



בבית הדין הצבאי המיוחד

בפני :

תא"ל אורלי מרקמן - הנשיאה
 תא"ל צבי גורפינקל - שופט
 תא"ל יוחאי בן יוסף - שופט

בעניין :

התובע הצבאי הראשי – המאשים

(ע"יי ב"כ, אל"ם שרון זגגי-פנחס; סא"ל ענבל דה-פז; סרן מאשה יודשקין)

נגד

ק/XXX תא"ל א' ב' – הנאשם

(ע"יי ב"כ, סא"ל (מילי) עו"ד עודד סבוראי; רס"ן (מילי) עו"ד רועי בלכר; סרן מאיה שגיא)

הכרעת - דין

על פי הודאתו בכתב האישום המתוקן והפרטים הנוספים המוסכמים, מורשע הנאשם, בעבירות הבאות :

1. עבירה של בעילה אסורה בהסכמה לפי סעיף 346(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977.
2. עבירה של התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955.

ניתנה היום, י"ח בכסלו התשע"ז, 18 בדצמבר 2016, והודעה בפומבי ובמעמד הצדדים.

שופט

שופט

אב"ד

גזר-דין**1. פתח דבר**

1. מה דינו של קצין בכיר ועתיר זכויות, אשר על-פי הודאתו, כשל עת נהג באופן אסור ופסול וקיים מגע מיני, תוך ניצול יחסי מרות, עם שתיים מפקודותיו. אילו שיקולים נדרשים לעניין ומהי מידת ההתחשבות בהם. זו השאלה המרכזית העומדת להכרעה בד' אמותיו של גזר-דין זה.

2. ככלל, סוגיית העונש הראוי לנאשם היא שאלה מורכבת וסבוכה וכבר נפסק לא פעם לגביה, כי היא "הקשה בתפקידי השופט" (ע"פ 8164/02 פלוני נ' מדינת ישראל פ"ד נח(3) 577 (2003)).

הוטעם, כי:

"אחריות השופט בחריצת מידת העונש היא כבדה ביותר. היא מצריכה הפעלת שיקול דעת רחב ומעמיק. היא מחייבת ראיית תמונה רב-מימדית, הנוגעת הן לאדם הקונקרטי (עקרון הענישה האינדיבידואלית) והן לנסיבות ההרשעה (עקרון ההלימה והשוויוניות בענישה). ספר החוקים והלכות הדין אינם אלא נקודת מוצא לבחינת מידת העונש. לתוצאה העונשית הראויה והמידתית בעניין הקונקרטי יוכל השופט להגיע רק לאחר שבחן בקפידה ואיזון בין כלל השיקולים, אשר בדרך הטבע מוליכים לכיוונים נוגדים" (ע/74/09 תא"ל תמיר נ' התובע הצבאי הראשי (2009)).

המקרה שלפנינו ממחיש היטב את מורכבותה ורגישותה של מלאכת האיזונים, הנדרשת לשם הכרעה בסוגיה.

3. להלן, נביא בהרחבה את פרטי המקרה ונסיבות העושה, נציג את עמדתם המשותפת של הצדדים לעונש ואת השיקולים שהובילו אליה, ובהם ההתחשבות בעמדתן של נפגעות העבירה. לאחר מכן, נבחן לאור כל אלו, מהו העונש הראוי במקרה זה, בהתאם למבחנים המקובלים בפסיקה ועל-פי שיקולי הענישה הרלוונטיים.

2. נסיבות המקרה

4. תא"ל א' ב', הנאשם, הורשע על-פי הודאתו בכתב האישום המתוקן ובהתאם לפרטים הנוספים המוסכמים, בעבירה של בעילה אסורה בהסכמה לפי סעיף 346(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ובעבירה של התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130

לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955.

5. כעולה מכתב האיטום המתוקן, בין חודש יולי 2010 לחודש אפריל 2012, בעת ששירת כמפקד חטיבת גולני בדרגת אל"ם, ובזמן שהחילת א' ש' (להלן: **המתלוננת א'**), שירתה בתפקיד ראש לשכתו ולאחר מכן כנגדת נפגעים תחת פיקודו, בחדר מגוריו של הנאשם במחנה "יואב", בחדר מגוריו במחנה "שרגא" ובצימר שאליו הגיעה לבקשתו – קיים הנאשם עם המתלוננת א' מגע בעל אופי מיני, לרבות יחסי מין מלאים, במספר הזדמנויות. הנאשם אף קיים עם המתלוננת א' מגע בעל אופי מיני, שלא כלל יחסי מין, במספר הזדמנויות, במהלך פגישות עבודה שנערכו בין השניים ובנסיעות בתפקיד.

6. עוד עולה, כי ביום 6.3.2012, בהיות הנאשם מח"ט גולני ובעת שרס"ן ל' נ' (להלן: **המתלוננת ל'**), שרתה תחת פיקודו, לאחר שהגיעה לפגישת עבודה בשעת ערב מאוחרת במשרדו של הנאשם בבסיס "נחל עוז" – נישק הנאשם את המתלוננת ל' ונגע בגופה. הנאשם חדל ממעשיו לאחר שהמתלוננת ל' ביקשה ממנו לעשות כן.

7. מעשיו של הנאשם לא היו חלק ממערכת יחסים רומנטית ונעשו תוך ניצול יחסי מרות בשירות.

8. החקירה בעניינו של הנאשם נפתחה בעקבות תלונותיהן של שתי המתלוננות.

9. המתלוננות בחרו שלא להגיש הצהרת נפגע (ראו סעיף 18 לחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001). בצד זאת, בואר, כי המתלוננת א' עוברת טיפול וכי מאז שנפתחה החקירה, היא אינה עובדת.

3. נסיבות העושה

10. הנאשם, יליד 1968, נשוי ואב לששה ילדים. הבכור שבהם הוא לוחם בחטיבת גולני.

11. הנאשם התגייס לצבא ביום 27.7.1988. בתחילה שירת כלוחם בחטיבת גולני ובהמשך החל מטפס בסולם הדרגות והתפקידים ובהם, מפקד צוות, סגן מפקד פלוגה, מפקד פלוגה, קצין אג"ם בחטיבת גולני, מפקד גדוד XXX, מפקד גדוד אגוז, מפקד בסיס האימונים החטיבתי, מפקד חטיבת חי"ר במילואים, מפקד חטיבת גולני, מפקד אוגדה XXX, מפקד אוגדה XXX ומפקד המכללות. הנאשם כבר מונה לתפקיד ראש חטיבת המבצעים באגף המבצעים, אך מינויו בוטל לאחר שהושעה מתפקידו, מִיָד עם פתיחת החקירה, בשלהי חודש מאי 2016. זמן קצר לאחר מכן, בחודש יולי 2016, פרש הנאשם משירות צבאי.

12. אלוף (במיל') אבי מזרחי, בעבר מפקד פיקוד המרכז, תיאר בהרחבה את קווי אופיו של הנאשם. הוא הדגיש, כי הנאשם היה הראשון להתנדב למשימות מורכבות

ומסוכנות ופירט על יחסו הרגיש והמתחשב לחיילים ולמפקדים הזוטרים ועל מחויבותו למשפחות השכולות, שיקיריהן נפלו במהלך שירותם ביחידה, תחת פיקודו, ועל הקשר ההדוק שקיים עמו. בהמשך פירט על אירועים, שבהם הנאשם, תוך שהוא מסכן את חייו, הציל את חייו שלו:

"בקרוב בגינין בחומת מגן נכנסתי לגדוד להיות איתם... והגענו לבית במחנה הפליטים בו א' ב' היה ואז היה פיצוץ בתוך הבית שבמהלך הפיצוץ א' ב' השכיב אותי ונשכב מעליי, חטף רסיס והציל את חיי. האירוע היה של ירי מחבלים, פגע רימון בקשר סמג"ד, הוריד לו את היד והרג אותו. אחרי שהשכיב אותי על הרצפה הוא הלך והרג את המחבל, חזר לחפש את היד ולא מצאנו אותה... אירוע שני היה במהלך המבצעים, לדעתי בשכם, לא בטוח, נכנסתי לבית... היה שם M-16. א' ב' העיף אותנו, הוא [הנשק – בית הדין לערעורים] היה ממולכד, אם הייתי נוגע בו לא הייתי פה היום".

