**בבית הדין הצבאי לערעורים**

בפני:

**תא"ל אורלי מרקמן -** המשנה לנשיא

 **אל"ם אלישב בהרב** **-** שופט

 **סא"ל יעקב שפסר** **-** שופט

בעניין:

**התובע הצבאי הראשי –** המערער (ע"י ב"כ, רס"ן ליאור עייש)

**נ ג ד**

**ק/\*\*\*\*\*\*\* רס"ם ר' ר' –** המשיב (ע"י ב"כ, עו"ד אילן כץ; עו"ד קובי מרגולוב)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי העורף שניתן בתיק עורף (מחוזי) 3/20 (רס"ן ענת שחר-ויינברג – אב"ד; רס"ן לינדה זדה – שופטת; רס"ן רינת רווח - שופטת) ביום 17.9.2020. הערעור (קולת העונש) התקבל.

**פ ס ק - ד י ן**

**רקע**

1. המשיב, רס"ם ר' ר' , הורשע על-פי הודאתו בכתב אישום מתוקן, במסגרת הסדר טיעון שגובש בין הצדדים, בעבירה של פגיעה בפרטיות, לפי סעיפים 2(1) ו-5 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 ובעבירה של התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955.
2. מעובדות כתב האישום המתוקן עולה, כי החל מחודש נובמבר 2018 ועד לחודש אפריל 2019, המשיב, אשר שירת כמנהל עבודה בגדוד, פגע בפרטיותו של המתלונן, נגד שהיה אז פקודו ולן עמו ביחידה, בחדר מגורים משותף. תחילתה של הפרשה בחודש נובמבר 2018, אז נטל המשיב לידיו את מכשירו הסלולארי של המתלונן, אשר נותר בחדרם בעת שהאחרון יצא להתקלח. המשיב פתח את המכשיר הסלולארי של המתלונן לשימוש באמצעות קוד הגישה, שאותו הכיר. לאחר מכן, סרק באמצעות המכשיר קוד-קווים ("בר-קוד"), שהוצג במכשיר הטלפון שלו. כך הקנה לעצמו גישה חוזרת ליישומון ה"וואטסאפ" של המתלונן. בהמשך, בהזדמנויות רבות, ניצל המשיב את המנגנון שיצר כדי לפתוח את יישומון ה"וואטסאפ" של המתלונן, ועיין בשיחות שקיים המתלונן עם בני שיח אחרים, ללא ידיעתו. כך פירט בית הדין קמא הנכבד בגזר דינו בנוגע לחלק מאותם המקרים:

 "... בפרט, עיין הנאשם בתוכן שיחה מחודש נובמבר 2018 שבה המתלונן סיפר לקצינה מהיחידה שבמסגרת נסיעה בתפקיד שרט את הפנס של כלי רכב בו נהג. בהמשך אותו שבוע אמר הנאשם למתלונן שהוא יודע שהמתלונן הוא זה ששרט את הפנס בכלי הרכב. בהזדמנות אחרת, בחודש ינואר 2019 נכח המתלונן בסיטואציה פרטית הקשורה לנאשם. המתלונן סיפר לאותה קצינה מהיחידה על אותה סיטואציה פרטית של הנאשם. הנאשם אשר קרא את הדברים, ניגש למחרת היום למתלונן ואמר לו שאם ימשיך לספר על אותו אירוע, הוא יפנה בעניין זה למשטרה. הנאשם אף עיין בשיחה שבה התכתב המתלונן עם סגן מפקד היחידה בנושא הקשור לנאשם. הנאשם סיפר למפקד היחידה על שיח זה. בנוסף, הנאשם עיין במספר שיחות לא ידוע שהתקיימו בין המתלונן לחייל בשם אדוארד ובין המתלונן לאחיו התאום".

ממסמך הפרטים הנוספים עלה, כי החקירה בעניינו של המשיב נפתחה בעקבות תלונתו של המתלונן וכי המשיב הודה בחקירתו במיוחס לו בכתב האישום.

