 

**בבית הדין הצבאי לערעורים**

בפני:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **תא"ל (מיל') אבי לוי** | **-** |  שופט |
| **אל"ם מאיה גולדשמידט** **אל"ם דודו חזן**  | **-** **-**  |  שופטת שופט |

בעניין:

**ב/\*\*\*\*\*\*\* רס"ב ד' ח'–** המערער (ע"י ב"כ, עו"ד עדי אייזנר)

**נ ג ד**

**התובע הצבאי הראשי –** המשיב (ע"י ב"כ, רס"ן אליסף מלמד; סרן שני שחר)

ובעניין:

**התובע הצבאי הראשי –** המערער (ע"י ב"כ, רס"ן אליסף מלמד; סרן שני שחר)

**נ ג ד**

**ב/\*\*\*\*\*\*\* רס"ב ד' ח' –** המשיב (ע"י ב"כ, עו"ד עדי אייזנר)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי הצפון שניתן בתיק צפון (מחוזי) 129/21 (סא"ל ענת שחר ויינברג – אב"ד; סא"ל סבסטיאן אוסובסקי – שופט; רס"ן נטע לי צליכובר - שופטת) ביום 12.1.2023. ערעור התביעה (קולת העונש) התקבל. ערעור ההגנה (חומרת העונש) נדחה.

**פ ס ק - ד י ן**

**רקע**

1. המערער, רס"ב ד' ח' , הורשע על פי הודאתו בעבירות של פגיעה בפרטיות, לפי סעיפים 2(3) ו-5 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א – 1981, מעשה מגונה לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין, תשל"ז - 1977, עבירה במסמכים צבאיים לפי סעיף 105(1) לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו – 1955 והתנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי. בעקבות הרשעתו של המערער, נגזרו עליו עונש של שבעה חודשי מאסר בפועל, עונשי מאסר מותנים והורדה לדרגת טוראי. עוד נפסקו לשלוש נפגעות העבירה פיצויים בסכום כולל של 19,500 ש"ח, ובית הדין הורה על חילוט מכשיר הטלפון של המערער שבו בוצעו חלק מהעבירות המיוחסות לו.
2. שני הצדדים לא השלימו עם פסק דינו של בית הדין קמא הנכבד, ומכאן הערעורים על מידת עונש המאסר בפועל שהושת על המערער.

**השתלשלות העניינים בבית הדין המחוזי ועיקרי פסק הדין**

1. ביום 29 בספטמבר 2021 הורשע המערער, על פי הודאתו, בכתב אישום מתוקן (כארבעה חודשים לאחר הגשת כתב האישום המקורי). בהתאם לבקשת הצדדים נדחה שלב הטיעונים לעונש, על מנת לאפשר למערער להשלים הליך טיפולי טרם גזירת עונשו, וזה התקיים לבסוף ביום 27 בנובמבר 2022.
2. נסיבות הרשעתו של המערער, בעבירות של פגיעה בפרטיות ומעשה מגונה הן כדלקמן: במסגרת תפקידו החזיק המערער אשר שירת כמכונאי ובוחן רכב בשירות קבע בגדוד טנ"א עמקים, במפתחות לתא השירותים במבנה הבוחנים. בין השנים 2018 ל-2020 נכנס המערער בשש הזדמנויות שונות לתא השירותים והניח את מכשיר הטלפון האישי שלו בין מיכל ההדחה לקיר לאחר שהפעילו על מצב של צילום וידאו. את הסרטונים והתמונות שצילם שמר בתיקייה מוסתרת המוגנת בסיסמה, על גבי כרטיס זיכרון שהיה מותקן בטלפון.

בגזר הדין פורטו נסיבות המקרים האמורות. בתמצית נציין, כי במספר הזדמנויות שבהן הותיר המערער את מכשיר הטלפון בתא השירותים, צילם האחרון חיילות שונות (רב"ט י' ד', סמל ע' פ' וחיילת נוספת) כשהן עושות את צרכיהן. פעמיים הבחינו חיילות במכשיר הטלפון של המערער והשיבו אותו לידיו. בהזדמנויות נוספות הבחינו חיילות במכשיר והותירו אותו במקומו, או שכיבו את מצב הצילום בו.

פעמיים ערך המערער סרטונים מהצילומים שהפיק המכשיר: בנובמבר 2019 "גזר" צילום מסך מתוך סרטון שבו נראה איבר מינה החשוף של סמל ע' פ', לאחר שהיא צולמה כשהיא עושה את צרכיה, מבלי שידעה שהיא מוסרטת. לאחר מכן ערך המערער את הסרטון לכדי מקטע שאורכו 37 שניות, בו תועדה סמל ע' פ' החל מהשלב שבו הפשילה את מכנסיה כדי לעשות את צרכיה ועד השלב בו לבשה אותם בחזרה. במועד מאוחר יותר מחק המערער את הסרטון הערוך מכרטיס הזיכרון. באירוע נוסף מחודש ספטמבר 2020, ערך המערער סרטון מקוצר, מתוך סרטון מלא שאורכו 11:12 דקות, המתעד חיילת שנכנסה לתא השירותים, עשתה את צרכיה, החליפה ממדי א' לב' וגם החליפה תחבושת היגיינית. בכרטיס הזיכרון נשמרו צילומי מסך, הסרטון הערוך והסרטון המלא. בהמשך מחק המערער מכרטיס הזיכרון את הסרטון המלא.

חקירתו של המערער החלה בעקבות דיווחה של רב"ט י' ד' למפקדיה בדבר החשד לפגיעה בפרטיותה שלה ושל סמל ר' ב'.

