה עבורו מעידה חד פעמית. הוספנו ושקלנו את משמעות המעמד עבורו, כפי שהתרשמנו באופן בלתי אמצעי במהלך הדיון, כמו גם את נפקותם של ההרשעה וכתם הרישום הפלילי עבורו (ראו סעיף 40יא(3) לחוק העונשין).
3. בסופו של יום, ולנוכח התמהיל הענישתי הכולל מאסר צופה פני עתיד לצד פיצוי מוסכם, נעתרו מרבית השופטים לבקשת ההגנה שלא לפגוע בדרגתו של הנאשם 2; שופטי הרוב נתנו דעתם לעובדה שאין מדובר בענייננו במעשה מתוכנן הנעשה באורח שיטתי, ממושך וחוזר, כי אם במעידה אף כי חמורה, אשר לנוכח אסופת התעודות וההמלצות ובהיעדר רישום פלילי, מצאנו כי אינה מאפיינת את הנאשם 2. שופטי הרוב הוסיפו ונתנו דעתם לחלקו של הנאשם במעשים שהיה זוטר משל אחיו, ולסערת הרגשות בה היה שרוי.
4. דגש מיוחד נתנו שופטי הרוב לעובדה שהנאשם שהה במדים באולם בית הדין לערעורים באופן **מקרי ואינצידנטלי**, כך שלא קיימת בענייננו זיקה אינהרנטית בין המעשה לבין תפקידו של הנאשם. כן שקלו את העובדה שלא מדובר במעשה שבוצע באופן מתוכנן וכן את הנסיבות המיוחדות של המקרה, על ההבנה המוטעית של הנאשם כי הכתב פועל שלא כדין, ובקשתו למנוע את הפרת צו איסור הפרסום. לאור הצבר שיקולים אלו, אין לומר שמדובר בענייננו בכישלון ערכי הנוגע **לשורש** **מעמדו** **הפיקודי** של הנאשם, אשר נעשה ביחידתו או פגע באמון פקודיו, נסיבות אשר הובילו בעבר לא אחת להורדה בדרגה.
5. נתון נוסף אותו הביאו שופטי הרוב בחשבון, הוא העובדה שלאור התנדבות הנאשם 2 לשירות מילואים משמעותי לאורך השנה, אין לפגיעה המבוקשת בדרגה משמעות הצהרתית גרידא, כי אם עשויה להיות לה נפקות כלכלית של ממש, על הפגיעה שבכך במשפחתו של הנאשם.
6. שופטי הרוב נתנו דעתם לאמור בפסיקה, לפיה "*את כרטיס הביקור שלו קונה אדם יום אחרי יום, שעה אחרי שעה, ועל כן ביום פקודה יש לזקוף לזכותו את מעשיו החיוביים לצד השליליים*" (ע"פ 4484/05 **שגב נ' מדינת ישראל** (2006)). שופטי הרוב באו לכלל מסקנה, כי שלילת דרגה אותה הרוויח הנאשם בעמל רב לאורך שירות קבע ממושך ותורם, אינה מתחייבת בנסיבות ענייננו, ותהא איפוא למעלה מן הצורך, שעה שהמעשה המדובר לא נעשה במסגרת התפקיד, לנוכח אופיה הרגעי והבלתי מתוכנן של העבירה, והיותה עומדת בסתירה לנקודות הזכות הרבות שעומדות ביום פקודה לזכות הנאשם.
7. זה המקום להעיר, כי קדמה להחלטתם זו של שופטי הרוב התלבטות משמעותית, במיוחד לנוכח העובדה שבמסגרת ההסדר נמנעו הצדדים מלהסכים על תמהיל הכולל רכיב ענישתי מוסכם נוסף, מעבר למאסר המותנה ולפיצוי. לו הוסכם על רכיב ענישה נוסף כאמור, היה קל יותר לבית הדין להימנע מפגיעה בדרגה. שופטי הרוב התלבטו אפוא גם בשאלה היש מקום להוסיף רכיב ענישה נוסף בענייננו. ואולם, בסופו של יום, על מנת שלא לסטות מהסדר הטיעון אשר נערך לאחר הליך גישור ממושך, ולשמש 'יותר קטגור מן הקטגור', מצאו שופטי הרוב להימנע מכך.
