



בבית הדין הצבאי המיוחד

בפני :

אל"ם אורלי מרקמן - נשיאה
אל"ם אריאל שיר - שופט
סא"ל נועה זומר - שופטת

בעניין :

התובע הצבאי הראשי - המאשים

(ע"י ב"כ, אל"ם אהוד בן אליעזר ; סרן חגי בן דב)

נגד

ק/XXX סא"ל ל' ח' - הנאשם

(ע"י ב"כ, אל"ם אשר הלפרין, רס"ן (מיל') ז'ק חן ; סרן (מיל') יגאל בלפור)

גזר - דין

1. פתח דבר

1. השאלה איזהו העונש הראוי לנאשם היא שאלה מורכבת ומבין השאלות הקשות ביותר, המונחות לפתחו של השופט היושב בדין, וכבר נפסק לאמור :

"הקשה בתפקידי השופט הוא בגזירת עונשו של נאשם' (ע"פ 8164/02 **פלונים נ' מדינת ישראל** (17.3.2003)). אכן, 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), להלן : **פרשת תמיר**)).

2. המקרה שלפנינו הוא אחד מאותם מקרים מובהקים, בהם באה לידי ביטוי מורכבותה ורגישותה של מלאכת הענישה. נדרשים אנו לדון בשאלת עונשו של

קצין בכיר, איכותי ומקצועי, מפקד אמיץ ומסור, שהקדיש את מיטב שנותיו לטובת ההגנה על ביטחון המדינה ושלוש תושביה. מה דינו של קצין זה, אשר מעד ונכשל בהתנהגות שאינה הולמת ביחס לשתיים מפקודותיו, וכיצד, אם בכלל, משליכה על מידת העונש, העובדה כי בעקבות המקרה, ננקט נגדו צעד פיקודי מידי, בדמות הדחה מתפקיד, אשר אילץ אותו לסיים את שירותו הצבאי המפואר, תוך שהמקרה זוכה לפרסום נרחב ורב היקף בכלי התקשורת.

3. זוהי בתמצית השאלה המונחת לפתחנו. להלן, נביא את כלל הפרטים הדרושים לעניין, נסקור את עמדותיהם של הצדדים ונבחן לאורן מהו העונש הראוי במקרה זה, בהתאם למבחנים המקובלים בפסיקה ולשיקולי הענישה הרלוונטיים, והכול – לפי מיטב שיקול דעתנו ומצפוננו.

2. נסיבות המקרה

4. סא"ל ל' ח' (להלן: **הנאשם**), הורשע על-פי הודאתו בכתב האישום ובהתאם לפרטים הנוספים המוסכמים בחמש עבירות של התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן: **החש"ץ**).

5. כעולה מכתב האישום, במהלך החודשים ספטמבר 2013 – ינואר 2014, בהיות הנאשם מפקד גדוד חי"ר בחטיבת גבעתי (להלן: **מג"ד**), ובעת שסמלת מאי פטאל (להלן: **המתלוננת**), שרתה תחת פיקודו הישיר, כפקידה בלשכתו – שלח הנאשם אל מכשירה הסלולארי, ב-29 הזדמנויות שונות, מסרונים בהם החמיא ליופיה, ביקש את קרבתה והביע את משיכתו כלפיה.

6. בנוסף, בעת שהשניים שהו במשרדו של הנאשם לבדם, ובזמן שדלת המשרד היתה סגורה, בלמעלה מחמש הזדמנויות, חיבק הנאשם את המתלוננת חיבוק חזיתי. בכל פעם חדל הנאשם מלחבקה, כאשר המתלוננת הביעה התנגדות פיזית, או מילולית. בהזדמנות נוספת, נעמד הנאשם מול המתלוננת, הניח ידו על עורפה ונישק אותה בשפתיה ללא הסכמתה, למשך מספר שניות. כאשר הנאשם הבין כי המתלוננת מתנגדת למעשיו, חדל מכך.

7. המתלוננת עברה לשרת ביחידה אחרת בראשית חודש פברואר 2014, לאחר שהתלוננה במהו"ת (המרכז להתמודדות ותמיכה) על מעשיו של הנאשם.

8. בהמשך, בין החודשים מאי עד ספטמבר 2014, שלח הנאשם, במספר הזדמנויות, "מסרונים לא הולמים בעלי קונוטציה מינית", לסמ"ר ע.נ., חיילת נוספת אשר שרתה תחת פיקודו הישיר של הנאשם. כמו כן, בחודש אוגוסט 2014, במהלך מבצע "צוק איתן", לאחר יציאת הגדוד שבפיקודו של הנאשם מרצועת עזה ותפיסת כוננות באזור XXX, נסעו הנאשם וסמ"ר ע.נ. בשעות הלילה לתחנת דלק

סמוכה והחלו לשוחח. לאחר מכן, נסעו השניים אל חדר שנשכר עבור הנאשם באורחן סמוך. הם ישבו על המיטה ושוחחו, ובשלב מסוים הנאשם נרדם, תוך שסמ"ר ע.נ. נותרה במיטתו עד לשעות הבוקר.

9. יש לציין, כי סמ"ר ע.נ. לא התלוננה על מעשיו של הנאשם.

10. על רקע חקירת מצ"ח בעניינו של הנאשם, ביום 25.12.2014, הדיח אלוף פיקוד הדרום את הנאשם מתפקידו כמג"ד.

11. בנוסף, במסגרת ההבנות בין הצדדים, שוחרר הנאשם משירות צבאי ביום 16.6.2015.

