

## 2005 - ע/117/05 התובע הצבאי הראשי נ' אל"ם עאטף זאהר

מאת:

קמ"ש גל קנריק, תובעת צבאית בפרקליטות מחוז מרכז וחיל האוויר, התביעה הצבאית

רס"ן תמר בוקיה-אדגך, סגנית פרקליט מחוז מרכז וחיל האוויר, התביעה הצבאית

אלוף-משנה זאהר ביצע שורה של עבירות מין בפקודה שלו. בית הדין המיוחד הרשיע אותו, בין היתר, בבעילה אסורה בהסכמה, חלף עבירת אינוס, כפי שיוחס לו בכתב האישום לכתחילה. שני הצדדים ערערו על פסק הדין, ערעור התביעה התקבל חלקית וזאהר הורשע באינוס. שתי הערכאות סברו שגרסת נפגעת העבירה מהימנה. עם זאת, הייתה מחלוקת בנוגע לבחינת יסוד העדר ההסכמה של נפגעת העבירה בקשר לעבירה שעניינה היה מעשה האנוס, ומכאן השוני בין פסקי הדין.

### רקע עובדתי

נפגעת העבירה, סמל מ', שירתה כפקידה בלשכת ראש "מינהל אוכלוסיות מיוחדות" באגף כוח אדם במחנה בן-עמי. חודשים ספורים לאחר גיוסה לצה"ל, אל"ם זאהר מונה לתפקיד ראש המינהל. לפי עובדות כתב האישום, הנאשם ביצע עבירות מין במספר חיילות ששירתו תחתיו, וביניהן סמל מ'. בחודש נובמבר 2004, לאחר שסמל מ' השתחררה מהשירות הצבאי, היא הגישה תלונה כנגד הנאשם. לטענתה, במשך כשנה וחצי, הנאשם פגע בה מינית פעמים רבות. כך, הנאשם נגע בגופה ללא הסכמתה, נישק אותה ללא הסכמתה ואף אנס אותה מספר פעמים. חלק מהאירועים התרחשו בעת שהייתה חיילת וחלקם התרחשו לאחר שחרורה מצה"ל. הנאשם טען מנגד, כי נרקמה כנגדו עלילת שווא. לטענתו, לאחר שחרורה של סמל מ' מצה"ל, היו פעמים בודדות בהן התקיימו מגעים אינטימיים ביניהם והיא זו שיזמה אותם. ואולם, הוא הכחיש שאנס אותה, ואף טען שמעולם לא קיים עימה יחסי מין.

### ההליך המשפטי

כתב האישום ייחס לנאשם תשעה-עשר פרטי אישום בעבירות של אינוס, מעשה מגונה בכוח, ניסיון למעשה מגונה בכוח, איומים, הטרדה מינית והתנהגות שאינה הולמת. בית הדין הצבאי המיוחד סבר שעדותה של נפגעת העבירה ישרה ואמינה ועדותו של הנאשם שקרית. אולם, דעת הרוב הטילה ספק בנוגע להעדר הסכמתה באשר לקיום היחסים. אישיותה הפאסיבית והשקטה עוררה ספק האם התנגדה בצורה אקטיבית למעשי הנאשם. לכן, הנאשם זוכה מאישומי האינוס והורשע בעבירה חלופית של בעילה אסורה בהסכמה. כן, הנאשם הורשע בעבירות של מעשה מגונה תוך ניצול יחסי מרות, ניסיון למעשה מגונה תוך ניצול יחסי מרות והתנהגות שאינה הולמת. הנאשם זוכה מהעבירות של איומים והטרדה מינית. הושת על הנאשם עונש של שמונה חודשי מאסר לריצוי בפועל והורדה לדרגת רס"ן.

שני הצדדים ערערו על פסק הדין. התביעה עתרה בערעורה להרשעת הנאשם בכל עבירות האינוס שיוחסו לו ובעבירות של מעשה מגונה בכוח, וזאת במקום העבירות החלופיות בהן הורשע. כן, ערערה התביעה על קולת העונש, אף בהיתן ההרשעה בעבירות החלופיות. הנאשם ערער כנגד הרשעתו.

ערעור ההגנה נדחה וערעור התביעה התקבל חלקית. בית הדין לערעורים קיבל את ממצאי המהימנות של בית הדין המיוחד, אך חלק על האופן שבו בחן את יסוד העדר ההסכמה של נפגעת העבירה.

