|  |  |
| --- | --- |
| **בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו** | |
| תפ"ח 14663-08-11 מדינת ישראל נ' לומלסקי (עציר) | 27 יוני 2012 |

|  |  |
| --- | --- |
| **בפני כב' השופטת נורית אחיטוב, אב"ד**  **כב' השופטת מרים דיסקין**  **כב' השופט רענן בן-יוסף** | |
| **המאשימה** | | **מדינת ישראל**  **ע"י ב"כ עו"ד רנית בר-און** | |
| **נגד** | | | |
| **הנאשם** | | **גדי לומלסקי (עציר)**  **ע"י ב"כ עו"ד בן-ציון קבלר** | |

כתבי עת:

[רות קנאי, "ריבוי עבירות ועונשים באירוע", מחקרי משפט, כרך ג 247](http://www.nevo.co.il/safrut/book/3613)

חקיקה שאוזכרה:

[חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [25](http://www.nevo.co.il/law/70301/25), [327](http://www.nevo.co.il/law/70301/327), [345](http://www.nevo.co.il/law/70301/345), [345(א)(4)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.4), [348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a), [348(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c)

[חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981](http://www.nevo.co.il/law/71631): סע' [2(1)](http://www.nevo.co.il/law/71631/2.1), [(11)](http://www.nevo.co.il/law/71631/2.11), [2(3)](http://www.nevo.co.il/law/71631/2.3), [(7)](http://www.nevo.co.il/law/71631/2.7), [(9)](http://www.nevo.co.il/law/71631/2.9), [5](http://www.nevo.co.il/law/71631/5)

[חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982](http://www.nevo.co.il/law/74903): סע' [186](http://www.nevo.co.il/law/74903/186)

מיני-רציו:

\* בית המשפט זיכה את הנאשם מעבירת האינוס המיוחסת לו. נפסק, כי בנסיבות העניין, המשמעות המעשית של הרשעת הנאשם במעשי אינוס היא הרחבת ההלכה באופן שגם פישוק השפתיים של איבר המין הנשי ימלא אחר דרישת "החדירה" וייחשב למעשה אינוס על פי דין.

\* עונשין – עבירות – אינוס

.

כנגד הנאשם – אח בבית חולים תל השומר, הוגש כתב אישום שמייחס לו שורה של עבירות מין, אותן ביצע בעת ששימש כאח אחראי במחלקה לניתוחים פלסטיים. קורבנותיו של הנאשם היו מטופלות לאחר ניתוח שנשארו לאשפוז לילה במחלקה והיו נתונות להשגחתו. האישומים כולם מייחסים לנאשם עבירות של ביצוע מעשים מגונים ופגיעה במזיד בפרטיות. כמו כן, בחמישה אישומים מיוחסות לו גם עבירות אינוס.

.

בית המשפט זיכה את הנאשם מעבירת האינוס, הרשיע אותו בעבירות אחרות ופסק כלהלן:

סעיף 345 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) מגדיר את המונח "בועל" כמי ש"מחדיר איבר מאיברי הגוף או חפץ לאיברי המין של האישה". בהגדרה זו חסרה אמת מידה להיקף החדירה הנדרש ובתי המשפט שנדרשו לסוגיה זו העניקו למונח פרשנות מרחיבה ביותר.

הנזק הפסיכולוגי, הנגרם מהחדרה כפויה, אינו מבחין בין החדרה למחצה לשליש או לרביע (או לכזו אשר 'אינה' משאירה סימנים), ואף המחוקק לא נתכוון לברור בכך. אין המדובר בהרחבה אינסופית של הגבולות ולא כל מעשה מיני הכולל נגיעה או מגע באברי המין ייחשב למעשה אינוס. "חדירה" משמעה חדירה לתוך הנרתיק או תחילת חדירה לתוכו.

די בראשית חדירה ואין צורך בחדירה של ממש לתוך איבר המין. ברם, בה בעת הבהיר באופן חד ומפורש, כי כוונתו לחדירה או לראשית חדירה לתוך הנרתיק, כך שמישוש או מגע בחלק אחר של איבר המין לא יהוו, כשלעצמם, "חדירה" כמשמעה בדין.

במקרה דנן, התמונות מתעדות את אצבעות הנאשם כשהן מפשקות את שפתי איברי המין של המטופלות. כמו כן, באף אחת מהתמונות לא מגיעות אצבעותיו של הנאשם לפתח הנרתיק, וודאי שלא חודרות לתוכו.

בנסיבות העניין, המשמעות המעשית של הרשעת הנאשם במעשי אינוס היא הרחבת ההלכה באופן שגם פישוק השפתיים של איבר המין הנשי ימלא אחר דרישת "החדירה" וייחשב למעשה אינוס על פי דין.

מקרי קיצון, דוגמת זה בו עסקינן, יוצאים מגדר הגבולות שהציב המחוקק לעבירה זו, באופן שהכנסתם למסגרת העבירה בדלת האחורית תחטא לרציונל שעמד מאחורי הפרשנות הרחבה שניתנה למונח "בעילה", ואפרט.

בחינה מהותית של המקרה שלפנינו מלמדת, כי אינו נתפס ברשת הרחבה שנטוותה תחת הגדרת יסוד "החדירה". זאת הן משום שתכלית המעשים הייתה צילום ממוקד של איבר המין, ובהקשר זה לא למותר לציין, כי גם המאשימה בנסחה את כתב האישום לא ייחסה לנאשם כוונת בעילה, והן משום שהמעשה עצמו מורכב מפעולה של פישוק השפתיים ולא של פעולת חדירה לתוך הנרתיק או ראשית חדירה לנרתיק. אין מקום להרחיב עוד יותר את ההלכה הקיימת ולא נותר לי אלא לקבוע שהתביעה לא עמדה בנטל המוטל עליה ולא הוכיחה את רכיב "הבעילה" בעבירות האינוס, בהן עתרה להרשיע את הנאשם.

המיקום של האצבע ברגע מסוים, בשבריר השנייה שתועדה בהבזק מצלמה, אינו יכול לבסס מניה וביה את הדרוש להוכחת החדירה וזאת בייחוד וביתר שאת כשהמדובר במיקום גבולי ביותר שאינו חוצה את קו המבוא לנרתיק. יש לקבל את גרסת הנאשם, לפיה העדר התיעוד של מתן התרופה באחת הרשומות, כמו גם התיעוד הלאקוני ברשומה האחרת, נעשו בתום לב ובשוגג, ומכל מקום, וודאי לא ניתן לומר כי התביעה הוכיחה מעבר לכל ספק סביר את ההיפך.

מעשיו של הנאשם משתנים, ועוצמתם מתגברת, לאורך שלביו השונים של האירוע והם אינם נבלעים האחד בשני באופן מושלם. כך, בעוד שבשלב הראשוני הנאשם נגע בקורבנות, הפשיטתן מהכותונת שלבשו ואף הסיט את תחתוניהן, בשלב השני בחר לצלם אותן ושמר את התמונות בתיקייה סודית במכשיר הטלפון הנייד שברשותו.

חומרת מעשיו של הנאשם, על כל שלביהם, ראויים לקבל מקום של ממש בכתב האישום, ואין לטעון כי מעשי הצילום מתבטלים לאור העובדה שהנאשם ביצע בקורבנות מעשים מיניים שונים. לעניין זה.

|  |
| --- |
| **הכרעת דין** |

**השופטת מרים דיסקין**:

**איסור פרסום**

1. הדיון בתיק זה התנהל בדלתיים סגורות. אנו מתירים את פרסום הכרעת הדין, למעט שמות המתלוננות, או כל פרט אחר העלול להביא לזיהוין.