3. נסיבות העושה

12. הנאשם, יליד 1978, נשוי ואב לשלוש בנות. הוא התגייס לשירות צבאי ביום 19.3.1997 ושירת לאורך השנים בשורה של תפקידי לחימה ופיקוד.

13. מפקד הגייס הצפוני, האלוף יוסי בכר, פירט בעדותו לפנינו את שורת התפקידים שביצע הנאשם במהלך שירותו הצבאי, ובהם סגן מפקד חטיבת "שגיא" וכמובן מג"ד בחטיבת גבעתי. הוטעם, כי הנאשם הוערך כקצין מקצועי, מרשים, שהוכיח את אומץ ליבו בשורה של אירועים מבצעיים. כך למשל, הוזכרו מעורבותו של הנאשם בהתמודדות עם אירוע הטרור בציר X בדרום הארץ בחודש אוגוסט 2011, והצלחתו המרשימה במהלך מבצע "צוק איתן", לאחר שהגדוד בפיקודו עמד בכלל המשימות המורכבות והמסוכנות שהוטלו עליו, ללא אבידות בנפש. האלוף בכר הדגיש, כי בצד רמתו המקצועית הגבוהה של הנאשם, הוערך האחרון כמפקד חם ואוהב, המסור לחייליו.

14. הובהר כי אלמלא חקירת מצ"ח וממצאיה, הרי שנוכח הישגיו הבולטים של הנאשם, היה האחרון מועמד טבעי ומובהק לתפקיד מח"ט. האלוף בכר העריך, כי הנאשם היה צפוי להתמנות לתפקיד מח"ט כבר בקיץ 2016. משכך, סבר, כי הפגיעה בנאשם, הכרוכה באי קידומו לדרגת אל"ם, היא חמורה דיה, ואין צורך להוסיף עליה פגיעה נוספת, בדרגתו הנוכחית.

15. להשלמת התמונה זימנה ההגנה לעדות חייל, ששירת תחת פיקודו של הנאשם. סמ"ר שחט שירת בגדוד במשך שלוש שנים כלוחם וכמפקד כיתה, מתוכן שירת במשך שנה תחת פיקודו של הנאשם כמג"ד. העד פירט על אודות היחס הישיר והחם שהעניק הנאשם כמג"ד לחיילים בגדוד, וציין שני מקרים בהם הקדיש הנאשם מאמץ ניכר לטובת סיוע לחיילים במצוקה. הוא הדגיש, כי הנאשם השרה בחייליו תחושה של ביטחון והוביל אותם בבטחה במבצעים

ובלחימה מסוכנת. ואכן, לאחר שהסתיים מבצע "צוק איתן", התקשר העד אל אביו וציין בפניו כי בזכות הנאשם נותר בחיים: *"יש אדם אחד שבזכותו אני חי, ככה הרגשתי ככה כולנו הרגשנו וזה היה לי חי"*.

16. הוגשו לעיונו שני מסמכים נוספים (ובהם ס/5 ו-ס/14), הכוללים אף הם פירוט על אודות יחסו המסור, החם והאכפתי של הנאשם כלפי החיילים והחיילות בגדוד.

17. ההגנה אף הגישה לעיונו שורה של מכתבים מאת גורמים בכירים בצבא. כך, הוצג לנו מכתבו של אלוף פיקוד הדרום, האלוף סמי תורג'מן, אשר תיאר את אומץ הלב שהפגין הנאשם תחת אש, את היוזמה והנחישות שגילה במהלך מבצעים מורכבים ואת הישגיו בקרב ובשגרה. באופן דומה, שיבח מפקד מפקדת העומק, האלוף (במיל') טל רוסו, את הישגיו של הנאשם ואת תפקודו בפעילות מבצעית, שהביאו אותו בשעתו לתמוך במינויו כמג"ד. גם מפקדו של הנאשם בעבר, אל"ם אדם זוסמן, נספח ההגנה בקנדה ומי ששמש כמפקד גדוד בעת שהנאשם שירת כמ"פ בלבנון וברצועת עזה, חלק מחמאות לפעילותו המבצעית של הנאשם כלוחם וכמפקד, וציין כי האחרון *"נלחם כמו אריה כנגד האויב ובמקביל שמר על לוחמיו וחייליו"*.

18. דברים דומים פירט מח"ט גבעתי היוצא, אל"ם וינטר, במכתב בו תיאר בהרחבה את כישורי המנהיגות של הנאשם ואת היותו *"מפקד המעניק יחס חם לכל חייל וחייל ואדם משכמו ומעלה, אדם דואג, אכפתי בעל אופי טוב וחזק"*. אל"ם וינטר ציין כי המליץ לקדם את הנאשם לתפקיד מח"ט וכי האחרון אף השתתף במרכז הערכה לדרגת אל"ם (ראו גם ס/7). עוד פירט על הנזק הרב שהסב לנאשם הפרסום הנרחב בכלי התקשורת (ואשר התייחס גם לחשדות, בגינם כלל לא ננקטו צעדים משפטיים נגדו). אל"ם וינטר הטעים כי *"חשוב לזכור עד כמה מסמלות הדרגות לאדם כמו סא"ל ל' ח' את ההוקרה עבור כל מה שתרם לצה"ל ולביטחון המדינה לאורך כל שירותו"*.