1. לבית הדין הוצג הסדר טיעון, שבמסגרתו, הודה המשיב בכתב אישום מתוקן, והצדדים עתרו במשותף להשית עליו 30 ימי מאסר בפועל בדרך של עבודה צבאית, מאסר מותנה וכן פיצוי בסך 3,000 ש"ח למתלונן. לצד זאת, מסרו הצדדים, כי רכיב הפגיעה בדרגה נותר שנוי במחלוקת, ובעוד התביעה עתרה להוריד את המשיב לדרגת טוראי, עתרה ההגנה להימנע מכל פגיעה בדרגותיו.
2. בית הדין קיבל את עתירתם המשותפת של הצדדים, והשית על המשיב עונש הכולל 30 ימי מאסר בפועל בדרך של עבודה צבאית ועונש מאסר מותנה, לצד פיצוי כספי בסך 3,000 ש"ח למתלונן. אשר לרכיב הפגיעה בדרגה, לאחר שבחן את ראיות הצדדים לעונש ואת טיעוניהם, החליט בית הדין, בדעת רוב, **שלא לפגוע בדרגתו של המשיב**. לצד זאת, הומלץ לפני הגורמים המוסמכים להימנע מלקדם את המשיב בדרגה במשך שלוש שנים. דעת המיעוט סברה, כי יש לפגוע בדרגתו של המשיב ולהורידו בדרגה אחת.
3. התביעה לא השלימה עם הימנעותו של בית הדין מלפגוע בדרגותיו של המשיב ומכאן הערעור שלפנינו.

**עיקרי גזר הדין**

1. בקבעו את מתחם העונש ההולם, עמד בית הדין קמא על הפגיעה במתלונן ובערכים החברתיים, הכרוכה במעשיו של המשיב, ופירט את הדברים הבאים:

"מעשיו של הנאשם פגעו משמעותית בפרטיותו של נפגע העבירה ובערכים המקודשים של כבוד האדם והזכות לפרטיות. יתרה מכך, פגע הנאשם בערך הרעות אשר חייב לשרור בין המשרתים במערכת הצבאית ובתחושת האמון של משרתי הקבע, במקרה הנוכחי בפרט ובמערכת הצבאית בכלל.

נסיבות ביצוע העבירה מלמדות על חדירה חוזרת של הנאשם לרזי כתביו של נפגע העבירה ביישומון הווטאס-אפ. מדובר באירוע ממושך, שבו פגיעה חוזרת בפרטיותו של נפגע העבירה, המתגורר עם הנאשם באותו חדר בצבא, והכפוף לו פיקודית. מעשיו של הנאשם פגעו ביכולת של נפגע העבירה לתת אמון באנשים. הנאשם ניצל את הנגישות למכשירו הסלולרי של המתלונן, אשר הותיר את המכשיר הסלולארי בחדרו, עת שהלך להתקלח, ובכך פגע גם בתחושה של אדם שביתו הוא מבצרו".

1. לצד זאת, ציין בית הדין כי "כעולה מכתב האישום ומהפרטים הנוספים, הנאשם לא עשה שימוש לרעה במידע שהגיע לידיעתו. פעמיים התעמת מול נפגע העבירה על דברים שקרא, ופעם סיפר על תוכן שיחה שקרא ושנגע אליו, למפקדו. הנאשם לא הפיץ את תוכן השיחות ולנפגע העבירה לא נגרם נזק מוחשי מעצם העיון, מעבר לעצם הפגיעה המשמעותית בפרטיותו". צוין גם, כי המקרה שונה ממקרים אחרים של פגיעה בפרטיות, אשר על פי רוב, מתבצעים על רקע מיני, או לשם הפקת רווח כלכלי.
2. בסופו של דבר, קבע בית הדין כי:

"מתחם העונש ההולם נע בין תמהיל ענישה שלא יכיל עונש מאסר כלל לבין עונש מאסר של 35 ימים לריצוי בפועל או 75 ימים לריצוי בדרך של עבודה צבאית, לצד מאסר מותנה ופיצויים לנפגע העבירה בסכום של 2,000 - 6,000 ש"ח. **בכל הנוגע לרכיב ההורדה בדרגה, ינוע מתחם הענישה בין אי הורדה בדרגה להורדה במספר דרגות**. הרכב בית הדין, אינו סבור כי בנסיבות האירוע, הורדה מכל דרגה מצויה במתחם העונש ההולם" (הדגשות הוספו).