שופטי בית הדין לערעורים התבססו על תיקון 22 ועל תיקון 61 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ועל פסיקות בית המשפט העליון, למשל בפרשת **אזולאי** ובפרשת **בנדיבה**. לפי סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, הוכחת היסוד העובדתי טעונה בכך שהבעילה נעשתה "שלא בהסכמתה החופשית" של הנפגעת. לאחר שגרסת נפגעת העבירה נמצאה מהימנה, יש לבחון את הסכמתה מנקודת מבטה ובשים לב לאישיותה הייחודית ולא מנקודת מבט אובייקטיבית. אף אין דרישה להוכיח התנגדות פיזית, אלא די בהתנגדות מילולית ולעיתים בהתנגדות משתמעת כדי ללמד על אי הסכמה למגע מיני. כך נכתב בפסק הדין:

*"אי-הסכמה היא דרישתו של החוק, ולא מידת ההתנגדות. לצורך כך, אף קיפאון מוחלט, קפאון שבכניעה, שאין בו אלא 'מידת התנגדות' אפסית, מלמד על היעדר הסכמתה של המתלוננת לקיום יחסי-המין."*

על אף שבוטלה דרישת הסיוע לעדות מתלוננת בעבירות מין, עוד מימי פרשת אלון מיכאל "יומי" ברקאי, השופטים הדגישו שממילא קיימים חיזוקים ראיתיים לגרסת הנפגעת. למשל, מצבה הנפשי, כפי שמתואר בעדותן של אמה והפסיכותרפיסטית שלה, וכן שקריו של הנאשם, קצין בכיר שפעל באופן מניפולטיבי, תוך ניצול חולשתה של החיילת - פקידתו.

באשר ליסוד הנפשי של הנאשם במעשיו, נפסק שבכל האירועים שהתרחשו בעת שירותה הצבאי של נפגעת העבירה, הנאשם היה מודע להעדר הסכמתה. תחילה הייתה תלונה על הטרדה מינית שהגישה הנפגעת כנגד הנאשם בתוככי היחידה והגיעה לידיעתו, והדבר הקים את מודעתו להעדר הסכמתה. המודעות המשיכה להתקיים כשהנאשם ניסה לגעת בה והיא הדפה אותו, וכן כשהנאשם אנס אותה בעודה מתחננת שיפסיק.

נוכח האמור, הרשיעו השופטים את הנאשם בחמש עבירות אינוס שמתייחסות לאירועים שהתרחשו בתקופת שירותה הצבאי של הנפגעת. כן, הנאשם הורשע בעבירות של מעשה מגונה בכוח וניסיון מעשה מגונה בכוח. אולם, הנאשם זוכה מחמת הספק מהאישומים שנגעו למעשי אונס, שיוחסו לו בתקופה שלאחר שחרורה מהשירות הצבאי. זאת מכיוון שבחינת נסיבות המקרה בכללותן עוררה ספק סביר בדבר מודעות הנאשם להיעדר הסכמתה בתקופה זו.

לבסוף, השופטים השיתו על הנאשם עונש של שש שנות מאסר לריצוי בפועל, הורדה לדרגת טוראי ופיצוי בסך 35,000 ש"ח לנפגעת. השופטים ייחסו משקל רב להורדת דרגתו של הנאשם, ואיזנו זאת עם משך תקופת המאסר שנגזרה עליו.

### **חשיבות הפרשה**

פרשת אל"ם זאהר היא מבין פרשות המין החמורות והמוכרות בהיסטוריה של צה"ל, ופסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים בתיק זה הוא אבן דרך במאבקו של צה"ל ובמאמציו למיגור האלימות המינית ולחיזוק ההגנה על נפגעי עבירה.

עבירת האינוס, שקבועה בסעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, עברה גלגולים רבים שנבעו משינויים בתפיסות החברתיות המקובלות בנוגע למאפיינים הייחודיים של העבירה ולקשיים שחווים נפגעי עבירות מין. בין היתר, תיקון 22 לחוק העונשין משנת 1988 החליף את הביטוי "כנגד רצונה" בביטוי "שלא בהסכמתה החופשית". כמו כן, תיקון 61 לחוק העונשין משנת 2001 השמיט את הביטוי "עקב השימוש בכוח". בית המשפט העליון בשורה של פסיקות, למשל בפרשת **אזולאי** ובפרשת **בנבידה**, יצק פרשנות לתיקוני החקיקה הללו. נפסק שהסכמתה של הנפגעת תיבחן באופן סובייקטיבי וכי אין צורך להוכיח התנגדות פיזית לביסוסה.

השופטים בבית הדין לערעורים יישמו את תיקוני החקיקה ואת פסיקות בית המשפט העליון בהליכים שהתקיימו במערכת המשפט הצבאית.

השופטים הדגישו את חשיבות הערך המוגן שביסוד עבירת האינוס שהינו אוטונומית האדם על גופו. ההגנה על ערך האוטונומיה מחייבת שההסכמה החופשית לקיום מגע מיני תהיה ברורה ולא משתמעת לשתי פנים. כן, השופטים בחנו את יסוד העדר ההסכמה מנקודת מבטה של הנפגעת ולא חקרו אחר מידת ההתנגדות שהפעילה.

זאהר הינו הקצין הבכיר ביותר בצה"ל שהורשע באינוס. לעבירות מין שנעשות בין מפקד לפקודו חומרה יתרה, ומכאן החשיבות לאכיפת הדין במקרים אלו. השירות בצה"ל הוא חובה מכוח חוק שירות הביטחון, והדבר מגביר את האחריות של צה"ל על חייהם של המשרתים, כך שעליו להגן כראוי על שלמות גופם ונפשם. כך ציין בית הדין לערעורים:

*"חיילי צה"ל זכאים להגנה על זכויותיהם לכבוד, לחירות, לאוטונומיה על גופם, בכל עת; זאת, כמובן, בשים לב לייחודו של השירות הצבאי ומהותו. זכותם לסרב לקיום יחסי מין, לעולם עומדת. מעמדם כחיילים אינו מפחית את מידת ההגנה להם זכאים מפני פגיעה בזכותם זו. ההיפך הוא הנכון: עצמת הפגיעה בערכים העומדים ביסודה של עבירת האינוס הינה בעלת חומרה יתרה כאשר זו מתבצעת במסגרת המערכת הצבאית."*

## מאסר והורדה לדרגת טוראי לאל"מ זאהר עאטף

אלוף-משנה זאהר עאטף, שהורשע בחמש עבירות של אונס חיילת, נדון בבית הדין הצבאי לערעורים לשש שנות מאסר בפועל והוא יורד לדרגת טוראי. נוסף לכך ישלם 35 אלף שקל פיצוי למתלוננת. הסניגור, עו"ד אביגדור פלדמן, ביקש לערער לבית המשפט העליון, אולם בית הדין הצבאי דחה את הבקשה. הסניגורים יוכלו כעת לפנות כעת רק בבקשת ערעור מיוחדת לבייניש



חנן גרינברג עדכון אחרון: 29.09.06, 10:07

כותרתה של כתבה מתוך אתר YNET על אודות החלטת בית הדין הצבאי לערעורים, 29 בספטמבר 2006

### מדוע בחרנו בנושא?

בתפקידנו בתביעה הצבאית, אנו אוכפים את הוראות הדין הפלילי בצה"ל, לרבות בקשר לעבירות מין. הגם שהתביעה הצבאית מייצגת את האינטרס הציבורי ולא את נפגעי העבירה, ובמיוחד כאשר מדובר בפגיעה מינית, עלינו לתת לנפגעים ולפגיעה בהם מקום בהליך הפלילי. מיצוי הדין עם הפוגעים יוצר הכרה בפגיעה שחוו הנפגעים ובסבלם, ויש לכך משמעות רבה.

נוסף לכך, בתפקידנו, מובן לנו שההליך הפלילי הוא כלי נחוץ להוקעת התנהגויות פליליות בצבא ולשם שמירה על טוהר המידות בשורות צה"ל ועל אמון הציבור בו, בפרט כאשר אנו עוסקים בתופעות של עבריינות בקרב הקצונה הבכירה.

בחרנו לכתוב על פרשת אל"ם זאהר, משום שמדובר במקרה בו התביעה הצבאית פעלה, ללא מורא, למיצוי הדין כנגד קצין בכיר שפגע בערכים המוגנים שביסוד עבירת האינוס ובערכי צה"ל. כאמור, אכיפת הדין הפלילי חשובה במיוחד, כשהיא נעשית כלפי הדרגים הבכירים בצבא. המסר המשפטי והערכי הינו שהחוק חל באופן שוויוני על כולם ושאינן מקום בשורות צה"ל, למפקדים שמנצלים את כוחם כדי לפגוע בכבוד ובאוטונומיה של פקודיהם.

**להרחבה בנושא, ראו את המקורות הבאים:**

- ע"פ 5938/00 ניסים אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 873 (2001);
- ע"פ 2606/04 בנבידה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.4.2006);
- מ/1/05 התובע הצבאי הראשי נ' אל"ם עאטף זאהר (לא פורסם, ניתן ביום 20.9.2005);
- ע/117/05 התובע הצבאי הראשי נ' אל"ם עאטף זאהר (לא פורסם, ניתן ביום 29.9.2006);
- רע"פ 8731,8858/06 עאטף זאהר נ' התובע הצבאי הראשי (2007);
- בג"ץ 6067,6096/11 הפרקליט הצבאי הראשי ואח' נ' הועדה הצבאית לעיון בעונש ואח' (2012).