19. על מכתב נוסף שהוגש לעיונו חתמו חמישה קצינים בדרגות רס"ן וסרן, כולם מפקדי פלוגות בהווה ובעבר בגדוד עליו פיקד הנאשם. הקצינים תיארו את הנאשם כמי ש"מצד אחד ידע לדרוש ולחנך אותנו על מנת שנגיע להישגים הגבוהים ביותר ומצד שני ידע להקשיב, לעזור ולהיות כמו אבא שמגונן על ילדיו שלא יאונה להם שום דבר רע"

20. בצד המכתבים השונים, הציגה ההגנה לעיונו שורה של תעודות הערכה, ובהן "אות המערכה" מטעם הרמטכ"ל, בגין פועלו של הגדוד במבצע "צוק איתן", וכן תעודת הצטיינות לגדוד בגין פעילותו המבצעית בגזרת יהודה ושומרון.

21. בנוסף, למדנו מראיות ההגנה על ההתמודדות המורכבת של הנאשם ובני משפחתו עם חשיפת פרטי המקרה והשלכותיו, ועל המשבר הקשה שפקד אותם, בין היתר, נוכח הפרסום הנרחב שנלווה לפרשה. לא נרחיב בדברים, המובאים ב-ס/15, עקב צנעת הפרט.

22. הנאשם עצמו הביע חרטה על מעשיו והבהיר כי הוא מבין היטב את חומרתם. אשר למתלוננת ציין את הדברים הבאים: *"...והייתי מתנצל בפניה לולא היה מלווה פה מסע פרסום שהקשר בין הפרסום לפרטים הוא בלתי מידתי, אבל אני לא מסוגל, אני לא מתנצל"*.

23. בצד זאת, שב הנאשם ופירט את הישגיו בקרב ואת תרומתו לביטחון המדינה. התרשמו מתחושות הכאב של הנאשם שמקורן בהדחתו מתפקיד המג"ד ובאופן בו סיים את הקריירה הצבאית המפוארת שלו, כמו גם מתחושות התסכול וההחמצה על כך שלא זכה להמשיך ולהתקדם בסולם הדרגות והתפקידים. ניכר היה כי הנאשם נתון בסערת רוחות, ונקל היה להבחין בקושי העצום להתמודד עם המחיר הכבד שגבו מעשיו בכל המישורים – הפגיעה הממשית במעמדו ובתדמיתו בעיני פקודיו, חבריו ומפקדיו, הפגיעה הכלכלית הניכרת, הפרסום הנרחב שנלווה אל הפרשה והשלכותיו הקשות עליו ועל ובני משפחתו.

24. בסיום דבריו הדגיש הנאשם את חשיבותן הסמלית של הדרגות, ככאלה המייצגות את תרומתו המבצעית לאורך השנים: *"יכולתי להגיד, תנו להם את הדרגות אבל הן לא מסמלות את לי ח', הן מסמלות את הזמן, את החיילים בכיסופים, לבנון ובעזה. גם אם תיקחו לי את הדרגות, לא תיקחו את מה שעשיתי"*.

4. עמדותיהם של הצדדים לעונש

25. בין הצדדים גובש הסדר טיעון, שבמסגרתו הוגש כתב האישום בו הורשע הנאשם, והוצגה לפנינו עתירה משותפת חלקית לעונש, ולפיה יושת על הנאשם מאסר מותנה לצד רכיב מוסכם של פיצויים למתלוננת (כנמסר), הפיצויים כבר הועברו על-ידי הנאשם). הצדדים נותרו חלוקים בשאלת ההורדה בדרגה. בנוסף, כנזכר לעיל, הובהר עוד כי במסגרת ההבנות, סיים הנאשם את שירותו הצבאי ביום 16.6.2015.

בהתאם ליריעת המחלוקת, מיקדו הצדדים את טיעוניהם בסוגיית הפגיעה בדרגה.

26. **התביעה** עתרה להוריד את הנאשם *"בדרגה אחת לכל הפחות"*. התובע

המלומד נימק את עמדתו באינטרס הציבור להגן על חיילים וחיילות, החייבים בשירות על-פי חוק, מפני התנהגות בעלת גוון מיני, שאינה הולמת מפקדים. הוטעם כי מעשיו של הנאשם, אשר הורשע בחמש עבירות של התנהגות שאינה הולמת, נפרשו על פני תקופה ובוצעו כלפי שתי חיילות, אשר שרתו תחת פיקודו הישיר. מעשים אלה פוגעים פגיעה משמעותית באינטרס הציבורי ומחייבים עונש מרתיע, שישדר מסר חד משמעי בגנותם. בא-כוח התביעה הדגיש, כי דווקא ממפקדם של לוחמים, מצופה כי יהווה דוגמא אישית ביחס להקפדה על הערכים המחייבים.

27. נטען כי עתירת התביעה נוטלת בחשבון ומשקללת אף את השלכות המקרה והענישה על הנאשם, וכי עונש הפגיעה בדרגה מתחייב גם כתוצאה מתמהיל הענישה, אשר אינו כולל רכיב של מאסר בפועל.

28. בא-כוח התביעה הפנה אל פסיקת בית המשפט העליון (ראו למשל, בג"ץ 1284/99 פלונית נ' הרמטכ"ל ואח', פ"ד נג(2) 62 (1991)), ואל פסיקתו הענפה בהקשר זה, של בית הדין הצבאי לערעורים (ראו למשל ע/21/03 התובע הצבאי הראשי נ' רס"ן מוגרבי (2004); ע/151,153/10 סרן מימרן נ' התובע הצבאי הראשי וערעור שכנגד (2011) ו- ע/158/00 רס"ן גיא נ' התובע הצבאי הראשי (2000)). לסיכום דבריו ציין, כי "הנאשם תרם לחיזוק עוצמתו המבצעית של צה"ל, על כך אין חולק, אך בד בבד, פגע בחוסן המוסרי של צה"ל ולכן מתחייבת הורדתו בדרגה".