1. בשקלו את מידת העונש בתוך גדרי מתחם העונש ההולם, מצא בית הדין להתחשב בנסיבות חייו של המשיב. צוין, כי המשיב, כבן 37, משרת בצה"ל למעלה מ-19 שנים. כמו כן, בואר, כי לאור השתייכותו של המשיב לאוכלוסיית המשרתים שזכאים לפנסיה תקציבית, הורדתו בדרגה תוביל לפגיעה כלכלית בו. בית הדין קמא מצא להתחשב בנטילת האחריות מצד המשיב על מעשיו, שהתבטאה בהודאתו במעשים כבר בשלב חקירה, בהבעת חרטה מצדו ובתשלום הפיצויים למתלונן, עובר למועד הדיון בשאלת עונשו. הוטעם, כי מן הראוי לזקוף לזכותו את חוות הדעת החיוביות של מפקדיו, הן לאורך השירות הצבאי והן ביחידה שבה הוצב במהלך תקופת השעייתו מתפקיד בעקבות החקירה. בית הדין קמא סקר בהרחבה את עדויות המפקדים שהתייצבו להעיד לזכותו של המשיב, את מכתבי ההמלצה שהעבירו מפקדים נוספים, ואת תעודות הצטיינות שהוענקו למשיב במרוצת השנים. הוטעם גם כי למשיב אין עבר פלילי ועברו המשמעתי אינו מכביד. עוד צוין, כי המשיב נשוי ואב לשני ילדים, "כאשר לדיאבון הלב, בתו הבכורה... אובחנה על הרצף האוטיסטי, ומוכרת כנכה בשיעור של 100%".
2. בנסיבות אלו, כאמור, אישר בית הדין את הסדר הטיעון והשית על המשיב את העונשים המוסכמים, כמפורט לעיל.
3. בהמשך, בטרם הכריע בשאלת רכיב הפגיעה בדרגה, ביקש בית הדין ללמוד על עמדתו של המתלונן, נפגע העבירה, בנושא. לבית הדין נמסר, כי:

"התביעה שוחחה עם נפגע העבירה על רכיב הפיצויים עוד כשנתגבשו ההסכמות בין הצדדים, והוא מודע לרכיב זה. כעת נודע לו גם על שאר רכיבי ההסדר וכן על עמדתה של התביעה בנוגע לדרגתו של הנאשם. נפגע העבירה מסר כי האירוע פגע בו ובאמון שלו באנשים בצורה קשה, אך הוסיף כי הורדתו של הנאשם לדרגת טוראי היא עונש שהוא חמור לדעתו. בהתייחסותו התייחס ספציפית לעניין ההורדה **לדרגת טור'** ולא נתן דעתו לעניין רכיב הדרגה בכללותו. לדבריו, לנאשם יש משפחה והדבר עלול לפגוע בו. עוד ציין נפגע העבירה כי האירוע כבר מאחוריו" (הדגשות במקור).

1. בסופו של דיון, נקבע כי באיזון בין כישלונו החוזר של המשיב, לעומת נסיבותיו האישיות, הפגיעה הכלכלית הצפויה לו ולמשפחתו, הצטיינותו בשירות הצבאי ונטילת האחריות למעשיו – יש למקם את עונש הפגיעה בדרגה בתחתית מתחם העונש ההולם. בית הדין הוסיף וציין, כי "בעקבות עונש המאסר שיוטל עליו [על המשיב], יובא עניינו לפתחה של הוועדה להתרת התחייבויות, והוא עומד בפני סיכון ממשי לסיום שירותו. השאלה האם ימשיך הנאשם בשירות, אינה נתונה לפתחנו. יחד עם זאת, להכרעתנו כאן בשאלת ההורדה בדרגה, ישנה השפעה על הנתונים שיובאו בפני הוועדה. ככל שהנאשם יסיים את שירותו, בהיותו משתייך להסדר של פנסיה תקציבית, ההשלכות הכלכליות עליו ועל בני משפחתו, הן הרות אסון".
2. לאחר האמור, בבוא בית הדין להכריע בסוגיית הפגיעה בדרגה, נחלקו הדעות. רוב השופטות סברו כי "חרף הכישלון הפיקודי והערכי הטמון במעשיו של הנאשם, אין מקום להורידו בדרגה, ויש להסתפק בהמלצה על עיכובו בדרגה למשך שלוש שנים ... לצד יתר רכיבי הענישה המוסכמים על הצדדים". השופטות ציינו, כי לדידן, הורדת המשיב בדרגה תפגע בו ובמשפחתו יתר על המידה, שכן היא עלולה לצמצם עוד יותר את סיכוייו להמשיך בשירות הצבאי ובהתאם, להחמיר את ההשלכות הכלכליות הכרוכות בהרשעתו. בהקשר זה, ציינו השופטות אף את הרישום הפלילי "המלא" הנלווה להרשעת המשיב בעבירה של פגיעה בפרטיות. שופטת המיעוט, מצידה, סברה כי הנימוקים לקולה מאפשרים למתן את הפגיעה בדרגה אך אינם מצדיקים להימנע ממנה כליל, נוכח הכישלון החוזר שהפגין המשיב במעשיו. הוטעם, כי אלמלא נסיבותיו האישיות ותרומתו לשירות הצבאי היה מקום להוריד את המשיב בשתי דרגות, ואולם משיקולים של חסד ורחמים, מן הראוי להסתפק בהורדתו של המשיב בדרגה אחת בלבד. בדעת רוב, אפוא, לא הורד המשיב מדרגותיו.

