



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 1204/23

לפני: כבוד השופט יוסף אלרון
כבוד השופט אלכס שטיין
כבוד השופט יחיאל כשר

המערערת: מדינת ישראל

נגד

המשיב: מיכאל יהודה שטמן

ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי ירושלים (סגן הנשיא ר' כרמל והשופטים א' רומנוב ושי' רנר) שניתן ביום 27.12.2022 בתפ"ח 47123-12-18

תאריך ישיבה: ט"ו באלול התשפ"ד (18 בספטמבר 2024)

בשם המערערת: עו"ד עינת גדעוני

בשם המשיב: עו"ד אירית באומהורן

פסק-דין

השופט אלכס שטיין:

1. האם רופא גניקולוג שמעניק למטופלת טיפול בלתי-מקובל – שלשיטתו משפר את מצבה של המטופלת – אשר כולל נגיעות באיבר מינה והחדרת אצבעותיו לתוך איבר המין, עובר בכך עבירות של אינוס במרמה ומעשה מגונה במרמה?

שאלה זו עולה בערעור שהמדינה הניחה לפנינו ובו היא תוקפת את נימוקיו ומסקנותיו של בית המשפט המחוזי ירושלים (סגן הנשיא ר' כרמל והשופטים א' רומנוב ושי' רנר) בפסק הדין אשר ניתן ביום 27.12.2022 בתפ"ח 47123-12-18, בגדרו זוכה המשיב – גניקולוג במקצועו – מהאשמה בביצוע עבירות כאמור בשלוש נשים בהן טיפל.

עיקרי כתב האישום

2. המשיב שימש במשך שנים ארוכות כרופא נשים של המתלוננות. כתב האישום מגולל שלושה אישומים המתארים מעשים מיניים שביצע המשיב בכל אחת מהמתלוננות הללו במהלך טיפולים גניקולוגיים – כאשר הוא מציג בפניהן, ביודעין, מצג שווא לפיו מדובר בטיפולים רפואיים לגיטימיים אשר נדרשים למתן מענה אופטימאלי לתלונותיהן.

3. בפתח הדברים ייאמר כי המתלוננת מהאישום הראשון – פ' – נמנעה מלמסור עדות בפני בית משפט קמא, ועל כן המדינה לא ביקשה להרשיע את המשיב בעבירות הקשורות למתלוננת זו. זיכוי המשיב מעבירות אלו בדין יסודו; ומשכך הוא, אמנע מלהציג את פרטי האישום הראשון.

4. האישום השני נסוב על המתלוננת מ'. כאמור באותו אישום, המתלוננת מ' לא הצליחה לעבור בדיקות גניקולוגיות בשל קשיים פיזיים ורגשיים עד שהחלה בטיפולים אצל המשיב. מ' היתה מטופלת של המשיב במשך שבע שנים, החל מהריונה הראשון ועד לאחר לידת ילדה השלישי. במהלכה של תקופת הטיפול, פיתחה מ' תלות רפואית ונפשית במשיב ושיתפה אותו, בין היתר, בקשיים שחוותה בבדיקות גניקולוגיות חודרניות ובקיום יחסי מין עם בן זוגה. מ' פיתחה חרדות רבות עקב סיבוך ממנו סבלה בהריונה השני, אשר הביא ללידת בנה בשבוע ה-24 להריון. בשל סיבוך זה, בהיותה בהריון השלישי, מ' הגיעה לביקורי מעקב תדירים אצל המשיב ושיתפה אותו בחששותיה.

5. בתחילת ההריון השלישי, ביום 19.3.2014, הגיעה מ' לקבלת טיפול גניקולוגי אצל המשיב, וזה ביקש לערוך לה בדיקה וגינאלית. מ' חששה מהבדיקה, בכתה, ואמרה למשיב כי הדבר קשה לה, אולם התפשטה ונשכבה על מיטת הטיפולים לצורך הבדיקה. המשיב החל לשפשף בידו – הלוך ושוב – את האזור החיצוני של איבר מינה של מ'. מ' שאלה את המשיב על פשר מעשיו, והלה השיב לה כי הוא מבצע בה הרפיה על-מנת שיוכל לבדוק אותה. המשיב המשיך לשפשף את אזור איבר מינה של מ' במשך מספר דקות והסביר לה כי הוא חייב לעשות זאת כדי לאפשר את הבדיקה, ביודעו כי בהסבר זה אין אמת.

6. החל מאותו יום, במשך כשנה וחצי, ובמספר הזדמנויות, פעל המשיב באותו דפוס: כל אימת שערך למ' בדיקה וגינאלית, הוא שפשף את האזור החיצוני של איבר מינה של מ' וכן החדיר את אצבעותיו לתוך נרתיקה, והוציאן משם, מספר פעמים. לעיתים, המשיב גם הרעיד את אצבעותיו על חלקו החיצוני של איבר המין של מ' ונגע בדגדגן שלה. החל מהשבוע ה-18 להריונה השלישי של מ', המשיב נהג להכניס את ידו

מבעד לחולצתה ולעסות את החזה שלה מעל חזייתה ומתחתיה. הדבר נעשה תוך כדי הבדיקה הווגינאלית – קרי: במקביל להחדרת אצבעותיו לאיבר מינה של מ' ולהוצאתן משם, ותוך כדי שפשוף חלקו החיצוני של איבר המין של מ' ונגיעותיו בדגדגן. כל זה נעשה כאשר המשיב מציג בפני מ' מצג שווא לפיו מדובר בבדיקות ובטיפולים רפואיים הכרחיים אשר נועדו לגרום לכך ש-מ' תהיה רפויה ושהוא – המשיב – יוכל לערוך לה בדיקות וגינאליות ולטפל בתלונותיה.

7. מעשים אלה – כך נטען בכתב האישום – עולים כדי אינוס של מ' בהסכמה אשר הושגה במרמה לגבי מהות המעשה, עבירה לפי סעיף 345(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק או חוק העונשין). כמו כן יוחסו למשיב מספר עבירות של מעשה מגונה אשר נעשו במתלוננת מ' בהסכמה שהושגה במרמה לגבי מהות המעשה – מעשים שמפרים את האיסור הקבוע בסעיף 348(א) לחוק העונשין בנסיבות המנויות בסעיף 345(א)(2) לחוק.

8. האישום השלישי נסוב על המתלוננת י'. מתלוננת זו היתה מטופלת של המשיב במשך כשש שנים, החל מהריונה הראשון ועד לאחר לידת הרביעי. ביום 22.9.2014 הגיעה י' למרפאה של המשיב, תיארה בפניו קושי להגיע לסיפוק או ריגוש מיני בעת קיום יחסי מין עם בן זוגה, וביקשה את הדרכתו. המשיב הסביר ל-י' כי עליה להיות מוכנה רגשית לפני קיום יחסי מין, להרפות את גופה ולהיות רגועה. לאחר מכן, ביקשה י' מהמשיב לוודא שהמבנה האנטומי של איבר מינה תקין ושאינה סובלת מבעיה כלשהי אשר מונעת בעדה להגיע לסיפוק מיני.

9. במענה לבקשה זו, הנחה המשיב את י' להיכנס לחדר הטיפולים ולפשוט את תחתוניה. המשיב עטה כפפות והתיישב ליד י' ששכבה על מיטת הטיפולים, מרח את אצבעותיו בג'ל, ומבלי לומר לה דבר החל לסובב את אצבעו על הדגדגן של י' בתנועות סיבוביות – תחילה בחלקו החיצוני של איבר מינה, ובהמשך בחלקו הפנימי – תוך שהוא מגביר את קצב תנועת האצבע שלו על הדגדגן. מעשים אלו נעשו על ידי המשיב בהיותו מודע לכך שהם אינם נדרשים לאבחון רפואי.

10. תוך כדי ביצוע מעשיו אלו, שאל המשיב את י': "זה נעים?", והיא השיבה בחיוב. בהמשך, לאחר שהמשיב הגביר את קצב תנועת אצבעו על הדגדגן של י', הוא שאל אותה: "את מרגישה את זה קופץ לך?". לאחר מכן, תוך כדי מעשיו, אמר המשיב

ל-י': "יותר נעים יותר נעים", שאל אותה: "את מרגישה עקצוצים?" ; "העקצוצים יותר חזקים?". י' השיבה בשלילה לשאלות אלה והמשיב אמר לה שעליה להרפות.

11. בחלוף זמן קצר, אמרה י' למשיב כי כעת היא מרגישה את "העקצוצים". המשיב הפסיק את מעשיו וביקש מ-י' להתארגן ולצאת מחדר הטיפולים. לפני צאתה מהמרפאה, אמר המשיב ל-י': "ככה תגידי לבעלך לעשות לך", וכן: "בהצלחה, תחזרי לספר איך הלך לכם, אם צריך עוד הדרכה את יכולה לחזור".

12. מעשים אלה – כך נטען בכתב האישום – עולים כדי אינוס של י' בהסכמה אשר הושגה במרמה לגבי מהות המעשה, עבירה לפי סעיף 345(א)(2) לחוק העונשין.

ההליכים והכרעת הדין בבית המשפט המחוזי

13. המשיב כפר במיוחס לו בכתב האישום ובית המשפט המחוזי קיים הוכחות.

14. בגמר ההוכחות ואחרי ששמע את סיכומי הצדדים, החליט בית המשפט המחוזי לזכות את המשיב מהעבירות שיוחסו לו בכתב האישום – כאשר כל אחד משופטי המותב הולך בדרכו-שלו.

מטעמי נוחות, מ' ו-י' תיקראנה יחדיו בהמשך דבריי "המתלוננות".

15. השופט רומנוב סבר כי עדויותיהן של מ' ושל י', אשר תיארו את הפעולות הפיזיות שהמשיב עשה בגופן, ראויות לאמון מלא. בהתאם לכך, שופט זה דחה את טענת המשיב שהמתלוננת הללו טעו לגבי מה שחשו, ראו ושמעו, ואחר כך תיארו בעדותן לפני בית המשפט. כך, נקבע כי מעדותה של י' עולה בבירור שהמשיב עשה בה מעשים מכוונים אשר נועדו להביא אותה לפורקן מיני. הדבר עולה מתיאור הדברים שעשה המשיב – תנועות סיבוביות באיבר מינה בקצב הולך ומתגבר; מהמלל שליווה את הדברים; ומהדברים שהמשיב אמר לה בתום הפגישה. כמו כן עולה הדבר מהעובדה שכתוצאה ממעשיו י' חוותה פורקן מיני לראשונה בחייה. חוויה זו היתה חדה, ברורה ומוחשית, שכן מיד אחרי צאתה מהמרפאה התקשרה י' לבעלה ואמרה לו כי המשיב "נתן לה אורגזמה". י' סיפרה על כך גם למדריכת הכלות ולמטפלת פסיכולוגית שטיפלה בה.

16. השופט דומנוב קבע כי עדותה של י' הותירה אצלו רושם טוב. תיאוריה לא היו חד-ממדיים ושטוחים, אלא מורכבים ומרובי רבדים וגוונים. מתלוננת זו תיארה את המשיב באופן חיובי, כרופא נשים מאוד מוערך, והדגישה שבדרך כלל הבדיקות שהלה עשה לה היו מאוד קצרות; וכי במקרה הספציפי מושא האישום השלישי, היא זאת שביקשה מהמשיב לעשות לה בדיקה וגינאלית, למרות שהמשיב לא ראה בכך צורך מלכתחילה. השופט דומנוב קבע כי י' מסרה תיאור מפורט ובהיר של המעשים עצמם ושל תחושותיה: איך מצד אחד היא נהנתה ממעשיו של המשיב, אולם בו-זמנית הרגישה לא בנוח. לאור כל האמור, קבע השופט דומנוב כי י' לא טעתה לגבי מה שחוותה והרגישה, וכי ראוי לסמוך על עדותה ביחס לעניינים אלה במלואה.

17. קביעות דומות קבע השופט דומנוב ביחס ל-מ'. נקבע כי במהלך טיפוליו במתלוננת זו, המשיב ביצע בגופה סדרת בדיקות, במהלכן הוא נהג לבצע בה הרפיות אשר כללו מגע פיזי באיבר המין. מעדותה של מ' עולה כי הרפיות אלו כללו שלושה שלבים: בשלב הראשון, המשיב היה אומר לה דברים מרגיעים, כמו "תנשמי עמוק" או "את לא צריכה להיות לחוצה"; בשלב השני, המשיב היה משפשף את איבר המין שלה; ובשלב השלישי, המשיב היה מכניס את אצבעותיו לתוך איבר המין שלה ומוציאן משם, תוך כדי שהוא מרעיד את הדגדגן שלה עם האגודל שלו. מ' אף הדגימה בפני בית המשפט, בצורה ספונטנית, באמצעות ידה, את האופן בו נעשו הדברים בשלב השלישי. מ' הוסיפה כי בשבוע ה-18 להריונה התווסף אלמנט נוסף להרפיה: עיסוי שדיה על ידי המשיב. בפעם הראשונה, הכניס המשיב את ידו לאזור שדיה מהחלק העליון של חולצתה. בהמשך, הוא נהג להכניס לשם את ידו מהחלק התחתון של החולצה. תחילה, עיסה המשיב שד אחד ואחר כך את השד השני. המשיב נהג להכניס את ידו מתחת לחזייה שלה, למעט מקרה אחד, שאירע לאחר הלידה, כאשר מ' לבשה חזיית הנקה. לדברי מ', העיסוי בחזה נעשה בד-בבד עם ההרפיה באיבר המין כאשר המשיב משתמש בשתי ידיו.

מ' תיארה בעדותה כי בעקבות ההרפיה האמורה היא הרגישה שגופה וידיה נשמטים. כמו כן, שיתפה מ' בעדותה כי היא חשה זרמים בגופה; כי היא היתה נזרקת במעין חוסר שליטה; וכי פעולותיו של המשיב אכן הרפו אותה.

18. השופט דומנוב קבע כי תיאוריה של מ' היו חיים ומשכנעים. למרות שבזמן ששכבה על מיטת הטיפולים מ' לא יכלה לראות את אשר עשה המשיב באיבר מינה, היא לא טעתה במה שהרגישה, ובוודאי לא יכלה לטעות לגבי עיסוי החזה שראתה וחוותה. כמו כן, נקבע כי מ' לא יכלה לטעות לגבי תחושות הרפיון שחשה בעקבות פעולות

המשיב. על כן, קבע השופט רומנוב כי ראוי לסמוך על עדותה של מ' בעניינים אלה במלואה.

19. באשר לעדותו של המשיב, הדגיש השופט רומנוב כי קו ההגנה שלו התבטא בהכחשה מלאה וגורפת של עדויות המתלוננות לגבי המעשים שביצע. הכחשה זו, כך נקבע, אינה משכנעת ואין בה כדי להוות משקל-נגד, או לעורר ספק סביר, לגבי אמיתות התיאורים שהמתלוננות מסרו. משהכחיש את המעשים המיוחסים לו, המשיב ממילא לא נתן הסבר כלשהו להתרחשויות שקיומן הוכחש על ידו.

20. לצד האמור, השופט רומנוב ציין כי עדיין יש מקום לשאול האם יש בעדויות המתלוננות כדי לבסס את התזה המונחת ביסוד האישומים שהגישה המדינה נגד המשיב, לפיה מעשיו נעשו לתועלתו האישית, למטרות סיפוק וגירוי מיני שלו עצמו, או, למצער, לשם ביזוי המתלוננות. על כך השיב השופט רומנוב כי התזה של המדינה לא הוכחה ברמה הנדרשת. מדברי המתלוננות עצמן עולה, כפי שהבינו וראו את הדברים בעת התרחשותם, שלא את טובתו ביקש המשיב לקדם במעשיו, אלא את טובתן שלהן. באשר למתלוננת מ', נקבע כי המשיב ביקש להושיט לה עזרה ולא להותיר אותה חסרת טיפול, אחרי ששני רופאים אחרים לא היו מוכנים לטפל בה בשל הקיפאון וחוסר שיתוף הפעולה מצדה, אשר סיכלו את בדיקתה. באשר למתלוננת י', נקבע כי המשיב ביקש להראות לה שהיא אישה בריאה אשר יכולה ליהנות מיחסי מין, ולכן הדריכה כיצד לעשות זאת. השופט רומנוב הרחיב על כך בפסק דינו, בקבעו כי מפי המתלוננות לא נשמעה אפילו אמירה אחת שהמשיב הפיק הנאה מינית ממעשיו, ואין בחומר הראיות שום אינדיקציה לכך שהלה הפיק הנאה כזאת. אף ביחס לבדיקה של מ' מיום 15.4.2015 – לגביה טענה המדינה שבמהלכה המשיב התחכך בגופה של מ' והתנשף בנשיפות מהירות וחזקות – מ' הבהירה בעדותה כי ההתנשפויות והאנחות שהשמיע המשיב נבעו ממאמץ פיזי משמעותי שהלה השקיע כדי להביאה להרפיה ולאפשר את בדיקתה – הבהרה שאינה עולה בקנה אחד עם טענת המדינה כי המשיב רצה לענג את עצמו או להפיק הנאה מינית מהבדיקה.

21. לבסוף, ציין השופט רומנוב כי עבירת האינוס, כהגדרתה בסעיף 345 לחוק העונשין – להבדיל ממעשה מגונה, כמשמעו בסעיף 348 לחוק – אינה דורשת אמנם שהאינוס ייעשה לשם סיפוק מיני של העושה או לשם ביזוי מיני של נפגעת העבירה, אך יחד עם כך נראה כי רכיב זה של היסוד הנפשי, הדרוש להתהוות העבירה, כלול בה מכללא. אליבא דשופט רומנוב, דרישת המטרה המינית, הכלולה ביסודותיו של מעשה

מגונה, היתה נחוצה למחוקק כדי להבחין בין מעשים נורמטיביים, נטולי כוונות מיניות, לבין מעשים מגונים. בגדרה של עבירת האינוס, כך נקבע, דרישה כאמור הינה מובנת מאליה, שכן עבריין שמבצע אונס עושה זאת לשם סיפוק מיני שלו או לשם ביזוי מיני של נפגעת העבירה. השופט רומנוב קבע אפוא כי מאחר שהתזה המונחת ביסוד האישומים נגד המשיב מייחסת לו מטרה מינית – גירוי או סיפוק מיני שלו עצמו, או ביזוי מיני של המתלוננות – תזה זו ממילא לא הוכחה, ועל כן יש לזכות את המשיב מהעבירות המיוחסות לו.

22. סגן הנשיא, השופט כרמל, סבר כי ההכרעה בתיק תקום וטיפול על העדויות שמסרו המתלוננות, מחד גיסא, ועל עדות המשיב, מאידך גיסא. השופט כרמל קבע כי המשקל של עדויות המומחים השונים, אשר מסרו את עדותם במשפט, הינו נמוך, וכי בעלי הדין – המדינה והמשיב – פרסו את יריעת המחלוקת הרבה מעבר לנדרש בשאלות שהוצגו לעדים השונים, בין היתר, בנוגע לגבולות האסור והמותר בבדיקה גניקולוגית כאשר הוברר כי אין בכגון דא כללים כתובים וברורים. עוד הדגיש השופט כרמל כי ביחס לבדיקה גניקולוגית לא יכולה להישמע טענה נגד הרופא המטפל כאשר בדיקתו נחוצה והוא מבצע אך ורק את הפעולות הנדרשות לשם הבדיקה, לרבות נגיעה באיבר המין של המטופלת. לצד זאת, הבהיר השופט כרמל כי לנגיעות הרופא באיבר מינה של המטופלת ולשפשופים באזור איבר המין אין מקום כשאלו אינם נחוצים לבדיקה. השופט כרמל הוסיף וציין כי כאשר עסקינן במטופלת שמתקשה באופן קיצוני לעבור בבדיקה גניקולוגית – דיבור אשר נועד לגרום לה להירגע ולאפשר את הבדיקה הוא בגדר התנהגות אפשרית ואף רצויה; ובעניין זה די בשכל הישר ואין צורך בחוות דעתם של מומחים.

23. השופט כרמל קבע כי לאחר שמיעת עדויותיהן של המתלוננות – שאינן מקשה אחת, ותלונותיהן שונות – עולה מסקנה זהה לגבי שתיהן: מתלוננות אלה תיארו את מה שחוו וחשו מבלי לנסות להעליל על המשיב או לטפול עליו אשמת שווא. עם זאת, ציין השופט כרמל כי יש לבחון אם התיאורים הסובייקטיביים של האירועים שעלו מעדויות המתלוננות עולים בקנה אחד עם המציאות האובייקטיבית. בעניין זה, הוסיף השופט כרמל וקבע כי "קיים בסיס לדברים שבאו מפי הרופאים שהעידו מטעם הנאשם ולפיהם בבדיקה פיזית באזור אינטימי, רגיש, רווי עצבים, הנבדקת לא תמיד תדע לתאר באופן מדויק את סדר הדברים, והיכן בדיוק נגעו ידי הרופא הבודק באיבר המין שהנו אזור קטן יחסית, רגיש ופרטי מאוד".

24. בכל הנוגע למתלוננת מ' – לדעת השופט כרמל, תמונת ההתרחשויות משתקפת ומזוקקת בתשובה שנתנה המתלוננת כאשר נשאלה אודות פרשנותה למעשי המשיב במבט לאחור: האם מעשים אלה נעשו כדי לפגוע בה, או כדי להועיל לה ולאפשר את הבדיקה, אם כי בדרך לא ראויה? על כך ענתה מ' כי המשיב "עשה דבר שאסור לעשות. הוא עשה לעזור. כן ניסה לראות ולתת מענה שיעזור לבעיה אבל בדרך הוא פגע. יכול להיות שהכוונה שלו טובה אבל עשה זאת בדרכים רעות". בהמשך לכך קבע השופט כרמל כי ייתכן שהמשיב שגה בכך שלא הפנה את מ' לאשת מקצוע למציאת פתרון לקושי בבדיקה גניקולוגית, וכן בכך שלא המתין לפתרון הבעיה ויישם פתרון משלו כדי להקל על מצוקתה של מ'. השופט כרמל הדגיש כי מחשבותיו ומעשיו של המשיב היו מכוונים לטובתה של מ' כמטופלת הזקוקה לעזרה. בהקשר זה, הוא ציין ש-מ' העידה כי מעולם לא הבחינה אצל המשיב בסימנים של הנאה או סיפוק מיני. באשר לבדיקה שנעשתה באפריל 2015 – לגביה טענה המדינה כי המשיב התנשף בנשיפות חזקות ומהירות כאשר ביצע את מעשיו ב-מ' – קבע השופט כרמל שהוא מקבל את הסברו של המשיב כי שינוע מכונת האולטרסאונד הכבדה הוא זה שגרם לו להתנשף. כמו כן, קיבל השופט כרמל את עדותו של המשיב לגבי אורך הזמן של הבדיקה, בקבעו כי הבדיקה היתה קצרה לנוכח הזמן שעמד לרשות המשיב – זאת, בניגוד לעדותה של מ', שתיארה בכנות את הרגשתה הסובייקטיבית. ביחס לעדותה של מ' על כך שהמשיב נגע לה בחזה בזמן ביצוע ההרפיות, קבע השופט כרמל כי לא ניתן לשלול את הסברו של המשיב אשר ייחס מגעים אלו לבדיקה שעשה.

25. באשר למתלוננת י' – השופט כרמל הזכיר כי י' היא זאת שהתעקשה על ביצוע בדיקה פיזית אשר תשלול קיומו של פגם כלשהו, בעטיו היא אינה נהנית מקיום יחסי מין עם בן זוגה. י' מסרה בעדותה כי אינה יכולה לומר שהמשיב עשה את אשר עשה לה כדי להפיק גירוי או הנאה מיניים. כאשר הוצבו בפני י' שלוש אפשרויות לפשר מעשיו של המשיב – (1) בדיקה שתגרום לה הנאה; (2) מעשים שנועדו ללמדה ולהדריכה; או (3) מעשים שמטרתם גרימת הנאה למשיב – היא השיבה בכנות כי "אם לא היו נפגעות נוספות – הייתי עדיין באפשרות השנייה, היום אני בין האפשרות השנייה לשלישית". לדעת השופט כרמל, מדברים אלה עולה שהמתלוננת י' האמינה בזמן אמת כי מעשיו של המשיב נועדו ללמדה ולהדריכה – וכי למצער מתקיים ספק סביר ביחס להלך רוחה בזמן אמת.

26. בדומה לקביעה בעניינה של מ', גם לגבי י' סבר השופט כרמל כי המשיב נכשל בשיקול דעתו, וראוי היה שיפנה אותה לאיש מקצוע המתמחה במיניות. אולם, לפי

השופט כדמל, לא ניתן לשלול את עדות המשיב לפיה בדיקתו זו היתה – לפי ראייתו – בדיקה מקצועית אשר כללה שימוש רב בג'ל או שמן, וכי י' חוותה, בעקבות הבדיקה, עוררות מינית, אך לא למעלה מכך. השופט כדמל הבהיר בהקשר זה כי הן עדות המשיב, והן עדות המתלוננת י', הן אמינות, וכי כל אחד מהם תיאר את מצב הדברים מהזווית בה חווה אותו: י' חשה תחושות כפי שתיארה אותן נוכח הבדיקה – אשר כללה מגע באיבר מינה – ואילו המשיב מצדו פעל באופן מכני, ללא כל כוונה מינית, וביצע את הבדיקה מבלי שהיה מודע לתחושותיה וחוויותיה של י'.

27. השופטת רנר, בחוות דעת קצרה, כתבה כי היא מצטרפת לתוצאה אליה הגיעו יתר חברי המותב – זאת, מאחר שהיא שותפה לעמדתם שלא הוכח מעבר לספק סביר כי בנסיבות המקרה התקיימה אצל המשיב מחשבה פלילית הנדרשת להרשעתו באינוס ובמעשה מגונה במרמה.

28. מכאן הערעור.

טענות המדינה

29. המדינה אינה מבקשת מאתנו להתערב בקביעות העובדתיות של בית משפט קמא. ערעורה מופנה כל-כולו אל מסקנותיו המשפטיות של פסק הדין הכולל של המותב שישב על מדין. לפי דבריה, התשתית העובדתית שעל בסיסה יש לברר את טענותיה ולהכריע בהן מצויה בפסק דינו של השופט רומנוב, שכאמור נתן אמון מלא בעדויות המתלוננות ודחה את הכחשת המשיב כבלתי אמינה. זאת, נוכח הצטרפותה של השופטת רנר לקביעותיו העובדתיות של השופט רומנוב.

30. המדינה מפרטת וטוענת כי שגה בית משפט קמא כשקרא לתוך עבירת האינוס דרישה שאינה נמנית עם יסודותיה, לקיומו של גירוי, סיפוק או ביזוי מיני כמטרת מעשיו של הנאשם. קביעה כזו, לטענת המדינה, נעדרת כל בסיס בחקיקה, בפסיקה או בכל מקור נורמטיבי אחר. נטען כי שגה בית משפט קמא בקביעתו כי משלא הוכח שהמשיב ביצע את המעשים הרלבנטיים למטרות של סיפוק או גירוי עצמי – מעשים שאינם בגדר טיפול רפואי מקובל אף לשיטת המשיב, ומבלי שהמתלוננות נתנו את הסכמתן למעשים – מן הדין לזכותו הן מהעבירות של אינוס במרמה והן מהעבירות של מעשה מגונה במרמה. המדינה מדגישה וטוענת כי מטרת הנאשם שבועל אישה ללא הסכמתה אינה נדרשת

להתקיימותה של עבירת האינוס; ודי במודעות הנאשם לכך שהוא בועל אישה ללא הסכמתה כדי להרשיעו באינוסה.

31. המדינה מציינת כי אישה אשר מגיעה לקבל טיפול רפואי מגניקולוג נותנת בו את אמונה ומפקידה בידיו את פרטיותה. ההיתר שנותנת החברה לרופא לגעת באיברי מין של נשים כרוך באחריות עצומה של הרופא אשר חייב להימנע מלפגוע במטופלת ולא לסטות במאומה מגדרי הטיפול הרפואי המקובל, שרק למענו התירה לו האישה לגעת באיבר מינה. במילים אחרות: אל לו, לרופא, לחרוג מגדרי הסכמתן המשתמעת של נשים למעשים בגופן, בבואן לקבל טיפול גניקולוגי. רופא גניקולוג אינו אמור לגרום לאישה שמגיעה לטיפולו לחוות חוויות מיניות, גם אם סבור הוא שהדבר משרת את טובתה. לטענת המדינה, שגה בית משפט קמא בכך שלא קבע קביעה נורמטיבית חד-משמעית ומתבקשת זו, ולא סימן בקו אדום ברור את ההבחנה בין המותר והאסור בטיפול גניקולוגי.

32. עוד טוענת המדינה כי קביעתו של השופט כרמל לפיה אינה מסוגלת לדעת באופן ברור מה היה המגע שנעשה באיבר מינה ולתארו במדויק, כפי שהתרחש במציאות – קביעה שהשופט דומנוב הסתייג ממנה – היא קביעה מרחיקת לכת ובלתי מבוססת אשר מגלמת בתוכה הנחות ארכאיות ופוגעניות. המדינה טוענת כי בקבעו כאמור התבסס השופט כרמל על עדויות מומחים מטעם ההגנה – דבר שלפחות לכאורה עומד בסתירה לקביעתו הקודמת כי לדברי המומחים לא היתה משמעות רבה. לטענת המדינה, קביעה זו של השופט כרמל גם מתעלמת מהראיות שהובאו מטעמה, ובפרט מעדותה של ד"ר מיכל לוריא, אשר הסבירה לבית המשפט כי התחושה באזור החיצוני של הדגדגן היא עוצמתית ומאוד קלה לפענוח. מעבר לכך, המדינה טוענת כי קביעה זו אינה מתיישבת עם נסיבות המקרה של מ', בה ביצע המשיב מעשים רבים, שיטתיים, וממושכים, או עם תלונתה של י' לפיה המגע של המשיב בדגדגן שלה היה ממושך ואינטנסיבי. קביעה זו, כך לפי המדינה, אינה מתיישבת אפילו עם דברי עד ההגנה – פרופ' עופר לביא – לפיהם במקרה של מגע ממושך בדגדגן המטופלת תזהה, בדרך כלל, את המיקום המדויק של המגע.

33. בנוסף, המדינה טוענת כי קביעתו של השופט כרמל, לפיה אין לשלול שהמגע בחזה של מ' היה בגדר בדיקת שד לגיטימית, הינה משוללת היגיון. מגע כזה חורג, לשיטת המדינה, מכל פרוטוקול רפואי לביצוע בדיקת שד – כפי שעולה מעדותה של ד"ר לוריא – ואין כל הצדקה לבצע בדיקת שד בכל פעם שמתבצעת בדיקה גינאלית בתכיפות

רבה, כפי שהעידה מ'. זאת, במיוחד כאשר אין זכר לבדיקות שד כה רבות בתיעוד הביקורים במרפאה. המדינה טוענת שהמגע של המשיב בחזה של מ', שוב ושוב, צובע את יתר המעשים שלו בחוסר לגיטימיות ברור.

34. המדינה מוסיפה וטוענת כי חרף קביעותיו שפורטו לעיל, נדמה כי השופט כרמל סבר שמעשיו של המשיב אינם לגיטימיים, ולא בכדי הוא קבע שהלה טעה בהפעלת שיקול דעתו הן ביחס ל-מ' והן ביחס ל-י'. מפסק דינו של השופט כרמל עולה כי טעות המשיב בשיקול דעתו לא הסתכמה רק באי-הפניית המתלוננות לגורם מקצועי מתאים, אלא בעצם ביצוע המעשים כפי שנעשו על ידי המשיב. בכל הנוגע ל-י', טוענת המדינה כי קביעת השופט כרמל – שמתלוננת זו תיארה את אשר חוותה אינה יכול לדור בכפיפה אחת עם בדיקה מקצועית, אותה היא ביקשה מהמשיב, שכאמור נועדה לוודא שגופה של י' תקין מבחינה אנטומית. בנוסף, המדינה טוענת כי גם לפי סברתה של י', בזמן אמת וכנראה גם בדיעבד, כי המשיב במעשיו התכוון לגרום לה חוויה מינית במטרה להדריך אותה – סברה שאימץ השופט כרמל כבסיס לקביעתו שהמשיב לא פעל לשם סיפוק או גירוי מיני שלו עצמו – עולה כי המשיב נגע באיבר מינה של י' כדי להביאה לעוררות מינית, מעשה שאינו מותר על פי פרוטוקול רפואי מקובל.

35. לפי עמדת המדינה, המעשים שביצע המשיב במתלוננות מקיימים את היסוד העובדתי של עבירת האינוס. הסכמתן של השתיים למעשים אלו הושגה במרמה ביחס למהות המעשה: מ' הסכימה למעשי המשיב לאחר שהלה הטעה אותה לחשוב כי אותה "הרפיה" היא חלק מטיפול רפואי לגיטימי והכרחי. י' ביקשה להיבדק כדי לוודא שאין בה דבר-מה גופני שאינו תקין, המונע ממנה ליהנות בעת קיום יחסי מין עם בעלה. היא לא ביקשה שהמשיב ידגים על גופה סיפוק מיני ויוכיח לה במרפאתו שהיא מסוגלת להגיע לכך. המשיב רימה אותה לחשוב שהוא מבצע בדיקה רפואית לגיטימית בעקבות תלונתה, מבלי להסביר לה את פשר מעשיו, ונגע באיבר מינה במכוון כדי להביאה לעוררות וסיפוק מיניים.

36. לבסוף, המדינה מבהירה כי אינה מבקשת להשיג על קביעת בית משפט קמא בדבר מטרותיו של המשיב – קביעה שהמשיב לא ביצע את המעשים לצורך גירוי או סיפוק מיני שלו עצמו (למרות הקושי שהיא רואה בקביעה זו). לצד זאת, טוענת המדינה כי התקיימה אצל המשיב מטרה של ביזוי מיני של המתלוננות, הן ביחס לעבירת המעשה המגונה במרמה, והן ביחס לעבירת האינוס במרמה – אף שהתהוותה של עבירת אינוס אינה תלויה בשום מטרה או כוונה מיוחדת. המדינה סבורה כי ביצוע מעשים מיניים

והבאה לעוררות מינית של אישה ששוכבת על מיטת הטיפולים אצל גניקולוג – מעשים שאינם בגדר טיפול רפואי מקובל – אחרי שהאישה נתנה ברופא את אמונה מבלי להבין את פשר המעשים, וכאשר הסכמתה למעשים אלו הושגה על ידי מצג שקרי כי מדובר בטיפול רפואי, מביאים לביזוי מיני של האישה ופוגעים בכבודה, באוטונומיה שלה ובזכותה על שלמות גופנית. המדינה מפנה בעניין זה לפסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו בתפ"ח 43934-06-16 מדינת ישראל נ' שכטר (19.10.2020) (להלן: עניין שכטר), במסגרתו הורשע גניקולוג-סקסולוג בביצוע מעשים מגונים במרמה במטופלות שלו. בפסק דין זה נקבע כי הדרישה לביזוי מיני התמלאה במודעות הנאשם לביצוע מעשים מיניים במטופלות – מעשים שאינם מקובלים במסגרת טיפול רפואי – ללא הסכמתן, ובכך שיש במעשים אלו, בהסתברות גבוהה, כדי לגרום לביזוי מיני, בהתאם להלכת הצפיות. המדינה טוענת כי הדברים שנקבעו בעניין שכטר יפים ונכונים גם בעניינו של המשיב.

טענות המשיב

37. מנגד, המשיב סומך את ידיו על פסק דינו של בית משפט קמא. במסגרתו, כך טוען המשיב, הכריעו שלושת השופטים, על יסוד עדויות המתלוננות ועדותו שלו, כי כל שנעשה על-ידו נעשה לצורך בדיקות רפואיות שעל נחיצותן לא היתה מחלוקת (בהעדר ראיות שסתרו את עדותו בדבר נחיצות הבדיקות). מכאן המשיב מסיק כי שלושת השופטים סברו שלא התקיימה במעשיו מרמה – רכיב שבלעדיו לא ניתן להרשיעו בעבירות שיוחסו לו.

38. המשיב מוסיף וטוען כי בקשת המדינה כי בית המשפט יקבע את המותר והאסור בבדיקה גניקולוגית מעלה תמיהה, שכן מי שאמון על הגדרת דרכי הבדיקה והטיפול המקובלות הם גורמי המקצוע הרפואי, ולא בתי המשפט. נטען כי עד היום לא נקבעו כללים או הנחיות בנושא, בעיקר מפני שמדובר בזירת העבודה של גניקולוג ולא ניתן לקבוע כי החדרת אצבע אל תוך איבר מינה של המטופלת או נגיעה באחד מחלקי איבר המין שלה חורגות מגבולות המותר בבדיקה – זאת, במיוחד כאשר המטופלת נותנת לכך את הסכמתה. המשיב מבהיר כי בזירת עבודה כה קטנה ורגישה מבחינה עצבית לא ניתן לדעת אימתי וכיצד בוצעה נגיעה באיבר המין ומה היתה סיבתה, וכי תחושת הנגיעה באזור מסוים יכולה לנבוע מטעות המטופלת או ממגע אגבי. כמו כן, לדבריו, מכיוון שמדובר באיבר מין קטן ורגיש מבחינה עצבית, אין זה מן הנמנע – כפי שמומחים מטעם ההגנה העידו – שהמטופלת תחוה הנאה או גירוי מיני בזמן הטיפול. המשיב טוען כי

במקרים כמו המקרה דנן, בהם הימצאות אצבעותיו של הגניקולוג באזור איבר המין של המטופלת – זירת עבודתו – היא כשרה לחלוטין, אין שום אפשרות לקבוע כי הגניקולוג ביצע מעשה אסור על יסוד עדות המתלוננת על תחושותיה וללא כל ראיה אובייקטיבית. המשיב ממשיך וטוען כי המדינה לא הציגה שום ראיה אובייקטיבית כאמור או ראיה אשר מצביעה על הפקת הנאה מינית על ידו במהלך הבדיקות שעשה למתלוננות.

39. עוד טוען המשיב כי המתלוננות לא חשבו שהן קורבנות לעבירות מין כאשר טופלו על-ידו, ואף הכירו לו תודה על הטיפול המסור בהן. לדבריו, הלך רוחן של המתלוננות השתנה כאשר נכנסו לתמונה גורמים חיצוניים מטעם קופת החולים – גורמים אשר הביאו את המתלוננות לחשוב שהן קורבנות עבירה ואשר "מסגרו" עבורן את מעשיו הכשרים כפגיעה מינית. המשיב מוסיף וטוען כי אפילו בשלב מאוחר בעדותן בבית המשפט המתלוננות לא ייחסו לו רצון לבזותן מינית או כוונה לרמותן. המשיב מדגיש בהקשר זה, כי "הגישה נגדו תלונה רק בעקבות לחץ מצד גורמים שונים אשר כללו את הפרקליטה שטיפלה בתיק.

40. באשר למתלוננת מ', המשיב מדגיש את הצורך העז בהרפיה בעניינה לאחר שרופאים אחרים לא הצליחו לבדוק אותה, וטוען כי רק בזכות ההרפיות, שהיו נחוצות עד-מאוד, עלה בידו לבדוק אותה. כמו כן, טוען המשיב כי בזכות טיפולו המקצועי מתלוננת זו הצליחה לעבור בשלום את ההריון. נטען כי לאחר שהמשיב הפסיק לטפל בה, מ' לא נבדקה, ויתרה על הבאת ילדים, ובדיקה הכרחית אחת, שהיתה צריכה לעבור לאחר מכן, נעשתה בהרדמה כללית. המשיב, כך נטען, ניסה לסייע ל-מ' בדרכים שונות מעבר לבדיקה: למשל, הוא הציג בפניה דגם של איבר המין הנשי בניסיון לברר מדוע היא מגיבה בהתכווצות חמורה. נטען שהמשיב אף ניסה להפנותה לפסיכולוגית בקופת החולים, אשר בסופו של יום "מסגרה" את הטיפול שהלה העניק ל-מ' כפגיעה מינית. על רקע זה, נטען כי אין זה מתקבל על הדעת שהמשיב היה נוהג כך אילו לא האמין בכך שהוא מספק מענה לגיטימי ונכון לצרכיה הטיפוליים של מ'.

41. באשר למתלוננת י', המשיב מציין כי במשך שמונה שנים בהן טיפל בה, היא מעולם לא ראתה כל בעייתיות בטיפולים שקיבלה ממנו ותמיד היתה שבעת רצון מהטיפול. י' העידה כי באירוע שביסוד האישום השלישי היא זו שהתעקשה שהמשיב יבדוק שבאיבר מינה אין שום פצע או יבלת אשר מונעים ממנה ליהנות ביחסי מין, ולמעשה הכריחה אותו לבצע את הבדיקה הווגינאלית אחרי שהלה אמר לה שאינו רואה צורך בבדיקה כזאת. המשיב טוען כי בדיקה לגילוי פגם אנטומי היא בדיקה יסודית

ומקיפה מחוץ ובתוך איבר המין, במהלכה הרופא נוגע בכל נקודה ונקודה כדי לוודא שאין כאב או גרד; והוא אינו זוכר דבר-מה חריג שקשור לבדיקה הספציפית האמורה. לטענת המשיב, 'לא אמרה לו כי היא חוותה הנאה מינית בזמן אמת, ובעדותה בבית המשפט התברר כי היא אינה יודעת מהי אורגזמה. ההגדרה שנתנה לתחושותיה בעדותה בבית המשפט התאימה להנאה כלשהי, וייתכן שאפילו לשלב הראשון של עוררות מינית. כמו כן, הפנה המשיב לכך שבעדותה מסרה 'שאינה זוכרת בוודאות אם אצבעו חדרה לתוך איבר מינה.

42. המשיב מוסיף וטוען כי חלקה הארי של כל בדיקה ובדיקה שעשה למתלוננת מ' היתה בגדר טיפול רפואי מקובל ומוכר. לשיטתו, הטענה שהתווסף לבדיקה רכיב שאינו נדרש מזמינה את בית המשפט לפלח את הבדיקות באזמל מנתחים ולקבוע איזו נגיעה היתה כשרה ואיזו נגיעה לא היתה כשרה. במצב דברים זה, טוען המשיב כי מן הדין לזכותו, ולו מחמת הספק, מאחר שהמדינה לא הניחה בפני בית המשפט תמונה עובדתית ברורה שעל בסיסה ניתן להרשיע נאשם בפלילים. עוד טוען המשיב, כי לצרכי הרשעה נדרשת הוכחה, מעבר לספק סביר, בדבר ביצוע מעשים אובייקטיביים שאינם מקובלים לחלוטין בבדיקה גניקולוגית, כפי שנקבע בעניין שכטר לגבי השימוש בוויברטור, או, למשל, אמירות מפורשות בעלות אופי מיני וכן שימוש בסולם לרמת ההנאה המינית. לפי המשיב, בדיקה וגניאלית היא בדיקה דינמית: אצבעות הגניקולוג זזות מנקודה לנקודה; לעיתים, קיים צורך להוציא את האצבע מאיבר מינה של הנבדקת ולהכניסה שוב אל תוך איבר המין; וכיוון שמדובר באזור בדיקה קטן, כל החדרה, או כמעט כל החדרה, מובילה לכך שהאצבע נוגעת בדגדגן. בהינתן כל זה, ברי הוא, לטענת המשיב, כי המדינה לא הוכיחה את אשמתו במיוחד לו בכתב האישום.

43. ביחס לדעות השונות של שופטי בית המשפט המחוזי – המשיב טוען כי השופט כרמל האמין הן למתלוננות, הגם שפקפק ביכולתן לתאר עובדות כדבעי, והן לו – למשיב. השופט כרמל קבע אמנם כי ראוי היה למשיב להימנע מהאופן בו ביצע את הבדיקות וכי המשיב טעה בשיקול דעתו, אך לצד קביעות אלה הוא זיכה את המשיב בשל העובדה כי הלה האמין בתום-לב בנחיצות הבדיקות שעשה לשתי המתלוננות. השופט רומנוב הגיע לתוצאה זהה למרות שמצא את עדויותיהן של המתלוננות – גם לגבי האופן בו בוצעו הבדיקות – אמינות ומדויקות; ואילו השופטת רנר הצטרפה לשני חבריה, ולא לשופט רומנוב, כטענת המדינה. הוזה אומר: לצד המחלוקות שנתגלעו בין חברי המותב בבית המשפט המחוזי, המשיב זוכה זיכוי מלא מאחר שהמדינה כשלה בהוכחת הרכיב הנפשי של עבירות האינוס והמעשה מגונה במרמה.

44. במסגרת תשובתו לערעור, המשיב שב וביקש להטיל ספק לגבי גרסאותיהן של המתלוננות באשר למה שאירע במהלך הבדיקות במרפאתו. במסגרת זו, נטען כי גרסאות אלו הועלו בחלוף שנים ממועדי ביצוע הבדיקות. כמו כן, ציין המשיב את השתייכות המתלוננות למגזר החרדי, ממנה ביקש להסיק את חוסר המודעות שלהן, ואף בורות, בכל הקשור לענייני מיניות; את עברן כנפגעות של עבירות מין; את התנתקותה של המתלוננת מ' ממה שנעשה בגופה במהלך הבדיקות הגניקולוגיות; את הזיהום האפשרי של עדויותיהן; וכן את מחדלי החקירה שבהם, לדבריו, אשמה המשטרה.

דיון והכרעה

45. הערעור שלפנינו מעורר שאלה מורכבת שעניינה אחריותם בפלילים של רופאים גניקולוגים, ששגרת עבודתם כרוכה במגעים באיבר המין הנשי והחדרת אצבע או חפץ אל תוך איבר המין – מעשים שמחוץ להקשר הטיפולי-מקצועי עולים כדי עבירת אינוס (ראו והשוו: Mihael Plantak, et al., *Pelvic Exam Laws in the United States: A Systematic Review*, 48 AM. J. LAW & MEDICINE 412 (2022)).

46. אקדים ואומר כי לאחר שמיצת טיעוני הצדדים ובחינה מעמיקה של הדברים, הגעתי למסקנה שיש לקבל את ערעור המדינה ולהרשיע את המשיב בעבירות של אינוס במרמה.

קבלת ערעור על זיכוי הנאשם – על אחת כמה וכמה כאשר מדובר בזיכוי שנקבע פה-אחד על ידי המותב שישב על מדין בבית המשפט המחוזי – אינה בגדר דבר של מה-בכך. עם זאת, וכפי שאפרט להלן, סבורני כי הכרעת הדין קמא נפגמה במספר טעויות יסודיות. בראש ובראשונה, בית המשפט המחוזי לא עשה את ההבחנה הנכונה בין עבירת האינוס לבין זאת של מעשה מגונה. כפועל יוצא מכך, נפלה בהכרעת הדין קמא טעות משפטית: קביעתו של בית המשפט המחוזי כי להתהוותה של עבירת אינוס נדרשת כוונה מיוחדת לבצע את מעשה הבעילה, כהגדרתו בסעיף 345(ג) לחוק – שכאמור באותו סעיף כולל החדרת אצבע לאיבר המין הנשי – למטרת גירוי או ביזוי מיניים אינה תואמת את הוראות הדין. הוראות הדין קובעות כי כל בעילה שנעשית ביודעין ללא הסכמת האישה הנבעלת היא בגדר אינוס, בין אם הבעל פועל למטרה מינית כלשהי ובין אם לאו. בזאת שונה יסודה הנפשי של עבירת אינוס מזה של מעשה מגונה. בנוסף, חלק ניכר מחוות דעתו של השופט כרמל מושתת על הנחות שגויות באשר ליכולתן של המתלוננות לתאר

את מה שנעשה באיבר מינן; והנחות אלו טעונות תיקון. לבסוף, בית משפט קמא שגה כאשר ניתח את מעשיו של המשיב ובחן אותם, בהיבט הנורמטיבי, בהתעלם מעדויות המומחים שנשמעו לפניו, ומנורמות מקצועיות אשר משרטטות את גבולות הטיפול הרפואי המקובל אצל גניקולוגים. המסקנה שעולה מהניתוח הנכון של העובדות אינה אלא זאת: המשיב העניק למתלוננות, ביודעיו, טיפולים בלתי מקובלים אשר כללו החדרת אצבעותיו לתוך איבר המין ועיסוי הדגדגן – כל זאת, כדי לקדם את טובתו, כפי שהוא ראה אותה, אך מבלי ליידע את המתלוננות על כך שמדובר בטיפולים בלתי מקובלים, ומבלי לקבל מהן, ביחס לטיפולים אלו, הסכמה מדעת. התנהלות זו עולה כדי אינוס במרמה; ועל כן אציע לחבריי לבטל את הכרעת הדין קמא, להרשיע את המשיב בעבירה כאמור ולגזור את עונשו.

התשתית העובדתית

47. במקרה שלפנינו, שלושת שופטי המותב קמא הגיעו לאותה מסקנה מזכה, אולם בחרו לפסוע לעברה בדרכים הנבדלות זו מזו. מבנה זה של הכרעת הדין מחייבנו לחלץ מתוכו, ככל שהדבר אפשרי, את התשתית העובדתית המשותפת שהיתה מקובלת על כל שלושת השופטים; וכך אעשה. תשתית עובדתית זו תשמשי בהמשך פסק דיני בו אדרש לקבוע אם המשיב, במעשיו, בעל את המתלוננות בהסכמתן "שהושגה במרמה לגבי [...]" מהות המעשה – קרי: באופן שמפר את האיסור הפלילי הקבוע בסעיף 345(א)(2) לחוק העונשין.

48. הקביעות העובדתיות של השופט רומנוב באשר למעשיו של המשיב הן חדות וברורות. השופט רומנוב נתן אמון מלא בעדויות המתלוננות בנוגע למעשי המשיב בגופן והדברים שהלה אמר להן, וקבע שהמתלוננות לא טעו במה שקלטו בחושיהן בזמן אמת. השופט רומנוב קבע כי המשיב ביצע במתלוננת "מעשים מכוונים אשר כללו תנועות סיבוביות באיבר מינה בקצב הולך ומתגבר, ואשר נועדו להביאה לפורקן מיני; ואכן כתוצאה מהמעשים הללו היא חוותה לראשונה בחייה פורקן מיני וסיפורה על כך לבעלה מיד אחרי צאתה מהמרפאה. עוד קבע השופט רומנוב כי המשיב ביצע במתלוננת מ' הרפיות אשר כללו מגע באיבר המין – זאת, במהלך בדיקות מרובות שנעשו לאורך זמן. הרפיות אלה כללו, מעבר להרפיה מילולית, שפשוף של איבר המין, כמו גם הכנסה והוצאה של אצבעותיו של המשיב לאיבר המין של מ', כאשר תוך כדי כך הוא נהג להרעיד את הדגדגן שלה עם האגודל שלו. בנוסף, החל משלב מסוים נהג המשיב להכניס את ידו מתחת לחזייה של מ' ולעסות את החזה שלה בד-בבד עם ההרפיה שעשה באיבר המין. בעקבות ההרפיה, הרגישה המתלוננת מ' שהיא "נזרקת" וכן חשה זרמים בגוף וכי גופה וידיה נשמטים.

49. השופט כרמל נמנע מלהגדיר בצורה ברורה את הפעולות שעשה המשיב באיברי מינן של המתלוננות. השופט כרמל קבע אמנם כי כלל הנתונים מובילים אל המסקנה שבעת הבדיקה שעשה המשיב למתלוננת מ' הוא נגע באיבר מינה לצורך הרפיית השרירים, אולם קביעה זו לא כללה פירוט באשר לטיבו של המגע. השופט כרמל קבע, ביחס לשתי המתלוננות, כי עדויותיהן אמינות ומהימנות, וכי הן תיארו את אשר חוו והרגישו ולא ניסו להעליל על המשיב או לטפול עליו אשמת שווא. חרף זאת, סבר השופט כרמל כי ראוי לבחון את עדויותיהן של המתלוננות בזהירות ולבדוק אם תיאוריהן הסובייקטיביים תואמים את המציאות האובייקטיבית. זאת, בעיקר, הואיל ואיבר המין הנשי הוא אזור אינטימי, רגיש, מצומצם, ורווי עצבים – ולכן ייתכן כי אישה שעוברת בדיקה גניקולוגית לא תדע לתאר במדויק היכן נגעו ידי הרופא ומה היה סדר הדברים. הערכה זו התבססה על דבריהם של חלק ממומחי ההגנה.

50. השופטת דנר, בחוות דעת קצרה, הצטרפה לתוצאה אליה הגיעו השופטים דומנוב וכרמל, אחרי שהסכימה עמם שהמדינה לא הוכיחה את טענתה כי המשיב פעל כפי שפעל מתוך מודעות לכך שהמתלוננות לא נתנו הסכמה מדעת לטיפולים הבלתי מקובלים שהעניק להן – טיפולים שכאמור כללו החדרת אצבעותיו אל תוך איברי מינן של שתי המתלוננות, וכן הרעדת הדגדגן או עיסויו. השופטת דנר אינה מבהירה מהי התשתית העובדתית המלאה המקובלת עליה, אולם ניכר הוא כי לפחות ברמה העקרונית היא נותנת אמון בעדויות שמסרו המתלוננות. מבחינת השופטת דנר, זיכוי המשיב נובע מהיעדר מחשבה פלילית ולא מחסרים ברכיביו העובדתיים של אינוס במרמה.

51. לדעתי, ניתוח הראיות שעשה השופט כרמל הינו שגוי מכמה בחינות. בטרם אסביר זאת, אציין כי עסקינן בניתוח ראיות אשר מבוסס על הגיון ועל ניסיון החיים הכללי, להבדיל מהתרשמות ישירה מהמתלוננות ומהופעתן כעדות. בכגון דא, אין לערכאה הדיונית כל יתרון על-פני ערכאת הערעור (ראו, מני רבים: ע"פ 8642/19 הייב נ' מדינת ישראל, פסקה 36 (13.10.2021); ע"פ 5714/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (1.9.2010) (להלן: עניין פלוני)).

52. השופט כרמל קבע, כאמור, כי המתלוננות מסרו עדויות אמת – כפי שהן ראו אותה – בכל הקשור לטיפולים שקיבלו מהמשיב. עדויות אלה הותירו אצל השופט כרמל ספק באשר לחפיפה שבין העדויות הללו למציאות האובייקטיבית – זאת, בהתחשב בנסיבות חייהן של המתלוננות כנשים הנטועות בחברה החרדית וככאלה שגם מבחינתן

האישית אינן בעלות ניסיון או ידע בעולם המיני, ולפיכך עלולות לטעות בניסיוןן לזהות ולאבחן מגעי אצבעות באיבר המין הנשי שכל מטרתם היא לענג את האישה ו/או לספק דחף מיני למי שמבצע את המגעים.

53. בהינתן העובדה כי המתלוננות, מבחינתן, מסרו לבית המשפט עדויות אמת – עובדה שהשופט כדמל לא הטיל בה אפילו ספק קל – סבורני כי חומר הראיות, כמכלול, לא אפשר להגיע למסקנתו בדבר טעותן האפשרית באשר למהות מעשיו של המשיב במהלך הטיפולים. זאת, בשל ריבוי המעשים בעניינה של מ', אשר חזרו על עצמם בטיפולים שונים ואשר כללו, כאמור, שפשוף איבר מינה של מ', החדרת אצבעותיו של המשיב לתוכו, והרעדת הדגדגן; וכן בשל האינטנסיביות של המגע עם הדגדגן בעניינה של י'. בכל אחד מהטיפולים האלה, המתלוננות חשו עוררות מינית עוצמתית, וגם על עובדה זו אין עוררין. מטעם זה, אני מייחס חשיבות רבה, אם בכלל, להשתייכותן הדתית והתרבותית של המתלוננות לחברה החרדית; ואעיר, במאמר מוסגר, כי ההיסק הסטראוטיפי בדבר בורות מינית – אשר יכול שישתמע מניתוח הדברים שנכתבו על-ידי השופט כדמל ביחס למתלוננות – אינו מקובל עלי אף הוא. ברי הוא, כי שתי המתלוננות ידעו לתאר באופן אותנטי ואמין את החדרת אצבעותיו של המשיב לאיבר המין, את מגעיו בדגדגן ואת תחושת העוררות המינית שחשו בעקבות מעשיו.

54. אשוב למה שהמתלוננות סיפרו בעדותן. המתלוננת מ' תיארה מעשים חוזרים ונשנים של המשיב, במספר רב של בדיקות, של מגע ממושך באיבר מינה אשר כלל שפשוף; החדרת אצבעות לנרתיקה והוצאתן מתוכו, פעולות שחזרו על עצמן מספר פעמים; ואף הרעדת האגודל על הדגדגן. המגע באיבר מינה של המתלוננת י' היה ממושך ואינטנסיבי לפחות באותה מידה: הוא כלל תנועות סיבוביות של אצבעו של המשיב על הדגדגן שלה, תוך הגברת קצב התנועות הללו, עד אשר היא חשה שהגיעה לפורקן מיני. בנסיבות אלו, אין שום אפשרות סבירה שהמתלוננות טעו בתחושותיהן בסוברן כי המשיב נוגע בדגדגן בעודו נוגע במקומות אחרים של איבר המין.

55. עדויות אלו של המתלוננות נתמכות על ידי עדה אמינה מטעם התביעה, ד"ר מיכל לוריא. ד"ר לוריא היא גניקולוגית ותיקה אשר ניהלה את המרכז לבריאות מינית בבית החולים הדסה הר הצופים. מעדותה עולה כי התרחיש שבו אצבעות הגניקולוג, אשר מצויות בנרתיק של המטופלת – ואשר מותחות אותו ומפעילות לחץ על דפנות קירותיו – יתנו תחושה בדגדגן הינו זניח (פרוטוקול הדיון מיום 4.5.2021, בעמ' 503). ד"ר לוריא הסבירה כי התחושה שבאה מהדגדגן הפנימי – אשר קבור, כלשונה, עמוק

מתחת לרקמה, שונה מהתחושה שמקורה בדגדגן החיצוני – חלקו החשוף של הדגדגן, שיש בו ריכוז מאוד גבוה של עצבים; ולפיכך, תחושת הנגיעה בדגדגן החיצוני הינה עוצמתית ומאוד קלה לזיהוי (פרוטוקול הדיון מיום 4.5.2021, בעמ' 513). עוד מסרה ד"ר לוריא שבדיקה גניקולוגית לרוב אינה מפיקה תחושה בדגדגן גם אם היא עוברת בקרבת הדגדגן הפנימי (פרוטוקול הדיון מיום 4.5.2021, בעמ' 503). דברים אלה לא הופרכו על ידי איש ממומחי ההגנה שהעידו במשפט (ראו: עדותו של פרופ' עופר לביא (פרוטוקול הדיון מיום 1.5.2022, בעמ' 995) ועדותה של ד"ר רחל פיקאר (פרוטוקול הדיון מיום 1.5.2022, בעמ' 1029)). יתרה מכך: מומחה ההגנה, פרופ' עופר לביא, העיד בחקירתו הנגדית כי ככל שהמגע באיבר מינה של אישה הוא ממושך יותר, הסבירות שהאישה תטעה לגבי מהות המגע הולך וקטן; טעות כאמור יכולה להימשך לכל היותר מספר שניות (פרוטוקול הדיון מיום 1.5.2022, בעמ' 987-988 ובעמ' 993-994). פרופ' חיים יפה מסר עדות זהה (פרוטוקול הדיון מיום 13.7.2022, בעמ' 1072).

56. בנוסף, יש לזכור כי השופט כדמל עצמו סבר כי המשיב טעה בשיקול דעתו המקצועי ביחס לכל אחת מהמתלוננות, וכי טוב היה אילו היה פועל אחרת. הווה אומר: המשיב העניק למתלוננת טיפול בלתי מקובל, שלשיטתו נעשה לצרכי הרפיה.

57. בהתייחסו למגעי המשיב בחזה של המתלוננת מ' במהלך ביצוע ההרפיות, השופט כדמל קבע, כאמור, כי לא ניתן לשלול את הסברו של המשיב לפיו מדובר היה, מבחינתו, בבדיקת שד לגיטימית. קביעה זו אימצה גרסה מופרכת על-פניה וחסרת הגיון, ואיני רואה מנוס מלהתערב גם בה (ראו: עניין פלוני, פסקה 12; ע"פ 8146/09 אבשלום נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (8.9.2011)). המתלוננת מ' ידעה לתאר היטב בעדותה מתי נגע המשיב בחזה כדי לברר תלונה רפואית – למשל: בעקבות דלקת שהתפתחה אצלה בחזה אחרי הלידה. מ' אף הסבירה את ההבדל בין הנגיעה לשם בדיקת הדלקת, אשר כללה מגע נקודתי עם האצבע בחזה, לבין המגעים בחזה שביצע המשיב כחלק מאותה "הרפיה" החל מהשבוע ה-18 להריונה, שהיו בגדר עיסוי של ממש. מ' בוודאי לא יכלה לטעות ביחס למה שראתה והרגישה כאשר המשיב החל לעסות את שדיה במהלך ההרפיות שביצע בה, מבלי שאמר לה מראש שהוא עומד לגעת בחזה או להסביר את הצורך בכך. לטעמי, אין זה מתקבל על הדעת שבירור תלונה רפואית ביחס לשד נעשית באמצעות עיסוי החזה מתחת לחזייה, בזמן שהמטופלת שוכבת על מיטת הטיפול, ברגליים מפושקות, באמצע בדיקה גניקולוגית, וכאשר אצבעות ידו השנייה של הגניקולוג נמצאות בתוך איבר מינה. השכל הישר מלמדנו כי לא כך נעשית בדיקת שד; ואין צורך במומחיות רפואית כלשהי על-מנת לקבוע, מעבר לספק סביר, שגרסת המשיב

בעניין זה נעדרת כל הגיון. לזאת אוסיף כי, ד"ר לוריא שללה בחקירתה במשטרה את האפשרות לבצע בדיקת שד בדרך האמורה, ומומחי ההגנה לא השמיעו שום אמירה שחולקת על כך.

58. להשלמת התמונה, אציין כי לא נעלמה מעיני עדותה של המתלוננת י' שאינה בטוחה אם המשיב החדיר את אצבעו אל תוך הנרתיק שלה. דא עקא, י' תיארה לאורך עדותה כי המשיב עשה תנועות סיבוביות מהחוץ פנימה, לאזור בין השפתיים של איבר מינה, תוך שהוא נוגע בדגדגן שלה. עדות זו תאמה את דבריה של י' במשטרה אשר נאמרו כאשר החוקרים הציגו בפניה תמונה של איבר מין נשי כדי שתוכל להצביע היכן בדיוק נגע המשיב, והיא אכן הצביעה על השפתיים ועל הדגדגן. נגיעות המשיב בתוך השפתיים החיצוניות של איבר מינה של י' עולות כדי "בעילה" כחלק מהיסוד העובדתי של עבירת האינוס – זאת, אף אם המשיב לא החדיר את אצבעו לנרתיק (ראו, בהקשר זה: ע"פ 1484/10 אבו חאמד נ' מדינת ישראל, פסקה ד' לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (22.10.2012); וע"פ 6813/16 נחמני נ' מדינת ישראל, פסקה 9 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (17.9.2018)).

59. המקובץ עד כה מאפשר לנו להגדיר את המסכת העובדתית שהוכחה מעבר לספק סביר, כדלקמן:

- המשיב טיפל במתלוננות י' ו-מ' באופן בלתי שגרתי – טיפול שכלל, שלא בהתאם למקובלות החדרת אצבעות אל תוך איבר מינה של כל אחת מהמתלוננות ועיסוי או הרעדה של הדגדגן.
- הדבר נעשה באופן שגרם למתלוננות לחוש עוררות מינית עוצמתית.
- המתלוננות האמינו כי הן מקבלות טיפול גניקולוגי מקצועי, ועל כן הן נתנו את הסכמתן למעשי המשיב.
- המשיב מעולם לא הסביר למתלוננות כי מדובר בטיפול בלתי שגרתי שאינו תואם את המקובלות בעולם הגניקולוגיה.

- הסברו של המשיב כי פעל כדי להטיב את מצבן של שתי המטופלות, ולא למטרות מיניות, לא הופרך.

60. מכאן אעבור לדיון במשמעות העובדות הללו בגדרם של דיני העונשין.

המסגרת הנורמטיבית – אימתי עובר גניקולוג עבירה של אינוס במרמה, מעשה מגונה או תקיפה?

61. ברי הוא, כי העובדות שנקבעו שוללות את האפשרות להרשיע את המשיב בעבירה של מעשה מגונה, שבבסיסה כוונה מיוחדת של העושה להפיק ממעשהו הנאה או תועלת מינית או לבזות את נפגעת העבירה בהיבט מיני כלשהו (ראו: סעיף 348(ו) לחוק העונשין). כוונה כאמור לא התקיימה אצל המשיב או, למצער, לא הוכחה מעבר לספק סביר. באשר לטענת המדינה לפיה מן הדין להחיל על המשיב את הלכת הצפיות, ולייחס לו, מכוחה, כוונה לביזוי מיני של מ': משקבענו שלא ניתן לשלול – ולו מחמת הספק – את התרחיש בו המשיב האמין שהינו פועל על-מנת להטיב את מצבה של מתלוננת זו, אין לנו אלא לדחות את הטענה האמורה.

62. כמו כן, חשוב לציין כבר בראשית הדרך שכוונה כאמור אינה נדרשת להתהוותה של עבירת אינוס על צורותיה, ועל כן השופט רומנוב טעה טעות שבדין כאשר קרא כוונה זו – יש מאין – לתוך מילותיו של סעיף 345 לחוק העונשין. פשיטא הוא, כי אדם שביועצין מחדיר את אצבעו לתוך איבר מינה של אישה, מבלי שהיא הסכימה לכך, עובר עבירת אינוס גם כשכוונותיו נקיות לחלוטין ממאוויים והקשרים מיניים (ראו: ע"פ 8561/22 חורי נ' מדינת ישראל, פסקה 58 (20.8.2024) (להלן: עניין חורי)); ואציין, במאמר מוסגר, כי הוא הדין לגבי העבירה של מעשה סדום, שגם היא אינה מכילה בתוכה שום כוונה מיוחדת בהקשר המיני, בשונה מהעבירה של מעשה מגונה (ראו: ע"פ 9227/23 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 34 לפסק דיני (29.12.2024)). עסקינן באיסור ממוקד-קורבן, שבא להגן, בבת אחת, על ריבונות האישה על גופה, על חופש הבחירה הנתון בידיה, על כבודה, ועל דל"ת אמות פרטיותה, כאשר הגנה זו ניתנת לאישה כאישה.

63. אשר על כן, ועל יסוד העובדות שנקבעו כאמור, עלינו לבחון האם המשיב השיג את הסכמת המתלוננות במרמה לגבי "מהות המעשה" ועל-ידי כך ביצע בהן אינוס במרמה, עבירה לפי סעיף 345(א)(2) לחוק העונשין, או, למצער, עשה מעשה תקיפה בהסכמתן "שהושגה בתרמית" – עבירה לפי סעיף 378 לאותו חוק. כמו כן, ניתן לשאול

האם העיסוי בחזה של המתלוננת מ', שהמשיב ביצע אגב בדיקה גניקולוגית – ושלגביו, כאמור, לא הוכחה כוונה מינית כלשהי – עלה כדי תקיפה בהסכמת הקורבן "שהושגה בתרמית", כאמור בסעיף 378 לחוק.

64. המשיב כלל לא הואשם במעשה תקיפה. נושא התקיפה הועלה, ביוזמתנו, בסוף הדיון בערעור. אחרי שמיעת טענותיהם של בעלי הדין, ביקשנו מהם להגיש השלמות טיעון ולהתייחס לאפשרות שנפעיל את סמכותנו לפי סעיף 216 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החט"פ), ונרשיע את המשיב – בגין מעשיו שהוכחו כדבועי מעבר לספק סביר – בעבירת תקיפה לפי סעיף 379 לחוק העונשין, חלף העבירות של אינוס ומעשה מגונה. אחרי שקילת האמור בהשלמות הטיעון שהוגשו לעיוננו, הגעתי למסקנה כי לא יהא זה נכון להרשיע את המשיב בעבירת התקיפה שלא יוחסה לו בכתב האישום.

ואלה הן הסיבות לכך:

- באין מחלוקת על כך שהמשיב החדיר את אצבעותיו לתוך אברי המין של מ' ושל " – אם נקבע שהדבר אכן נעשה על ידו בתרמית, יהא עלינו להרשיעו בעבירה חמורה יותר של אינוס במרמה, כאשר מעשה התקיפה נבלע בתוכה (ראו והשוו: ש"ז פלר "הכלל א' = א' + ב' והיקף חלותו" הפרקליט כג 427 (התשכ"ז)).

- באשר לעיסוי החזה שהמשיב עשה למתלוננת מ' – אחרי שידענו כי אין אפשרות להרשיעו בעבירה של מעשה מגונה, ובהינתן חומרתם היתרה של אישומי האינוס, עמם נגזר על המשיב להתמודד בבית המשפט המחוזי, ספק בעיניי אם המשיב קיבל הזדמנות נאותה להתמודד עם ההאשמה במעשה תקיפה אשר עולה מאותו אירוע נקודתי. בנסיבות אלו, סבורני כי לא יהא זה ראוי להפעיל את הסמכות המיוחדת אשר הופקדה בידינו בסעיף 216 לחסד"פ.

65. אשר על כן, הדיון שיבוא להלן יתמקד בעבירת האינוס במרמה – ובה בלבד.

66. האיסור הפלילי על מעשי אינוס נועד להגן על זכות האישה לריבונות על גופה, על אוטונומיית הרצון שלה ועל כבודה (ראו: ע"פ 5097/07 פחימה נ' מדינת ישראל, פסקה 8 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (25.5.2009) (להלן: עניין פחימה)). היעדר

הסכמה חופשית של האישה הוא לב-ליבה של עבירה זו, והוא זה שהופך מעשה בעילה – באמצעות איבר מאיברי הגוף או באמצעות חפץ אחר – לעבירה פלילית חמורה. זה הוא היסוד העובר כחוט השני בין כל החלופות של עבירת האינוס בסעיף 345(א) לחוק העונשין; והוא זה אשר עומד בבסיס החלופה שבסעיף-קטן (א)(2) – בגינה עומד המשיב לדין – שעניינה בעילת אישה בהסכמתה שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה. הוזה אומר: המחוקק קבע שהסיפא של חלופה זו – מרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה – נוטלת מהסכמת האישה את חופשיותה ומוליכה אל התוצאה כי הסכמתה לאו הסכמה היא, בדומה ל"הסכמתה" של אישה אשר נלקחת ממנה בעודה שרויה במצב של חוסר הכרה או "הסכמתה" של אישה הלוקה בנפשה או בשכלה (ראו: ע"פ 2487/18 ישעיהו ריזקאן נ' מדינת ישראל, פסקה 6 לפסק דינו של השופט הנדל (16.9.2020) (להלן: עניין ריזקאן); ע"פ 9274/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה כו לפסק דינו של השופט רובינשטיין (2.12.2009); עניין פחימה, פסקה 8 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין ופסקה 9 לפסק דינה של השופטת ארבל)). בהתאם לכך, נקבע כי יש לקרוא אל תוך עבירת האינוס במרמה את היסוד של היעדר הסכמה חופשית, וכי עבירה זו מתקיימת כאשר האישה מסכימה לבעילתה, אולם הסכמתה אינה מגשימה את רצונה החופשי בעקבות השגתה במרמה בדבר מיהות העושה או מהות המעשה (ראו: ע"פ 7024/93 אליהו פלח נ' מדינת ישראל, פסקה 10 לפסק דינה של השופטת ד' דורנר (9.1.1995) (להלן: עניין פלח)).

67. היסוד העובדתי הנדרש לצורך הרשעה בעבירה של אינוס במרמה הינו מעשה של בעילת אישה, כהגדרתו בסעיף 345(ג) לחוק, כאשר הנסיבות הן הסכמת האישה שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה (ראו: עניין פחימה, בפסקה 5 לפסק דינה של השופטת ארבל). בע"פ 465/06 דוד אביבי נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (6.2.2008) (להלן: עניין אביבי), בית משפט זה קבע כי משמעותו של מעשה מרמה, אליו כיוון המחוקק בעבירת האינוס במרמה, כמו גם בעבירה של מעשה מגונה במרמה, נשאבת מהגדרתה של "מרמה" בסעיף 414 לחוק העונשין. לפי הגדרה זו, "מרמה", משמעה "טענת עובדה בעניין שבעבר, בהווה או בעתיד, הנטענת בכתב, בעל פה או בהתנהגות, ואשר הטוען אותה יודע שאינה אמת או שאינו מאמין שהיא אמת".

באשר ליסוד הנפשי – מדובר בעבירה התנהגותית שדורשת מחשבה פלילית מסוג מודעות: מודעות העבריינין למהות המעשה, שכאמור מוגדר כ"בעילה"; מודעות העבריינין לקיום הנסיבות מקימות-העבירה, קרי: מודעות למרמה – לטיבה הכוזב של הטענה; וכן מודעות העבריינין לכך שהמרמה היא זאת שהובילה להסכמת האישה למעשה

הבעילה שבוצע בגופה (ראו: עניין פחימה, בפסקה 5 לפסק דינה של השופטת ארבל; עניין אביבי, בפסקה 27).

68. כפי שכבר צוין על ידי, בבואי לתקן את דבריו השגויים של השופט רומנוב, בית המשפט המרשיע את הנאשם בעבירה של אינוס במרמה – להבדיל ממעשה מגונה – אינו נדרש לקבוע כי מעשה הבעילה נעשה לשם סיפוק, גירוי או ביזוי מיניים. האמור בסעיף 345 לחוק אינו מותיר שום ספק בכך ש"כוונה מיוחדת" כזאת אינה נדרשת; וכך גם עולה מפסיקתנו (ראו: עניין חורי, בפסקה 58).

69. עבירת האינוס במרמה לגבי מהות המעשה נדונה לראשונה בהרחבה בפסק דינו של בית משפט זה בעניין פלח, אשר דן במקרהו של פסיכולוג קליני שביצע מעשים מיניים במטופלותיו במהלכם של טיפולים פסיכולוגיים – כאשר הוא מציג את המעשים הללו כאמצעי טיפולי וכחלק מן הטיפול. השופט י' קדמי קבע שם כי משמעות המושג "מהות המעשה" נקבעת לא רק לפי טיבו – הפיזי והאובייקטיבי – של המעשה, אלא גם לפי אופיו – הנפשי-סובייקטיבי – שמשווה לו העושה. עוד הטעים השופט קדמי כי "מומחה המטפל באדם מוחזק כמי שעושה במסגרת הטיפול 'מעשים טיפוליים' בלבד; והסכמתו של המטפל למעשים שנעשים בו במסגרת זו תיראה, לכאורה, כהסכמה ל'אמצעים טיפוליים בלבד'" (ראו: שם, בפסקה 7(ב) לפסק דינו של השופט קדמי).

השופט ג' בך הבהיר בעניין פלח כי לשם התקיימותה של מרמה אין הכרח שהמטפל יסביר למטופלת במפורש שהמגעים המיניים מיועדים לסייע בידה במסגרת הטיפול. לדידו, כאשר פסיכולוג מזמין מטופלת למרפאתו בשעה היעודה ונותן לה טיפול פסיכולוגי מסוים, וכאשר במשך שעת הטיפול הוא מקיים עמה מגע מיני, וגובה ממנה שכר, כמקובל בסוף שעת הטיפול, הרי שהמטופלת חייבת לצאת מנקודת הנחה כי הפסיכולוג מאשר בפניה שאותם מגעים הם חלק אינטגרלי מהטיפול וכי הוא מאמין שיש במעשיו אלו כדי לעזור לה להתגבר על קשייה ולהתמודד עם בעיותיה. זאת, אף אם הפסיכולוג אינו נותן הסבר למעשיו כאמור במילים מפורשות. הווה אומר: מהתנהגותו של הפסיכולוג משתמע שמעשיו מונעים – למצער, מונעים במידה משמעותית – מרצונו הכן להעניק למטופלת את הטיפול המועיל ביותר (ראו: שם, בפסקה 5 לפסק דינו של השופט בך).

בדומה לכך, השופטת ד' דורנר ציינה בפסק דינה כי "מרגע שאדם נתפס כמטפל המסוגל לפתור את הבעיה המציקה למטופלת, הנורמות החברתיות המקובלות באשר

ליחסים שבינו לבינה אינן תופסות. בעילה עשויה להיחשב על-ידי מטופלת כאמצעי להשגת מטרה טיפולית גם כאשר המטופלת יודעת כי מבחינה פיזית יש למעשה אופי מיני; שכן ביחסי התלות הקיימים בין מטפל לבין מטופל, לדידו של המטופל מתקיימת 'חזקת התקינות' לגבי כל מעשה שעושה בו המטפל. מטופל עשוי להבחין במירמה רק כאשר הוא מנתק את עצמו מן המסגרת הטיפולית" (שם, בפסקה 14 לפסק דינה של השופטת דורנר).

70. בעניין פחימה, קבע המשנה לנשיאה ריבלין כדלקמן:

"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 (א)(2)" (ראו: שם, בפסקה 43 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין).

71. המקרה שלפנינו הוא מקרה ייחודי מאחר שאיבר מינה של אישה, לרבות חלקיו הפנימיים, הוא חלק משדה עבודתם של גניקולוגים. כפועל יוצא מכך, "שגרת העבודה" של רופאים גניקולוגים מקיימת חלק מהיסודות העובדתיים של עבירת האינוס. בדיקה גניקולוגית, במהלכה מחדיר הרופא את אצבעותיו, או חפץ אחר, לתוך איבר מינה של המטופלת, נופלת להגדרה של "בעילה" לפי סעיף 345(ג) לחוק העונשין. כמו כן, וכל אימת שאין מחלוקת עובדתית לגבי עצם החדרת האצבע, ברי הוא כי הגניקולוג מודע למעשיו הפיזיים במטופלת. אשר על כן, השאלה היחידה שיש לתת עליה את הדעת, בהיבט הפלילי, במקרים מהסוג הזה, נוגעת להסכמת המטופלת: האם הסכמה זו הושגה במרמה באשר למהות המעשה?

72. שאלה זו הגיעה לפתחו של בית משפט זה לא מזמן, בדונו בעניין חורי. באותו מקרה, כמו כאן, הואשם רופא גניקולוג בביצוע עבירת אינוס במרמה באמצעות אצבעו – זאת, על רקע המעשה שנחזה כבדיקה גניקולוגית פנימית של המטופלת. בית המשפט אשר דן בעניין חורי יישם את ההלכה שהותוותה בעניין פלח, בקבעו כי על-מנת לקבוע אם מן הדין לאיין את הסכמת האישה בשל מרמה ואם לאו, יש לבחון את המעשה הנחזה

כטיפול רפואי בשני היבטים: (1) המהות הפיזית והאובייקטיבית של המעשה; ו-(2) האופי הנפשי-סובייקטיבי שהקנה לו העושה (ראו: עניין חורי, בפסקאות 52-58).

במישור האובייקטיבי – יש לבחון אם מבחינה פיזית בוצעה בדיקה רפואית, או שמא מעשה שנחזה ככזה, כאשר מענה לכך יינתן על סמך הנורמות המקצועיות המקובלות בתחום העיסוק הרפואי הרלבנטי. באותו מקרה, בית המשפט המחוזי קבע, בהתבסס על עדות מקצועית של מומחית ברפואת נשים, שמשך הבדיקות מושא ההליך ואופן ביצוען, חרגו מן הפרוטוקול הרפואי, כך שאין לראות במעשים אלה "טיפול רפואי". בהקשר זה הטעים בית המשפט, כי אם המעשה אכן חרג בבירור מהפרוטוקול הרפואי, אין זה משנה אם תחילת המעשה היתה בטיפול רפואי לגיטימי ואם לאו. זאת, מאחר שעבירת האינוס היא עבירה "רגעית", המושלמת מיד עם התגבשות יסודותיה.

במישור הסובייקטיבי – יש לבחון את הלך רוחו של הרופא המטפל, כפי שבא לידי ביטוי במעשים שביצע, שכן העושה משפיע על המעשה גם בהיבט הנפשי ולא רק בהיבט הפיזי. השאלה הנבדקת כאן אינה אלא זאת: האם חריגת הרופא המטפל מן הסטנדרטים המקובלים בתחום עיסוקו נעשתה באופן מודע-מכוון או מתוכנן? מענה חיובי לשאלה זו, משמעו כי עמדתו הנפשית של הרופא כלפי המעשה היתה שונה מזו המאפיינת בדיקת שגרתית, אשר מבוצעת על ידי רופאים מסוגו כדבר שבשגרה; ובכך יש כדי להקנות למעשה את אופיו הסובייקטיבי כ"מעשה אחר". בדיקה זו מבטיחה, ככל שניתן, שלא כל מעידה רשלנית במסגרת בדיקת רפואית אינטימית תגרור אחריה אחריות פלילית של הרופא המטפל. רק מעידה אשר מלווה במודעות המטפל לכך שהוא אינו מצוי עוד במגרש הטיפולי המקובל – שלגביו ניתנה לו הרשות לגעת בגופה של המטופלת – והוא למרות זאת בוחר להמשיך במעשיו.

73. תובנות אלה אינן נחלתו של הדין הישראלי לבדו. הן אומצו, במידה כזאת או אחרת, בעולם המשפט הפלילי האנגלו-אמריקני. כך קרה בפרשת Burpo שהגיעה לפתחו של בית המשפט העליון במדינת אילינוי (People v. Burpo, 164 Ill. 2d 261 (1995)). הנאשם, רופא גניקולוג, הואשם בביצוע שמונה עבירות של תקיפה מינית פלילית (Criminal Sexual Assault), אשר בוצעו במהלך בדיקות גניקולוגיות שערך למתלוננות, במסגרתן הוא החדיר את אצבעותיו לאיבר המין. העבירה דשם, כהגדרתה בחוק העונשין, מתגבשת כאשר אדם מבצע "בעילה" – חדירה לתוך איבר המין של אישה באמצעות איבר מאברי גופו או באמצעות כל חפץ – בהיותו מודע לכך שלא היה ביכולתה של האישה להבין את מהות המעשה או לתת לו הסכמה מדעת (A person commits

criminal sexual assault if that person commits an act of sexual penetration and... (2) knows that the victim is unable to understand the nature of the act or is unable to give "knowing consent". בדומה לעבירת האינוס בישראל, עבירה זו אינה דורשת כי מעשה הבעילה ייעשה לשם הפקת גירוי או סיפוק מיניים. החוק במדינת אילינוי מחריג מגדרי העבירה כל בדיקה או פרוצדורה רפואית שמבוצעת על-ידי רופא או גורמים אחרים, למטרות רפואיות ובאופן העולה בקנה אחד עם סטנדרטים רפואיים סבירים (Any "medical examination or procedure which is conducted by a physician, nurse, medical or hospital personnel, parent, or caretaker for purposes of and in a manner consistent with reasonable medical standards is not an offense").

באותו עניין, לא היתה מחלוקת באשר להסכמת המתלוננות לבדיקה הגניקולוגית. התזה של התביעה היתה כי חלק מהפעולות שביצע הנאשם במהלך הבדיקות היו נטולות מטרה רפואית לגיטימית – נסיבה שמאינת את ההסכמה שהמתלוננות נתנו להן שלא מדעת.

הערכאה הדיונית קיבלה את בקשת הנאשם לביטול האישומים וקבעה כי ההסדר החקיקתי דשם מגדיר את העבירה ואת החריג הטיפולי בעמימות בלתי חוקתית (unconstitutionally vague), ככל שמדובר באנשים שמבצעים בדיקות גניקולוגיות במסגרתן הם מחדירים אצבע או חפץ לאיבר מינה של המטופלת. התביעה ערערה לבית המשפט העליון של אילינוי, אשר הפך – בדעת רוב – את ביטול האישומים והחזיר את התיק לערכאה הדיונית להמשך דיון. בית המשפט העליון הבהיר, תחילה, כי על-מנת להוכיח את התקיימות העבירה, על המדינה להוכיח לא רק את מעשה הבעילה, אלא גם שהנאשם ידע כי המטופלת לא הסכימה לאותו מעשה. בית המשפט הסכים עם טענת התביעה כי ישנם יחסי גומלין בין הגדרת העבירה לבין החריג הטיפולי, כך שבמסגרת העבירה גלומה ההנחה שהמטופלת מסכימה מכללא אך ורק לטיפול ולבדיקה קונבנציונליים, אשר תואמים את הסטנדרטים הרפואיים המקובלים. כאשר גניקולוג חורג ביודעין מגדרי הטיפול הקונבנציונלי, הסכמת המטופלת נפגמת וניתן להעמיד את הרופא לדין פלילי בגין תקיפה מינית:

"The defendant's construction of the statute is flawed. Under the statute, the prosecution must prove not only the act of sexual penetration but also that the defendant knew that the patient did not consent. The State contends, and we agree, that there is substantial interplay between the two

sections. Specifically, subsumed within the sexual assault statute is the premise that the patient would only consent to an examination which was conducted pursuant to reasonable medical standards. When a gynecologist intentionally exceeds the scope of reasonable medical standards, the patient's consent is vitiated, and the physician may be prosecuted under the sexual assault statute. Therefore, the burden is on the State to establish beyond a reasonable doubt what the reasonable medical standards were, that the physician intentionally transgressed those standards, and that the patient did not consent to the transgressions."

בית המשפט דחה את טענת הנאשם כי כל מעשה רשלנות שנעשה בתום-לב יכניס את הגניקולוג להגדרת העבירה והאחריות הפלילית. נפסק כי מבחינת היסוד הנפשי – על המדינה להוכיח שהרופא פעל מתוך כוונה, מודעות, או אדישות (Recklessness). בית המשפט דחה גם את הטענה כי המונח "סטנדרטים רפואיים סבירים" הוא עמום באופן המנוגד לחוקה. נקבע כי לא תמיד ניתן להגדיר מעשים פליליים בצורה מדויקת, ולא אחת הגדרותיהן של עבירות פליליות כוללות רקמה פתוחה ואמות-מידה כלליות:

"Criminal acts cannot always be defined with absolute precision. Laws criminalizing obscenity, for instance, are framed in general terms. However, they have withstood constitutional scrutiny. [...] Obscenity laws are necessarily flexible because they are based upon community standards which vary from place to place and may change over time.

Similarly, in civil medical malpractice cases, the testimony of experts is needed to establish the applicable standards of care. Medical standards are not amenable to precise and explicit statutory codification. This court has previously observed that medicine is not an exact science. It is rather a profession which involves the exercise of individual judgment within the framework of established procedures. Differences of opinion are consistent with the exercise of due care [...].

Therefore, the legislative use of the term 'reasonable medical standards' is sufficient. Common sense must play a role in the construction of statutes".

74. ההלכה לפיה חריגה מנורמות רפואיות מקובלות מעידה על העדר הסכמה מדעת של המטופל או המטופלת, נקבעה גם במדינת מסצ'וסטס לפני מספר שנים. בפסק הדין של בית המשפט לערעורים בעניין Seesangrit (Commonwealth v. Seesangrit, 99 (Mass. App. Ct. 83 (2021) נדונה, בין היתר, תחולתה של עבירת האינוס על אנשי רפואה שמבצעים טיפול רפואי. באותו עניין, הודה הנאשם, שעבד כאח במרכז סיעודי, כי הכניס אצבעות לאיבר מינה של מטופלת קשישה, אך טען כי עשה זאת כחלק מהטיפול הסיעודי כדי לנקות את חלקי גופה המוצנעים של המטופלת מהם עלה ריח של שתן.

הנאשם הורשע באינוס וערער על הרשעתו. הוא טען כי בהינתן ההגדרה של העבירה, אנשי הרפואה עלולים למצוא עצמם מורשעים רק בשל ניקוי הפרינאום – פעולה רפואית נחוצה ומקובלת. לטענתו, פעולה זו דורשת מגע בשפתי הפות באופן שמגבש "בעילה" לצרכי עבירת האינוס, ולא יעלה על הדעת שהמחוקק התכוון שפעולה רפואית מקובלת כזאת תהווה עבירה על החוק. הנאשם סיכם וטען כי קו הגבול בין התנהגות חוקית ובלתי חוקית בהקשר הרפואי הינו מטושטש, ולכן הגדרתה של עבירת האינוס נפגמה בעמימות בלתי חוקתית ודינה בטלות (void for vagueness).

בית המשפט לערעורים דחה את טענת הנאשם, אישר את הרשעתו באינוס וקבע, בין השאר, כדלקמן:

"The flaw in the defendant's arguments is that he focuses only on the element of penetration, without recognizing that the Commonwealth must prove another element – lack of consent – that sufficiently distinguishes rape from the provision of appropriate medical care. A patient undergoing an appropriate medical procedure – for example, a perineal cleaning, or a gynecologist's examination – consents to that activity in advance. Such consent does not extend, however, to actions of a medical practitioner such as the Commonwealth asserts here – that is, actions which are not a necessary and appropriate procedure.

[...]

Accordingly, the rape laws are not constitutionally vague as applied to a medical provider because the elements, and their application, are sufficiently clear. An action is not rape if the patient has consented, and of course, the burden is always on

the Commonwealth to prove lack of consent to a particular act. [...] As a general rule, it can be inferred that a patient consents to a necessary and appropriately performed medical procedure [...]. The inference of consent, however, need not and does not extend to the actions of a medical practitioner that go beyond accepted medical procedure under the circumstances".

75. במקרה שלפנינו, סבורני כי בבואנו לבחון האם עבר המשיב במעשיו עבירה של אינוס במרמה יש ללכת בדרך שהתווה בית משפט זה בעניין חורי, שכאמור אומצה גם בשיטות משפט מקבילות. תחילה, יהא עלינו לקבוע האם מעשיו של המשיב, שבהם קא עסקינן, חרגו מן הפרוטוקול הרפואי המקובל – קביעה שתיעשה על יסוד דבריהם של מומחים גניקולוגיים אשר העידו בפני בית משפט קמא. לאחר מכן, אם ייקבע כי המשיב אכן חרג מהפרוטוקול הרפואי המקובל, יהא עלינו לקבוע האם המתלוננות – או מי מהן – נתנו הסכמה מדעת לטיפול החורג ככזה. לבסוף, ואם ייקבע כי הסכמה כאמור לא ניתנה – ייבחן הלך רוחו הסובייקטיבי של המשיב. במסגרת זאת, יהא עלינו לקבוע האם המשיב היה מודע לחריגה ולהיעדר הסכמה כאמור בזמן שעשה את אשר עשה – כאשר לעניין זה חשד ועצימת עיניים מצדו, כמוהם כידיעה של ממש (ראו: סעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין).

מן הכלל אל הפרט – האם עבר המשיב עבירת אינוס במרמה?

האם מעשי המשיב היו בגדר טיפול גניקולוגי מקובל?

76. בחינת עדויותיהם של העדים המומחים שאמרו את דברם בפני בית משפט קמא, ועיון בעדות המשיב עצמו, מוליכים למסקנה חד-משמעית: מעשיו של המשיב במתלוננות, כפי שתוארו על-ידן, חרגו באופן משמעותי מגדרי הטיפול הגניקולוגי המקובל ומהנורמות המקצועיות.

77. אזכיר כי המשיב, במספר רב של הזדמנויות, ועל פני תקיפה ממושכת, נהג לבצע במתלוננת מ' הרפיה – טיפול במסגרתו הוא שפשף את איבר המין שלה, הכניס את אצבעותיו לאיבר מינה, הוציאן משם, שוב ושוב, ותוך כדי כך אף הרעיד את הדגדגן של מ' בעזרת האגודל שלו. החל משלב מסוים, וכחלק מאותה הרפיה, המשיב גם הכניס את ידו מתחת לחזייה של מ', ועיסה את שדיה, בד-בבד עם ההרפיה שעשה כאמור באיבר

מינה באמצעות ידו השנייה. בעקבות הרפיה זו, חוותה מ' עוררות מינית – הגם שהיא לא תיארה את תחושתה במילים אלה, אלא סיפרה כי הרגישה חוסר שליטה וזרמים בגוף, וכי גופה היה נשמט והיא היתה נזרקת.

המתלוננת י' ביקשה מהמשיב שיבדוק כי אין בה פגם אנטומי-פיזי שמונע ממנה ליהנות מקיום יחסי מין עם בעלה. המשיב ביצע תנועות סיבוביות באיבר מינה של י', בקצב הולך ומתגבר עד שהביאה לפורקן מיני.

78. ד"ר מיכל לוריא פירטה בעדותה מה הן הדרכים המקובלות לבדיקת נשים על-ידי גניקולוג והביעה הסתייגות החלטית ממעשיו של המשיב. היא מסרה לבית המשפט המחוזי כי אלו אינם מעשים מקובלים (ראו: פסקה 35 לחוות דעתו של השופט כרמל). זאת ועוד: איש ממומחי ההגנה לא העיד כי מעשיו של המשיב היו בגדר טיפול גניקולוגי מקובל. ד"ר יצחק בן ציון העיד כי אינו מכיר שיטה של עיסוי דגדגן של אישה כדי להביאה להרפיה לצרכי בדיקה גניקולוגית (פרוטוקול הדיון מיום 1.5.2022, בעמ' 939). פרופ' עופר לביא מסר כי לדעתו לא צריך לעסות את הדגדגן על-מנת לאפשר בדיקה וגינאלית של אישה, והוא מעולם לא עשה זאת (פרוטוקול הדיון מיום 1.5.2022, בעמ' 981). לא זו אף זו: פרופ' לביא הסביר כי מאחר שהדגדגן הוא אזור רגיש ועשיר בעצבים ובכלי דם, גניקולוגים משתדלים לא לגעת בו (פרוטוקול הדיון מיום 1.5.2022, בעמ' 992). כמו כן, סבורני כי לא אטעה אם אומר שרופא גניקולוג אינו אמור להביא מטופלות לידי עוררות מינית – שלא לדבר על פורקן מיני – ושמעשים כאלה אינם בגדר טיפול מקובל ולגיטימי.

79. ואם לא די בכך, הרי שלשיטת המשיב עצמו – כפי שתיאר את הדברים בחקירתו במשטרה ובעדותו בבית המשפט – המעשים עליהם העידו המתלוננות אינם בגדר טיפול רפואי מקובל. המשיב הכחיש כי ביצע במתלוננות את המעשים שאלה תיארו, ומסר שההרפיה שעשה לא כללה שפשוף או עיסוי של האיברים האינטימיים, כגון הדגדגן או הנרתיק. בחקירתו הנגדית, אישר המשיב כי אסור לגניקולוג לשפשוף באופן מכוון דגדגן של מטופלת או לגעת בו בתנועות סיבוביות; וכי אסור לו להכניס ולהוציא את אצבעותיו במהירות, באופן חזרתי, לאיבר מינה של המטופלת וממנו החוצה. המשיב מסר כי אינו רואה כל צורך רפואי בפעולות אלה. עוד העיד המשיב כי גניקולוג לא אמור לגרום למטופלת הנאה או גירוי מיניים (פרוטוקול הדיון מיום 16.1.2022, בעמ' 754-755).

80. אחרי שידענו כי המתלוננות דכאן העידו עדות אמת – כפי שקבעו כל שופטי המותב דלמטה – לדברים אלה של המשיב יש משמעות ראייתית מכרעת בכל הנוגע לעבירה של אינוס במרמה.

כפי שהוסבר על ידי השופט בך בעניין פלח:

”מאחר שהמערער הכחיש קיום מגעים מיניים עם [המתלוננת], ואף טען כי מגעים כאלה אינם מהווים חלק מהטיפול שהוא משתמש בו כלפי המטופלות שלו, הרי – משמקבלים אנו את גירסתה של [המתלוננת] כנכונה, כפי שעשתה הערכאה הראשונה – מתבקשת המסקנה שההסכמה של [המתלוננת] למעשים המיניים הושגה במרמה” (ראו: שם, בפסקה 4 לפסק דינו של השופט בך).

במקרה שלפנינו, המשיב אינו יכול להישמע בטענה כי עשה את אשר עשה בסברו שהמתלוננות נתנו את הסכמתן לטיפולים ולבדיקות שכאמור הוכחו על ידו. בעניינים של עובדה יש אמת אחת בלבד, שאינה יכולה להיאמר לחלופין, לשיעורין או לסירוגין.

81. טענת המשיב כי לא קיימים כללים כתובים וברורים באשר לגבולות המותר והאסור בבדיקה גניקולוגית אינה יכולה לעזור לו בבירור אשמתו בעבירה של אינוס במרמה. העובדה שהנורמות המקצועיות המקובלות לא הועלו על הכתב, אין משמעה שנורמות אלה אינן קיימות. גם בהיעדר כללים כתובים, ישנם מעשים שכל רופא – ובמקרים מסוימים, כל בר-דעת – יודע שהם מחוץ לתחום הטיפול הרפואי המקובל. כך הם פני הדברים במקרה שלפנינו: נעלה מכל ספק הוא שמעשי המשיב סטו סטייה רבתי מגבולות הטיפול הרפואי המקובל.

האם המתלוננות נתנו הסכמה מדעת למעשי המשיב?

82. התשובה לשאלה זו היא לאו מוחלט.

83. אין חולק על כך שהמשיב מעולם לא הסביר למתלוננות כי האופן בו פעל ביחס אליהן אינו חלק מהפרוטוקול המקובל בעולם של רופאים גניקולוגים, שבאים במגע עם אברי המין של המטופלות.

84. לעניין זה, העובדה שהמשיב דרש את טובתן של המתלוננות, ולא פעל למען סיפוק מיני עצמי, אינה מעלה ואינה מורידה. לעובדה זו יכול שתהיינה השלכות רק לעניין עונשו של העבריין, להבדיל מעניין האחריות בפלילים.

85. לא נותר לי, אפוא, אלא לבחון את הלך-רוחו הסובייקטיבי של המשיב בזמנים בהם עשה את אשר עשה.

האם המשיב היה מודע לכך שמעשיו חורגים חריגה ניכרת מהפרוטוקול הרפואי המקובל, וכי המתלוננות אינן מודעות לחריגה זו, ולפיכך אין לדאותן כמסכימות למעשיו?

86. לשאלה זו אין להשיב אלא בחיוב.

87. המשיב אישר בדבריו כי המעשים מושא דיונו אינם מקובלים וכי אין בהם צורך רפואי. בנוסף לכך, בכל הנוגע למתלוננת מ', לא מדובר במקרה חד-פעמי או בנגיעה רגעית ואגבית בדגדגן שלה. עסקינן בהרפיה שיטתית, חוזרת ונשנית, אשר בוצעה במשך תקופה ארוכה, ואשר במהלכה שפשף המשיב את איבר מינה של מ', הכניס לתוכו והוציא ממנו את אצבעותיו במהרה, והרעיד את הדגדגן שלה עם האגודל שלו. אופי המעשים הללו ותדירותם מעידים על כך שהמשיב ביצע אותם במודע חרף ידיעתו כי הם חורגים מהטיפול הרפואי המקובל ואינם נחוצים למטרה טיפולית לגיטימית. החל משלב מסוים, נהג המשיב, כחלק מההרפיה, בזמן שהמתלוננת מ' שוכבת על מיטת הטיפול, וכאשר ידו האחת באיבר מינה, להכניס את ידו השנייה מתחת לחזייתה ולעסות את שדיה. עיסוי החזה של מ' אינו מותר מקום לספק כי המשיב היה מודע לחלוטין לכך שאינו מצוי במגרש הטיפול. העובדה שלפני כן הצליח המשיב לבדוק את מ' גם ללא עיסוי של החזה ממחישה כי לא היה בדבר שום צורך רפואי. כל בר-דעת שהיה רואה רופא גניקולוג משפשף בידו את איבר מינה של מטופלת – כשידו האחרת מעסה את שדיה מתחת לחזייה – היה מגיע למסקנה כי אין מדובר בטיפול רפואי לגיטימי ומקובל. ואם כך הוא הדבר לגבי אדם רגיל מן היישוב, כך הוא גם לגבי המשיב – רופא המתמחה בטיפולים גניקולוגיים.

88. בעניינה של המתלוננת י', דברים אלו נכונים אף ביתר שאת. כאמור, י' ביקשה מהמשיב שיבדוק אם אין באיבר מינה פגם אנטומי – פצע, יבלת, או משהו אחר – אשר מונע ממנה הנאה מקיום יחסי מין עם בעלה. אולם, המשיב עשה בה מעשה מכוון שנועד להביא אותה לפורקן מיני, באמצעות תנועות מעגליות באיבר מינה בקצב הולך ומתגבר.

המתלוננת י' ביקשה לקבל בדיקה גניקולוגית-פיזיולוגית, ואילו המשיב מצדו נתן לה הדרכה כיצד להגיע לאורגזמה או, למצער, לעוררות מינית. הדברים שאמר המשיב למתלוננת י' במהלך הטיפול ובסופו – כפי ש-י' העידה עליהם – מוכיחים כי המשיב ידע גם ידע כי אינו מטפל ב-י' בדרך מקובלת שעולם הרפואה נתן לה גושפנקא.

לזאת אוסיף כי המשיב שאל את י' אם היא מרגישה עקצוצים וזרמים, וכאשר הגביר את קצב התנועות הסיבוביות, שאלה אם זה נעים לה. בהמשך, אחרי ש-י' אמרה לו שמבחינתה הסיטואציה מאוד מוזרה, הוא השיב לה כי "נכון, זה מאוד מוזר". בסיום הבדיקה, איחל המשיב ל-י' הצלחה והציע לה לחזור אליו אם היא מעוניינת לדווח לו אודות יחסי המין שלה עם בעלה. אירוע זה מוכיח שהמשיב העניק למתלוננת י' הדרכה מינית מעשית, חלף בדיקה גניקולוגית מקובלת שנתבקש לעשות – בהיותו מודע לכך.

89. ברי הוא גם שהמשיב ידע שהמתלוננות לא נתנו הסכמה מדעת למעשיו – זאת, בין היתר, מאחר שהוא כלל לא ידע אותן שהוא עתיד לטפל בהן באופן שאינו מקובל בעולם הרפואה. המשיב לא טרח לבקש ולקבל מהמתלוננות הסכמה מדעת בהתאם לחובותיו באשר למסירת מידע למטופלים, אשר נקבעו בסעיף 13 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996. הוא לא קיים אפילו מקצת מחובות אלו בהקשרם של הטיפולים החורגים והבלתי מקובלים, ומן הסתם – בהיותו רופא ותיק – ידע על כך.

90. בלבד של האיסור הפלילי על אינוס – על כל חלופותיו – פועמת הדרישה להסכמה חופשית אשר מסמלת את ריבונות האישה על גופה. דרישה זו מבטאת את עמדת המחוקק כי הסכמה שאינה חופשית או אינה ניתנת מדעת, לאו הסכמה היא; וכך הוא גם, כמובן, לגבי הסכמה שהושגה במרמה באשר למהות המעשה (ראו: ע"פ 132/10 טוואצאו נ' מדינת ישראל, פסקה 6 לפסק דינו של השופט הנדל (5.9.2011) (להלן: עניין טוואצאו); עניין ריזקאן, בפסקה 6 לפסק דינו של השופט הנדל). הדגש על הסכמה חופשית מדעת, כפי שנקבע בפסיקתו של בית משפט זה, "אינו אלא מתן ביטוי לחוט המשולש שבין בחירה מלאה, כבוד האדם והאוטונומיה של הפרט" (ראו: עניין טוואצאו, בפסקה 6 לפסק דינו של השופט הנדל).

91. דרישה זו אינה מתפוגגת בחדר הטיפולים של רופא. אבן יסוד מרכזית ביחסים בין מטפל למטופל היא דוקטרינת ההסכמה מדעת, שכאמור עוגנה על-ידי המחוקק בחוק זכויות החולה. סעיף 13(א) לחוק זה מצווה שלא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם המטופל נתן לכך הסכמה מדעת, כאשר הרופא חייב – כאמור בסעיף 13(ב) לחוק –

למסור למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול ואם לאו. בבסיסה של דוקטרינה זו "מצוי הרעיון שהחלטה על טיפול רפואי חייבת להתקבל תוך שיתוף פעולה בין המטפל למטופל. הקשר מטפל-מטופל מבוסס על אמון הדדי ויחסי גומלין. הרופא אחוז בידע המקצועי, מכאן כוחו וזהו המקור ליחסי הנאמנות השוררים בינו לבין החולה. כללי נאמנות אמורים להסדיר מערכת של יחסים המאופיינים בתלות ובאי-שוויון בכוח" (ראו: אמנון כרמי בריאות ומשפט כרך א 998 (מוחמד ותד עורך, 2013) (להלן: בריאות ומשפט)). דוקטרינה ההסכמה מדעת באה, בראש ובראשונה, לקדם את האוטונומיה של הפרט, ולהבטיח שהוא – ורק הוא – יהא אדון לכל מה שנעשה בגופו. תכלית נוספת של דרישת ההסכמה מדעת היא לצמצם, ככל שניתן, תופעות של תרמית, כפייה, ולחץ בלתי הוגן ביחסים שבין מטפל למטופל (ראו: בריאות ומשפט, בעמ' 998; וכן עמוס שפירא "ההסכמה מדעת" לטיפול רפואי – הדין המצוי והרצוי" עיוני משפט יד 225 (1989); כמו כן ראו: Alex Stein, *Toward a Theory of Medical Malpractice*, 97 IOWA L. REV. 1201, 1232-1235 (2012)).

92. החובה לדאוג לאוטונומיה של המטופלת ולקבל ממנה הסכמה מדעת חשובה שבעתיים בבדיקה גניקולוגית – שהינה בדיקה רגישה למדי אשר כרוכה בפלישה לאיבריה האינטימיים של המטופלת. כללי האתיקה של ההסתדרות הרפואית בישראל, תחת פרק "יחסי רופא-מטופל", מייחדים פרק-משנה לבדיקות באזורים האינטימיים בגוף המטופל, בו מודגשת חובתו של הרופא לגלות רגישות יתרה במהלך הבדיקה באזורים הללו.

בעדותה בפני בית משפט קמא, ד"ר מיכל לוריא הטיבה לתאר את חשיבותה של הסכמת המטופלת לכל דבר שייעשה בגופה במהלכה של בדיקה גניקולוגית:

"יותר מהרפייה מה שעושים זה להסביר לאישה מה צפוי להיות בבדיקה, צעד צעד, נותנים לה מידע שייתן לה שליטה על המצב. מודיעים מראש על כל צעד, מבקשים את אישורה, מקבלים את אישורה ועושים את הבדיקה. ניתן לעשות הרפייה אבל לרוב זה לא עוזר, הרפייה יכולה להיות נשימות, כן, לרוב מה שעוזר זה לתת מידע ספציפי ולפני כל צעד בבדיקה להסביר מה הצעד הבא לפני שמבצעים אותו, לבקש אישור של האישה ולקבל אותו" (פרוטוקול הדיון מיום 4.5.2021, בעמ' 499).

93. אישה שנכנסת למרפאתו של רופא אינה יכולה להיתפס, בשום נסיבות, כמי שמסכימה לכך שתבוצענה בגופה פעולות שאינן בגדר טיפול רפואי מקובל. ההסכמה לכל

טיפול רפואי – קל וחומר, לטיפול רפואי בלתי מקובל – צריכה להינתן במפורש, אחרי שהרופא הסביר לאישה את מהות הטיפול ואת פשרו. רופא אינו רשאי להניח כי המטופלת מסכימה מכללא שיעשה בה את כל מה שהוא רואה לנכון לעשות למענה. כאמור, דרישה זו חלה ביתר שאת כאשר מדובר, כמו במקרה שלפנינו, בטיפול גניקולוגי אשר כולל מגע באזורים אינטימיים של גוף האישה והחדרה של אצבע או חפץ לתוך איבר מינה. לפני כשלושה עשורים קבע בית משפט זה כי "הגישה הפטרנליסטית, הגורסת כי הרופא יוצא ידי חובתו כלפי מטירת מידע אם נהג על-פי הפרקטיקה הרפואית המקובלת, נדחתה אפוא" (ראו: ע"א 434/94 ברמן נ' מור – המכון למידע רפואי בע"מ, פ"ד נא(4) 206, 213 (1997)). מקל וחומר: אם הרופא מחליט לבצע בגוף המטופלת פעולות אשר חורגות מנורמות רפואיות ואינן בגדר טיפול רפואי מקובל, מחובתו ליידע אותה על כך מראש ולקבל ממנה הסכמה מדעת לפעולות אלו.

94. המשיב הפר את כל הכללים הללו ברגל גסה. כאמור, הוא לא הסביר למתלוננות מה הוא הולך לעשות בגופן; מה הן עשויות להרגיש במהלך המעשים או בעקבותיהם; הוא לא הבהיר להן כי מדובר במעשים שאינם בגדר טיפול רפואי מקובל; ומן הסתם לא קיבל את הסכמתן לבצע מעשים אלה, אשר כללו החדרת אצבעותיו לתוך איבר המין. המתלוננות טופלו במשך שנים ארוכות אצל המשיב. הן ראו בו דמות מקצועית מהמעלה הראשונה, העריכו אותו מאוד, נתנו בו את אמונן, והפקידו בידיו את גופן. למתלוננות לא היתה כל סיבה לפקפק בנכונות מעשיו של המשיב או להניח שיעשה בהן מעשים שלא בהתאם למקובלות. אשר על כן, המתלוננות לא נתנו הסכמה אמיתית למעשי המשיב. הן רומזו לחשוב שהמשיב מעניק להם טיפול גניקולוגי מקובל, ולפיכך "הסכמתן" אינה בגדר הסכמה. המשיב ביצע בכל אחת מהן מעשי אינוס במרמה.

סוף דבר

95. מהטעמים שמניתי לעיל, אציע לחבריי לקבל את ערעור המדינה ביחס לעבירה של אינוס במרמה, כמשמעה בסעיף 345(א)(2) לחוק העונשין, ולהרשיע את המשיב בביצוע מספר עבירות כאלה. כמו כן, מציע אני לדחות את ערעורה של המדינה על זיכוי של המשיב מעבירות של מעשה מגונה במרמה.

96. התיק חוזר אפוא לבית המשפט המחוזי לקביעת עונשו של המשיב בהתבסס על האמור לעיל.



אלכס שטיין
שופט

השופט יוסף אלרון:

אני מסכים לחוות דעתו המפורטת, המנומקת ומאירת העיניים של חברי השופט א' שטיין.



יוסף אלרון
שופט

השופט יחיאל כשר:

אני מסכים.

תמצית חוות דעתו של חברי, השופט א' שטיין, מצויה, לדעתי, בפסקה 46 לחוות דעתו, בקביעה לפיה: "המשיב העניק למתלוננות, ביודעין, טיפולים בלתי מקובלים אשר כללו החדרת אצבעותיו לתוך איבר המין ועיסוי הדגדגן – כל זאת, כדי לקדם את טובתן, כפי שהוא ראה אותה, אך מבלי ליידע את המתלוננות על כך שמדובר בטיפולים בלתי מקובלים, ומבלי לקבל מהן, ביחס לטיפולים אלו, הסכמה מדעת. התנהלות זו עולה כדי אינוס במרמה; ועל כן אציע לחברי לבטל את הכרעת הדין קמא, להרשיע את המשיב בעבירה כאמור ולגזור את עונשו".

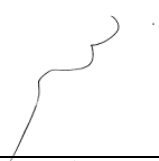
דברים אלו מקובלים עליי, ועל כן אסתפק בשתי הערות:

הראשונה – חברי מפרש את הכרעתה של השופטת ש' רנר, בהכרעת הדין בבית משפט קמא, באופן הבא: "...ניכר הוא כי לפחות ברמה העקרונית היא נותנת אמון בעדויות שמסרו המתלוננות". למסקנה זו הנני מתקשה להסכים, שכן כל שנאמר על ידי השופטת ש' רנר, בהקשר הנדון, הם הדברים הבאים: "אני מצטרפת לתוצאה אליה הגיעו חברי מאחר ואני שותפה לעמדתם כי לא הוכחה בנסיבות המקרה קיומה של מחשבה פלילית". דברים אלו נראים לי כמתיישבים גם, ואולי אף יותר, עם הימנעות מוחלטת מלהביע עמדה על המחלוקת, במישור ניתוח הראיות, שנתגלעה בין שני החברים האחרים להרכב (השופט א' רומנוב והשופט ר' כרמל).

יחד עם זאת, אין באמור לעיל כדי לשנות את התוצאה, כפי שנקבעה בחוות דעתו של חברי, וזאת לאור קביעותיו, להן הנני מסכים, לגופה של אותה מחלוקת ובהתייחס לחוות דעתו של השופט ר' כרמל.

השנייה – השתכנעתי כי הקביעה המשפטית אשר בחוות דעתו של חברי, לעניין היסוד הנפשי הנדרש לעבירת האינוס, מבוססת בדין. יחד עם זאת, הרשעתו של אדם בעבירת האינוס, על חומרתה יוצאת הדופן, בלא שמעשיו נעשו לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים, אינה תוצאה קלה. ייתכן אף שיש מקום, כדין רצוי, לקבוע בחוק דרגות שונות לעבירת האינוס, באופן שישקף את ההבחנה בין מצב בו המעשים נעשים לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים, לבין מעשים שלא מתקיים בהם יסוד נפשי זה. ברם, לא זהו הדין המצוי.

יחד עם זאת, ההבחנה האמורה, לעניין היסוד הנפשי, שאין בה כדי להוציא את מעשיו של המשיב מגדר עבירת האינוס, יש לה, לעומת זאת, וכפי שחברי מציין בחוות דעתו (פסקה 84), השלכות לעניין הקלה בעונשו של המשיב. לעניין זה אבקש לציין, בזהירות המתחייבת, כי מדובר, להשקפתי, בנסיבה מקלה שהינה כבדת משקל.

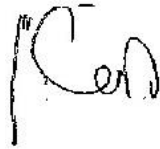

 יחיאל כשר
 שופט

הוחלט פה-אחד כאמור בפסק דינו של השופט א' שטיין.

ניתן היום, כ"ג באדר התשפ"ה (23.3.2025).



יחיאל כשר
שופט



אלכס שטיין
שופט



יוסף אלוון
שופט