29. מנגד, טענו הסנגורים המלומדים, כי אין לפגוע בדרגתו של הנאשם. לשיטתם, נוכח המחיר הכבד שגבה המקרה מן הנאשם ומשפחתו, פגיעה נוספת בדרגתו תהווה עונש שאינו מידתי.

30. בהקשר זה, עתרו באי כוח הנאשם ליתן משקל של ממש לנקודות הזכות הרבות שצבר הנאשם במהלך שירותו הצבאי, כעולה מראיות ההגנה, ולהתחשב בעובדה כי הודח מתפקידו, לא יקודם לדרגת אל"ם ולא יפרוש בגיל פנסיה. בדומה, עתרו הסנגורים ליתן משקל ניכר לנזק הכבד שנגרם לנאשם ובני משפחתו עקב הפרסומים הרבים בפרשה, בין היתר על חשדות שכלל לא הניבו נקיטת צעדים משפטיים. הסנגורים שבו והפנו למפורט במסמך שהוצג לעיונו (ס/15).

31. באי כוח הנאשם הדגישו כי דרגתו של הנאשם הושגה בזכות, בעקבות נטילת חלק משמעותי ותורם בקרבות מסוכנים ופעילות מבצעית מאומצת, וכי היא בעלת "משמעות סימבולית.. שאריות של כבוד עצמי, לאסוף את עצמו מהרצפה, זה מה שהדרגה מייצגת עבורו, היא מייצגת את מה שהוא...".

5. עמדת המתלוננת

32. המתלוננת עודכנה בדבר פרטי ההסכמות בין הצדדים ועמדתה בעניין הובאה בפני גורמי הפרקליטות הצבאית.

33. בהתאם לסעיף 18 לחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, הוצגה לעיונו הצהרתה של המתלוננת, "נפגעת העבירה". בהצהרתה תיארה המתלוננת את הנזק הנפשי הכבד שגרמו לה מעשיו של הנאשם ואת המשבר העמוק אליו נקלעה בעקבות האירועים, כאמור בפרטים 1-3 לכתב האישום. המתלוננת עתרה להשית על הנאשם "עונש רציני".

34. המתלוננת אף צרפה להצהרתה חוות דעת רפואית מטעמה; ואולם נעיר, כי לנוכח פערים עובדתיים בין הנטען באותו מסמך לבין העובדות המוסכמות שנכללו בכתב האישום במסגרתו הורשע הנאשם – מצאנו לנכון להורות ביחס לאמור בו.

35. אשר לסמ"ר ע.נ., אליה כאמור מתייחסים מעשיו של הנאשם, כמפורט בפרטי האישום 4-5, הרי שהובהר לנו, בין היתר במסגרת דיון בדלתיים סגורות ואף במסמך מתאים (ס/14), כי ביקשה שלא להליך כנגד מעשיו של הנאשם, כמפורט לעיל.

6. דיון והכרעה**שיקולי ענישה - כללי**

36. תיקון מספר 113 לחוק העונשין, התשל"ז – 1977 (להלן: **חוק העונשין**), נועד להבנות את שיקול הדעת השיפוטי בענישה. התיקון קובע הליך תלת-שלבי בעת גזירת עונשו של נאשם (ראו: ע"פ 8641/12, 8678 **סעד נ' מדינת ישראל**, (טרם פורסם, 5.8.2013)), ומגדיר את עיקרון ההלימה כעיקרון המנחה בענישה (סעיף 40ב לחוק העונשין). בואר, כי "מתחם העונש ההולם 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 **חסן ואח' נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 5.6.2013), וראו: סעיף 40ג(א) לחוק העונשין).

37. כאמור, במקרה דנן, עתרו הצדדים במשותף להטיל על הנאשם מאסר מותנה, ונותרו חלוקים בסוגיית ההורדה בדרגה. על-פי פשט לשונו של תיקון מספר 113 לחוק העונשין, חלות הוראותיו על כל מקרה בו גוזר בית המשפט דינו של נאשם. ואולם, בפועל, במסגרת הסדר טיעון מלא או חלקי, נדרשים בתי

המשפט באורח תדיר לשקול שיקולים משיקולים שונים, אשר אינם נמנים בהכרח בין השיקולים המנויים בהוראות התיקון (פירוט השיקולים אותם על בית המשפט לשקול בבואו לבחון הסדר טיעון, המובא בפניו מצוי בפסק הדין העקרוני בנושא, ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1), 577 (2002)).

38. אשר ליחס בין הפעלת שיקול הדעת של בית המשפט, במסגרת הוראות תיקון מספר 113 הנ"ל, לבין האופן בו הוא בוחן הסדרי טיעון, פסק בית המשפט העליון את הדברים הבאים:

"כידוע, בית המשפט מוסמך, ואף מחויב, לקבוע בכל מקרה ומקרה מתחם ענישה המבטא את עקרון ההלימה, בהתחשב בנסיבות הקונקרטיות המובאות לפניו. כך גם כאשר מורשע נאשם לפי הודאתו במסגרת הסדר טיעון הכולל הסכמה לעניין טווח הענישה, שאז 'על בית המשפט לקבוע תחילה את מתחם הענישה בהתאם להוראות הדין ולמדיניות הענישה הנוהגת, בשלב הבא, להשוותו לטווח הענישה עליו הסכימו הצדדים, וככל שהטווח מאושר - לקבוע את העונש בהתחשב בהסדר הטיעון' (ע"פ 5953/13 מדינת ישראל נ' דויד [פורסם בנבו] פסקה 20 (6.7.2014); לעניין היחס שבין מתחם הענישה לבין הסדר טיעון הכולל טווח מוסכם ראו ע"פ 512/13 פלוני נגד מדינת ישראל [פורסם בנבו], פסקאות 13-17 לחוות דעתו של השופט ח' מלצר (4.12.2013))." (ע"פ 3042/13 יוסף חיימוב נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 21.05.15)).