**רקע**

1. ביום 14.07.11, במעלית בבית החולים תל השומר, חשה פלונית (להלן: "**ת**") בגוף מתכתי שהוצמד לחלק הפנימי של רגלה ואף שמעה קליק של הפעלת מצלמה. מייד פנתה לאדם שעמד לידה במעלית, זר גמור, שבדיעבד התברר כנאשם, ושאלה לפשר העניין. הנאשם היתמם כמי שאין לו יד במעשה ומיהר להסתלק מהמקום ברגע שדלתות המעלית נפתחו.

בעקבות אותה תקרית הגישה ת' תלונה למשטרה (**ת/9**) להלן: "**התלונה הראשונית**") ותוך זמן קצר הנאשם אותר ועוכב לחקירה (**ת/10**). במהלך החקירה נתפס הטלפון הנייד של הנאשם (להלן: "**מכשיר הטלפון**") ובוצעה בדיקה של הזיכרון הפנימי שלו (**ת/8**).

בדיקה זו פתחה באופן בלתי צפוי תיבת פנדורה וחשפה פן נסתר ואפל בהתנהגותו של הנאשם, פן שעד לאותו שלב היה חבוי מאחורי חזות חיצונית מהוגנת של "אדם מן הישוב", נשוי ובעל משפחה, המשמש כאח מסור בבית החולים.

הלכה למעשה, במהלך הבדיקה אותרו בזיכרון של מכשיר הטלפון עשרות צילומים המתעדים אברי מין נשיים וצילומי עירום של נשים שונות (**ת/12**), שעל פניהם הקימו חשדות כבדים נגד הנאשם לביצוע עבירות מין, אשר בסופו של דבר התגבשו לכתב האישום, נשוא דיוננו.

**ואלה עובדות כתב האישום**

1. כתב האישום נפרש על פני 15 אישומים, בהם מיוחסת לנאשם שורה של עבירות מין, אותן ביצע בעת ששימש כאח אחראי במחלקה לניתוחים פלסטיים "קלאס קליניק" בבית החולים תל-השומר (להלן: "**המחלקה**" או "**בית החולים**"). קורבנותיו של הנאשם היו מטופלות לאחר ניתוח (להלן: "**המטופלות**" או "**הנשים**") שנשארו לאשפוז לילה במחלקה והיו נתונות להשגחתו.

האישומים כולם מייחסים לנאשם עבירות של ביצוע מעשים מגונים ופגיעה במזיד בפרטיות. כמו כן, בחמישה אישומים מיוחסות לו גם עבירות אינוס.

1. לפי המתואר באישומים 1-5 וכן באישומים 7-14, במספר רב של הזדמנויות, בעודו משגיח על המטופלות, ניצל הנאשם את היותן רדומות ותחת השפעת משככי כאבים וצילם תצלומי תקריב של איברי מינן באמצעות מצלמה המצויה בטלפון הנייד שקיבל במסגרת עבודתו בבית החולים (להלן: "**המצלמה**" או "**הטלפון הנייד**"). כדי לחשוף את איברי המין של המטופלות הסיט הנאשם את תחתוניהן ובחלק מהמקרים, כך כתב האישום, אף נגע בהן ופישק את איברי המין באצבעותיו.

את המעשים הללו ביצע הנאשם ללא ידיעתן של המטופלות ולשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיני, תוך ניצול מצב המונע מהן לתת את הסכמתן החופשית.

לעניין האישום העשירי נטען, כי באחת ההזדמנויות נתן הנאשם למטופלת תרופה מבלי לרשום זאת בגיליונה הרפואי.

על פי כתב האישום, את התמונות שצילם שמר הנאשם במצלמה שבטלפון הנייד ומדי פעם נהג להביט בהן תוך שהוא מגיע לפורקן מיני.

על יסוד עובדות אלה הואשם הנאשם במסגרת האישומים הנ"ל בביצוע מעשים מגונים בנסיבות אינוס, לפי [סעיף 348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a) בנסיבות [סעיף 345(א)(4)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.4) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), התשל"ז-1977 (להלן: "**חוק העונשין**"), וכן בפגיעה במזיד בפרטיותן של המטופלות, עבירה לפי [סעיף 5](http://www.nevo.co.il/law/71631/5) בנסיבות [ס' 2(3)](http://www.nevo.co.il/law/71631/2.3) ל[חוק הגנת הפרטיות](http://www.nevo.co.il/law/71631), התשמ"א-1981 (להלן: "**חוק הגנת הפרטיות**").

לפי האמור באישום השישי, צילם הנאשם מטופלת בעת שהתקלחה, וזאת לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיני. לאור זאת, הואשם בביצוע מעשה מגונה, לפי [סעיף 348(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c) לחוק, וכן בפגיעה במזיד בפרטיותה של המטופלת, עבירה לפי [סעיף 5](http://www.nevo.co.il/law/71631/5) בנסיבות [ס' 2(3)](http://www.nevo.co.il/law/71631/2.3) ל[חוק הגנת הפרטיות](http://www.nevo.co.il/law/71631).

כעולה מהאישום החמישה עשר, במספר רב של הזדמנויות ובמקומות שונים צילם הנאשם איברים מוצנעים של נשים, וזאת ללא ידיעתן ולשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיני. לפיכך, הואשם הנאשם בביצוע מעשה מגונה לפי [סעיף 348(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c) לחוק (ריבוי מקרים) וכן בפגיעה במזיד בפרטיות, עבירה לפי [סעיף 5](http://www.nevo.co.il/law/71631/5) בנסיבות [ס' 2(3)](http://www.nevo.co.il/law/71631/2.3) ל[חוק הגנת הפרטיות](http://www.nevo.co.il/law/71631) (ריבוי מקרים).

1. עוד נטען בכתב האישום, כי במספר הזדמנויות המתוארות באישומים 2,5,7, ו-9, בנוסף למעשה הצילום המתואר לעיל, החדיר הנאשם את אצבעותיו לאיבר מינן של המטופלות אשר היו תחת השגחתו. זו אף זו, בעובדות האישום השני והאישום התשיעי הוספה הטענה, כי לשם ביצוע המעשים פישק הנאשם את רגליהן של המטופלות.

במסגרת אישומים אלו יוחסו לנאשם עבירות אינוס, לפי [סעיף 345(א)(4)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.4) וביצוע מעשים מגונים בנסיבות אינוס, לפי [סעיף 348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a) בנסיבות [סעיף 345(א)(4)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.4) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301). כמו כן, הואשם הנאשם בפגיעה במזיד בפרטיותן של המטופלות, עבירה לפי [סעיף 5](http://www.nevo.co.il/law/71631/5) בנסיבות [ס' 2(3)](http://www.nevo.co.il/law/71631/2.3) ל[חוק הגנת הפרטיות](http://www.nevo.co.il/law/71631).

1. יצוין, כי בכתב האישום המקורי הואשם הנאשם באישום העשירי בעבירה של שלילת כושר ההתנגדות לשם ביצוע עבירה, לפי [סעיף 327](http://www.nevo.co.il/law/70301/327) לחוק.

בדיון ביום ה- 28.3.12, לבקשת ב"כ המאשימה, תוקן כתב האישום כך, שבאישום העשירי נמחקה העבירה הנ"ל, ובאישום ארבעה עשר הומרה עבירת האינוס לעבירה של ניסיון אינוס, לפי [סעיף 345(א)(4)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.4) יחד עם [סעיף 25](http://www.nevo.co.il/law/70301/25) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301).

**קו ההגנה**

גרסת הנאשם בחקירת המשטרה

1. עיון בהודעות שמסר הנאשם מעלה, כי במהלך חקירתו חשף בהדרגתיות את מעלליו.