13. האלוף מזרחי סיפר על פציעתו הקשה של הנאשם במהלך מבצע, בעת פריצה לבית בשכם. במהלך הפריצה נהרג מפקד הפלוגה, רס"ן אביהוא יעקב ז"ל, והנאשם, אשר שמש כמג"ד נפצע באורח קשה. הנאשם פונה ממקום הפציעה אל בית החולים במסוק והאלוף מזרחי ציין, כי חייו היו בסכנה וספק היה אם ישרוד. דברים דומים תיאר בפנינו סא"ל (במיל') רונן, לשעבר מפקד מערך הפיזיותרפיה בצה"ל. העד מסר, כי בתחילת הליך השיקום הניחו הגורמים הרפואיים, כי הנאשם צפוי להישאר נכה, אלא שהשיקום המפרך, הכואב והממושך הצליח מעל למצופה, עקב נחישותו של הנאשם, אשר נאחז בחלומו לשוב לשרת בצבא ולפקד על גדוד אגוז בחטיבת גולני. אף תא"ל עשור, מפקד אוגדה XXX, פירט במכתבו על אומץ הלב, הדבקות במטרה וההתמדה, שסייעו לנאשם להתמודד עם פציעתו הקשה, כאשר בד בבד, על אף הייסורים והכאבים שהיו מנת חלקו בהליך השיקום, תמך בחיילים שנפצעו בקרבות ואושפזו לצדו, ועודד אותם.

14. על מסירותו ומחויבותו של הנאשם למשפחות שכולות למדנו גם מפיה של הגברת רותי לוי. בעדות נוגעת ללב, מסרה הגברת לוי, כי בנה, אייל לוי ז"ל, מי שהיה סגנו של הנאשם, עת שירת כמפקד פלוגה בגדוד XXX, נהרג במהלך פעילות מבצעית בלבנון בשנת 1993. מאז מקפיד הנאשם לשמור על קשר הדוק עם המשפחה ואף קרא לאחד מבניו בשם אייל, לזכרו של בנה. אף הגברת ראבינסאן, אמו של רס"ל מתניה ראבינסאן ז"ל, תיארה במכתבה את היחס החם והתומך שגילה הנאשם כלפיהם לאורך השנים, וברוח זו, פירט במכתבו ד"ר בנד, פסיכולוג וחבר קרוב של הנאשם, על תרומתו של הנאשם לחברה ועל האופן בו סייע, בצניעות, ליתומים, לחולי סרטן ועוד.

15. כאות הוקרה והערכה על "מנהיגות בקרב, דוגמא אישית, אומץ לב ודבקות

במשימה", זכה הנאשם בשנת 2002 לצל"ש רמטכ"ל. באותה שנה זכה גם גדוד XXX בפיקודו של הנאשם לצל"ש מאת אלוף פיקוד צפון, על חלקו בלחימה ביהודה ושומרון במהלך מבצע "חומת מגן". בשנת 2005 זכתה גם יחידת אגוז לצל"ש הרמטכ"ל על פעילותה המבצעית של היחידה, בפיקודו של הנאשם, בשנת 2004. באותה שנה הגיע הגדוד "להישגים מבצעיים מרשימים, הפיק לקחים והשכיל להנחילם לכלל היחידות המשתתפות בלחימה".

16. מפקד פיקוד צפון, האלוף כוכבי, פירט במכתבו על הצטיינותו של הנאשם בתפקידיו השונים בצבא ועל תרומתו הרבה, אף כי הבהיר, כי הוא "מסתייג מן המעשים באופן מוחלט, ורואה בהם דבר פסול וחמור". האלוף כוכבי מסר, כי הנאשם "לקח חלק באין ספור מבצעים ועל רבים פיקד בהצלחה רבה. תמיד בראש כשהוא מוביל, מהווה דוגמה אישית ומפגין אומץ. בזכות גישה זו, בכל התפקידים שביצע בעבר ובתפקידו כמפקד אוגדה, מילא את משימותיו מעל ומעבר למצופה והיה למפקד מצטיין". האלוף כוכבי הדגיש, כי במהלך עבודתו עם הנאשם, בעיקר בשנים 2015-2016, עת שירת כמפקד אוגדה, התרשם מיחסו האנושי, הערכי וההגון לפקודיו ובכלל. בהתאם, העריך האלוף כוכבי, כי "דרכו שנסללה על ידיו בעמל, חריצות והקרבה רבה, הייתה נמשכת ומגיעה לדרג המטה-הכללי". נזכיר, כי דברים דומים בהקשר זה, מסר גם האלוף מזרחי, אשר ציין, כי "עצם הקידום שלו היה ברור, התפקיד היה מביא אותו לדרגת אלוף".

17. עוד הוגשה לעיוננו אסופה של מכתבים רבים והתייחסויות שונות של פקודים ופקודות לשעבר של הנאשם. בכולם מתואר הנאשם כמפקד נערץ, הפועל מתוך תחושה של שליחות, אהבת האדם ואהבת המולדת; מפקד אשר היווה עבור פקודיו מודל לחיקוי ודוגמה אישית; מפקד מאתגר וקפדן, אשר הוביל להישגים ובה בעת, הפגין יחס מתחשב ומסור לפקודיו. בין החותמים על אותם מכתבים מצויים מפקד מערך המ"מ באגף מודיעין; אל"ם ריבק, מח"ט עווד; אל"ם אסרף, סגן מפקד אוגדה XXX; אל"ם בהרב, מפקד חטיבת "יפתח"; אל"ם קלפר, לשעבר מג"ד XXX; אל"ם (במיל') סינגר, לשעבר מפקד חטיבת יפתח; סא"ל (במיל') שצ'ופק, קצין חי"ר במילואים; סא"ל (במיל') מלטינסקי, לשעבר ראש המטה בחטיבת "עווד"; סא"ל (במיל') עטיא, מג"ד במילואים בחטיבת "עווד"; סא"ל (במיל') דורני, ראש מועצת קדומים ולשעבר סגן מפקד חטיבת "עווד"; סא"ל (במיל') פורת, ראש מדרשת הגולן ולשעבר מג"ד בחטיבת "עווד"; דרור נדס, קצין במילואים בעוצבת עווד; יוסי טל, קצין חי"ר במילואים; סרן (במיל') פרמון, לשעבר ראש הלשכה של מפקד פו"ם ומזכירת אלוף המכללות; הגברת פקר-רינת, פסיכולוגית צבאית בעברה; וסגן יעקובי, אשר שרתה כראש לשכתו של הנאשם בהיותו מפקד אוגדה.

18. בדבריו של הנאשם, לאחר טיעוני הצדדים לעונש, מסר האחרון את הדברים הבאים:

"אני לוקח אחריות מלאה על כל מעשיו, מביע צער עמוק... שירתתי במשך כמעט שלושה עשורים, הכרתי מפקדים ופקודים רבים שאף הקריבו את חייהם. אני מודה על הזכות לשרת את המדינה. הצבא היה כל חיי והיום נפער בי ריק ואני מחפש דרכים למלא את החסר של השירות. מאמין שאצליח בכך. אמשך לתרום למדינה בכל דרך שהיא".

19. להשלמת התמונה נציין, כי על-פי הוראת סעיף 6 לחוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין, התשס"ו-2006, הופנה הנאשם להערכת מסוכנות. לאחר שד"ר כהן, מעריך המסוכנות, התרשם כי הנאשם "חש גם בוש וגם אשמה וחרטה על מעשיו", וכי קיבל "החלטה מודעת לא לחזור על מעשים כאלו בעתיד ולשקם את עצמו" – נמצא, כי לנאשם "רמת מסוכנות מינית נמוכה". בצד זאת, הוטעם, כי גיבוש תכנית טיפול מתאימה תסייע לנאשם להתמיד בהחלטתו ולהימנע מביצוע עבירות מין בסיטואציה של "יחסי מרות, הכוללים מערכת יחסים קרובה עם אישה".

4. עמדתם המשותפת לעונש של הצדדים

20. בהמלצת בית הדין, פנו הצדדים, להליך של גישור בפני האלוף (במיל'), כבישופט, אילן שיף. הצדדים ציינו, כי במהלך הדיונים במסגרת הגישור נבחן לעומק חומר הראיות שנאסף בתיק החקירה והקשיים הנובעים ממנו. בואר גם כי הנאשם היה שותף להליך, וכי המתלוננות קיבלו עדכונים שוטפים על הנעשה.