39. עולה מן המקובץ, כי אף כאשר מתבקש בית המשפט לבחון את סבירותו של הסדר הטיעון, מלא או חלקי, המובא בפניו, שומה עליו להידרש אל מתחם העונש ההולם, בהתאם לשיקולים הקבועים בחוק.

40. נעיר עוד כי על-פי סעיף 40 לחוק העונשין, במסגרת תיקון מספר 113, על בית המשפט להידרש לסוגיית "ריבוי עבירות", על מנת לבחון האם לקבוע מתחם עונש הולם לכל עבירה בנפרד. במקרה דנן, על אף שהמעשים מושא כתב האישום ננקטו ביחס לשתי חיילות, הרי שבשים לב להסכמות בין הצדדים ולעיתירותיהם לעונש, ולנוכח אופיין של העבירות וטיבן, כמו גם התיאור העובדתי הכלול בהן – מצאנו לבחון את סוגיית מתחם העונש ההולם ביחס לכלל העבירות במשותף.

מתחם העונש ההולם

41. בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, גם מסמך רוח צה"ל מקנה מעמד על לערך "כבוד האדם". ערך זה נמנה עם שלושת ערכי היסוד, המוגדרים במסמך ולפיו:

"צה"ל וחייליו מחויבים לשמור על כבוד האדם, כל אדם הוא בעל ערך שאינו מותנה במוצא, בדת, בלאום, במין, במעמד ובתפקיד".

42. נוכח מעמדו הרם של "כבוד האדם", נפסק בפסיקת בית המשפט העליון לאורך שנים, לאמור:

"אכן, די בפגיעה מהותית בחופש הרצון והבחירה, והנאשם - שידע על אותה פגיעה - יחוייב בדינו. זו נורמת התנהגות שנקבע ליחסי אנוש בחברתנו; אלה ערכים שברצוננו לחיות בהם; וזו מדיניות ראוי לנו כי ניאחז בה בחוזקה". (דנ"פ 6008/93 מדינת ישראל נ' פלוני פ"ד מח(5), 845, עמ' 863-862 (1995)).

43. והדברים יפים מקל וחומר במסגרת היררכית נוקשה כמו המסגרת הצבאית, בה מוצבים חיילים וחיילות מכוח השירות הצבאי על-פי חוק. אלה מוצבים, שלא על-פי בחירה, ביחידות שונות, חלקן מרוחקות, בתנאים המגבילים את חירותם, ותוך שהם אינם רשאים לבחור את אלו עימם הם משרתים בצוותא ואשר לפקודותיהם הם נתונים. וכך פסק בית הדין הצבאי לערעורים:

"עמדנו לא פעם על כך, שתפקידה של המערכת השיפוטית הצבאית הינה לשדר מסר תקיף וברור למפקדים ולקצינים בצבא, שלפיו גופן וכבודן של החיילות, המשרתות במחיצתם אינם הפקר וכי פגיעה בהן תגרור ענישה חמורה וכואבת" (ההדגשה במקור, ע/101/09 סגן דניאל נ' התובע הצבאי הראשי (2009), וראו גם: ע/101,102/13 טור' עובדיה נ' התובע הצבאי הראשי (2013), בפסקה 7 לפסק הדין; ע/82/06 התובע הצבאי הראשי נ' רס"ר לוי (2006); ע/93/07 רס"ל חשן נ' התובע הצבאי הראשי, פסקה 7 (2007); ע/194/95 רס"ר ביטון נ' התובע הצבאי הראשי (1995); ע/170/00 התובע הצבאי הראשי נ' רס"ר באדוס, פסקה 9 (2000); ע/116/07 רס"ם מירון נ' התובע הצבאי הראשי (2008); ע/115/04 רס"ל בן אבו נ' התובע הצבאי הראשי (2005), ע/68/98 סמל בן גיגי נ' התובע הצבאי הראשי (1998); ע/12/15 סמל חילי נ' התובע הצבאי הראשי, בסעיף 11 לפסק הדין (2015)).

44. יפים לכאן דבריו של בית המשפט העליון ביחס לחובות המוטלות על צה"ל בכלל ומפקדיו בפרט, בהקשר שלפנינו:

"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 בו משרתים 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 להקרין דוגמא אישית. עם אלה יש להקפיד ולדקדק כחוט השערה" (בג"ץ 1284/99 **פלונית נ' ראש המטה הכללי ו-3 אח'**, פ"ד נג(2), 62, עמ' 70-71 (1999)).

45. בהתאם למעמדו ולמרכזיותו של האינטרס הציבורי בהגנה על כבודן ושלמות גופן ונפשן של החיילות, המשרתות בצה"ל, חזר ושנה בית הדין הצבאי לערעורים, בשורה ארוכה של פסקי דין, כי על הענישה לשדר מסר חד וברור, המוקיע התנהגות נפסדת והכול – בהתאם לנסיבות כל מקרה ומקרה.