בשלב הראשוני, טרם גילוי התמונות, הוא הכחיש כל מעורבות במקרה שאירע במעלית, בגינו הוגשה התלונה הראשונית (**ת/1**). עם זאת, כבר בחקירתו השנייה אישר הנאשם כי צילם במקומות שונים: "**תמונות שלא היו צריכים להצטלם, תמונות של איברים פרטיים של נשים**" [כך במקור- מ.ד] (**ת/2**, ש' 54) וכי לעיתים היה מאונן מול התמונות שצילם עד שהגיע לפורקן מיני (**ת/1,** ש' 73-74).

בחקירתו השלישית הרחיב הנאשם את היריעה וביקש להסביר את הגורמים שהניעו אותו לפעול ולצלם את המטופלות עליהן היה אחראי: "**זה סוג של מתח כזה...תכל'ס הצילום לא מעניין אלא הפעולה האסור של הצילום של הצצה היא גורמת למתח...זה מין סוג של סקרנות פתולוגית וזה הצצה..**."(**ת/3,** ש' 78-87).

בתמצית ניתן לסכם, כי בחקירתו במשטרה אישר הנאשם את עובדת היותו צלם התמונות ואף מסר גרסה מפורטת ביחס לכל אחת מהתמונות שהוצגו בפניו. לעומת זאת, שלל בתוקף ובעקביות כי החדיר אצבעותיו לאברי המין של המטופלות(**ת/3**, ש' 245, **ת/4**, ש' 4 **ת/7** ש' 49-40) וכן שלל את הטענה, ולפיה, במהלך החקירה הראשונה ניסה למחוק את התמונות מהמכשיר הנייד (**ת/4**, ש' 58).

בנוסף, הנאשם הכחיש כי פישק את רגלי המטופלות, אך באותה נשימה אישר כי נגע בהן ואף פישק את שפתי איברי המין שלהן באמצעות אצבעותיו. לגרסתו, עשה את כל הפעולות הללו לצורך הצילומים (**ת/3**, ש' 250-251 וכן ש' 650-651 וש' 838-839).

את הטענה כי סיפק למטופלות חומרים מרדימים כדי להקל על ביצוע המעשים המיוחסים לו, דחה הנאשם על אתר ולאורך חקירתו עמד על דעתו כי מדובר ב"**האשמת שווא**" (**ת/7**, ש' 35-38). יצוין כבר עתה, כי גרסה זו נשמרה גם בעדותו מעל דוכן העדים.

תשובת הנאשם לאישום

1. בתגובתו המפורטת לכתב האישום הודה הנאשם בביצוע העבירות של מעשה מגונה בנסיבות אינוס, לפי [סעיף 348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a) בנסיבות [סעיף 345(א)(4)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.4) לחוק, נשוא אישומים 1-15.

למעשה, ברובד העובדתי הנאשם הודה בביצוע רוב המעשים המיוחסים לו, בכפוף למספר הסתייגויות:

ראשית, טען, כי מעולם לא החדיר את אצבעותיו לאיברי המין של המטופלות, וודאי שלא באופן המקיים את עבירת האינוס.

שנית, דחה מכל וכל את שתי הטענות העובדתיות של התביעה: בדבר פישוק רגלי המטופלות, כמתואר באישומים 2 ו-9, ומתן תרופה למטופלת מבלי לציין זאת בגיליונה הרפואי, כמתואר באישום העשירי.

בנוסף, העלה הנאשם גם טענה משפטית כללית יותר, ולפיה, האשמתו בעבירות של פגיעה בפרטיות לצד עבירות המין הינה בבחינת כפילות מיותרת מאחר ועבירות אלה "נבלעות" בעבירות החמורות יותר, המייחסות לו ביצוע מעשים מגונים.

**גזירת גדר המחלוקת**

1. משמונחת לפנינו תגובת הנאשם והודאתו, נותרים אנו עם מחלוקת מצומצמת ובמרכזה מספר סוגיות. העיקרית מביניהן עוסקת בעבירות האינוס המופנות כנגד הנאשם והמוכחשות על ידו מכל וכל. סוגיה זו טומנת בחובה שאלות עובדתיות ומשפטיות כאחת.

מן הפן העובדתי נשאלת השאלה, האם התמונות, נשוא אישומים 2, 5, 7 ו-9, או מי מהן, אכן מתעדות חדירה של אצבעות הנאשם לאיבר המין של הקורבנות, או שמא המדובר במגע בחלק החיצוני של איבר המין בלבד לשם צילומו. מן הפן המשפטי השאלה היא, האם המעשה המונצח בתמונה מהווה "חדירה", או למצער "ראשית חדירה", כמשמען עפ"י דין, והאם די בתמונות אלה כדי להוכיח את יסוד "החדירה" באופן המקים את יסודות עבירת האינוס.

מחלוקת שנייה נסבה סביב אישום 14 ועניינה בשאלה, האם מעשי הנאשם עולים כדי ניסיון אינוס, כטענת התביעה, או שהעובדות המתוארות באישום זה מהוות עבירה של ניסיון לביצוע מעשה מגונה, כדעת ההגנה.

בנימוקיו מפנה הסנגור לדמיון הקיים בין תיאור העובדות באישום זה לתיאורן באישומים האחרים, בהם ייחסה המאשימה לנאשם עבירות של מעשים מגונים ולא של אינוס, ומבקש לגזור ביניהם גזירה שווה בהתאמה. טיעונו נסמך על כך, שלמעט השלמת המעשה המיני אין שוני ממשי מבחינת הרכיבים העובדתיים בין אישום זה לאישומים האחרים, ומכאן מתחייבת, לדעתו, גם אותה תוצאה משפטית.

במישור העובדתי ניטשה בין הצדדים מחלוקת צרה ונקודתית בנוגע לשתי שאלות נוספות והן: האחת, האם הנאשם פישק את רגלי הקורבנות לצורך צילום התמונות, והשנייה, האם הנאשם נתן למטופלת תרופה לשיכוך כאבים, מבלי לציין זאת בגיליונה הרפואי, כמתואר באישום 10.

במישור המשפטי נידרש לטענת ההגנה ביחס לכפילות שבהאשמת הנאשם בעבירת הפגיעה בפרטיות בנוסף לעבירות המין.

נדון בשאלות אלה אחת לאחת, לפי סדרן:

**האומנם מעשי הנאשם עולים כדי מעשה אונס?**

1. כמבואר לעיל ולאור הודאת הנאשם ברוב סעיפי האישום, השאלה העיקרית העומדת לפתחנו היא, האם מעשי הנאשם במסגרת האישומים 7,5,2 ו-9 מהווים מעשי אינוס, אם לאו.
2. להשקפת המאשימה, התמונות (**ת/12**), המתעדות באופן ברור את המעשים מדברות בעד עצמן ומהוות ראיה חותכת לביסוס האשמה בעבירות האינוס. ראיות אלה בהצטרפן להודאת הנאשם בעובדות האישום הרלוונטיות מותירות את בית המשפט עם שאלה פרשנית ביחס להגדרת המונח "בועל". לשיטתה, לאור המגמה להרחיב את הגדרת המונח "בעילה" ברי כי מעשי הנאשם מהווים "חדירה", או למצער "ראשית חדירה".

לביסוס דרכה הפרשנית סקרה ב"כ המאשימה את תיקוני החוק הרלוונטיים והפסיקה וביקשה למתוח את קו הגבול בין מעשה מגונה לבין אונס ולהציבו במעבר בין "הרקמה החיצונית של הגוף לרקמה הפנימית של הגוף".

1. מנגד, טוען ב"כ הנאשם, כי לא ניתן לראות במעשי הנאשם משום מעשה אונס ואלה נימוקיו:

ראשית, גם אם נלך את כל הדרך עם התביעה עדיין אין חולק על כך, שהמדובר במקרה גבולי ביותר, ובמקרים גבוליים מעין אלה זכאי הנאשם ליהנות מהספק.