21. בעקבות הליך הגישור, הגיעו הצדדים להסדר טיעון, שבמסגרתו הוגש כתב אישום מתוקן והנאשם הודה בעבירות של בעילה אסורה בהסכמה והתנהגות שאינה הולמת, כמפורט לעיל. הסדר הטיעון כלל גם עתירה משותפת לעונש, שלפיה יתבקש בית הדין להשית על הנאשם מאסר על תנאי והורדה לדרגת אל"ם. הצדדים נמנעו מלעתור לפיצויים עבור המתלוננות.

22. הוטעם, כי המתלוננות מכירות את פרטי ההסכמות ואלה מקובלים עליהן. כמו כן, הערותיהן של המתלוננות ואף בקשות מטעמן, הוטמעו בכתב האישום המתוקן והפרטים הנוספים המוסכמים וכתוצאה מכך פרסם הנאשם מכתב, שבו נטל אחריות על המעשים והביע חרטה בפומבי.

23. אשר לשיקולים שעמדו בבסיס הסדר הטיעון. **התביעה** עמדה בהרחבה על מכלול הטעמים, שהובילו אותה להיקשר בהסכמה כמפורט לעיל. **לחומרה**, ניטלו בחשבון נסיבות ביצוע העבירות ובהן הרקע הצבאי של המעשים ופערי המעמד, הדרגות והגיל

בין הנאשם לבין המתלוננות, בעיקר מתלוננת א'. התביעה עמדה על הפגיעה בתדמיתו של צה"ל ובאמון הציבור בו, כמו גם על צרכי ההלימה וההרתעה.

24. בין השיקולים **לקולה**, מנתה התביעה, בראש ובראשונה, את עמדתן של המתלוננות לגבי הסדר הטיעון, כמפורט לעיל, ואת העובדה, כי נחסך מהן הצורך להעיד על פרטים אינטימיים בחייהן ולהיחקר בחקירה נגדית בעניין.

בהמשך, הוטעם, כי בבסיס ההסכמה בין הצדדים מצויים שיקולים ראייתיים מורכבים. בואר, בתמצית, כי בחינת חומר החקירה העלתה קושי ניכר בהוכחת רכיבי היסוד הנפשי של הנאשם בעבירות שיוחסו בכתב האישום המקורי ובד בבד, עוררה שאלות של התיישנות, בכל הנוגע לאפשרות לייחס עבירות חלופיות, מסוג עוון.

עוד פורטו שיקולים משמעותיים כגון החיסכון בזמן שיפוטי; הודאתו של הנאשם באשמה ונטילת האחריות על-ידי; הערכת המסוכנות הנמוכה; ההתחשבות בתרומתו הרבה של הנאשם לביטחון המדינה; הנזק שנגרם לו ולמשפחתו בעקבות המשפט ובכלל זה, הרשעתו בעבירות מין בהליך פלילי והכתם הנלווה לכך, קטיעת הקריירה הצבאית המפוארת של הנאשם והפרסום הרב לה זכתה הפרשה.

25. **ההגנה** מצידה שבה וסקרה בהרחבה את נסיבותיו האישיות של הנאשם, את היותו אב למשפחה ואת הנזק שנגרם לאשתו ולילדיו בעקבות ההליך הפלילי והפרסום הרב של הפרשה. ההגנה פירטה על אודות המחיר הכבד ששילם הנאשם בעקבות מעשיו, עוד בטרם החל המשפט, נוכח הכתם שדבק בו, ההשעיה, ביטול המינוי לראש חטיבת המבצעים ופרישתו משירות צבאי. הסנגורים עמדו על המשמעות העצומה שיש לדרגה עבור הנאשם ובהקשר זה שבו ופירטו על השלבים השונים בקריירה הצבאית המפוארת של הנאשם, על הישגיו, על חלקו בלחימה מאומצת תחת אש ואף על הפגיעה האנושה שנגרמה לו בעקבות כך. הוטעם, כי דרגתו של הנאשם נקנתה על-ידיו במאמץ רב, לאורך שנים, תוך הקרבה וסיכון חיים.

26. שני הצדדים הרחיבו בסוגיית טיבו, תכליתו ומשמעותו של עונש הפגיעה בדרגה בצבא ועמדו על השלכותיו בנוגע לנאשם. הצדדים אף הפנו לפסיקה ענפה בנושא, כתימוכין לעמדתם.

27. בשולי הטיעונים, ציינו הן התביעה והן ההגנה את ההלכה הפסוקה, שלפיה, בהתאם לשיטתנו המשפטית, הסדרי טיעון – לקיום נועדו והפנו לפסק הדין המרכזי בסוגיה – ע"פ 1958/98 פלוני נ' מ"י פ"ד נז(1) 577 (2002).

5. דיון והכרעה

א. המבחנים לקבלת הסדר טיעון

28. הלכה פסוקה רבת שנים היא, כי הסדרי טיעון, ככלל, יש לכבד. "כלל מנחה זה נקבע בפסיקת בית המשפט העליון ומהווה נר לרגלי הערכאות הפליליות כולן" (ע/13/12 טור' קרסנר נ' התובע הצבאי הראשי (2012)). בבסיסו של הכלל מצויה ההנחה, שלפיה הסדרי טיעון מהווים "כלי מרכזי במלאכת אכיפה החוק" (ע"פ 1281/06 בורשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 100, 112 (2008), וראו גם: ע"פ 5845/14 אסט נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 20.4.2016)). על היתרונות הגלומים בהסדרי טיעון בהליך הפלילי ראו פסק הדין המרכזי בסוגיה, עניין פלוני הנ"ל (בעמוד 608).

29. בצד זאת ונוכח החשש מפני "הרשעת חפים מפשע... פגיעה באינטרס הציבורי להענשת עבריינים ומפגיעה בעיקרון הבסיסי של שוויון בפני החוק" (עניין בורשטיין הנ"ל), נקבע, כי על הצדדים ובהמשך, על בית המשפט שלאישורו מובא ההסדר, לבחון בזהירות את ההסדר המוצע והטעמים לו (שם).

30. בהתאם לכך, התוותה הפסיקה את אמות המידה שעל-פיהן יבחן בית המשפט הסדר טיעון המוצג לפניו. וכך נפסק:

"קיומו של הסדר טיעון הוא שיקול מרכזי בשיקוליו של בית-המשפט הגוזר את העונש. ככלל, בית-המשפט יראה לקיים את הסדר הטיעון בשל הטעמים הקשורים בחשיבותם ובמעמדם של הסדרי הטיעון... זוהי נקודת המוצא. לצד זאת, יבחן בית המשפט האם הושג איזון בין טובת ההנאה שמעניק הסדר הטיעון לנאשם, לבין התועלת שיש בהרשעת הנאשם ובעונש המוצע במסגרת ההסדר לאינטרס הציבורי, בין היתר בשים לב לחיסכון בזמן ובמשאבים השיפוטיים, להודיית הנאשם בביצוע העבירות וקבלת האחריות למעשיו, ממניעת הצורך בהעדתם של עדים שונים ונפגעי העבירה, ועוד... מנגד, יביא בית המשפט בחשבון גם את סיכויי הרשעתו של הנאשם אלמלא ההסדר, את האינטרס הציבורי בשמירה על ארון הציבור ברשויות החוק ובהפעלת מדיניות ענישה הולמת ושוויונית... ראינו אפוא, כי על אף שבית המשפט איננו פטור מלבחון בעצמו את שיקולי הענישה, הרי שלא ימהר להתערב בעונש שהוסכם בין הצדדים, בוודאי כאשר מדובר בהסדר 'סגור', אשר איננו קובע מתחם מסוים אלא עונש מוגדר ומסויים. התערבות זו שמורה למצבים חריגים ביותר" (הדגשות אינן במקור, עניין אסט הנ"ל, בפסקה 8; וראו גם: ע"פ 5310/12 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 9.9.2012); ע"פ 6520/15 שרעבי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 2.6.2016); ע/30/03 רס"ן איידלר נ' התובע הצבאי הראשי (2003)).

31. בצד הלכה זו מורה אותנו תיקון מספר 113 לחוק העונשין, אשר נועד להבנות את מלאכת הענישה על-פי שיקולי הענישה המקובלים בשיטתנו, כי עיקרון ההלימה הוא

העיקרון המנחה בענישה (סעיף 40ב לחוק העונשין, ע/15/13 סמל ביטון נ' התובע הצבאי הראשי (2013)). על-פי הוראות חוק העונשין, יש לקבוע, ביחס לכל אירוע, מתחם עונש הולם ש"הוא אמת-מידה נורמטיבית, המשקללת את הערך החברתי שנפגע כתוצאה מן העבירה, מדיניות הענישה הנהוגה ביחס לעבירה זו ונסיבות ביצועה, לרבות מידת אשמו של הנאשם" (ע"פ 1323/13 חסון נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 5.6.2013), וראו גם: ע"פ 8678,8641/12 סעד נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 5.8.2013), וסעיפים 40 ו-40ג(א) לחוק העונשין).