46. נוכח חשיבותו ומרכזיותו של האינטרס הציבורי כמפורט לעיל, בשים לב למאפייניה הייחודיים של המסגרת הצבאית, מתמקד הדיון במקרים רבים בהם מעורבים מפקדים בעבירות דומות – בסוגיית הדרגה. 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)). וכבר 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 מור חיים וערעור שכנגד** (2012), וראו גם: ע/123/02 **אל"ם ישי נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 27 (2004)).

47. בית הדין הצבאי לערעורים עמד על מאפייני הקצונה בקובעו:

"בידי הקצין מופקדת אחריות כבדה. מותר הקצין מן החייל במנהיגותו, באחריותו היתרה, בדוגמה האישית. חובותיו של הקצין הן במישור האופקי והאנכי גם יחד. הקצין חב חובת אמון **לפקודיו, למפקדיו, ולמקביליו** בשדרת הפיקוד. הוא חב חובת אמון **לבני המשפחות של פקודיו ולעם ישראל כולו**... מעמד הקצונה הוא מעמד מחייב. קל וחומר כאשר המדובר בקצין הנושא בתפקיד פיקודי מובהק... תמונת הראי לסמכותו של המפקד היא האחריות המוטלת עליו במישורים הרבים שאזכרו לעיל. סמכות הפיקוד שניתנה בידי הקצין מאת הצבא, ניתנה בידי לאמון ולמשמרת. **על המפקד להוות סמל ומופת לפקודיו** בהילוכו, בנורמות ההתנהגות שלו, במקצועיותו, בכל אשר יפנה ויעשה" (ע/144/06 **התובע הצבאי הראשי נ' סרן בוטביה**, פסקה 9 (2008), ההדגשות הינן במקור; ראו גם עניין **תמיר** לעיל).

48. וכפי שהוטעם 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).

49. זאת ועוד, "עברת התנהגות שאינה הולמת מבטאת, בראש ובראשונה **כשלון 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; לרמת הענישה, הכוללת על-פי רוב רכיב של פגיעה בדרגה אחת לפחות בעבירות של התנהגות שאינה הולמת על רקע מיני, ראו למשל: ע/117/94 **התובע הצבאי הראשי נ' סרן מנחם** (1994); **עניין מוגרבי** לעיל; **עניין מימון** לעיל; וע/7/11 **סרן בן חמו נ' התובע הצבאי הראשי** (2011)).

50. בצד זה, נוכח ההשלכות מרחיקות הלכת של רכיב הפגיעה בדרגה על תפקידו של המפקד, ועל פוטנציאל קידומו בצבא ועל מצבו הכלכלי; ובשים לב לפגיעה הצפויה בתדמיתו ובמעמדו של אותו מפקד, מאחר שלא פעם עסקינן במפקדים, שצברו לאורך השירות נקודות זכות רבות ותרמו לביטחון המדינה – נפסק כי בחינת הסוגיה צריכה להיעשות **באופן מידתי** ובהתאם לתמונה הכוללת (עניין **תמיר** לעיל, פסקה 11).

51. בנוסף, על רקע תכליות הענישה ונוכח מאפייניה האינדיבידואליים, יש לבחון מהו **תמהיל** הענישה הראוי, ומהו היחס המתאים בין רכיבי הענישה השונים (לאופייה האינדיבידואלי של הענישה, אף לאחר תיקון מספר 113 ראו: ע"פ 1903/13 **עיאשה נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 14.7.2013); ע"פ 2849/13 **מדינת ישראל נ' טגבה** (טרם פורסם, 13.8.2013); וע"פ 7552/14 **יוסף אגבריה נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 23.6.2015)).

52. בנסיבות המקרה, עסקינן **בחמש** עבירות של התנהגות שאינה הולמת בעלות מאפיינים של הטרדה מינית. העבירות נעברו **לאורך זמן** וביחס **לשתי חיילות** צעירות, **פקודות** ישירות. יש לציין כי אין עסקינן במגע באיברים אינטימיים או ביחסי מין; אחת מן החיילות לא חשה נפגעת כתוצאה מן המעשים; וביחס לפרטי האישום 2-3 הובהר כי הנאשם חדל כאשר המתלוננת הביעה את התנגדותה. אלא שהמעשים חזרו ונשנו חרף הבהרת ההתנגדות. ודוק: גם אילולא הבהירה המתלוננת את התנגדותה, הרי שלנוכח יחסי המרות בין הנאשם לבינה, חייב היה הנאשם להימנע מן המעשים, שנאמר:

"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 הכוח בעת

הפעלתו" (ע/117/05 בעניינו של אל"ם זאהר הנ"ל, בסעיף 129 לפסק הדין וראו גם, לאחרונה: ע/143/13, ע/25/14 **התובע הצבאי הראשי נ' סא"ל קרקו** בסעיף 62 לפסק הדין (2015)).

53. זאת ועוד, גם לאחר שהמתלוננת פנתה למהו"ת עקב מעשיו של הנאשם ועברה בחודש פברואר 2014 לשרת ביחידה אחרת, לא פסק הנאשם מהתנהגותו הפסולה והמשיך ושלח מסרונים בלתי ראויים נוספים לחיילת אחרת. עובדות אלה יש בהן כדי ללמד על העדר הפנמה של הנאשם, בזמן אמת, לפסול הגלום במעשיו, ולחריגתו מן הנורמות המצופות ביחסים שבין מפקד לפקודיו.