**טענות התביעה בערעור**

1. התביעה ערערה על קולת העונש ועתרה לפגוע בדרגותיו של המשיב. לשיטתה, בית הדין קמא שגה הן בקביעת מתחם העונש ההולם הנוגע לרכיב הפגיעה בדרגה והן בקביעת העונש בתוך המתחם.
2. התביעה הצבאית הדגישה בערעורה, כי מעשיו של המשיב מלמדים על כישלון פיקודי חרוץ, המחייב פגיעה בדרגותיו. נטען, כי בית הדין קמא לא שקל כראוי את נסיבות ביצוע העבירות ואת ממדי הפגיעה בערכים החברתיים, הכרוכה במעשיו של המשיב. נטען, כי לא ניתן המשקל המתאים לנסיבות כגון: היותו של המשיב מפקדו של המתלונן; ניצול היותם שותפים לחדר ביחידה; ההקשר הצבאי של המעשים, ובתוך כך - החיפוש והעיון בשיחות שניהל המתלונן עם גורמים ביחידה; ריבוי המעשים; פרק הזמן הממושך שבמהלכו בוצעו; התחכום שקדם להם ועוד. נטען גם, כי לא נבחנו כדבעי הפגיעה בערך הרעות, הפגיעה במעמדו ובתדמיתו של המפקד בצה"ל; הפגיעה באמון הציבור; במשמעת הצבאית ובתחושת המוגנות של המשרתים בצבא. התביעה סבורה כי משקלם של כל אלה מחייב להחמיר בעונשו של המשיב ולפגוע בדרגותיו.
3. התביעה ביקשה להסתייג מקביעת בית הדין, שלפיה המשיב "לא עשה שימוש לרעה במידע שהגיע לידיעתו". לשיטתה, העובדה כי תוכן השיחות לא הופץ ולא הועבר לאחרים, אינה מפחיתה מחומרת המעשים ומן הפגיעה שגרמו למתלונן, בשים לב למאפייני המידע המועבר בשיחות ב"ווטסאפ" ועומק הפגיעה בפרטיותו. התביעה אף ביקשה להזכיר, כי המשיב התעמת פעמיים עם המתלונן בנוגע לפרטים שעל קיומם למד מתוך שיחותיו ביישומון ה"וואטסאפ", ופעם נוספת אף סיפר על תוכנה של שיחה שנגעה אליו, למפקדו.
4. נטען, כי בנסיבות העניין, נוכח מעמדו של המשיב כמפקד בצה"ל ואחריותו לפקודיו, אשר באים לידי ביטוי בדרגות הפיקוד שאותן הוא נושא - עונש הפגיעה בדרגה הוא הוא אשר מבטא נכונה את הכישלון הפיקודי הטמון במעשיו. לטעמה של התביעה, רצונו של בית הדין להיטיב את מצבו של המשיב ולשפר את סיכוייו בעת הדיון בוועדה להתרת התחייבויות, אינו יכול לאיין את נסיבות החומרה ואינו יכול לגבור על שיקולי הענישה המקובלים.