1. הרשעתו של המערער בעבירה במסמכים צבאיים, עניינה בהתנהלותו של המערער בנוגע לסמל ע' פ'. האחרונה הגיעה ליחידה בחודש ינואר 2018, והועברה לשרת תחת פיקודו של המערער בקיץ 2019. בינה לבין המערער התפתח קשר קרוב, אשר כלל גם יציאה לארוחות צהריים משותפות מחוץ לבסיס בהזדמנויות רבות, מפגשים לאחר שעות הפעילות ושיחות אישיות, לרבות על מערכת היחסים של סמל ע' פ' עם בן זוגה.

בתקופה האמורה, כחלק ממערכת היחסים הקרובה שהייתה בין סמל ע' פ' למערער, הוא הדריך אותה מספר פעמים מה לומר לרופא ולרס"ר היחידה, כדי שלא תצטרך להגיע ליחידה, כשאמרה לו שאינה מעוניינת להגיע לבסיס; פעל במספר הזדמנויות כדי שיוזן דוח נוכחות כוזב לגביה, כך שתוכל לשהות בביתה מבלי שינוכו לה ימי חופשה, ואף ביקש מחיילת אחרת להזין את פרטיה של סמל ע' פ' כנוכחת בבסיס, מבלי לומר לה שמדובר בדיווח כוזב. במספר הזדמנויות, כדי לתמוך בדיווח כוזב על קבלת ימי מחלה, אף העביר לסמל ע' פ' טפסים הנחזים כמאשרים לה ימי מחלה. תחילה ביקש ממנה להעביר לו טופס ימי מחלה מקורי על שמו. בהמשך לכך אמר לה שיש לו חבר רופא בצבא שיוכל לתת לה ימי מחלה מבלי שתפגוש אותו והוא ישוחח עמו על כך. בחלוף כמה שעות העביר לה את טפסי המחלה אותם ערך בעצמו. סמל ע' פ' בחרה שלא להשתמש באחד מהטפסים, מיום 25 בספטמבר 2019, אשר לא נחזה אמין דיו בעיניה.

1. הרשעתו של המערער בעבירה של התנהגות שאינה הולמת נסבה על סדרה של הודעות שכתב המערער לסמל ע' פ' מספר ימים לאחר שחרורה מהצבא, במהלך החודשים נובמבר ודצמבר 2019. בהודעות אלה כתב לה שלנוכח הזמן הרב שבילו יחד במהלך שירותה הצבאי הוא חש כלפיה רגשות שאינם חבריים בלבד, וכי אם לא היה נשוי היה חולם על אשה כמוה. כן ניסה ליזום עמה מפגש במסעדה, ומשהיא לא הגיבה, החלה התכתבות ממנה עלה כי הוא מבקש להמשיך לשהות בקרבתה, תוך שכתב לה כי כל שעשה היה למענה ומתוך אהבה. סמל ע' פ' הדפה תכתובות אלה, וגם בקשתו של המערער לשוחח עמה טלפונית לא צלחה.
2. הרשעה נוספת בעבירה של התנהגות שאינה הולמת עניינה בהתבטאויות של המערער, בעלות גוון מיני, שנאמרו במועדים שבין מארס 2019 לאוקטובר 2020. פורט כי המערער נהג לשוחח עם חיילות ביחידה בנושאים מיניים, ולהפנות אליהן שאלות אינטימיות כגון - האם יש להן בן זוג, האם הן פעילות מבחינה מינית והאם קיימו יחסי מין. בפרט הפנה שאלות אלו לסמל ר' ב'. עוד השמיע המערער בתקופה זו אמירות בעלות אופי מיני לחיילות ונגדות ביחידה, המתייחסות למראן כגון "איזו יפה", "איזו שווה", "איזו כוסית". כן התבטא בנוכחות סמל ר' ב' על מרא גופה של חיילת אחרת שעברה בסמוך אליהם באומרו: "איזה תחת, מה הייתי עושה לה" ובהזדמנויות נוספות אמר "איזה כוסית" בהתייחסו לסמל ע' פ' ובנוכחות אנשים נוספים. כמו כן נהג לספר לסמל ע' פ' על מפגשים מיניים שקיים עם אשה צעירה, תוך שהציג לה את תמונתה של האשה ומסר פרטים לגביה. לבסוף, תואר כי המערער גם שיקר למג"ד לקראת הליך משמעתי של סמל ע' פ' בפניו בגין דו"ח מ.צ. על הופעה ולבוש, וסיפר לו כי אמה מתמודדת עם מחלת הסרטן, על אף שהדבר לא היה נכון והוא ידע זאת. המערער שב על הדברים בפני המג"ד מספר פעמים וגם עדכן בכך את סמל ע' פ'.