32. כאמור, במקרה דנן, עתרו הצדדים במשותף להטיל על הנאשם פגיעה בדרגה ומאסר מותנה. על-פי פשט לשונו של תיקון מספר 113 לחוק העונשין, חלות הוראותיו על כל מקרה בו גוזר בית המשפט דינו של נאשם. ואולם, בפועל, כפי שהראינו לעיל, במסגרת הסדר טיעון, נדרשים בתי המשפט באורח תדיר לשקול שיקולים משיקולים שונים, אשר אינם נמנים בהכרח בין השיקולים המנויים בהוראות התיקון, כמו למשל ההתחשבות בקשיים ראייתיים. יש לבחון אם כן מהו היחס בין אופן הפעלת שיקול הדעת של בית המשפט, בבואו לבחון את הסדר הטיעון שהובא בפניו, לעומת אופן הפעלת שיקול דעתו בענישה, בהתאם למתווה שנקבע בהוראות תיקון מספר 113 לחוק העונשין.

33. לאחרונה, שב בית המשפט העליון ונדרש לסוגיה, תוך שהוא מציין את הדברים הבאים:

"תיקון 113 לחוק העונשין... אשר נועד להסדיר את תהליך הבניית שיקול הדעת בענישה, אינו כולל הוראה מפורשת באשר לקביעת מתחם הענישה במקרים של הרשעה וגזירת עונש במסגרת הסדר טיעון. השיקולים העומדים בבסיסם של הסדרי טיעון, ובין היתר אלה שנוגעים לקושי ראייתי בתיק או לקשיים הכרוכים בניהול המשפט בעניינו של הנאשם, אינם זהים לאלה שנכללו בתיקון 113. לכן, יש הגורסים כי אין זה ראוי להחיל את השיקולים הקבועים בתיקון 113 במקרים של הסדרי טיעון... בהתאם לכך, כאשר הסדר טיעון מבטא הסכמה ביחס לעונש עצמו, מבלי להתייחס למתחם הענישה הראוי, ייתכן שבית המשפט, בבואו לבחון את הסדר הטיעון, לא יידרש לקביעת מתחם הענישה באותו מקרה, אלא יבחן האם העונש עליו הוסכם בהסדר משקף כראוי את כלל שיקולי הענישה בסוג העבירות שבוצעו.

מנגד, יש שסבורים כי הסדרי טיעון אינם מתקיימים בחלל ריק, ובעת בחינת סבירות הסדר הטיעון, נדרש בית המשפט לבדיקה באשר למידה בה העונש המוסכם משקף כראוי את מדיניות הענישה הנוהגת (השיקולים שנקבעו בתיקון 113) יחד עם השיקולים לגיבוש הסדר הטיעון... כאמור, נראה שטרם נקבעה הלכה מחייבת בנדון" (ע"פ 8109/15 אביטון נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (טרם פורסם, 9.6.2016)).

34. בהיעדר הכרעה בסוגיה, מצאנו לנקוט בגישה המחמירה ולבחון את סבירותו של הסדר הטיעון אף בהתאם למתווה הקיים בתיקון 113 לחוק העונשין, דהיינו בראי מתחם העונש ההולם בנוגע לאירועים אשר בכתב האישום.

ב. ריבוי עבירות ומתחם העונש ההולם

35. בפתח חלק זה של הדיון נבהיר, כי העבירות כנגד שתי המתלוננות בוצעו בנסיבות ובזמנים שונים. נוכח היעדרו של "קשר הדוק" ביניהן, ראינו לקבוע לכל אחת מהן מתחם עונש משל עצמה, כאירוע נפרד (על מבחן "הקשר ההדוק" בין העבירות, ומבחני העזר שנקבעו לו, ראו את ע"פ 4910/13 ג'אבר נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 29.10.2014); וכן ע"פ 1261/15 מדינת ישראל נ' דלאל (טרם פורסם, 3.9.2015)).

36. אשר למתחם העונש ההולם, כידוע, יש לבחון את הערך החברתי המוגן בעבירה ומידת הפגיעה בו בנסיבות ביצוע העבירה, תוך בחינת מדיניות הענישה הנוהגת במקרים דומים (סעיף 40 לחוק העונשין).

בעילה אסורה בהסכמה תוך ניצול יחסי מרות

האינטרס החברתי והיקף הפגיעה בו –

37. לעניין טיבו ומעמדו של האינטרס החברתי המוגן, אשר בבסיס העבירה של בעילה אסורה בהסכמה תוך ניצול יחסי מרות, נפנה לדבריו של בית המשפט העליון בעש"מ 4790/04 מדינת ישראל נ' בן חיים פ"ד ס(1) 257 (2005), כפי שנפסקו אגב דיון בהקשר דומה:

"אכן, נסיבותיה של העבירה לפי סעיף 348(ה) לחוק העונשין אינן כאלה שבמסגרתן נשלל לחלוטין חופש הרצון והבחירה של נפגע העבירה... הוראת סעיף 348(ה) לחוק העונשין עוסקת בסיטואציה בה ניתנה לכאורה הסכמה של העובד או העובדת לביצוע המעשים המיניים בהם. עם זאת ההסכמה האמורה הושגה בנסיבות של ניצול יחסי מרות מצד הממונה. נסיבות אלה מקימות חשד המבוסס על ניסיון החיים והשכל הישר, כי חרף העובדה שהמעשים המיניים בוצעו לכאורה בהסכמה, אין מדובר בהסכמה חופשית ואמיתית. קיומם של יחסי מרות וניצולם על ידי מבצע המעשה המגונה הם הסיבה המרכזית למתן ההסכמה של העובד או העובדת לביצוע המעשים בהם. בנסיבות אלה קמה הנחה סטטוטורית שלפיה ההסכמה שניתנה פגומה, שכן היא אינה פרי רצון חופשי ואמיתי. לפיכך, אף שסעיף 348(ה) לחוק אינו עוסק בסיטואציה שבה חופש הרצון נשלל לחלוטין, מדובר בהתנהגות אשר

לפי טיבה ולפי נסיבות ביצועה יש בה כדי לפגוע פגיעה ניכרת באוטונומית הרצון ובכבוד האדם של נפגע העבירה...

ממונה המנצל את מרותו על מנת להשיג ממי שכפוף לו הסכמה לכאורה לביצוע מעשים מיניים בו, עושה שימוש לרעה בכוחו תוך פגיעה קשה בכבוד האדם של המוטריד ובאוטונומית הרצון שלו. במעשים אלה מתייחס הממונה לעובד או לעובדת כאל אובייקט מיני גרדא, מכשיר לסיפוק דחפים, ורומס הוא את כבודו ואת רצונו החופשי של המוטריד. אין ספק שכפופים הסרים למרותו של ממונה המשתמש לרעה בסמכותו כלפיהם כדי להפיק מהם טובות הנאה מיניות, נקלעים לסיטואציה קשה וקיים צורך חיוני להגן עליהם בהיותם נתונים במצב בלתי אפשרי זה" (ראו גם: ע"פ 9256/04 נוי נ' מדינת ישראל פ"ד ס(2) 172 (2005)).

נזכיר עוד, כי ברוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, גם מסמך רוח צה"ל מקנה מעמד גל לערך "כבוד האדם" וערך זה נמנה עם שלושת ערכי היסוד, המוגדרים במסמך.

38. משנה חומרה יש לייחס למעשים עת עסקינן בקצין בכיר, המנצל את מעמדו, דרגתו ותפקידו לביצוע מעשים מיניים בחיילת צעירה, בתוככי מסגרת היררכית כצבא ההגנה לישראל, שבו משרתים חיילים וחיילות מכוח חובה על-פי חוק (ראו ע/15/1 התובע הצבאי הראשי נ' אל"ם אברג'יל (2015)). מעשים מעין אלו, על אף חלוף הזמן, פוגעים בחוסנו המוסרי של הצבא ובתדמיתו והם גוררים פגיעה קשה באמון הציבור בו. יפה לעניין זה פסיקתו רבת השנים של בית המשפט העליון, שלפיה –

"חוסנו ועוצמתו של צה"ל שואבים משני מקורות: האחד, חוסנו המוסרי, על הנורמות, הערכים ודפוסי ההתנהגות המונחים בבסיסו; והשני, חוסנו הצבאי, הסומך בין השאר על המשאב האנושי והמקצועי...