**תשובת ההגנה**

1. מנגד, עתרה ההגנה לדחות את ערעור התביעה. הסנגורים סמכו ידיהם על דעת הרוב בגזר הדין של הערכאה קמא ועתרו לבל נתערב בו. נטען, כי בית הדין שקל את כלל השיקולים הנוגעים לעניין, איזן ביניהם כדבעי וגזר את עונשו של המשיב, תוך התחשבות ראויה בנסיבותיו. מכל מקום, נטען כי לא נפלה טעות בולטת בגזר הדין ואף משום כך, אין מקום להתערבות של ערכאת הערעור.
2. ההגנה שבה על הטענות שהעלתה לפני הערכאה קמא ולפיהן המשיב היה אמור, זה מקרוב, להתקדם בדרגה וכי ההשלכות הכלכליות הנלוות לפגיעה בדרגתו של המשיב מרחיקות לכת. נטען, כי הפגיעה בדרגה עלולה לסכן את אפשרותו של המשיב להמשיך בשירות הצבאי, וכי היא אינה מידתית לנוכח הצטיינותו בתפקידיו השונים ותרומתו הרבה לצה"ל, בוודאי בשים לב לנסיבותיו המשפחתיות המורכבות. נטען גם, כי יש ליתן משקל לדבריו של המתלונן, שלפיהם "האירוע כבר מאחוריו", והוא אינו מעוניין לפגוע במשיב ובמשפחתו. ההגנה אף הדגישה, כי היקף הפגיעה הכלכלית במשיב מתעצם בימים אלה, על רקע התפשטות התחלואה מנגיף קורונה.
3. לדידה של ההגנה, לא ניתן להצביע על תקדימים מתאימים למדיניות הענישה ולשיטתה, בהיעדר מניע כלכלי או רקע מיני למעשי הפגיעה בפרטיות – ניתן להימנע מפגיעה בדרגתו של המשיב ולהסתפק בעונשים שהושתו עליו, לצד ההמלצה לעכב את קידומו בדרגה.
4. לחלופין, הודיעה ההגנה כי המשיב מוכן לשאת במאסר בפועל בדרך של עבודה צבאית לתקופה נוספת ואף נכון לשלם קנס, ובלבד שלא תפגע דרגתו, שאותה קיבל בעמל רב.

**דיון והכרעה**

**היקף ההתערבות של ערכאת הערעור**

1. הלכה פסוקה היא כי לא בנקל תתערב ערכאת הערעור בחומרת העונש שהטילה הערכאה הדיונית, וכי ההתערבות שמורה "למקרים חריגים שבהם ניכרת סטייה ברורה ממדיניות הענישה הראויה או אם מתקיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת" (ע/51/19 **התובע הצבאי הראשי נ' רס"ל רדלי** (2020); ע"פ 55/20 **רושרוש נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 19.7.2020); ע"פ 2454/18 **שיינברג נ' מדינת ישראל**, פסקה 21 (טרם פורסם, 2.12.2018)).
2. כאמור, במקרה שלפנינו, כיבד בית הדין קמא את הסדר הטיעון שכלל רכיבים של עונש מאסר בפועל ועונש מאסר על תנאי, לצד רכיב של פיצויים. השאלה שמונחת לפתחנו היא, אפוא, האם נפלה **שגגה בולטת** בהכרעת הרוב להימנע מפגיעה בדרגתו של המשיב, בהתחשב בשיקולי הענישה המקובלים ובשים לב לתמהיל העונש הכולל.