3. בפני בית הדין קמא הובאו נסיבותיו האישיות של המערער. המערער יליד 1977, ושירת בצה"ל בשירות חובה וקבע כמכונאי ובוחן רכב. בחודש נובמבר 2020 הותרה התחייבותו לשירות קבע, על פי בקשתו, נוכח פתיחת החקירה בעניינו. בשנותיו האחרונות לשירות הצבאי, נרשמו לחובתו מספר עבירות משמעת שעניינן אי קיום פקודה, התרשלות ואי קיום הוראות. אמו של המערער נפטרה לפני שנים רבות, ואביו התעוור לאחרונה בשל מחלת הסוכרת, הוא נזקק לטיפולים רפואיים ונתמך באופן מלא על ידי המערער. המערער נשוי, ואב לשלושה ילדים, אחד מהם חייל בצה"ל ושניים מהם תלמידי בית ספר. אשתו של המערער סובלת בשנים האחרונות מבעיות בריאות ונאלצה להפסיק לעבוד בשל כך. בעדותה בבית הדין מסרה כי היא מתקשה להסתדר ללא עזרת המערער. המערער הוא המפרנס היחיד. הוא זוכה לגמלה צנועה מצה"ל וכן מועסק בחברה למשקאות כמנהל מחסן.
4. במסגרת הסכמות הצדדים נדחה כאמור שלב הטיעונים לעונש, כדי לאפשר למערער להשתלב בטיפול שיקומי. המערער אכן השתתף בהליך טיפולי החל מחודש אוגוסט 2021 ועד ליוני 2022, אצל עו"ס אלון מרגלית, מטפל מורשה לטיפול בעברייני מין. מחוות דעתו של עו"ס מרגלית עלה, כי המערער היה מחויב להליך הטיפולי, הגיע אליו אחת לשבוע וביטא תובנה כי קיימת אצלו בעיה המצריכה התערבות טיפולית. הטיפול עסק בתחילה ברקע לביצוע עבירות ובעיקר במערכת היחסים של המערער עם סמל ע' פ'. בהמשך התהליך הטיפולי נעשתה עבודה ביחס למעגל הפגיעה, והמערער רכש כלים לתקשורת זוגית מקדמת ושיפור הקשר הזוגי עם אשתו - אשר עזבה אותו ביחד עם ילדיהם המשותפים למספר חודשים לאחר שהתגלו העבירות, אולם שבה לגור עמו. בעקבות האמור, ומשנטל המערער אחריות מלאה על העבירות בפני רעייתו ובני משפחתו, חל שיפור ושינוי משמעותי בקשר הזוגי ביניהם.
5. במסגרת הערכת המסוכנות שנערכה למערער בחודש אוגוסט 2022, הוערכה מסוכנותו כבינונית - נמוכה. מעריכת המסוכנות עמדה על הנסיבות המשפחתיות המורכבות שליוו את המערער בילדותו, על נישואיו בגיל צעיר ומערכת היחסים המורכבת גם בינו לבין אשתו, בין השאר על רקע מחלתה. צוין, כי המערער קשר בפני מעריכת המסוכנות את ביצוע העבירות לרגשותיו כלפי סמל ע' פ', אך התקשה להסביר מדוע צילם גם נשים נוספות, לרבות בתקופה שלאחר שחרורה של סמל ע' פ' מצה"ל. מעריכת המסוכנות התרשמה כי המערער אינו אמין בדיווחיו וכי נטילת האחריות שלו על המעשים היא פורמלית. עוד עמדה על קווי אישיות של המערער, אשר מחייבים עוד עבודה מעמיקה ורבה בהיבט הטיפולי (על אף הצעדים שנעשו בהליך הטיפולי עד כה) לשם בחינת מצבי הסיכון מהם עליו להימנע והקניית אסטרטגיות התמודדות יעילות. לעניין זה עמדה מעריכת המסוכנות גם על כך שהמערער הפסיק לאחרונה את הטיפול השיקומי, כנטען, בשל הצורך לסייע לאביו שחלה.