8. לצד האמור, לשיטתם של שופטי הרוב, יש לכל הפחות להבטיח כי הנאשם 2 לא יועלה בדרגה בעתיד הקרוב. לפיכך, מצאו שופטי הרוב להמליץ לגורמי הפיקוד שלא לשקול את קידומו בדרגה למשך שלוש שנים מהיום.
9. שופטי הרוב היו ערים לכך שבמסגרת טיעוני הצדדים לא נתבקש הרכב בית הדין לשקול המלצה על מניעת קידום כחלופה להורדה בדרגה; כפי שנקבע בע/74/09 **תא"ל תמיר נ' התובע הצבאי הראשי** (נבו 10.11.2009), "*מרחב שיקול הדעת הנתון לבית הדין הצבאי משתרע על* ***מידת*** *ההורדה בדרגה: הורדה בדרגה אחת, בדרגות אחדות או שמא שלילת כל דרגת קצונה או דרגה פיקודית; ומנגד, הימנעות מפגיעה כלשהיא בדרגה. המחוקק לא הציב חלופות נוספות. כך, אין בדין עונש הורדה בדרגה* ***מותנה*** *(בדומה לעונש מאסר מותנה). אין בדין סמכות* ***להורות*** *על אי-קידום בדרגה או על עיכוב בקידום בדרגה (ודוקו: אין סמכות כאמור לבית הדין הצבאי כערכאה שיפוטית פלילית. מובן הדבר, שבסמכות בית המשפט העליון להורות על אי-קידום בדרגה בעקבות עתירה מנהלית, ראו: עניין* ***פלונית****, בעמ' 75)".*
10. ואולם, שופטי הרוב הגיעו לכלל מסקנה, כי הוספת המלצה למפקדיו של הנאשם 2 להימנע מלשקול את קידומו בעתיד לבוא, היא בבחינת 'הרע במיעוטו' בנסיבותיו של תיק זה; זאת, בהינתן תמהיל הענישה הקיים הכולל מאסר מותנה ופיצוי בלבד, ועל מנת למנוע כל אפשרות לקידום נוסף בעתיד הנראה לעין (למקרים בהם פסעו בתי הדין הצבאיים בדרך זו בעבר ראו ע/193/01 **התובע הצבאי הראשי נ' סג"ם** **יוגב** (נבו 2002) במסגרתו הומלץ על עיכוב קידומו של קצין שעשה שימוש בסם מסוכן במסגרת תמהיל ענישתי שכלל גם עבודה צבאית; ע/32/06 **התובע הצבאי הראשי נ' סג"ם בר** (נבו 2006) במסגרתו הומלץ על עיכוב קידומו של קצין שלקח מספר פעמים רכושם של פקודיו לשימושו והורשע בגין כך בהתנהגות בלתי הולמת, תוך התחשבות במצבו הרפואי וקביעת תמהיל ענישה אשר כלל גם עבודה צבאית; פרשת **תמיר** במסגרתה הורשע קצין בכיר בדיווח כוזב על תאונת דרכים שביצע בנו בטרקטורון צבאי והומלץ על עיכוב קידומו ועל אי מילוי תפקידי פיקוד, לצד מאסר מותנה ופסילת רישיונות).
11. בנסיבות הכוללות, ובהיעדר כאמור רכיב ענישתי נוסף פרט להמלצה האמורה למפקדיו של הנאשם, מצאו לנכון שופטי הרוב להטיל על הנאשם 2 עונש מאסר מותנה **זהה** לזה המוטל על הנאשם 1, קרי מאסר מותנה בן חודשיים בכל עבירה שיש בה יסוד של אלימות או גרימת נזק לרכושו של אחר, אשר יחול למשך שלוש שנים מהיום. כן מצאו שופטי הרוב לאמץ את רכיב הענישה שעניינו פיצוי מוסכם לטובת הכתב, בסך 1,000 .