**על מתחם העונש ההולם**

1. כידוע, עיקרון ההלימה הוא העיקרון המנחה בענישה (סעיף 40ב לחוק העונשין, התשל"ז-1977) ובעת קביעת מתחם העונש ההולם, יש להתחשב בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, במידת הפגיעה בו, במדיניות הענישה הנוהגת ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירה (סעיף 40ג(א) לחוק העונשין, ע"פ 1323/13 **חסן נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 5.6.2013)).
2. אשר לערכים החברתיים שנפגעו במקרה דנן - זה מכבר בואר, כי "צנעת הפרט היא זכותו של אדם. היא משקפת את כבודו... היא, ואולי בעיקר היא, ממחישה את 'מוֹתר האדם מן הבהמה' (קהלת ג', יט)... אמרו אפוא: משעומד אדם על דעתו, יש לכבד את רצונו בדבר פרטיותו" (ע/55/06 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט גבאי** (2006)). הזכות לפרטיות מעוגנת בסעיף 7(א) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כי "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו", והיא מעוגנת גם בחוק הגנת הפרטיות, המגדיר, בנסיבות מסוימות, את הפגיעה בפרטיות הזולת כעבירה מסוג "פשע", שבצידה עונש מאסר מרבי בן חמש שנים. ואכן, מקובל לראות ב"זכות לפרטיות... בת בכירה במשפחת הזכויות בחברה הליברלית-הדמוקרטית" (מ' בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" **משפט וממשל** יא 9, 10 (2007)).
3. על האופי האינטימי של התכתבויות ושיחות אשר אצורות במכשיר הטלפון הנייד של הפרט ועל עומק החדירה לפרטיות הכרוכה בעיון בהן, עמד בית המשפט העליון בקבעו כדלקמן:

"מכשירי הטלפון הניידים הפכו לאמצעים טכנולוגיים רבי עוצמה האוגרים מידע רב, ומשמשים לצורך תכתובות שגרתיות...

המידע הרב הנאגר במחשבים האישיים ובמכשירי הטלפון הניידים חושף את בעליהם לפגיעה חמורה בפרטיותם כשמכשירם מגיע לידיו של אדם אחר. לא אחת מכשירי הטלפון הניידים כוללים תיעוד מדויק של המקומות שבהם שהה בעל המכשיר, התכתבויות אישיות ואינטימיות, ומידע על חבריו ועל טיב הקשר עימם, לצד מידע עסקי רגיש. יש הנוהגים להקליט את שיחותיהם באמצעות מכשיר הטלפון הנייד באופן תדיר, מבלי להעלות על דעתם כי המידע עלול להגיע לידי צדדים שלישיים. השימוש הרווח במכשיר הטלפון הנייד כאמצעי גישה לאינטרנט (מרשתת) פותח צוהר נוסף לעיון בנסתרות ליבו של בעל המכשיר, בעמדותיו הפוליטיות, בתחביביו ובתכניותיו לעתיד" (בש"פ 7917/19 **אוריך נ' מדינת ישראל**, פסקה 19 (טרם פורסם, 25.12.2019)).

בדומה, בהקשר אחר, בואר כי:

"נוסף על אובדן הנגישות והחרדה המתלווה לכך, גניבת טלפון סלולרי מהווה גם חדירה למתחם פרטי ביותר של האדם. הסמארטפון הוא מעין כספת ניידת המכילה תמונות, לעיתים תמונות רגישות, התכתבויות אישיות ומידע פרטי, ולעיתים אף סודי, אשר מעצימים את החרדה מן הגניבה..." (ע"פ 8627/14 **דביר נ' מדינת ישראל**, פסקה 7 (טרם פורסם, 14.7.2015); עוד על משמעות החדירה למכשירים סלולאריים, ראו ע/24/15 **רב"ט סיגאוי נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 16 (2016)).