שנית, לנאשם לא היה רצון לבעול את המטופלות וממילא גם כתב האישום עצמו אינו מייחס לו כל כוונה לבעול. לטעמו, הדבר בא לידי ביטוי, בין היתר, באופן בו נוסחו עובדות האישום המתארות את מעשה הנאשם כמעשה שלם שיש בו התחלה, אמצע וסוף, בלשונו: "**כתב האישום מנסח סופיות, הוא פישק, צילם ובכך זה נגמר**" (ע' 43 לפרו' ש' 22).

לבסוף ביקש הסנגור ליתן אמון בנאשם אשר להשקפתו, מסר עדות אמינה ועקבית, במסגרתה הסביר שוב ושוב כי נגע במטופלות רק לצורך הצילום ובשום פנים ואופן לא החדיר את אצבעותיו לתוך אברי המין. גרסה זו מתיישבת היטב עם אמרותיו של הנאשם במשטרה וכאמור, לדעתו, אף עולה בקנה אחד עם רוח עובדות כתב האישום, הגם שבסופו הואשם בעבירות אינוס.

1. צודקים הפרקליטים בהצגת סלע המחלוקת כשאלה פרשנית להגדרת יסוד ה"חדירה" בעבירת האינוס, ואומר כבר עתה ומייד, כי אני מסכימה עם טענת ב"כ הנאשם, ולפיה, כבר על פני הדברים ניצב המקרה שלפנינו על קו הגבול שבין עבירת האינוס לבין עבירה של מעשים מגונים ומשמעות הדבר היא הקמת ספק.

אך בכך לא סגי.

1. ייחודו של תיק זה הוא בתשתית הראייתית שלו. ככלל, עבירות המין מבוצעות בסתר, הרחק מעין הציבור, ולכן הסיטואציה הראייתית המאפיינת תיקים אלה היא של גרסה מול גרסה. ברוב המקרים גרסת המתלוננות מהווה את עמוד התווך עליו נשען המערך הראייתי - בין שהמתלוננות מעידות בעצמן ובין שגרסתן מובאת באמצעות חוקרי ילדים - כשנושא החדירה, אם בכלל הוא שנוי במחלוקת, מוכרע על יסוד אמינותן וקביעת מהימנות גרסתן. מצב דברים כבענייננו, בו מוצגת ראיה חזותית המתעדת את האירוע, הוא מצב חריג ונדיר.

לכאורה ועל פני הדברים, ניתן היה להעריך, כי כאשר מוצג לבית המשפט צילום המתעד את האירוע באופן הגראפי והברור ביותר אזי הדיון התיאורטי מתייתר ואין לנו אלא לכנות בשם את המראה שניבט אלינו מתוך הראיה החזותית. לשון אחר. דומה, כי כאשר קיים תיעוד של המגע המיני הנטען הדיון מצטמצם לשאלה פיזית - טכנית, בבחינת, הא ותו לא*.* דא עקא, שבענייננו, בשונה מתחושה ראשונית וטבעית זו דווקא אותו תיעוד נדיר מחדד את שאלת הגבולות של יסוד החדירה ומחזירנו לדיון מהותי ביסודות עבירת האונס.

אי לכך, אסקור תחילה בקצרה את יסודות עבירת האינוס, כפי שבאו לידי ביטוי בחוק ובפסיקה ולאחר מכן אפנה לבחינת התקיימותם של יסודות אלה בענייננו. בסיומו של פרק זה אתן דעתי לשאלה, האם מעשי הנאשם, המתוארים בעובדות האישום הארבעה עשר, מהווים ניסיון אינוס, אם לאו.

**קווים לדמותה של עבירת האונס**

1. כאמור לעיל, עמדת המאשימה היא, שמעשי האינוס המיוחסים לנאשם נכנסים תחת החלופה המצויה [בסעיף 345(א)(4)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.4) לחוק, וזו לשונו:

**345. (א) הבועל אשה -**

**(4) תוך ניצול מצב של חוסר הכרה בו שרויה האשה, או מצב אחר המונע ממנה לתת הסכמה חופשית;**

[סעיף 345](http://www.nevo.co.il/law/70301/345) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) מגדיר את המונח "בועל" כמי ש"מחדיר איבר מאיברי הגוף או חפץ לאיברי המין של האישה". בהגדרה זו חסרה אמת מידה להיקף החדירה הנדרש ובתי המשפט שנדרשו לסוגיה זו העניקו למונח פרשנות מרחיבה ביותר.

כך למשל, נפסק לאחרונה ב[ע"פ 7082/09](http://www.nevo.co.il/case/694026), **פלוני נ' מד"י** (מיום 10.3.11, פורסם בנבו. פסקה 6):

"**עצם הפלישה בכוח נכנסת בגדר הסעיף. החדרת אצבעות לאיבר מין של אישה, בין אם החדירה הייתה חלקית ובין אם הייתה מלאה, בין בבת אחת ובין בשלבים, היא מעשה שהמחוקק ופסיקת בית משפט זה רואים בו משום עבירת אינוס, אם התמלאו שאר יסודות העבירה.**"(וראו גם [ע"פ 3579/04, חנן אפגאן נ' מד"י, פ"ד נט](http://www.nevo.co.il/case/5903820)(4) 119- להלן: "**פרשת אפגאן**")

הטעם להרחבת יסוד החדירה נעוץ בהשלכותיו ההרסניות של מעשה החדירה הכפוי, על כל שלביו, ומבוסס על ההבנה כי השלכות אלה אינן תלויות בהיקף החדירה בפועל אלא בעצם ביצועה בכפייה, כפי שנקבע ב[ע"פ 5165/98](http://www.nevo.co.il/case/5997579) **דסה נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, [פורסם בנבו], 23.12.1998):

"**הנזק הפסיכולוגי, הנגרם מהחדרה כפויה, אינו מבחין בין החדרה למחצה לשליש או לרביע (או לכזו אשר 'אינה' משאירה סימנים), ואף המחוקק לא נתכוון לברור בכך**".

ואכן, דברים אלה עולים בקנה אחד ומתיישבים היטב עם כוונת המחוקק, אשר באמצעות תיקוני החוק (בעיקר תיקון 26 ותיקון 30) הרחיב את הגדרת המושג "בועל", וזאת בנימוק המפורש שהרחבת המונח נדרשת כדי לאפשר ליסוד הבעילה לכלול דרכים שונות ומגוונות של ביצוע מעשה אונס.

יחד עם זאת, אין המדובר בהרחבה אינסופית של הגבולות ולא כל מעשה מיני הכולל נגיעה או מגע באברי המין ייחשב למעשה אינוס. לעניין זה, ראוי להביא את דבריו של השופט ג'ובראן, אשר שרטט את גבולותיה של עבירת האינוס בפרשת אפגאן, כהאי לישנה:

"**איבר המין של האישה הוא אפוא האובייקט הבלעדי של מעשה האינוס, אך לא כל מישוש, ליטוף או נגיעות ברכיב כלשהו מרכיבי איבר המין של האישה, יש בה כדי להוות "חדירה" או "תחילת חדירה", באופן העולה כדי "בעילה" הדרושה להתקיימותה של עבירת האינוס. "חדירה" משמעה חדירה לתוך הנרתיק או תחילת חדירה לתוכו**". (ע' 129).

הנה כי כן, בית המשפט העליון נתן דעתו לשאלת גבולות העבירה וקבע שכדי למלא אחר היסוד הפיזי של העבירה די בראשית חדירה ואין צורך בחדירה של ממש לתוך איבר המין. ברם, בה בעת הבהיר באופן חד ומפורש, כי כוונתו לחדירה או לראשית חדירה לתוך הנרתיק, כך שמישוש או מגע בחלק אחר של איבר המין לא יהוו, כשלעצמם, "חדירה" כמשמעה בדין.