לצד זאת צוין, כי עד לאירועים מושא כתב האישום ניהל המערער חיים נורמטיביים. בעקבות החקירה והגשת כתב האישום התנכר לו אביו במשך תקופה ממושכת, אשתו וילדיו עזבו את הבית לתקופה ממושכת, אחיו ניתקו עמו קשר והוא איבד את מקום עבודתו. בד בבד, המערער חש תחושות אשמה ובושה וההליך הפלילי גבה ממנו מחיר נפשי משמעותי. מכאן שההליך המשפטי היווה מבחינתו גורם הרתעתי בלתי מבוטל.

1. המערער לא העיד להגנתו, אך הביע בדבריו לאחר טיעוני הצדדים חרטה עמוקה על מעשיו, וביקש לומר כי הוא נוטל אחריות מלאה על המעשים ואף מבקש להתנצל בפני נפגעות העבירה. המערער מסר כי האירועים שינו את מהלך חייו באופן ממשי, נוכח התנכרות סביבתו הקרובה, סיום השירות הצבאי ועזיבת אשתו את הבית, והוסיף כי דרושה לו תקופה ממושכת כדי להשיב את הדברים על תיקונם. כיום, כאמור, הוא נדרש לסייע לאביו החולה.
2. רב"ט י' ד', אחת מנפגעות העבירה, שבעקבות תלונתה נחשפה הפרשה, ביקשה להקריא את תצהירה בפני בית הדין קמא. בתצהירה פירטה כי האירוע הותיר בה חותם ממשי. המערער היה מפקדה במשך תשעה חודשים, שבהם הרגישה כי הוא מפלה אותה לרעה, ספגה ממנו הערות מיניות וחשה באווירה לא נעימה במחיצתו. גילוי אירועי הצילום הותיר אותה המומה ומזועזעת. בתחילה גם חשה כי הסביבה אינה מעודדת טיפול באירוע, והדבר הוביל אותה לחרדה שמא ישוב המערער על מעשיו, שכן הוא החזיק במפתח לשירותים. היא סבלה מהתקפי חרדה, בעיות שינה, סיוטים ו"פלאשבקים", ואף נזקקה לכדורי הרגעה.
3. בעת הבחינה של מתחם העונש ההולם למערער, מצא בית הדין קמא כי יש לקבוע שלושה מתחמי עונש שונים בגין מעשיו של המערער כפי שפורטו בכתב האישום; אולם הדיון בפסק הדין עסק בעיקר במתחם העונש ההולם לעבירות שעניינן פגיעה בפרטיות ומעשים מגונים, שצוין כי "הם החמורים יותר ובעלי ההשפעה המכרעת על עונשו של הנאשם".
4. נוכח הנסיבות המחמירות האופפות את מעשיו של המערער, ובהן - התכנון המוקדם של המעשים והחזרה עליהם, ניצול מעמדו כמפקד והפגיעה המשמעותית בכבודן של נפגעות העבירה; נוכח הפגיעה המשמעותית בערכים המוגנים, ולאחר בחינת מדיניות הענישה במקרים דומים, מצא בית הדין קמא לקבוע מתחם עונש הולם הנע בין ארבעה חודשי מאסר בפועל לשנת מאסר בפועל. כן סבר בית הדין, כי נוכח השלב ההתחלתי שבו מצוי הטיפול במערער, כעולה מהערכת המסוכנות, אין מקום לסטות לקולה ממתחם העונש משיקולי שיקום.
5. בעת קביעת העונש בתוך המתחם שנקבע, מצא בית הדין להתחשב בכך שהחקירה וההליך המשפטי גבו מהמערער מחיר משפחתי ואישי משמעותי, לאחר שניהל אורח חיים נורמטיבי במרבית חייו. כן התחשב בית הדין בכך שהמערער הודה כבר בחקירתו במרבית העובדות שיוחסו לו בכתב האישום, אם כי צוין שהתייחסותו לעבירות מצומצמת וממזערת על פי התרשמותה של מעריכת המסוכנות. עוד שקל בית הדין כי המערער הביע חרטה על המעשים והחל בהליך שיקומי, אף אם לא השלימו. אשר להיבט הכלכלי, עמד בית הדין על כך שהמערער זכאי לגמלה מצה"ל, ועל כן אף אם לא יעבוד מספר חודשים תהא למשפחתו הכנסה. לאור כלל האמור מצא כי יש להעמיד את עונש המאסר בפועל "בשליש השני של המתחם".
6. אשר לעבירות הנוספות שבהן הורשע המערער, סבר בית הדין קמא כי יש לקבוע מתחם עונש הולם, הנע בין מאסר מותנה בלבד לבין מאסר בפועל, שמשכו קצר, בדרך של עבודה צבאית, לצד קנס והורדה בדרגה. צוין, כי עיקר החומרה בעבירות אלה נעוץ בכשל הפיקודי העמוק של המערער, נוכח פגיעת מעשיו באמון שנתנה בו המערכת הצבאית (בעת שביצע את העבירה במסמכים צבאיים) וכן נוכח הפגיעה בחיילות המשרתות עמו, שנחשפו לשיח מטריד של מפקד ביחידה. בית הדין קמא סבר, כי ככל שעבירות אלה היו עומדות בפני עצמן, הרי שראוי היה להשית על המערער עונש מאסר בפועל, לתקופה קצרה, בדרך של עבודה צבאית, לצד הורדתו בדרגה. עם זאת, משראוי להשית על המערער עונש מאסר ממשי בגין הרשעתו בעבירות החמורות יותר, נכון יהיה להשית עליו עונש מאסר בפועל כולל, בגין הרשעתו בכלל העבירות שבהן הורשע. בעת קביעת משכו של עונש המאסר בפועל, מצא בית הדין קמא להתחשב גם בתמהיל הענישה הכולל, לרבות ההורדה בדרגה וכן ברכיב הפיצויים שנפסקו לנפגעות העבירה.