לא ניתן להגזים בחשיבותו ובמרכזיותו של צה"ל בחיי העם והמדינה. זהו צבא שמשרתים בו בנינו ובנותינו המתגייסים לשירות חובה ונמסרים כפיקדון יקר למשמורת הצבא ומפקדיו. זהו צבא המעלה על נס את מרכזיותם של החייל והחיילת המשרתים בו. דווקא משום מרכזיותו של צה"ל בחיינו ושל החייל בצה"ל, דווקא משום היותו צבא שחרת על דגלו את החינוך כיעד והמהווה כור היתוך לכל המתגייסים לשורותיו, יש לצה"ל תפקיד בעל חשיבות עליונה במישור המוסרי והערכי. צה"ל תורם תרומה גדולה ועצומה לגיבוש אישיות המשרתים בו ומציידם בערכים שיעצבו את התנהגותם בחברה בעתיד ואת תפיסותיהם הנורמטיביות לגבי המותר והאסור. דווקא משום כל אלה על צה"ל להצטיין בחוסן מוסרי וערכי חזק ואיתן. נושאי דגל זה הם קציניו ובמיוחד אלו העומדים בראש הפירמידה. מאלו יש לצפות שיהוו דוגמה אישית. עם אלה יש להקפיד ולדקדק כחוט השערה" (בג"ץ

1284/99 פלונית נ' ראש המטה הכללי פ"ד נג(2) 62, עמ' 71-70 (1999).

על הפגיעה בדרגה –

39. כפי שנראה להלן, במקרה דנן, משיקולים של גמול והלימה, יש למקד את הדיון בעונש, ברכיב הפגיעה בדרגה.

40. תחילה נטעים, כי נוכח טיב העבירה, משעסקינן בניצול מעמד בכיר לביצוע מעשים מיניים בחיילת הכפופה למרותו, הגם שאינם בכפייה, הרי שמטעמים של הלימה, יש לפגוע בבכירותו של הנאשם. עונש זה אף משרת את צורכי ההרתעה הכללית והאישית, ויש בו גם מימד של מניעה. רכיב ענישתי זה מתחייב, בנסיבות העניין, אף נוכח היבטי הכישלון הערכי-פיקודי במקרה דנן ולמעשה, כפי שנפרט בהמשך, הוא בעל משמעות רבה נוכח השלכותיו על הנאשם נוכח נתונו הקונקרטיים.

41. אשר לטיבו של עונש הפגיעה בדרגה והשלכותיו – ככלל, אמות המידה המצופות ממפקד בצבא הינן גבוהות יותר ומשקלה של חובת האמון הציבורית כבדה יותר (ראו: בג"ץ 1284/99 פלונית הנ"ל וכן ע/117/05 התובע הצבאי הראשי נ' אל"ם זאהר (2006)). בהקשר זה נפסק, כי:

"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' (שופטים ז, י"ז)" (ע/88,89/11 התובע הצבאי הראשי נ' אל"ם חיים (2012), וראו גם: ע/123/02 אל"ם ישי נ' התובע הצבאי הראשי, פסקה 27 (2004)).

זאת ועוד, כפי שנפסק בעבר לא אחת, "העיקרון המנחה את בתי הדין הצבאיים הוא שכרום הדרגה כך גודל הציפייה: 'ככל שהחייל מטפס במעלה הדרגה, כך עולה עמו... הדרישה המוסרית והערכית, כך יותר ויותר חייב הוא לשמש דוגמא ומופת'" (עניין תמיר לעיל, פסקה 10). עונש הפגיעה בדרגה הוא העונש ההולם, אפוא, את הכישלון הפיקודי-ערכי, של בעלי הדרגות.

42. בצד עיקרון זה, נוכח ההשלכות מרחיקות הלכת של רכיב הפגיעה בדרגה על תפקידו של המפקד, על פוטנציאל קידומו בצבא ולעיתים אף על מצבו הכלכלי (ראו: ע/70,71/09 רס"ב פטרושקה נ' התובע הצבאי הראשי (2010), ע/36,38/11 התובע הצבאי הראשי נ' רס"ב רחימי (2011)); בשים לב לפגיעה הצפויה בתדמיתו ובמעמדו של אותו מפקד, ומאחר שלא פעם עסקינן במפקדים, שצברו לאורך השירות נקודות זכות רבות ותרמו לביטחון המדינה – נפסק כי יישומו של העיקרון ראוי כי יעשה באופן מידתי ובהתאם לתמונה הכוללת –

"בעבר הרחוק שלטה בכיפה ההשקפה, כי כשלון פיקודי

משמעותי מחייב את שלילת דרגת הקצונה. ברבות השנים, עם התפתחות תורת המידתיות ולצידה תורת האיזונים במשפט כבש את הבכורה קו הענישה, היוצר מתאם בין מידת הכישלון הפיקודי וכלל הנסיבות לבין מידת ההורדה בדרגה. הובהר, כי יש ליתן הדעת למכלול רכיבי הענישה שהוטלו, ולמשקלו של עונש ההורדה בדרגה במסגרת כלל העונשים המוטלים". (עניין **תמיר לעיל**, פסקה 11, וראו גם: ע/256/96 **רס"ן ביבאס נ' התובע הצבאי הראשי** (1997)).

בחלק מן המקרים אף בואר, כי הפגיעה בדרגה עלולה להיות "חמורה, לעיתים, מעונש המאסר. זאת, במיוחד, באשר למי שהדרגה מהווה עבורו סמל לדרך החיים בה בחר" (ע/153/03 **סא"ל שגיא נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 23 (2004)). על מחירה של הפגיעה בדרגה ומשמעותה עבור מי שהשיגה בלחימה מסוכנת ומאומצת בשדה הקרב ראו גם החלטת הוועדה לפי סעיף 533 לחוק השיפוט הצבאי בעניינו של **האלוף מרדכי** (מיום 9.9.2005). ברוח זו נכתב, כי: "בשל היותה של זכותו של אדם לשאת דרגה צבאית, שאותה השיג בעמל רב, זכות הקשורה לכבודו כאדם אשר פגיעה בה היא פגיעה בכבודו, ראוי כי ההליך בדבר בחינת פגיעה בזכות האמורה לא יהיה הליך מינהלי, אלא הליך הנושא אופי שיפוטי" (מתוך דברי ההסבר להצעת חוק השיפוט הצבאי (תיקון מספר 47), מיום 17.11.2003).

מדיניות האכיפה ומדיניות הענישה הנוהגת –

43. בחינת **מדיניות האכיפה והענישה הנוהגת בערכאות אזרחיות**, בעיקר בנוגע לעובדי ציבור בכירים, אשר ניצלו את מעמדם לביצוע מעשים מיניים בכפופים להם, אף כאשר לא בוצעו בכפייה, מצביעה על ענישה בהליך פלילי, אשר נעה בין מאסר מותנה למאסר בפועל בדרך של עבודות שירות (ראו למשל הענישה בגין עבירה של בעילה אסורה בהסכמה תוך ניצול יחסי מרות, בעניין **נוי הנ"ל**; וכן רע"פ 913/14 **מוצאפי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 6.4.2014)).

44. במקרים אחרים, הסתפקו הרשויות בהעמדה לדין משמעתי, שמטבע הדברים, גוררת נקיטת סנקציות משמעטיות ולא ענישה פלילית (ראו למשל עניין **בן חיים הנ"ל**, וכן החלטות של בית הדין המשמעתי של משטרת ישראל – ביד"מ 10/16, ביד"מ 48/15 וביד"מ 73/15, אשר עוסקות במקרים, שבהם נדונו קצינים בכירים במשטרה, לאחר שקיימו בהסכמה, יחסי מין עם שוטרות שהיו כפופות להם ואף סייעו לקידומן בתפקידים במשטרה, לעונשי נזיפה, קנסות ופגיעה בדרגה לתקופה קצובה בת מספר חודשים).