54. היקף המעשים של הנאשם והימשכותם לאורך זמן גרמו לאחת החיילות, כפי שהצהירה, נזק נפשי, ומעשיו מהווים כאמור, פגיעה ביחסי האמון, אשר ראוי כי ישררו בין מפקדים לחיילים ביחידה צבאית, ואף פגיעה באמון הציבור בצה"ל.

55. בחינת נסיבות המקרה בראי האינטרס החברתי, היקף הפגיעה בו ורמת הענישה המקובלת (ראו ההפניות בסעיף 49 לעיל), מעלה כי תמהיל הענישה המוצע – הכולל מאסר מותנה, לצד בחינת עתירת התביעה לפגיעה בדרגה, כמפורט להלן, ורכיב של פיצויים – עולה בקנה אחד עם מתחם העונש ההולם.

סוגיית הדרגה

56. כפי שפירטנו לעיל, הרשעה בעבירה של התנהגות שאינה הולמת מבטאת כשלון פיקודי וערכי, ומחייבת ככלל לבחון הטלת עונש של הורדה בדרגה (עניין **מור חיים** לעיל, פסקה 38). דברים אלה נכונים ביתר שאת מקום בו התנהגותו של המפקד פגעה בכבודם וברצונם החופשי של חייל או חיילת, אשר משרתים תחת פיקודו ואף גרמה להם, כנטען, נזק נפשי. זאת ועוד, כמפורט בהרחבה לעיל, במקרה דנן אין עסקינן באירוע יחיד, חד פעמי, אלא בכישלון מתמשך, לאורך זמן ובהיקף ניכר.

57. מנגד, יש לזקוף לזכותו של הנאשם את הודאתו באשמה, תוך חיסכון בזמן שיפוטי ומניעת הצורך בהעדת החיילות. אכן, העובדה כי נטל אחריות למעשיו, ראוי כי תילקח בחשבון בעת גזירת העונש (ראו: ע"פ 9919/07 **פלוני נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 18.2.2010); ו-ע/40/11 **רב"ט גל ימיני נ' התצ"ר** (2011)).

58. בנוסף, יש ליתן את הדעת לעצם העמדתו של הנאשם לדין פלילי ולכתם הנלווה להרשעתו (ראו: ע"פ 4434/10 **אבי יחזקאל נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 8.3.2011)) ובג"ץ 88/10 **אוה שוורץ ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'** (טרם פורסם, 12.7.2010)). הדברים מקבלים משנה תוקף לאחר שבואר לנו בהרחבה כי ההליך הפלילי בעניינו של הנאשם והפרשה כולה זכו לפרסום נרחב

בתקשורת, באופן שהכביד ועוד יכביד על תפקודה של משפחתו.

59. זאת ועוד, כפי שהובא לידיעתנו, להליך הפלילי קדמה הדחתו של הנאשם מתפקיד המג"ד (על משמעותם של צעדים פיקודיים, כצעדי ענישה והרתעה, ראו: בג"ץ 425/89 ג'מאל עבד אל קאדר מחמוד צופאן נ' הפרקליט הצבאי, פ"ד מג(4), 718, בעמודים 740-741 (1989) (להלן: **פרשת צופאן**); ובג"ץ 4550/94 **נסים אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מט(5), 859, 874-875 (1995)). ואכן, בהקשר דומה, פסק בית הדין הצבאי לערעורים, כי יש ליתן משקל של ממש לצעדים הפיקודיים הננקטים כנגד נאשם עוד לפני ההליך המשפטי, **במסגרת גזירת העונש**:

"רכיבי ענישה והליכים פיקודיים שכבר ננקטו כלפי המשיב - ובענייננו, ריצוי עונש המאסר והדחתו, בפועל, של המשיב מתפקיד פיקודי - משפיעים, אפוא, על נוסחת האיזון שבין העונשים. שיקולי ה'מלכתחילה' (ex-ante) של הענישה נדחים בערכאת הערעור מפני שיקולי ה'בדיעבד' (ex-post). הללו הם בחזקת נתון ושומה עלינו לשקללם" (ע/153/03 **סא"ל שגיא נ' התובע הצבאי הראשי**, בעמוד 44 (2004)).

יחד עם זאת, כפי שהובהר באותה פרשה, בהסתמך על **פרשת צופאן** הנ"ל, המעשה הפלילי איננו נבלע בסנקציה הפיקודית ואף לא בהשלכות הנובעות ממנה (שם, בסעיף 47 לפסק הדין בעניין **שגיא** הנ"ל). אין בידינו, לכן, לקבל את עתירת ההגנה להימנע מפגיעה כלשהי בדרגתו של הנאשם, אך ורק בשל הצעד הפיקודי שננקט נגדו, ובשל פרישתו מצה"ל.

60. שמענו בהרחבה על השפעת הדחתו של הנאשם מתפקידו ועל ההשלכות הנלוות לסיום שירותו הצבאי, בעיצומה של קריירה צבאית מבטיחה, לרבות המשמעות הכלכליות הניכרות הנלוות לו. אכן, ככלל, "כאשר מדובר בקצין בכיר, אף לעונש ההורדה בדרגה, ולא רק לעונש מאסר, נודעת לגביו משמעות קריטית, שכן העונש הוא בעל השלכה על מעמדו, על המשך מסלולו הצבאי, ובעל השלכות כלכליות ניכרות" (ע/143/13, ע/25/14 **סא"ל קרקו** הנ"ל, בסעיף 67 לפסק הדין (2015)). יוזכר, "היותה של זכותו של אדם לשאת דרגה צבאית, שאותה השיג בעמל רב, זכות הקשורה לכבודו כאדם, אשר פגיעה בה היא פגיעה בכבודו" (הצ"ח הממשלה, תשס"ד מס' 67, בעמ' 232, לעניין תיקונו של סעיף 533 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו - 1955). ואכן, התמונה שהוצגה לנו מלמדת על פגיעה קשה בתדמיתו ובמעמדו של הנאשם בעיני משפחתו, בעיני מכריו ואף בעיני פקודיו ומפקדיו. התרשמנו כי רצף האירועים במקרה דנן גרם לנאשם נזקים כבדים במישורים שונים.