**ערעורי הצדדים על גזר הדין**

ערעור ההגנה

1. ההגנה סבורה, כי מתחם העונש ההולם שנקבע הוא חמור יתר על המידה ואינו עולה בקנה אחד עם מדיניות הענישה הנהוגה; וכי אף אם קיימת מגמה של החמרת הענישה בעבירות מעין אלה, ראוי לעשות זאת באופן הדרגתי ומתוך התחשבות גם בנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה. ההגנה טענה, כי למעט פסק הדין בע/3,4/22 **סגן אברגיל נ' התובע הצבאי הראשי וערעור שכנגד** (2022), שעסק בעבירות דומות, אך בהיקף עבירות שונה וחמור הרבה יותר מזה שבעניינו של המערער (ושם הוחמר העונש בערכאת הערעור מ-18 ל-28 חודשי מאסר בפועל), אין בנמצא פסיקה נוספת של בית דין זה המלמדת על מגמה של החמרה בענישה. ההגנה הפנתה לפסיקה, הן של בית דין זה (ע/6/17 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל סולימאני** (2017) וע/40/17 **סגן שרון נ' התובע הצבאי הראשי** (2017)), וכן פסיקה של ערכאה מחוזית, המלמדת, לטענתה כי מדיניות הענישה במקרים דומים ואף חמורים יותר, נמוכה באופן משמעותי מזו שנקבעה בעניינו של המערער, ומאפשרת גם ענישה בדרך של מאסר בפועל בעבודה צבאית. עתירת ההגנה אפוא היא לקבוע מתחם עונש הולם שספו התחתון מאפשר ריצוי עונש בעבודה צבאית והרף העליון שלו נמוך באופן משמעותי מזה שנקבע על ידי בית הדין קמא.
2. אשר לקביעת העונש בתוך מתחם העונש ההולם, נטען כי החלטת בית הדין קמא שלא לקבוע את עונשו של המערער בתחתית מתחם העונש שנקבע, לא נומקה באופן ממשי; וכי מתקיימות במערער כלל הנסיבות הנקובות בסעיף 40יא לחוק העונשין, לרבות נסיבותיו האישיות והמשפחתיות, שירותו הממושך בצה"ל, העדר העבר הפלילי ונטילת האחריות (אשר ייתרה את עדותן של נפגעות העבירה). כל אלה שיקולים המחייבים, כך נטען, את מיקום העונש בספו התחתון של המתחם שנקבע. עוד טענה ההגנה, כי יש להתחשב בעניינו של המערער גם בשיקולי השיקום. צוין, כי המערער הביע חרטה כנה ואותנטית למן ראשית ההליכים, ביקש באופן מיידי לפרוש מצה"ל תוך ויתור על הטבות כלכליות משמעותיות שכן לא הגיע לגיל הפרישה המינימלי במסלול השירות שלו ואיבד את זכותו למענק פרישה, כך שלא נותר לו דבר מלבד גמלה בסיסית. לעניין זה נטען עוד, כי בהיותו של המערער מפרנס יחיד ונוכח הקצבה הדלה שהוא מקבל, יתדרדר מצבה של משפחתו במהירות, אם לא יעבוד במשך פרק זמן ממושך, וזאת, אף בשים לב לתשלום הפיצויים לנפגעות העבירה (אשר נמסר כי שולמו כמעט במלואם עד לדיון בערעור).
3. אשר לשיקולי השיקום, הוסיפה ההגנה וטענה, כי בפרק הזמן שחלף, עבר המערער הליך טיפולי משמעותי, ביוזמתו ובמימונו והתמיד בו במשך חודשים ארוכים, באופן המהווה אינדיקציה למוטיבציה לשיקום, להבנה כי נדרש לו טיפול ולשינוי עמוק; ונטען כי לצורך התחשבות בהליך השיקומי לא נדרש להשלים את ההליך הטיפולי, אלא, די להציג ראיות, להבדיל מטענות בעלמא, לקיומו של סיכוי ממשי ומובהק לשיקום. מכאן שראוי היה לייחס משקל רב יותר להליך הטיפולי האמור. עוד נטען, כי גם במסגרת הערכת המסוכנות ההתרשמות היתה שההליך המשפטי מהווה עבורו גורם הרתעתי משמעותי וכי נעשו צעדים משמעותיים לשיקום אף אם הוא מצוי בראשיתו.
4. עת השיבה ההגנה לטענות התביעה (כפי שיפורטו להלן) שלפיהן מחייבים שיקולי הרתעה את החמרת עונשו של המערער גם בתוך מתחם העונש ההולם, טענה ההגנה, כי שיקולי ההרתעה איבדו ממעמדם בעקבות תיקון 113 לחוק העונשין שהעניק את הבכורה לשיקולי ההלימה (ע"פ 1765/13 **עבדאללה נ' מדינת ישראל**, פסקה 15 (3.7.2014)) וכי שיקולי ההרתעה לבדם, אינם יכולים לגבור על שיקולים אחרים לקולה, המנויים בסעיף 40יא לחוק העונשין, ולהוביל להחמרה כה משמעותית בתוך מתחם העונש שנקבע. לעניין זה הפנתה לאמירות של בית המשפט העליון בע"פ 1127/13 **גברזגיי נ' מדינת ישראל,** פסקה 34 (15.1.2014) ובע"פ 1964/20 **אספה נ' מדינת ישראל**, פסקאות 13-15 (12.8.2020).

**ערעור התביעה**

1. התביעה שבה בערעורה, על עתירתה בפני בית הדין קמא, לקבוע מתחם עונש הולם הנע בין 10 ל-14 חודשי מאסר בפועל בגין העבירות של מעשה מגונה ופגיעה בפרטיות, ולהשית על המערער עונש של 13 חודשי מאסר בפועל. בטיעוניה עמדה התביעה על כך שריבוי העבירות והתרחבות מימדי הפשיעה במקרים דומים מחייבת החמרה בענישה בגין עבירות מין שבוצעו באמצעים דיגיטליים, לעומת הענישה שהוטלה בעבר. כן הפנתה למעמד המשמעותי שניתן בפסיקה לזכות לפרטיות, תוך שנטען כי בעניינו של המערער קיימת פגיעה ייחודית בחומרתה "בגרעין הזכות לפרטיות" נוכח נסיבות העבירה שעניינן צילום בתאי שירותים, ונוכח ניצול מעמדו של המערער כמפקד. התביעה סבורה כי יש קווי דמיון משמעותיים בין עניינו של המערער לבין עניין **אברגיל**, בשים לב להיבט התכנון במעשיו, לפרק הזמן הממושך שבמהלכו אירעו המעשים ולסיומם, רק לאחר הגשת התלונה; וכן לאור הנזק המשמעותי שנגרם לנפגעת העבירה, ובשים לב גם לחשש כי צילומים יזלגו למרשתת באופן שיפגע בנפגעות העבירה עוד יותר.
2. לדעת התביעה, יש להחמיר בעונשו של המערער גם בתוך מתחם העונש המבוקש על ידה; ונטען, כי בפסק דינו של בית הדין קמא ניתן משקל מופרז לשיקולי השיקום בעוד שלא ניתן משקל מספק לשיקולי ההרתעה. זאת, נוכח העליה במימדי תופעת הצילום, והצורך בהרתעת הרבים, בעיקר במערכת הצה"לית, שבה משרתים חיילים מכוח חוק ונתונים למרות מפקדיהם, האחראים לשלומם ובטחונם. לדעת התביעה, מצדיקים שיקולים אלה את מיקום עונשו של המערער בשליש העליון של מתחם העונש הראוי. אשר לשיקולי השיקום, נטען, כי התרשמות מעריכת המסוכנות מהמערער, לאחר מספר חודשים של טיפול, לצד בחירתו של המערער לזנוח את הליך השיקום, ואת ההזדמנות שניתנה לו להשלימו, מלמדים על כך שלפניו עוד דרך ארוכה עד שניתן יהיה לאמוד את סיכויי שיקומו.