1. חומרה יתרה יש לייחס לפגיעה בפרטיות הזולת במסגרת הצבאית וכבר נפסק, כי "ההגנה על פרטיותם של חיילים וחיילות, המשרתים מכוח חוק בצבא ושוהים, נוכח צורכי תפקידם, ביחידות צבאיות, בתנאים המחייבים לינה ומגורים משותפים – מחייבת אכיפה קפדנית ורחבה של החוקים והכללים, שנועדו להבטיח מידה ראויה של פרטיות במרחב המשותף" (ע/40/17 **סגן שרון נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 29 (2017)). בדומה, בהקשר שונה, נפסק, כי "...החובה על-פי חוק לשרת בצבא ההגנה לישראל, מובילה, לעיתים קרובות, למגורים משותפים, בתנאים שבהם **יחסי הרעות והאמון ההדדי, הם הערובה לשמירה על כבודם ופרטיותם של החיילים**" (ע/7/18 **סמל היימן נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 18, הדגשות הוספו (2018); על שיקולים צבאיים ייחודיים בענישה ראו למשל: רע"פ 6505/20 **חסקל נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 8 (טרם פורסם, 30.9.2020); רע"פ 391/17 **פלוני נ' התובעת הצבאית הראשית**, פסקה 12 (טרם פורסם, 15.1.2017); ע/45/19 **סמל כהניאן נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 27 (2019)).
2. **על אחת כמה וכמה** אמורים הדברים, כאשר העבירות במרחב הצבאי מבוצעות על ידי **מפקדים**. אין חולק, כי עבירה של פגיעה בפרטיות המבוצעת על ידי מפקדים, לא כל שכן, עת שהיא מכוונת לחדירה לפרטיותם של פקודיהם - היא בבחינת כישלון פיקודי **מובהק**. המדובר בהתנהגות פסולה, אשר לא זו בלבד שהיא רומסת ברגל גסה את פרטיותו של הפקוד, ובתוך כך, פוגעת בכבודו ובביטחונו האישי - יש בה אף משום פגיעה קשה במעמדו של המפקד בעיני חייליו, ומשום פגיעה משמעותית באמון הציבור במערכת הצבאית כולה (ראו עניין **סגן שרון** לעיל). יפים לכך דברי בית דין זה בעניין **גבאי** לעיל:

"... צבא הוא גוף הירארכי המושתת על פקודות ונהלים. אל לאיש לעשות בו כבתוך שלו. שמירת כבוד החיילים המשרתים היא חובה שחב הצבא ומפקדיו למשרתים בו, להם ולמשפחותיהם" (פסקה 9).

1. בענייננו, תחת לשמש דוגמה ומופת, ניצל המשיב את מעמדו ואת תנאי השירות במסגרת הצבאית, ולאחר תכנון, לאורך זמן ובמספר רב של הזדמנויות – פגע פעם אחר פעם בכבודו של פקודו, חדר לפרטיותו ועיין בשיחות שניהל, באמצעות מכשיר הטלפון הנייד עם אחרים, ובהם בעלי תפקידים ביחידה. המשיב אף ניצל את המידע שאליו נחשף במהלך שיחות שקיים עם המתלונן ואף לשם עדכון מפקד היחידה בדברים שעלו מאותן שיחות. אין זאת, אלא, כי היקף הפגיעה הכרוכה במעשיו של המשיב, בנפגע העבירה ובערכים החברתיים המרכזיים, כמפורט לעיל – רב!
2. אשר למדיניות הענישה הנוהגת, לעניין עונש ההורדה בדרגה, שב בית דין זה והדגיש כי:

"עונש הפגיעה בדרגה הוא עונש ייחודי למסגרת הצבאית וככלל, הוא אשר מבטא נכונה את הכישלון הפיקודי הגלום בעבירה, שביצע מפקד (ע/89,88/11 **התובע הצבאי הראשי נ' אל"ם מור חיים**, פסקה 38 (2012); ע/8/19 **התובע הצבאי הראשי נ' סגן טופולנסקי**, פסקה 21 (2019); ע/51/19 **עניין רדלי** לעיל, פסקה 27).

1. מעשיו של המשיב חותרים תחת האמון הבלתי מסויג, אשר ראוי כי ישרור בין פקוד למפקדו, והוא תנאי הכרחי לתפקודו של הצבא ולהצלחתו במשימות שהופקדו בידיו. בואר זה מכבר, 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)...

צה"ל הוא צבא העם. חיילנו משרתים בו מכוח חובה שבחוק. על רקע זה קיימת חשיבות מיוחדת להטמעת ערך האמון בין החיילים למפקדים ובין המפקדים לציבור הרחב. **אמון זה הוא הבסיס לציות החיילים למפקדיהם והוא שיבטיח כי ביום פקודה יפעל הצבא כגוף אחד הנחוש לבצע את משימותיו**" (עניין **אל"ם מור חיים** לעיל, הדגשות הוספו; וראו גם: ע/123/02 **אל"ם ישי נ' התובע הצבאי הראשי** (2004)).

1. המדובר במפקד ותיק ובכיר, אשר לאחר תכנון, באופן מחושב, לאורך חודשים ארוכים, פעם אחר פעם, חדר למכשיר הטלפון הנייד ועיין בתכתובות ובשיחות שניהל פקודו, שותפו לחדר ביחידה, ללא ידיעתו - משל חדר המפקד למגירה נעולה, שבה נשמר יומנו האישי של פקודו ועיין בו. יש לציין עוד, כי מעשיו של המשיב פסקו, רק לאחר שפקודו, המתלונן, דיווח על חשדותיו בנושא.
2. נסיבות ביצוע העבירה, המלמדות על עומק הפגיעה בערכים החברתיים ועל כישלון פיקודי מתמשך, ומדיניות הענישה הנוהגת, חייבו לקבוע מתחם עונש הולם, שבין פגיעה בדרגה אחת לבין הורדה לדרגת טוראי. **הימנעות מפגיעה בדרגה, אף בראי תמהיל העונש הכולל, אינה עולה בקנה אחד עם שיקולי ההלימה ואין בה כדי לשקף את היקף הפגיעה בערכים החברתיים המרכזיים בנסיבות העניין**.

**מידת הפגיעה בדרגה**

1. בואר בהלכה הפסוקה, כי בעת בחינת היקף הפגיעה בדרגה, יש ליישם את "עיקרון המידתיות, כמקובל בפסיקה - בהתחשב בנסיבות המקרה והעושה בכללותן ואף **תוך בחינת תמהיל הענישה הכולל, והיחס בין רכיבי העונש שהוטלו על אותו נאשם**" (עניין **טופולנסקי** לעיל, פסקה 22, הדגשות במקור, וראו: ע/74/09 **תא"ל תמיר נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 11 (2009), וכן: ע/256/96 **רס"ן ביבאס נ' התובע הצבאי הראשי** (1997)). לפיכך, יש "לאזן בין עצמתם של הכישלון הפיקודי והפגיעה באמון הצבא, לבין השלכותיה של הפגיעה בדרגה על המפקד, הנאשם" (עניין **טופולנסקי** לעיל, פסקה 22), וכן, יש לבחון את היחס הראוי בין עונש הפגיעה בדרגה לרכיבי העונש האחרים שהושתו עליו (ראו גם: ע/7,6/20 **רס"ן שושן נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 16 (2020)).
2. כמפורט לעיל, המשיב דכאן צבר נקודות זכות רבות במהלך השירות הצבאי. תרומתו הרבה והצטיינותו בתפקידיו השונים ראויות להתחשבות בעת גזירת הדין. לכך יש להוסיף את נטילת האחריות למעשים והבעת החרטה, את נסיבותיו האישיות המורכבות ואת השלכות הפרשה כולה עליו ועל בני משפחתו. כל אלה, ראוי כי יישקלו לקולה בעת בחינת היקף הפגיעה בדרגה ואף בעת הערכת תמהיל העונש הכולל, ואולם, אין בהן כדי לאיין את שיקולי ההלימה וההרתעה המתקיימים בנסיבות העניין והמחייבים פגיעה בדרגתו של המשיב.
3. נסיבותיו האישיות של המשיב מצדיקות להקל עמו בתוך מתחם העונש ההולם, **ולמתן** את עונש הפגיעה בדרגה, בוודאי לנוכח הכלל, שלפיו אין ערכאת הערעור ממצה את הדין בקבלה את ערעור התביעה על קולת העונש (ראו: ע"פ 5330/20 **ענבתאוי נ' מדינת ישראל**, פסקה 16 (טרם פורסם, 22.11.2020)).
4. בשולי הדברים, נציין, כי שמענו את הצעתה החלופית של ההגנה להכביד ברכיב המאסר בפועל בעבודה צבאית ואף להשית על המשיב רכיב של קנס, ברם, כמפורט לעיל, בשים לב למכלול שיקולי הענישה הקיימים במקרה שלפנינו ובראי התמונה המלאה, לא ניתן להימנע מפגיעה בדרגתו של המשיב.
5. ערעור התביעה מתקבל, אפוא. המשיב יורד בדרגה אחת. יתר רכיבי הענישה יוותרו על כנם.

ניתן היום, כ' בכסלו התשפ"א, 1 בדצמבר 2020, בפומבי ובמעמד הצדדים.

 **\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

 **המשנה לנשיא שופט שופט**

**חתימת המגיה: \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ העתק נאמן למקור
 סמ"ר עדי לביא
תאריך: \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ קצינת בית הדין**