61. אין להקל ראש במשמעות הנובעת לאותם נזקים במקרה דנן. עסקינן

בנאשם, אשר קשר את חייו, מגיל צעיר, בחיי הצבא. דרכו במערכת הצבאית הייתה סלולה והוא צבר בה נקודות זכות רבות בעקבות חלקו בהגנה על ביטחון המדינה ועל כלל תושביה. וכבר נפסק 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).

62. הדברים יפים ככפפה ליד אף בענייננו. כאמור, עדויות ההגנה, המכתבים השונים ותעודות ההוקרה, כולם כאחד מלמדים על תרומתו רבת השנים של הנאשם לביטחון המדינה. הנאשם מילא שורה של תפקידים, כלוחם וכמפקד על לוחמים, בהצלחה רבה ותוך הפגנת מקצועיות, נחישות ותושייה. הוא גילה אומץ לב במהלך סיכול אירועי טרור, בקרבות ובמבצעים מסוכנים והוטעם כי לכל אורך הדרך הפגין מחויבות ומסירות לשלום חייליו. תרומתו המשמעותית לאורך השנים בצה"ל – ראוי שתיזקף לזכותו ביום הדין. כבר נפסק, כי "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 גונן שגב נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 8.8.2006)). גם בענייננו, וכפי שפסק בית הדין הצבאי לערעורים בעניין אחר, בפגיעה בדרגתו של הנאשם "אין כדי לשלול את הוקרתו על תרומתו המשמעותית לצה"ל בעבר, ועל פועלו המבורך – בעבר ובהווה – למען החברה" (עניין שגיא לעיל).

63. בחינה כוללת של הנתונים הקשורים בעניין: היקף הפגיעה באינטרס הציבורי; ריבוי האירועים לאורך זמן; הנזק שנגרם למתלוננת; הפגיעה באמון הציבור וביחסי האמון בין מפקדים לחיילים, בראי רמת הענישה המקובלת (ראו הסקירה המופיעה בסעיף 49 לעיל) – הובילה אותנו לקבוע כי לא ניתן להימנע מפגיעה בדרגתו של הנאשם. תוצאה זו מתחייבת אף נוכח תמהיל הענישה בכללותו.

64. בד בבד, נוכח השלכותיה של הענישה על הנאשם, נטילת האחריות למעשים ובעיקר – בהתחשב בתרומתו הנכבדה לביטחון המדינה ולשלום תושביה – סברנו כי הפגיעה בדרגה צריכה להיות מצומצמת ומוגבלת, ועל כן ראינו להורידו בדרגה אחת בלבד.

65. אשר לעמדתה של המתלוננת – כידוע, הסכמתו של נפגע העבירה איננה תנאי לעריכת ההסדר ושיקול הדעת לעניין עצם עריכת הסדר הטיעון וכן לעניין תנאיו של ההסדר מסור לתביעה (ראו: בג"ץ 4395/12 דרור כהן נ' פרקליטות מחוז מרכז (טרם פורסם, 15.11.2012)). עם זאת, הדבר אינו גורע מחובתנו, כערכאה

שיפוטית שנתבקשה לאשר הסדר טיעון, לבחון את מכלול ההיבטים הצריכים לעניין (בג"ץ 3036/10 אחיה נגר ו-459 עותרים נוספים נ' פרקליטות המדינה ואח' (טרם פורסם, 3.11.2010)). בחנו את דבריה של המתלוננת כפי שהובאו על-ידי התביעה וכפי שהובאו בהצהרתה (ת/3). בקשתה של המתלוננת להשית על הנאשם "עונש רציני" היא בקשה מובנת, וראוי כי תיבחן באופן מעמיק בעת בדיקת כלל הנתונים הנוגעים לעניין – הן לעניין רכיבי העונש שהוסכמו בין הצדדים, והן לעניין רכיב ההורדה בדרגה. כך אמנם עשינו.

66. סוף דבר, לאחר שבחנו בקפידה את מכלול הנתונים הקיימים בראי שיקולי הענישה המקובלים והנחיות הפסיקה, בהינתן עקרון האינדיבידואליות שבענישה – מצאנו להטיל על הנאשם את העונשים הבאים:

- א. חודשיים מאסר על תנאי למשך שנתיים, לבל יעבור את העבירה בה הורשע בנסיבות של עבירת מין, או עבירה לפי פרק י' סימן ה' לחוק העונשין, או עבירה לפי החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998.
- ב. הורדה לדרגת רב-סרן.

נוסף על אלה, נפסקים למתלוננת פיצויים בסך 5,000 ש"ח. רשמנו בפנינו את הצהרת הצדדים, שלפיה סכום זה כבר הועבר על-ידי הנאשם למתלוננת.

• זכות ערעור כחוק.

ניתן והודע בתאריך 2.7.2015, בפומבי ובנוכחות הצדדים.

שופטת		שופט	נשיאה
למקור	נאמן	העתק	חתימת המגיה: _____
אוסקוב	סבטלנה	סרן	
הדין	בית	קצינת	תאריך: _____