**דיון והכרעה**

1. המערער הורשע בגין שורה של אירועים חמורים, המגלמים פגיעה קשה בערכים המוגנים ובדמות המפקד. המערער ניצל את האמון שניתן בו כמפקד ביחידה, ואת תפקידו, מעמדו והיכרותו עם שגרת המחנה ושגרת החיים ביחידה לשם פגיעה במשרתות ביחידה. הוא הקפיד להותיר את המפתח לתאי השירותים ברשותו הבלעדית, ובכך הקנה לעצמו שליטה מלאה באשר לכניסת החיילות ביחידה למקום, חלקן חיילות הנתונות לפיקודו הישיר. מעשיו מלמדים על תכנון מוקדם, שהרי לא זו בלבד שהותיר את המפתח בידיו, אלא אף השאיר במספר הזדמנויות מבעוד מועד, את מכשיר הטלפון שלו בתאי השירותים, במטרה להפיק צילומי וידאו של החיילות ברגעיהן האינטימיים ביותר, בתוככי תא שירותים – מקום שבו מצפה כל אדם לפרטיות מוחלטת. זאת ועוד, המערער, בשתי הזדמנויות, ערך את הסרטים, וכן, כדי למנוע את גילויים, שמר אותם בתיקיה מוצפנת בסיסמה.
2. על מידת האמון שרחשו החיילות ביחידה למערער, ניתן ללמוד מכך שפעמיים, כאשר נמצא מכשיר הטלפון שלו בתא השירותים, הוא הושב לידיו מבלי שעלה חשד כי פרטיותן מחוללת באופן זה על ידיו; אולם גם "צלצול אזהרה" זה לא היה בו די כדי לגרום למערער לחדול ממעשיו, ואלה נפסקו לאחר תקופה ממושכת, כאשר התעורר החשד נגדו ולאחר פתיחת החקירה בעניינו וסיום תפקידו ביחידה.
3. מעשיו של המערער פגעו פגיעה אנושה בערכים המוגנים שעניינם שמירה על צנעת הפרט והגנה על זכותן של החיילות ביחידה לכבוד ולפרטיות. המערער אף מעל באופן משמעותי באמון שניתן בו, בערך הרעות ובמרקם החיים המשותף במסגרת הצבאית. על מידת הפגיעה ניתן ללמוד מתצהירה של אחת מנפגעות העבירה, המדבר בעד עצמו ומשקף היטב עד כמה פגעה התנהלות הקלוקלת של המערער (גם ביחס לעבירות הנוספות בהן הורשע) בשגרת החיים ביחידה, ואת היקף הנזק שנגרם לה עקב מעשיו של המערער.
4. נסיבה משמעותית נוספת לחומרה, עניינה במעמדו של המערער כמפקד, המופקד על שלומם ובטחונם של חייליו. מעשיו הפסולים של המערער מבטאים פגיעה במעמדו ובאחריותו כמפקד, אשר עוברת כחוט השני בכל העבירות בהן הורשע, ומלמדים על היקף המעילה ועל התפרקותו מחובותיו אלה. עמדנו לא אחת, בפסיקת בית דין זה, על החובה והאחריות המוטלת על מפקדי צה"ל, ועל מימדי כישלונם הפיקודי מקום שבו הם מבצעים עבירה של פגיעה בפרטיות, שכן התנהגות פסולה זו, לא זו בלבד שהיא רומסת ברגל גסה את פרטיותו של הפקוד, ופוגעת בכבודו - היא אף פוגעת באופן משמעותי במעמדו של המפקד בעיני חייליו, ואף באמון הציבור במערכת הצבאית כולה (ע/49/20 **התובע הצבאי הראשי נ' רס"ם רוימי**, פסקה 28 (2020)).
5. אשר לטיב העבירות שבהן הורשע המערער, ראוי לציין, כי ההתפתחות הטכנולוגית שחלה בשנים האחרונות הובילה לכך שמעשי צילום ותיעוד הפכו להיות נגישים וקלים באופן שלא היה בעבר, באופן המעודד, למרבה הצער, תופעות מעין אלה. יתר על כן, תמונות וסרטונים נשמרים במרחבי הרשת ולפיכך, קיים תמיד החשש כי יזלגו לגורמים חיצוניים ויצוצו בעתיד (ע"פ 1269/15 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 16 (23.12.2015)). בשל כך נקבע בפסיקת בית דין זה, כי "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/26,33/19 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל נהרי**, בפסקה 20 (2019)), וכן הובהר כי מתחייבת מדיניות ענישה ברורה ומרתיעה בגין מעשים אלה שכן: "ענישה משמעותית היא דרכם של בתי הדין להעביר מסר חד וברור שלפיו פגיעה מעין זו בכבוד הזולת, ראוי כי תגרור אחרי תגובה עונשית ממשית, שאינה מתפשרת ובלתי סלחנית" (עניין **שרון** לעיל, פסקה 54).
6. הדברים מתחדדים ודאי כאשר מדובר במסגרת הצבאית, המחייבת על פי דין ולנוכח צורכי הביטחון, את שהותם של חיילים ומפקדים זה לצד זה לאורך כל שעות היממה, בבסיסים אשר הופכים עבורם בית. בהתאם, יש להקפיד על תחושת הבטיחות והמוגנות של המשרתים, בכל עת. משנה חומרה, אפוא, גלום במעשיו של המערער, משאלה התרחשו בתוך המסגרת הצבאית, תוך ניצול ההיבטים היחודיים של השירות המשותף (עניין **אברגיל** לעיל, פסקה 34). ואכן, נפסק בעבר, כי בעת קביעת העונש ההולם, יש לייחס משקל למאפייני המסגרת הצבאית ולצרכיה במלאכת הענישה (רע"פ 391/17 **פלוני נ' התובעת הצבאית הראשית**, פסקה 12 (15.1.2017)). לפיכך, נקבע לא אחת בפסיקת בית דין זה כי למסגרת הצבאית ייחודיות, אשר אינה קיימת בארגונים אחרים, וכי בכל הנוגע לעבירות מין ופגיעה בפרטיות המבוצעת בתוככי היחידות ובמהלך השירות הצבאי ובפרט, על ידי מפקדים - יש לנקוט ענישה מחמירה, משיקולים של הלימה. חיילי צה"ל מתגייסים לשירות חובה מכוח חוק, ומקום שירותם אינו נתון לבחירתם. צה"ל חייב, אפוא, להגן על שלומם ועל כבודם של החיילים והחיילות, המשרתים בו (ע/32,33/21 **רס"ר שיליאן נ' התובע הצבאי הראשי וערעור שכנגד,** פסקה 85 (2022)).
7. כידוע העיקרון המנחה בענישה הוא עיקרון **ההלימה** (סעיף 40ב' לחוק העונשין; ע"פ 1077/22 **קאדר נ' מדינת ישראל**, פסקה 11 (1.6.2022)); ובמסגרתו יש להתחשב במידת הפגיעה בערכים החברתיים שנפגעו מביצוע העבירה, בנסיבות שקשורות בביצוע העבירה ובמדיניות הענישה הנהוגה. בענייננו, סברנו כי נוכח הנסיבות המחמירות האופפות את ביצוע העבירות, כמבואר לעיל, מתחם העונש ההולם כפי שנקבע על ידי בית הדין קמא אינו יכול לעמוד; אכן, המתחם שהוצע על ידי התביעה כזה הנע בין 10 ל-14 חודשי מאסר בפועל הולם הרבה יותר את מכלול הנסיבות הנ"ל וניתן אף להעיר כי הוא עצמו אף נוטה לקולה ביחס לראוי בכגון דא.
8. נבהיר, כי לא נעלמה מעינינו טענת ההגנה בנוגע למדיניות הענישה הנהוגה בעבירות דומות; ואולם, כידוע, מדיניות הענישה הנהוגה היא רק אחד השיקולים המשפיעים על קביעת מתחם העונש ההולם (ע"פ 3698/20 **מחאמיד נ' מדינת ישראל**, פסקה 11 (3.11.2020); ע"פ 6193/20 **בר זכאי נ' מדינת ישראל** (25.3.2021)); עניין **שיליאן** שאוזכר לעיל, בפסקה 87), ומכל מקום, בראי נסיבות העבירות דכאן - יש להדגיש, כי במדיניות הענישה במקרים דומים, ניכרת מגמה בולטת של החמרה בשנים האחרונות, מאז ניתנו פסקי הדין שאליהם הפנתה ההגנה, וכפי שקבע בית דין זה לאחרונה:

"לעת הזו, נוכח זמינות האמצעים לביצוע העבירות, הקלות הבלתי נסבלת שבביצוען, וכתוצאה מכך, כאמור, **העלייה בהיקף העבירות והתרחבות מימדי הפשיעה** במקרים דומים, כפי שנקבע בפסיקת בית המשפט העליון - נדרשת **החמרה** בענישה בגין עבירות מין שבוצעו באמצעים דיגיטליים, במרחב שאינו המרחב הפיזי, לעומת ענישה שהוטלה בעבר".

(עניין **אברגיל** בפסקה 44. ההדגשות במקור. כן ר' ע"פ 4629/19 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 10 (19.11.2020)).

1. עניין **אברגיל** שנדון בשנה האחרונה, ממחיש היטב את האמור. באותו עניין הוחמר עונשו של קצין שצילם עשרות חיילות וקצינות במקלחות, בתאי השירותים ובמשרדיהן, מ-18 ל-28 חודשי מאסר בערכאת הערעור (תוך שצוין, כי אין בכך כדי למצות את הדין, נוכח קבלת ערעורה של התביעה על קולת העונש). היקף המעשים שנדון בעניין **אברגיל** רב יותר מזה שבענייננו, אולם יש בדברים הנכוחים שנאמרו בו, כמפורט לעיל, כדי להבהיר ולשקף את המגמה הברורה של החמרה בענישה בגין מקרים דומים. עוד יש להוסיף, כי על אף שגם בעניין **אברגיל** וגם בעניין **שרון** הנאשמים היו קצינים, לא התאפיינו מעשיהם בניצול מעמדם כמפקדים לצורך ביצוע העבירות, כפי שאירע בעניינו של המערער דנן; ומדובר, כאמור, בנסיבה משמעותית ומחמירה הנוגעת לביצוע העבירות, המשליכה, לא רק על הורדתו (המתחייבת) בדרגה, אלא גם על קביעת מתחם עונש המאסר ההולם.
2. עוד יש לומר, כי הן פסק דינו של בית הדין קמא והן טיעוני הצדדים עסקו בעיקר בעבירות החמורות יותר שבהן הורשע המערער, שעניינן מעשה מגונה ופגיעה בפרטיות. עם זאת, לא ניתן להתעלם מן העבירות הנוספות שבהן הורשע - העבירה במסמכים צבאיים והתנהגות שאינה הולמת, אשר יש בהן כדי להמחיש עד כמה התפרק המערער מחובותיו כמפקד, ואת מימדי המעילה בתפקידו ובמעמדו. בהגשת המסמכים הכוזבים, באמירת דברי שקר למפקדו ובמתן הסיוע לפקודתו להיעדר משירות, מעל המערער באורח חמור באמון שניתן בו. מתצהירה של נפגעת העבירה ניתן ללמוד, עד כמה חשה כי יחסו מפלה ועד כמה הקשו אמירותיו הפוגעניות על שירותה ביחידה. מעשים אלה משקפים אף הם את עומק פגיעת התנהלות המערער בערכים המוגנים ואת מימדי כישלונו כמפקד.