**דעת שופט המיעוט**

1. לאחר שקראתי את עמדת חבריי, סברתי, כי המסקנה אליה הגיעו חבריי כלפי נאשם 1, צודקת ודעתי עמהם. מנגד עמדתי שונה בכל הקשור לנאשם מספר 2.
2. תחילה, אציין כי אינני מסכים עם המסקנה העונשית אליה הגיעו חבריי. שני טעמים ניצבים בבסיס עמדתי זו. ראשית, עמדת שופטי הרוב, סוטה במעט מההסכמות העונשיות אליהם עתרו הצדדים **במשותף** לפנינו. לטעמי, הענישה אליה עתרו הצדדים במסגרת ההסכמות העונשיות, אשר הן פרי של הליך גישור, חייבות לקבל עדיפות עת באנו לגזור את העונש במסגרת אותן ההסכמות. שנית, העמדה לגופה, אשר לפיה יש להימנע מפגיעה בדרגתו של נאשם 2 ולהסתפק בהמלצה לעיכוב קידומו, איננה יכולה להשקפתי לעמוד, בראי **שיקולי הענישה** השונים והמאזן מול נאשם 1 ומתוך התבוננות על רכיב זה **כחלק מתמהיל** העונש הכולל שגובש במסגרת ההסכמות שהוצגו. אפרט טעמיי בקצרה להלן.
3. הסדר הטיעון שהוצג בפנינו, תחם את ההסכמות בין הצדדים למנעד עונש נקודתי ביותר הנוגע להחלטת בית הדין באשר לרכיב **הורדה** **בדרגה** אחת של נאשם 2. הצדדים לא עתרו לעונש חלופי. משכך לטעמי, העברת ההחלטה למפקדי הנאשם באשר לרכיב עיכוב הדרגה, סוטה מההסכמות הצדדים, ולכן, אילו תשמע דעתי, אל לו לבית הדין לסטות מההסכמות הדיוניות אליהן עתרו הצדדים במשותף. לטעמי עיכוב בדרגה איננו משקף את מנעד הענישה אליה עתרו הצדדים ומשכך אינני סבור כי הוא נותן ביטוי נכון להסכמתם. מה גם שלטעמי עיכוב בדרגה משאיר את שיקול הדעת בידי גורם אחר מאחר שכל כולו המלצה לגורם פיקודי.
4. יתרה מכך, במקרה דנן, הסדר הטיעון שהוצג הוא, כאמור, פרי הליך גישור אשר הביא את הצדדים לטיעון עונשי על הורדה בדרגה בלבד. חזקה על הצדדים ועל השופט המגשר, כי שקלו חלופות עונשיות (אף את האפשרות של עיכוב במתן דרגה) טרם הביאו את העניין להכרעתנו, משכך, לא סברתי כי יש מקום לסטות מן המקובל במשפטנו לבחינת סבירות ההסדר. לטעמי ההכרעה לעכב בדרגה היא **איננה במתחם העונשי אליו** **עתרו הצדדים** כך שהיא חורגת מההסכמות (בעניין כיבוד הסדרי טיעון לאחר הליך גישור בין הצדדים ראו ע"פ **6513/08 פלוני נ' מדינת ישראל** וכן **דנ"פ 1187/03 מדינת ישראל נ' פרץ ואח'** ואכמ"ל).
5. לאחר שסקרתי את הטעמים בגינם עונשו של נאשם 2, לטעמי, חייב להיגזר מהמסגרת לה הסכימו הצדדים בפני השופט המגשר, כפי שהובא בשו"ע (חושן משפט יב, ב) *"וכל שבית הדין שעושין פשרה תמיד הרי זה משובח"*, אפנה לדון בחומרה היתירה במעשיו של נאשם 2 אשר מצדיקים לטעמי הורדה בדרגה.
6. לאחרונה נדון עניין רכיב הורדה בדרגה בעבירה של היזק בזדון והתנהגות שאינה הולמת בעניינו של ע/19/22 **התובע הצבאי הראשי נ' סגן י' צ' (2022)**. באותו ענין, לנוכח כישלונו הפיקודי המובהק של אותו הנאשם, הורה בית הדין הצבאי לערעורים על הורדה מכל דרגת קצונה. לטעמי אמנם המקרה האמור בנסיבותיו שונה במישור העובדתי מהמקרה דנן, אך ניתן להקיש מקביעות בית הדין לערעורים באותו עניין, על הדרך שבה ראוי לבחון את מהותה של הדרגה, בראי העבירה או סיוע לה, כאשר היא נעשית על ידי קצין בצבא.
7. בענייננו, פגע הנאשם 2 במעשיו בשורת ערכים חברתיים וצבאיים חשובים. הנאשם 2 פגע באופן מעשי **ברכושו של כתב** אשר סיקר את עניינו של אחיו, **בתוככי אולם בית הדין הצבאי לערעורים.** מדובר בפגיעה רכושית, אשר גלום בה **איום לחופש העיתונות**, וכל זאת במתחם בית הדין הצבאי שהוא **סמל שלטון החוק הצבאי ומעוז הדין והמשמעת הצבאיים**. כל זאת עשה נאשם 2 בעת שהוא **עוטה דרגות קצונה** והשתמש בעובדת היותו קצין בצבא בכדי **להחרים את רכושו של הכתב**.
8. חומרת המעשה נעוצה גם באלימות הגלומה בו, בזילות שהפגין הנאשם 2 כלפי בית הדין ולהפרת הסדר הציבורי המתחייב בו. אירוע זה מצטרף לגל האלימות הכללי הפושה בחברה הישראלית המחייב ענישה ממשית וחמורה. המעשה בוצע כלפי כתב אשר מסקר את אחיו של הנאשם 2 מזה תקופה, הנאשם 2 ידע במי מדובר, ומצופה ממנו, דווקא לאור מעמדו ותפקידו כקצין בצה"ל לנהוג בכבוד ובמתינות בבית הדין כלפי נציגי תקשורת הנוכחים באולמות הדיונים כביטוי לעקרון פומביות הדיון, ולחצוץ בין הכתב לבין למי שעלול לפגוע בו.