45. ידוע, כי מדיניות האכיפה הנוהגת בצבא, מחייבת העמדה לדין פלילי בכל מקרה של אישום בעבירת מין ואף בעבירות קלות יותר שמהותן מעשים אסורים בהיבט

מיני (ראו למשל עניינו של אל"ם ישי לעיל). בצד זאת, במדרג מדיניות האכיפה, בחלק מן המקרים ואף בנסיבות קרובות, הורשעו נאשמים בבתי הדין הצבאיים, בסופו של הליך פלילי, בעבירה של התנהגות שאינה הולמת, אשר אינה נושאת עמה רישום פלילי (ראו עניין אברג'יל לעיל וכן ע/49/05 סרן עמיאל נ' התובע הצבאי הראשי (2005); מיוחד/2/15 התובע הצבאי הראשי נ' סא"ל חג'בי (2015)). עיון באותה פסיקה מצביע, כי הנאשמים נדונו לעונשי מאסר על תנאי, או עונשי מאסר בפועל בעבודה צבאית לתקופות קצרות, וכן לעונש של פגיעה בדרגה אחת עד שלוש (ראו והשוו גם לעונש שניתן במקרה חמור יותר, בגין מספר עבירות של מעשה מגונה, בע/25/14 סא"ל קרקו נ' התובע הצבאי הראשי (2015)).

46. עולה מן המקובץ, כי מתחם העונש ההולם, בנסיבות ביצוע העבירה ובראי מדיניות הענישה הנוהגת, כמפורט בסעיף 40 לעיל, על רקע שיקול ההלימה ונוכח היבטי הענישה הייחודיים למסגרת הצבאית ומשמעותם, מתמקד בעונש הפגיעה בדרגה, לצד מאסר מותנה ולעיתים גם מאסר קצר בדרך של עבודה צבאית. מסקנה זו מתבקשת בנסיבות הייחודיות של המקרה שלפנינו, נוכח דרגתו הבכירה מאד של הנאשם והשלכותיו מרחיקות הלכת של רכיב ענישה זה ביחס אליו, כמפורט להלן. בחינת כלל הנתונים במקרה דנן, בהתחשב בחלוף הזמן ונתוני העושה, בראי העקרונות ומתווה הענישה על-פי דין, מצביעה, אפוא, על מתחם עונש הולם אשר נע בין הורדת הנאשם בדרגה אחת לבין הורדתו בשלוש דרגות, לצד מאסר מותנה.

התנהגות שאינה הולמת

47. אף במעשיו של הנאשם, כמפורט בפרט האישום השני, שעניינו התנהגות שאינה הולמת, המהווים, למעשה, מגע מיני בקצינה ששרתה תחת פיקודו, במסגרת השירות הצבאי ותוך כדי מילוי תפקיד – פגע הנאשם פגיעה משמעותית בערך החברתי להגן על ריבונות האדם על גופו ועל כבודו. מעשיו של הנאשם אף מציגים באור שלילי את צה"ל ויש בהם כדי לפגוע באמון הציבור בו. בצד זאת, בנסיבות המקרה, יש ליתן משקל לכך שלפנינו אירוע יחיד, שארע לפני כחמש שנים והסתיים מיד לאחר שהמתלוננת ל' ביקשה מן הנאשם לחדול ממעשיו.

48. כידוע, "עברת התנהגות שאינה הולמת מבטאת, בראש ובראשונה כישלון פיקודי וערכי. מכאן, שבעקבות הרשעה בעברה זו, ככלל, מתבקשת בחינת הטלת עונש של הורדה בדרגה, הנותן ביטוי לכישלון הפיקודי" (ראו עניין מור חיים לעיל, פסקה 38). מדיניות הענישה הנוהגת, במקרים דומים, כוללת, על-פי רוב, מאסר מותנה בלבד, או מאסר מותנה ופגיעה בדרגה אחת (ראו למשל: עניינו של סא"ל חג'בי הנ"ל, עניינו של אל"ם ישי, עניינו של תא"ל תמיר לעיל וכן מ/7/16 התובע הצבאי הראשי נ' אל"ם ברגר (2016)).

ג. השיקולים לקביעת מידת העונש

49. בפתח הדברים נבהיר, כי בנסיבות המקרה ואף בנסיבות העושה, לא מצאנו כי קיימים שיקולים יוצאי דופן לחרוג לקולה ממתחם העונש ההולם, מטעמים של שיקום, או לחומרה, נוכח סכנה לשלום הציבור (ראו סעיפים 40 ד ו-40 לחוק העונשין).

50. בתוך מתחם העונש ההולם, ביחס לכל אחת מן העבירות, יש ליתן משקל לחלופי הזמן, **כמעט חמש שנים** (ראו סעיף 40יא(10) לחוק העונשין). משקל רב עוד יותר ראוי לייחס לעמדתן של שתי המתלוננות, אשר הסכמת הצדדים הייתה מקובלת עליהן. למעשה, התייחסותן הוטמעה ושולבה כבר בפרטי ההסכמה בין הצדדים, כפי שהוצגו לנו ואף זכתה לביטוי בעצם פרסום מכתב החרטה של הנאשם בפומבי (לאופן ההתחשבות לקולה בעונשו של נאשם, בעקבות עמדתו של נפגע העבירה, ראו ע"פ 2148/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה י"ז (טרם פורסם, 16.12.2014); ע"פ 4657/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 20 (טרם פורסם, 10.6.2015); ע"פ 7660/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (טרם פורסם, 17.9.2015); ראו גם ע' ארבל "עמדתו של קורבן העבירה בהליך המשפטי" ספר גבריאל בך 189, בעמוד 213 (2011)).

51. בהקשר זה קיימת חשיבות נוספת לנטילת האחריות של הנאשם למעשיו, להפנמת הפסול שבהם ולהבעת החרטה בגלוי. וכבר נאמר במקורותינו כי "מכסה פשעיו לא יצליח ומודה ועוזב ירוחם" (ספר משלי, פרק כ"ח, פסוק י"ג). אכן, העובדה כי הנאשם נטל אחריות למעשיו, ראוי כי תילקח בחשבון בעת גזירת העונש (ראו: סעיף 40יא(4) לחוק העונשין, וכן ע"פ 9919/07 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 18.2.2010); ו-ע/40/11 רב"ט ימיני נ' התובע הצבאי הראשי (2011)).

52. לא למותר לציין, כי בעצם נטילת האחריות וההודאה באשמה, בשים לב לקשיים הראייתיים עליהם הצביעו הצדדים, **חסך הנאשם זמן שיפוטי יקר**, וחשוב מכך – **חסך מן המתלוננות את הצורך להעיד ולחשוף פרטים אינטימיים ורגישים**.

53. סעיף 40יא(7) לחוק העונשין מונה כשיקול נוסף לקולה את "התנהגותו החיובית של הנאשם ותרומתו לחברה". הדברים אמורים ביתר שאת במקרה דנן. עסקינן במי אשר קשר את חייו, מגיל צעיר, בחיי הצבא והקדיש את כל זמנו ומרצו לשם כך. הנאשם השתתף בקרבות עזים ומסוכנים, והוביל אחריו בתושייה, בנחישות ובאומץ רב לוחמים תחת אש. הנאשם חרף נפשו לטובת ביטחון המדינה והמולדת ואף נפצע אנושות במהלך הלחימה. הוא זכה לאותות הצטיינות על נועזותו בקרב, על ההקרבה והגבורה. עדויות עדי ההגנה והמכתבים השונים חשפו בפנינו על קצה המזלג את פרטי המקרים והם עדויות לאומץ ליבו של הנאשם, להתמדה ולמסירות שהפגין

לאורך השנים בתפקידו השונים בצה"ל, ליחס הדואג והאכפתי שהפגין כלפי פקודיו וכלפי המשפחות השכולות, למקצועיותו, חריצותו ורצינותו. דרכו של הנאשם במערכת הצבאית הייתה סלולה, נוכח חלקו של הנאשם בהגנה על ביטחון המדינה ותושביה, ונצברו לו נקודות זכות רבות. בית הדין הצבאי לערעורים שנה, כי :

"ביום פקודה... עלינו לבחון אם ניתן גם המשקל הראוי לאופי שירותו התובעני של המערער שנים רבות, תוך הקרבה אישית ומשפחתית כה משמעותית" (ע/74/09) **תא"ל תמיר הנ"ל**, בעמוד 23 לפסק הדין, וראו גם: ע"פ 4484/05 **שגב נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 8.8.2006) ועניין **שגיא** לעיל).

הדברים יפים ככפפה ליד אף בענייננו. אכן, תרומתו המשמעותית של הנאשם לאורך השנים בצה"ל – ראוי שתזקף לזכותו ביום הדין.

54. מעמדו הרם והתהילה שאפפה את הנאשם בעקבות גבורתו בלחימה והצטיינותו בתפקידים השונים לאורך השירות הצבאי, ממחישים היטב גם את עומק הנפילה בעקבות הרשעתו בפלילים בכלל, ובעבירת מין בפרט (על הנזק הכרוך בעצם ההעמדה לדין פלילי והכתם הנלווה להרשעה ראו: ע"פ 4434/10 **יחזקאל נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 8.3.2011) ובג"ץ 88/10 **שוורץ נ' היועץ המשפטי לממשלה** (טרם פורסם, 12.7.2010)). על כך נאמר במקורותינו – מאיגרא רמא לבירא עמיקתא (חגיגה ה' ב'). **ללמדנו על ההיקף הרב של הנזק שנגרם לנאשם**, אשר, מיד עם פתיחת החקירה הושעה מתפקידו, מינויו לתפקיד בכיר בוטל ולמעשה, הוביל לסיומה של קריירה צבאית מפוארת ועטורת שבחים (על משקלם של צעדים פיקודיים הננקטים עוד לפני ההליך המשפטי, כשלעצמם, במסגרת גזירת העונש ראו: עניין **שגיא הנ"ל**, פסקה 46, בג"ץ 425/89 **צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי** פ"ד מג(4) 718, בעמודים 740-741 (1989), ובג"ץ 4550/94 **אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מט(5) 859, 874-875 (1995)).

55. נזק נוסף שנגרם לנאשם ולבני משפחתו כרוך בפרסום הרב שנלווה לפרשה ולעיסוק הנרחב בה באמצעי התקשורת השונים (ראו והשוו: ע"פ 3372/11 **קצב נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 10.11.2011), פסקאות 391-393; עניין **חגיבי** לעיל, פסקאות 58-60).

56. אכן, התמונה המצטיירת, מלמדת על פגיעה קשה בתדמיתו ובמעמדו של הנאשם בעיני מקורביו. התרשמנו כי רצף האירועים במקרה דנן גרם לנאשם ובני משפחתו נזקים כבדים במישורים שונים. "ענישתו" של הנאשם במישור הציבורי, התודעתית והתקשורתית, כמו גם האמצעים הפיקודיים שנקטו נגדו, אף הם בבחינת נתון שיש להתחשב בו במסגרת הדיון **בתמהיל הענישה** הראוי (ראו סעיפים 40א(1), (2) לחוק העונשין, ועניין **שגיא** לעיל, בפסקה 46).

ד. בחינת הסדר הטיעון בראי תיקון 113 והכללים בפסיקה

57. בבואנו לבחון את יישומם של המבחנים בדבר כיבוד הסדרי טיעון כמפורט לעיל, ואף בראי תיקון 113 לחוק העונשין, נתפלגו דעותינו:

דעת הרוב

58. הראינו כי מתחם העונש ההולם ביחס לעבירה של בעילה אסורה בהסכמה, תוך ניצול יחסי מרות, בנסיבות המקרה, נע בין הורדת הנאשם בדרגה אחת לבין הורדתו בשלוש דרגות, לצד מאסר מותנה, וכן כי בעבירה של התנהגות שאינה הולמת, בנסיבות המקרה, קיים מתחם עונש הולם, הכולל מאסר מותנה עם או בלי פגיעה בדרגה אחת. עוד הראינו, כי בתוך מתחם העונש ההולם, קיימים שיקולים משמעותיים, לטובת הקלה בעונשו של הנאשם.

59. עם זאת, לטעמנו, על אף חלוף הזמן, **צבר** האירועים, משעסקין בסדרה של מקרים, לאורך זמן; ביחס לשתי מתלוננות שונות, פקודות ישירות של הנאשם; פערי המעמד, הדרגות והגיל, בעיקר ביחס למתלוננת א' – מימדי הפגיעה בכבודן ובריבונותן של המתלוננות על גופן והכישלון הערכי-פיקודי של הנאשם – כל אלה מצדיקים ענישה משמעותית וחמורה יותר, **ואלמלא הסדר הטיעון**, היה בהם כדי לבסס עונש הכולל פגיעה **נוספת** בדרגתו של הנאשם.

60. דווקא בכירותו של הנאשם והיותו מפקד נערץ, חייבוהו בהתנהגות מוסרית וערכית מן המעלה הראשונה. וכבר נפסק, כי:

"ככל שדרגתו של המפקד גבוהה יותר, וככל שפער הגילים בין המפקד לפקודתו גדול יותר, כך מתעצמת גם חומרת העבירה. חובת האמון אותה חב המפקד לפקודיו, מתבקשת נוכח חובת הציות והמשמעת אותה חב הפקוד למפקדו. הכח הרב השמור בידי מפקד ביחס לפקודיו מוגבל מכוחה של חובת אמון זו, לבל יעשה בו שימוש לרעה. כחו הפיקודי, הסמכות שהוענקה לו, תכליתו אך לקדם את המשימה הצבאית עליה הוא מופקד ואת חובותיו הפיקודיות, ולא דבר מעבר לכך. על המפקד לדחות כל שיקול זר – ובכלל זה טובתו האישית או סיפוק צרכיו – ממסכת שיקוליו בכלל, וביחס לפקודיו בפרט. אל לו לפרוץ גדרות וסייגים הקובעים את מגבלות הכח בעת הפעלתו" (עניין אל"ם זאהר הנ"ל, פסקה 129 לפסק הדין, ועניין סא"ל קרקו לעיל בפסקה 62).

61. לדידנו, בחינת מכלול הנתונים, בראי שיקול ההלימה, הייתה מצדיקה ענישה מכבידה יותר והורדתו של הנאשם בדרגה נוספת, באופן שישקף נכונה את היקף הפגיעה בערכים החברתיים, כמפורט לעיל ויעביר את המסר המתבקש, שלפיו **יש להוקיע ניצול מיני של החיילות ופגיעה בהן**. בהתאם, התחבטנו בשאלה האם יש

בעונש המוצע, על שני מרכיביו, כדי להלום את נסיבות המקרה ולענות על צורכי הענישה.

62. בסופו של דיון, מצאנו, כי נוכח המבחנים המקובלים בפסיקה ביחס לאימוץ הסדרי טיעון, כמפורט לעיל, יש לכבד את הסדר הטיעון, גם אם בדוחק.

63. בהתחשב בעמדתן של נפגעות העבירות אשר להסדר הטיעון, בקשיים הראייתיים עליהם עמדו הצדדים, במחיר ששילמו הנאשם ובני משפחתו, בנטילת האחריות והבעת החרטה על-ידי ובעיקר – בנקודות הזכות הרבות שצבר, סברנו, **לאחר לבטים**, כי על-פי המבחן שנקבע בהלכה הפסוקה, הבודק את **סבירותו** של האיזון בין ההקלה שניתנה לנאשם לבין התועלת הציבורית שהייתה כרוכה בעריכת ההסדר, נוכח מעמדו של **הסדר הטיעון כשיקול מרכזי לעונש** – יש לכבדו (ראו עניין **רס"ן איידלר** לעיל, בעמוד 6 לפסק הדין).

64. אחר הדברים האלה, עיינו בדעת המיעוט שלהלן, הקובעת כי אף שהסדר הטיעון אינו מופרך בעליל, הרי שאינטרסים של הרתעה ומניעה מחייבים את הורדתו של הנאשם בשתי דרגות. איננו שותפים לעמדה זו. כידוע, "ככל שמדובר בסליחת הקרבן במסגרת הליך גישור מסודר ומקצועי כגון תכנית 'צדק מאחיה', יש למקום ליתן לה משקל רב במסגרת ההליך הפלילי" (ע' ארבל, "עמדתו של קורבן העבירה בהליך המשפטי", לעיל). הליך כזה נעשה בענייננו, ובעקבותיו, הודיעו המתלוננות כי הן מקבלות את הסדר הטיעון. בשים לב לכך, וכן **לקשיים הראייתיים הניכרים**, שעליהם עמדו הצדדים בתמצית, ולכך, שנחסך מן המתלוננות הצורך למסור עדותן בנושאים רגישים ואינטימיים, ואף בהתחשב בנטילת האחריות, הפנמת הפסול והמחיר הרב ששילם הנאשם, בראי נקודות הזכות שצבר – לא ניתן לקבוע, כי הסדר הטיעון מפר את האיזון הנדרש בין כלל האינטרסים הרלוונטיים (ראו: עניין **פלוני** לעיל, פסקה 19). בד בבד, מאחר שהעונש המוצע על-פי הסדר הטיעון מצוי **בתוך מתחם העונש ההולם**, כמפורט לעיל, אין לקבוע, כי הוא משתייך לאחד מאותם "מצבים חריגים ביותר", המחייבים את התערבות בית הדין (עניין **אסט** לעיל, פסקה 8). אשר על כן, נותרנו בעמדתנו.