ומן הכלל אל הפרט

1. עיון בתמונות הרלוונטיות לאישומים 7,5,2 ו-9 המחזיקים עבירות אינוס (ראה **ת/12** תחת האישומים הנדונים) מלמד, כי במקרים אלה הנאשם אכן נגע באצבעותיו באברי המין של המטופלות. השאלה העומדת, אם כן, במוקד הדיון היא, האם נגיעות אלה מהוות "ראשית חדירה" כמשמעה בפסיקה.

מבלי להיכנס לבחינה מדוקדקת של כל תמונה ותמונה ניתן לומר, כי התמונות כולן מתאפיינות בקווי מתאר דומים, בין היתר, במובן זה שבכולן תועדו אצבעות הנאשם כשהן מפשקות את שפתי איברי המין של המטופלות. כמו כן, באף אחת מהתמונות לא מגיעות אצבעותיו של הנאשם לפתח הנרתיק, וודאי שלא חודרות לתוכו.

למען הדיוק והסדר הטוב, יש לציין, כי בשתיים מהתמונות (תמונה 171, השייכת לאישום השני, ותמונה 201, ששייכת לאישום השביעי) נראה, שהנאשם פישק את השפתיים הפנימיות של איבר המין בעוד שביתר התמונות פישק את השפתיים החיצוניות. ואולם, חרף העובדה שהצילומים אינם זהים ויש ביניהם הבדלים, מצאתי לנכון לדון בארבעת אישומי האינוס כמכלול, זאת בעיקר משום, שלטעמי, שאלת סיווג מעשי הנאשם היא שאלה מהותית ולכן אין נפקות ממשית להבדלים (הטכניים בעיקרם) שניתן למצוא בין התמונות. יתרה מזו, מקווי הדמיון בין התמונות מצטיירת תמונה שמאפיינת את מעשי הנאשם וממנה ניתן ללמוד על טיבם ומהותם של מעשים אלה. לשון אחר, ככל שבחנתי את התמונות הגעתי למסקנה, כי השוני ביניהן אינו יורד לשורש העניין והוא בולט בעיקר כאשר יורדים לרזולוציות של פוקוס וזוויות שונות.

ובחזרה לעצם העניין.

1. מהאמור לעיל עולה, כי המשמעות המעשית של הרשעת הנאשם במעשי אינוס היא הרחבת ההלכה באופן שגם פישוק השפתיים של איבר המין הנשי ימלא אחר דרישת "החדירה" וייחשב למעשה אינוס על פי דין. במצב דברים זה מתחייבת השאלה, האם בהגדירו את מרכיבי עבירת האינוס התכוון המחוקק לכלול מקרה מסוג זה.

ניתוח של יסודות העבירה הביאני לכלל מסקנה שמקרי קיצון, דוגמת זה בו עסקינן, יוצאים מגדר הגבולות שהציב המחוקק לעבירה זו, באופן שהכנסתם למסגרת העבירה בדלת האחורית תחטא לרציונל שעמד מאחורי הפרשנות הרחבה שניתנה למונח "בעילה", ואפרט.

כמבואר מעלה, הרחבת הגדרת ה"בעילה" נועדה לשם פריסת רשת רחבה יותר, כזאת שתתפוס גם מקרים שניצבו (עד לתיקון החוק) על קו הגבול שבין מעשה אינוס לבין מעשה מגונה. הכוונה הייתה לכלול מקרים בעלי מאפייני אינוס אשר נעשו בדרך שלא נתפסה עד לאותה העת כיחסי מין, כפי שנכתב בדברי ההסבר ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) (תיקון מס' 33), התש"ן-1990 (הצעות חוק 2001 בע' 224): "**מוצע... (2) להוסיף הגדרת "בועל" באופן שתכלול דרכים שונות של ביצוע מעשי אונס**".

הלכה למעשה, המחוקק הגמיש את הכללים ובכך נתן בידי בית המשפט את האפשרות לבחון לגופם ובאופן מהותי גם מקרים שעל פני הדברים נראים גבוליים, או שמגבלות טכניות גרידא מנעו את כניסתם לגבולות עבירת האונס.

הפסיקה, כאמור, הלכה בנתיב שחרש לה המחוקק ובהתייחסה ל"ראשית חדירה" כאל חדירה, לצורך הוכחת רכיב זה בחוק, מילאה למעשה אחר כוונת המחוקק.

1. בחינה מהותית של המקרה שלפנינו מלמדת, לטעמי, כי הוא אינו נתפס ברשת הרחבה שנטוותה תחת הגדרת יסוד "החדירה". זאת הן משום שתכלית המעשים הייתה צילום ממוקד של איבר המין, ובהקשר זה לא למותר לציין, כי גם המאשימה בנסחה את כתב האישום לא ייחסה לנאשם כוונת בעילה, והן משום שהמעשה עצמו מורכב מפעולה של פישוק השפתיים ולא של פעולת חדירה לתוך הנרתיק או ראשית חדירה לנרתיק. ודוק: יש לזכור, כי המדובר בשתי פעולות שתכליתן, כמו גם אופן ביצוען, הוא שונה.

בנסיבות אלה, סבורני, שאין מקום להרחיב עוד יותר את ההלכה הקיימת ולא נותר לי אלא לקבוע שהתביעה לא עמדה בנטל המוטל עליה ולא הוכיחה את רכיב "הבעילה" בעבירות האינוס, בהן עתרה להרשיע את הנאשם.

גרסת הנאשם וקיומו של ספק סביר או גרסת הנאשם כמספקת הסבר אפשרי לטענות התביעה

1. למעלה מן הצורך אתייחס להיבט נוסף, המתיישב, לטעמי, עם התוצאה אליה הגעתי לעיל ומחזק אותה.

מושכלות ראשונים הם, כי גם כאשר התביעה עומדת בנטל הוכחת גרסתה, עדיין יכול הנאשם לסתור את ראיות התביעה ואין הוא נדרש להוכיח חפותו, אלא די בכך שיציג היפותזה עובדתית המערערת את שהוכיחה התביעה.

בענייננו, בכל הנוגע לסוגיה העיקרית, היא סוגית החדרת האצבעות, הרי שגרסת הנאשם הייתה עקבית וסדורה החל מהחקירה הראשונה במשטרה, בה הועלתה נגדו טענה של החדרת אצבעות, ועד לעדותו בפנינו. כך, כבר בפתח חקירתו במשטרה מיום 31.07.11, ציין הנאשם: "**אני שמעתי שכתבת החדרת אצבעות. אני שולל החדרת אצבעות**", וכשנשאל, אז מה בעצם עשה עם אותן המטופלות, השיב: "**מה שדיברנו בפעם הקודמת ... הצצתי לבנות, הסטתי תחתון וצילמתי ... אבל בחיים לא חדרתי לבפנים**" (**ת/4** ש' 4,6,8 ו-10)

גם בחקירה מיום 07.08.11 עמד הנאשם על דעתו: "**... שתיים, בחיים לא החדרתי אצבעות**" והמשיך להחזיק בה: " **נמנע מלענות, לא עשיתי שום דבר מעבר לכך שהודיתי בו**" (כך במקור מ.ד.) (**ת/7** ש' 40, 43)

גרסה זהה במהותה הציג הנאשם בעומדו מאחורי דוכן העדים, כשהוא מתמיד בה לכל אורך הדרך. למעשה, מיד בפתח חקירתו הראשית חזר הנאשם שוב ובאופן עקבי על טענותיו והבהיר:"**לא פישקתי רגליים ולא החדרתי אצבעות, וכל מה שנעשה, נעשה לצורך צילום בלבד. אכן רואים בתמונות שאני נוגע באבר המין, אבל זה נעשה למטרת צילום, לא היו לזה מניעים מיניים, מבחינתי לא הייתה שום משמעות לנגיעה הזו, מעבר להפקת הצילום בלבד"** (ע' 17 לפרוט', ש' 8-11).