קביעת עונשו של המערער בתוך מתחם העונש ההולם

1. בעת בחינת משכו של עונש המאסר בפועל, מצאנו להידרש לטענות ההגנה בנוגע להליך השיקום שעבר המערער. סעיף 40ד(א) לחוק העונשין מורה, כי ניתן יהיה לחרוג ממתחם העונש ההולם מקום בו מצאה הערכאה השיפוטית כי הנאשם "השתקם או שקיים סיכוי של ממש שישתקם"; וזאת מתוך הכרה בכך שלעיתים, במקרים המתאימים לכך, יש ליתן מעמד בכורה לשיקול השיקומי, על פני עיקרון ההלימה (ע"פ 6958/18 **מצלאח נ' מדינת ישראל**, פסקה 32 (22.1.2020)). עם זאת, נקבע בפסיקת בית המשפט העליון, כי שאלת השיקום תיבחן בכל מקרה בהתאם לנסיבותיו, תוך שהמונח "סיכוי של ממש" התפרש ככזה המחייב בחינה של מגוון שיקולים, כגון - מוטיבציית הנאשם להשתקם; הצלחה בהליכים טיפוליים שהוא עובר; הבעת חרטה עמוקה ואינדיקציות לשינוי אמיתי בהתנהגותו ובדרך חשיבתו (ע"פ 6637/17 **קרנדל נ' מדינת ישראל**, פסקאות 23-24 לחוות דעתה של כב' השופטת ברק ארז (18.4.2018)). כן בואר כי יש לבחון באיזה שלב של ההליך השיקומי מצוי הנאשם, וכי מן הראוי לסטות ממתחם העונש ההולם רק במקרים הנדירים שבהם קיימים סיכויי שיקום מובהקים, המצדיקים, בבחינת יוצא מהכלל, לסטות ממנו לקולה (ע"פ 8377/18 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 13 (31.7.2019)).
2. נעיר, כי למעשה ההגנה לא ביקשה לחרוג ממתחם העונש ההולם מטעמי שיקום, אולם סברה כי לצד קביעת מתחם עונש נמוך יותר מזה שנקבע בבית הדין קמא, יש להעמיד את עונשו של המערער בתחתית המתחם החדש שייקבע. עת שקלנו את טיעוני ההגנה, סברנו כי אכן יש לזקוף לזכותו של המערער את הבעת החרטה למן ראשית ההליך, ואת גילוי המוטיבציה להשתתף בהליך טיפולי, בו התמיד במשך כ-10 חודשים, תוך השקעת זמן וממון. מהראיות שהובאו, כמפורט לעיל, עלה כי ההשתתפות בתהליך הטיפול הובילה לשינויים חיוביים בחייו, המתבטאים בעיקר בתמורות שחלו בתא המשפחתי שלו. לצד זאת, ההתרשמות מהמערער במסגרת הערכת המסוכנות משקפת כי התהליך הטיפולי - שאף נקטע ביוזמת המערער - עדיין מצוי בראשיתו וכי לפני המערער כברת דרך ארוכה בהיבט הטיפולי.
3. לאור האמור, לא ניתן לקבוע, כי מתקיימים במערער אותם סיכויי שיקום מובהקים הנדרשים לשם סטיה ממתחם העונש ההולם (ר' והשווה לע"פ 1229/19 **סלומינסקי נ' מדינת ישראל**, פסקה 14 (1.7.2019)). בצד זאת, בעת קביעת מידת העונש בתוך המתחם, מצאנו לתת משקל גם למוטיבציה שהביע המערער לשיקום ולתהליך שעבר עד כה, וכן לשיקולי הקולה הנוספים בעניינו, ובהם, היעדר עבר פלילי; הנזק המשמעותי שנגרם לו ולמשפחתו עקב הפרשה, לרבות פרישתו המוקדמת מצה"ל והשלכותיה הכלכליות; שיתוף הפעולה שלו בחקירה, הודאתו בבית הדין והבעת החרטה. סברנו כי באלה יש כדי להביא לקביעת עונשו בספו התחתון של מתחם העונש שנקבע.
4. נבהיר, כי שקלנו גם את עתירת התביעה בערעורה, כי בעת קביעת עונשו של המערער יינתן משקל הבכורה לשיקולי הרתעת הרבים המנויים בסעיף 40ז' לחוק העונשין, בשים לב להתגברות התופעה והנזק הרב שנגרם בגינה, בוודאי במערכת הצבאית. שיקולים אלה יפים ומתאימים גם לענייננו, אולם לא סברנו כי יש בהם כדי לגבור על השיקולים האינדיבידואלים בעניינו של המערער, שהרי לצד הצורך בהחמרה והרתעה יש להתחשב גם בנסיבותיו האישיות של הנאשם ובשיקולי השיקום (עניין **אספה** לעיל, בפסקה 14).
5. לאור האמור, ומתוך התחשבות בכלל שלפיו ערכאת הערעור אינה ממצה את הדין בקבלה את ערעור התביעה על קולת העונש (ע"פ 5476/16 **מדינת ישראל נ' שוקאר אלהוזייל,** פסקה 13 (6.4.2017) - לא סברנו כי יש מקום לקבל את עתירת התביעה באופן מלא, ומצאנו לקבוע את עונשו של המערער בתחתית מתחם העונש ההולם שנקבע, כך שיעמוד על 10 חודשים.
6. ערעור התביעה מתקבל אפוא, וערעור ההגנה נדחה. המערער ירצה 10 חודשי מאסר בפועל. אין שינוי ביתר רכיבי הענישה.

ניתן והודע היום, כ"ו באדר התשפ"ג, 29 במארס 2023, בפומבי ובמעמד הצדדים.

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

 אב"ד שופטת שופט

**חתימת המגיה: \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ העתק נאמן למקור**

 **סרן כפיר לב**

**תאריך: \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ קצין בית הדין**