עולה אפוא כי זהו מקרה חריג וחמור ביותר המחייב את מיצוי הדין עם נאשם 2, שהוא קצין, באופן שישקף את הכישלון הפיקודי הגלום במעשיו.

1. מעשי הנאשם 2 מבטאים גם כישלון ערכי משמעותי ברוח צה"ל. הנאשם 2 פגע בערך האחריות, הדוגמא האישית, המשמעת והשליחות. הנאשם 2 בהתנהגותו היה מחולל הסערה. לא יכול להיות חולק, שאילולי מעשיו של נאשם 2, לאחיו היה קושי משמעותי לבצע את מעשיו עת היה אזוק בידיו ורגליו.
2. מעבר לכך, ההכרות המוקדמת בין הכתב לנאשם 2, מהווה לטעמי נסיבה לחומרה ולא לקולה. העיתונאי אשר סיקר את האירועים ביצע את עבודתו, לטענת הצדדים, לאורך שנים ואין מקום כי בעקבות אותו הסיקור ייקחו הנאשמים את החוק לידיהם ויביאו להרתעת העיתונאי מביצוע מלאכתו. חובה עלינו למצות את הדין עם הפוגעים בפומביות הדיון בכלל ובחופש העיתונות בפרט. פגיעה בפומביות ההליך ובחופש העיתונות על ידי איש צבא מהווה פגיעה בערכיה הדמוקרטיים של המדינה ובערכי הצבא כמפעיל כוח בתוך מדינה דמוקרטית.
3. אשר לנסיבותיו האישיות של נאשם 2, אינני יכול לקבל את טיעוני ההגנה בנוגע לפגיעה כלכלית לכאורית; ראשית, הוא בחר שלא להעיד בפנינו, לא הוא ולא כל גורם אחר אשר יכול היה לשפוך אור על הפגיעה הכלכלית הצפויה. אין זה סביר בעיניי כי לא יוכל להימצא תפקיד כלשהו לקצין בעל הכשרה כהכשרת הנאשם בדרגת סרן. (לעניין ההשלכה של אי העדת הנאשם או אי הבאת עדים בטיעונים לעניין העונש ראו רע"פ 513/21 **עידן יהושע נ' מדינת ישראל**, בפסקה 8 (2021)).
4. שנית, אף אילו הייתי מקבל את טענות סנגוריו של הנאשם כי הוא עתיד להיפגע כלכלית נוכח הורדתו בדרגה וזאת נוכח הערכתם כי הוא עתיד להיות מזומן למילואים בתנאי קבע בשנה הבאה. הערכה עדכנית זו, נכונה לכל היותר למחצית השנה הבאה, להבדיל מלכולה (ראו בפרק ב' להוראת קבע אכ"א 31-08-01, לעניין משך הזמן לשירות מילואים בתנאי קבע). משכך, נראה כי הנאשם 2 ככל הנראה עתיד למצוא עבודה נוספת לחצי השנה הבאה. יוצא אפוא כי הפגיעה הצפויה בו הינה פגיעה מדודה, המתייחסת לפרק זמן מסוים מתוך השנה הבאה.
5. באשר לרצונו המבורך של נאשם 2 להמשיך ולתרום במילואים, יפים הדברים שנקבעו בעניינו של סגן י' צ' לעיל גם לגביו: *"חזקה על המשיב, אשר ביקש להותירו בדרגת קצונה כדי לתרום תרומה משמעותית בשירות מילואים, כי יעשה כן גם בדרגתו כסמל, בכל תפקיד שבו ישובץ"*.
6. אשר על כן, סברתי, כפי שסברו חבריי, כי במתחם העונש ההולם יש מקום לשקול את הורדת הנאשם בדרגה (בהתאם להסכמות הצדדים). בתוך המתחם כאמור, סברתי כי עניינו של הנאשם לא חריג וכי קיים צורך באיזון הענישה וזאת נוכח **העונש המופחת לו עתרו הצדדים בעתירותיהם** (לעניין תמהיל הענישה והשפעתו על רכיב ההורדה בדרגה יפים דבריו (לאחרונה ממש) של בית הדין הצבאי לערעורים ע 28/22 סגן גולן פארס נ' התובע הצבאי הראשי (2022) פסקה 16).
7. לאחר נתינת הדעת לרכיבי הענישה המוסכמים ובחינת רכיב ההורדה בדרגה כחלק מתמהיל הענישה הכולל, מצאתי לקבוע שלאור מהות המעשה, חריגותו, אשר מצאה ביטוי באופי המעשה ובמקום ביצוע העבירה, מתחייבת פגיעה בדרגתו של הנאשם 2. וזאת אף בשים לב לתמהיל העבירה כאשר המבצע העיקרי ירצה עונש מאסר משמעותי בעוד הנאשם 2 יישאר ללא רכיב עונשי משמעותי אשר ישקף את חלקו הרב באירוע.
8. משכך, לנוכח מסגרת טיעון הצדדים ואף לנוכח נסיבות ביצוע העבירה, מדיניות הענישה הנוהגת, הערכת כשלונו הפיקודי והערכי של הנאשם 2, סברתי כי אין מקום לאזן באמצעות רכיב של עיכוב דרגה (שלא הובא על ידי הצדדים כחלק מההסכמות). לו דעתי הייתה נשמעת ראוי היה לאמץ את רכיב הענישה המוסכם שאליו עתרו הצדדים במשותף, וביחס לרכיב ההורדה בדרגה, ראוי היה להורות על הורדת הנאשם בדרגה אחת לדרגת סרן.

**הכרעה כדעת הרוב.**

סוף דבר, על הנאשמים נגזרים אפוא העונשים הבאים:

**הנאשם 1**

1. חודשיים כליאה לריצוי בפועל, אשר ירוצו במצטבר לעונש שהוטל על הנאשם בתיק מטכ"ל 82/16 (ע/29/17).
2. חודשיים מאסר על תנאי למשך שלוש שנים, החל מיום שחרור הנאשם ממאסר, שלא יעבור הנאשם כל עבירה שיש בה יסוד של אלימות או גרימת נזק לרכושו של אחר.
3. פיצוי כספי בסך 1,500 לטובת הכתב מר יואב זייתון, אשר ישולם תוך חודשיים מהיום.

**הנאשם 2**

1. חודשיים מאסר על תנאי למשך שלוש שנים, החל מהיום, שלא יעבור הנאשם כל עבירה שיש בה יסוד של אלימות או גרימת נזק לרכושו של אחר.
2. פיצוי כספי בסך 1,000 לטובת הכתב מר יואב זייתון, אשר ישולם תוך חודשיים מהיום.

**אנו ממליצים כאמור למפקדיו של הנאשם 2 להימנע מלשקול את קידומו בשלוש השנים הקרובות.**

**ניתן והודע היום כא' כסלו התשפ"ג, 15.12.22, והוקרא לנאשמים ולצדדים.**

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

שופט אב"ד שופט

**זכות ערעור כחוק**

נוסח זה כפוף לשינויי ניסוח והגהה