ובהמשך:

"**מתחילת החקירות בעצם הודיתי שאכן צילמתי את איבר המין, הודיתי שחשפתי את הבנות, הודיתי שהסטתי את התחתון, אבל כל זה נעשה במטרה להפיק תמונה, לא הייתה לי שום כוונה לא להכניס אצבעות, לא לאנוס אף אחת, לא לפגוע חס וחלילה במישהי, לא לבזות אותה. המטרה הייתה להפיק תמונה וזהו"** (ע' 18, ש' 9-12).

וכן:

**"אני מסכים שהאצבעות נוגעות ופושקות איבר מין, אני טוען את זה מהחקירה הראשונה, נכון, נגעתי, נכון, פישקתי, אבל לא לצורך חדירה, לא החדרתי אצבע"** (ע' 25, ש' 2-3)

1. גרסה זו של הנאשם, המאשרת את המעשים המגונים מחד, ושוללת בתוקף מעשה בעילה או אף כוונה לבעול מאידך, מתיישבת היטב עם המראה הנשקף מהתמונות ומהווה סוג של הסבר לקווי המתאר המאפיינים את התמונות.

ודוק: צפייה בתמונות יוצרת אצל הצופה תחושה קשה, שכן, מטבע הדברים התיעוד החזותי מחדד את הכיעור והחומרה של המעשים, אך דומני, כי בד בבד עם תחושת אי הנוחות מתגבשת אצל הצופה גם ההבנה כי תכליתם של המעשים, בזויים ככל שיהיו, היא צילום והנצחה אך לא מעבר לכך.

רוצה לומר, המיקום של האצבע ברגע מסוים, בשבריר השנייה שתועדה בהבזק מצלמה, אינו יכול לבסס מניה וביה את הדרוש להוכחת החדירה וזאת בייחוד וביתר שאת כשהמדובר במיקום גבולי ביותר שאינו חוצה את קו המבוא לנרתיק.

ומה באשר לעבירת ניסיון האינוס ?

1. באשר לנטען באישום הארבעה עשר, אציין כבר עתה, כי אין בידי להסכים עם טענת המאשימה, ולפיה, מעשיו של הנאשם עולים כדי ניסיון לביצוע מעשה אינוס. זאת, לאור מסקנתי דלעיל בשאלת התגבשותה של עבירת האונס באישומים הדומים בעובדותיהם לאישום זה, וכן, נוכח הקושי להוכיח את התקיימותו של היסוד הנפשי הדרוש להרשעה בעבירה זו.
2. עבירת הניסיון קבועה [בסעיף 25](http://www.nevo.co.il/law/70301/25) לחוק, וזו לשונו:

"**אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה**"**.**

במישור העובדתי, מלשון הסעיף עולה מייד, כי אין כל צורך בהשלמת העבירה ודי בעשיית מעשה "שאין בו הכנה בלבד" במטרה לבצע את העבירה המושלמת. לעומת זאת, היסוד הנפשי הדרוש להרשעת נאשם בעבירות ניסיון הינו כפול ומכופל: יש להוכיח את היסוד הנפשי הנדרש לעבירה שהנאשם מנסה לבצעה ולאחריו את התקיימות היסוד הנפשי לעבירת הניסיון עצמה, אשר כולל "כוונה" להשלים את העבירה ([ע"פ 5150/93 סריס נ' מדינת ישראל, פ"ד מח](http://www.nevo.co.il/case/17925687)(2) 183, 186).

1. לכאורה, השאלה הראשונה הצריכה לענייננו היא, האם מתמונה 72, בה תועדו אצבעותיו של הנאשם מפשקות את השפה החיצונית של איבר מין המטופלת, ניתן להסיק "תחילת ביצוע" באופן המקיים את היסוד העובדתי הנדרש לעבירת ניסיון האינוס. ואולם, משמצאתי לזכות את הנאשם מאשמה בעבירות אינוס הרי שברי כי אין לייחס לו, כמובן מאליו, ניסיון בכוונה לבצע את העבירה המושלמת, היא עבירת האינוס.

ויתרה מזאת, מן הראוי לזכור, כי גם אליבא דכתב האישום, ברוב רובם של המקרים הנאשם חדל ממעשיו לאחר הפשטת המטופלות וצילום איבריהן האינטימיים וזאת, מבלי שהחדיר את אצבעותיו לאיברי המין. לטעמי, עובדה זו לבדה מעלה את האפשרות, כי יכול וגם במקרה זה היה הנאשם בא על סיפוקו מבלי לבצע כל מעשה בעילה, והדברים מקבלים משנה תוקף נוכח העובדה שהמאשימה ממילא לא הציגה די ראיות להוכחת היסוד הנפשי כנדרש ממנה.

לאור האמור לעיל ומשלא הוכחו יסודות העבירה, אמליץ לחברי לזכות את הנאשם מעבירת ניסיון האינוס בה הואשם באישום הארבעה עשר.

**שתי שאלות עובדתיות וסוגיה משפטית אחת**

שאלת פישוק רגלי המטופלות

1. בפתחו של פרק זה אציין, כי ההחלטה בשאלה, האם במסגרת המעשים המתוארים באישומים השני והתשיעי פישק הנאשם את רגלי המטופלות, כטענת המאשימה, אם לאו, אינה מעלה ואינה מורידה דבר לעניין ההכרעה באשר לאשמת הנאשם בעבירות נשוא כתב האישום.

יתר על כן, לא מצאתי מה נפקא מינה בתשובה לשאלה זו, כאשר ממילא מוסכם על הכול שהנאשם ביצע מעשים חמורים בהרבה, ובכלל זה, הפשיט את המטופלות, הסיט את תחתוניהן, ובחלק מן המקרים אף נגע באצבעותיו באבריהן האינטימיים.

חרף האמור, התייחסו באי כוח הצדדים בכובד ראש למחלוקת העובדתית הנ"ל בסיכומיהם ואף טענו באריכות את טענותיהם לגביה. משום כך אתן גם אני את דעתי לסוגיה, אך אעשה זאת בקליפת האגוז.

1. תמצית טענת המאשימה היא, כי במסגרת מעשיו כלפי המטופלות פישק הנאשם את רגליהן באופן המתועד בתמונות 11 (169) ו-13( 172) הנספחות לאישום השני וכן, 48 (209) ו-49 (210) לאישום התשיעי. וזאת, ככל הנראה, כדי שבהמשך יקל עליו להגיע את האיברים המוצנעים ולצלמם.

לשיטתה, המסקנה כי הנאשם פישק את רגלי המטופלות בעצמו ובמתכוון מתחייבת מכוח ההיגיון והדברים, וזאת בעיקר לאור העובדה שהפישוק המתועד בתמונות הנספחות לאישומים הרלוונטיים לא נחזה בעיניה להראות כתנוחה טבעית, וכן, בהתחשב באופי המעשים שעשה הנאשם במטופלות דקות לאחר מכן.

להוכחת טענתה הפנתה ב"כ המאשימה לפרכות ולסתירות שמצאה בגרסאות הנאשם במשטרה ובעדותו לפנינו, וביקשה לראות בהן חיזוק ותמיכה במסקנתה.

הסנגור, מצידו, עתר ליתן אמון בנאשם אשר הודה מרצונו במעשים חמורים יותר אך שלל מכל וכל ובתוקף רב את הטענה כי פישק את רגלי המטופלות.

טענתו נטענת בעיקר במישור הראייתי שכן, לטעמו, התביעה לא הציגה די ראיות כדי לבסס טענתה ולמעשה, מסקנתה נסמכת בעיקר על תפיסתה ביחס לתנוחות שינה "מקובלות". זאת ועוד, לשיטתו, העובדה שמתוך 14 מקרי צילום רק שני מקרים תועדו בתנוחה האמורה, מתיישבת דווקא עם גרסתו של הנאשם, ולפיה, המטופלות הגיעו בעצמן ומתוך שינה לתנוחות האמורות.

1. לטעמי, הגם שאני נוטה להסכים עם ב"כ המאשימה כי התנוחות המתועדות לא נראות "טבעיות" ואין להניח כי נשים ישנות כך כבדרך שגרה, עדיין לא ניתן להתעלם מדלות הראיות ומהעובדה שגרסת הנאשם לא הופרכה והיא מתיישבת עם יתר הראיות (למשל, עם העובדה שבמרבית הצילומים לא תועד כל פישוק ושבני אדם ישנים בדרך לא שגרתית כשהם מטושטשים לאחר ניתוח).

במצב דברים זה אין בידי לקבוע, כי התביעה הוכיחה את טענתה מעבר לכל ספק סביר ומסיבה זו הטענה נדחית.

הטענה בדבר מתן התרופה ואי רישומה

1. במסגרת האישום העשירי נטען, בין היתר, כי הנאשם נתן לד.ש תרופה כלשהי שמרכיביה לא ידועים בלי שתיעד זאת בגיליונה הרפואי. כזכור, בתחילה הואשם הנאשם, בהקשר זה, בעבירה של שלילת כושר התנגדות לשם ביצוע עבירה (עבירה על [סע' 327](http://www.nevo.co.il/law/70301/327) לחוק) ברם, בהמשך נמחקה העבירה מכתב האישום ושאלת רישום מתן התרופה נותרה כשאלה פתוחה ברובד העובדתי, כשלמעשה, היא אינה מורידה או מעלה לעניין הרשעת הנאשם בעבירות הנדונות.

הנאשם כפר בביצוע העבירה והכחיש מכל וכל את הטענה כי נתן לד.ש. כדור לשיכוך כאבים ובמתכוון לא תיעד את מתן התרופה בגיליון הרפואי.

1. היות ובאי כוח הצדדים הכתירו נקודה זו כשנויה במחלוקת ואף טענו טענותיהם בעניינה, אתייחס בקצירת האומר לטענה ואכריע בה.

ראשית יש לציין, כי עיון בגיליון הרפואי (**ת/18ב'**) מלמד, שהנאשם ציין שהמטופלת "קיבלה לשיכוך", אך המדובר בתיעוד חסר, שכן, לא ניתן להבין ממנו באיזו תרופה מדובר. בעדותו הבהיר הנאשם, כי יתכן ושכח לרשום בגיליונה הרפואי של המטופלת את סוג התרופה שקיבלה, אך לדבריו, ככל הנראה, מדובר בכדור מסוג אופטלגין, הניתן במקרים קלים וכעניין שבשגרה, כן, הוסיף והדגיש "**אני לא התכוונתי לא להרדים אותה ולא לתת תרופות מיותרות..**" ( 20, ש' 3-4).

גרסתה של ד.ש. לטענות האמורות נלמדת משני מקורות: חקירתה במשטרה ודו"ח רענון העדות שנערך ע"י ב"כ המאשימה.

בחקירתה במשטרה הבהירה ד.ש, כי הנאשם הציע לה משכך כאבים עקב תלונותיה על כאבים בחזה והיא אכן נטלה כדור כלשהו (**ת/18**, ש' 15-18) וברענון עדותה הוסיפה, שטרם נטילת הכדור הייתה בהכרה מלאה וחשה בטוב, למעט הלחץ בחזה. עוד הדגישה, כי לאחר נטילת הכדור נרדמה לשינה עמוקה, דבר שאינו אופייני לה (**ת/18** א).

1. למעשה, לית מאן דפליג, כי הנאשם אכן סיפק לד.ש משכך כאבים כלשהו והמחלוקת לעניין זה נוגעת, בסופו של יום, לסוג הכדור שנטלה ד.ש. ולמהותו. לטענת ב"כ המאשימה, הרישום הלאקוני בגיליון הרפואי וכן גרסתה של ד.ש מלמדים בהכרח כי מדובר בתרופה חזקה בהשפעתה, אשר נועדה למעשה לטשטש את ד.ש, באופן שיאפשר לנאשם לבצע בה את מעלליו ללא הפרעה.

לטעמי, מסקנה זו הינה מסקנה מרחיקת לכת והיא אינה נגזרת בהכרח מחומר הראיות.

ודוק: מעבר לגרסת המתלוננת, אשר אינה מספקת תשובה חד משמעית לגבי טיב הכדור, לא הוצגה כל ראיה שבכוחה לאשש את מסקנת התביעה.

זאת ועוד, דווקא גרסת הנאשם בהתייחס לנקודה זו נשמעת על פניה כסבירה ומתקבלת, שכן, בהחלט ייתכן שהנאשם, כדבריו, שכח לציין את שם התרופה, וזאת בייחוד משום שהמדובר בכדור אופטלגין בלבד. אי הרישום אינו מערער אפשרות זו והעובדה שעבר עם החוקרים על כל התיקים הרפואיים, כעולה מ**ת/1-ת/7**, וסיפר להם מרצונו ובפירוט על כל הפעולות שעשה ביחס למטופלות, מוסיפה ותומכת בגרסתו.

בסיומו של פרק זה, מקובלת עלי גרסת הנאשם, כי העדר התיעוד של מתן התרופה באחת הרשומות, כמו גם התיעוד הלאקוני ברשומה האחרת, נעשו בתום לב ובשוגג, ומכל מקום, וודאי לא ניתן לומר כי התביעה הוכיחה מעבר לכל ספק סביר את ההיפך.

**מה בין עבירה של פגיעה בפרטיות לבין עבירה של מעשים מגונים**

1. כתב האישום מייחס לנאשם, ביחס לכל האישומים כנגדו, גם עבירה של פגיעה במזיד בפרטיות, לפי [סעיף 5](http://www.nevo.co.il/law/71631/5) בנסיבות [ס' 2(3)](http://www.nevo.co.il/law/71631/2.3) ל[חוק הגנת הפרטיות](http://www.nevo.co.il/law/71631).

וזו לשון הסעיפים:

**פגיעה בפרטיות - עבירה (תיקון התשנ"ו)**

**5. הפוגע במזיד בפרטיות זולתו, באחת הדרכים האמורות** [**בסעיף 2(1)**](http://www.nevo.co.il/law/71631/2.1)**,** [**(3)**](http://www.nevo.co.il/law/71631/2.3) **עד**

[**(7)**](http://www.nevo.co.il/law/71631/2.7) **ו-**[**(9)**](http://www.nevo.co.il/law/71631/2.9) **עד** [**(11)**](http://www.nevo.co.il/law/71631/2.11)**, דינו - מאסר 5 שנים.**

**2. פגיעה בפרטיות היא אחת מאלה:**

**(3) צילום אדם כשהוא ברשות היחיד;**

כפי שניתן להיווכח, כבר על פני הדברים התקיימות יסודותיהן של עבירות אלו אינו נתון במחלוקת. ברם, ב"כ הנאשם ביקש לטעון, כי עבירות אלו "נבלעות" למעשה בעבירות המין המיוחסות לנאשם, ועל כן אין להן מקום בכתב האישום.

אין בידי להסכים לטענת ההגנה בדבר כפילות פסולה, וזאת ממספר טעמים.

אמנם, הלכה היא, כי אין לייחס לנאשם פלוני בשל מעשה אחד, ואף בשל "פרשיה" אחת, מספר עבירות במקביל, אלא אם קיימת לכך הצדקה עניינית (קדמי, **סדר הדין בפלילים**, חלק שני, 927). כך, כפי שנקבע ב[בש"פ 5284/91 דוד לויאן נ' מדינת ישראל, פ"ד מו](http://www.nevo.co.il/case/17926164)(1) 156, ב 160:

"**בהגשת כתב-אישום צריכה התביעה להשתדל לבחור, בין סעיפי האישום האפשריים, אותו האישום המבטא בצורה הנאותה ביותר את מהות המעשה. במסגרת זאת מותר לה, כמובן, לבחור את הסעיף המחמיר ביותר עם הנאשם. אם יש לתובעים ספקות כלשהם לגבי האפשרות להוכיח את כל האלמנטים של עבירה זו, ניתן לצרף אישום נוסף או אלטרנטיבי, ודבר זה גם מוצדק, אם הוא נחוץ כדי להאיר היבט מיוחד של הפרשה. אך אין להרבות בסעיפי אישום סתם...**"

ואכן, כאשר יסודותיהן של שתי עבירות נבלעים זה בזה באופן מוחלט, אין להאשים בשתי העבירות, שכן העבירה החמורה והמורכבת יותר "בולעת" למעשה את העבירה הקלה יותר (ר' [קנאי, "ריבוי עבירות ועונשים באירוע](http://www.nevo.co.il/safrut/book/3613)   **פלילי אחד**", **מחקרי משפט** ג (תשמ"ד) 247, 277). כך, למשל, אין להרשיע בעבירה של "גניבה" ובעבירה של "גניבה ממעביד" ([ע"פ 472/74, אבוטבול נ' מ"י, פ"ד כט](http://www.nevo.co.il/case/17924211) (2) 301) כמו גם בעבירה של "פריצה", ובעבירה של "פריצה וגניבה" ([ע"פ 24/63 ערוסי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז](http://www.nevo.co.il/case/17946653)(2) 914).

שונה הוא המקרה שבפנינו ולעניין זה דעתי עם ב"כ המאשימה, כי בענייננו, האישומים השונים מבחינים בין ביצוע המעשים המיניים "הטהורים" לבין הפגיעה בפרטיות הקורבנות.

ודוק: מעשיו של הנאשם משתנים, ועוצמתם מתגברת, לאורך שלביו השונים של האירוע והם אינם נבלעים האחד בשני באופן מושלם. כך, בעוד שבשלב הראשוני הנאשם נגע בקורבנות, הפשיטתן מהכותונת שלבשו ואף הסיט את תחתוניהן, בשלב השני בחר לצלם אותן ושמר את התמונות בתיקייה סודית במכשיר הטלפון הנייד שברשותו.

חומרת מעשיו של הנאשם, על כל שלביהם, ראויים לקבל מקום של ממש בכתב האישום, ואין לטעון כי מעשי הצילום מתבטלים לאור העובדה שהנאשם ביצע בקורבנות מעשים מיניים שונים. לעניין זה, יפים הם דבריו של השופט ד' לוין ב[ע"פ 60/81](http://www.nevo.co.il/case/17928676) **צבי גור נ' מדינת ישראל**, [פורסם בנבו], 22/11/1982 (להלן "**עניין גור**"):

"**כאשר מדובר בשרשרת מעשי עבירה נפרדים, שאינם מתמזגים זה בזה, ואשר חומרה רבה דבקה בכל חוליה מחוליותיה, צדקה התביעה כאשר הביאה את תיאור החוליות העיקריות בשלמותן, תוך הגדרתו המלאה והמדויקת של כל שלב לפי מהותו המשפטית על- פי דיני העונשין**"**.**

עוד יצוין, כי מקומה של טענה זו של ההגנה הינו, לטעמי, בשלבי גזירת הדין, ולא בשלב זה. שכן, כידוע, אף שהדין אוסר להעניש יותר מפעם אחת בשל שתי עבירות הנובעות מאותו מעשה, ניתן בהחלט להרשיע בגינן (ראו: **עניין גור**; [ת"פ (י-ם) 305/93](http://www.nevo.co.il/case/17940445)  **מדינת ישראל נ' דרעי** (טרם פורסם) [פורסם בנבו] בפסקה 84). כך, כאמור [בסעיף 186](http://www.nevo.co.il/law/74903/186) ל[חוק סדר הדין הפלילי](http://www.nevo.co.il/law/74903) (נוסח משולב), התשמ"ב-1982, אשר קובע כי "**בית המשפט רשאי להרשיע נאשם בשל כל אחת מן העבירות שאשמתו בהן נתגלתה מן העובדות שהובאו לפניו, אך לא יענישנו יותר מפעם אחת בשל אותו מעשה**".

לאור האמור לעיל, אמליץ לחבריי להרשיע את הנאשם גם בעבירות הפגיעה בפרטיות המיוחסות לו באישומים 1-15.

**סוף דבר**

38. לאור כל האמור והמקובץ אציע לחברי לזכות את הנאשם מאשמה בעבירות האינוס (לפי [סעיף 345(א)(4))](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.4), שהופנו כלפיו באישומים 2,5,7, ו-9, וכן לזכותו מאשמה בעבירה של ניסיון אינוס (לפי [סעיף 345(א)(4)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.4) +[סעיף 25](http://www.nevo.co.il/law/70301/25) לחוק, כאמור באישום הארבעה עשר.

כמו כן, אציע להרשיע את הנאשם ב- 15 עבירות של מעשה מגונה בנסיבות אינוס, לפי [סעיף 348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a) בנסיבות [סעיף 345(א)(4)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.4) לחוק, בהן הואשם באישומים 1-15 וב-15 עבירות של פגיעה במזיד בפרטיות, לפי [סעיף 5](http://www.nevo.co.il/law/71631/5) בנסיבות [ס' 2(3)](http://www.nevo.co.il/law/71631/2.3) ל[חוק הגנת הפרטיות](http://www.nevo.co.il/law/71631).

|  |
| --- |
|  |
| **מרים דיסקין, שופטת** |

**השופט רענן בן יוסף**:

הנני מסכים לכל אשר כתבה חברתי, הן לקביעות באשר לעובדות והן באשר למסקנותיה המשפטיות, ואין לי אלא להצטרף לחוות דעתה.

|  |
| --- |
|  |
| **רענן בן-יוסף, שופט** |

**השופטת נורית אחיטוב, אב"ד**:

אף אני מצטרפת לחוות דעתה של חברתי ולתוצאה אליה הגיעה.

|  |
| --- |
|  |
| **נורית אחיטוב, שופטת**  **אב"ד** |

אשר על כן, על דעת כלל חברי ההרכב, אנו מורים על זיכויו של הנאשם מעבירות האינוס, לפי [סעיף 345(א)(4)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.4) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) באישומים 9,7,5,2 ומעבירת ניסיון אינוס, לפי [סעיפים 345(א)(4)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.4) ו-[25](http://www.nevo.co.il/law/70301/25) לחוק האמור באישום 14, אנו מרשיעים את הנאשם ב-15 עבירות מעשה מגונה בנסיבות אינוס, לפי [סעיפים 348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a) ו-[345(א)(4)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.4) ל[חוק העונשין,](http://www.nevo.co.il/law/70301) וב-15 עבירות של פגיעה במזיד בפרטיות, לפי סעיפים [5](http://www.nevo.co.il/law/71631/5) ו-[2(3)](http://www.nevo.co.il/law/71631/2.3) ל[חוק הגנת הפרטיות](http://www.nevo.co.il/law/71631).

**ניתנה היום, ז' תמוז תשע"ב , 27 יוני 2012, במעמד הצדדים והנאשם**

5129371

54678313

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  |  |  |  |  |
| **נורית אחיטוב, שופטת**  **אב"ד** |  | **מרים דיסקין, שופטת** |  | **רענן בן-יוסף, שופט** |

נורית אחיטוב 54678313

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן