

## ע"פ 216/16 - חמזה רדיאדה נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 216/16

לפני: כבוד השופט ח' מלצר

כבוד השופט צ' זילברטל

כבוד השופטת ד' ברק-ארז

המערער: חמזה רדיאדה

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופטים: י' צבן, ר' כרמל ור' פרידמן-פלדמן) מתאריך  
01.12.2015 ב-תפ"ח 2698-08-14

תאריך הישיבה: ז' בסיון התשע"ו (13.06.2016)

בשם המערער: עו"ד יוסי זילברברג; עו"ד ליאת פרייברג

בשם המשיבה: עו"ד מורן פולמן

**פסק-דין**

1. בפנינו מונח ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופטים: י' צבן (אב"ד), ר' כרמל ו-ר' פרידמן-פלדמן) ב-תפ"ח 2698-08-14, בגדרו המערער הורשע, לאחר שמיעת ראיות, בעבירה של אינוס במרמה לפי סעיף 345(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), ובעבירה של מעשה מגונה במרמה לפי סעיף 348(א) בנסיבות סעיף 345(א)(2) לחוק העונשין.

במסגרת גזר הדין הושתו על המערער העונשים הבאים: 30 חודשי מאסר בפועל, בניכוי ימי מעצרו (בין התאריכים: 07.08.2014-31.07.2014); 20 חודשי מאסר על תנאי, אותם הוא לא ירצה אלא אם יעבור, תוך שלוש שנים מיום שחרורו ממאסר, על עבירה לפי פרק י' סימן ה' לחוק העונשין, ופיצוי למתלוננת בסך 10,000 ש"ח.

בתאריך 03.03.2016 חברי השופט ס' ג'ובראן קבע כי המערער יתייצב לריצוי עונש המאסר שהושת עליו בתאריך 03.04.2016, וכך נעשה.

אביא להלן את הנתונים הדרושים להכרעה בערעור.

רקע

2. בתאריך 06.08.2014 הוגש כנגד המערער כתב אישום לבית המשפט המחוזי בירושלים. בכתב האישום נאמר כי המערער שהוא רופא, המתמחה בתחום הרנטגן והדמיית קול (אולטרסאונד), עבד בתקופה הרלבנטית בבית חולים בעיר ירושלים. לפי הנתען בכתב האישום, בתאריך 31.07.2014, גב' ר' ש' (להלן: המתלוננת), הגיעה לבית החולים בשל כאבים שחשה בבטנה. לפי הנתען, במסגרת בדיקות שנערכו למתלוננת בבית החולים - היא הופנתה לבדיקת אולטרסאונד, וזאת כדי לבדוק האם היא סובלת מדלקת בתוספתן. בכתב האישום נטען עוד כי המתלוננת נכנסה בגפה לחדר הבדיקה, בו המערער נכח לבדו. כן נטען כי לאחר שהמתלוננת נכנסה לחדר הבדיקה, המערער נעל את דלת החדר, ושאל את המתלוננת האם היא נשואה, כמה זמן היא נשואה, והאם יש לה ילדים. בכתב האישום נטען כי המערער שאל את המתלוננת גם: "אם היא נידה".

3. לפי עובדות כתב האישום, המערער בדק את המתלוננת בביטנה באמצעות מתמר אולטרסאונד (להלן: המתמר). במהלך הבדיקה הנ"ל, כך נטען, המערער ביקש מהמתלוננת להפשיל את חצאיתה ותחתוניה עד לאזור ירכיה. לפי הנתען, לאחר שהמתלוננת עשתה כן - המערער נגע בחלק הפנימי של ירכיה באמצעות המתמר. בכתב האישום נטען כי המערער שאל את המתלוננת האם היא עברה בדיקה פנימית טרם הגעתה אליו, ומשהמתלוננת השיבה בחיוב - המערער החדיר את אצבעו לאיבר מינה של המתלוננת, שלא בהסכמתה ותוך יצירת מצג שווא לפיו הדבר נדרש כחלק מהבדיקה שערך. לפי הנתען, המערער הניע את אצבעו בתוך איבר מינה של המתלוננת ושאל אותה אם היא חשה כאב, והמתלוננת ענתה בשלילה. בשלב זה, כך נטען, המערער המשיך ואמר למתלוננת "ללחוץ", והוא שאל

אותה מה היא מרגישה, המתלוננת השיבה למערער כי היא מרגישה את אצבעו בתוך איבר מינה. בכתב האישום נטען כי מיד לאחר מכן המערער הוציא את אצבעו מאיבר מינה של המתלוננת ולחץ לה על פי הטבעת, וזאת, כך נטען, בתואנה שהדבר נדרש כחלק מהבדיקה שערך. לפי הנטען, בסיום הבדיקה המערער סייע למתלוננת להרים את תחתוניה וחצאיתה, ליטף אותה על ראשה וגבה, ושאל אותה האם: "היא בסדר".

4. במסגרת כתב האישום המשיבה ייחסה למערער את העבירות הבאות: אינוס, עבירה לפי סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, ומעשה מגונה, עבירה לפי סעיף 348(א) בנסיבות סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין. אציין כבר כעת כי בסיכומיה, המשיבה ביקשה להרשיע את המערער, לחילופין, בעבירות של אינוס ומעשים מגונה, בחלופה של מרמה לגבי מהות המעשה, כמפורט בפסקה 12 שלהלן.

ההליכים בפני בית המשפט המחוזי הנכבד

5. בתאריך 05.10.2015 המערער מסר את תשובתו לכתב האישום, ובגדרה הוא כפר במיוחס לו בכתב האישום. במסגרת זו המערער טען, בין היתר, כי בדק את המתלוננת בהתאם למקובל ולנהלי בית החולים, ושלל את הטענה כי החדיר את אצבעו לאיבר מינה של המתלוננת.

6. במהלך המשפט העידו מטעם המשיבה: המתלוננת ובעלה, מר ש' (להלן: ש'). המתלוננת ו-ש' הם תושבי אנגליה, והם העידו בבית המשפט עדות מוקדמת, שלאחריה הם שבו חזרה לאנגליה. בנוסף, העידו מטעם המשיבה: חברתה של המתלוננת (להלן: נ'), הגניקולוג ד"ר ס' (להלן: ד"ר ס'), הרדיולוגית פרופ' ה' (להלן: פרופ' ה'), העובדת הסוציאלית בבית החולים, גב' א' (להלן: גב' א'), ושוטרים שהיו מעורבים בחקירת התיק, וביניהם, רס"מ מיכאל חזני (להלן: רס"מ חזני), שגבה את הודעותיהם של המתלוננת והמערער.

המערער, מנגד, העיד להגנתו.

7. במסגרת הכרעת הדין, שניתנה בתאריך 17.09.2015, בית המשפט המחוזי הנכבד קבע כי רובו של האירוע, מושא כתב האישום, אינו שנוי במחלוקת בין הצדדים. נפסק כי הצדדים לא חלקו על כך שהמערער ערך למתלוננת בדיקת אולטרסאונד בליל ה-31.07.2014 בשל חשד לדלקת בתוספתן, וזאת לאחר שהמתלוננת נשלחה אליו לבדיקה מחדר המיון. עוד נקבע כי הצדדים אף לא חלקו על כך שבדיקת המתלוננת בידי המערער התקימה בחדר הרנטגן, כאשר הדלת הפונה לקהל הממתינים - נעולה, והדלת הפונה לתוך מתחם הרנטגן, ככל הנראה, פתוחה. בית המשפט המחוזי הנכבד קבע כי נוכח התשתית העובדתית המוסכמת הנ"ל, ולאור העובדה כי המתלוננת והמערער נכחו בבדיקה לבדם: "בסופו של דבר, לפנינו נבדקת מצד אחד, רופא רנטגנולוג, מצד שני, ובדיקת אולטרסאונד שלגבי ההתרחשויות בסופה, אונס ומעשים מגונים, חלוקים הצדדים" (ראו: פסקה 16 להכרעת הדין).

8. בית המשפט קמא הנכבד קבע כי עדותה של המתלוננת הינה עדות יחידה לעצם האירוע. בית המשפט המחוזי הנכבד העדיף את גירסתה של המתלוננת על פני גירסתו של המערער. בהקשר זה נפסק כי עדותה של המתלוננת

נתמכת, בין היתר, בהגיונם של דברים, ובהתרחשויות שלאחר האירוע. נקבע עוד כי גרסת המתלוננת הינה אותנטית, הגיונית, עקבית ומפורטת, וכי היא נמסרה באופן מיידית לאחר צאתה מחדר הבדיקה. מנגד, נקבע כי גרסת המערער בחקירתו במשטרה, ובעדותו בבית המשפט, חרף היותה "פחות או יותר עקבית" – איננה אמינה (ראו: פסקה 20 להכרעת הדין). בית המשפט המחוזי הנכבד דחה עוד את טענת המערער לפיה יתכן כי המתלוננת דמיינה את הדברים, וקבע כי המתלוננת העידה כי היא הרגישה היטב את אצבעו של המערער בתוכה.

9. בית המשפט המחוזי הנכבד דחה גם את טענתו של המערער כי המתלוננת העלילה נגדו עלילת כזב ממניע לאומני, מאחר שהאירוע, מושא כתב האישום, קרה בימי מבצע "צוק איתן", והמערער הוא ממוצא ערבי. בית המשפט המחוזי הנכבד קבע כי אין כל בסיס ראייתי התומך בטענת המערער, והמתלוננת אף לא עומתה עם טענה זו במהלך חקירתה הנגדית. מעבר לכך, בית המשפט המחוזי הנכבד קבע כי המתלוננת כלל לא היתה מעוניינת להגיש תלונה במשטרה כנגד המערער והעדיפה: "שהעניין ייסגר בין כתלי בית החולים" (ראו: פסקה 18(ה) להכרעת הדין), והדבר נעשה לבסוף בידי גב' א', לאחר שנמסר למתלוננת כי לא ניתן לברר את הנושא בין כתלי בית החולים, ויש לפנות למשטרה.

10. הערכאה הדיונית דחתה גם את טענתו החלופית של המערער לפיה מגרסתה של המתלוננת עולה כי היא הסכימה להחדרת אצבעו של המערער לאיבר מינה. בית המשפט המחוזי הנכבד קבע בהקשר זה כי לא ניתן לראות בהסכמתה של המתלוננת לביצוע מעשיו של המערער: "הסכמה ממשית", וזאת מאחר שהמתלוננת לא הבינה בזמן אמת את משמעותם של הדברים בזמן הבדיקה (ראו: פסקה 24 להכרעת הדין). עוד נקבע כי הדבר מסביר גם את מצבה הנפשי, הרגוע יחסית, של המתלוננת לאחר האירוע, מושא כתב האישום.

11. בית המשפט המחוזי הנכבד דחה גם את טענתו של המערער כי נפלו בחקירת התיק מחדלי חקירה. במסגרת זו הוחלט כי לא נפל פגם בכך שלא נערכה למערער בדיקת פוליגרף, שכן מדובר בראיה בלתי קבילה. בית המשפט קמא הנכבד דחה גם את הטענה לקיומו של מחדל חקירה בכך שלא ניטלה דגימת דנ"א מהמתלוננת, חרף העובדה כי ניטלה דגימת דנ"א מלחיו של המערער, בקובעו כי המערער לא הביא חוות דעת לפיה ניתן היה להפיק ממצאים מבדיקה כזו, בנסיבות, לו היתה נערכת. עוד נפסק כי גם אילו היתה נערכת בדיקת דנ"א למתלוננת, ללא ממצא לחובתו של המערער, לא היה בכך, בנסיבות, כדי לקעקע את אמינותה של המתלוננת, וכי גם אם היה מחדל חקירה, אין לו, במכלול, השלכות על הרשעתו של המערער.

12. למען שלמות התמונה אציין כי בסיכומיה בפני בית המשפט המחוזי הנכבד, המשיבה ביקשה להרשיע את המערער בעבירות של אינוס ומעשה מגונה, שבוצעו שלא בהסכמתה החופשית של המתלוננת, לפי החלופה המנויה בסעיף 345(א)(1) לחוק העונשין. לחילופין, המשיבה ביקשה להרשיע את המערער בעבירות של אינוס ומעשה מגונה, בהסכמת האישה, שהושגה במרמה לגבי מהות המעשה, לפי החלופה שבסעיף 345(א)(2) לחוק העונשין.

בסיכום הדברים, בית המשפט המחוזי הנכבד הרשיע את המערער בעבירות של אינוס ומעשה מגונה, בהסכמת האישה, שהושגה במרמה לגבי מהות המעשה, כמפורט בפסקה 1 שלעיל.

13. בתאריך 01.12.2015, בית המשפט המחוזי הנכבד גזר את דינו של המערער. במסגרת קביעת מתחם העונש ההולם בנסיבות של המערער - בית המשפט המחוזי הנכבד עמד על הערכים המוגנים הקבועים בעבירות המין ועל מדיניות הענישה הנהוגה. בית המשפט קמא הנכבד שקל לחומרה את מעמדו המחייב של המערער כרופא בבית חולים, כמי שאמור להיות אמון על שלומם של מטופליו, ואת ההשלכות הנפשיות השליליות של האירוע על המתלוננת, אותם היא פירטה במכתב שהוגש במסגרת הטיעונים לעונש (להלן: המכתב). יוער כי המכתב, שנשלח באמצעות הדואר האלקטרוני בתאריך 28.10.2015, הוגש, כשהוא איננו חתום בידי המתלוננת, וזאת מכיוון שהיא לא שהתה בישראל במועד הטיעונים לעונש. מסיבה זו אף לא הוגש תסקיר נפגעת עבירה בתיק.

14. במסגרת גזר הדין, בית המשפט המחוזי הנכבד קבע כי מתחם העונש ההולם נע, בנסיבות, בין 24 ל-60 חודשי מאסר בפועל. לאחר מכן, בית המשפט קמא הנכבד גזר את העונש המתאים למערער בתוך המתחם שקבע, תוך שהוא שוקל לקולא: את גילו הצעיר, את העובדה שהוא נעדר עבר פלילי, כל זאת בצד ההתרשמות החיובית של שירות המבחן מנסיבות חייו של המערער, ומהנתון שמדובר באירוע קצר, שיש בו מעידה חד פעמית. כמו כן בית המשפט המחוזי הנכבד נתן משקל משמעותי לכך שהמערער לא יוכל קרוב לוודאי להמשיך ולעסוק במקצוע הרפואה. בסיכום הדברים, לאחר איזון בין שיקולי הענישה השונים - הושתו על המערער העונשים המפורטים בפיסקה 1 שלעיל.

15. מכאן הערער שבפנינו - המכוון כנגד הכרעת דינו וגזר דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד.

#### טענות הצדדים

16. המערער טוען כי בית המשפט המחוזי הנכבד שגה בכך שנתן אמון בעדותה של המתלוננת. לשיטת המערער, עדותה של המתלוננת היא חסרת היגיון פנימי ונפלו בה, לגירסתו, סתירות וקשיים מהותיים, אשר עיקרם יפורט להלן:

(א) לטענת המערער, המתלוננת העידה כי למרות שהרגישה את החדרת אצבעו של המערער לאיבר-מינה - היא לא ראתה את הדבר בפועל, שכן פניה היו מופנות למסך האולטרסאונד. בצד זאת, המתלוננת העידה במקום אחר כי הרגישה ואף ראתה את הדברים.

(ב) המערער טוען כי המתלוננת מסרה שהמערער נגע בישבנה רק בהודעתה השנייה במשטרה, ואף זאת, לשיטת המערער, רק במענה לשאלת החוקר.

(ג) לשיטת המערער, המתלוננת לא זכרה בבירור נושאים שונים כגון: איזו אצבע המערער החדיר לאיבר מינה, ובאיזו יד דובר; מהו סוגו וצבעו של המתמר; והאם ראשה היה מונח על כרית בעת הבדיקה.

17. המערער טוען עוד כי המתלוננת לא הביעה כל התנגדות, או אי שביעות רצון במהלך הבדיקה. לגירסת המערער, בתום הבדיקה הנ"ל - המתלוננת נראתה רגועה ונינוחה, וללא כל סממן המעיד על אירוע מיני חריג שעברה.

18. המערער גורס עוד כי המתלוננת סירבה להצעתה של נ' כי תיכנס עימה לחדר הבדיקה אף שאמרה כי: "לא הייתי בטוחה מה הוא [המערער - ח"מ] יעשה" (ראו: ת/3, שורה 56), מה גם שהמתלוננת נבדקה בעבר בבדיקת אולטראסאונד, ולכן לא ברור מדוע היא הביעה ספק במהותה של הבדיקה שהיא צפויה לעבור. בנוסף, לשיטת המערער, האמירה הנ"ל מלמדת על "הלך נפשי" קודם של המתלוננת, ועל "צפייתה כי הבדיקה עשויה להיות חודרנית", וזאת מאחר שלא הוצג בפניה כל מצג לפיו המערער עומד לבצע לה בדיקה פולשנית (ראו: עמ' 2 לעיקרי הטיעון).

19. המערער טוען כי גירסתו לאורך ההליכים היתה עקבית, ולשיטתו, היא אף זכתה לחיזוק בעדותה של פרופ'ה' (אצלה התמחה המערער), בין היתר, לענין הצורך בהפשלת בגדים עד איזור איבר המין במסגרת בדיקת האולטראסאונד, וביחס להיעדר חובה ללבישת כפפות בעת הבדיקה.

20. המערער טוען עוד כי בחקירת התיק נפלו מחדלי חקירה, אשר פגעו באופן מהותי בהגנתו, ועיקרם הוא בשני אלו:

(א) חרף הסכמתו של המערער לביצוע בדיקת פוליגרף משטרית - בדיקה כזו לא בוצעה. המערער טוען עוד כי הוא נמצא דובר אמת בבדיקת פוליגרף פרטית.

(ב) המערער טוען עוד כי בתחנת המשטרה ניטלו ממנו טביעות אצבע ודגימת דנ"א מפנים לחיו, אולם מהמתלוננת לא ניטלה כל דגימת דנ"א, ואף לא נערכה לה בדיקה רפואית אחרת, וממילא לא בוצעה כל השוואה בין הדגימות השונות.

21. לחילופין, המערער משיג על חומרת העונש שהושת עליו, וטוען כי העונש שהושת עליו חורג ממדיניות הענישה הנהוגה, ואף איננו הולם את נסיבות ביצוע העבירה, שלא לוותה באלימות, או בגרימת נזק למתלוננת. המערער טוען עוד כי לא ניתן משקל הולם בגזר הדין לנסיבותיו האישיות ובכללן: גילו הצעיר; היעדרו של עבר פלילי; הישגיו המקצועיים, והנזק הרב שנגרם לו כתוצאה מעצם הרשעתו. נוכח האמור, המערער מבקש להקל באופן משמעותי בעונש המאסר בפועל שהושת עליו. לבסוף, המערער טוען כי בית המשפט קמא הנכבד שגה בכך שהסתמך על מכתבה של המתלוננת בגזירת העונש - אף שזה לא נתמך באישורים רפואיים.

22. המשיבה סומכת מנגד את ידיה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד. לשיטת המשיבה, עיקר טענותיו של המערער מכוונות כלפי ממצאי עובדה ומהימנות שנקבעו על ידי הערכאה המבררת, ובאלו, לשיטתה, אין הצדקה להתערב במקרה דנן. לגישת המשיבה, המתלוננת מסרה תיאור עקבי וברור של האירוע - וגירסתה זוכה בהקשרים שונים לתמיכה. המשיבה טוענת עוד כי המתלוננת לא הבינה כי בוצעו בה עבירות, מאחר שהמערער הציג בפניה מצג שווא לפיו החדרת האצבע הינה חלק מבדיקה רפואית שגרתית. לבסוף, המשיבה טוענת כי העונש שהושת על המערער

הולם את חומרת העבירה, בנסיבות ביצועה, בשים לב להיותו של המערער רופא, והנזק הנפשי שנגרם למתלוננת.

#### הדיון בערעור

23. במסגרת הדיון בערעור - בא-כוח המערער חזר על עיקרי טענותיו בהודעת הערעור. בא-כוח המערער הוסיף וטען כי גירסת המתלוננת מעלה חוסר ודאות בשאלה האם המערער החדיר את אצבעו לאיבר מינה. בא-כוח המערער הדגיש כי התנהלותה של המתלוננת, אשר מחד גיסא הזמינה את נ', שתבוא עימה לבדיקה, אך סירבה לבסוף להצעתה של נ' כי תיכנס עימה לחדר הבדיקה - מעוררת תמיהה. בא-כוח המערער שב וטען כי נפלו בתיק מחדלי חקירה, אשר פגעו מהותית בהגנתו.

24. באת-כוח המשיבה טענה, מנגד, כי אין מקום להתערב בהכרעת הדין, המבוססת על התרשמותו הישירה של בית המשפט המחוזי הנכבד מהעדויות שבפניו ובמסגרתה ניתן אמון מלא בעדותה של המתלוננת. לגישת המשיבה, אין מקום, בנסיבות, להתערב גם בעונש שהושת על המערער - עונש ההולם, לשיטתה, את חומרת העבירות בהן המערער הורשע, בנסיבות ביצוען.

25. בסיום הדיון שנערך בפנינו, ולצורך בירור שאלות שונות שעלו במכלול, הורינו כי באת-כוח המשיבה תגיש השלמת טיעון לגבי הצורך בהפעלת "ערכת אונס", או בדיקות נוספות במקרה דנן, וביחס למחדלי החקירה הנטענים, וכי בא-כוח המערער יגיב להשלמת הטיעון הנ"ל.

26. המשיבה הגישה השלמת טיעון כאמור, ובגדרה טענה, בין היתר, כי ערכה בדיקה בנושא עם ראש מעבדת דנ"אוביולוגיה במחלקה לזיהוי פלילי במשטרת ישראל (להלן: נציג מז"פ), ועם ד"ר ריקרדו נחמן מהמכון לרפואה משפטית (להלן: ד"ר נחמן). המשיבה טענה כי מדברי נציג מז"פ ו-ד"ר נחמן עולה כי, בנסיבות העניין - לא היה מקום לבצע למתלוננת בדיקה פולשנית, וזאת בשל הסיכוי הקטן ביותר לקבל תוצאה חיובית מהחדרה של אצבע לנרתיק. המשיבה טענה עוד כי גם בהנחה שהמתלוננת אכן היתה נבדקת, ולא היו מאותרים ממצאים של המערער בגופה - לא היה בכך, בנסיבות, כדי לסייע להגנה, שכן כוחן של ראיות דנ"א הוא בהימצאותן ולא בהיעדרן. לבסוף נטען כי לא היה מקום, בנסיבות, לבצע בדיקת דנ"א לאצבעו של המערער, וזאת מכיוון שהמערער טיפל בחולים נוספים לאחר שבדק את המתלוננת.

27. בתאריך 07.08.2016 המערער הגיש השלמת טיעון מטעמו, ובמסגרתה טען כי ישנה חשיבות רבה לאיתור ראיות פורנזיות במקרה כמו זה - בו ההרשעה התבססה על עדותה היחידה של המתלוננת. המערער הוסיף וטען כי נציג מז"פ ו-ד"ר נחמן לא שללו כליל את האפשרות לקבל ממצא דנ"א מבדיקת איבר מינה של המתלוננת. עוד נטען כי ממצא דנ"א שלילי מבדיקת המתלוננת, לו אכן היתה נערכת כזו - היה יכול להוות נדבך אובייקטיבי, המאשש את גירסתו של המערער. לבסוף נטען כי יתכן שהיה ניתן להפיק ממצא דנ"א אף מאצבעו של המערער, לאחר שלא הוכח כי הוא ביצע פעולה נוספת בידיו החשופות לאחר שבדק את המתלוננת.

28. לאחר עיון במכלול החומר שבפנינו, שמיעת טיעוני באי-כוח הצדדים ועיון בהשלמות הטיעון מטעמם, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הערעור, על שני חלקיו - להידחות, וכך אציע לחברי ולחברתי שנעשה. הנימוקים למסקנותי אלו יובאו מיד בסמוך, ואפתח בבירור השגותיו של המערער כנגד הכרעת הדין.

29. הערעור על הכרעת הדין נסוב, רובו ככולו, כנגד קביעות המהימנות וממצאי העובדה של הערכאה המבררת. הכלל הוא כי ערכאת הערעור איננה נוטה להתערב בקביעות כגון אלו, וזאת בשל היתרון האינהרנטי הנתון לערכאה הדיונית, המתרשמת, באורח ישיר, מן העדים שהופיעו בפניה, מאופן מסירת עדותם, מהתנהלותם על דוכן העדים, ומשפת גופם - כל אלו מאפשרים לערכאה הדיונית לתור, באופן מיטבי, אחר "אותות האמת" המתגלים בעדויות. בניגוד לכך, מסקנותיה של ערכאת הערעור מתבססות, ככלל, על החומר הכתוב המונח לפניה (ראו: ע"פ 434/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 33 (04.02.2016); ע"פ 746/14 היילו נ' מדינת ישראל, פסקה 46 (31.05.2016) (להלן: עניין היילו)).

30. בפסיקתנו נקבע כי "כלל אי-ההתערבות" הנ"ל מקבל משנה תוקף במקרים של עבירות מין, בהם עדותו של נפגע העבירה, מעצם טיבה, עוסקת בנושא שהוא טראומטי ואינטימי כאחד. טעם נוסף לכך הוא כי עבירות אלו מאופיינות פעמים רבות במצב של: "גירסה מול גירסה", שכן הן מבוצעות במקרים רבים בחדרי חדרים וללא נוכחות עדים נוספים פרט לנפגע העבירה, ועקב כך בית המשפט נדרש ליחס משמעות מיוחדת לעדויות הנאשם והקורבן, שהרי בעיקר על פיהן ניתן לחרוץ את הדין (ראו: ע"פ 5203/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (23.06.2016); ע"פ 1965/14 אילני נ' מדינת ישראל (17.08.2016) (להלן: עניין אילני)). בצד זאת, נפסק כי במקרים כאלו - ערכאת הערעור נדרשת לבחינה יסודית של הכרעת הדין:

"הלכה זו שרירה וקיימת גם כאשר מדובר בסוגייה מתחום עבירות המין. עם זאת, בעבירות מעין אלה נדרשת ערכאת הערעור לבחינה קפדנית ומדוקדקת של הכרעת הדין המרשיעה, ובפרט כאשר ההרשעה מבוססת על עדות יחידה של קורבן העבירה, בצירוף הנמקה בלבד..." (ראו: ע"פ 30/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 45 (20.04.2016)).

ב-ע"פ 7653/11 ידען נ' מדינת ישראל (26.07.2012), חברי, השופט צ' זילברטל, קבע בהקשר זה כך:

"אינני סבור שיש סתירה קוטבית בין האמירה, שלפיה כלל אי-ההתערבות חל ביתר שאת לגבי הערכת העדויות בעבירות מין, לבין הדרישה, שבמקרים אלה תבחן ערכאת הערעור בקפדנות יתרה את מסקנות הערכאה הדיונית. בחינה קפדנית של המסקנות, אין פירושה, בהכרח, מידת התערבות רבה בממצאי מהימנות. אכן, מטבע הדברים שכאשר עסקינן באירוע שהתרחש בחדרי חדרים, אין מנוס מהתייחסות מיוחדת ומוגברת להתרשמות בלתי אמצעית של בית המשפט מהעדים, זאת בהעדר אפשרות להיעזר בנתונים ראייתיים משמעותיים נוספים... ואולם, אין בכך כדי לפטור את ערכאת הערעור מלבחון בדקדקנות ובקפדנות מיוחדות את מסקנות הערכאה המבררת, דווקא משום שניתן בידה של האחרונה "כוח" רב במיוחד, להרשיע אדם על יסוד עדות יחידה ללא תוספת ראייתית. בחינה קפדנית זו יכולה להיעשות גם כאשר היכולת להתערב בממצאי מהימנות המבוססים על התרשמות בלתי אמצעית מצומצמת..." (ראו: שם, בפסקה 22; ההדגשות שלי - ח"מ).



31. בפסיקתנו הוכרו מספר חריגים ל"כלל אי-ההתערבות" הנ"ל. כך, למשל, יתכן ותהיה הצדקה להתערבותה של ערכאת הערעור, מקום בו ממצאה של הערכאה הדיונית מסתמכים על ראיות בכתב, שיקולים שבהיגיון, או כאשר ממצאים אלה אינם מבוססים על התרשמות ישירה מן העדים, שכן במקרים שכאלה הערכאה הדיונית איננה נהנית מיתרון מובנה על פני ערכאת הערעור. עוד נפסק כי ערכאת הערעור תסטה מכלל אי-ההתערבות גם במקרים הבאים: כאשר היא מתרשמת כי קיימות בעדויות שנשמעו סתירות היורדות לשורש הדברים, אך אלה לא זכו להתייחסות מספקת של הערכאה הדיונית; כאשר קיימת טעות מהותית ובולטת בהערכת מהימנות העדויות; או במקרים שבהם הוצגו לערכאת הערעור עובדות, או ראיות ממשיות, המובילות למסקנה ברורה, כי ממצאי המהימנות, כפי שנקבעו בערכאה הדיונית, אינם מתקבלים על הדעת (ראו: ע"פ 5633/12 ניימן נ' מדינת ישראל, פסקה 26 (10.07.2013); ע"פ 3283/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (12.11.2014); עניין היילו, פסקה 34).

32. בענייננו, בית המשפט המחוזי הנכבד הרשיע את המערער על פי עדותה היחידה של המתלוננת. בהקשר לכך, סעיף 54א(ב) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות) מורה כדלקמן:

"הרשיע בית משפט במשפט על עבירה לפי סימן ה' לפרק י' לחוק העונשין, תשל"ז-1977, על פי עדות יחידה של הנפגע, יפרט בהכרעת הדין מה הניע אותו להסתפק בעדות זו" (ההדגשה שלי - ח"מ).

בפסיקתנו נקבע כי חובת ההנמקה עניינה הסבר, מעוגן בהיגיון ובשכל הישר על שום מה רשאי בית המשפט לסמוך את הרשעתו על עדותו היחידה של נפגע העבירה (ראו: ע"פ 4776/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 101 (22.10.2012)). נפסק גם כי די בכך שבית המשפט יתן אמון מלא בגירסתו של הנפגע כדי לעמוד בחובת ההנמקה (ראו: ע"פ 8886/14 פלוני נ' מדינת ישראל (15.03.2016); עניין אילני, בפסקה 34).

איישם את העקרונות המשפטיים האמורים לענייננו.

33. אקדים מסקנה לניתוח - לא מצאתי כי עניינו של המערער מצדיק התערבות בממצאה של הערכאה המבררת לפי אמות המידה המקובלות בפסיקתנו, וזאת לאחר ששוכנעתי כי הרשעת המערער הוכחה מעבר לספק סביר על יסוד עדותה של המתלוננת, וכי בית המשפט קמא הנכבד מילא כדבעי את חובת ההנמקה, כפי שיפורט להלן.

34. בית המשפט המחוזי הנכבד התרשם לחיוב מעדותה של המתלוננת בפניו ומצא אותה אמינה, בקובעו כי: "גרסתה של המתלוננת היתה עקבית, אחידה ומוצקה. התיאור שמסרה היה ברור ומפורט לכל אורך ההליך" (ראו: פסקה 18א) להכרעת הדין; ההדגשות שלי - ח"מ). נפסק גם כי המתלוננת העידה בבית המשפט בבהירות, ענתה על כל השאלות שהופנו אליה מבלי להסס, והיא מסרה גירסה בעלת היגיון פנימי רב. בית המשפט קמא הנכבד התרשם כי המתלוננת העידה על "ממשות החוויה שעברה" (ראו: פסקה 18ד) להכרעת הדין), ופירט את התרשמותו החיובית מעדותה, בקובעו כך:

"עדות המתלוננת, תיאור הדברים על ידה, הן במשטרה והן בבית המשפט, עושה רושם אותנטי ולא של דמיונות או

חלומות. מדובר בתאור מפורט, בהיר, חד משמעי... (ראו: פסקה 21 להכרעת הדין; ההדגשה שלי - ח"מ).

35. בית המשפט קמא הנכבד מצא גם תימוכין לגירסתה של המתלוננת, בין היתר, בדברים הבאים:

(א) דיוק גירסת המתלוננת - נפסק כי המתלוננת לא ניסתה להשחיר את פניו של המערער ולא ניסתה להגזים בתיאור האירוע. כך למשל, נקבע כי כאשר המתלוננת סיפרה לד"ר ס', ובהמשך לגב' א', את תיאור המקרה, היא: "חזרה שוב על אותן עובדות, דייקה ולא הגזימה" (ראו: פסקה 18(ה) להכרעת הדין; ההדגשה שלי - ח"מ).

(ב) מידיות מסירת גירסת המתלוננת - נקבע כי המתלוננת סיפרה לנ' את עיקרי האירוע מיד לאחר צאתה מחדר הבדיקה. זמן קצר לאחר מכן, המתלוננת פגשה בש' וסיפרה לו שהרופא היה: "יותר מדי נחמד", כלשונה, וכי "הטריד אותה", שהמערער לא עשה שימוש בכפפות (ראו: פסקה 18(ב) להכרעת הדין). בהמשך, עם שובו של ש' מתפילת ערבית-המתלוננת תיארה בפניו את פרטי האירוע (ראו: שם, בפסקה 18(ג)).

(ג) אי רצון להגיש תלונה במשטרה - נפסק כי המתלוננת לא רצתה להגיש תלונה במשטרה (ראו: ת/5 מתאריך 03.08.2014, בעמ' 2; עמ' 11 לפרוטוקול, שורות 1-4; ראו גם: עדותו של ש', עמ' 47 לפרוטוקול). בהקשר לכך, גב' א' העידה כי המתלוננת: "חשבה שהתיק הזה... יסגר בין כתלי בית החולים מבלי לערב את גורמי המשטרה" (ראו: עמ' 79 לפרוטוקול, שורה 23). גב' א' הוסיפה והעידה בעניין זה כי המתלוננת:

"... הייתה מאד לא זה הביטוי שאני יכולה להשתמש בו, מאד לא נקמנית. מאד לא, היא רק רוצה שזה לא יקרה לעוד אנשים... ברגע שאמרתי לה [למתלוננת - ח"מ] שמזמינים משטרה... והוא כנראה יובא למשפט והוא יקבל עונש... היא אמרה הוא מסכן. הוא כאילו הוא עשה שטות" (ראו: עמ' 74, לפרוטוקול, שורות 9-13; עמ' 79 לפרוטוקול, שורות 2-6; ההדגשות שלי - ח"מ).

גב' א' הוסיפה והעידה בהקשר זה כי המתלוננת:

"... הייתה מאד רוצה שהדבר יחקר בלי קשר אליה. זאת אומרת שנשים אחרות לא יסבלו מזה. אבל לא שהיא [המתלוננת - ח"מ] תצטרך להתלונן. בינתיים מישהו כבר דיבר עם מנהל החולים והוא דיבר איתי בטלפון. ואמרתי לו תקשיב היא מוכנה לספר. אבל היא ממש לא מעוניינת להתלונן. היא הייתה רוצה שבית החולים יחקור את זה. ומנהל בית החולים אמר שאין דבר כזה... הסברתי לה שהדרך היחידה שלי זה לפנות למשטרה. פניתי למשטרה" (ראו: עמ' 73 לפרוטוקול, שורות 2-8).

36. בית המשפט המחוזי הנכבד קבע, מנגד, כי גירסתו של המערער: "היתה פחות או יותר עקבית, אך לא אמינה" (ראו: פסקה 20 להכרעת הדין; ההדגשה שלי - ח"מ). המערער ביקש לתמוך את גירסתו בעדותה של פרופ'ה'. סבורני כי אין בכך כדי להועיל לו. פרופ'ה' אכן העידה כי "אין נוהל" לחבישת כפפה במהלך הבדיקה (ראו: פרוטוקול בעמ' 53, שורה 12), והיא אישרה כי במסגרת הבדיקה מפשילים את הבגדים עד ל"אזור המבושים" (ראו: עמ' 52 לפרוטוקול, שורות 31-53). עם זאת, עדותה זו איננה נוגעת לליבת יריעת המחלוקת בין הצדדים בכל הנוגע למה שנעשה בבדיקה,

ועל כן נפקותה להגנת המערער - מוגבלת.

אפנה עתה לדון בטענותיו של המערער כנגד אמינותה של המתלוננת.

37. המערער טוען לסתירה בגירסת המתלוננת בשאלה האם ראתה את המערער מכניס את אצבעו לאיבר מינה, או רק הרגישה את הדבר. מסקנתו הנלווית היא שגרסת המתלוננת איננה ודאית לעניין החדרת אצבעו לאיבר מינה. לא מצאתי מקום להתערב בקביעות המהימנות לעניין גרסתה זו של המתלוננת, מהשיקולים הבאים:

ראשית, המתלוננת העידה בעקביות ובביטחון כי היא הרגישה שהמערער החדיר את אצבעו לאיבר מינה, הגם שאישרה כי היא אכן לא ראתה שהמערער עשה זאת (ראו: עמ' 21 לפרוטוקול, שורה 20). המתלוננת מסרה בהקשר זה: "אני יודעת מתי אצבע נכנסת לתוכי... אני יודעת שהוא הכניס אותה פנימה" (שם, שורות 19, 30; ת/3, שורה 79), והדגישה כי: "אני הרגשתי את זה ואני בטוחה בכך" (שם, עמ' 23, שורה 14). המתלוננת שללה כי דמיינה, או חלמה את האירוע (שם, עמ' 35-36). המתלוננת העידה כי היא אכן ראתה את המערער מוציא את אצבעו מאיבר מינה, אך אישרה כי היא לא ראתה אותו מחדיר את אצבעו לאיבר מינה, אך בצד זאת, הדגישה, כאמור, כי היא הרגישה את החדרת האצבע (שם, עמ' 21).

שנית, המתלוננת העידה כי הרגישה והיתה מודעת לכך שהמערער הוציא את אצבעו מאיבר מינה ואף מישש "בסביבה" (ראו: שם, שורה 21; עמ' 6, שורות 30-31).

שלישית, המתלוננת מסרה בעדותה כי במהלך החדרת האצבע הנ"ל - התקיים בינה ובין המערער דו-שיח, במהלכו המערער חיך, או צחק, בתגובה לדבריה כי היא מרגישה את אצבעו בתוך איבר מינה, וכך העידה:

"... בלי כפפות הוא החדיר את אצבעו לתוך הוואגינה שלי... אינני יודעת אם זו הייתה דקה. אבל עבורי זה היה זמן מאד ממושך. הוא שאל אם זה כואב לי?... עניתי לא. שזה איננו כואב. ואז הוא ביקש ממני ללחוץ. אני לחצתי והוא שאל מה אני מרגישה? עניתי לו את אצבעך. אז הוא חיך. צחק אינני יודעת. ואז הוציא אותה. ומישש דרכו בסביבה" (ראו: עמ' 6 לפרוטוקול, שורות 24-31; ההדגשה שלי - ח"מ).

רביעית, המתלוננת העידה כי במהלך הרגעים בהם המערער החדיר את אצבעו לאיבר מינה היא הביטה במסך האולטרסאונד ולא ראתה בו דבר, כך שלא ניתן לומר כי המתלוננת יחסה בטעות את חדירת מתמרהאולטרסאונד הנ"ל לאיבר מינה למערער (ראו: עמ' 21 לפרוטוקול, שורה 14).

38. זה המקום להוסיף כי הצדק עם המערער כי אמנם אין התייחסות בהודעתה הכתובה הראשונה של המתלוננת במטרה לכך שהמערער נגע בפי הטבעת שלה (ת/3). עם זאת, לאחר שצפיתי בהקלטת החקירה הראשונה - נחה דעתי כי המתלוננת אכן מסרה, כבר במסגרת החקירה הראשונה הנ"ל, מיוזמתה, כי המערער נגע גם בישבנה (ראו:

דיסק ת/3א, דקה 6:38-6:48), שם המתלוננת מסרה כך: "After he did underneath. Whatever... He tried...".  
"that. The next hole. But nothing not inside" (התימלול וההדגשה שלי - ח"מ). אציין כי המתלוננת שבה על דבריה בחקירתה השנייה במשטרה (ראו: ת/4, שורות 11-16, 22-24), ובעדותה בבית המשפט (ראו: עמ' 7, 9, 33-34 לפרוטוקול). בנוסף, עדותה של המתלוננת בהקשר זה נתמכת, בין היתר, בעדותה של גב' א', שמסרה כי המתלוננת תיארה בפניה שהמערער גם נגע בפיה הטבעת שלה (ראו: עמ' 72 לפרוטוקול, שורה 23), אך הבהירה כי הדבר לא בא לידי ביטוי בתרשומת שערכה, וזאת מטעמי סודיות (נ/8; עמ' 77 לפרוטוקול, שורה 21; עיינו גם: עדותו של ש', עמ' 40 לפרוטוקול, שורה 21).

39. בעדותה המתלוננת לא ידעה להשיב בבירור על השאלות הבאות: באיזו יד, ובאיזו אצבע בדיוק, המערער החזיר את אצבעו לאיבר מינה (ראו: עמ' 21, 25 לפרוטוקול); מהו סוגו וצבעו של המתמר בו נעשה שימוש במהלך הבדיקה (ראו: ת/3, שורות 70-71; עמ' 21-23 לפרוטוקול), והאם ראשה היה מונח על כרית בעת הבדיקה (ראו: שם, בעמ' 18). עם זאת, לא מצאתי כי קשיים אלו מערערים את הגרעין הקשה של גירסת המתלוננת. בפסיקתנו נקבע כי בשל השפעותיהן הייחודיות של עבירות מין, הרי שאין לצפות כי גרסתם של קורבנות עבירות אלה, תהא שלמה, עקבית, קוהרנטית, וחסרת אי-דיוקים. לפיכך, בבוא בית-המשפט לבחון את מהימנות גירסתה של מתלוננת בעבירות מין, הוא יכול להסתפק "בגרעין האמת" שבה, ולעיתים רק "בגרעין הקשה" של הדברים (ראו: עניין ניימן, בפסקה 26). ב-ע"פ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל (20.10.2010) נקבע בהקשר לכך כדלקמן:

"במצב הדברים הרגיל, בית המשפט "מדקדק" בסתירות ובאי דיוקים בדברי העדים שהופיעו בפניו, וידועה האמירה ש"אלוים נמצא בפרטים הקטנים". אך בעבירות מין הגישה היא שונה, בית המשפט לא מצפה מהקורבנות להיות "מכשיר דיוק אוטומטי", ופעמים רבות אנו מוצאים בפסיקה אמירות בנוסח "קיומם של אי התאמות, אי דיוקים וסתירות מסוימות בעדות המתלוננת, הם חזון נפרץ בעדותם של עדים וקורבנות עבירה, ובמיוחד עבירות מין" (שם, בפסקה 84; בהשמטת ההפניות - ח"מ).

בענייננו, המתלוננת שהיתה אישה צעירה לימים במועד ביצוע העבירות (ילידת 1994), משתייכת לקהילה החרדית, ואיננה שולטת היטב בשפה העברית. בליל האירוע, המתלוננת חשה בכאבים בבטנה והגיעה לבית חולים, ושם היא עברה בין מספר רופאים לצורך עריכת בדיקות שונות. האירוע, מושא כתב האישום, התרחש בזמן בדיקה רפואית, וארך זמן קצר, כאשר נקבע כי המתלוננת לא הבינה בזמן אמת כי המערער מבצע בה עבירת מין, וכל שהטריד אותה היה כי המערער לא לבש כפפות. בנסיבות אלו, ובשים לב מכלול העובדות הנ"ל - לא מצאתי כי חוסר הבהירות, או אי הדיוקים, האמורים בגירסתה של המתלוננת פוגמים באמינותה.

40. לסיומו של פרק זה אציין כי אינני רואה קושי בכך שהמתלוננת סירבה להצעתה של נ' ללוות אותה בזמן ביצוע הבדיקה. המתלוננת מסרה בהקלטת חקירתה הראשונה במשטרה כך: "My friend asked me: Do you want ...".  
"outside" (ראו: ת/3א, 24:18-34:18; התימלול שלי - ח"מ; ת/3, שורות 56-57). המתלוננת הביעה בדבריה הנ"ל חוסר ודאות בשאלת מהות הבדיקה שתעבור, ורצונה בפרטיות, ואינני רואה בדבריה הנ"ל - דבר המכרסם באמינותה.

לנוכח קביעת הממצאים הנ"ל - יש להחיל עתה את הדין על העובדות. דבר זה ייעשה מיד בסמוך.

אינוס במרמה - המסגרת הנורמטיבית

41. סעיף 345(א) לחוק העונשין קובע כדלקמן:

"345. (א) הבוועל אשה -

(1) שלא בהסכמתה החופשית;

(2) בהסכמת האשה, שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה;

הרי הוא אונס ודינו - מאסר שש עשרה שנים...

(ג) בסימן זה - "בוועל" - המחדיר איבר מאיברי הגוף או חפץ לאיבר המין של האישה; " (ההדגשות שלי - ח"מ).

סעיף 348(א) לחוק העונשין מוסיף ומורה כך:

"העושה מעשה מגונה באדם באחת הנסיבות המנויות בסעיף 345(א)(2) עד (5), בשינויים המחוייבים, דינו - מאסר שבע שנים" (ההדגשה שלי - ח"מ).

סעיף 348(ו) לחוק העונשין מגדיר מעשה מגונה כ"מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים". לפיכך, המבצע מעשה לשם סיפוק, גירוי, או ביזוי מיני בנסיבות שבהן ההסכמה לביצועו הושגה במרמה לגבי מהות המעשה - מבצע מעשה מגונה (ראו: ע"פ 465/06 אביבי נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (06.02.2008) (להלן: עניין אביבי)).

42. בפסיקה נקבע כי היסוד העובדתי הנדרש לצורך הרשעה בעבירה של אינוס במרמה הינו מעשה של בעילת אישה, והנסיבות הן: הסכמת האישה, שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה, או מהות המעשה. המונח "מרמה" כולל רכיב עובדתי, שעניינו טענה, או מצג עובדתי כוזב, המוצגים לאישה, ואשר באמצעותם מושגת ההסכמה לבעילתה, ורכיב נפשי, הדורש את מודעות הנאשם לטיבה הכוזב של הטענה או המצג.

היסוד הנפשי הנדרש לשם הרשעה בחלופה הנ"ל של עבירת האינוס - הינו מודעות מצד הנאשם כלפי הבעילה, וכלפי הנסיבות, קרי, מודעות לכך שהסכמת האישה לבעילתה הושגה במרמה (ראו: ע"פ 10733/08 גולדבלט נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (17.02.2011)). עוד נפסק כי יש גם להוכיח כי האדם שכלפיו כוונה המרמה אכן רומה, וכי מרמה זו היא שהובילה אותו להסכים למעשה המיני שבוצע בו (ראו: עניין אביבי, פסקה 27; ע"פ 9619/08 פלוני נ' מדינת

ישראל, פסקה 26 (18.01.2010) (להלן: ע"פ 9619/08).

43. בהלכה הפסוקה מצאנו עוד כי אם ההסכמה למעשה המיני ניתנה על בסיס מרמה, שגרמה למתלוננת להאמין שהמעשה איננו מיני, אף אם נחזה ככזה באופן אובייקטיבי - אין לפנינו הסכמה חופשית (ראו: ע"פ 7024/93 פלח נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(1) 2 (1995); ע"פ 9274/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה כ"ז (02.12.2009) (להלן: ע"פ 9274/08)). נקבע כי מקום בו נעשה מעשה מיני, במסווה של טיפול מקצועי, תתבסס הרשעה על מרמה באשר למהות המעשה (ראו: ע"פ 2411/06 סלימאן נ' מדינת ישראל, פסקה פ"ח (17.09.2008) (להלן: עניין סלימאן)).

ב-ע"פ 5097/07 פחימה נ' מדינת ישראל (02.12.2009), חברי המשנה לנשיא א' ריבלין קבע בהקשר זה כדלקמן:

"המקרה המובהק הבא בחלופה של "מרמה לגבי מהות המעשה" הוא כאשר התרמית התייחסה לעצם קיומו של הקשר מיני למעשה. אישה הנותנת הסכמתה לקיומם של יחסי-מין... מבלי שהיא מבינה את ההקשר המיני שבמעשה, כמוה כאישה שלא נתנה הסכמה כלל. אכן, הגרעין של חלופת האינוס במרמה (לגבי מהות המעשה) הוא המקרה שבו הרמייה גורמת לכך שהאישה מסכימה לחדירה לגופה מתוך סברה מוטעית כי המעשה נטול הקשר מיני. עיון בפסיקה מלמד כי במקרים השונים שבהם הוטלה אחריות פלילית בעבירת אינוס על-פי חלופת המרמה, המתלוננות הסכימו לביצוע המעשים בגופן משום שסברו כי אלה מבוצעים לשם תכלית שאיננה מינית, למשל תכלית טיפולית... במקום שבו הסיטואציה הטיפולית הביאה לכך שהאישה הוטעתה לחשוב כי מעשה בעילה הוא אקט טיפולי גרידא, תקום החלופה שבסעיף-קטן (א)(2)" (ראו: שם, בפסקאות 11, 13; ההדגשות שלי - ח"מ; עיינו גם: דנ"פ 5291/09 מדינת ישראל נ' פחימה (16.11.2009)).

עמדה דומה הובעה אף במשפט האנגלי. פרופ' הרינג (Herring) ציין כי: "if the victim is mistaken as to the nature of the act there is no true consent" (ראו: Jonathan (Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials 422 (4<sup>th</sup> ed., 2010)). הדברים הודגשו בפסיקה האנגלית עוד לפני למעלה מ-150 שנים, בפרשת R v Richardson 43 BMLR 21 CA (Crim. Div.) (Case (1850) - כפי שהובאה בידי בית המשפט לערעורים ב-R v Richardson 43 BMLR 21 CA (Crim. Div.) (Case (1850) - שחזר ואימץ את ההלכה שנקבעה, בקובעו כדלקמן: (1998)).

In R v Williams [1923] 1 KB 340, [1922] All ER Rep 433... The Court of Criminal Appeal held that "the appellant was properly convicted of rape. Lord Hewart CJ referred to R v Case (1850) 4 Cox CC 220, where a medical practitioner had sexual connection with a girl of 14 years of age upon the pretence that he was treating her medically and the girl made no resistance owing to a bona fide belief that she was being medically treated. It was held that he was properly convicted of an assault and might have been convicted of rape. Lord Hewart CJ also referred with approval to the dicta of Branson J in R v Williams: 'The law has laid it down that... where she is persuaded that what is being done to her is not the ordinary act of sexual intercourse but is some medical or surgical operation in order to give her relief from some disability from which she is suffering, then

that is rape although the actual thing that was done was done with her consent, because she never consented to the act of sexual intercourse. She was persuaded to consent to what he did because she thought it was not sexual intercourse and because she thought it was a surgical (operation.' (See [1923] 1 KB 340 at 347

(ראו עוד: [2007] All ER 164 (R v. Jheeta).

44. בענייננו, בית המשפט המחוזי הנכבד קבע כי: "מעדות המתלוננת עולה כי היא אמנם הסכימה לבדיקה, אך לא ניתן לראות בכך הסכמה ממשית, אלא הסכמה שנבעה מהבנתה של המתלוננת שהנאשם הוא הרופא והוא הקובע" (ראו: פסקה 24 להכרעת הדין). בית המשפט המחוזי הנכבד הוסיף וקבע בהקשר זה כדלקמן:

"כפי שעולה מעדותה של המתלוננת, הנאשם לא ממש ביקש את רשותה, והיא הבינה שמדובר בחלק מהבדיקה, שהנאשם רופא וזו עבודתו. מדובר באישה צעירה, בת 20 שנה, שסבלה מכאבים ועברה בין הרופאים השונים והבדיקות בחדר מיון... ברור מעדותה שלא ידעה מה אמור הרופא לעשות, והיא אף לא הבינה שהנאשם לא נהג כראוי, וכל שהפריע לה היה ביצוע הבדיקה ללא כפפות. לפיכך, אין להתפלא שנתנה את הסכמתה" (ראו: פסקה 26 להכרעת הדין; ההדגשות שלי - ח"מ).

בחקירתה הראשונה של המתלוננת במשטרה המתלוננת מסרה כי: "... אני חשבתי שזה נורמלי ושהוא אמור לעשות את זה" (ראו: ת/3, שורות 65-66). המתלוננת הוסיפה והעידה בבית המשפט בהקשר זה כי המערער: "הרי רופא ויכול לעשות כל מה שהוא רוצה" (ראו: עמ' 9, שורות 1-2 לפרוטוקול), ובהמשך מסרה כי: "הוא רופא רגיל מדוע שאומר לו לא?" (ראו: עמ' 21 לפרוטוקול, שורה 11). הדבר מסביר גם את התנהגותה הרגועה, באופן יחסי, של המתלוננת לאחר האירוע, עליו העיד ד"רס': "... היה נראה שלא כל כך מבינה את חומרת המקרה..." (ראו: עמ' 66 לפרוטוקול, שורה 27; ההדגשה שלי - ח"מ; עדותה של נ' בעמ' 84 לפרוטוקול, שורה 27), והתובנה שאירע כאן דבר-מה חריג הגיעה אליה רק במסגרת השיחה שערכה עם ד"ר ס' (ראו: ת/4, שורות 93-94).

45. בנסיבות אלו - לא מצאתי טעם טוב להתערב בקביעתה של הערכאה המבררת לפיה הסכמתה של המתלוננת למעשים שהמערער ביצע בה הושגה במרמה לגבי מהות המעשים.

הטענות לעניין מחדלי החקירה

46. בפסיקתנו נקבע כי בחינת טענותיו של נאשם הנוגעות למחדלי חקירה תעשה בשני שלבים: בשלב הראשון יש לבחון האם מדובר במחדל חקירה, אם לאו. בשלב השני, ובהנחה שהמענה לשאלה הראשונה הוא בחיוב, יש לבחון האם בשל מחדלי החקירה נפגעה יכולתו של הנאשם להתמודד כראוי עם חומר הראיות, אשר עמד נגדו, עד כי קיים חשש ממשי כי הגנתו קופחה, או כי נפגעה זכותו להליך הוגן. בחינה זו נעשית, תוך שקלול המחדלים הנוטענים אל מול התשתית הראייתית שהונחה בפני הערכאה הדיונית (ראו: ע"פ 434/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 51 עמוד 15

46. עוד נפסק כי כאשר קיימת תשתית ראייתית מספקת להוכחת אשמתו של נאשם - במחדלי חקירה, כשלעצמם, אין כדי להביא לזיכוי (ראו: ע"פ 5386/05 אלחורטי נ' מדינת ישראל, פסקה ז(3) (18.05.2006); ע"פ 2697/14 חדאד נ' מדינת ישראל, פסקה 91 (06.09.2016); ע"פ 3669/14 גולן נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (18.12.2016)).

47. את האמור לעיל יש להבין על רקע הדרישה לחקר האמת, שמשמעה בין היתר: השגת ראיות אובייקטיביות ופוזיטיביות, איתור עדי ראיה וגילוי ממצאים פסיים לשם ביצוע בדיקות פורנזיות שיש בהן כדי לספק עוגן חיצוני לעדות (ראו: ע"פ 10049/08 אבו עזא נ' מדינת ישראל, פסקה 92 (23.08.2012); ע"פ 3090/11 ענתבאוי נ' מדינת ישראל (18.10.2012); עיינו גם: ע"פ 9724/02 אבו-חמאד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 71 (2003); ע"פ 5459/09 שוורץ נ' מדינת ישראל (20.07.2015)).

עתה ייבחנו הטענות שהועלו על בסיס העקרונות הנ"ל.

48. הטענה לעניין אי נטילת ממצאים מהמתלוננת - המשטרה נטלה מהמערער, בהסכמתו, טביעות אצבע ודגימת דנ"א מפנים הלחי (ראו: נ/10, נ/11, מתאריך 01.08.2014). רס"מ חזני העיד כי לא ניטלה דגימת דנ"א ולא נערכה בדיקה אחרת להמתלוננת, וזאת משום שמדובר בהחדרת אצבע לאיבר מינה של המתלוננת (ראו: עמ' 95, 97-98 לפרוטוקול).

49. נוהל האגף לחקירות ולמודיעין 03.300.013 "הטיפול המשטרתי בנפגעת עבירות המין" (2014) קובע, בין היתר, כי איסוף ראיות מגופה של מתלוננת, שבוצעה בה עבירת מין יעשה: "במידה וקיימת סבירות" כי "עשויים להימצא על גופה [של המתלוננת - ח"מ] ראיות המעידות על ביצוע העבירה" (שם, בפסקה ט.1; ההדגשה שלי - ח"מ). הנוהל קובע עוד כי: "יש להציע לכל נפגעת עבירה לעבור בדיקה רפואית גם אם עברה תקופת זמן ארוכה מהפגיעה. זאת כדי לוודא... אם יש בגופה ממצאים פיזיים העשויים לעזור באיסוף הראיות" (שם, בפסקה ט.2).

50. במסגרת השלמת הטיעון מטעם המשיבה - נציג מז"פ מסר כי הסיכוי לקבל פרופיל דנ"א של מי שהחזיר אצבעו לנרתיקה של מתלוננת הוא: "קטן מאוד", וזאת משום שאזור זה: "מכיל תאים רבים מאוד של המתלוננת ומספר התאים הנשאר מנגיעה הוא קטן ביותר" (שם, בפסקה 6; ההדגשה שלי - ח"מ). ד"רנחמן הוסיף כי כאשר מדובר בהחדרת אצבע לנרתיק מקובל שלא ליטול דגימת דנ"א מהמתלוננת, וזאת, לדבריו, מכיוון ש"האפשרות שתהיה תוצאה חיובית, נוטה לאפס" (שם, בפסקה 7; ההדגשה שלי - ח"מ). המערער לא הביא בפני הערכאה המבררת, כמו גם בפנינו, כל חוות דעת אחרת (ראו: פסקה 27 להכרעת הדין). ד"ר נחמן מסר עוד כי בדיקת דנ"א לאצבעו של חשוד: "אינה אפשרית במידה והחשוד ביצע לאחר החדרת האצבע פעולה אחרת או שטף את ידיו" (שם, בפסקה 7; ההדגשה שלי - ח"מ). בענייננו, המערער העיד כי טיפל בחולים נוספים לאחר שסיים את בדיקת המתלוננת (ראו: עמ' 114 לפרוטוקול, שורות 3-5; ההדגשות שלי - ח"מ; שם, בעמ' 115 לפרוטוקול).

51. בפסיקתנו נקבע, לא אחת, כי: "אין משמעות ראייתית מזכה להיעדרן של טביעות אצבע או דנ"א, שכן כוחן של ראיות מדעיות מסוג זה הוא בהימצאותן ולא בהיעדרן" (ראו: ע"פ 8798/12 נבון נ' מדינת ישראל, פסקה 34 עמוד 16)



(30.07.2013); ההדגשה שלי - ח"מ); עיינו גם: ע"פ 1639/98 דהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(4) 515, 501 (2001); ע"פ 6371/05 וגנר נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (07.10.2006); ע"פ 2957/10 אלאטרש נ' מדינת ישראל, פסקה יט (30.05.2012) (להלן: עניין אלאטרש); ע"פ 8987/12 טרשתי נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (28.10.2013); ע"פ 6468/13 צרפתי נ' מדינת ישראל, פסקה 58 (03.05.2015); ע"פ 8479/13 אבו לשין נ' מדינת ישראל (03.08.2015); ע"פ 7063/14 רבאיעה נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (19.11.2015); ע"פ 1769/14 סועאד נ' מדינת ישראל, פסקה 33 (27.01.2016).

כך, למשל, ב-ע"פ 5441/10 פלוני נ' מדינת ישראל (02.05.2012) (להלן: ע"פ 5441/10) מעסה שהורשע בכך שהחדיר את אצבעותיו לאיבר מינה של המתלוננת, טען למחדל חקירה, שנבע מאי ביצוע בדיקה גניקולוגית למתלוננת. חברי, השופט נ' הנדל, קבע באותה פרשה כך:

"... ניתן לטעון שהיה מקום לשאוף לבצע בדיקה גניקולוגית במתלוננת בהסכמתה. בדיקות רפואיות כאלו אכן עשויות להניח בפני בית המשפט תשתית ראייתית רחבה יותר המסייעת בהגעה לחקר האמת. מוסכם על הכל כי תפקידה של הרשות החוקרת להגיע לחקר האמת - בין אם היא לטובת המאשימה או לטובת הנאשם. יחד עם זאת, מסופק אני מה היה משקל תוצאתה של בדיקה כזו להגנת המערער, אם הייתה נערכת. היעדרם של ממצאים רפואיים לא היו תומכים בגרסת המתלוננת ולא היו מסייעים בידי המשיבה, אך גם לא היה בכך כדי להפריך את גרסתה... תמיד תיתכן חקירה מקיפה יותר. שאלת המפתח היא האם מדובר במחדל כה חמור עד כי יש חשש שמא קופחה הגנתו של המערער כך שנפגעה יכולתו להתמודד עם חומר התביעה..." (שם, בפסקה 8; בהשמטת ההפניות - ח"מ).

בפסיקתנו הושמעה גם הדעה: "כי יתכנו מקרים שבהם להיעדר ממצאים פורנזיים עשויה להיות משמעות ראייתית מזכה, הכל תלוי בנסיבות העניין" (ראו: ע"פ 7939/10 זדורוב נ' מדינת ישראל, פסקה 292 לחוות דעת המיעוט של חברי, השופט י' דנציגר (23.12.2015); עניין אלאטרש, בפסקה 73). חברי, השופט א' שהם, העיר בהקשר זה כי: "אין צריך לומר כי גם לשיטתם של המצדדים בגישה זו, הדבר תלוי בנסיבות, והבחינה תעשה בהקשר למקרה הקונקרטי העומד להכרעה" (ראו: ע"פ 8962/12 נחמיאס נ' מדינת ישראל, פסקה 25 (31.08.2016)).

52. במבט משווה - גישה דומה לכלל הפסיקתי שהובא ברישא לפסקה 51 שלעיל מצויה גם במשפט האמריקני State of New York Protocol for the Acute Care of the Adult Patient Reporting Sexual Assault (ראו: (2008) 35)). במספר מקרים נפסק שם כי אין בהיעדרו של ממצא פורנזי כדי לשלול את קיומו של מגע מיני (ראו: United States v. Kirkie, 261 F.3d 761, 767 (2001); People v. Barber, 750 N.Y.S.2d 206 (2002); United States v. Stanley Morrison, No. 13-3376 (8<sup>th</sup> Cir., 2014); People v. Ramirez, 126 A.D.3d 1012 (2015)). כך למשל, בית המשפט הפדראלי לערעורים (המחוז השמיני) בארה"ב פסק באחת הפרשות היפה לענייננו, בשינויים המחוייבים, כדלקמן:

Nor does the lack of physical evidence warrant overturning Seibel's conviction. "Even in the face"

of inconsistent evidence, a victim's testimony alone can be sufficient to support a guilty verdict." United States v. Kenyon, 397 F.3d 1071, 1076 (8th Cir. 2005)... a lack of physical evidence did not demonstrate insufficient evidence because "[e]ven if the jury relied only on the testimony of the victim herself, there would be sufficient evidence to support the convictions..." (U.S. v. Seibel, No. 12-2062, 1, 8 (8<sup>th</sup> Cir., 2013).

עמדה דומה הושמעה גם בספרות:

While the finding of semen on the victim's body provides strong evidence that a sexual act" occurred, for all of the above reasons, *the absence of semen or other DNA sources on the victim's body does not preclude the possibility of sexual contact*" (Taylor Gamble, *Thinking outside the Box: Limiting the Collection of Rape Kit Evidence in Acquaintance Rape Trials*, 20 Cardozo JL & G (Gender 743, 755 (2013)).

ומהמשפט האמריקני- אשוב חזרה לעניינו של המערער.

53. בעניינו, מהנתונים שהובאו על ידי המשיבה, אשר, כאמור, לא נסתרו בחוות דעת נוגדת, עולה כי, בנסיבות העניין - האפשרות העקרונית לקבל ממצא דנ"א מבדיקת איבר מינה של המתלוננת בדרך שמאמתת את טענות המערער "נוטה לאפס". משאלו הם פני הדברים, ובשים לב לכך שגירסתה של המתלוננת נמצאה אמינה - סבורני כי אף לפי הגישה המקלה יותר לגבי מחדלי חקירה, המערער לא הראה כי נפל פה ליקוי מהותי, וכי אף אם היה מחדל כנטען - המערער לא הצביע בצורה משכנעת על כך שהדבר קיפח את הגנתו במכלול.

54. הטענה למחדל חקירה בעניין בדיקת הפוליגרף המשפטית - המערער טוען כי חרף כך שחתם במסגרת הליכי החקירה על הסכמה לביצוע בדיקת פוליגרף משטרתית לא נערכה לו בדיקה כזו (ראו: נ/9). בפסיקתנו נקבע כי: "הן תוצאת בדיקת פוליגרף והן סירובו של אדם - בין אם נאשם, בין אם עד - לעבור בדיקה זו, אינן ראיות קבילות" (ראו: ע"פ 9447/12 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 24 (02.02.2014)); ההדגשה שלי - ח"מ; עיינו גם: ע"פ 993/93 אבוטבול נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 494, 485 (1993); ע"פ 5795/14 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 32 (03.09.2015)). ואכן, בית המשפט קמא הנכבד, מפי אב-בית הדין, הפנה את בא-כוח המערער, שחקר את המערער בעניין זה, לכך שתוצאותיה של בדיקת פוליגרף - אינה קבילה (ראו: עמ' 116 לפרוטוקול). קביעה זו אכן נכונה, ואולם אם המשטרה ביקשה את הסכמתו של המערער כי תיערך לו בדיקת פוליגרף והוא נענה לכך - יתכן ואי עריכת הבדיקה יש בה טעם מסוים לפגם, ואולם אין בכך כדי לערער את ההרשעה על פי המשפט הנוהג, שאולי תגיע השעה לבחון מחדש במועד כלשהו בעתיד, בהתחשב בהתפתחויות הטכנולוגיות.

55. נוכח כל המקובץ לעיל דין הערעור על הכרעת הדין - להידחות, וכך אציע לחברי ולחברתי שנעשה.

הערעור על חומרת העונש

56. בית המשפט המחוזי הנכבד קבע כי מתחם העונש ההולם בעניינו של המערער נע בין 24 לבין 60 חודשי מאסר בפועל. בסיכום הדברים, הושת על המערער עונש של 30 חודשי מאסר לריצוי בפועל (בניכוי ימי מעצרו), לצד רכיבי ענישה נוספים.

57. הלכה היא כי אין ערכאת הערעור מעמידה את עצמה בנעלי הערכאה הדיונית לענין מידת העונש, והתערבותה בהקשר זה מצומצמת לנסיבות שבהן הערכאה הדיונית נכשלה בטעות של ממש, או שהעונש שנגזר על-ידיה חורג במידה קיצונית מרמת הענישה המקובלת בנסיבות דומות (ראו: ע"פ 30/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (07.06.2013) (להלן: ע"פ 30/13); עניין נבון, בפסקה 36). לא מצאתי כי העונש שהושת על המערער מצדיק התערבות בו לפי אמות המידה שהותוו בפסיקתנו כנ"ל.

58. המערער הורשע בהחדרת את אצבעו לאיבר מינה של המתלוננת במהלך בדיקת אולטראסאונד, תוך ניצול לרעה של מצוקתה והיותה במצב פגיע ורגיש, באמצעות מצג השווא שיצר בפניה כאילו מדובר בהליך בדיקה שגרתית. המערער פגע בכבודה ובגופה של המתלוננת שנתנה בו אמון והוא מעל באמונה (ראו: ע"פ 7064/00 לומקין נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (24.04.2011)). המערער אכן הורשע במעשה שארך רגע קצר בלבד, ומעידה זו חרגה, כנראה, מיתר מישורי חייו. בצד זאת, ידענו - יש מי שמאבד עולמו בשעה אחת (השוו: בבלי, מסכת עבודה זרה, יז, ע"א). משפטית - מדובר כאן באונס לכל דבר ועניין (ראו: ע"פ 3217/14 שמיים נ' מדינת ישראל, בחוות דעתה של חברתי השופטת ד' ברק ארז (31.07.2016); (Susan Estrich, Rape, 95 Yale L.J. 1087, 1088 (1986); דפנה ברק-ארז "האשה הסבירה" פלילים ו 115, 126 (תשנ"ח)).

59. זה המקום לציין גם כי סעיף 355(א) לחוק העונשין מורה שאם הורשע אדם, בין היתר, בעבירת אינוס: "לא יפחת עונשו מרבע העונש המרבי שנקבע לאותה עבירה, אלא אם כן החליט בית המשפט, מטעמים מיוחדים שיירשמו, להקל בעונשו".

60. לענין טענת המערער כי לא עשה שימוש באלימות, יפים דבריה של חברתי, השופטת ד' ברק ארז, ב-ע"פ 30/13 הנ"ל:

"הטענה לגבי אופיים של מעשי האינוס שבהם הורשע המערער - אינוס על דרך המרמה, כשיקול לקולא, בשל כך שלא היו מלווים באלימות נטענה רק בשפה רפה על-ידי בא-כוח המערער, וטוב שכך. אכן, נסיבות ביצועה של עבירה יכולות להוות שיקול לענין גזר הדין... אולם, אין לומר שאינוס על דרך מרמה הוא חמור פחות" (שם, בפסקה 12; ההדגשה שלי - ח"מ).

ב-ע"פ 115/00 טייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 289 (2000) (להלן: עניין טייב) נפסק עוד בהקשר זה כדלקמן:

"עבירת האינוס נועדה ובאה להגן על ריבונות האישה על גופה, על כבודה של האישה כאדם, על האוטונומיה של רצונה, על הָאָנִי. בריח-התיכון בעבירת האינוס הוא הגנה בלתי מתפשרת על זכותה של האישה - כמוה כגבר - לבחירה

חופשית; הרשות נתונה לה לאישה, וזכותה עומדת לה לבחירה חופשית מה תעשה ומה לא תעשה... פלישה שלא-בהיתר לגופה של אישה, לגופו של אדם, משפילה היא - משפילה ומדכאת; כואבת היא, כואבת-במאוד; פוגעת היא - פגיעה חדה וכואבת; מעליבה היא - והעלבון עמוק וצורב. נרמס הָאָנִי, הנפש נחרכת, נפגע החופש, נגרעת האוטונומיה של הרצון, נדרס הכבוד... די בכך שאישה אינה נותנת הסכמתה לבוא אליה, ואין כל צורך ברכיב של אלימות להפרת כבודה, אישיותה והאוטונומיה של רצונה החופשי" (שם, בעמ' 329-331; ההדגשה שלי - ח"מ).

פרופ' Gardner דן בסיטואציה של אונס ללא מודעותה של הקרבן לכך שבוצעה בה עבירה ("Harmless rape", או "Pure rape" כלשונו). לגישתו, מקרה כזה מחדד את הפסול המוסרי בעבירת האונס בשל הפגיעה בזכות לאוטונומיה של הקרבן, הנגרמת בשימוש שעושה העבריין בקורבנו כאמצעי בלבד:

"The most fundamental element of wrongdoing in rape, which differentiates rape from (most) ... assaults and gives rape a separate from the family of assault crimes, is the sheer use of the person raped, whether that is how the rapist saw what he was doing or otherwise... As the pure case of rape serves to remind us... the violation that is rape need not be associated with any kind of violence. Nor are the worst rapes necessarily the most violent rapes. Rapes in breach of trust... in some cases, represent an even worse egregious abuse of the person raped therefore be worse qua rapes" (John Gardner, *The Wrongness of Rape, in Offences and Defences: Selected Essays in (the Philosophy of Criminal Law* 16, 24-25 (2007

Daniel Statman, *Gardner on the Wrongness of* השוו: ח"מ; השוו: Daniel Statman, *Gardner on the Wrongness of Rape*, 4 Jer. Rev. Legal Stud. 105 (2012).

61. יתרה מכך - בענייננו, מהמכתב של המתלוננת, שהוגש במסגרת הטיעונים לעונש בבית המשפט המחוזי הנכבד, עולה כי כתוצאה ממעשי המערער נגרמו למתלוננת נזקים ממשיים: פוסט-טראומה, אובדן אמון ברופאים והשלכות שליליות על נישואיה. בצד זאת אעיר כי מוטב היה לו הצהרת המתלוננת אכן היתה נערכת כדין (ראו: סעיף 18 לחוק זכויות נפגעי עבירה, תשס"א-2001; תקנה 11 לתקנות זכויות נפגעי עבירה, תשס"ב-2002). בענייננו, בית המשפט המחוזי הנכבד נתן משקל מתאים להסתייגויות שהובעו מאופן הגשת המכתב (ראו: עמ' 167 לפרוטוקול), וממילא המתלוננת העידה במשפט על סיטי לילה שנגרמו לה בעקבות האירוע (ראו: עמ' 36 לפרוטוקול).

62. בפסיקתו של בית משפט זה ניתן למצוא טווח ענישה רחב במקרים של אינוס במרמה לגבי מהות המעשה, כאשר כל מקרה לפי נסיבותיו הפרטניות: 30 חודשי מאסר (ראו: ע"פ 5636/08 פלוני נ' מדינת ישראל (2009) (העבירות בוצעו בשתי מתלוננות קטינות)); 3 שנות מאסר (ראו: ע"פ 9274/08) (שני מקרים של מעשה מגונה ומקרה אחד של אונס; באותה פרשה המערער היה בן 68 שנים); 40 חודשי מאסר (ראו: ע"פ 187/10 פלוני נ' מדינת ישראל (21.01.2010) (להלן: ע"פ 187/10)); 4 שנות מאסר (ראו: ע"פ 9619/08) (שני מקרים של אינוס ומעשים מגונה במרמה); 57 חודשי מאסר (ראו: ע"פ 30/13); 8 שנות מאסר, ומעלה (ראו: עניין אביבי; עניין סלימאן)). במקרי אינוס באמצעות החדרת אצבעות, בחלופה של אינוס שלא בהסכמתה החופשית של המתלוננת, הדומים, יחסית, לעניינינו של המערער - הושתו בפסיקתנו עונשים של: 12 חודשי מאסר (ראו: ע"פ 5441/10, מערער בן 75 שנים); 18 חודשי מאסר (ראו: ע"פ 6863/09 פלוני נ' מדינת ישראל (01.03.2010); ו-20 חודשי מאסר (ראו: ע"פ 7708/13 כהן נ'

מדינת ישראל (21.05.2014) (במסגרת הסדר טיעון)).

63. סבורני כי בית המשפט המחוזי הנכבד צדק בכך ששקל לחומרה את העובדה כי העבירות בוצעו כאן בידי רופא, האמון על שלומם של מטופליו בשעת הבדיקה. מטופל זכאי לקבל טיפול רפואי נאות, הן מבחינת הרמה המקצועית והאיכות הרפואית, והן מבחינת יחסי רופא-מטופל (ראו: סעיף 5 לחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996). יחסי רופא-חולה מטבעם אין הם יחסים שווי-כוחות - המטופל נזקק לרופא והוא תלוי בו: "רווחתו, נוחותו ובריאותו של החולה - לעיתים: חייו ממש - תלויים ברופא" (ראו: עע"ם 6219/03 פלונית נ' משרד הבריאות ואח', פסקה 7 (16.06.2004)). חברי, השופט א' רובינשטיין, ציין בהקשר זה במאמרו: "על הרפואה ועולם המשפט בישראל" כדלקמן:

"תפקיד הרופא חורג מיחסי הגומלין הרגילים שבין בני אנוש, הוא ביטוי עילאי להכרה בערך האדם ובקדושת חייו, כלשון חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בזיקה לכך גם היה, ולדעתי עודנו, מעמדו המיוחד של הרופא בחברה האנושית, מעמד של אמון, לפעמים כמעט מיסטי (פורסם ב-המשפט, ה, 645, 646 (התשס"ג); עיינו גם: אמנון כרמי בריאות ומשפט 108-107 (2003)).

64. מקצוע הרפואה נושא ערך חברתי מן המעלה הראשונה. הוא נוגע בחיינו, בבריאותנו, ובשלמות גופנו ונפשנו (ראו: ע"פ 7193/04 יקירביץ' נ' מדינת ישראל, פסקה 61 (30.04.2007)). חובות הרופא כלפי מטופליו מצאו ביטוי כבר בשבועת הרופאים הקדומה, הידועה כ"שבועת היפוקרטס" (Oath of Hippocrates), אשר נועדה לקבוע נורמות התנהגות בסיסיות לרופא, ובכללן לשמור על טובת החולים, ולמנוע גרימת נזק להם (ראו: אתר ההסתדרות הרפואית הישראלית בכתובת: [www.ima.org.il](http://www.ima.org.il)); משה וולמן "שבועת הרופאים ומשמעותה" רפואה ומשפט, 12, 1 (1995)).

במסמך ההצהרה: "יחסי הגומלין בין הרופאים לבין ציבור המטופלים בישראל" (לשכת האתיקה של ההסתדרות הרפואית בישראל (עורך: א' רכס, 18.02.2014)), תחת הפרק: "התפקיד המקצועי של הרופא", צויין כדלקמן:

1. הרופא יפעל, כמיטב יכולתו, על מנת לשמור ולשפר את בריאותו הגופנית והנפשית של המטופל כפרט ושל החברה ככלל.

2. הרופא יפעל, כמיטב יכולתו, על מנת לרפא את המטופל, להקל את סבלו, למנוע ממנו מחלות ולהקטין את נזקיהן; הכל תוך נקיטת טיפול רפואי מקצועי ועדכני ומתוך יחס של חמלה ושמירה על כבודם וזכויותיהם של המטופל ובני משפחתו.

3. הרופא ישים את טובתו של המטופל בראש מעייניו... " (ראו: שם, בעמ' 17).

במסמך ההצהרה הנ"ל תחת הפרק: "שמירה על זכויות אדם" נכתב עוד כך:

15. הרופא יפעל תוך כיבוד זכויות האדם של המטופל, ולא ישתתף בכל פעולה המפרה זכויות אלו...

18. הרופא ישמור על כבוד המטופל, האוטונומיה שלו ופרטיותו ועל הסודיות הרפואית שלו... (ראו: שם, בעמ' 18).

דברים אלו ראוי שיעמדו לנגד עיני כל העוסקים ברפואה - ולפיכך חובה היא כי רופא ישים עטרת לראשו את דברי הרמב"ם: "את האדם בצר לו -הראיני רק את האדם" (ראו: תפילת הרופא, המיוחסת לרמב"ם, צוטטה ב-רפואה ומשפט 21, 1, 2 (1999)).

זו, כך דומה, כל התורה כולה בנושא זה, על רגל אחת, וכל השאר - פירוש לה.

65. העונש שהושת על המערער הביא בחשבון את מכלול נסיבות המעשה והעושה, לרבות מאפייניו הספציפיים של המערער. בית המשפט המחוזי הנכבד שקל לקולא את גילו הצעיר של המערער, ואת העובדה שהוא נעדר עבר פלילי. הוא אף נתן משקל משמעותי לאפשרות שבשל הרשעתו לא יוכל המערער להמשיך ולעסוק ברפואה (ראו: פסקה 9 לגזר הדין). כן אוזכר שהמערער עודנו נוקט ב"עמדת הכחשה כללית ומוחלטת" וכי שירות המבחן נמנע עקב כך מלבוא בהמלצה טיפולית בעניינו (קביעה זו התבססה על תסקיר שירות המבחן מתאריך 27.10.2015; חוות הדעת של המרכז להערכת מסוכנות שהוגשה לנו בתאריך 21.04.2016 לא שינתה מהתרשמות זו).

בנסיבות אלו - לא מצאתי כי יש מקום להתערב בעונשו של המערער.

66. נוכח כל האמור לעיל - דין הערעור להידחות, וכך אציע לחברי ולחברתי שנעשה.

שׁוֹפֵט

השופט צ' זילברטל:

אני מסכים.

שׁוֹפֵט

השופטת ד' ברק-ארז:

אני מסכימה.

שופט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ח' מלצר.

ניתן היום, ב' בשבט התשע"ז (29.1.2017).

שופט ת

שופט

שופט

---