דעת המיעוט

65. שופט המיעוט מצא לציין, בכל הנוגע לאינטרס החברתי אשר בבסיס העבירה של בעילה אסורה בהסכמה, כי המילה "בהסכמה", המופיעה בכותרת הסעיף אינה מופיעה בגוף הסעיף, ואינה מהווה חלק מיסודות העבירה. למעשה, המילה בהסכמה סותרת את המילים "בעילה אסורה", שהרי אם קיימת הסכמה, אין עבירה. לפיכך המילה "בהסכמה" שבכותרת סותרת את לשון הסעיף עצמו, גורמת לבלבול, ועל כן יש למחוק אותה מכותרת הסעיף.

השופט אף מבקש להדגיש, כי בנסיבות ביצוע העבירה, כמפורט לעיל, נאמר במפורש כי המעשים, לא היו חלק ממערכת יחסים רומנטית ונעשו תוך ניצול יחסי מרות בשירות. לאור זאת ברור, כי הרשעת הנאשם מתייחסת לבעילה אסורה תוך ניצול יחסי מרות בשירות, ללא הסכמת המתלוננת.

66. אשר לכללים המשפטיים בעניין הסדרי טיעון, נקבע כי רק במקרים חריגים לא יכבד בית המשפט את הסדר הטיעון, והטעמים לכך פורטו כבר בהרחבה. עם זאת, אין לומר ששיקול הדעת של בית המשפט ניטל ממנו לחלוטין, וחובת השופט לבחון אם הסדר הטיעון עולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי.

67. ככל שמדובר בעונש המאסר, לאור מדיניות הענישה הנוהגת בעבירות של בעילה אסורה, לאור הסדר הטיעון, ובעיקר לאור הסכמת המתלוננת לו, אין לומר שהטלת מאסר על תנאי בלבד, ללא רכיב של מאסר בפועל, נוגדת את האינטרס הציבורי באופן שמחייב את בית המשפט לסטות מההסדר. לעומת זאת, לעניין עונש ההורדה בדרגה, דעתי שונה.

68. עונש של הורדה בדרגה לקצין בדרגת תת-אלוף מהווה עונש ממשי, אולם יש לבדוק את השלכות העונש על הנאשם. אין דומה עונש של הורדה בדרגה לקצין שנמצא עדיין בשירות, שמשנה עקב העונש את תפקידו, מעמדו בצבא נפגע, משכורתו נפגעת ותנאי הפנסיה שלו נפגעים, לקצין שפרש כבר מהצבא עם מלוא זכויותיו, ולבד מהפגיעה המורלית הנלווית להורדה בדרגה, אין השלכות מעשיות לפגיעה בדרגתו.

69. תפקידו של בית הדין בתיק זה הוא לקבוע נורמות התנהגות ולהעביר מסר ערכי בדבר כללי התנהגות ראוייה של מפקדים בצבא. המסר שאמור לצאת מגזר הדין הוא גינוי חד משמעי של מעשיו של הנאשם, שניצל את דרגתו ותפקידו כדי לספק את תאוותיו המיניות. מסר נוסף הוא הגנה חד משמעית על חיילות צעירות, שלא ניתן יהיה לנצלן מינית. תפקיד גזר הדין הוא להבהיר למפקדים כי ניצול מיני של חיילת ייתקל בתגובה עונשית חריפה, ומצד שני יבהיר לחיילות צעירות או לפקודותיו של קצין בכיר כי מערכת המשפט מספקת הגנה לחיילות, כי אל להן להיכנע לגחמותו של מפקדן, וכי תלונות מצידן יזכו לאוזן קשובה ולטיפול הולם. הנאשם ניצל את מעמדו כמפקד חטיבה ואת דרגתו אז (אל"ם), לביצוע מעשיו המיניים. כאמור, אין מדובר כאן במעידה חד פעמית, אלא במספר אירועים שנמשכו במשך כמעט שנתיים. נשאלת השאלה אם הורדתו לדרגה, שאפשרה לו את ביצוע עבירות המין מהווה עונש מספק, העולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי. כאמור, ככל שדרגת הקצין בכירה יותר, כך מצופה ממנו להקפיד על שמירת כללי התנהגות ראויים. ככל שהקצין בכיר יותר, הריסון המצופה ממנו חייב להיות גדול יותר. לא כך נהג הנאשם.

70. כל שופטי המותב בדעה כי בנסיבות רגילות, **אלמלא הסדר הטיעון**, לא היינו מסתפקים בהורדת הנאשם בדרגה אחת בלבד. הסדר הטיעון שהמתלוננת הסכימו

לו מהווה את העילה להסתפק בהורדה בדרגה אחת. **אני מסכים כי הסדר הטיעון אינו מופרך בעליל אולם שאלה היא אם הוא משקף את המסר הראוי.** בנקודה זו אני חולק על דעת חבריי. גזר הדין אמור למצות את ההליך הפלילי. תפקיד גזר הדין אינו מתמצה רק בענישת הנאשם והרתעתו, אלא נועד לשלוח מסר תקיף וחד משמעי כי פגיעה של מפקד בפקודיו ופקודותיו וניצולם, ייענו בתגובה עונשית הולמת, שתשמש לא רק להרתעת מפקדים בעתיד מביצוע מעשים מיניים בכפופים להם, אלא תיתן הגנה ראויה לנפגעות העבירה ותגבה אותן בתלונתן.

המסר שראוי לשלוח לא יושג רק בשימוש במילים קשות וחריפות. תפקידו של השופט לתרגם את לשון גזר הדין לשפת הענישה, ותרגום זה אינו מאפשר, לדעתי, להסתפק בהורדה בדרגה אחת. הדגשתי כבר כי אין ביטוי מעשי בהורדת הנאשם בדרגה, לאחר שפרש כבר ומיצה את זכויותיו. כידוע, על סגל הפיקוד הבכיר בצה"ל נמנים קצינים בדרגת אל"ם ומעלה ואף משום כך, אין זה ראוי, כי הנאשם יוותר בדרגת אל"ם. לפיכך, תרגום מעשיו של הנאשם לשפת הענישה מחייב שלא להסתפק בהורדה בדרגה אחת בלבד. עונש זה שהוצע בהסדר הטיעון אינו משקף נכונה את האינטרס הציבורי ופוגע באמון הציבור. העונש המתאים, לטעמי, הוא הורדה לדרגה, שהקצינים הנושאים אותה, אינם משתייכים לסגל הפיקוד הבכיר. העונש הראוי לדעתי הוא הורדתו של הנאשם בשתי דרגות, מדרגת תת-אלוף, לדרגת סגן-אלוף.

ה. סוף דבר

71. סוף דבר, לאחר שבחנו בקפידה את מכלול הנתונים הקיימים בראי שיקולי הענישה המקובלים והנחיות הפסיקה, בהינתן הכלל בדבר כיבוד הסדרי טיעון – מצאנו להטיל על הנאשם את העונשים הבאים:

א. פה אחד, אנו גוזרים על הנאשם שבעה חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים, לבל יעבור עבירה לפי פרק י' סימן ה' לחוק העונשין, או עבירה לפי החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998.

ב. פה אחד, מוטלים על הנאשם חודשיים מאסר על תנאי למשך שנתיים, לבל יעבור עבירה של התנהגות שאינה הולמת בנסיבות של עבירת מין, או עבירה לפי פרק י' סימן ה' לחוק העונשין, או בנסיבות של עבירה לפי החוק למניעת הטרדה מינית.

ג. ברוב דעות, אנו מורים להוריד את הנאשם בדרגה אחת, מדרגת תת-אלוף לדרגת אלוף-משנה, כנגד דעתו החולקת של אחד השופטים, שסבור כי יש להוריד את הנאשם בשתי דרגות, לדרגת סגן-אלוף.

72. נוכח עמדתם המשותפת של הצדדים, לא מצאנו לפסוק רכיב של פיצויים לטובת המתלוננת.

- זכות ערעור כחוק.

ניתן והודע ביום ו' בשבט התשע"ז, 2 בפברואר 2017, בפומבי ובנוכחות הצדדים.

שופט	שופט	הנשיאה
למקור	נאמן	העתק
מכני	קורל	סגן
הדין	בית	קצינת
		_____ חתימת המגיה:
		_____ תאריך: